

AGRADECIMENTOS

Ao Exmo. Senhor Prof. Dr. Pedro Maia, pela sua disponibilidade e por toda a atenção e solicitude que sempre demonstrou na orientação desta investigação.

INDICE

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – DIREITO DE RETENÇÃO, HIPOTECA E INCUMPRIMENTO DO PROMITENTE-VENDEDOR	
1. Evolução do Direito de Retenção em Portugal – De Mero Instrumento de Coerção a Direito Real de Garantia	9
2. O Direito de retenção e a sua prevalência sobre a hipoteca	12
2.1 Viragem do paradigma – O desaparecimento da conexão direta entre o crédito e a coisa	14
CAPÍTULO II - O REGIME VIGENTE - AL. F), DO N.º1, DO ART. 755.º CC	22
CAPÍTULO III - DIREITO DE RETENÇÃO EM FACE DA INSOLVÊNCIA DO PROMITENTE VENDEDOR	
1. Evolução do direito falimentar português	41
2. O direito de retenção do promitente-comprador no processo de Insolvência	43
2.1 Enquadramento da hipoteca e direito de retenção no âmbito do processo da insolvência	50
CAPITULO IV – ACORDÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ N°4/2014, DE 20 DE MARÇO	53
CAPITULO V – CENÁRIO ECONÓMICO PÓS-CRISE	63
CONCLUSÃO	71

RESUMO

Nesta dissertação pretendemos dar resposta à questão de partida de identificar qual a natureza do direito de retenção e a posição do crédito hipotecário perante a existência de direito de retenção sobre coisa imóvel em caso de incumprimento definitivo de contrato promessa, e qual o seu enquadramento em face da insolvência do promitente vendedor.

Recorremos ao método científico das ciências sociais, demonstrando que o instituto do direito de retenção continua a ter um carácter controverso que, apesar de no quadro legal se apresentar como uma das garantias especiais das obrigações, não parece de todo resolvido.

No entanto, no *terminus* deste estudo chegamos à conclusão de que, efetivamente, do regime jurídico estabelecido no disposto do n.º 2 do art. 759.º do CC resulta a atribuição de um verdadeiro privilégio legal ao titular do direito de retenção, que para além de não estar sujeito a registo predial, goza ainda de prioridade no seu pagamento sobre os demais credores, prevalecendo inclusivamente sobre a hipoteca ainda que registada anteriormente, e até mesmo sobre o adquirente de um direito real por força do contrato, que não registou a sua aquisição e que também pode ter a posse do imóvel.

É ainda estudada a posição daquele direito por parte do promitente adquirente face à insolvência do promitente vendedor em contrato promessa em curso.

Face à sua atualidade, é feita breve referência ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ de 20 de Março de 2014, o qual pretendeu pôr fim a toda a controvérsia relativamente a esta matéria, sendo certo que outras e *novas* questões surgiram.

Finalmente, por julgarmos ser oportuno, propomos uma alteração legislativa sendo revogada a al. f) do n.º 1 do art.º 755º do CC, retirando ao promitente comprador o direito de retenção por crédito resultante do incumprimento definitivo de contrato promessa.

ABSTRACT

In this thesis, we intend to address the starting question of identifying the nature of the right of retention and the position of the mortgage credit facing the existent right of withholding the property in case in case of breach of duty and what is the framework in face of the insolvency of the committed seller.

Using the scientific method of social science, in the results of this study we demonstrate that the establishment of the right of retention is still a controversial issue which, despite its current framework on special guarantee of obligations, does not seem to be resolved at all.

However, at the *terminus* of this study, we conclude that, indeed, from the Legal framework established by nr 2 of Article 759° of the Civil Code results the allocation of a real legal privilege to the holder of retention right over the property, who in addition to not being subject to the land register, also benefits priority in payment over any other creditors, prevailing on the mortgage, even if previously registered, and also on the acquirer of rights under the contract, who did not register its acquisition and that also might have possession of the property .

It is also studied the position of the promissory acquirer's right due to insolvency of the promissory seller during the promissory contract in progress.

In view of its relevance, we briefly mention the Standardizing Jurisprudence Decision delivered by the Superior Court of Justice (STJ) on March 20, 2014, which aimed to put an end to all controversy on this issue, even it other and new topics arose.

In conclusion, we deem it appropriate, to propose a legislative amendment, repealing subparagraph (f) of nr 2 of Article 755° of the Civil Code, withdrawing the promissory buyer's right of retention as credit for breach of promissory contract.

PALAVRAS CHAVE

Direito crédito

Direito hipotecário

Direito de retenção

Executivo

Garantia

Hipoteca

Insolvência

Registo predial

Retentor

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. Acórdão

AI Administrador de Insolvência

BMJ Boletim do Ministério da Justiça

CC Código Civil

CIRE Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CJ Colectânea de Jurisprudência

CPEREF Código dos Processos Especiais de Recuperação das

Empresas e de Falência

CRP Constituição da República Portuguesa

CRPred Código do Registo Predial

DL Decreto-Lei

Proc. Processo

RLJ Revista de Legislação e de Jurisprudência

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TC Tribunal Constitucional

TRG Tribunal da Relação de Guimarães

TRL Tribunal da Relação de Lisboa

TRP Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

Este trabalho, subordinado ao tema *Direito de Retenção e Incumprimento do Promitente-Vendedor*, constitui dissertação do Mestrado em Direito na variante Ciências Jurídico Forenses.

Pretende-se com ele dar um contributo no que diz respeito à problemática do instituto do direito de retenção sobre coisa imóvel por incumprimento definitivo de contrato-promessa imputável ao promitente vendedor, a sua prevalência sobre a hipoteca, ainda que tenha sido registada anteriormente, bem como em relação ao enquadramento daquele direito em caso de insolvência do promitente vendedor.

Por razões de política legislativa, nos anos 80 foram aprovados os DL 236/80, de 18 de Julho e 376/86, de 11 de Novembro, que, pioneiramente atribuíram o direito de retenção ao promitente-comprador em caso de incumprimento de contrato-promessa por parte do promitente vendedor, solução que se mostrou controversa, ao fazer desaparecer ou diluir a conexão objetiva entre a coisa e o crédito e ao ter ampliado o âmbito de previsão do direito de retenção.

Este direito que agora lhe é concedido permite que o seu crédito proveniente de promessa incumprida seja pago com prioridade sobre os demais credores, inclusive, sobre o credor hipotecário - nº 2 do Art.º 759º CC.

Assim, numa primeira parte, após uma breve análise da sua evolução, vamos tentar justificar a razão de ser do regime do direito de retenção em vigor, assim como da atribuição da prevalência legal desse direito sobre a hipoteca, delimitando a natureza e características daquele direito atribuído agora ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido.

Tendo em conta a atualidade do instituto da insolvência face ao exponencial aumento de processos pendentes nos Tribunais de Comércio e a especialidade do regime jurídico do CIRE relativamente ao nosso objeto de estudo, será analisado o direito de retenção de que goza o promitente comprador com *traditio rei* e a sua articulação no âmbito da insolvência do promitente-vendedor.

Face ao inegável e oportuno contributo para a “pacificação” da controvérsia que domina este tema, será feita referência ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência proferido pelo STJ em 20 de Março de 2014, com referência aos votos de vencido.

Finalmente, em face das alterações económicas verificadas em Portugal e na Europa, provocadas pela crise financeira *subprime*, que, por via da globalização económica em que vivemos inevitavelmente se estendeu a todo o Mundo e se alargou à economia real afetando o cidadão comum. Deparamo-nos agora com um cenário económico com tendências deflacionistas que importa contrariar.

Perante a apontada alteração do paradigma económico, opinamos no sentido de ser proposta uma alteração legislativa no sentido da sua adequação à nova realidade socioeconómica. Urge operar mudança no regime vigente do direito de retenção no âmbito do contrato-promessa, retirando-o ao promitente-comprador com *traditio rei* em caso de incumprimento definitivo da promessa por facto imputável ao promitente vendedor, sendo consequentemente eliminada a alínea f) do nº 2 do artigo 755 do código civil.

Entendemos no entanto, que deve ser mantida a redação e aplicação do Art.º 759º CC.

CAPÍTULO I – DIREITO DE RETENÇÃO, HIPOTECA E INCUMPRIMENTO DO PROMITENTE-VENDEDOR

Vamos enquadrar historicamente a figura do direito de retenção e a sua prevalência sobre a hipoteca no que respeita a bens imóveis.

1. Evolução do Direito de Retenção em Portugal – De Mero Instrumento de Coerção a Direito Real de Garantia

O direito de retenção mostra-se consagrado na lei portuguesa no art.º 754 C.C, surgindo no nosso ordenamento jurídico como um direito real da garantia, conferindo ao retentor o direito a não realizar a entrega da coisa ao credor, enquanto este não cumprir a obrigação a que se encontra adstrito. Ele tem a faculdade de poder executar a coisa para pagamento do seu crédito, ser pago à custa do valor da coisa e ser pago com preferência sobre os demais credores do devedor.

Tendo em vista a proteção do crédito do possuidor pelas benfeitorias por este realizadas, despesas feitas com a coisa e por causa dela, o direito de retenção encontra-se regulado em secção própria do CC, figurando entre as garantias especiais das obrigações (art.º754º a 761º CC).

Acerca do direito de retenção, escreve-se no Acórdão do STJ, de 4 de Outubro de 2005,¹ que esse direito se traduz “no direito conferido ao credor, que se encontra na posse da coisa que deve ser entregue a outra pessoa, de não a entregar enquanto esta não satisfizer o seu credito, verificada alguma das relações de conexidade entre o credito do detentor e a coisa que deve ser restituída a que a lei confere tal tutela – arts. 754º e 755º CC.

Trata-se de um direito real de garantia, em virtude do qual o credor fica com um poder sobre a coisa de que tem a posse, o direito de a reter, direito que, por resultar apenas de uma certa conexão eleita pela lei (...) representa uma garantia direta e especialmente concedida pela lei.”

¹www.dgsi.pt

Assim, em face desta especial característica do direito em apreço, o retentor goza de um verdadeiro direito de seqüela atribuído diretamente por lei: *ope legis*, ele opera independentemente do seu reconhecimento por sentença judicial proferida - a lei atribui-lhe a possibilidade de executar a coisa retida, fazendo-se pagar preferencialmente relativamente aos demais credores do devedor de acordo com o estabelecido nos art.º 760º e 759º CC.

Visando pôr termo a algumas questões com que se debatia a doutrina na vigência do Código de Seabra, que não consagrava nenhuma secção específica no que diz respeito ao direito de retenção, contrariamente ao que sucede no atual CC, o legislador de 1966 equiparou o titular do direito de retenção ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objeto do direito seja uma coisa móvel ou imóvel (art.º 758º e 759º CC).

A propósito do regime do direito de retenção no âmbito do CC de 1867, escreve Antunes Varela:² “A retenção da coisa funcionava, assim, como uma espécie de agulhão cravado na vontade do vendedor para que ele cumprisse a obrigação a que se encontrava adstrito. Mas não passava deste instrumento de coerção a função que vagamente se atribuía ao *direito de retenção*”

Com a entrada em vigor do CC de 1966 assiste-se a uma viragem quanto ao regime deste instituto, uma vez que o direito de retenção deixa de ser um mero instrumento de coerção para passar a ser, com o regime previsto nos art.º 754 e ss., um verdadeiro direito real de garantia de origem legal, com todas as consequências que daí advêm, constituindo simultaneamente um meio de compelir o devedor ao cumprimento ao ser concedida ao retentor a faculdade de licitamente se recusar a entregar a coisa ao credor (da entrega) enquanto este não realizar a sua prestação dando cumprimento à obrigação garantida.

A partir de 1966, constata-se que na origem desta figura do direito de retenção se descortina também um carácter compulsório.

Segundo o entendimento de Antunes Varela,³ “O direito de retenção deixou claramente de ser, com o Código Civil de 1966, um *puro meio de coerção* (ou simples causa de *preferência especial indireta* para usar a terminologia de Paulo Cunha), e

² “Das Obrigações em Geral”, vol. II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 1990, p. 560

³ “Emendas ao Contrato-Promessa”, in RLJ 119º, nº 3749, p. 226

passou abertamente a revestir a natureza jurídica de um *perfeito* direito real de garantia, dotado até de *eficácia excepcional*, mercê das especiais raízes em que mergulha a sua origem.”

Assim, de acordo com o estabelecido no art.º 754º CC, este é aplicável caso se verifiquem os seguintes pressupostos:

A detenção lícita de uma coisa que deve ser entregue a outrem;

Ser o detentor, simultaneamente, credor da pessoa com direito à entrega;

A existência de uma conexão direta e material entre o crédito do detentor e a coisa detida, ou seja, resultante de despesas realizadas com ela ou de danos produzidos pela mesma.

Relativamente ao primeiro pressuposto, o art.º 756º CC, alíneas a) e b), estabelecem que o direito de retenção é excluído quando a detenção da coisa tenha sido adquirida por meios ilícitos - detenção lícita de uma coisa que deve ser entregue a outrem.

Como condição *sine qua non* da existência do direito de retenção exige-se que o retentor não tenha agido de má-fé, sendo certo que, aqui, a má-fé deve ser entendida em sentido subjetivo, como a consciência da ilicitude da aquisição da coisa ou da lesão do credor, em face da realização da despesa.

Quanto ao segundo pressuposto: o direito de retenção tem por base uma reciprocidade dos créditos. De um lado, temos o crédito do credor que exige a entrega da coisa, do outro, temos o retentor, credor por despesas feitas com a coisa, crédito que tenha resultado de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados, surge assim como acessório de um crédito que visa garantir, e cujo cumprimento pelo devedor procura incentivar. O crédito de que goza o retentor tem de ser exigível, o retentor não pode invocar o seu direito enquanto o seu crédito não estiver vencido, só podendo fazê-lo caso se verifiquem alguma das circunstâncias que levam à perda do benefício do prazo – Art.º 757º, nº 1 CC, o que não impede que o credor possa invocar o seu direito antes de o seu crédito se tornar líquido – Art.º 757º nº 2 CC. Todavia, fica afastado o entendimento de que o direito de retenção possa ser invocado em defesa de um crédito emergente de uma obrigação natural.

