

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA –

ESCOLA DE LISBOA

MESTRADO FORENSE



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**O direito de retenção do promitente-comprador à luz da jurisprudência uniformizada
do Supremo Tribunal de Justiça**

ANDRÉ MADALENO FÉLIX

ALUNO N.º 142722100

Prof.^a Doutora Ana Taveira da Fonseca

LISBOA

2024

Sumário

Durante décadas, a atribuição de um direito de retenção ao promitente-adquirente suscitou controvérsia, em virtude da sua prevalência sobre hipotecas, ainda que anteriormente registradas. Surgiram, então, AUJ, que, procurando solucionar o problema em sede de insolvência, limitaram a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador que fosse, simultaneamente, consumidor. A solução consignada suscitou questões relacionadas com a sua conformidade legal, pois da letra e do espírito da Lei não parecia resultar uma circunscrição do âmbito subjetivo da garantia. Recentemente, uma alteração legislativa ultrapassou o problema do concurso de garantias, ao condicionar a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca aos casos em que o crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor da coisa, o que, por um lado, faz questionar com maior premência a solução dos AUJ e, por outro lado, ameaça severamente a sua subsistência.

Palavras-chave

Direito de Retenção, Contrato-Promessa, Hipoteca, Insolvência, Consumidor, AUJ.

Abstract

For decades, the granting of a right of retention to the promissory purchaser has been contentious, particularly due to its precedence over mortgages, even those previously registered. Uniform Jurisprudence Decisions subsequently emerged, attempting to address this issue in insolvency cases by restricting the right of retention to promissory purchasers who qualified as consumers. This solution, however, raised concerns regarding its legal validity, as neither the letter nor the intent of the law seemed to support such a narrowing of the guarantee's subjective scope. A recent legislative amendment has since resolved the conflict between competing guarantees by allowing the right of retention to take precedence over mortgages only in cases where the creditor's claim covers expenses incurred to preserve or enhance the value of the property. This development, while further calling the Uniform Jurisprudence Decisions solution into question, also threatens its long-term relevance.

Key Words: Right of Retention, Promissory Contract, Mortgage, Insolvency, Consumer, Uniform Jurisprudence Decisions.

Abreviaturas e Siglas

AI	Administrador de Insolvência
AUJ	Acórdão de Uniformização de Jurisprudência
CC	Código Civil
CDP	Cadernos de Direito Privado
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
Cit.	Obra citada
Coord.	Coordenador(a)
I.e.	Isto é
P.	Página
PP.	Páginas
SS.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
V.	Consultar

Índice

1.	Introdução e delimitação do problema	5
2.	Direito de Retenção: Definição e Funções	8
3.	Direito de Retenção e Contrato-Promessa: contexto histórico da atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador	9
4.	Âmbito subjetivo da atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador	12
5.	Direito de retenção do promitente-comprador em caso de insolvência do promitente-vendedor	14
6.	O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014:	17
6.1.	Exposição da matéria de facto e de direito e segmento uniformizador	17
6.2.	Análise Crítica	23
7.	Acórdão Uniformizador n.º 4/2019:	28
7.1.	Exposição da matéria de facto e de direito e segmento uniformizador	28
7.2.	Análise Crítica	32
8.	Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2021: exposição da matéria de facto e de direito, segmento uniformizador e críticas	37
9.	Atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador: um mal remediado?	41
10.	Bibliografia	45

1. Introdução e delimitação do problema

O artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC atribui um direito de retenção ao “*beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º*”. Por outras palavras, é concedido um direito de retenção ao promitente-adquirente que obteve a tradição da coisa e, simultaneamente, prestou sinal, em caso de incumprimento do contrato-promessa por causa imputável ao promitente-vendedor.¹

O nascimento desta garantia surge num contexto histórico em que se verificavam taxas de inflação muito elevadas, em que os benefícios de incumprir um contrato-promessa podiam superar a indemnização que o promitente-vendedor tinha de pagar ao promitente-comprador, em caso de incumprimento do contrato², Com o intuito de evitar que o promitente-alienante pudesse retirar benefícios indevidos do incumprimento do contrato-promessa, o legislador atribuiu ao promitente-comprador duas opções, quando o contrato-promessa fosse sinalizado: o direito a receber o sinal em dobro ou, tendo havido tradição da coisa, o direito a uma indemnização pelo aumento de valor.³ Adicionalmente, para reforçar o crédito emergente do incumprimento do contrato-promessa, atribuiu-se este direito de retenção ao promitente-comprador, garantia que, neste contexto, teve tanto de generosa como de controversa.

O principal problema que se suscitava a este propósito prendia-se com o confronto entre o direito de retenção do promitente-comprador e o direito do credor hipotecário, uma vez que,

¹ Sobre os requisitos do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador, v. Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 15ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2020, p. 174.

² Ana Taveira da Fonseca, Anotação ao Artigo 759.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, p. 1011.

Aludindo a um “*preocupante diagnóstico da debilidade do contrato-promessa*”, em virtude de o mecanismo de segurança constante do artigo 830.º do CC nada poder contra violações do contrato e de o promitente fiel estar limitado a uma indemnização taxativa (o dobro do sinal), de cunho nominalista e, muitas vezes, meramente teórica devido à insolvência do promitente-vendedor, v. Brandão Proença, *Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (máxime, com fim habitacional)*, CDP n.º 22, abril/junho, 2008, p. 7.

³ Entendendo que, em regra, o aumento do valor da coisa será a diferença entre o valor da coisa ao tempo do incumprimento e o montante do preço acordado entre as partes, Vasco Lobo Xavier, *Contrato-Promessa: algumas notas sobre as alterações do Código Civil constantes do Dec.-Lei n.º 236/80, de 18 de julho*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVII, Janeiro-Dezembro, 1980, pp. 34 e ss.

na anterior versão do artigo 759.º, n.º 2, do CC⁴, o direito de retenção de coisa imóvel prevalecia sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada.

Embora se compreenda a necessidade de tutelar os promitentes-compradores, sobretudo aqueles que visam adquirir o imóvel para a sua própria habitação, a realidade é que tal sistema era demasiado penoso para os credores hipotecários – quer em sede de execução singular, quer em sede insolvencial –, prejudicando, por esse motivo, a concessão de empréstimos bancários⁵, o que, a médio e longo prazo, prejudicava a economia nacional⁶.

A doutrina e a jurisprudência, sensíveis a estas problemáticas, procuraram formas de conciliar os diversos interesses em jogo, existindo, à presente data, AUJ, que procuram estabilizar as soluções adotadas e a adotar, a saber: AUJ n.º 4/2014, AUJ n.º 4/2019 e AUJ n.º 3/2021.

O AUJ n.º 4/2014 reconheceu o direito de retenção do promitente-comprador e graduou-o à frente da hipoteca, embora com uma especificidade: o direito de retenção do promitente-comprador só existe, quando este é, simultaneamente, consumidor. Através de uma interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), cuja operação hermenêutica suscitou algumas dúvidas,⁷ o STJ procurou tutelar aquela que considera ser a parte mais débil⁸ – o promitente-comprador consumidor –, não tendo, porém, estabelecido uma definição clara de *consumidor* e *profissional*, para este efeito.

Com o intuito de resolver este problema conceptual, foi proferido o AUJ n.º 4/2019. De acordo com a posição adotada neste Acórdão, apenas tem a qualidade de consumidor o promitente-adquirente que destina o imóvel, objeto de tradição, a uso particular, não o adquirindo para revenda ou para o afetar a uma atividade profissional ou lucrativa. Esta

⁴ Versão que vigorou desde o início da vigência do CC de 1966 e que sofreu uma alteração muito recente através do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho.

⁵ Menezes Cordeiro, *O Contrato-Promessa nas Reformas de 1980 e de 1986* in “Estudos de Direito Civil”, vol. I, Coimbra, Almedina, 1987, p. 26 e Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, Lisboa, Principia, 2020, pp. 435-436.

⁶ Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das Garantias Reais, A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 43-44.

⁷ Existiram várias vozes dissonantes na doutrina, a título de exemplo, Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor, Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20.03.2014* in CDP n.º 46, 204, pp. 32-56.

⁸ Como refere Calvão da Silva, *cit.*, p. 64, está cada vez mais robusta a designada *ordem pública de proteção*, destinada a proteger os mais variados consumidores, aqui entendidos como “*contratantes não profissionais*”, que habitualmente não celebram contratos desta espécie, sendo considerados a parte mais débil, leiga e profana neste setor.

definição circunscreveu ainda mais o direito de retenção do promitente-comprador, designadamente às situações em que se visa adquirir o imóvel para habitação ou para lhe conferir um uso particular.

Por sua vez, o AUJ n.º 3/2021 decidiu que, no caso de o administrador da insolvência do promitente-vendedor optar pela recusa do cumprimento do contrato-promessa, o promitente-comprador tem direito a ser ressarcido pelo valor correspondente à prestação efetuada, nos termos dos artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3 do CIRE, crédito esse que se encontra garantido por direito de retenção, no cenário em que o promitente-comprador seja, simultaneamente, consumidor. No entendimento do Tribunal, o artigo 442.º, n.º 2 do CC não é aplicável neste contexto, na medida em que pressupõe um incumprimento definitivo, ilícito e culposo do contrato-promessa.⁹

Sem prejuízo de se aludir também ao AUJ n.º 3/2021, a presente dissertação centrar-se-á na posição adotada nos dois primeiros Acórdãos -, procurando deslindar os argumentos que justificaram uma limitação dos casos em que se reconhecia um direito de retenção ao promitente-comprador. Por outro lado, é necessário analisar o impacto da solução adotada, de uma perspetiva *de iure condendo*, ponderando os direitos de todos os envolvidos – o promitente-comprador consumidor, o promitente-comprador profissional e ainda os credores hipotecários, que, consoante a posição adotada, verão os seus créditos graduados atrás ou à frente dos créditos dos promitentes-compradores.

A par das considerações elencadas, importa ter em mente uma importante alteração do estado de coisas em virtude da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 25 de julho, que limitou as situações em que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca. Este diploma alterou o artigo 759.º do CC, de modo a condicionar a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, aos casos em que o crédito do retentor assegura o reembolso de despesas para conservar a coisa ou aumentar o seu valor.¹⁰ Esta alteração

⁹ Com esta posição, entre outros, Nuno Pinto Oliveira e Catarina Serra, *Insolvência e Contrato-Promessa: Os Efeitos da Insolvência sobre o Contrato-Promessa com Eficácia Obrigacional* in ROA, Ano 70, Ano I/IV, 2010 e Margarida Andrade e Afonso Patrão, *A posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência do promitente-vendedor (Comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014, de 19 de Maio)* in Revista Julgar, setembro de 2016, como veremos adiante.

¹⁰ Solução que foi defendida pelo prof. Vaz Serra, *Direito de Retenção*, BMJ n.º 65, 1957, p. 231: “No que respeita à hipoteca, o direito de retenção deverá ter o lugar que resultar do tratamento dado a casos análogos. Sendo ele garantia de créditos por despesas de conservação ou melhoramento, deverá ter preferência sobre as hipotecas anteriores, sob pena de o credor hipotecário se locupletar à custa do retentor.” No mesmo sentido, Cláudia Madaleno, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais*, cit., p. 136.

legislativa derruba os alicerces dos AUJ e nivela o equilíbrio de forças entre os direitos do credor hipotecário e do credor retentor.

Em todo o caso, a presente dissertação continua a ser importante por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/2024 aplica-se apenas aos direitos de retenção constituídos após a sua entrada em vigor, sendo necessário atribuir solução a todos os casos de concursos de credores que envolvam direitos de retenção constituídos em momento anterior. Por outro lado, continua a ser pertinente analisar os direitos dos envolvidos e compreender se o legislador andou bem, ao circunscrever fortemente os casos de prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca e retirar proteção a muitos promitentes-compradores.

2. Direito de Retenção: Definição e Funções

O direito de retenção está previsto nos artigos 754.º e seguintes do CC e consiste na faculdade de o devedor da obrigação de restituição de uma coisa a reter legitimamente, enquanto o credor dessa restituição não satisfizer o contracrédito resultante de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados.¹¹ Esta figura é descrita frequentemente como um mecanismo arcaico, com um carácter primitivo e mesmo pré-bíblico, embora também se diga que este carácter arcaico explica a sua grande eficácia¹². Com efeito, o direito de retenção consubstancia um resultado da posse natural ou um primado da detenção física de um bem¹³, integrando-se, para a maior parte da doutrina, numa autotutela defensiva¹⁴, em virtude da sua faculdade meramente negativa de recusa de entrega de uma coisa que, à partida, deveria ser restituída¹⁵. Dito isto, o direito de retenção desempenha, simultaneamente, uma função de

¹¹ Sobre a figura do direito de retenção, v. Júlio Gomes, *Do Direito de Retenção (arcaico, mas eficaz...)* in CDP n.º 11, 2005, pp. 3-25, p. 4.

Nas palavras de Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2023, p. 393, “o direito de retenção consiste ao mesmo tempo num direito real de garantia de origem legal e de um meio de compelir o devedor ao cumprimento através da recusa lícita de cumprir a obrigação de entrega de uma coisa que lhe pertence, por parte do seu credor que a tem (a coisa) em seu poder, enquanto o primeiro não realizar a sua prestação”.

¹² Júlio Gomes, *Do Direito de Retenção*, cit., p. 4.

¹³ Júlio Gomes, *Do Direito de Retenção*, cit., p. 4.

¹⁴ V., a título de exemplo, Ana Taveira da Fonseca, *Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito, Em especial na exceção de não cumprimento e no direito de retenção*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 351 e ss. e Maria de Lurdes Pereira e Pedro Múrias, *Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento* in Revista de Direito e Estudos Sociais, 2009, p. 234.

¹⁵ Ana Taveira da Fonseca, *Da Recusa de Cumprimento*, cit., pp. 351 e ss. e 391 e ss.

garantia e uma função de compelir ao cumprimento,¹⁶ sendo que, no que respeita à sua função de garantia, será tão mais eficaz, quanto maior for o valor relativo do bem em face da dívida com ele conexcionada.¹⁷

No nosso ordenamento jurídico, além de conferir direito a uma recusa legítima de entrega do bem, o direito de retenção é um direito real de garantia, que confere ao seu titular o direito a ser pago pelo produto da venda do bem com preferência face aos demais credores do devedor.¹⁸ Uma das características marcantes deste direito é o facto de, contrariamente ao que sucede com outras garantias reais (como a hipoteca), não estar sujeito a registo.¹⁹ Por essa razão, muitos autores referem-se ao direito de retenção como uma “garantia (quase) oculta”,²⁰ o que suscitou receios quanto à sua amplitude, tendo em consideração o disposto na anterior versão do artigo 759.º, n.º 2 do CC.²¹

Assim, conjugando a ausência de registo com o facto de constituir um meio de autotutela, compreende-se a tendência de parte da doutrina e da jurisprudência – e, atualmente, da própria Lei - de limitar os casos em que é reconhecido ou prevalecente o direito de retenção do promitente-comprador. No entanto, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48/2024, era altamente questionável, à luz dos regimes do contrato-promessa e do direito de retenção, que se pudesse circunscrever o âmbito de aplicação do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, tal como defendeu grande parte da doutrina e, posteriormente, o AUJ n.º 4/2014.