Finalmente, o terceiro pressuposto, a conexão causal entre o crédito e a coisa, ou seja, o crédito do retentor tem de resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados (conexão direta e material entre o crédito do detentor e a coisa) – art.º 754º CC. Assim, nos termos do Art.º 1273º CC, quem efetua benfeitorias numa coisa tem o direito de a reter até ser reembolsado pelas mesmas – benfeitorias realizadas.

De facto, o direito de retenção pressupõe sempre a detenção lícita da coisa por parte do retentor que deve ser entregue a outrem, a qual constitui a garantia do crédito, podendo ter por objeto coisa móvel ou imóvel.

Todavia, nesta dissertação vamos cingir-nos aos casos em que o direito de retenção recai sobre coisa imóvel.

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

Estabelece o nº 1 do art.º 759º CC:

“Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respetivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor.”

No entanto, o nº 2 desta mesma disposição legal vai mais longe, ao estabelecer que o direito de retenção sobre coisa imóvel prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

O retentor pode executar a coisa nos mesmos termos que um credor pignoratício ou hipotecário, a que a lei o equipara, consoante a coisa seja móvel ou imóvel – Art.º 758º e 759º CC. Tem o direito de ser pago com preferência pelo valor da coisa aos demais credores do devedor.

Esta norma, o nº 2 do art.º 759º CC, foi pacífica até aos anos 80 do séc. XX. No entanto, a partir das Reformas Legislativas de 1980 e 1986, por via das quais, passou a ser atribuído o direito de retenção, em termos gerais, ao beneficiário da promessa da constituição ou transmissão de direito real, ela passou a ser geradora de controvérsia doutrinal e jurisprudencial.

Com a atribuição desta preferência, o legislador consagra uma dupla exceção: por um lado, relativamente à hierarquia dos credores (gradação de créditos), por outro, quanto à exceção ao velho brocardo, *prior in tempore potior in iure*.⁴

Temos, de um lado, o art.º 686º do CC, que estabelece que a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores, que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.

Por outro lado, o n.º 2 do art.º 759º CC estabelece, por especial atribuição legal, a exceção a essa regra.

Isto significa que, no âmbito da ação executiva e em sede de concurso de credores sobre a mesma coisa imóvel, na ordem de preferência em vista à graduação de créditos, verificar-se-á o privilégio imobiliário especial, o direito de retenção e a hipoteca, respetivamente.

Relativamente à segunda exceção, o legislador, no n.º 2 do art.º 759º CC, consagrou uma derrogação ao princípio previsto no art.º 6º CRPredial, nos termos do qual é estabelecida a prioridade do registo, ou seja, o direito primeiramente inscrito prevalece sobre os que, relativamente aos mesmos bens, se lhe seguirem, quando incompatíveis.⁵

Sucedem que a consagração desta dupla exceção levanta duas questões relevantes:

Ao ser concedida esta preferência do direito de retenção sobre a hipoteca, o legislador confere ao titular de um direito real de garantia uma eficácia excecional em relação à principal garantia especial das obrigações – depois dos privilégios imobiliários especiais.

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

⁴ Sapuile, Belchior do Rosário Loya, “Prevalência do Direito de Retenção sobre a Hipoteca”, in “Garantia das Obrigações”, Trabalhos de Mestrado, Coimbra 2007, p. 113

⁵ Luís A. Carvalho Fernandes, “Lições de Direitos Reais”, 6ª edição, Lisboa, 2009, p. 127

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

Face à sua posição hierárquica e por não estar sujeita a registo, alguns autores consideram que o exercício desse direito constitui um perigo para o direito de terceiros.

Este perigo tem a ver com o facto de o seu objeto ser a coisa corpórea que tem uma publicidade bastante reduzida, direito oculto, uma vez que se limita à retenção da coisa pelo credor, não se encontrando sujeito a registo.

2.1 Viragem do paradigma – O Desaparecimento da Conexão Direta Entre o Crédito e a Coisa

Com efeito, este perigo foi agudizado a partir das reformas legislativas de 1980 e 1986, que alargaram o âmbito de aplicação do direito de retenção ao atribuí-lo ao beneficiário da promessa da constituição ou transmissão de direito real perante o incumprimento do promitente vendedor de contrato promessa com tradição imobiliária, desaparecendo ou diluindo a conexão objetiva entre a coisa e o crédito, corolário que correspondia originariamente ao terceiro pressuposto para a aplicação do artigo 754º CC.

Na verdade, este alargamento à primeira vista parece subverter o pensamento do legislador de 1966 que atribuía o direito de retenção por despesas feitas na coisa por causa dela ou por danos por ela causados, na maior parte dos casos, resultante de benfeitorias nela realizadas.

Sucedo que o DL nº 236/80, de 16 de Julho, foi aprovado por razões de política legislativa ao alargar o seu âmbito de aplicação, nomeadamente, a tutela do consumidor, que como refere Almeida Costa ⁶ “Tratou-se, sem dúvida, de uma deliberada opção legislativa, dentro de uma política de defesa do consumidor, a que não somos insensíveis”. Tendo o legislador, por essa razão, introduzido o direito de retenção do

⁶ Costa, Mário Júlio de Almeida, in “Contrato-Promessa Uma Síntese do Regime Vigente”, Almedina, 9ª edição, Coimbra, 2007, p. 75

promitente comprador no nº 3 do art.º 442º CC, alargando assim “artificialmente” o âmbito de aplicação desse direito desaparecendo ou pelo menos diluindo-se a conexão objetiva que o artigo 754º CC pressupõe, em termos gerais, entre a coisa e o crédito.

Estabelecia aquela norma que, no caso de ter havido tradição da coisa objeto do contrato-promessa, o promitente-comprador gozava, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor.

Lê-se no preâmbulo do Decreto-Lei nº 236/80, de 16 de Julho:

“1. O contrato-promessa ...

Sucedde, porém, que, por efeito do regime legal do contrato-promessa – adequado a épocas de estabilidade social e económica, mas não responde na justa medida a situações de rápida mutação da conjuntura económica e financeira em que avulta, como fator preponderante, a desvalorização da moeda - inúmeros promitentes-compradores encontram-se em situação que justifica diversa tutela normativa. Com efeito, ou vêm frustradas as suas aspirações face à resolução do contrato pelo outro outorgante, com uma indemnização (o dobro do sinal passado) que nem sequer equivale já à importância inicialmente desembolsada, não cobrindo o dano emergente da resolução, ou acham-se coagidos, pela força das circunstâncias e para alcançarem o direito de propriedade da casa, que, muitas vezes, já habitam e pagaram integralmente, a satisfazer exigências inesperadas que inoportavelmente agravam o preço inicialmente fixado.

Importa, assim, reajustar o regime legal do contrato-promessa, de forma a adequa-lo às realidades atuais, estabelecendo verdadeiro equilíbrio entre os outorgantes (o que passa pela mais eficiente tutela do promitente-comprador) e desmotivando a sua resolução com intuítos meramente especulativos. Prevê-se, para tal, a atualização da indemnização em certos casos e a criação de condições adequadas ao exato cumprimento da promessa em qualquer caso, mesmo pelo recurso à sua execução específica, embora sem prejuízo da adequada modificação do negócio, por alteração anormal das circunstâncias, nos termos que a lei já prevê.

...

Relativamente à resolução do contrato, mantém-se em princípio, a regra atual – havendo sinal passado – da perda deste ou da sua restituição em dobro, conforme o outorgante causador da resolução. Estabelece-se, porém, que, ...

E, por outro lado, atribui-se ao mesmo promitente, em alternativa e em qualquer dos casos, o direito de requerer a execução específica do contrato.

(...).”

Em conformidade com estes objetivos, este Decreto-Lei 236/80 de 18 de Julho, alterou os artigos 410º, 442º e 830º do C.C., relativos ao contrato-promessa.

Relativamente ao artigo 410º do CC, este diploma acrescentou um nº 3 respeitante às exigências formais do contrato-promessa de compra e venda de prédio urbano, ou de sua fração autónoma, já construído ou em construção ou a construir.

A alteração do artigo 442º do CC consistiu no aditamento de dois números (nºs 2 e 3): relativamente ao nº 2, a inovação consistiu em estabelecer a favor de quem constituiu o sinal e contra aquele que o recebeu uma dupla sanção como alternativa à restituição em dobro, se tiver havido entrega antecipada do objeto do contrato prometido: o pagamento do valor da coisa ao tempo do incumprimento ou a execução específica do contrato: quanto ao nº 3, dispôs-se então que, em caso de incumprimento, e tendo havido tradição da coisa objeto do contrato prometido, o promitente-comprador goza do direito de retenção sobre ela pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor.

Foram ainda introduzidas diversas alterações no artigo 830º do CC, que regula a execução específica, sem relevo direto para a questão em apreço.

Mais tarde, nova Reforma, em Novembro de 1986, através da aprovação do DL nº 379/86, o legislador veio alterar a redação dos artigos 410º, 412º, 413º, 421º, 442º, 755º e 830º CC.

No que diz respeito ao direito de retenção, o DL nº 379/86, de 11 de Novembro deslocou a norma para sede própria, corrigindo a terminologia do nº 3 do artigo 442º CC, e estendeu o direito de retenção ao beneficiário de qualquer promessa com *traditio rei*.

De facto, a alteração substancial provocada pela aprovação e publicação deste diploma foi a inclusão do direito de retenção, embora já criado pelo anterior DL 236/80, ao introduzir no elenco constante do n.º 1 do art.º 755º CC uma nova alínea, a alínea f).

Lê-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro:

“4. O legislador de 1980, para o caso de tradição antecipada da coisa objeto do contrato definitivo, concedeu ao beneficiário da promessa o direito de retenção sobre a mesma, pelo crédito resultante do não cumprimento (artigo 442º n.º 3). Pensou-se diretamente 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 existência do direito de retenção nesse quadro não repugna à sua índole. Repare-se que, em diversas previsões do artigo 755º, n.º 1, do Código Civil, desaparece ou dilui-se a conexão objetiva que o precedente artigo 754º pressupõe, em termos gerais, entre a coisa e o crédito. Mas será uma garantia oportuna no contrato-promessa e, por isso, de conservar? A análise da questão conduziu a uma resposta afirmativa.

(...)

Persiste, em suma, o direito de retenção que funciona desde 1980. No entanto, corrigem-se inadvertências terminológicas e desloca-se essa norma para lugar mais adequado, incluindo-se entre os restantes casos de direito de retenção (artigo 755º, n.º 1, alínea f)).

(....)”

Razão pela qual este diploma deu aos art. 442º e 755º CC uma nova redação, que corresponde à atual do Código Civil em vigor.

“O direito de retenção consiste na faculdade que tem o detentor de uma coisa de a não entregar a quem lha exigir, enquanto este não cumprir uma obrigação a que está adstrito para com aquele”⁷

⁷ Lima Pires, e Antunes Varela, “Código Civil Anotado”, Vol. I, 4ª edição, anot. art.º 754, Almedina, Coimbra, p. 772

O direito de retenção foi reconhecido no caso de ter havido tradição da coisa e respeitando ao crédito resultante do incumprimento pelo promitente vendedor (artigo 442º, nº 3, CC, na redação que lhe foi dada pelo DL nº 236/80).

Com o DL nº 379/86, manteve-se o direito de retenção conferido ao promitente comprador, tendo o mesmo sido inserido no local próprio – o art.º 755º do CC – com o aditamento ao nº 1 de uma nova alínea, a alínea f), que veio acrescentar a hipótese em questão aos outros casos, já ali elencados, de titulares do direito de retenção.

O direito de retenção é excluído caso se verifique algum dos casos previstos no art.º 756º CC.

De facto, o direito de retenção reveste uma forma especial de autotutela dos interesses da pessoa a favor de quem é conferido, permitindo ao seu titular não abrir mão da coisa retida enquanto não obtiver satisfação do seu crédito.

Em suma, no regime legal português vigente é nisto que consiste o direito de retenção.

Em face desta prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca há quem considere ter sido abalada a confiança de que gozava a hipoteca, cujo registo tem efeito constitutivo, tendo em conta que a construção de imóveis é muitas vezes financiada por bancos que garantem o seu crédito através da hipoteca desse mesmo imóvel. E de facto no conflito entre o crédito do promitente comprador e o crédito do banco, aquele será graduado à frente, seja em sede de execução seja na insolvência, nos termos do art.º 759º, nº 2 CC, sobre hipoteca anteriormente registada. Tal deu origem a uma grande quantidade de contratos simulados entre o devedor do credor hipotecário e terceiros tendo em vista esvaziar dessa forma a garantia hipotecária acarretando prejuízos essencialmente para os bancos, sendo certo que o direito de retenção resultante do crédito do promitente-comprador, garante um crédito que não tem como causa a coisa (conexão objetiva), como nos casos do art.º 754º CC, nem assenta na simples origem comum de dois créditos, como nos casos das alíneas a) e e) do nº 1 do art.º 755 CC.

No entanto, se atentarmos no facto de que o direito de retenção concedido ao promitente comprador tem por finalidade garantir o pagamento do respetivo crédito emergente do incumprimento do contrato-promessa, designadamente, o relativo ao

dobro do sinal, e, tendo em conta que na maior parte das situações o que se verifica é que o promitente comprador pagou já grande parte do preço para a aquisição do imóvel, e só não o adquiriu ainda face ao incumprimento definitivo do contrato por parte do promitente-vendedor, e que a razão de ser deste regime teve em vista tutelar o promitente-consumidor no confronto com as instituições de crédito, prevalecendo o direito dos consumidores - compra de casa própria – não obstante, o desaparecimento ou diluição da conexão objetiva entre a coisa e o crédito, ponderando os interesses envolvidos, no conflito de interesses entre um «consumidor final» e as «instituições de crédito», a lei, mais uma vez pende para o lado do primeiro. Seguindo o pensamento A. Menezes Cordeiro,⁸ “quer o “alcance social” da medida, quer “os inconvenientes para a banca”, sendo certo que esta garantia representa um “especial atentado ao crédito hipotecário”, foram ponderados pelo legislador. Simplesmente, este “*optou por dar a primazia aos aspetos sociais*” é nosso entendimento que faz todo o sentido, que a lei confira primazia ao titular do direito de retenção (consumidor) em relação aos outros credores, (o direito de ser pago em primeiro lugar), sendo que tem mesmo prioridade sobre credores com hipoteca anteriormente constituída.