3. Direito de Retenção e Contrato-Promessa: contexto histórico da atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador

¹⁶ Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 388.

¹⁷ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 346.

¹⁸ Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2022, p. 96.

¹⁹ Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 510. O direito de retenção goza apenas da publicidade específica resultante da posse da coisa pelo retentor.

²⁰ Júlio Gomes, *Do Direito de Retenção*, cit., p. 12. Embora haja Autores que se referem ao direito de retenção como “a rainha das garantias”, pelo facto de o centro de gravidade desta figura ter deixado, gradualmente, de ser a sua função compulsória e passado a ser a sua natureza real (Christian Scapel, *Le droit de retention en droit positif (un îlot de resistance au controle du juge)*, Rtdciv, 1981 p. 568), existe, como refere Júlio Gomes, algum exagero, em virtude da existência de privilégios creditórios. No entanto, segundo este Autor, o direito de retenção tornou-se numa “super garantia”, que, durante muito tempo, fragilizou a hipoteca.

²¹ Vaz Serra, *Direito de Retenção in BMJ 65.º*, cit., pp. 103 e ss..

Para compreender a solução legal²² e averiguar a sua compatibilidade com as posições adotadas no AUJ n.º 4/2014 e no AUJ n.º 4/2019, importa atender às motivações que levaram o legislador a introduzir modificações no regime do contrato-promessa e a conferir um direito de retenção ao promitente-comprador.

Com o intuito de adequar o regime legal do contrato-promessa à realidade socioeconómica da década de 80, desincentivando a sua resolução com intuitos meramente especulativos, surgiu o Decreto-Lei n.º 236/80, que introduziu alterações nos artigos 410.º, 442.º e 830.º do CC. Em particular, para o que nos interessa, pode ler-se no preâmbulo do diploma que *“no caso de ter havido tradição da coisa para o promitente-comprador, em que se criou forte expectativa de estabilização do negócio e uma situação de facto socialmente atendível, a indemnização devida por causa da resolução do contrato pelo promitente-vendedor seja o valor que a coisa tiver ao tempo do incumprimento - medida do dano efectivamente sofrido -, conferindo-se ao promitente-comprador o direito de retenção da mesma coisa por tal crédito.”*

Daqui se depreende que o legislador configurou a *traditio* do bem imóvel como sendo geradora de uma situação de confiança particularmente forte, relativa à futura celebração do contrato prometido, havendo já uma situação de facto estabilizada e merecedora de uma intensa tutela jurídica.²³ É o que justifica que, num sistema de garantias em que o direito de retenção prevalecia no confronto com eventuais hipotecas, ainda que anteriormente registadas, se tenha atribuído uma garantia tão robusta para tutelar o promitente-comprador que obteve a tradição do imóvel.²⁴

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de novembro, veio aperfeiçoar algumas das soluções introduzidas pela reforma de 1980 no regime geral do contrato-promessa.²⁵ No preâmbulo deste diploma reconhece-se expressamente que o legislador de 1980, para os casos

²² Referimo-nos, em particular, à norma do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), embora o exposto no presente capítulo permita compreender também as razões que levaram o legislador de 1966 a adotar a versão anterior do artigo 759.º n.ºs 1 e 2 do CC.

²³ Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 397, citando um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.05.2010, em que se afirma que a tradição confere *“uma mais forte expectativa na concretização do negócio, pelo que se justifica, postulado pela boa-fé, que lhe corresponda uma segurança acrescida.”*

²⁴ Reforçando que a garantia não abarca todos os contratos-promessa, nem sequer todos os contratos-promessa sinalizados, mas apenas os contratos-promessa sinalizados em que houve *traditio*, Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 397.

²⁵ Em termos sistemáticos, o direito de retenção do promitente-comprador foi deslocado para o artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, onde permanece até aos dias de hoje.

de tradição antecipada do bem objeto do contrato definitivo, concedeu um direito de retenção ao promitente-comprador, tendo sobretudo em mente os casos de compra e venda de edifícios ou de frações autónomas destinados à habitação.²⁶

Expõe-se, inclusivamente, o problema clássico que justificou a atribuição de tal garantia neste contexto – a promessa de venda de edifícios ou de frações autónomas, sobretudo destinados a habitação, por empresas construtoras que recorrem a empréstimos para poder realizar as referidas construções.²⁷ Em casos de incumprimento e/ou insolvência, o promitente-comprador, por um lado, e os financiadores das construções, por outro, confrontar-se-ão na procura de satisfação dos seus créditos através do património do devedor. Mais uma vez, o legislador entendeu que deve prevalecer a tutela dos particulares, afirmando, inclusivamente, que “*vem na lógica da defesa do consumidor*” e que “*estas instituições [de crédito] como profissionais, podem precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de selectividade do crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares a respeito das deficiências e da solvência das empresas construtoras.*”

Não obstante esta preocupação e reforço de tomada de posição, o legislador foi perentório, ao afirmar que, pese embora o direito de retenção tenha sido atribuído a pensar *sobretudo* nos contratos-promessa de edifícios ou frações autónomas destinados a fins habitacionais, “*nenhum motivo justifica, todavia, que o instituto se confine a tão estreitos limites*”.²⁸ A intenção histórica do legislador não coartou, de modo algum, a extensão e alcance do direito de retenção do promitente-comprador, em face dos direitos dos credores hipotecários, o que, aliás, fez suscitar várias críticas na doutrina²⁹, que se intensificaram em sede de insolvência do promitente-vendedor.

²⁶ Como evidencia Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II, Direito das Obrigações*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, p. 401, a quase totalidade dos casos que chegam aos nossos Tribunais sobre esta tema são relativos a contratos-promessa relativos a habitações próprias, o que comprova as preocupações do legislador.

²⁷ Brandão Proença, *Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis*, cit., pp. 4-5.

²⁸ A este respeito, v. Jorge Faria, *Direito das Obrigações*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020, p. 297. Segundo este Autor, “*as armas com que as instituições de crédito se podem defender neste contexto levam de longe a palma às capacidades de defesa dos simples particulares*”, o que justifica esta solução.

²⁹ V., a título de exemplo, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I. (artigos 1.º a 761.º), 4.ª edição revista e atualizada, colaboração de Henrique Mesquita, 1987, p. 778, Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 86 e ss.; Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., pp. 165 e ss., Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 241 e ss., Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das Garantias Reais*, cit., p. 185 e ss., entre outros.

4. Âmbito subjetivo da atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador

O principal problema que brotava da atribuição de um direito de retenção ao beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel que presta sinal e obtém a tradição da coisa prendia-se com a sua prevalência face a hipotecas, ainda que anteriormente registadas. JOÃO MALDONADO fez uma súmula de críticas apontadas pela doutrina a esta solução³⁰, sendo, em nosso entendimento, de destacar a crítica segundo a qual a solução preconizada conduzia a um retraimento dos bancos na concessão de crédito,³¹ em virtude dos riscos que corriam com a potencial declaração de insolvência do promitente-vendedor e com a subsequente graduação do crédito do promitente-comprador à frente dos créditos hipotecários. Face à eventualidade de verem reduzidas ou eliminadas as probabilidades de ressarcimento dos seus créditos, as instituições de crédito poderiam dificultar a concessão de empréstimos ou impor a introdução de cláusulas que afastassem a tradição do imóvel até à celebração do contrato prometido. Em ambos os cenários, os sujeitos que pretendiam adquirir imóveis para habitação saíam prejudicados, sendo frustrados os objetivos do legislador. Por outro lado, também a economia sofria um revés com a retração das instituições bancárias em financiar projetos tendentes à construção e venda de imóveis.

Por essa razão, desde cedo surgiram teorias para limitar ou afastar o direito de retenção do promitente-comprador, de modo a fazê-lo soçobrar no confronto com os direitos dos credores hipotecários.

MENEZES LEITÃO defendeu que o direito de retenção do promitente-comprador só existia no cenário em que este viesse optar por uma indemnização pelo aumento do valor da coisa,³² excluindo-se o crédito relativo à restituição do sinal em singelo e uma eventual opção pelo sinal em dobro (artigo 442.º, n.º 2 do CC).³³ Tal solução justificar-se-ia, na medida em que o direito

³⁰ João Maldonado, *O Direito de Retenção do Beneficiário da Promessa de Transmissão de Coisa Imóvel e a Hipoteca*, in *Revista Julgar* n.º 13, 2011, pp. 256 e ss.

³¹ Por todos, Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, *cit.* p. 26 e Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, *cit.*, pp. 435 e 436.

³² Como defende Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, *cit.*, pp. 93 e 94, em regra, o aumento do valor da coisa verificado entre a data da celebração e a data do incumprimento será a diferença entre o valor da coisa ao tempo do incumprimento e o montante do preço convencionado, contanto que este montante traduza sensivelmente o valor objetivo da coisa à data da celebração do contrato-promessa. Quando assim não for, a indemnização pelo aumento do valor será determinado objetivamente, correspondendo à diferença entre o valor objetivo atual e o valor objetivo ao tempo da celebração do contrato, para evitar o locupletamento injustificado do contraente fiel às custas do contraente faltoso.

³³ Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 242.

de retenção só apresenta uma conexão com o direito ao aumento do valor da coisa, que seria o único crédito resultante do não cumprimento com uma relação direta com a coisa a reter³⁴. No entanto, salvo o devido respeito e à luz do regime anterior, não acompanhávamos esta posição, uma vez que o artigo 755.º do CC prevê um conjunto de casos em que a conexão entre o crédito do detentor e a coisa detida esmorece ou inexistente. Aliás, é essa a razão pela qual tais casos estão previstos especificamente neste preceito, caso contrário estariam abrangidos diretamente pelo artigo 754.º do CC, que pressupõe a existência de uma conexão material.³⁵

MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS defendeu que a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador consubstancia um mecanismo de tutela de um sujeito em particular: o **consumidor**.³⁶ Nos casos em que o promitente-comprador não seja um consumidor, não se verifica a necessidade de uma proteção específica, podendo esses sujeitos obter convencionalmente uma tutela acrescida através da constituição de garantias por acordo com os promitentes-alienantes.³⁷ Isto porque, contrariamente ao que sucede com os promitentes-adquirentes consumidores, os demais promitentes-adquirentes (i.e., os “profissionais”), têm perfeita consciência dos riscos que um contrato-promessa sinalizado envolve. Por essa razão, apenas se justifica a tutela do consumidor, enquanto parte mais débil, por estar menos preparado e ter menos conhecimento, aquando da celebração do negócio. Havendo tradição do imóvel, é natural que estes sujeitos criem uma confiança segura de que o negócio prometido será celebrado, o que, potencialmente, aumenta as quantias prestadas a título de sinal. O artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC seria, assim, uma *norma de tutela do consumidor*,³⁸ o que fundamentaria uma interpretação restritiva do preceito.

Não obstante estas tentativas de limitar o impacto da solução legal, existiram Autores que propuseram uma interpretação declarativa do artigo 755.º, n.º 1, alínea f). Em particular, o autor GRAVATO MORAIS considerava que, atendendo à letra da Lei e ao contexto em que foi atribuído o direito de retenção ao promitente-comprador, se deveria atender (sempre) a esta

³⁴ Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, cit., p. 242.

³⁵ Neste sentido, Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 394.

³⁶ Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, in Cadernos de Direito Privado n.º 33, 2011, p 8.

³⁷ Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, cit., pp 9.

³⁸ Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, cit., p 8.

garantia,³⁹ não se devendo introduzir limitações subjetivas decorrentes da qualidade de consumidor do promitente-comprador. Nesta matéria, acompanhamos a posição de GRAVATO MORAIS. Em nosso entendimento, nem a letra, nem o espírito da Lei, permitem que se faça uma interpretação restritiva que limite o âmbito subjetivo da garantia. Ademais, tal exercício hermenêutico não nos parece adequado à resolução do problema. Repare-se que estas teorias restritivas visavam, no essencial, aplacar o disposto no artigo 759.º, n.º 2 do CC, embora não atacassem frontalmente o problema,⁴⁰ já que o direito de retenção poderia ser reconhecido sem se excepcionar, de forma absoluta, a regra da prevalência temporal dos direitos reais (como parece, aliás, resultar da revisão legislativa que foi feita). Com a promulgação, publicação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48/2024, o alcance do direito de retenção sobre imóveis diminui substancialmente, na medida em que da nova redação do preceito parece resultar que: (i) o retentor só tem direito a ser pago com preferência sobre os demais credores, quando o crédito garantido por direito de retenção assegura o reembolso de despesas para conservar ou aumentar o valor do imóvel; (ii) apenas nestes casos, o crédito do retentor é graduado à frente do credor hipotecário, ainda que a hipoteca tenha sido anteriormente registada. Resta saber se, atendendo à nova redação do preceito, se continuará a discutir o alcance subjetivo do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, comprimindo, ainda mais, os casos em que se verifica uma primazia do direito de retenção sobre a hipoteca, o que assume a maior relevância em sede de insolvência do promitente-vendedor.

5. Direito de retenção do promitente-comprador em caso de insolvência do promitente-vendedor

A insolvência do promitente-vendedor suscita várias questões, quando o contrato-promessa, à data da declaração de insolvência, ainda não foi cumprido, nem definitivamente incumprido.

³⁹ Gravato Morais, *Da Tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, AUJ n.º 4/2014, cit., pp. 53 e ss.

⁴⁰ Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das Garantias Reais*, cit., p. 236, defendeu uma interpretação restritiva do artigo 759.º, n.º 2 do CC, de modo a não abranger o caso previsto no artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC. No entanto, cremos que, ao abrigo do regime anterior, tal solução não convergia com a vontade do legislador.

Desde logo, não é pacífica a questão de saber qual é, afinal, o crédito de que beneficia o promitente-comprador, em caso de decisão de incumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência.⁴¹ Menezes Leitão defende que o administrador da insolvência está obrigado a cumprir o contrato-promessa,⁴² ao arrepio do disposto no artigo 102.º do CIRE, posição minoritária na doutrina, que não acompanhamos.⁴³ No que respeita aos Autores que defendem a possibilidade de o administrador de insolvência recusar o cumprimento do contrato-promessa, Pestana de Vasconcelos entende que deverá ser feita uma interpretação restritiva do artigo 106.º, n.º 2 do CIRE, de modo a excluir do âmbito de aplicação do preceito os contratos-promessa sinalizados em que o insolvente é o promitente-vendedor.⁴⁴ Este Autor defende uma aplicação analógica do artigo 442.º, n.ºs 2 e 4 do CC, devendo ser atribuído ao promitente-comprador o direito ao sinal em dobro ou a indemnização pelo aumento de valor, entendendo ainda, como vimos, que, se o promitente-adquirente for também consumidor, o seu crédito deverá estar garantido por direito de retenção. Também Gravato Morais defende que o artigo 442.º, n.ºs 2 e 4 do CC poderá ser aplicado nestes casos, uma vez que foi um comportamento do insolvente que esteve na base da decisão do administrador de insolvência, por se ter “deixado cair” nessa situação.⁴⁵ Com uma posição totalmente oposta, Nuno Oliveira e Catarina Serra recusam liminarmente a aplicação do disposto no artigo 442.º do CC, em virtude do facto de o crédito emergir de uma decisão lícita do administrador de insolvência e não de um qualquer comportamento ilícito e culposos.⁴⁶

A par desta questão, a discussão em torno do direito de retenção do promitente-comprador assume particular relevância em caso de insolvência do promitente-vendedor, uma vez que a insolvência é um processo de execução universal, no qual concorrem todos os credores do devedor, tendo em vista a satisfação dos seus créditos.⁴⁷ Vigora no regime

⁴¹ Sobre o tema dos negócios em curso em insolvência e a aplicação do artigo 102.º do CIRE, v. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos* in I Congresso de Direito da Insolvência, coord. Catarina Serra, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 201 e ss.

⁴² Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 197.

⁴³ A possibilidade de o administrador da insolvência recusar o cumprimento do contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, independentemente, da tradição resulta evidente do artigo 106.º, n.º 1 do CIRE *a contrario*, aplicando-se a regra geral constante do artigo 102.º, n.º 1 do CIRE. Neste sentido, Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra, *Insolvência e Contrato-Promessa*, cit..

⁴⁴ Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, cit., p. 17.

⁴⁵ Gravato Morais, *Da Tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, cit., pp. 54 e ss..

⁴⁶ Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra, *Insolvência e Contrato de Promessa*, cit..

⁴⁷ Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 41 e ss.

insolvencial o princípio *par conditio creditorum*, o que significa que, em princípio, os credores têm o direito a ser pagos proporcionalmente pelo produto da venda dos bens do devedor,⁴⁸ se estes não forem suficientes para fazer face a todas as dívidas, o que resulta, desde logo, do artigo 604.º do CC.⁴⁹ ⁵⁰ Não obstante, resulta também deste preceito que podem existir *causas legítimas de preferência*, que permitem que determinados credores sejam pagos integralmente em primeiro lugar.⁵¹

Existindo várias causas legítimas de preferência, torna-se necessário ordená-las, de modo a perceber qual a ordem de prioridades pela qual os credores serão pagos.⁵² No que respeita ao confronto entre direito de retenção e hipoteca, dispunha o artigo 759.º, n.º 2 do CC que o direito de retenção prevalecia sobre a hipoteca, independentemente do momento em que esta tivesse sido registada,⁵³ nos casos em que o direito de retenção recaía sobre coisa imóvel (n.º 1 do artigo 759.º do CC).⁵⁴

⁴⁸ Maria do Rosário Epifânio, *Os credores e o processo de insolvência in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 694, também se referindo ao princípio como “*princípio da proporcionalidade das perdas dos credores*”.

⁴⁹ Conforme explica Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência, cit.*, p. 18, não obstante a existência de um conjunto de interesses especiais no Direito da Insolvência, este ramo de Direito continua a apoiar-se decisivamente no Direito Civil. Assim, não se discute a aplicação desta norma em sede de insolvência, ainda que com a introdução de nuances respeitantes à graduação dos créditos e à classificação e categorização dos credores.

Aliás, como explica Maria de Fátima Ribeiro, em anotação ao artigo 604.º do Código Civil, *in Comentário ao Código Civil: Direito das Obrigações: das obrigações em geral, cit.*, p. 669, este princípio só tem aplicação no âmbito do processo de insolvência, uma vez que não é justificada, sem uma prévia declaração de insolvência, a limitação do devedor na definição das suas prioridades e na gestão do cumprimento das suas obrigações.

⁵⁰ A propósito do pagamento aos credores comuns, o artigo 176.º do CIRE reproduz, por outras palavras, o disposto no artigo 604.º do CC, o que, pelas razões expostas, se revela desnecessário, conforme expõem Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2015, p. 654.

⁵¹ É essa a razão que justifica que Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência, cit.*, pp 22 e ss., alerte para a extensão reduzida do princípio *par conditio creditorum* em sede insolvencial. Declarada a insolvência do devedor, haverá que averiguar pela existência e manutenção de garantias, uma vez que são um instrumento de concessão de preferências no pagamento dos créditos, o que, num segundo momento, poderá diferenciar a posição dos credores do insolvente, afastando um princípio de igualdade / proporcionalidade nas perdas.

⁵² Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 297 e ss., enuncia as duas grandes categorias de créditos: os créditos sobre a massa insolvente e os créditos sobre a insolvência. Os créditos sobre a massa insolvente são pagos antes dos créditos sobre a insolvência (artigos 46.º, n.º 1 e 172.º do CIRE). Os créditos sobre a insolvência são ainda agrupados em classes distintas.

⁵³ O que acontecia de forma anómala, dada a regra da prevalência dos direitos reais, que determina que o direito real que primeiro se constituir prevalece sobre todos os direitos reais que se constituam ou sejam registados em momento posterior. Sobre este ponto, a título exemplificativo, v. Menezes Leitão, *Direitos Reais, cit.*, pp. 49 e ss..

⁵⁴ Há, contudo, situações em que, a título excecional, se parece admitir que a hipoteca anteriormente constituída possa prevalecer sobre o direito de retenção, nomeadamente as situações em que o crédito hipotecário está integrado numa emissão de obrigações hipotecárias. Isto porque, uma vez que, ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2, do DL n.º 59/2006, de 20.03, esses créditos prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários e os privilégios creditórios especiais gozam de prioridade relativamente aos créditos garantidos por direito de retenção (artigo 751.º do CC). Sobre este ponto, v. Ana Taveira da Fonseca, em anotação ao artigo 759.º do Código Civil, *in Comentário ao Código Civil: Direito das Obrigações: das obrigações em geral, cit.*, p. 1023.

Em muitas das posições doutrinárias sobre este tema, a interpretação do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC tinha reflexo no regime insolvencial. Pestana de Vasconcelos defendia que o promitente-adquirente veria o seu crédito garantido por direito de retenção se fosse, simultaneamente, consumidor. Por sua vez, Gravato Morais defendia que o crédito do promitente-adquirente beneficiava de direito de retenção, independentemente da sua qualidade de consumidor. Numa posição totalmente oposta, Nuno Oliveira invocava o princípio *par conditio creditorum*, para defender que, por razões de igualdade e repartição de sacrifícios entre credores, não deveria ser concedida uma tutela acrescida ao promitente-comprador (consumidor ou profissional), em sede insolvencial, devendo o seu crédito ser graduado como comum.⁵⁵

Para dissipar todas as dúvidas que foram surgindo na doutrina e na jurisprudência, foram proferidos três Acórdãos Uniformizadores de Jurisprudência, que se pronunciaram sobre os direitos do promitente-comprador no processo de insolvência, em caso de incumprimento de promessas sinalizadas com tradição da coisa, por decisão do administrador da insolvência.

Importa destacar este último ponto - os AUJ estão circunscritos às situações em que o não cumprimento do contrato-promessa se funda numa recusa lícita de cumprimento por parte do administrador de insolvência, não se devendo, em nosso entendimento, extrair deles quaisquer conclusões de carácter geral.

Ressalvamos ainda que estes AUJ foram proferidos ao abrigo do regime anterior, sendo de discutir e equacionar a sua pertinência e até subsistência, atendendo à nova solução implementada pelo legislador.

6. O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014:⁵⁶

6.1. Exposição da matéria de facto e de direito e segmento uniformizador

Através do AUJ n.º 4/2014, veio o STJ adotar uma posição na controvertida questão de saber se, no âmbito da graduação de créditos em insolvência, o promitente-comprador, que não

⁵⁵ Nuno Pinto Oliveira, *Com mais irreflexão que culpa – O debate sobre o regime da recusa de cumprimento do contrato-promessa in CDP n.º 36, 2011, p. 20.*

⁵⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.03.2024, processo n.º 92/05.6TYVNG-M.P1.S1.

obteve o cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador da insolvência, beneficia de direito de retenção e em que termos.⁵⁷

In casu, o Acórdão Recorrido considerou que, não pretendendo o administrador da insolvência cumprir o contrato, não são aplicáveis as consequências do artigo 442.º do CC, uma vez que no âmbito do processo de insolvência não tem lugar a aplicação do conceito civilista de *incumprimento imputável a uma das partes*. Não existindo um dever de cumprimento por parte do administrador da insolvência,⁵⁸ não estão preenchidos os pressupostos da ilicitude e da culpa, imprescindíveis para a aplicação do artigo 442.º do CC. Entendeu ainda o Acórdão Recorrido que o promitente-alienante também não beneficia de direito de retenção a garantir o seu crédito, pelo que, sendo este comum, é graduado atrás do crédito do credor hipotecário. Tal Acórdão revogou a decisão do Tribunal de primeira instância que havia decidido pela existência de um direito de retenção do promitente-comprador, que deveria prevalecer sobre quaisquer hipotecas, ainda que anteriormente registadas.

Antes de entrar a fundo no mérito da questão, o STJ expôs a grande divisão doutrinária e jurisprudencial que existia a propósito desta matéria, embora tenha concluído que, no que à jurisprudência diz respeito, a maioria tendia a decidir pela concessão do direito de retenção e pela sua prevalência face ao direito do credor hipotecário. Posteriormente, anunciando que aderiria a esta tese maioritária, fez um percurso histórico sobre a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador.

No AUJ n.º 4/2014, pode ler-se que *“a opção legislativa no conflito entre credores hipotecários e os particulares consumidores, concedendo-lhes o “direito de retenção”, teve e continua a ter uma razão fundamental: a proteção destes últimos no mercado da habitação; na verdade, constituem a parte mais débil, que, por via de regra, investem no imóvel as suas poupanças e contraem uma dívida por 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*

⁵⁷ O artigo 2.º do CC, que previa a figura dos assentos, foi revogado, em virtude de uma declaração de inconstitucionalidade. Este instituto permitia que o Supremo Tribunal de Justiça fixasse doutrina com força obrigatória geral, o que conduzia a uma invasão do poder legislativo pelo poder jurisdicional. Os AUJ não vinculam os Tribunais inferiores a seguir as suas orientações, mas têm uma força persuasiva monumental, levando a que, na prática, sejam sempre seguidos pelos tribunais inferiores.

⁵⁸ No entendimento vertido neste Acórdão, esta opção do administrador da insolvência é evidente, havendo apenas um dever de cumprir o contrato nos casos de promessa sinalizada com eficácia real, por aplicação do artigo 106.º, n.º 1 do CIRE.

por caso e ponderar uma prudente seletividade na concessão de crédito.” Este é o ponto fulcral, que justificou a uniformização de jurisprudência, tal como foi feita.

O STJ começou por afastar um dos principais argumentos da tese contrária, que se prende com o facto de uma das características da hipoteca ser a publicidade, a que se contrapõe o cariz oculto do direito de retenção. Estabelece o artigo 687.º do CC que a hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes. A mesma ideia é formulada no artigo 4.º, n.º 2 do Código do Registo Predial, em que são mencionados como sujeitos a registo os factos constitutivos da hipoteca, registo sem o qual esses factos não poderão ser invocados, nem em relação a terceiros, nem entre as próprias partes. A partir da leitura destes preceitos, é possível concluir que o registo da hipoteca é constitutivo do direito real.⁵⁹ Pelo contrário, a publicidade do direito de retenção é apenas assegurada pela detenção da coisa,⁶⁰ decorrendo a sua constituição da lei e não estando sujeita a registo.⁶¹ Dito isto, facilmente se compreende que existe uma publicidade periclitante inerente ao direito de retenção, que soçobra face à robusta publicidade da hipoteca, materializada através de um registo constitutivo.

Tal circunstância potenciava situações de fraude ao credor hipotecário, uma vez que, recorde-se, o direito de retenção prevalecia sobre hipotecas, ainda que anteriormente registadas, podendo daqui advir acordos fraudulentos tendentes a impedir ou dificultar a satisfação dos créditos do credor hipotecário.^{62 63}

No entanto, o STJ considerou que esta objecção não assumia o relevo que lhe era dado, na medida em que o direito de retenção é apenas uma de entre outras garantias com as quais se pode deparar o credor hipotecário no âmbito de um processo de insolvência. Pense-se, por exemplo, nos privilégios imobiliários especiais⁶⁴, que preferem à consignação de rendimentos,

⁵⁹ Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 380.

⁶⁰ A detenção é, aliás, um dos requisitos do direito de retenção, devendo o agente deter uma coisa alheia e manter sobre ela um poder material, ainda que por intermédio de terceiro. Sobre este ponto, v., a título de exemplo, Cláudia Madaleno, cit., pp. 119 e ss.

⁶¹ Ana Taveira da Fonseca, *Da Recusa de Cumprimento*, cit., p. 288.

⁶² Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das Garantias Reais*, cit., pp 190 e ss., lembrando que Vaz Serra, na vigência do Código Civil anterior já alertava para este risco.

⁶³ Este risco subsiste à luz do regime atual, quando o crédito do retentor assegura despesas feitas para conservar ou aumentar o valor do imóvel, pois, nesses casos, o direito de retenção ainda prevalece sobre hipoteca, ainda que anteriormente registada. No entanto, é um risco muito menor, atendendo, quer ao menor número de casos em que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, quer ao critério que determina a existência de direito de retenção do promitente-comprador – a conexão objetiva entre o direito de retenção e a coisa retida. Além disso, a prova de existência do crédito também é mais difícil de fazer.

⁶⁴ Importa, porém, realçar que muitos privilégios creditórios caducam com a declaração de insolvência, ao abrigo do artigo 97.º do CIRE.