Poderíamos argumentar que com a aplicação deste regime os bancos ficam prejudicados, e que os seus interesses também merecem tutela. No entanto, os bancos conhecem os riscos que correm, como profissionais na concessão de crédito com os meios de que dispõem, encontram-se em melhor posição do que um particular para se defender, tanto no que diz respeito à análise de risco do crédito como relativamente às garantias do crédito que prestam, que, não se esgotam nas hipotecas, como por exemplo na exigência de garantias pessoais acessórias ao mutuário, como é o caso da fiança. Combinando assim garantias reais com garantias pessoais, assegurando uma tutela mais eficaz.

Sobre esta temática, Joaquim de Sousa Ribeiro⁹ pronunciou-se: «no diferendo ou jogo de interesses polarizado em torno de um consumidor final e das instituições de crédito, a lei, repensando tudo, deixou-se cair uma vez mais para o lado do primeiro. E bem. É que as armas com que as instituições de crédito se podem defender neste contexto levam de longe a palma às capacidades de defesa dos simples consumidores.

⁸ “Da retenção do promitente na venda executiva”, ROA, Ano 57, p. 551

⁹ “Direito das Obrigações”, I, Coimbra, 1990, p. 281

Àquelas basta, na verdade, para se tutelarem adequadamente, selecionar os créditos a conceder”.

O Direito não pode nem deve ignorar a envolvente económico-social em que atua. Em Portugal, face à deficiência do mercado de arrendamento fruto de deficientes políticas legislativas, nomeadamente no que diz respeito à atualização de rendas, para ter acesso ao mercado de habitação os particulares teriam de o adquirir, na maior parte das vezes, recorrendo a crédito bancário. Por isso, a partir dos anos 80 do séc. XX assistiu-se a uma massificação da compra de casa própria por parte do cidadão comum.

Para o efeito, em face do aumento da procura de imóveis destinados a habitação, a proliferação e crescimento exponencial das empresas de construção civil e a conseqüente valorização dos imóveis, os particulares celebram contratos promessa de compra e venda que sinalizam, e muitas vezes, obtêm a tradição da coisa, onde passam a residir. Ora, como acima foi já referido, muitas vezes o valor da quantia entregue a título de sinal (Art.º 441º CC) pode ser bastante elevado.

Ao ser-lhes retirado o direito de retenção, ficariam desprotegidos perante o incumprimento por parte do promitente vendedor, ou, pior ainda, caso posteriormente o promitente vendedor fosse declarado insolvente, porque na ausência deste direito de retenção, o património do empreiteiro insolvente, justamente os imóveis, destinaram-se a satisfazer em primeiro lugar os créditos garantidos por hipotecas.

Acresce que uma leitura atenta do preâmbulo do diploma *supra* referido, com esta solução assim consagrada, verificamos que o legislador ao legislar desta forma, teve essencialmente em conta, a conjuntura social e económica vivida nos anos 80 do séc. XX, ou seja, situações de rápida mutação da conjuntura económica e financeira em que avultava, como fator preponderante, a desvalorização da moeda e taxa elevadas do índice de inflação, pelo que, inúmeros promitentes-compradores (particulares) se encontravam em situação que justificava diversa tutela normativa, assim, pretendeu o legislador a tutela da defesa do consumidor e das expectativas de estabilização do negócio.

Como refere, Antunes Varela¹⁰, “O Decreto-Lei nº 236/80, de 18 de Julho, pretendeu introduzir no regime normal do contrato-promessa (...) algumas alterações destinadas a defender o promitente-comprador nos casos de promessa de compra e venda de edifícios, construídos ou em construção, contra as consequências da inflação monetária própria da conjuntura económica”.

Com o mesmo entendimento, João Calvão da Silva.¹¹

Saliente-se que, subjacente a toda esta problemática encontramos a *ratio* da norma: como vimos, na origem da aprovação desta legislação esteve presente a situação económica e social que na altura se vivia.

Para L. M. Pestana de Vasconcelos¹² esta norma visa apenas a tutela do promitente comprador não profissional exigindo como condição da sua aplicação que o promitente-comprador seja um consumidor.

¹⁰ “Código Civil Anotado”, vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1981, p. 94

¹¹ Silva, João Calvão, in “Sinal e Contrato Promessa, 2010, 13ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2010, p. 14

¹² “Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência”, Cadernos de Direito Privado, nº 33, Braga, Jan/Março 2011, p. 3 e ss.

CAPÍTULO II - O REGIME VIGENTE - AL. F), DO N.º1, DO ART. 755.º CC

Como supra foi já referido, para além do regime geral estabelecido no art.º 754º do CC, a lei consagra casos especiais em que o credor goza do direito de retenção.

Com a reforma legislativa dos anos 80 do séc. XX a conexão objetiva entre o crédito e a coisa (*debitum cum re iunctum*) que constituiu a base da construção do direito de retenção, desapareceu ou diluiu-se, passando a ter apenas como suporte a simples origem comum dos dois créditos e a detenção lícita da coisa pelo retentor.

Dada a sua relevância e tendo em conta o objeto do presente estudo, dentro destes casos especiais destacamos o regime previsto na alínea f), do nº 1, do art.º 755 CC.

No caso do contrato-promessa de compra e venda de imóvel, o art.º 755º, nº 1, al. f), concede o direito real de garantia ao beneficiário da promessa de constituição ou transmissão de direito real, que obteve a transmissão da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa pelo crédito do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.º 442º CC.

Assim, o promitente comprador, credor de indemnização pelo incumprimento do contrato, nos termos previstos no art.º 442, desde que tenha obtido tradição da coisa, goza, contra quem quer que seja, da faculdade de não largar mão do imóvel enquanto se não extinguir o seu crédito.¹³

São, assim, pressupostos deste direito de retenção, a existência de promessa de transmissão ou constituição de direito real; a entrega da coisa objeto da promessa e a titularidade por parte do beneficiário de um crédito sobre a outra parte decorrente do incumprimento definitivo do contrato-promessa.

Na verdade, a origem deste direito de retenção a que alude a alínea f), do nº 1, do art.º 755º, é qualitativamente diferente do direito de retenção comum estabelecido no art.º 754º, enquanto aquele, é de origem contratual, este, tem origem legal.

¹³ Varela, Antunes, RLJ 124-351

Senão vejamos:

Para que se verifique o direito de retenção a favor do beneficiário da promessa, salientamos os seguintes pressupostos:

A existência de promessa de transmissão ou constituição de direito real;

A tradição da coisa objeto do contrato prometido;

O não cumprimento definitivo imputável ao promitente da alienação; e

A existência do crédito do beneficiário resultante do não cumprimento decorrente do incumprimento definitivo do contrato promessa.

Passamos a analisar cada um dos requisitos:

A existência de promessa de transmissão ou constituição de direito real

O contrato-promessa encontra-se definido no n° 1 do art.º 410º CC.

O contrato-promessa constitui um verdadeiro contrato autónomo, distinto do negócio que se prometeu realizar, afigura-se-nos como um contrato preparatório ou de garantia do negócio definitivo/prometido, sujeito embora ao regime do contrato prometido no que diz respeito aos seus requisitos e efeitos, conforme o estabelecido no n° 1 do Art.º 410º, que acolhe o princípio da equiparação ou da correspondência. Razão pela qual se aplicam ao contrato-promessa as regras gerais dos contratos, nomeadamente as relativas à liberdade contratual, Art.º 405º (liberdade de forma ou consensualidade, art.º 219º) e à capacidade para contratar. Aplicam-se também as normas específicas do contrato prometido/definitivo, pois, se estamos perante uma promessa de compra e venda deve ser tido em conta todo o regime jurídico da compra e venda – art.º 874º ss. CC.

Contudo, constata-se uma exceção ao princípio da equiparação ou da correspondência do contrato-promessa com o contrato definitivo relativamente à regra da consensualidade ou da liberdade de forma do art.º 219º CC, quando a lei exija documento, quer autêntico quer particular para o contrato prometido, como é o caso da constituição ou transmissão de direito real. Estabelece o n° 2 do art.º 410º CC que se torna necessário que o contrato-promessa conste de documento assinado pelos

promitentes ou pelo promitente, consoante a promessa seja bilateral ou unilateral, bastando documento particular ainda que aquele contrato dependa de documento autêntico.

Constitui objeto imediato do contrato de promessa a mera promessa em si, constituindo o seu objeto mediato a emissão de declaração de vontade na realização do contrato definitivo. Emerge uma obrigação de prestação de facto positivo, consubstanciada na emissão de uma futura declaração negocial em negócio definitivo a realizar.

Estabelece o art.º 411º CC, que o contrato promessa pode ser bilateral ou unilateral, consoante ambas as partes ou se apenas uma delas assumam a obrigação de celebrar no futuro o contrato definitivo.

Ao contrato-promessa pode ser atribuída eficácia obrigacional ou eficácia real, cuja distinção no tema a tratar como veremos adiante é de suprema importância e importa definir: contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional e contrato promessa com eficácia real.

Quanto ao primeiro, que, diga-se, constitui a regra, produz somente efeitos entre as partes. Ou seja, em caso de incumprimento por parte de um dos contraentes gera obrigação de o faltoso indemnizar o lesado pelos danos por este sofridos com a falta de incumprimento. Os direitos nascidos do contrato não valem contra terceiros, não lhe podem ser opostos, nem destes pode ser exigida qualquer indemnização pelo facto da sua violação.

O segundo, admite-se, constituindo casos excepcionais, (art.º 406º CC) caso a promessa diga respeito a promessa de alienação ou oneração de bens imóveis, ou de móveis sujeitos a registo, produz efeitos em relação a terceiros (*erga omnes*) desde que se verifiquem três requisitos: declaração expressa (art.º 217º), determinada forma e registo (art.º 2º, nº 1, al. f) do CRPredial e art.º 11, nº 1, al. h), Código do Registo dos Bens Móveis). Neste cenário, a promessa, enquanto não for revogada, declarada nula ou anulada ou caducar, prevalece sobre todos os direitos (pessoais ou reais) que se constituam posteriormente em relação à coisa.

Na falta de algum dos requisitos acima enunciados, o contrato-promessa terá eficácia meramente obrigacional.

A tradição da coisa objeto do contrato prometido

De facto, a lei não concretiza o conceito de tradição. No entanto, podemos afirmar que a *traditio* tem natureza contratual, consiste num acordo, entre promitente vendedor e promitente comprador, normalmente inserido no próprio contrato-promessa ou em aditamento ao mesmo, segundo o qual o primeiro faculta ao segundo o uso e a fruição da coisa objeto do contrato prometido.

Inicialmente considerada por alguns como mero comodato, logo se corrigiu esta qualificação, sendo pacífico, há muito, que a *traditio* é um negócio atípico, inominado, celebrado com base na liberdade contratual (art.º 405º CC), que confere ao titular (promitente-comprador) um direito pessoal de gozo – Ac. STJ de 2/11/89, B. 391, p. 538).¹⁴

Em anotação a este acórdão, Antunes Varela refere: “O promitente-comprador investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa”.

Embora a *traditio* não pressuponha a prestação de sinal (prestação de sinal e *traditio* que são requisitos de outro direito do promitente comprador, o direito de retenção, direito real de garantia; (art.º 755º n.º 1, f), conjugado com o art.º 442º CC), a verdade é que, no comum das situações, assim acontece. Salvo em casos excepcionais de situações de favor ou afetivas que motivam o promitente vendedor, a *traditio* tem na sua base a entrega de sinal, normalmente razoável, suscetível de motivar o futuro alienante a antecipar a entrega da coisa.

¹⁴ Ac. STJ de 2 de Novembro de 1989, Boletim Jurisprudência 391, p. 538

Com efeito, a *traditio* surge, em regra, «como compensação dos rendimentos do sinal»¹⁵

É desta *traditio* que vai emergir o direito de retenção, pois é pacífico que o direito de retenção se constitui com a *traditio*.

Com efeito, não é correto entender que o direito de retenção do promitente comprador com *traditio* só nasce com o incumprimento pelo promitente vendedor. Pelo contrário, esse direito constitui-se com a *traditio*.¹⁶

No mesmo sentido, o ac. STJ, de 25 de Março de 1999,¹⁷ o direito de retenção nasce quando o promitente comprador entra na posse da coisa prometida vender, no âmbito do contrato-promessa celebrado, gozando, a partir daí, da proteção jurídica relativamente aos direitos emergentes do contrato, com uma posse legítima sobre a coisa, enquanto não for pago o crédito.

Daí se poder afirmar, na esteira do ac. STJ de 24 de Abril de 2002¹⁸, que tal direito real de garantia constitui-se e “está latente a partir do momento em que tem lugar a tradição”, manifestando a sua força quando o beneficiário dispõe do crédito por incumprimento da outra parte “sem necessidade de declaração prévia pelo tribunal”

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

Sendo a posse constituída por dois elementos – o *corpus* e o *animus*, a tradição da coisa confere apenas o *corpus*, ou seja, o elemento material da posse. Mostra-se, assim, imperativo que o promitente comprador com *traditio* pratique atos de efetiva apreensão material da coisa prometida, em nome próprio, ou seja, intervindo sobre a coisa como se fosse sua – atuando como um verdadeiro proprietário.

De realçar, contudo, que a mera entrega antecipada da coisa objeto da promessa pelo promitente vendedor ao promitente comprador, resultante de uma convenção de

¹⁵ Varela, Antunes, RLJ, 124, p. 349

¹⁶ Ac. STJ de 4 de Março de 2008, www.dgsi.pt

¹⁷ BMJ, n.º 485, p. 402

¹⁸ No mesmo sentido, Ac. STJ, de 4 de Outubro de 2005 e Ac. TRL, de 22 de Março de 1990, in, CJ, Ano XV, tomo II, p. 140

natureza obrigacional entre eles, não constitui fundamento bastante do direito de retenção, pois, em regra, o promitente-comprador frui um direito de gozo, que exerce em nome do promitente vendedor e por tolerância, mas não age com *animus possidendi*, ou seja, não passa a agir como beneficiário do direito de propriedade ou de outro direito real; sendo, nesta perspectiva, o promitente comprador que obteve a *traditio rei* equiparado a um detentor ou possuidor precário como decorre do art.º 1253º CC.

Com efeito, em consequência da *traditio* da coisa prometida o promitente comprador fica investido num poder de gozo (eventualmente até de fruição) sobre a coisa objeto do contrato prometido. Assim, em consequência da *traditio rei* o promitente comprador passa a poder aproveitar diretamente as utilidades que a coisa objeto do contrato prometido pode proporcionar.

Nesse sentido vai Antunes Varela¹⁹ ao ensinar que «o promitente-comprador, investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa».

Os direitos pessoais de gozo a que o legislador se refere no art.º 407 CC, são em síntese de direitos que atribuem ao seu titular o poder de agir autónoma e diretamente sobre uma coisa mas que têm a sua origem e fundamento numa relação obrigacional e de cuja vigência aquele poder se encontra dependente (vg. comodato ou o arrendamento). Cessando a relação obrigacional, cessa o direito pessoal de gozo.

Embora a título excepcional, é possível que a *traditio rei* converta o promitente comprador num verdadeiro possuidor, em nome próprio, sobre a coisa objeto do contrato prometido. Nos casos em que o promitente comprador pagou a totalidade ou a maior parte do preço, ou em que o promitente vendedor entrega a coisa ao promitente comprador como se este fosse já seu dono por se encontrar já pago o preço acompanhada de circunstâncias que revelem de forma inequívoca que o promitente

¹⁹ RLJ, nº 128, p.146; no mesmo sentido, Morais, Gravato, in “Contrato-Promessa em Geral e Contrato Promessa em Especial”, Coimbra, 2009, p. 243; jurisprudência, Ac. STJ de 17 de Abril de 2007 e 20 de Outubro de 2011

comprador passou a agir com o *animus possedendi* sobre a coisa objeto do contrato prometido, a jurisprudência e a doutrina têm qualificado estes casos como uma verdadeira posse.²⁰

Por fim, outro efeito jurídico decorrente da posse do promitente comprador, consiste no facto de este poder vir a adquirir a propriedade da coisa objeto do contrato prometido por via da usucapião, desde que observados os requisitos constantes dos art.ºs 1287º ss. CC.²¹

Importante para efeitos de direito de retenção com base em contrato-promessa, é que o promitente adquirente que obteve a *traditio*, atue em nome próprio, com a intenção de exercer sobre a coisa um verdadeiro direito real e, neste estado de espírito pratique sobre ela diversos atos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade.²²

Consequentemente há quem considere que o facto da mera entrega das chaves do prédio ou da fração ao promitente-comprador não é suficiente para que se dê por verificada a tradição para efeitos de invocação do direito de retenção. “... mesmo podendo haver corpus com a *traditio* da coisa - consubstanciada na alegada entrega da chave -, faltar-lhe-ia o *animus* ...».²³

Salvo o devido respeito por opinião diversa, aderimos à posição contrária defendida por, Gravato Morais que refere: “Releve-se que a *traditio* pode ocorrer sob as mais diversas formas, sendo a entrega simbólica a mais vulgar (v.g. a mera entrega das chaves do imóvel) ”²⁴

O não cumprimento definitivo imputável ao promitente da alienação

A doutrina tem vindo a sustentar que para que o promitente-comprador possa invocar o direito de retenção não basta que o promitente-vendedor se encontre em

²⁰ STJ de 17 de Abril de 2007 - www.dgsi.pt

²¹ Ac. STJ de 11 de Dezembro de 2008 cujo sumário refere: «o promitente-comprador adquire o direito de propriedade dos terrenos por usucapião se deles foi possuidor publica, pacificamente e de boa-fé durante quinze anos»

²² Varela Antunes, in RLJ, nº 124, p. 348. No mesmo sentido, cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, “Código Civil, Anotado”, com a colaboração de Henrique Mesquita, Vol. III, reimpressão da 2ª ed. Almedina, Coimbra, p. 21

²³ STJ de 18 de Setembro de 2007, www.dgsi.pt

²⁴ Ob. cit. 19 p. 27 – p. 207

situação de simples mora, é exigível uma situação de incumprimento definitivo imputável a um dos promitentes a que alude o art.º 442º CC.

O incumprimento definitivo imputável ao devedor consiste na falta de realização, por parte deste, da prestação a que se acha adstrito, quando não exista uma causa justificativa para a não realização daquela.

O CC prevê na secção relativa ao cumprimento das obrigações quatro espécies de incumprimento dos contratos de que pode resultar o direito de resolução:

- a) A impossibilidade parcial e definitiva não imputável ao devedor (art.º 793º, nº 2);
- b) A impossibilidade total ou definitiva imputável ao devedor (art.º 801º, nº 2);
- c) A impossibilidade parcial e definitiva imputável ao devedor (art.º 802º);
- d) A mora, sempre que esta se venha a converter em incumprimento definitivo, nos termos do art.º 808º nº 1.

Quanto aos seus efeitos, a lei civil comporta três modalidades de não cumprimento das obrigações: a falta de cumprimento ou incumprimento definitivo, a mora e o cumprimento defeituoso ou imperfeito.

A mora consiste no atraso ou no retardamento no cumprimento da obrigação. Reportada ao contrato-promessa podemos adiantar que a mora se traduz na falta de celebração oportuna do contrato prometido por causa imputável ao promitente faltoso – art.º 804º nº 2 CC.

Em regra, a mora do devedor não permite, exceto em casos em que exista convenção em contrário, a imediata resolução do contrato, a menos que se transforme em incumprimento definitivo, nos termos das disposições conjugadas dos art.º 801º, 802º e 808º, nº 1, CC. Essa transformação poderá ocorrer nos seguintes casos: se lhe sobrevier a impossibilidade da prestação, se o credor perder o interesse na mesma, ou, em consequência da inobservância do prazo suplementar e perentório que o credor fixe, razoavelmente, ao devedor relapso – interpelação admonitória – transformando a mora em incumprimento definitivo.

O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada em tempo devido (art.º 804, n.º 2 CC).

No entanto, a simples mora constitui o devedor na obrigação de indemnizar o credor - reparar os danos causados ao credor (art.º 804, n.º 1 CC).

A mora (*debitoris*) ocorre quando vencida a obrigação e o devedor não realiza a prestação a que se obrigou, face ao n.º 2 do art.º 804 CC, desde que a prestação ainda seja possível e que a sua não realização em tempo útil seja imputável ao devedor. Exige-se que o credor mantenha ainda o interesse na prestação.

Nos contratos sinalagmáticos, se a prestação já estiver vencida (mora imputável ao devedor), a prestação ainda for possível e o credor não mantiver interesse na prestação, tais circunstâncias determinam o incumprimento definitivo do contrato.

Apesar disto, ao credor assiste a faculdade de optar entre resolver o contrato ou executá-lo.

Todavia, o facto de o credor fazer chegar ao devedor em mora a informação de que perdeu o interesse na prestação não quer dizer que o contrato seja resolvido, torna-se necessário que o credor declare inequivocamente ao devedor que pretende a resolução do contrato – art.º 436º n.º 1 CC, a resolução só produz efeitos mediante declaração à outra parte.

Estabelece o art.º 808º n.º 1 que “se o credor, em consequência da mora, perder o interesse na prestação, ou se esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação.

Assim, nos termos do previsto na 2ª parte do n.º 1 do art.º 808º, o credor que mantém interesse na prestação pode fixar um prazo suplementar perentório ao devedor em mora dentro do qual o devedor deve cumprir, caso o credor opte por esta intimação admonitória deve conceder ao devedor um prazo razoável para cumprir, findo o qual o contrato considera-se definitivamente não cumprido, no entanto, tal facto, não quer dizer que o contrato se encontre resolvido, o que aconteceu foi a transformação da mora em incumprimento definitivo do contrato, podendo o credor exercer o seu direito de optar pela resolução do contrato ou pela execução do mesmo.

Por “prazo razoável” deve entender-se o necessário para o cumprimento da prestação, uma vez esgotado o prazo sem que o devedor cumpra, o contrato considera-se definitivamente não cumprido.

Tem-se por razoável o prazo suplementar fixado pelo credor, segundo um critério que atendendo à natureza e ao conhecido circunstancialismo e função do contrato, aos usos correntes e aos ditames da boa-fé, permite ao devedor satisfazer dentro dele, o seu dever de prestar.²⁵

Estamos aqui perante aquilo a que se chama a interpelação admonitória, que consiste numa intimação formal ao credor moroso para que cumpra a obrigação dentro do prazo determinado, sob pena de se considerar a obrigação como não cumprida.

Ensina Antunes Varela ²⁶ que «o prazo referido no art.º 808º nº 1 CC, é um prazo limite imposto ao devedor sob a cominação de a prestação deixar de lhe interessar, a partir de então, e é um prazo especial que tanto vale para as obrigações puras como para aquelas que “*ab initio*” ou “*a posteriori*” foi fixado um termo.»

Continua, «o prazo a que alude o nº 1, destinado a conceder ao devedor uma derradeira possibilidade de manter o contrato, tem de ser (ter) uma dilação razoável em vista dessa finalidade. E terá de ser fixado, pela mesma razão, em termos de claramente deixar transparecer o interesse do credor.»

Efetivamente, «com a exigência de fixação de um prazo suplementar (para a mora se transformar em incumprimento definitivo), pretende o legislador evitar que, ocorrida a mora, possa a outra parte resolver o contrato imediatamente, ou quase imediatamente. Quer-se proporcionar ao faltoso a oportunidade de ainda cumprir, embora com algum atraso, e assim evitar a rescisão do contrato.²⁷»

A resolução do contrato determina, em regra, a atribuição de uma indemnização a que o contraente fiel tem direito, cujo parâmetro está definido pelo interesse contratual

²⁵ STJ de 12 de Dezembro de 1995, BMJ, p. 423, 452

²⁶ “Das Obrigações em Geral”, vol. II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 109

²⁷ Telles Galvão, “Direito das Obrigações”, reimpressão da 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 120, 577/588).

negativo, ou seja, em função dos danos que o credor não suportaria, se não tivesse outorgado o contrato que, afinal, veio a ser resolvido, por culpa do outro contraente, Art.º 798º do CC).

Em suma, ocorre incumprimento definitivo do contrato-promessa, grosso modo, quando a celebração do contrato prometido se tornou impossível ou quando, em virtude da mora, o promitente fiel tenha perdido o interesse na celebração do contrato prometido, ou este não tenha sido celebrado no novo prazo razoável concedido pelo promitente fiel – art.º 808º, nº 1 CC.

Em concreto, e perante um quadro de incumprimento abrem-se ao promitente fiel duas vias que pressupõem, respetivamente, a mora e o incumprimento definitivo. São elas a execução específica e a resolução do contrato.

A existência do crédito do beneficiário resultante do não cumprimento decorrente do incumprimento definitivo do contrato-promessa

No que diz respeito ao incumprimento definitivo de contrato promessa de compra e venda de imóvel, prevê a lei um regime especial (art.º 442º e ss.) pelo que devemos distinguir duas situações, a saber:

A existência de sinal passado ou a ausência do mesmo (não há sinal).

Nos termos do art.º 441º CC, presume-se como sinal “toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço”.

Ainda que os promitentes não qualifiquem expressamente a quantia entregue como sinal, a sua existência é presumida nos contratos-promessa de compra e venda, embora possa ser elidida nos termos do nº 2 do art.º 350º CC. Nos demais contratos tal presunção não existe tal como resulta da leitura do art.º 440º CC; aqui, é havida como antecipação total ou parcial de pagamento, salvo se as partes quiserem atribuir à coisa entregue como sinal.

Não havendo sinal, a indemnização apura-se de harmonia com as regras da responsabilidade civil e tende a cobrir os danos efetivos.

Ou seja, caso não exista sinal, o promitente não faltoso poderá, após resolver o contrato-promessa, exigir do promitente faltoso o pagamento de uma indemnização fixada nos termos gerais da responsabilidade civil.

É, porém outro o regime legal caso exista sinal. Neste caso poderão abrir-se diversos cenários ao promitente fiel em caso de resolução de contrato-promessa com sinal passado.

Havendo sinal e se o sinal tiver sido constituído pelo inadimplente (*tradens*) o outro contraente (*accipiens*) tem a faculdade de fazer sua a coisa entregue, cf. art.º 442º n.º 2, 1ª parte.

Deste modo, em caso de incumprimento definitivo por parte do autor do sinal assiste ao *accipiens* o direito de, após declarar a resolução do contrato-promessa, fazer seu o sinal recebido. Em princípio, por via da natureza supletiva do n.º 4 do art.º 442º, a indemnização do *accipiens* fica-se pela perda do sinal por parte do *tradens*.

Se o incumprimento for imputável ao contraente que beneficiou do sinal *accipiens* o contraente não faltoso *tradens* tem a faculdade de exigir o dobro do sinal que prestou.

O objeto da restituição torna-se assim de fácil e segura quantificação, pois consiste no dobro do *quantum* do sinal.²⁸

Estatui o art.º 442º n.º 2 CC, “se quem constituiu o sinal deixar de cumprir a obrigação, por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente a faculdade de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento do contrato for devido a este ultimo, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou...”

Como se alcança facilmente desta redação, a sanção nele prevista pressupõe uma situação de incumprimento definitivo, dado que à mora só pode corresponder a obrigação de indemnizar o dano moratório, de harmonia com o disposto no art.º 804º CC.

²⁸ Sobre a aplicação do art.º 442 em sede de insolvência, Morais, Gravato, “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente vendedor”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 29, Braga, 2010, p. 3 e ss.; e; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência, in Cadernos de Direito Privado, n.º 33, Braga, 2011, p. 3 e ss.

A confirmar este entendimento está o direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do art.º 755º CC, o qual atua como garantia «*pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.º 442º*». Com efeito, encontrando-se o promitente faltoso, que obteve a tradição da coisa em mora, não tem de restituir essa mesma coisa.

O direito de retenção, enquanto direito real de garantia do crédito resultante do incumprimento do contrato, apenas tem sentido após a extinção do contrato por resolução, situação que implica o vencimento da obrigação pós contratual de restituição da coisa objeto do contrato prometido.