à hipoteca ou ao próprio direito de retenção, ainda que estas garantias sejam anteriores, conforme resulta do artigo 751.º do CC.⁶⁵ Ademais, a atribuição do direito de retenção e a ordem da sua graduação no concurso com outras garantias foi resultado de uma ponderação de interesses atendíveis pelo legislador, não se devendo, a todo o custo, tentar afastá-lo no confronto com a hipoteca.⁶⁶ É ainda referido que o direito de retenção possui uma “*faceta visível*”, em resultado da sua própria natureza, uma vez que o objeto sobre o qual recai é, na maior parte das vezes, utilizado “às claras” pelo promitente-comprador.⁶⁷

Neste sentido, os restantes credores, nomeadamente as instituições de crédito, poderiam acautelar-se antes de optarem pela concessão de crédito, que sempre comporta uma certa álea de risco. Salvo o devido respeito, embora se reconheça que a concessão de crédito não é isenta de riscos, sendo um dos maiores a eventual insolvência da entidade financiada e o concurso com outros credores (garantidos ou privilegiados), há um risco que as instituições de crédito nunca poderiam acautelar no regime anterior: a existência de direito de retenção *posterior* a hipotecas já constituídas.⁶⁸ Destarte, a “*faceta visível*” do direito de retenção era indiferente, para este efeito.

Ainda que tenha afastado os argumentos relativos à publicidade da hipoteca e do direito de retenção e à possibilidade de proliferarem situações de conluio para prejudicar os credores hipotecários, o STJ não se mostrou insensível à problemática em discussão. No seu entendimento, a forma correta de balancear os interesses dos promitentes-compradores, a benefício de quem o legislador veio prever um direito de retenção, e os interesses dos credores hipotecários, potencialmente prejudicados com a amplitude desse direito, seria através de uma interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, conferindo-se direito de retenção

⁶⁵ Sobre este ponto v. Miguel Lucas Pires, *Dos Privilégios Creditórios, Regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Coimbra, Almedina, 2015 e Salvador da Costa, *Concurso de Credores, Áreas Comum, Fiscal e de Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 127 e ss. e 287 e ss.

⁶⁶ À luz do artigo 9.º, n.º 3 do CC, na interpretação das normas jurídicas, deve sempre partir-se do pressuposto de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir corretamente o seu pensamento.

⁶⁷ De facto, como refere Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das Garantias Reais*, cit., p. 210, no caso da retenção, verifica-se uma publicidade material e de facto derivada do contacto com a coisa (“*publicidade de facto*”), razão pela qual não se exige qualquer registo. No caso da hipoteca, uma vez que a entrega da coisa não é um elemento fundamental, impõe-se o registo como facto constitutivo do direito.

⁶⁸ Isabel Menéres Campos, *Da Hipoteca, Caracterização, Constituição e Efeitos*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 228-229. Como refere esta Autora, ainda que sejam diligentes, os Bancos não têm possibilidade de controlar a celebração de contratos-promessa posteriores à concessão de crédito, nem averiguar a existência de tradição do objeto do contrato-prometido. Para além disso, Pedro Sameiro, *O direito de retenção e a situação do credor hipotecário*, Revista da Banca, n.º 26, abril-junho, 1993, p. 90, alerta para as situações em que o financiador é um particular, não tendo meios para vigiar a eventual insolvência do devedor.

apenas ao promissário da transmissão de imóvel que, obtendo a tradição da coisa, fosse simultaneamente consumidor.

Regressando ao caso, o AUJ n.º 4/2014 defendeu que existe uma omissão legislativa no que respeita à insolvência do promitente-vendedor de contrato-promessa com efeito meramente obrigacional, em que tenha existido tradição do objeto. O artigo 106.º, n.º 1 do CIRE regula as situações em que existe um contrato-promessa com eficácia real com tradição do objeto, ao passo que o n.º 2 do mesmo preceito regula os casos em que há um contrato promessa sem eficácia real e sem tradição do objeto. Torna-se, então, necessário suprir tal omissão com recurso a um “*lugar paralelo*”, que resulta do regime da venda com reserva de propriedade. De acordo com o artigo 104.º, n.º 1 do CIRE, no contrato de compra e venda com reserva de propriedade, sendo insolvente o vendedor, a outra parte pode exigir o cumprimento do contrato, se a coisa já lhe tiver sido entregue à data da declaração de insolvência. Subjacente a esta tomada de posição está a forte expectativa que a tradição criou no promitente-comprador quanto à solidez do vínculo. Tendo sido entregues as chaves do imóvel, o promitente-adquirente passa a agir como um verdadeiro possuidor em nome próprio, sendo materializada a intenção de se transferirem para o adquirente os poderes sobre a coisa, faltando apenas legalizar uma situação de facto consolidada.

Daqui se depreende que, havendo incumprimento do contrato-promessa, se mantém a aplicabilidade do artigo 442.º do CC, mantendo o promitente-adquirente o direito ao sinal em dobro e não apenas o direito ao sinal singelo ou à proteção que resulta do disposto no artigo 102.º, n.º 3 do CIRE.⁶⁹ Quanto ao argumento segundo o qual o artigo 442.º do CC pressupõe a existência de um comportamento ilícito e culposo, que inexistente, porquanto ao insolvente se substituiu o administrador da insolvência na gestão da massa, o AUJ n.º 4/2014 aderiu à tese da imputabilidade reflexa.⁷⁰ De acordo com esta tese, é o comportamento da insolvente que está na origem do processo de insolvência, pelo que, em última análise, sempre procederia de culpa sua a decisão do administrador de insolvência não cumprir o contrato-promessa. Posto isto,

⁶⁹ No caso concreto, o Tribunal foi mais longe do que necessitava, na medida em que era apenas peticionada uma indemnização pelo aumento do valor da coisa.

⁷⁰ Com o Decreto-Lei n.º 48/2024, independentemente da posição que se adote quanto à aplicabilidade/inaplicabilidade do artigo 442.º do CC e ao *quantum* indemnizatório a que o promitente-comprador terá direito, nunca haverá direito de retenção a garantir o mero incumprimento do contrato-promessa, pelo que o crédito do retentor não será graduado à frente do credor hipotecário, a menos que aquele tenha efetuado despesas na coisa para a melhorar ou conservar, sendo *apenas* esse crédito que tem prevalência e não qualquer outro relativo ao incumprimento do contrato.

sempre lhe competiria a si afastar a sua culpa, uma vez que esta se presume, ao abrigo do disposto no artigo 799.º, n.º 1 do CC.⁷¹

Em todo o caso, importa referir que esta parte da decisão não foi abrangida pelo segmento uniformizador de jurisprudência, havendo, aliás, um AUJ posterior – o AUJ n.º 3/2019 -, que adota uma tese diametralmente oposta.

No AUJ n.º 4/2014, prossegue o Tribunal, sustentando que o incumprimento de contrato-promessa com natureza meramente obrigacional, em que existiu tradição da coisa, dá origem ao surgimento do direito de retenção a que alude o artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, viabilizado pela interpretação que o STJ adota neste Acórdão sobre o artigo 106.º do CIRE. Tal conclusão é reforçada pelo facto de o artigo 97.º do CIRE, que regula a extinção de privilégios creditórios e garantias reais, não incluir o direito de retenção no seu elenco.⁷² O AUJ n.º 4/2014 refere ainda que, se o direito de retenção do promitente-comprador não existisse em sede insolvencial, bastaria que uma empresa promitente-vendedora e incumpridora do contrato se apresentasse à insolvência para evitar as consequências do incumprimento.⁷³

Em face do exposto, o Acórdão revogou a parte impugnada do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto e decidiu que, em seu lugar, deveria vigorar o decidido pelo Tribunal de primeira instância, sendo o crédito do promitente-comprador graduado à frente do crédito do credor hipotecário. Para além disso, uniformizou-se jurisprudência nos seguintes termos: *“no âmbito da graduação de créditos em insolvência, o consumidor promitente-comprador, em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do CC.”*

⁷¹ Os conselheiros Sebastião Póvoas, Fonseca Ramos e Lopes do Rego teceram várias críticas a esta posição.

⁷² Sobre a extinção de privilégios creditórios e garantias reais no processo de insolvência, v. Carvalho Fernandes e João Labareda, em anotação ao artigo 97.º do CIRE, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pp. 447-451.

⁷³ Alertando para o facto de as garantias das obrigações serem particularmente relevantes no processo de insolvência, v. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 59.

6.2. Análise Crítica

De acordo com o entendimento do STJ vertido no AUJ n.º 4/2014, a proteção conferida ao promitente-comprador que seja, simultaneamente, consumidor deriva do facto de tal sujeito constituir a parte mais débil, uma vez que a aquisição se destina mormente à sua habitação e, na grande maioria dos casos, contrai uma dívida por largos anos ou investe todas as suas poupanças no imóvel que promete comprar. Para além disso, terá, à partida, menos poder de informação relativamente à situação financeira do promitente-vendedor. No entanto, como bem nota GRAVATO MORAIS, tal entendimento é redutor.⁷⁴

Apesar de o Decreto-Lei n.º 236/80 e o Decreto-Lei n.º 379/86 revelarem uma forte preocupação com a tutela dos particulares, numa lógica de direito do consumidor e de proteção da habitação, não parece que a proteção que o legislador quis conferir neste domínio se tenha restringido ao retentor-consumidor. Na sua declaração de voto, o Conselheiro ABRANTES GERALDES defende que a introdução do direito de retenção se dirige aos promitentes-compradores em geral, sem que se limite subjetivamente o seu âmbito, em virtude de uma eventual qualificação como consumidor. Também o Conselheiro LOPES DO REGO entende que não existiu uma essencial intenção legislativa de proteger os consumidores, o que resulta, desde logo, dos preâmbulos dos diplomas legais.

Destaca-se o que se lê no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de novembro: *“Pensou-se directamente no contrato-promessa de compra e venda de edifícios ou de frações autónomas deles. Nenhum motivo justifica, todavia, que o instituto se confine a tão estreitos limites”*. A justificação da posição adotada pelo legislador é também relatada no preâmbulo: a tradição cria uma confiança mais forte na estabilidade ou concretização do negócio, sugerindo a boa-fé que lhe corresponda um acréscimo de segurança.

O facto de o tema do direito de retenção do promitente-comprador ter brotado, essencialmente, dos contratos-promessa de compra e venda de edifícios para habitação não significa que tenha sido esse o exclusivo âmbito em que o legislador decidiu atuar ao conferir um direito de retenção ao promitente-adquirente.⁷⁵ Recorde-se, inclusivamente, que o direito de retenção foi atribuído num contexto de elevada inflação, para desestimular o incumprimento

⁷⁴ Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 52.

⁷⁵ Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 53.

dos contratos-promessa, em geral.⁷⁶ Se o legislador quisesse tutelar somente os promitentes-compradores consumidores, tê-lo-ia especificado, ao invés de criar em todos os promitentes-compradores a expectativa de vir a beneficiar de um direito de retenção, em caso de incumprimento do contrato-promessa.

Ainda que se pudesse questionar a bondade e justiça desta atribuição, sobretudo no confronto com os direitos dos credores hipotecários, a atuação do Tribunal, ao restringir o âmbito subjetivo do direito de retenção dos promitentes-compradores, colide com o princípio da separação de poderes.⁷⁷ Salvo o devido respeito, mais do que aplicar a Lei, o Tribunal distorceu, quer a sua letra, quer o seu espírito, tendo feito uma interpretação *contra legem* ou abrogante no âmbito de um processo de insolvência, determinando a maior discriminação entre credores que estão materialmente em situações idênticas. Em virtude desta posição, alguns promitentes-compradores beneficiam de direito de retenção e a outros promitentes-compradores, por exemplo de frações idênticas do mesmo prédio, não lhes é reconhecida qualquer garantia real para tutela do seu crédito. Isto pelo simples facto de não serem consumidores, no contexto de uma codificação que nunca discrimina positivamente os credores-consumidores do insolvente.

Deve entender-se que, à época, a “*preferência da retenção foi querida pelo legislador, atendendo à ponderação de interesses gerais que àquele compete.*”⁷⁸ É ao poder legislativo que cabe decidir a ordem de prioridades de pagamento e foi decidido que o direito de retenção, atribuído a *todo e qualquer* promitente-comprador no âmbito de um contrato-promessa sinalizado com tradição da coisa, prevalecia sobre a hipoteca, o que resultava da conjugação dos artigos 755.º, n.º 1, alínea f) e 759.º, n.º 2 do CC.⁷⁹ Ainda que se compreenda a tentação de o Tribunal tentar reverter a aplicação de uma norma potencialmente injusta para os credores hipotecários, a realidade é que a solução vertida no AUJ n.º 4/2014 não tinha suporte, nem na

⁷⁶ Isabel Menéres Campos, *Da Hipoteca*, cit., p. 226.

⁷⁷ Afonso Patrão e Margarida Costa Andrade, *A posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 40. No mesmo sentido, defendendo que, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, Cláudia Madaleno, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais*, cit., p. 135.

⁷⁸ Afonso Patrão e Margarida Costa Andrade, *A posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 40.

⁷⁹ Consideramos que estas soluções prescritas no direito substantivo devem ter reflexo na insolvência, na medida em que, como defende Assunção Cristas, *Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante*, in “Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, 2005, p. 166, o Direito da Insolvência é sobretudo adjetivo, não devendo interferir com as soluções que decorrem do direito substantivo.

letra, nem no espírito da Lei, não podendo ser alcançada através de uma interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC.^{80 81}

A inadequação da posição do AUJ n.º 4/2014 é posta em evidência com a alteração introduzida ao artigo 759.º do CC. A discussão em torno do direito de retenção do promitente-comprador nunca se deveu verdadeiramente ao âmbito subjetivo da atribuição da garantia, mas sim à circunscrição da sua prevalência sobre as hipotecas, principalmente as anteriormente registadas. Tanto assim é que, com o novo regime, deixará, em princípio, de fazer sentido a discussão sobre a qualidade de consumidor do promitente-comprador, pois, independentemente dessa qualidade, só terão preferência face aos demais credores os créditos que resultem de despesas de conservação ou melhoria no imóvel. A atribuição de um verdadeiro direito real de garantia estará circunscrita à conexão objetiva entre o crédito e a coisa retida. Em todo o caso, esta mudança de paradigma na graduação dos créditos só é legitimada pela intervenção do legislador; até ao surgimento do Decreto-Lei n.º 48/24, nada justificava, por um lado, uma inversão da ordem de graduação dos créditos tal como definida pelo legislador, e, por outro lado, uma ardilosa delimitação do âmbito subjetivo da garantia, obtendo-se, por outra via, a referida ordem de graduação dos créditos.

Assim, embora criticássemos a solução legal por criar entropias indesejáveis na concessão de crédito e na economia em geral, não acompanhámos o AUJ n.º 4/2014 na solução encontrada para conciliar os interesses em jogo. Não obstante, acompanhámos o AUJ n.º 4/2014 em alguns aspetos, nomeadamente quando refutou o argumento relativo às situações de fraude que podiam advir da prevalência do direito de retenção sobre hipotecas, ainda que anteriormente registadas. O meio adequado para resolver os problemas de fraude que, eventualmente, possam surgir é o recurso a “*institutos de carácter geral, como por exemplo a acção simulatória ou a impugnação pauliana.*”⁸²

Quanto à “*faceta visível*” do direito de retenção, invocada como argumento para atenuar a posição mais frágil em que se encontravam os credores hipotecários, embora se reconheça

⁸⁰ Ana Taveira da Fonseca, *Da Recusa de Cumprimento*, cit., p. 320.

⁸¹ Para além de a interpretação restritiva necessitar de um mínimo de correspondência verbal para operar, é necessário que resulte do contexto histórico, da teleologia e/ou da unidade do sistema jurídico (artigo 9.º, n.º 1 e n.º 2 do CC). Neste caso, a Lei, o contexto histórico e a teleologia da norma não parecem legitimar a restrição feita pelo AUJ n.º 4/2014.

⁸² Ana Taveira da Fonseca, *Da Recusa de Cumprimento*, cit., p. 323. No mesmo sentido, Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 53.

que tal pode suceder em muitas situações, não acontece em todos os casos. Desde logo, não sucede, quando o direito de retenção surge, depois de as hipotecas estarem constituídas, o que representava um risco contra o qual os credores hipotecários não se podiam acautelar.⁸³

No que respeita à identificação de um “*lugar paralelo*” nos artigos 106.º, n.º 2 e 104.º, n.º 1 do CIRE, para suprir a putativa omissão normativa respeitante ao cumprimento ou incumprimento do contrato-promessa de natureza meramente obrigacional com tradição da coisa, acompanhamos, em parte, a posição adotada por GRAVATO MORAIS.⁸⁴ Ainda que sejam identificáveis algumas semelhanças entre a venda a prestações com reserva de propriedade e o contrato-promessa com *traditio*, não se pode desaplicar o regime-regra da escolha do administrador de insolvência relativamente ao cumprimento ou incumprimento dos negócios em curso, se não existir uma norma que o desaplique especificamente. No mesmo sentido se pronunciaram os Conselheiros Moreira Alves, Salazar Casanova e Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, concluindo pela possibilidade de o administrador de insolvência recusar o cumprimento do contrato-promessa, quando este é meramente obrigacional, ainda que tenha existido tradição da coisa.

Já não acompanhamos a posição adotada por GRAVATO MORAIS,⁸⁵ no que respeita às consequências da recusa do cumprimento, nomeadamente a aplicação do regime do artigo 442.º do CC, que foi, aliás, acolhida pelo AUJ n.º 4/2014.

Na época, a teoria adotada para fundamentar a aplicação do artigo 442.º, n.º 2 do CC era a da imputabilidade reflexa do insolvente, entendendo-se que o seu comportamento sempre estaria na origem do processo da insolvência,⁸⁶ pelo que sempre se justificaria aludir a uma responsabilidade/imputabilidade reflexa. De acordo com este entendimento, “*o promitente-alienante deu causa à inexecução da promessa, por via da (sua própria) insolvência.*”⁸⁷ Manifestamos, desde já, a nossa discordância em face da teoria da imputabilidade reflexa, embora reservemos a exposição dos argumentos que a fundamentam para momento posterior,

⁸³ Isabel Menéres Campos, *Da Hipoteca*, cit., p. 229.

⁸⁴ Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 54.

⁸⁵ Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 54.

⁸⁶ Brandão Proença, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica – resolução*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 89

⁸⁷ Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 55.

uma vez que o AUJ n.º 4/2014 não uniformizou jurisprudência nessa matéria, recaindo a uniformização unicamente sobre a limitação subjetiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea f). Ainda assim, desta teoria só se pode retirar que não existem quaisquer razões para distinguir o promitente-adquirente consumidor do promitente-adquirente profissional, pois a insolvência e o não cumprimento do contrato-promessa teriam sempre como causa um comportamento culposo do insolvente.

Em todo o caso, o STJ apenas concedeu a restituição do valor do sinal em singelo, uma vez que foi esse o pedido do retentor, tendo sido atribuída prioridade a esse crédito sobre o crédito do credor hipotecário, uma vez que o retentor foi considerado *consumidor*. Aliás, tal qualificação é a única pista que o AUJ n.º 4/2014 fornece quanto ao conceito de consumidor que vale, para efeitos de aplicação do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC. Em nota de rodapé, é dito o seguinte: “[n]ão sofre dúvida que o promitente-comprador é, in casu, um consumidor no sentido de ser um utilizador final, com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda.” Uma vez que o conceito de consumidor é um conceito plurívoco,⁸⁸ que varia consoante o contexto normativo em análise, não se compreende a referência a um “significado comum” do termo. Não obstante, é referido que o retentor utiliza os andares para uso próprio e não com intuito de revenda, de onde se depreende que quem não pretende adquirir o bem objeto de *traditio* com intuito de revenda e lhe confere um uso “próprio” deve ser considerado consumidor.⁸⁹ Com o intuito de resolver o problema da indefinição do conceito de consumidor, surgiu o AUJ n.º 4/2019 cuja análise se fará de seguida.

No que ao segmento uniformizador de jurisprudência do AUJ n.º 4/2014 diz respeito, reforçamos a nossa discordância quanto à restrição do âmbito subjetivo do direito de retenção do promitente-adquirente. Salvo melhor opinião, entendemos que o crédito indemnizatório do promitente-comprador que vê o contrato-promessa⁹⁰ ser incumprido, por decisão do administrador de insolvência, deve ser *sempre* garantido por direito de retenção,

⁸⁸ Jorge Morais de Carvalho, Manual de Direito do consumo, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 21 e 22 e Margarida Andrade e Afonso Patrão, *A posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência do promitente-vendedor*, cit., p. 39.

⁸⁹ Conforme referem Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Retorno ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência – entre a emenda de um mau soneto e a meia palavra para bom entendedor* (Breve comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2019), *Julgare Online*, janeiro de 2020, p. 12, “[no AUJ n.º 4/2014] “o Supremo Tribunal reduziu o número de sujeitos titulares de uma garantia com prevalência sobre a hipoteca; mas, simultaneamente, num gesto de acordeão, permitiu que como consumidores fossem tratados todos os que se integrassem no espectro entre o promitente-comprador que pretende ser o proprietário de um imóvel para fins habitacionais e aquele que o pretende integrar numa estrutura empresarial de grande porte.”

⁹⁰ Recorde-se, contrato-promessa sinalizado com natureza meramente obrigacional e em que houve tradição do bem.

independentemente de o promitente-comprador ser ou não consumidor. Não obstante, entendemos que tal direito não deveria ter sido atribuído da maneira que foi, aplaudindo, por isso, a intervenção legislativa introduzida no artigo 759.º, n.ºs 1 e 2 do CC, que concedeu uma tutela mais forte aos direitos dos credores hipotecários.

Em todo o caso, no nosso entendimento, o crédito que resulte de uma conservação ou melhoria do imóvel por parte do promitente-comprador deverá *sempre* prevalecer no confronto com a hipoteca, independentemente, quer do momento em que foi registada, quer da qualidade de consumidor do promitente-comprador. Repare-se que a pedra-toque do novo regime é a natureza do crédito garantido, pretendendo-se evitar um locupletamento do credor hipotecário à custa da intervenção feita no imóvel pelo promitente-comprador. Assim, se à luz do regime anterior já considerávamos que não deveria ser efetuada qualquer interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, cremos que, atualmente, não subsistem quaisquer dúvidas sobre a verdadeira interpretação do preceito.

7. Acórdão Uniformizador n.º 4/2019:

7.1. Exposição da matéria de facto e de direito e segmento uniformizador

Através do AUJ n.º 4/2019, veio o STJ uniformizar jurisprudência no que respeita ao conceito de consumidor que deveria relevar para efeitos de aplicação do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, tal como interpretado pelo AUJ n.º 4/2014.

No Acórdão Recorrido, havia sido decidido que “*não será consumidor quem compra (ou promete comprar) com escopo de revenda*” e que “*é consumidor o não profissional do ramo, isto é, aquele cuja actividade profissional não consiste propriamente na compra e venda de imóveis ou na compra visando outro escopo lucrativo que terá por objecto imediato o prédio ou a fracção (por exemplo, para arrendamento) e que vai ser, assim, o utilizador final do bem.*”⁹¹ Por sua vez, em outros Acórdãos, o STJ havia decidido que só era consumidor quem adquiria bens ou serviços para satisfação de necessidades pessoais e familiares (destinando-lhes um uso privado) e para outros fins que não se integrassem numa atividade económica estável,⁹²

⁹¹ Acórdão proferido pelo STJ, em 24.10.2017.

⁹² Acórdão proferido pelo STJ, em 13.07.2017, proc. n.º 1594/14.9TJVN.F.2.G1.S2.

tendo sido decidido num outro caso que não era consumidor aquele que prometia adquirir um imóvel para nele instalar um estabelecimento comercial e, relativamente a outra fração autónoma do mesmo edifício, arrendá-la a uma instituição bancária, para receber as respetivas rendas.⁹³

No Acórdão Recorrido, foi adotada uma noção mais ampla de consumidor, ao passo que no Acórdão Fundamento, o STJ adotou uma visão restrita de consumidor, excluindo do conceito todos aqueles que prometem adquirir um imóvel para nele exercer uma atividade económica, ainda que distinta da atividade de compra para revenda de imóveis.

No que respeita a esta matéria, a jurisprudência do STJ posterior ao AUJ n.º 4/2014 (e anterior ao AUJ n.º 4/2019), encontrava-se bastante dividida, adotando, quer uma posição mais restritiva do conceito de consumidor,⁹⁴ quer uma posição mais ampla do referido conceito.⁹⁵ A jurisprudência dos Tribunais da Relação interpretou o conceito de consumidor, maioritariamente, num sentido restrito,⁹⁶ dele excluindo o uso do bem para fins profissionais, independentemente de quais fossem esses fins.

Repare-se que o AUJ n.º 4/2019 é perentório *ab initio*, ao afirmar que a admissibilidade ou inadmissibilidade da interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC é uma questão que extravasa o âmbito do Acórdão. Além do mais, o Acórdão afirma que não é possível introduzir qualquer discussão sobre outros critérios aplicativos, como, por exemplo, “*o de equacionar a aplicação daquele regime apenas ao promitente-comprador que destine o imóvel a habitação e onde, efetivamente, tenha passado a habitar (o que encontraria algum suporte na tutela constitucional do direito à habitação.*”

Não obstante, embora reconheça, acertadamente, que não lhe compete introduzir outros critérios de aplicação do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), a potencial solução a que aludiu revela-se mais consentânea com todo o percurso adotado pelo AUJ n.º 4/2014 do que a solução efetivamente encontrada por esse Acórdão. Isto porque, se como refere o AUJ n.º 4/2014, a

⁹³ Acórdão Fundamento proferido pelo STJ, em 14.02.2017, proc. n.º 427/12.5TBFAF-F.G1.S1.

⁹⁴ Ver, a título de exemplo, Acórdão proferido pelo STJ, em 18.09.2018, proc. n.º 1210/11.0TYVNG-D.P1.S1.

⁹⁵ Ver, a título de exemplo, o Acórdão proferido pelo STJ, em 03.10.2017, processo n.º 212/11.1T2AVR -B.P1.S1.

⁹⁶ Ver, a título de exemplo, a jurisprudência citada na nota de rodapé 8 do AUJ n.º 4/2019: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08.09.2015, processo n.º 2806/11.6TBVIS-C.C1, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23.11.2017, processo n.º 35/13.3TBMUR-C.G1. Adotando um conceito amplo de consumidor, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28.03.2017, processo n.º 614/07.8TYVNG-C.P1.

intenção do legislador foi somente a proteção do promitente-comprador que visa adquirir o imóvel para habitação,⁹⁷ aí investindo as suas poupanças e criando uma situação de confiança particularmente robusta em virtude da *traditio*, então é esse sujeito que se visa tutelar, contanto que tenha passado a habitar efetivamente no imóvel (o que torna mais visível o investimento da confiança). No entanto, como bem nota o AUJ n.º 4/2019, “*a solução ideal passaria pela existência de uma intervenção legislativa que definisse, com clareza literal, os direitos daquele promitente-comprador.*”. Embora não tenha chegado a tempo de evitar uma violação do princípio da separação de poderes, esta intervenção veio com o Decreto-Lei n.º 48/2024.

Na ausência de tal solução, impôs-se a necessidade de definir o conceito de consumidor, para delimitar a aplicação do disposto no AUJ n.º 4/2014 e, conseqüentemente, no artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC.

Em primeiro lugar, o AUJ n.º 4/2019 afastou o relevo da nota de rodapé n.º 10 do AUJ n.º 4/2014, pela sua ambiguidade literal⁹⁸ e por não fornecer uma conclusão definitiva sobre o conceito de consumidor. Posteriormente, o Acórdão faz alusão aos preâmbulos do Decreto-Lei n.º 236/80 e do Decreto-Lei n.º 379/86, diplomas que tomaram como referência típica o promitente-comprador que pretende adquirir um imóvel para habitação, sendo considerado, por isso, a parte mais fraca na relação contratual. Não obstante, as normas introduzidas por estes diplomas não introduziram essa restrição, para efeitos da sua aplicação. Ainda assim, cumpre salientar que o AUJ n.º 4/2014 manifestou alguma preocupação, no que respeita ao confronto entre os direitos dos credores hipotecários e os direitos dos retentores, tendo concluído que estes últimos merecem maior proteção, por serem a parte mais débil, por investirem no imóvel as suas poupanças e, regra geral, por contraírem uma dívida por largos anos. Estas ponderações parecem apontar para um conceito restrito de consumidor.⁹⁹

No entanto, o AUJ n.º 4/2019 faz um percurso sobre o conceito legal de consumidor, para tentar alcançar uma conclusão segura sobre o conceito que deve valer no âmbito do AUJ

⁹⁷ Posição da qual discordamos pelas razões apontadas pelo Conselheiro Abrantes Geraldês na sua declaração de voto.