Ora essa obrigação de restituição implica a prévia resolução do contrato-promessa decorrente do incumprimento definitivo do mesmo.

Como alternativa ao dobro do sinal, caso estejamos perante uma situação em que tenha ocorrido tradição da coisa objeto do contrato prometido, o contraente que cumpriu a sua parte (que entregou o sinal) pode, em face do incumprimento definitivo da contraparte, em alternativa ao sinal em dobro, optar por exigir ao contraente inadimplente uma indemnização correspondente ao aumento do valor da coisa ou do «*direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objetivamente, à data do incumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado*», devendo ainda ser-lhe restituído o sinal em singelo.

Salientamos que esta situação, de indemnização pelo aumento do valor da coisa pressupõe a existência simultânea de sinal e da prévia tradição da coisa, *traditio rei*. Cf. 2ª parte do n.º 2 do art.º 442º CC. Caso esta não se verifique o direito do promitente comprador limita-se a poder exigir, como indemnização, o dobro do sinal. Calvão da Silva²⁹

Para melhor compreensão deste regime atente-se no seguinte exemplo:

A, como promitente vendedor, e B, como promitente-comprador, celebram contrato-promessa de compra e venda do imóvel X tendo convencionado o preço de € 150.000,00, e tendo A entregue a B as chaves que este passou a ocupar. Como sinal e principio de pagamento B entregou a A €15.000,00. Na data acordada para celebração

²⁹ Cit. 11, p. 21 - p. 103 e 104.

do prometido contrato de compra e venda A recusa-se a outorgar a prometida escritura de compra e venda (contrato definitivo). O valor do prédio à data da recusa é de € 200.000,00. Neste caso, em alternativa ao dobro do sinal, assiste a B o direito de exigir de A uma indemnização calculada com base no aumento do valor da coisa (imóvel) - € 50.000,00 – acrescida do sinal - em singelo - € 15.000,00, o que perfaz o montante global de €65.000,00, em vez dos €30.000,00 correspondentes ao dobro do sinal.

Em caso de incumprimento de contrato-promessa poderá o promitente fiel exigir qualquer outra indemnização para além da referida?

O n.º 4 do art.º 442º CC, exclui em caso de incumprimento do contrato-promessa, a possibilidade de o promitente fiel exigir qualquer outra indemnização para além da perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, ou do aumento do valor da coisa à data do incumprimento.

Todavia, trata-se de uma norma supletiva, pelo que nada impede que as partes convençionem regime diverso. No entanto, caso as partes nada digam, a indemnização decorrente do incumprimento (definitivo) do contrato-promessa é definida nos termos do n.º 4 do art.º 442º CC.

O ac. do STJ de 1 de Novembro de 2010,³⁰ refere: "... Assim sendo, o valor da indemnização compensatória, havendo sinal, identifica-se a forfait, com o valor deste, identificação que só pode ser afastada em função de estipulação convencional das partes nesse sentido. ... Consequentemente, tendo as Partes convençionado o sinal, sem estipulação de qualquer outra indemnização em caso de incumprimento, ficou-lhes vedado lançarem mão de qualquer outra indemnização compensatória pelo incumprimento do contrato que não seja a da perda do sinal passado ou da restituição do seu dobro».

Considera este acórdão, que por não ter natureza indemnizatória, destinando-se antes a constranger o demandado a cumprir, realizando o cumprimento devido, a sanção pecuniária compulsória pode ter lugar independentemente da existência ou não de indemnização. Aceita, assim, o mencionado acórdão a cumulabilidade da sanção pecuniária compulsória com a indemnização prevista no n.º 4 do art.º 442º.

³⁰ www.dgsi.pt – proc. 1433/07.7TBBRG.S2

Por outro lado, esta disposição legal não impede que ao promitente fiel assista o direito de exigir outra indemnização baseada em facto distinto do incumprimento do contrato-promessa. É o caso do direito à indemnização por benfeitorias realizadas pelo promitente-comprador que adquiriu a tradição da coisa objeto do contrato prometido.

Alternativamente, ao contraente fiel é ainda conferido outra possibilidade, a faculdade de requerer a execução específica do contrato, nos termos do estabelecido no art.º 830º do CC. Esta faculdade existe independentemente de ter havido tradição da coisa, ou seja, o retentor goza também do direito ao recurso à execução específica.

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

É pacífico por unanimemente aceite, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que o crédito emergente do contrato-promessa é o que tem, na sua base, o incumprimento definitivo daquele. Assim, o direito de retenção consagrado no art.º 755º, nº 1, alínea f) CC, não faz sentido na mora, hipótese em que o promitente-adquirente que obteve a tradição da coisa não está obrigado a entregar a coisa a que se refere o contrato prometido.

No entanto, não se pense que o direito de retenção do promitente-comprador com *traditio* só nasce com o incumprimento definitivo por parte do promitente vendedor. Pelo contrário, o direito de retenção emerge da *traditio*.

Entendimento seguido por Antunes Varela,³¹ «embora a garantia geral, bem como as garantias especiais, só se destinem a ser executadas no caso de não cumprimento das obrigações, verdade é que a garantia geral acompanha a obrigação desde o nascimento desta, tal como as garantias especiais reforçam, desde a sua constituição, a consistência económico-jurídica do vínculo obrigacional».

Discute-se porém «se tal crédito apenas existe se tiver havido sinal passado ou não»

³¹ Das Obrigações em Geral”, vol. II, 4ª ed. Revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 1990, p. 408

Gravato Morais³² e a doutrina maioritária consideram que o direito de retenção existe independentemente de ter havido sinal passado ou convenção indemnizatória. Na sua opinião, só assim se compreenderia o valor da ampla remissão efetuada para a alínea f), do n.º 1, do art.º 755º, para o art.º 442º CC.

Com o mesmo entendimento, Manuel Januário da Costa Gomes³³

Mas já discordamos da tese defendida por Menezes Cordeiro³⁴ de que “a opção pelo “valor da coisa” está dependente de sinal; não nos convence, de facto, o argumento de que “na ausência de sinal, a entrega da coisa surge como mera tolerância; nenhuma razão se vê para penalizar, por isso, o promitente-vendedor que tenha antecipado o seu pagamento e ilidindo simultaneamente a presunção do art.º 441º. Ora neste caso não parece haver mera tolerância...”

Menezes Leitão³⁵ considera que o direito de retenção «só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação direta com a coisa a reter (...)», este autor, faz uma interpretação restritiva do estabelecido no art.º 755º, n.º 1, alínea f) CC.

Segundo a posição deste autor, ao qual não aderimos, o direito de retenção do promitente-comprador com *traditio* só existe na circunstância de este optar por uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, surgindo apenas caso tenha sido prestado sinal.

No confronto entre estas posições, por ser o nosso entendimento, aderimos à proposta por Gravato Morais, que aliás, consiste na posição dominante.

Todavia, embora a *traditio* não pressuponha a prestação de sinal (prestação de sinal e *traditio* que são requisitos de outro direito do promitente-comprador, o direito de retenção, direito real de garantia; art.º 755º, n.º 1, al. f), conjugado com o art.º 442º), a verdade é que, na grande maioria das situações, assim acontece.

³² Ob. cit. 19 p. 27 - p. 233

³³ “Em Tema de Contrato-Promessa”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 6ª reimpressão, 2005, p. 12

³⁴ “Tratado de Direito Civil Português”, Vol. II, Direito das Obrigações, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, p. 402

³⁵ “Direito das Obrigações”, Vol. I, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 253

Ora, pela enumeração dos pressupostos de aplicação do direito de retenção ao caso específico previsto na al. f), do n.º 1, do art.º 755º, á primeira vista poderá considerar-se que o regime legal consagrado é prejudicial aos restantes titulares de garantias reais sobre o imóvel, como é o titular da hipoteca.

A este propósito, Calvão da Silva, diz:³⁶ “... o facto de o direito de retenção prevalecer sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente (art.º759º, n.º 2) poderá também acabar por virar a norma protetora (art.º 442, n.º 3) contra o promitente- comprador (abstratamente) protegido, engendrando rarefação da *traditio rei* hipotecada, por imposição das instituições de crédito aos construtores., deverá excepcionar-se a sua prevalência sobre a hipoteca, a fim de evitar a sua transformação em causa de rarefação da *traditio rei*, impeditiva, em ultima análise, de atingir a finalidade para que foi concebido.”

Na verdade, a constituição de hipotecas sobre imóveis continua a ser o meio tradicional de garantia mais usado, por mais forte, ao serviço do credor (normalmente a mutuante Banca) atento o direito que concede ao seu titular de ser pago com prioridade pelo produto da venda.

O regime da hipoteca - garantia especial obrigacional, foi fortemente abalado quando, em 1966, o legislador decidiu equiparar o titular do direito de retenção ao credor penhoratício ou hipotecário. Acresce que, nos anos 80 o legislador criou e introduziu na ordem legislativa do "novo" direito de retenção com origem contratual. Por esta via, tornou-se maior a incerteza do ressarcimento do crédito por parte do credor hipotecário.

A importância desta garantia resulta imediatamente da circunstância de o direito de retenção de coisas imóveis reconhecer ao respetivo titular, não só o direito de reter a coisa, como a faculdade de a executar, devendo ser pago com preferência aos demais credores do devedor, mesmo aos credores hipotecários com registo anterior.³⁷

Como bem refere Almeida Costa,³⁸ «tratou-se, sem dúvida, de uma deliberada opção legislativa, dentro de uma política de defesa do consumidor».

³⁶ Cit. 11, p. 21 - p. 252

³⁷ Bastos, Rodrigues, “ Notas ao Código Civil”, Vol. III, Lisboa, 1993, p. 208

³⁸ Cit.6, p. 14 - p.75 nota (115)

No entanto, apesar de se poder argumentar de que o regime legal consagrado é prejudicial aos restantes titulares de garantias reais sobre os imóveis, como é o titular da hipoteca, cumpre assinalar que o titular do direito de retenção apenas será pago preferencialmente em sede de graduação de créditos, em face do direito real de garantia que se encontra na sua titularidade (artigo 759, nº 2). Todavia, apesar disso, o que sucede é que a consistência jurídica do direito real de garantia - hipoteca - mantém-se intocada e não sofre qualquer limitação o credor hipotecário que pelos meios próprios pretenda fazer valer os seus direitos.

Assim, e salvo o devido respeito por opinião diversa, tendo em conta o direito constituído, não aderimos àquele entendimento (prejuízo do credor hipotecário), tornando-se necessário averiguar quais os interesses que a lei visa proteger, proceder à ponderação dos mesmos, e logo nos vem à ideia, que a lei visa a proteção dos mais fracos, neste caso, o consumidor.

Para tal, atente-se que as alterações introduzidas no regime do contrato-promessa nos anos 80, que visaram no essencial, e no âmbito da liberdade de conformação normativa do legislador, reforçar a defesa dos interesses e da posição do promitente comprador – em geral a parte institucionalmente mais débil nesta categoria contratual – quando o contrato tenha como objeto a aquisição de edifícios ou de frações autónomas destes, sobretudo destinados a habitação própria. Cf. Preambulo DL 379/86.

É indiscutível que o legislador, perante a conjuntura económica e financeira do país da época, entendeu dever intervir estabelecendo um regime de proteção dos promitentes compradores de edifícios ou suas frações autónomas, face à existência de inúmeras pessoas que na época se viam constringidas a recorrer ao contrato-promessa e que, por falta de preparação, vieram a ser vítimas de abusos. O legislador invocando a “lógica da defesa do consumidor”, atribuiu ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real, que obteve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o direito de retenção sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte.

De facto, o direito de retenção apenas existe relativamente ao crédito proveniente do incumprimento definitivo imputável à outra parte que promete transmitir ou constituir um direito real. Ora esse crédito, do promitente adquirente, que o direito de

retenção visa garantir, consiste no dobro do sinal, no aumento do valor da coisa ou da indenização convencionada, conforme resulta do n° 4 do art.º 442º.

Desta forma, para além de o direito de retenção atuar como um direito real de garantia, tem igualmente uma natureza coerciva no sentido de pressionar o promitente alienante a pagar a indenização devida.

Parte da doutrina como vimos tem vindo a interpretar restritivamente a norma constante do art.º 755º, n°1, al. f). Assim, A. Menezes Cordeiro considera que a retenção «só garante o direito ao aumento do valor da coisa e não o direito à restituição em dobro do sinal»³⁹. No mesmo sentido Luís Menezes Leitão pugna pela aplicação do direito de retenção a favor do promitente comprador que obteve a *traditio rei* mas para garantir apenas o pagamento do aumento do valor da coisa, não abrangendo o crédito relativo à restituição do sinal em singelo.⁴⁰ Também Pestana de Vasconcelos entende que a norma constante do art.º 755º, n° 1, al. f) deve ser objeto de uma interpretação restritiva no sentido de apenas se aplicar ao promitente comprador consumidor por estarmos em face de uma «norma de tutela de consumidor»⁴¹. Esta orientação foi recentemente acolhida pelo STJ, no ac. uniformização jurisprudência n° 4/2014.

Sem perda do devido respeito pela opinião dos ilustres autores e jurisprudência citada, pensamos que de *iure constituto* não existe fundamento para interpretar restritivamente a norma do art.º 755º, n° 1, al. f). Com efeito, a dupla função de garantia real e coercitiva do direito de retenção existe independentemente do contrato-promessa se destinar à aquisição de habitação própria ou não, ou do promitente comprador ser pessoa singular ou coletiva.

Por isso, concordamos com Gravato Morais⁴² para quem o direito de retenção, enquanto direito real de garantia, «há-de garantir qualquer crédito emergente do incumprimento do contrato-promessa. É esse o valor da ampla remissão efetuada para o art.º 442º, CC»

³⁹ Cit.34, p. 37 - pág. 402

⁴⁰ Idem - p. 251 ss.

⁴¹ Cit.12, p. 21 - p. 7 a 9

⁴² Ob. cit.19, p. 27 - p. 234

CAPÍTULO III - DIREITO DE RETENÇÃO EM FACE DA INSOLVÊNCIA DO PROMITENTE VENDEDOR

Neste capítulo será abordada a problemática do direito de retenção, concedido ao beneficiário da promessa em curso que obteve a tradição da coisa e sua articulação com o regime da insolvência.

1. Evolução do direito falimentar português

Vamos proceder para uma melhor compreensão a uma breve abordagem sobre os antecedentes e evolução da regulação desta matéria até à vigência do atual diploma CIRE.

O primeiro sinal da importância do tecido empresarial e dos nefastos efeitos da sua insolvência no desenvolvimento económico é atribuído pela aprovação dos DL n.ºs 353-H/77 de 29 de Agosto, 124/77, de 1 de Abril e 125/79, de 10 de Maio.

Mais tarde, com a aprovação do DL n.º 177/86 de 2 de Julho, o qual foi objeto de alteração pelo Dec. Lei 10/90 de 5 de Janeiro, foi criado um processo de recuperação de empresas em situação de falência.

Todavia, a necessidade de distinguir, com o devido fundamento técnico, as empresas que são economicamente viáveis das outras, que estão definitivamente “mortas”, levou o legislador em 1993 a aproximar os dois processos (processo especial de falência e processo especial de recuperação) tendo por base razões de política económica comunitária.

Foi então aprovado o DL 132/93, de 23 de Abril (CPEREF), que foi entretanto alterado pelos DL 157/97, de 24 de Junho, 315/98, de 20 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro e 38/2003, de 8 de Março.

Este conjunto de diplomas legais constitui uma viragem histórica no âmbito do processo executivo, na medida em que a legislação processual civil se centrava no domínio das relações de crédito.

Em face das dificuldades sentidas, em 15 de Julho de 2003 o governo foi autorizado a legislar sobre a insolvência de pessoas singulares e coletivas e a revogar o CPEREF.

Na sequência da Lei de autorização, foi aprovado, em Conselho de Ministros de 3 de Dezembro de 2003, o diploma que aprova o CIRE, DL 53/2004, de 18 de Março, que entrou em vigor a 15 de Setembro de 2004.

Esta reforma legislativa centra-se na unificação dos processos especiais, que passam a ser um só, processo de insolvência, um processo mais célere através, nomeadamente, da sua desjudicialização, verificando-se uma maior participação dos credores na tomada de decisões, e, finalmente, numa responsabilização especial do devedor e dos seus administradores, implicando esta uma restrição à sua capacidade, nomeadamente através de inabilitação e inibição para o exercício do comércio e através da previsão de algumas presunções de culpa, julgadas essenciais à adequada aplicação de todo o regime da insolvência.

Este Código, aprovado pelo DL 53/2004, de 18 de Março, foi objeto de seis alterações.

Salienta-se no entanto, por se apresentar de maior relevo, a sexta alteração ao CIRE que ocorreu pela aprovação da Lei 16/2012, de 20 de Abril.

Esta alteração teve origem no memorando celebrado pelo Estado Português com o Banco Central Europeu, Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional (TROIKA) o qual prevê expressamente uma alteração no regime da insolvência.

Estas alterações perspetivaram uma mudança de paradigma, passando a privilegiar-se a recuperação em detrimento da liquidação do património do devedor, tendo sido instituído, nos art.ºs 17º-A a 17º-I, o Processo Especial de Revitalização.

Simplificaram-se alguns procedimentos, ajustando-se prazos, agravou-se a responsabilidade do devedor, passando-se a abranger os administradores de facto, foram reforçados os poderes do juiz, procedeu-se a uma clarificação da responsabilidade do AI, reforçou-se a tutela dos dependentes do devedor e procedendo-se à articulação do processo de insolvência com a ação executiva.

2. O direito de retenção do promitente-comprador no processo de insolvência

Já no âmbito do regime anterior, regulado pelo CPEREF discutia-se esta problemática, ou seja, em caso de falência do promitente-vendedor, se o promitente comprador que tivesse obtido a tradição da coisa objeto do contrato prometido gozava ou não do direito de retenção.

O nº 1 do art.º 164-A do DL 315/98, de 20 de Outubro, estabeleceu um regime específico para o contrato-promessa não cumprido à data da declaração de insolvência. Nos termos desta norma, o contrato-promessa com eficácia obrigacional extinguir-se-ia com a declaração de insolvência de forma automática por caducidade, caso o liquidatário judicial depois de ouvida a comissão de credores não optasse pela realização do contrato prometido ou execução específica do mesmo.

O que originava que o promitente comprador contasse apenas com um direito a uma indemnização nos termos gerais, caso não houvesse sinal prestado, ou, caso tivesse sido prestado seguiria o regime de indemnização do sinal. O promitente comprador que visse o seu contrato promessa extinto detinha apenas um crédito comum sobre a massa, graduado de acordo com o nº 2 do art.º 200º daquele DL.

Quanto ao contrato-promessa com eficácia real o nº 2 do mesmo art.º 164-A estabelecia diferentemente, uma vez que, neste caso, ao promitente-comprador era concedido o direito de exigir à massa a celebração do contrato ou a execução específica da promessa.

Na verdade, alguns autores contestavam a existência deste direito de retenção em caso de promessas com eficácia obrigacional com tradição da coisa, considerando este crédito sobre a insolvência como comum por outro lado, defendendo que por se não poder considerar que o direito à restituição do sinal em dobro como “credito resultante do não cumprimento imputável à contraparte”, requisito de aplicação da al. f) do nº 1 do art.º 755º CC, não haveria lugar a gozo do direito de retenção por parte do promitente comprador.

No entanto, existiram autores que o admitiam. A própria jurisprudência pronunciou-se neste sentido, da admissibilidade do direito de retenção a favor do

promitente comprador no caso de o contrato-promessa ainda não se encontrar resolvido (negócio em curso), ainda que a impossibilidade de cumprimento não se devesse a causa imputável ao promitente vendedor, mas à sua declaração de falência. Neste sentido, ac. STJ de 28 de Maio de 2002.⁴³

De facto, não obstante aquele regime ter sido revogado, entrando em vigor um novo regime jurídico regulador da insolvência, CIRE, a questão continuou controvertida.

Para uma melhor compreensão do regime do contrato-promessa no âmbito da legislação insolvencial em vigor, preliminarmente, cumpre apurar se nos encontramos na presença de contrato-promessa com eficácia obrigacional ou contrato promessa com eficácia real.

No âmbito do CIRE em vigor, são duas as normas que regulam os efeitos da insolvência sobre contratos-promessa em curso à data da sua declaração. São elas os art.º 102º e 106º.

Tais normas estabelecem que só em caso de nos encontrarmos perante um contrato-promessa com eficácia real acompanhado de *traditio rei* o administrador está impossibilitado de recusar o seu cumprimento (art.º 106º nº 1). Assim, é concedido o direito ao promitente comprador de exigir à massa insolvente o cumprimento da promessa, a celebração do contrato definitivo ou a execução específica da promessa.

Quanto aos demais casos de contratos-promessa (onde se inclui o caso de contrato-promessa com efeitos obrigacionais ou com efeitos reais mas sem *traditio rei*) aplicar-se-á a norma do Art.º 102º, regra geral, que atribui ao AI a possibilidade de optar entre cumprir ou não a promessa, celebrando o contrato definitivo ou recusar o cumprimento da promessa. Neste caso, cumpre aplicar o art.º 104º nº 5, o qual reza que relativamente aos seus efeitos, (recusa de cumprimento) emerge o dever de indemnizar, são os previstos no nº 3 do artigo 102º.

Isto posto, o promitente que vê a promessa incumprida fica apenas com um direito a um crédito indemnizatório, estando-lhe vedada a possibilidade de exigir o cumprimento ou a execução específica da promessa, desde que esta tenha eficácia

⁴³ www.dgsi.pt

obrigacional e mesmo no caso de à mesma ter sido atribuída eficácia real mas em que não houve *traditio rei*.

Como refere, L. M. Pestana de Vasconcelos⁴⁴, que o considera como um dos aspetos menos claros deste regime dando origem a controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Menezes Leitão⁴⁵ opta por fazer uma interpretação corretiva daquele preceito legal considerando que a promessa obrigacional não pode ser objeto de recusa de cumprimento por parte do AI, uma vez que o regime previsto no CIRE “(...) omite (...) a hipótese de o beneficiário da promessa sem eficácia real se encontrar na posse da coisa, em que o Art.º 755º, nº 1, alínea f), lhe atribui um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem de ser atendida em sede de insolvência”.

Gravato Morais⁴⁶ ao citar Pestana de Vasconcelos, admite o direito de retenção.

Todavia, Brandão Proença,⁴⁷ duvida que o promitente comprador possa invocar o direito de retenção na fase do processo de insolvência, nos casos de um possível incumprimento das promessas mais vulgares (obrigacionais), tendo em conta os poderes do AI. Pois a dada altura refere: “... é duvidoso que o promitente-comprador possa invocar o direito de retenção na fase insolvencial”

Caso o AI recuse a sua celebração, o promitente comprador pode, se assim o entender, recorrer à execução específica do mesmo – art.º 827º, 830º e 442º CC.

Para fazer valer o seu direito o promitente adquirente deverá propor uma ação judicial contra a massa insolvente peticionando que seja proferida sentença no sentido da produção dos efeitos da declaração negocial da parte faltosa, que seja condenada a faltosa a extinguir as garantias de hipoteca e seja ordenado o levantamento da apreensão do bem a favor da massa insolvente e, ainda, que a faltosa seja condenada a praticar todos os atos necessários ao levantamento das penhoras e demais atos necessários à

⁴⁴ Cit.12, p. 21 - p. 3

⁴⁵ CIRE – Anotado, 5ª ed. Almedina, Coimbra, 2009, p. 135

⁴⁶ Cit.28, p. 33 - p. 8

⁴⁷ “Para a Necessidade de Uma Melhor Tutela dos Promitentes- Adquirentes de Bens Imóveis (máxime) Com Fim Habitacional”, Cadernos de Direito Privado, nº 22, Braga, Abril/Junho 2008, p. 8

concretização do negócio. O mesmo se aplica se for o promitente comprador a recusar o seu cumprimento.

Já os contratos-promessa com eficácia obrigacional em curso em que embora tenha havido tradição da coisa a favor do promitente comprador, a lei permite a recusa do cumprimento. Art.º 106º, nº 1 CIRE.

A lei permite a recusa de cumprimento nas situações seguintes:

Promessa com eficácia real simples (sem *traditio*);

Promessa com eficácia obrigacional simples;

Promessa com promessa obrigacional (com *traditio*);

Neste estudo vamo-nos cingir a tratar da problemática que diz respeito à promessa obrigacional com tradição da coisa realizada antes da declaração de insolvência e quando o promitente vendedor é o insolvente, em que cabe ao AI optar por cumprir ou recusar o seu cumprimento nos termos do art.º 102º CIRE.

Na verdade, tal circunstância, tem dado origem a controvérsia quer doutrinal, quer jurisprudencial.

Rios de tinta se tem escrito a este propósito!

O ponto 35 do preâmbulo do DL 53/2004, de 18 de Março dispõe o seguinte: “O capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo do CPEREF. ... De realçar é desde logo a introdução de um «princípio geral» quanto aos contratos bilaterais, que logo aponta para a noção de «negócios em curso» no âmbito do processo de insolvência: deverá tratar-se de contrato em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento tanto pelo insolvente como pela outra parte. O essencial do regime geral disposto para tais negócios é o de que o respetivo cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.”

Se o AI recusar o seu cumprimento na qualidade de promitente vendedor, a parte contrária (promitente comprador) fica com um crédito sobre a insolvência⁴⁸ que terá de reclamar nos termos do estabelecido no art.º 128º CIRE. Neste caso, o crédito da requerente sobre a insolvência confina-se ao valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente (que ainda não tenha sido realizada) e a uma indemnização pelos prejuízos causados pelo incumprimento, fixada dentro dos parâmetros previstos na alínea d) do nº 3 do art.º 102º CIRE (...).

Como vimos, o crédito emergente do contrato-promessa é o que tem na sua base o incumprimento definitivo daquele que não faz sentido em situação de simples mora.

Ora, o AI pode recusar o cumprimento do contrato-promessa, ou, em alternativa, optar pela execução do contrato.

O nº 1 do art.º 102º CIRE, diz que um dos efeitos da declaração de insolvência no contrato-promessa é a sua suspensão. É uma suspensão que se verifica de forma automática e *ex lege*, significando que o contrato-promessa deixa de poder ser executado.⁴⁹

No entanto esta suspensão não se verifica por tempo indeterminado, ela está dependente de uma declaração do AI que voluntariamente escolhe o momento para exercer o direito de escolha, entre a execução do contrato ou a recusa do seu cumprimento, embora tendo sempre em vista o interesse da massa, e consequentemente a satisfação dos credores da insolvência.

Todavia, nos termos do nº 2, do artigo 102º CIRE, enquanto durar esta suspensão do contrato “a outra parte pode (...) fixar um prazo razoável ao AI para este exercer a sua opção, findo o qual se considera que recusa o cumprimento”. Através do recurso a este mecanismo jurídico, obsta-se a uma possível inércia por parte do administrador de insolvência.

No dizer de Gravato Morais,⁵⁰ este mecanismo funciona dentro do processo de insolvência, como uma espécie de interpelação admonitória feita pelo promitente

⁴⁸ Cit.28, p. 33 - p. 6

⁴⁹ Idem - p. 4

⁵⁰ Idem- p. 4/5

comprador ao AI, com contornos idênticos aos dos estabelecidos no nº 1 do artigo 808º do CC, mas com sentidos e funções diversas, refere: " Daqui resulta que o promitente-adquirente não pode efetuar a correspondente interpelação admonitória civilista (que, nesse quadro, tem uma força específica muito peculiar), nem, por hipótese e apesar de poder acontecer na realidade, alegar a perda objetiva do interesse. ...

Findo o prazo fixado, sem que o administrador se pronuncie (ou se, porventura, recusar o cumprimento), deve considerar-se definitivamente incumprido o contrato-promessa”

De salientar que aqui o silêncio por parte do AI vale como declaração negocial, ou seja, como recusa do cumprimento do contrato – art.º 218º CC.