⁹⁸ Conforme referido no AUJ n.º 4/2019, “*Se a doutrina citada em tal nota se referisse apenas ao promitente-comprador que utiliza os andares “para seu uso próprio”, tal constituiria uma provável indicação de que se pensava num conceito restrito de consumidor, considerando-se “uso próprio” enquanto sinónimo de “uso pessoal”. Se, pelo contrário, se tivesse referido apenas àquele que utiliza os bens “não com escopo de revenda”, estaria, muito provavelmente, a revelar uma noção ampla de consumidor.*”

⁹⁹ Apoiando a solução se for aplicada unicamente em sede de insolvência, Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Retorno ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência*, cit., pp. 17 e 18.

n.º 4/2014,¹⁰⁰ invocando, para tal, o artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (“Lei da Defesa do Consumidor”).¹⁰¹ De acordo com este preceito, “[c]onsidera-se consumidor 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.” O Acórdão enumera ainda vários diplomas legais, muitos dos quais resultado de transposições de Diretivas europeias, que adotam um conceito similar de consumidor.¹⁰² No entanto, o pensamento legislativo subjacente a todos estes diplomas é o de tutelar mais fortemente uma das partes, o consumidor, em virtude da sua debilidade económica e informacional e da sua menor experiência contratual,¹⁰³ sendo necessário questionar se tal tutela será premente, no caso de promitentes-compradores que não pretendam adquirir imóveis para habitação.

A favor de um conceito amplo de consumidor estaria o facto de o direito de retenção do promitente-comprador não se integrar no âmbito das relações típicas de consumo, como as de contratação em massa, que estão na base da maior parte dos diplomas europeus sobre consumo. Isto significaria que, neste contexto, poderia ser construído um outro conceito de consumidor que protegesse um maior número de promitentes-compradores, o que potenciaría uma maior flexibilização na realização da justiça material. Assim, integrar-se-iam neste conceito todos os promitentes-compradores, com exceção dos que adquirem para revenda ou para locação.

Porém, a adoção de um conceito amplo de consumidor suscita problemas que, no entendimento do AUJ n.º 4/2019, obstam à sua adoção. Em primeiro lugar, nem sempre será fácil saber quando é que o bem que se promete comprar se destina a revenda ou locação e em que momento se deve aferir tal intenção.

¹⁰⁰ Realçando, porém, que não existe no direito português um conceito de consumidor legalmente formulado para a generalidade das relações contratuais. Diferentemente de outros países, Portugal não adotou um código do consumidor, nem incorporou no Código Civil um conceito de *consumidor* com vocação de abrangência geral neste domínio.

¹⁰¹ Jorge Morais de Carvalho, Manual de Direito do consumo, *cit.*, p. 22. Defendendo a aplicação dos conceitos de consumidor constantes, quer da Lei n.º 24/96, quer do Decreto-Lei n.º 24/2014, Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência*, *cit.*, pp. 8 e 9.

¹⁰² A título exemplificativo, Lei n.º 67/2003, de 23 de agosto (sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas); Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial); Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (práticas comerciais enganosas); Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho (crédito a consumidores); Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho (regime dos contratos de crédito relativos a imóveis).

¹⁰³ Sobre a relevância de harmonizar o Direito do Consumo na União Europeia, tendo por base as razões mencionadas e as evidentes vantagens para o mercado interno, v. Sandra Passinhas, *O Lugar da Vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português in Estudos de Direito do Consumidor* n.º 15, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2019, pp. 262, 263 e 267.

Para além disso, a delimitação do conceito com exclusão daqueles que adquirem o bem para revenda ou locação revela “*uma discriminação de um tipo de atividade em face de outras atividades*”, não se compreendendo o porquê de o promitente-comprador que pretenda destinar o imóvel ao mercado do arrendamento ou alojamento de turistas não poder beneficiar do direito de retenção, mas qualquer outro que pretenda destinar o imóvel a outra atividade profissional já poder beneficiar desse direito.

Por último, se a função primordial de um AUJ é conferir segurança jurídica à aplicação do Direito pelos Tribunais, “*dando expressão à previsibilidade decisória enquanto valor relevante do sistema judicial*”, então a melhor solução será adotar um conceito restrito de consumidor, que atribua um direito de retenção apenas àqueles que adquirem o bem para um uso particular (não profissional).

Face a tudo o exposto, o Acórdão revogou parcialmente o Acórdão Recorrido no segmento decisório que respeita aos Recorridos, alterando a qualificação e a graduação dos seus créditos, que passam a ser comuns, e uniformizou jurisprudência nos seguintes termos: “[n]a graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de *traditio*, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa.”

7.2. Análise Crítica

Em primeiro lugar, o AUJ n.º 4/2019 deixou intocado o conteúdo que constava do AUJ n.º 4/2014, “lavando as suas mãos” das imprecisões e soluções menos desejáveis que constavam desse aresto. Em particular, mantiveram-se os seguintes aspetos sobre a interpretação que o AUJ n.º 4/2014 fez da lei:¹⁰⁴ havendo incumprimento do contrato-promessa tem o promitente-comprador direito a uma indemnização, de acordo com o disposto no artigo 442.º do CC, estando o cumprimento desta obrigação garantido por direito de retenção (partindo do pressuposto de que o contrato-promessa foi sinalizado e que houve *traditio*). Não obstante, este direito de retenção beneficia apenas os promitentes-compradores que são, simultaneamente,

¹⁰⁴ Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Regresso ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência*, cit., pp. 11 e 12.

consumidores, só prevalecendo sobre a hipoteca o direito de retenção exercido por estes sujeitos. Cumpre ainda salientar que, em caso de insolvência do promitente-vendedor, o STJ entendeu que o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento quando o contrato-promessa goze de eficácia real e tenha existido tradição do bem¹⁰⁵ e também não o pode fazer mesmo quando o contrato-promessa goza de eficácia obrigacional, se tiver existido também tradição da coisa.¹⁰⁶ Havendo recusa de cumprimento, o administrador da insolvência fá-lo ilicitamente, tendo o promitente-comprador direito a uma indemnização calculada nos termos do artigo 442.º do CC. O promitente-comprador que fosse consumidor veria o seu crédito garantido por direito de retenção, que prevaleceria sobre hipotecas, ainda que anteriormente registadas. Repare-se que, em bom rigor, esta última parte é a única que é completamente obliterada pela nova redação do artigo 759.º, n.º 2 do CC, nos casos em que o crédito do retentor não resultou de despesas de conservação ou melhoria na coisa. Embora não concordemos com as restantes posições, as mesmas ainda estão sujeitas a discussão, não tendo sido resolvidas pelo Decreto-Lei n.º 48/2024.

Embora alguns autores considerem que o conceito já se encontrava definido no AUJ n.º 4/2014,¹⁰⁷ é duvidoso que da nota de rodapé 10 do referido Acórdão se pudesse extrair uma definição segura do conceito de consumidor,¹⁰⁸ pelo que, por uma questão de segurança jurídica, se compreende a necessidade de delimitar o conceito. No entanto, no que concerne ao respeito pela Lei, o AUJ n.º 4/2019 veio trazer ainda mais malefícios do que o Acórdão antecessor. Acompanhamos a posição do Conselheiro João Bernardo, que introduz duas questões fundamentais que permitem compreender o porquê de a solução uniformizadora não ser a mais conforme à Lei ou sequer ao entendimento vertido no AUJ n.º 4/2014.

Em primeiro lugar, o Conselheiro João Bernardo chama à colação uma importante temática de Direito do Consumo, que se prende com a contraposição entre os conceitos “consumidor” e “profissional”. Aludindo à distinção introduzida por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA,¹⁰⁹ para saber se um determinado sujeito pode ser ou não considerado profissional,

¹⁰⁵ O que resulta de uma interpretação declarativa do artigo 106.º do CIRE.

¹⁰⁶ Conforme defendido por Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, *cit.*, p. 197.

¹⁰⁷ Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Regresso ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência*, *cit.*, p. 13.

¹⁰⁸ Embora se reconheça que pode ser um importante elemento interpretativo, poderia não ser decisivo se outros elementos apontassem para um conceito restritivo de consumidor.

¹⁰⁹ Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 33.

será necessário distinguir os casos em que a aquisição da posse ou utilização do bem se insere na própria atividade profissional do adquirente dos demais casos em que tais atos são meramente acessórios ou indiretos da sua atividade profissional. Isto porque, residindo a proteção conferida ao consumidor na sua maior debilidade técnica e informacional,¹¹⁰ não se justifica que, por se adquirir um bem ou um serviço para o seio de uma atividade económica, se possa concluir, sem mais, que o adquirente tenha uma expertise no bem ou serviço a adquirir. Pode não existir qualquer relação com o cerne dessa atividade económica, havendo apenas uma acessoriedade ou integração fortuita na mesma. Por essa razão, quando se promete adquirir um imóvel para nele instalar uma atividade comercial não significa que se esteja numa melhor posição em termos informacionais para prevenir um eventual incumprimento ou declaração de insolvência, em comparação com alguém que promete adquirir o imóvel com a intenção de nele vir a residir.

O Conselheiro JOÃO BERNARDO reconhece ainda que este entendimento pode conduzir à proteção de empresas de grande dimensão e com uma situação económica robusta, o que não se coaduna com a intenção de proteção da parte mais débil aflorada nos AUJ proferidos. No entanto, como é referido pelo próprio Conselheiro, tal situação pode suceder, de igual modo, com um sujeito que promete adquirir um imóvel de luxo para fins pessoais, nomeadamente para passar férias.¹¹¹ A noção de consumidor introduzida pelo AUJ n.º 4/2019, pode suscitar questões relacionadas com o princípio da igualdade, uma vez que podem surgir situações insensatas, em que um sujeito com grande poder económico e dotado de meios para se precaver contra eventuais incumprimentos tem maior proteção do que alguém que investe todas as suas poupanças, para adquirir um imóvel com intenção de nele instalar a sua atividade comercial. Estes casos tornam-se ainda mais bizarros, quando se analisam as fronteiras entre os conceitos de “consumidor” e “profissional”, como fez CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA.

Não ignoramos que este Acórdão se aproxima mais da proteção dos credores hipotecários e do desenvolvimento da economia em geral, ao reduzir os casos em que é atribuído um direito de retenção ao promitente-comprador em sede de insolvência. Para além disso, é mais coerente com o propósito do AUJ n.º 4/2014 do que o próprio AUJ n.º 4/2014.

¹¹⁰ Sandra Passinhas, *O Lugar da Vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português*, cit., p. 267.

¹¹¹ Atente-se também no voto de vencido do Conselheiro Manuel Gomes: “*Seja como for, o que parece excessivo é restringir a mens legislatoris ao universo subjetivo dos consumidores em sentido restrito, posto que o objetivo tido em vista se dirige à tutela dos “particulares” em situação de desequilíbrio, de algum modo, equiparada às dos consumidores, ou seja, como se refere no sobredito preâmbulo, na “lógica da defesa do consumidor”.*”

Repare-se que este Acórdão, pelo que parece resultar da interpretação da sua nota de rodapé n.º 10, deu “uma no cravo e outra na ferradura”, ao restringir o âmbito subjetivo de aplicação do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, para depois incluir no universo de “consumidores” todos os promitentes-compradores, com exceção daqueles que não adquiram o bem para uso próprio, i.e. para revenda.¹¹² Por seu turno, o AUJ n.º 4/2019 conferiu proteção sobretudo àqueles que, no entendimento do AUJ n.º 4/2014, a Lei mais quis proteger: os promitentes-compradores que pretendem adquirir o imóvel para nele habitar.¹¹³

Não obstante, não só reincidiu no principal problema do AUJ n.º 4/2014, como o agravou, ao restringir o conceito de consumidor, fazendo prevalecer a tutela do credor hipotecário num maior número de casos. Nas palavras do Conselheiro JOÃO BERNARDO, “[c]ontinuo a pensar que a inserção do “consumidor” no texto uniformizante do AUJ n.º 4/2014 não tem a mínima correspondência, ainda que imperfeitamente expressa, em qualquer texto legal, nomeadamente nos relativos ao direito de retenção, ao contrato-promessa ou ao direito falimentar. O que determina um extremo cuidado – pelo menos cuidado – por parte deste Tribunal em não prosseguir com a fixação do conceito fora do domínio puramente interpretativo do AUJ anterior. Sob pena de invasão – ou intensificação da invasão anterior – do poder legislativo.”¹¹⁴ Com efeito, os AUJ n.º 4/2014 e n.º 4/2019 fizeram tábua rasa do princípio da separação de poderes, ao retirarem, em sede de insolvência do promitente-vendedor, um direito legalmente consagrado a um número significativo de promitentes-compradores, à revelia das expectativas criadas por estes sujeitos com base na Lei.

Por último, importa aludir a uma reflexão desenvolvida por MARGARIDA COSTA ANDRADE e AFONSO PATRÃO. No entendimento destes Autores, o facto de os AUJ n.º 4/2014 e 4/2019 se aplicarem, aparentemente, apenas em sede de insolvência mitiga os malefícios destes Acórdãos. Parafraseando estes Autores, “[n]a verdade, se nos circunscrevermos a este domínio uma interpretação restritiva de consumidor não tem o mesmo efeito, pois que dela resulta que um maior número de casos acabará por ser correctamente solucionado [...] [d]e outra perspectiva: se (para além daqueles que se encontram numa posição exactamente

¹¹² Tal como constatado por Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Regresso ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência*, cit., p. 12, através da sugestiva expressão “gesto-acordeão”.

¹¹³ Embora, como vimos, a definição de consumidor adotada por este AUJ proteja também os sujeitos que adquirem imóveis de luxo para nele passar férias, suscitando questões relacionadas com a *ratio* do regime do direito de retenção do promitente-comprador.

¹¹⁴ Declaração de voto do Conselheiro João Bernardo no AUJ n.º 4/2019.