A jurisprudência tem-se pronunciado sobre esta questão, nomeadamente, através dos Acórdãos:⁵¹

Ac. TRG de 21-06-2007 (Gouveia Ramos), proc. 1073/07.1 – Resolução do contrato/Insolvência/Incumprimento

Ac. TRP de 06-01-2009, (Dr.ª Maria Graça Mira), proc. 0824534 – Insolvência/Contrato Promessa

Ac. TRL de 18-01-2011, proc. 1760/06.0TBCLD1-1, (Pedro Brighton)

Ac. TRP de 11-10-2011, proc. 92/05.6.TYVNG-M. P1 (Henrique Araújo)

Embora resulte do art.º 102º, nº 1 CIRE que o AI goza de um de um direito de opção, entre o cumprimento do contrato ou a sua recusa, “declarar optar pela execução ou recusar o cumprimento”, esta decisão de opção encontra-se balizada pelos interesses da massa. O AI deve proceder a um juízo de ponderação socorrendo-se dos mesmos motivos e fundamentos da resolução do contrato estabelecidos no art.º 120º do CIRE.⁵² Portanto, o AI não goza de livre arbítrio nessa opção de decidir num ou noutro sentido.

Relativamente à questão que diz respeito à perda de direitos por parte do promitente adquirente, com efeito, face à declaração de insolvência do promitente vendedor, o promitente adquirente para além de ficar impossibilitado de interpelar o

⁵¹ www.dgsi.pt

⁵² Preambulo do DL 53/2004, de 18 de Março, ponto 41

promitente vendedor (insolvente), segundo as regras estabelecidas no art.º 808º, nº 1 CC, não poder invocar perda de interesse, não menos importante é o facto de o promitente-comprador perder o direito à execução específica do contrato, mesmo a estabelecida no nº 3 do artigo 830º CC, por remissão do nº 3 do artigo 410º CC, a qual por ser norma imperativa não pode ser afastada pelas partes.⁵³

Caso o AI opte (ocorre *ex lege*) pela recusa no cumprimento do contrato-promessa, esta opção implica a extinção do contrato, por inexecução.

No entanto, este comportamento do AI, embora com consequências jurídicas, vai repercutir-se na esfera jurídica do promitente vendedor (insolvente), uma vez que esta recusa de cumprimento vai ser tratada como se de uma verdadeira declaração de vontade emitida pelo insolvente, no sentido do incumprimento definitivo da promessa, com as devidas consequências.

Seguimos a posição de Gravato Morais⁵⁴

Desta recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência resultam consequências.

Desde logo, resulta num crédito indemnizatório sobre a insolvência, o art.º 106º, nº 2, que remete para o art.º 102º, nº 3 CIRE.

No entanto, importa verificar se este crédito é ou não o que resulta do regime geral previsto no nº 2 do art.º 442º CC.

Também relativamente a esta problemática, Gravato Morais⁵⁵, escreve ainda:

“Tornou-se manifestamente claro que o regime aplicável era o geral (e, observe-se, sem que se suscitasse qualquer problema de imputabilidade da conduta, como se determina no art.º 442, nº 2, do CC, embora aí se fale “em não cumprimento devido” ao promitente-vendedor) ”.

⁵³ Cit.28, p. 33 - p. 9

⁵⁴ Idem, p. 5

⁵⁵ Idem, p. 8

Em sentido contrário, ac. TRC de 6 de Novembro de 2012,⁵⁶ decidiu que em face da licitude do comportamento por parte do AI, por isso, tal comportamento não pode ser equiparado ao incumprimento definitivo do contrato pelo promitente vendedor.

Importa tomar posição.

Primeiro, o ato do AI de recusar o cumprimento do contrato-promessa é um ato lícito, ocorrendo, embora, *ex lege*.

Segundo, caso nos encontremos perante uma promessa com efeitos obrigacionais acompanhada da *traditio* da coisa o crédito resultante do não cumprimento é imputável ao (promitente vendedor), aqui insolvente, cujo incumprimento definitivo é requisito essencial da aplicabilidade do art.º 755º, nº 1, alínea f), CC, e que nos termos do art.º 442º CC goza do direito de retenção.

3. Enquadramento da hipoteca e direito de retenção no âmbito do processo da insolvência

Esta problemática assume grande importância no quadro do processo de insolvência, para efeitos de verificação e graduação dos créditos.

Sendo decretada a insolvência do devedor, é aberta a fase de reclamação e verificação de créditos, os credores são convidados para no prazo fixado (até 30 dias) para reclamar o crédito de que são titulares, cf. alínea f) do nº 1 do art.º 36º CIRE.

Ora o que sucede se um dos credores reclamar um crédito que beneficia de hipoteca e simultaneamente há um outro credor que igualmente reclama o seu crédito para pagamento de crédito que detém sobre o insolvente emergente do incumprimento de um contrato promessa de natureza obrigacional, indicando que sobre o mesmo imóvel (o onerado), goza do direito de retenção sobre ele, uma vez que havia obtido a tradição da coisa?

Para uma resposta cabal a esta problemática vamos ter de distinguir se o alegado contrato-promessa (incumprido), e sobre o qual goza do direito de retenção de que o credor diz ser titular, tem eficácia real ou meramente obrigacional.

⁵⁶ www.dgsi.pt

Como foi já acima explanado, caso tenha eficácia real acompanhado da tradição da coisa, por imposição legal, o AI não pode negar o cumprimento do contrato.

Caso o contrato promessa tenha eficácia obrigacional acompanhada da tradição da coisa com recusa de cumprimento pelo AI, originário de um crédito reclamado pela insolvência. Como vimos, tanto na doutrina como na jurisprudência tem-se verificado divergência quanto à prevalência (hipoteca ou direito de retenção) tanto em sede da sua classificação como na sua conseqüente graduação.

O art.º 47º CIRE estabelece o conceito de credores e determina a classe de créditos sobre a insolvência.

Todavia, para o nosso estudo apenas nos interessa o conceito legal de crédito garantido e privilegiado, definido pelas alíneas a), b) e C) do nº 4 do art.º 47º CIRE.

É entendimento maioritário da jurisprudência a prevalência do direito de retenção, quando este resulte do incumprimento de contrato de promessa obrigacional acompanhada da tradição da coisa, sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada.

Neste sentido, entre outros, os Acórdãos:⁵⁷

STJ de 27 de Novembro de 2007 – Silva Salazar;

STJ de 18 de Janeiro de 2008 – Oliveira Vasconcelos;

STJ de 12 de Janeiro de 2010 – Alves Velho;

TRC de 15 de Janeiro de 2013;

O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência STJ de 22 de Maio de 2013;

TRG de 21 de Maio de 2013 – Maria Rosa Tching;

TRG de 30 de Maio de 2013 – Manuel Bargado;

TRL de 10 de Outubro de 2013 – Maria José Mouro; e

TRG de 10 de Setembro de 2013– Filipe Carço

⁵⁷ www.dgsi.pt

Por outro lado, também a doutrina apesar de também dividida, pende igualmente no sentido da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, entendimento que perfilhamos.⁵⁸

Cumpramos chamar à atenção para o facto que diz respeito ao regime de prova, uma vez que é ao credor que incumbe provar que obteve a tradição de coisa, não lhe bastando alegar tal facto.

Ora, tendo em conta o acima exposto, não podemos deixar de considerar o crédito do retentor que vê a promessa incumprida (seja pelo AI seja pelo promitente vendedor), como crédito privilegiado, que, em sede de concurso de créditos, e, caso ocorram legítimas causas de preferência, a par da hipoteca, art.º 604 n.º 2 CC, existem os privilégios e o direito de retenção. Mas concorrendo o direito de retenção com a hipoteca, inequivocamente, nos termos do n.º 2 do art.º 759 CC, prefere o credor que tem a garantia real.

O direito de retenção prevalecerá sobre o crédito hipotecário ainda que com registo anterior.

⁵⁸ Cit.12, p. 21 - p.21

CAPÍTULO IV – ACORDÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ Nº 4/2014 DE 20 DE MARÇO

Em 20 de Março de 2014, foi proferido pelo STJ sob o nº 4/2014, Ac. Uniformizador de Jurisprudência relativamente à temática em estudo, pretendendo apontar a solução uniforme a aplicar a casos semelhantes. No entanto, tal acórdão, embora aprovado na sessão plenária, foi objeto de várias declarações de voto de vencido por parte de alguns Conselheiros, o que demonstra de que a sua aprovação não foi pacífica.

Conforme se depreende do texto do Ac. Uniformizador que ora se comenta, na sequência da sentença que declarou A em estado de insolvência, foram reclamados créditos, entre os quais o de BB, no montante de €108.488,54 e o da CGD, no valor de €3.489.328,30.

A sentença que procedeu a graduação de créditos reconheceu o crédito reclamado por BB, o direito de retenção relativo às frações que havia prometido comprar apreendidas para a massa, graduando-o antes do da CGD, garantido por hipoteca.

Desta decisão, recorreu a CGD para o TRP, peticionando a revogação da sentença, de forma a ser proferido acórdão que declarasse que o seu crédito (hipotecário) ficasse graduado acima do de BB, (direito de retenção).

O Tribunal da Relação decidiu no sentido da procedência desta apelação, tendo revogado a sentença proferida pela 1ª instância.

Inconformado, o credor BB (retentor) intentou recurso de revista para o STJ, tendo peticionado a revogação do decidido no acórdão do TRP, devendo aquele tribunal proferir acórdão que consagre a decisão da 1ª instância.

Requeru, também, nos termos do art.º 732-A CPC, que o julgamento fosse realizado com a intervenção do plenário de secções cíveis de forma a assegurar a uniformidade de jurisprudência.

O STJ, tendo em conta as conclusões das alegações formuladas pelo recorrente BB e recorrido CGD, considerando também a natureza jurídica da matéria versada, focou no essencial os seguintes pontos:

- O direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato promessa. Enunciado e estado da problemática.

- Direito de retenção e hipoteca: razões de uma atribuição e consequente prevalência.

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

- Análise crítica dos momentos mais relevantes da tese contrária.

- Implicações constitucionais desta problemática.

O STJ, depois de analisados cada um dos pontos referidos e que se propôs tratar, proferiu decisão final no sentido de conceder a revista revogando na parte impugnada o Ac. TRP, e decidindo a final que em seu lugar fique a vigorar o decidido em 1ª instância.

Mais decidiu:

“... uniformiza-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 art.º 755º n.º 1 alínea f) do Código Civil.”

No caso em apreço, está em causa um contrato-promessa ainda em curso, cujo promitente vendedor se encontra insolvente, em que o promitente comprador é consumidor e a quem foi transmitido, acompanhado de *traditio*, um imóvel objeto do contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais.

Importa descortinar se o credor, com *traditio*, goza do direito de retenção sobre o mesmo, para pagamento do seu crédito, e como tal, se deve prevalecer sobre o crédito hipotecário que sobre ele já incidia.

Como nos encontramos no âmbito de um processo de insolvência, na aplicação do direito ao caso em apreciação, o tribunal teve de recorrer às normas do CIRE, mais especificamente ao regime aplicável ao estabelecido pelo Capítulo IV relativo aos Efeitos dos Negócios em Curso, art.º 102º ss CIRE, e dentro deste capítulo à norma que se refere especificamente aos casos de promessa de contrato que consta do Art.106º CIRE.

Este acórdão, seguiu o pensamento da jurisprudência maioritária no que toca à questão da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ou seja, pela prevalência do direito de crédito resultante do direito de retenção sobre a hipoteca desde que haja tradição da coisa ainda que o contrato tenha natureza meramente obrigacional.

Este problema da natureza do contrato, está intimamente ligado com outro, que é o que diz respeito ao comportamento que o AI deve adotar, perante um contrato-promessa de compra e venda em que o insolvente é o promitente vendedor.

Aqui houve que distinguir, entre contrato-promessa com eficácia obrigacional e eficácia real acompanhados da tradição da coisa.

Caso o AI opte pelo não cumprimento de contrato-promessa com efeitos obrigacionais, o que gera incumprimento definitivo do contrato imputável ao promitente vendedor, facto controverso, quer ao nível doutrinal quer jurisprudencial. Ora, este Tribunal interpretou este assunto na esteira de Gravato Morais e Ac. STJ de 19-09-2006, entre outros, ao considerar a imputabilidade do incumprimento no âmbito do processo de insolvência como uma “culpabilidade reflexa”, concluindo manter-se os efeitos do incumprimento sem afetação para o contrato promessa, e consequentemente, manter a prevalência do crédito do reclamante BB, que lhe é conferida pelo direito de retenção de que goza sobre o credor hipotecário CGD.

Finalmente, quanto à questão da constitucionalidade das normas que regem o instituto do direito de retenção no âmbito do incumprimento de contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais com *traditio rei*, art.º 755º, nº 1, al. f) do Código Civil,

aplicável apenas aos casos em que o promitente vendedor seja um consumidor, questão amplamente já debatida pelo TC e STJ, o acórdão em análise conclui pela sua conformidade com a CRP.

Quanto às declarações de voto:

1. Alguns Conselheiros, embora votando favoravelmente o acórdão uniformizador, declararam discordar da interpretação perfilhada para o nº 2 do art.º 106º CIRE, no que diz respeito à impossibilidade de recusa de cumprimento de um contrato promessa sem eficácia real com tradição da coisa, tendo em conta a fundamentação do acórdão de 12 de Maio de 2011 (proc. nº 5151/06TB AVR.C1.S1).

2. Outros Conselheiros, votaram contra este acórdão, por não concordar com a fundamentação do mesmo no que diz respeito à imputabilidade do incumprimento do contrato promessa por uma das partes, nomeadamente quanto à questão de saber se no âmbito do processo de insolvência é ou não aplicável o nº 2 do art.º 442º Código Civil.

3. O Conselheiro Sebastião Póvoas exprimiu o seu voto contra a fundamentação do acórdão com o argumento de que o legislador ao estabelecer um regime autónomo quis excluir o regime do art.º 442º CC dos contratos de compra e venda, entendendo que não existe o direito de retenção previsto na alínea f) do nº 1 do artigo 755º já que este pressupõe a indemnização/aplicação do último preceito citado. Fundamenta: «E ainda perante este quadro, e sob pena de violação do princípio “*ubi lex non distinguit...*” não pode, como se pretende no aresto votado buscar-se a figura de “comerciante – consumidor” a cujo apelo fazem o Acórdão do STJ de 22 de Fevereiro de 2011 – 1548/06.9TB EPS-D.GI.SI. e o Dr. Pestana de Vasconcelos (Cadernos de Direito Privado, nº 33 e 41)».