*correspondente à hipótese do n.º 1 do art. 106.º do CIRE) só os promitentes-compradores que celebraram um contrato-promessa com eficácia obrigacional, tendo sido simultaneamente beneficiados com a traditio, podem exigir do administrador a celebração do contrato definitivo, então a pronúncia de 2019 vem aproximar a jurisprudência fixada daquilo que, na nossa opinião, resulta da Lei.”¹¹⁵ Conforme referido anteriormente, não acompanhamos esta posição, pois não cremos que o administrador de insolvência seja forçado a celebrar os contratos-promessa sinalizados com eficácia meramente obrigacional em que tenha existido *traditio*.*

Os únicos casos em que o legislador pretendeu que o administrador da insolvência não pudesse recusar o cumprimento de um contrato-promessa são precisamente os descritos no artigo 106.º, n.º 1 do CIRE, i.e. aqueles que beneficiam de eficácia real, se já tiver existido tradição da coisa a favor do promitente-comprador.¹¹⁶ Nos demais casos, incluindo nos contratos-promessa com eficácia obrigacional e tradição da coisa, não existe qualquer lacuna, aplicando-se o disposto no regime geral que consta do artigo 102.º, n.º 1 do CIRE e que confere ao administrador de insolvência o direito a cumprir ou recusar o cumprimento do contrato-promessa. Aliás, este era um argumento sistemático, para se defender a alteração do disposto no artigo 759.º, n.º 2 do CC, pois, se a principal forma de proteção dos promitentes compradores cujo contrato-promessa não beneficiava de eficácia real – a celebração do contrato-prometido – não lhes era assegurada, também não se justificava uma tutela tão intensa no concurso de créditos,¹¹⁷ sobretudo quando era concedida às custas de um sério prejuízo para as instituições financeiras. No entanto, em nosso entendimento, o afastamento da prevalência do direito de retenção só podia ser implementado, como foi em determinados casos, em caso de intervenção legislativa que viesse definir com clareza os termos concretos da nova ordem de graduação dos créditos.

¹¹⁵ Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Regresso ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência*, cit., p. 16.

¹¹⁶ Neste sentido, v., a título de exemplo, Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra, *Insolvência e Contrato de Promessa*, cit. e Carvalho Fernandes e João Labareda *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 473. Defendendo implicitamente que esta é a solução legal, mas que de *iure condendo*, seria aconselhável uma alteração legislativa, para melhor tutelar os promitentes-compradores cujos contratos-promessa não beneficiem de eficácia real, Brandão Proença, *Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis*, cit., p. 21.

¹¹⁷ Nuno Pinto Oliveira, *Com mais irreflexão que culpa?*, cit., pp. 19 e 20, considera que, sendo o cumprimento a forma perfeita de proteção do interesse credor e a indemnização uma forma imperfeita, tendo o administrador de insolvência a faculdade de, licitamente, recusar o cumprimento, não se devem ter por aplicados os artigos 442.º, n.º 2 e 755.º, n.º 1, alínea f) do CC. Acompanhamos a sua posição quanto ao crédito indemnizatório, mas já não quanto ao afastamento do direito de retenção, que, em nosso entendimento se mantém a garantir o crédito atribuído ao promitente fiel, de acordo com as regras estabelecidas no CIRE.

Assim, o facto de o AUJ n.º 4/2014 e o AUJ n.º 4/2019 terem por âmbito de aplicação o Direito da Insolvência não pacifica os problemas suscitados à luz destes Acórdãos.

8. Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 3/2021: exposição da matéria de facto e de direito, segmento uniformizador e críticas

Na linha do que vem de se expor, importa aludir brevemente ao AUJ n.º 3/2021, respeitante ao quantum indemnizatório a que o promitente-comprador tem direito, em caso de insolvência do promitente-vendedor e recusa de cumprimento do contrato-promessa sem eficácia real por parte do administrador da insolvência.

No Acórdão Recorrido, concluiu-se que os direitos do promitente-comprador não poderiam resultar da aplicação do disposto no artigo 442.º do CC. Pelo contrário, tais direitos resultariam de normas constantes do CIRE, designadamente dos seus artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3. Por sua vez, o Acórdão Fundamento – o famigerado AUJ n.º 4/2014 -, concluiu que os direitos do promitente-comprador assentavam no regime do artigo 442.º, n.º 2 do CC, tendo este direito ao sinal em dobro.¹¹⁸ Conforme já referido, o Acórdão Fundamento afasta a aplicação do regime do artigo 106.º, n.º 2 do CIRE ao contrato-promessa se tiver existido tradição da coisa. Nesses casos, o administrador da insolvência está vinculado ao cumprimento do contrato, sendo que, se não o fizer, há um incumprimento culposo reconduzível ao artigo 442.º, n.º 2 do CC. No entendimento do Acórdão Recorrido, tal interpretação não acolhe, na medida em que o artigo 106.º, n.º 2 do CIRE não distingue contrato-promessa com eficácia obrigacional com ou sem tradição, pelo que a recusa do administrador de insolvência em cumprir o contrato é lícita, sendo inaplicável o disposto no artigo 442.º, n.º 2 do CC. Assim, o AUJ n.º 3/2021 procurou resolver a questão de saber se, nestas circunstâncias, i.e. perante a recusa do administrador de insolvência em cumprir um contrato-promessa com eficácia obrigacional e tradição da coisa, o promitente-comprador terá direito ao sinal em dobro ou singelo, este último resultante da aplicação dos artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3 do CIRE.

¹¹⁸ Recorde-se, porém, que quanto a esta matéria o Acórdão não uniformizou jurisprudência, não era a questão em análise, ao contrário do que a Recorrente afirmou.

O AUJ n.º 3/2021 começa por relembrar que numa situação comum de incumprimento de contrato-promessa sempre seria de aplicar o disposto no artigo 442.º do CC, uma vez que foram prestadas quantias a título de sinal. No entanto, no caso em discussão, a declaração de insolvência do promitente-vendedor, antes do incumprimento definitivo do contrato, introduz uma especificidade que justifica a aplicação das regras do CIRE. Isto porque a declaração de insolvência produz efeitos nas relações jurídicas em curso, sendo necessário atender ao capítulo IV do CIRE (*“Efeitos sobre os Negócios em Curso”*). Após fazer uma excursão sobre as posições na doutrina acerca do direito de opção pelo cumprimento ou não cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador de insolvência, o Acórdão conclui que *“de iure constituto, a lei consagra a opção de não ser cumprido o contrato promessa e, tendo a AI declarado optar pela recusa no cumprimento do contrato promessa, por aplicação daquele art. 106 (interpretação “a contrario”) e 104, n.º 5, é aplicável, em consequência desse incumprimento, o disposto no art. 102, nomeadamente no seu n.º 3, todos do CIRE.”*¹¹⁹

Não existe qualquer correspondência entre a opção lícita de não cumprimento do administrador da insolvência e o incumprimento ilícito e culposo de um dos contraentes, sendo de afastar a aplicação do regime geral plasmado no artigo 442.º do CC.¹²⁰ O legislador estabeleceu no CIRE um regime jurídico particular, adaptado às especificidades da insolvência e recuperação de empresas,¹²¹ que atribui um direito potestativo ao Administrador da Insolvência, que tem apenas de considerar os superiores interesses dos credores¹²² e, em determinados casos, a eventual recuperação do insolvente.

Citando alguma doutrina que se pronunciou sobre o tema e concluiu pela inaplicabilidade do direito ao sinal em dobro,¹²³ em caso de recusa de cumprimento por parte

¹¹⁹ Fazendo uma reflexão que nos parece acertada, o Acórdão conclui que se o cumprimento do contrato fica suspenso até decisão do Administrador de Insolvência e este pode optar pelo cumprimento ou incumprimento, então não estamos perante uma promessa incumprida em termos definitivos em data anterior à declaração de insolvência.

¹²⁰ Não obstante, repare-se que mesmo o regime geral só tem aplicação, se o incumpridor deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe for imputável. V. Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., p. 89.

¹²¹ Conforme referem Nuno Pinto Oliveira e Catarina Serra, *Insolvência e Contrato-Promessa*, cit., “todos os efeitos da declaração de insolvência são “instrumentais” ao processo de insolvência, devendo servir o seu fim. O que equivale a dizer que eles se destinam a tornar mais fácil a satisfação paritária dos interesses dos credores”.

¹²² Prosseguem estes Autores: “Os efeitos da declaração de insolvência têm, portanto, subjacente o princípio par conditio creditorum ou princípio da igualdade dos credores [...] e é este que deve orientar a aplicação das normas que os consagram — sobretudo daquelas que deixam, aparentemente, ao juiz e ao administrador da insolvência, alguma liberdade de actuação”.

¹²³ A título de exemplo, Nuno Pinto Oliveira e Catarina Serra, *Insolvência e Contrato-Promessa*, cit., Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Retorno ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência*, cit., p. 9.

Na jurisprudência, v., por exemplo, o Acórdão proferido pelo STJ, em 18.09.2018, processo n.º 1210/11.0TYVNG-D.P1.S1 e o Acórdão proferido pelo STJ, em 18.06.2019, processo n.º 88/14.7T8OVR.P1.S1.

do Administrador da Insolvência, o STJ conclui que não se pode associar uma opção lícita, tomada ao abrigo de um direito potestativo, a um incumprimento ilícito e culposo, que permitiria acionar a estatuição do artigo 442.º, n.º 2 do CC. Se dúvidas existissem quanto a esta conclusão, o artigo 119.º do CIRE eliminá-las-ia, ao prescrever que “[é] nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas anteriores do presente capítulo”. O n.º 2 do mesmo preceito é ainda mais expressivo, ao determinar que é nula qualquer cláusula que atribua à declaração de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio celebrado ou que confira à parte contrária um direito de indemnização, resolução ou denúncia em termos diversos dos previstos no capítulo IV do CIRE.¹²⁴

Note-se que o AUJ n.º 4/2014 não uniformizou jurisprudência, no que respeita à questão de saber se o promitente-fiel tem direito ao sinal em singelo ou ao sinal em dobro, pelo que, ainda que tenham sido tecidas várias considerações sobre a aplicação do artigo 442.º do CC, invocando-se a putativa lacuna existente no CIRE quanto ao destino dos contratos-promessa sinalizados com natureza meramente obrigacional e *traditio*, e sobre a teoria da imputabilidade reflexa, a realidade é que estamos perante questões decisórias totalmente distintas – o quantum indemnizatório (AUJ n.º 3/2021) e a garantia do crédito (AUJ n.º 4/2014 e AUJ n.º 4/2019).¹²⁵ Em todo o caso, convém salientar que os Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência não têm força vinculativa, embora tenham uma força persuasiva muito significativa.

Conforme referido supra, consideramos que não existe qualquer lacuna relativa aos contratos-promessa com eficácia meramente obrigacional, sendo estes regulados pelo disposto nos artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3 do CIRE. Quanto à teoria da imputabilidade reflexa, acompanhamos na íntegra o entendimento do AUJ n.º 3/2021. Com efeito, a maior parte das insolvências, com exceção das insolvências dolosas,¹²⁶ “*resultarão de casos fortuitos*”, não se podendo concluir, sem mais, que o promitente-vendedor insolvente se colocou em “*situação*

¹²⁴ O próprio argumento histórico aponta para esta solução, uma vez que no artigo 164.º-A do CPEREF se previa um regime de contrato-promessa muito semelhante ao regime previsto no artigo 442.º, n.º 2. No CIRE, pretendeu-se que existisse uma regulação diferente.

¹²⁵ A própria Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, na sua declaração de voto ao AUJ n.º 4/2014, destacou que o reconhecimento do direito de retenção é independente de saber qual o regime aplicável à determinação do montante do crédito.

¹²⁶ Sobre esta matéria, v. Susana Aires de Sousa, *Os crimes insolvenciais in Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, abril, 2016, pp. 45-55.

de não poder cumprir pontualmente as suas obrigações”. Por essa razão, não se pode presumir a culpa do devedor, ao abrigo do disposto no artigo 799.º do CC.¹²⁷

Em face do exposto, bem se compreende o afastamento do regime do artigo 442.º, n.º 2 do CC pelo AUJ n.º 3/2021. Não obstante, há uma questão suscitada pela Conselheira MARIA JOÃO TOMÉ, na sua declaração de voto, que merece alguma reflexão.¹²⁸ Embora o quantum indemnizatório e a garantia do crédito constituam questões distintas, a inaplicabilidade do artigo 442.º, n.º 2 do CC poderá, em abstrato, ter impacto na atribuição do direito de retenção. Dispõe o artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC que “[g]ozam ainda do direito de retenção: f) [o] beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte nos termos do artigo 442.º” (sublinhado nosso). Ora, um dos requisitos legais para a atribuição do direito de retenção, nestas circunstâncias, é a existência de um crédito que resulta do incumprimento imputável ao promitente-vendedor, nos termos do disposto no artigo 442.º do CC. Se não existe uma situação de incumprimento ilícita e culposa que possa ser reconduzida a um comportamento do promitente-vendedor, o artigo 442.º do CC não se aplica, o que pode suscitar dúvidas quanto à aplicação do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, pois o n.º 4 do artigo 442.º do CC estabelece que “*na ausência de estipulação em contrário, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, ou do aumento do valor da coisa ou do aumento do valor da coisa ou do direito à data do não cumprimento*”.

Poderá existir uma lacuna da Lei relativamente aos casos de não cumprimento do contrato-promessa por decisão lícita do administrador da insolvência, após ter sido declarada a insolvência do promitente-vendedor sem incumprimento definitivo do contrato. Ainda que se equacione uma aplicação analógica do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) aos casos descritos, esta solução levanta alguns problemas, bem identificados pela Conselheira MARIA JOÃO TOMÉ. Em primeiro lugar, uma situação de natureza real não tipificada não significa necessariamente a existência de uma lacuna, embora, neste caso, consideremos que existe. Por outro lado, o direito

¹²⁷ Na verdade, nem se poderá concluir pela existência de um facto ilícito.

¹²⁸ Atente-se na seguinte passagem da referida declaração de voto: “[t]odavia, o afastamento do art. 442.º, n.º 2 do CC, conduz, necessariamente, a que a atribuição ao promitente-comprador, do direito de retenção, nos termos do art. 755.º, n.º 1, al. f), do mesmo corpo de normas, para garantir o cumprimento do crédito decorrente dos arts. 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3, do CIRE, se encontre, nestas circunstâncias pejada de dificuldades. Com efeito, não pode afirmar-se a verificação dos seus requisitos, i.e., o [...] não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º”.

de retenção é um direito real de garantia, sujeito, por isso, como todos os direitos reais, ao princípio do *numerus clausus* (artigo 1306.º do CC).¹²⁹ Estes podem ser argumentos aduzidos pelos defensores da prevalência dos direitos dos credores hipotecários sobre os promitentes-compradores em sede insolvencial,¹³⁰ uma vez que, se não se puder recorrer à analogia, não se poderá invocar a existência de um direito de retenção, que garanta o crédito emergente da decisão de não cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador da insolvência. Consideramos, no entanto, que esta solução seria excessiva e duplamente penosa para o promitente-comprador, na medida em que, para além de apenas ter direito a uma indemnização calculadas nos termos dos artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3 do CIRE, não veria o seu crédito garantido por direito de retenção, sendo qualificado como comum. Cremos que essa não pode ser a solução para melhor acautelar os direitos dos credores hipotecários, encontrando-se desfasada da vontade do legislador e dos vetores fundamentais do sistema jurídico nesta matéria.¹³¹

Em todo o caso, aplaudimos a decisão do STJ, no AUJ n.º 3/2021, ao uniformizar jurisprudência no sentido em que, quando o administrador da insolvência do promitente-vendedor optar pela recusa do cumprimento do contrato-promessa, o promitente-comprador tem (apenas) direito a ser ressarcido pelo valor correspondente à prestação efetuada, ao abrigo do disposto nos artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 e 102.º, n.º 3 do CIRE.

9. Atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador: um mal remediado?

Como vimos, o principal problema que brotava da atribuição de um direito de retenção ao beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel que presta sinal e obtém a tradição da coisa prendia-se com a sua prevalência face a hipotecas, ainda que anteriormente registadas. Por essa razão, desde cedo surgiram teorias doutrinárias para limitar ou afastar o direito de

¹²⁹ Sobre o princípio da tipicidade ou *numerus clausus* que vigora no âmbito dos direitos reais, v. Henrique Sousa Antunes, *Direitos Reais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 123-153.

¹³⁰ Embora não recorra exatamente a estes argumentos, afasta o preenchimento dos pressupostos de aplicação, quer do artigo 442.º, n.º 2 do CC, quer do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, Nuno Pinto Oliveira, *Com mais irreflexão que culpa?*, *cit.*, p. 19.

¹³¹ Mesmo com a mais recente alteração legislativa, pois o legislador não pretendeu retirar, sem mais, o direito de retenção dos promitentes-compradores em sede de insolvência do promitente-vendedor, introduzindo apenas novas regras de graduação dos créditos.

retenção do promitente-comprador ou, pelo menos, fazê-lo soçobrar no confronto com os direitos dos credores hipotecários.

A jurisprudência também se mostrou sensível a esta temática, tendo surgido a necessidade de uniformizar o entendimento relativo à conjugação dos artigos 442.º, 755.º, n.º 1, alínea f) e 759.º, n.º 2 do CC, sobretudo em sede insolvencial, onde esta questão se revela mais premente, dada a necessidade de graduar os créditos dos credores do promitente-vendedor. Como vimos, o STJ aderiu ao entendimento segundo o qual, para que seja atribuído o direito de retenção ao promitente-comprador, será necessária a sua qualificação como consumidor. Se assim for, o seu crédito será graduado à frente dos credores hipotecários. Se, à primeira vista, tal solução parecia limitar significativamente uma norma legal que, ainda que injusta, não parecia deixar margem para dúvidas quanto à sua aplicação¹³², a verdade é que, num movimento-acordeão, o Tribunal pareceu aludir a um conceito de consumidor muito amplo. No fundo, sem a proteção legal de que, aparentemente, poderiam beneficiar, ficariam apenas de fora os promitentes-compradores que pretendiam adquirir imóveis para revenda, sendo estes os fins profissionais relevantes, para este efeito. Não obstante, no AUJ n.º 4/2019 o STJ restringiu o conceito de consumidor, introduzindo ainda mais dúvidas, quer ao nível do respeito pelo princípio da separação de poderes, quer ao nível do princípio da igualdade.

Compreendem-se estas tentativas de contornar uma decisão do legislador potencialmente nociva, que trouxe mais dúvidas do que certezas e problemas do que soluções. Não obstante, consideramos que os subterfúgios judiciais utilizados atentaram contra o princípio da separação de poderes e que uma mudança do estado de coisas a que se assistia em matéria de direito de retenção do promitente-comprador, sempre careceria de uma intervenção legislativa que a legitimasse.¹³³

Compreende-se ainda melhor a mais recente intervenção do legislador, no sentido de limitar o número de casos em que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, fazendo uso do critério da conexão material entre o crédito e o bem objeto de *traditio*. Repare-se que, ao contrário do que alguns autores propugnam,¹³⁴ não nos repugna a ideia de atribuir um direito

¹³² Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 437.

¹³³ Ana Taveira da Fonseca, *Da Recusa de Cumprimento*, cit., p. 323-324 e Afonso Patrão e Margarida Andrade, *Regresso ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência*, p. 17.

¹³⁴ A título de exemplo, Nuno Pinto Oliveira e Catarina Serra, *Insolvência e Contrato-Promessa*, cit..

de retenção ao promitente-comprador, permitindo, nomeadamente, em sede de insolvência a sua graduação à frente de créditos comuns. Isto justifica-se sobretudo à luz da necessidade de conferir um certo grau de vinculação ao cumprimento dos contratos-promessa.¹³⁵ Também não nos choca que não haja limitações subjetivas a recortar a atribuição deste direito, chamando à colação a necessidade de proteção do consumidor. Em primeiro lugar, porque, em sede de insolvência, não há qualquer norma destinada a uma tutela específica do consumidor. Não é esse o escopo deste ramo do Direito.¹³⁶ Por outro lado, como vimos, a distinção entre consumidor e profissional, neste domínio, pode suscitar questões ao nível do princípio da igualdade, sendo tutelados sujeitos com menor poder económico e informacional, em detrimento de outros que se conseguem precaver melhor contra eventuais situações de insolvência do promitente-vendedor. Até mesmo nos casos em que o promitente-comprador é uma entidade que compra imóveis para revenda, pode justificar-se a atribuição deste direito, dada a volatilidade desta área do mercado, a especulação imobiliária e o forte impacto da inflação, que podem fundamentar, no entendimento do legislador, uma maior proteção dos sujeitos que atuam nesta área. Em todo o caso, a existir limitação subjetiva, cremos que, por uma questão de coerência com essa opção, o direito de retenção se deveria limitar aos promitentes-compradores que pretendem adquirir o imóvel para habitação própria e permanente, a única distinção que se pode fundar em valores objetivos do sistema, não criando desigualdades injustificadas.

O que não se pode conceber é que este direito, frequentemente caracterizado como uma garantia (quase) oculta se sobreponha às hipotecas, ainda que anteriormente registadas, que oneram o objeto da *traditio*. O artigo 759.º, n.º 2 do CC tinha implicações sérias no que respeita à desconsideração da confiança e segurança associadas ao registo predial, do qual consta a menção às referidas hipotecas.¹³⁷ Não se pode permitir que o direito de retenção oblitere esta segurança, imprescindível para a circulação de capital assegurada pelos Bancos. Sem a devida

¹³⁵ Brandão Proença, *Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis*, cit., pp. 3 e ss..

¹³⁶ Fazendo uma excursão pelos 304 artigos do CIRE, não há nenhuma norma de tutela do consumidor. Não se justifica, assim, uma particular proteção a esta categoria de sujeitos em sede insolvencial, quando nem a própria lei civil o fez aquando da atribuição da garantia.

¹³⁷ Como refere expressivamente Isabel Menéres de Campos, *Duas questões sobre a Efetividade Prática da Hipoteca: a Caducidade do Arrendamento com a Venda Judicial e o Conflito do Direito do Credor Hipotecário com o Direito de Retenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 p. 331, “para nós, a supressão do direito de retenção atribuído aos promitentes-compradores parece-nos indeclinável. Nenhuma razão abona a favor da sua manutenção. O caminho trilhado pela doutrina e jurisprudência é mais que suficiente para concluirmos pela incorrecção da solução encontrada pelo legislador de 1980 e reiterada em 1986. Caso assim se não entenda, então, pelo menos altere-se a redacção do n.º 2 do artigo 759.º no sentido de que a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca só se verifica nos casos em que a tradição da coisa se deu antes da oneração hipotecária.”

segurança que resulta da robustez das hipotecas (e de outras garantias bancárias), as transações tornam-se mais difíceis e custosas, com evidentes prejuízos, para todos os agentes económicos, incluindo o próprio promitente-adquirente.¹³⁸ A intervenção do legislador, embora tardia, veio pacificar, em larga medida, este problema, tornando obsoletos os AUJ n.º 4/2014 e n.º 4/2019 em relação a todos os direitos de retenção de promitentes-adquirentes que venham a ser constituídos após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48/2024. Solucionado o problema do confronto entre o direito de retenção e a hipoteca, que motivou o surgimento dos referidos Acórdãos, não se vislumbra qualquer razão para manter uma acrobacia hermenêutica respeitante ao âmbito subjetivo da garantia. A intervenção legislativa recentrou a discussão e pôs em evidência que, durante décadas, “*andámos a ver navios*”, falhando o alvo do problema e criando ainda mais distorções no sistema de garantias. Em todo o caso, em face de todos os argumentos aduzidos, a melhor solução seria graduar *sempre* o direito do credor hipotecário em frente do direito de retenção, prevalecendo este último apenas sobre os créditos comuns e subordinados.¹³⁹

Em síntese, não cremos que a atribuição de um direito de retenção ao promitente-comprador consubstancie um “mal”, podendo ser justificado por valores objetivos do sistema jurídico. No entanto, o mesmo não pode ser dito quanto ao enquadramento que lhe era dado pelo artigo 759.º, n.º 2 do CC, que, para além de trazer consequências nefastas, parecia irremediável, atendendo à letra da Lei e às demais circunstâncias que a rodearam. Numa tentativa de remediar o irremediável, o STJ criou ainda mais “males”, embora se reconheçam as boas intenções que subjazeram aos Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência proferidos sobre esta matéria. O adequado remédio, que pecou por tardio, surgiu com a intervenção do legislador que veio estabelecer uma solução (mais) harmoniosa em matéria de direito de retenção, contrato-promessa e insolvência.

¹³⁸ Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., p. 221.

¹³⁹ Ou, pelo menos, impedir que o direito de retenção constituído após o registo de hipoteca prevalecesse sobre esta, fosse em que situação fosse, conforme defendia Órfão Gonçalves, *Temas da Ação Executiva in Themis*, Ano V, n.º 9, Coimbra, Almedina, 2004, p. 281. No entanto, cremos que esta limitação, embora justificada, só podia ser efetuada em caso de intervenção legislativa.

10. Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito do Consumo, Coimbra, Almedina, 2005.

ANDRADE, Margarida, Afonso/Patrão, A posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência do promitente-vendedor (Comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014, de 19 de Maio) in Revista Julgar, setembro de 2016.

ANTUNES, Henrique Sousa, Direitos Reais, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

CAMPOS, Isabel Meneres de, Da Hipoteca, Caracterização, Constituição e Efeitos, Coimbra, Almedina, 2002.

CAMPOS, Isabel Meneres de, Duas questões sobre a Efetividade Prática da Hipoteca: a Caducidade do Arrendamento com a Venda Judicial e o Conflito do Direito do Credor Hipotecário com o Direito de Retenção, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CARVALHO, Jorge Morais de, Manual de Direito do consumo, 4.^a edição, Coimbra, Almedina, 2017.

CRISTAS, Assunção, Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, 2005.

CORDEIRO, Menezes, O Contrato-Promessa nas Reformas de 1980 e de 1986 in “Estudos de Direito Civil”, vol. I, Coimbra, Almedina, 1987.

CORDEIRO, Menezes, Tratado de Direito Civil II, Direito das Obrigações, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2010.

COSTA, Salvador da, Concurso de Credores, Áreas Comum, Fiscal e de Insolvência, Almedina, Coimbra, 2015.

DUARTE, Rui Pinto, Curso de Direitos Reais, Lisboa, Principia, 2020.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, 8.^a edição, Coimbra, Almedina, 2022.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Os credores e o processo de insolvência in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Coimbra, Almedina, 2012.

FARIA, Jorge, Direito das Obrigações, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2020.

FERNANDES, Luís Carvalho de/João Labareda, Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado, 3.^a edição, Lisboa, Quid Juris, 2015.

FONSECA, Ana Taveira da, Anotação ao Artigo 759.º do Código Civil, in Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

FONSECA, Ana Taveira da, Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para Tutela do Direito de Crédito, Em especial na exceção de não cumprimento e no direito de retenção, Coimbra, Almedina, 2015.

GOMES, Júlio, Do Direito de Retenção (arcaico, mas eficaz...) in Cadernos de Direito Privado, n.º 11, 2005.

GONÇALVES, Órfão, Temas da Ação Executiva in Themis, Ano V, n.º 9, Coimbra, Almedina, 2004.

LEITÃO, Luis Menezes, Direitos Reais, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2022.

LEITÃO, Luís Menezes, Direito da Insolvência, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021.

LEITÃO, Luís Menezes, Direito das Obrigações, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2022.

LIMA, Pires de, Antunes/Varela, Código Civil Anotado, Vol. I. (artigos 1.º a 761.º), 4.ª edição revista e atualizada, colaboração de Henrique Mesquita, 1987.

MADALENO, Cláudia, A vulnerabilidade das Garantias Reais, A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MALDONADO, João, O Direito de Retenção do Beneficiário da Promessa de Transmissão de Coisa Imóvel e a Hipoteca, in Revista Julgar n.º 13, 2011.

MORAIS, Gravato, Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor, Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20.03.2014 in Cadernos de Direito Privado n.º 46, 2014.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, Efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos in I Congresso de Direito da Insolvência, coord. Catarina Serra, Coimbra, Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Nuno Pinto, Catarina/Serra, Insolvência e Contrato-Promessa: Os Efeitos da Insolvência sobre o Contrato-Promessa com Eficácia Obrigacional in ROA, Ano 70, Ano I/IV, 2010.

OLIVEIRA, Nuno Pinto, Com mais irreflexão que culpa – O debate sobre o regime da recusa de cumprimento do contrato-promessa, Cadernos de Direito Privado n.º 36, 2011.

PASSINHAS, Sandra, O Lugar da Vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português in Estudos de Direito do Consumidor n.º 15, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2019.

PATRÃO, Afonso, Margarida/Andrade, Regresso ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência – entre a emenda de um mau soneto e a meia palavra para bom entendedor (Breve comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2019) in Julgar Online, janeiro de 2020.

PEREIRA, Maria de Lurdes, Pedro/Múrias, Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento in Revista de Direito e Estudos Sociais, 2009.

PROENÇA, Brandão, Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica – resolução, Coimbra, Almedina, 1987.

PROENÇA, 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, abril/junho, 2008.

RIBEIRO, Maria de Fátima, Anotação ao artigo 604.º do Código Civil in *Comentário ao Código Civil: Direito das Obrigações: das obrigações em geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.

SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019.

SERRA, Vaz, Direito de Retenção, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, 1957.

SILVA, Calvão da, *Sinal e Contrato-Promessa*, 15ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2020.

SILVA, João Calvão da, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência, in *Cadernos de Direito Privado* n.º 33, 2011.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2023.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo, Contrato-Promessa: algumas notas sobre as alterações do Código Civil constantes do Dec.-Lei n.º 236/80, de 18 de julho, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVII, Janeiro-Dezembro, 1980.