4. Outros Conselheiros votaram contra a fundamentação do acórdão por discordarem da instituição como elemento constitutivo do direito de retenção, da qualidade de consumidor do promitente comprador que obteve a tradição do imóvel quando arguida no âmbito de processo de insolvência.

Como podemos aferir pelas declarações de voto de vencido dos Conselheiros, e apesar deste acórdão ter tido uma importância crucial ao uniformizar a jurisprudência, o certo é que, apesar disso, é patente que há questões que permanecem controversas, quer

no que diz respeito ao comportamento do AI poder recusar o cumprimento de promessa com efeitos obrigacionais, quer quanto à imputabilidade do incumprimento do contrato-promessa ao promitente vendedor insolvente, quer quanto à inaplicabilidade do art.º 442º CC por se considerar que os Art.º 106, nº 2 e Art.º 102 CIRE constituem um regime autónomo de regulação, donde resultará a inexistência do direito de retenção da alínea f) do nº 1 do Art.º 755º CC, quer ainda, quanto à restrição do direito de retenção em processo de insolvência, aqui, apenas aplicável quando o promitente comprador assumia a qualidade de consumidor.

Delimitado o âmbito de estudo aos casos de contrato-promessa em curso, sendo-lhe aplicável o regime do CIRE, relevando para o efeito o princípio geral previsto no respetivo art.º 102º, nº 1.

Se ao contrato-promessa em causa tiver sido atribuída eficácia real com tradição da coisa a favor do promitente adquirente, dúvidas não restam que o AI não pode recusar o cumprimento desse contrato. Art.º 106º nº 1 CIRE.

Contudo, relativamente aos contratos-promessa com eficácia obrigacional com tradição da coisa, esta questão tem sido, como vimos objeto de clivagens na doutrina e na jurisprudência.

Este ac. interpretou esta problemática fazendo apelo ao “lugar paralelo” resultante da conjugação dos art.º 106º, nº 2 e 104º nº 1 do CIRE, deixando o nº 2 do art.º 106º CIRE aplicável apenas aos casos de contrato-promessa com efeito meramente obrigacional, e em que não tenha havido tradição da coisa ao promitente comprador.

Consideramos assim, e de acordo com a interpretação deste Ac., reconhecer a existência de direito de retenção do promitente comprador pelo crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa.

Seguindo o entendimento de Menezes Leitão,⁵⁹ deve fazer-se uma interpretação corretiva do nº 1 do art.º 106º CIRE. Consequentemente, o AI não poderá recusar o cumprimento do contrato-promessa obrigacional com *traditio rei*, essa recusa embora lícita é imputável ao promitente vendedor insolvente.

⁵⁹ Cit.45, p. 45 - p. 135

Daqui resulta a possibilidade de o promitente comprador exigir o dobro do que prestou a título de sinal no contrato-promessa ou ao aumento do valor da coisa, nos termos do art.º 442º, nº 2 CC, com o benefício do direito real de retenção estabelecido na al. f), nº 1, art.º 755º CC.⁶⁰

A estipulação de sinal e o direito ao aumento do valor da coisa não podem ser afetados pela recusa de cumprimento do AI.

Assim, considerando a imputabilidade do incumprimento pelo AI ao promitente- vendedor/insolvente como uma “culpabilidade reflexa” e seus efeitos no incumprimento sem afetação para o contrato promessa, e conseqüentemente, manter a prevalência do crédito do reclamante retentor, que lhe é conferida pelo direito de retenção de que goza devendo o seu crédito ser graduado acima do crédito do credor hipotecário.

Todavia, não podemos deixar de discordar com a posição adotada pelo STJ ao restringir o direito de retenção em processo de insolvência apenas ao promitente comprador consumidor. Pois, tal como resulta da lei, al. f) do nº 1 do art.º 755 CC, a qualidade de consumidor não foi querida pelo legislador como elemento constitutivo do direito de retenção.

Por essa razão, subscrevemos na íntegra a declaração de voto de vencido do Conselheiro Lopes do Rego neste Ac.⁶¹.

Até porque, como supra já referimos⁶² discordamos da posição de Pestana de Vasconcelos, que considera que o art.º 755º, nº 1, al. f) CC deve ser interpretado restritivamente - apenas aplicável quando se trate de promitente comprador consumidor. Contudo, acolhemos a interpretação de Gravato Morais⁶³.

⁶⁰ Leitão, Menezes, “Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, p. 189

⁶¹ Ac. STJ 4/2014 de 20 de Março, p. 33,34 - www.dgsi.pt

⁶² p.40

⁶³ idem

Quanto ao processo hermenêutico do intérprete

O STJ ao proferir este acórdão interpretou a norma visando realizar uma efetiva justiça material.

Longe vão os tempos em que imperava o Positivismo do séc. XIX, em que o intérprete se limitava à letra da lei, onde vigorava o princípio «*sed lex dura lex*», segundo o qual as funções do juiz se limitavam a ser simplesmente «reprodutiva» da vontade do legislador que reduz o juiz a puro técnico.⁶⁴ O juiz era a *boca que pronunciava a letra da lei*.⁶⁵

A interpretação da lei constitui uma das tarefas que exige do intérprete mais do que uma leitura dos textos.

Sucedem que,

A interpretação não se satisfaz com a singela análise lógica ou meramente gramatical dos textos.

A interpretação da lei «tem por objeto descobrir, de entre os possíveis sentidos da lei, o seu sentido prevaletente ou decisivo».⁶⁶

Antunes Varela ensina que a interpretação (da lei) não se reduz a uma análise gramatical ou lógica dos textos. A formulação do pensamento legal obriga, não a esse puro trabalho de exegese literal, mas a uma reconstituição histórica do conflito de interesses subjacentes a cada norma, à inventariação “das várias soluções teoricamente possíveis do conflito versado e à descoberta da razão determinante da opção real ou presuntivamente feita pela lei”.⁶⁷

“Interpretar consiste em retirar do texto da disposição legal um determinado sentido ou conteúdo de pensamento e já que o texto comporta múltiplos sentidos e

⁶⁴ Justo, A. Santos, “Introdução ao Estudo do Direito”, Coimbra Editora, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 110 ss.

⁶⁵ Itálico nosso

⁶⁶ Andrade, Manuel de, “Ensaio sobre a Teoria da Interpretação da Lei”, 2ª ed, Almedina, Coimbra, p. 9 e 10

⁶⁷ Varela, Antunes, “Direito da Família”, 3ª ed, Almedina, Coimbra, 1980, p. 13

contém com frequência, expressões ambíguas ou obscuras, sendo ainda possível que a expressão verbal tenha atraído o pensamento legislativo”.⁶⁸

Acresce que,

O intérprete ao retirar do texto normativo um determinado sentido não pode perder de vista o princípio basilar do nosso ordenamento jurídico que diz respeito à sua conformidade constitucional, ou seja, ele, no processo hermenêutico, tem de respeitar a CRP.

Gomes Canotilho, ensina:.

“Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa do que um simples princípio de conservação de normas.”⁶⁹

No direito positivo – art.º 6º Código Civil - há que atender, desde logo, que a ignorância ou má interpretação da lei é irrelevante na medida em que não justifica a sua inobservância, nem exime as pessoas das sanções que comina.

Depois, sob pena de denegação de justiça, o art.º 8º do Código Civil estabelece que:

“1- O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.

2- O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.

3- Nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito”.

Em anotação a este preceito Pires de Lima e Antunes Varela escreveram:

⁶⁸ “Lei – é toda a disposição imperativa e geral de criação estadual, isto é, emanada dos órgãos estaduais competentes segundo a Constituição” – Mota Pinto, “Teoria Geral do Direito Civil”, Coimbra, 3ª edição, 1985, p. 48

⁶⁹ “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 10ª reimpressão da 7ª ed, Coimbra, 2011, p. 1294

“A denegação de justiça tem sido sempre proibida nas nossas leis.”

Hoje, a proibição está formulada no n.º 2 do art.º 3.º da Lei n.º 21/85, de 30 de Julho (Estatuto dos Magistrados Judiciais), onde se estatui que “os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado”.⁷⁰

O art.º 9.º do Código Civil, com a epígrafe “Interpretação da lei”, estabelece as regras que devem presidir quando se pretende interpretar a norma jurídica.

Ensina Oliveira Ascensão: «a letra da lei não é só ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda a interpretação. Quer dizer que o texto funciona também como limite de busca do espírito». ⁷¹

Na atualidade, exige-se muito mais da parte do intérprete julgador, ele deve ter como objetivo em qualquer processo hermenêutico verificar se os resultados a que chega conduzem a uma efetiva justiça material.

Neste sentido, A. Santos Justo⁷²

Foi o que o acórdão em análise fez!

Fundamenta:⁷³

«... diremos que a solução obtida encontra no contexto socioeconómico que vivemos, premente atualidade; ..., o eclodir da crise económica que atravessamos, inesperadamente para a generalidade dos consumidores, trouxe consigo um elevadíssimo número de insolvências em que naturalmente se poderão surpreender questões desta natureza. Daí que o entendimento adoptado se imponha com força redobrada».

Seguindo, Pestana de Vasconcelos⁷⁴” ... Uma outra solução será chocante, por não cumprir as exigências da moderna dogmática e atingir a justiça material.»

⁷⁰ Cit.7, p. 17 - p. 57

⁷¹ “O Direito-Introdução e Teoria Geral” BMJ, 1978, p. 350

⁷² Cit.64, p. 59 - p. 361

⁷³ www.dgsi.pt

De facto, o aplicador do direito no Ac. em análise, no caminho hermenêutico que percorreu, (art.º 755º, nº 1, alínea f)), atendeu fundamentalmente às razões sociológicas, económicas e conjunturais subjacentes tendo em conta o sistema no seu todo, ou seja, onde a norma se insere e a sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico.

O aplicador do direito procedeu à extensão teleológica da norma ao verificar que a sua letra é demasiado estrita alargando o seu campo de aplicação a uma situação que literalmente não se encontra abrangida⁷⁵.

Se a lei explicitamente contempla certas situações, ou seja, o AI não pode recusar o cumprimento do contrato-promessa com eficácia real com *traditio rei*, deve pretender abranger também os casos de contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional acompanhada de *traditio rei*. Obviamente, que o julgador teve ainda o cuidado de que a sua interpretação da norma não ferisse a Lei Fundamental.

A nosso ver face ao direito constituído, foi feita justiça, não obstante discordarmos com a interpretação restritiva do STJ ao brindar apenas o consumidor promitente comprador com o direito de retenção no âmbito de processo de insolvência.

⁷⁴ *Direito de Retenção par conditio creditorum, Justiça Material*”, Cadernos de Direito Privado, nº 41, Janeiro/Março, Braga 2013, p. 16

⁷⁵ Cit.64, p. 59 - p. 363

CAPITULO V – CENÁRIO ECONÓMICO PÓS-CRISE

Neste capítulo, tendo em conta a nova realidade sócio económica em que nos encontramos, por julgar oportuno, propomos a reformulação da regulação vigente no que diz respeito à matéria em estudo.

Reformulação da Legislação em vigor

Relembrando, nos termos do art.º 754º CC – que regula o regime do direito de retenção, este, exige a verificação de três pressupostos, a saber: A detenção lícita de uma coisa que deve ser entregue a outrem; ser o detentor, simultaneamente, credor da pessoa com direito à entrega (reciprocidade de créditos) e a existência de uma conexão direta e material entre o crédito do detentor e a coisa detida, isto é, resultante de despesas realizadas com a coisa ou de danos produzidos pela mesma.

Estabelece o art.º 759º CC que o retentor pode executar a coisa nos mesmos termos em que o credor pignoratício e hipotecário com preferência relativamente aos demais credores. E mais, o nº 2 deste preceito legal estabelece que o direito de retenção sobre bens imóveis prevalece sobre hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

Proposta de Revogação da Alínea F), nº 1 do ARTº 755º C.C.

Como vimos, foi por razões de política legislativa, para a tutela da proteção do consumidor, que foram aprovados os Dec. Lei que alteraram a versão inicial contida no CC relativamente à regulação do contrato-promessa. Foi tida em conta a conjuntura económica que vivida nos anos 80 em que se encontrava em rápida mutação com um fator preponderante de constante e crescente desvalorização da moeda acompanhada de taxas de inflação galopante o que acarretou consequências várias.

Neste sentido, Prof. Calvão da Silva:⁷⁶

É ponto assente que o Dec. Lei 236/80 de 18 de Julho foi aprovado por razões de política legislativa, tendo esta nova regulação constituído uma autêntica revolução no regime do contrato-promessa (novo e excecional) no seu todo ao dar uma nova redação aos Art.º 410º, 442º e 830º CC.

⁷⁶ Cit. 11, p. 21 - p. 217 e 218

Lê-se no seu preâmbulo: «Importa, assim, reajustar o regime legal do contrato-promessa, de forma a adequa-lo às realidades actuais», ...quer a nível da execução específica, quer a nível de indemnização.»

Todavia, importa referir que este novo regime excecional no que ao direito de retenção diz respeito, de forma *arrevesada e artificial* modificou o conceito clássico do Art.º 754º CC ao conceder ao promitente-comprador, o direito de retenção sobre a coisa, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente vendedor, procedendo a um alargamento “artificial” quanto ao seu âmbito de aplicação, ao fazer desaparecer ou pelo menos diluindo a conexão objetiva entre a coisa e o crédito, que na sua forma original constituía pressuposto de aplicação deste direito.

Enquanto o direito de retenção clássico é de origem legal, este, que emergiu desta nova regulação, é de origem contratual.

Este DL, alterou o paradigma inicial, provocando uma *entorse* no sistema jurídico relativamente à atribuição do direito de retenção, ao conceder o direito de retenção a casos em que o crédito não resulta de despesas realizadas com a coisa ou de danos produzidos pela mesma, onde não se vislumbra que o crédito dali resultante tenha qualquer conexão objetiva com a coisa como nos casos do art.º 754º CC, nem assenta na simples origem comum de dois créditos, como nos casos das alíneas a) e e) do nº 1 do Art.º 755º CC.

Com o eclodir da crise financeira do *subprime* no Verão de 2007, nos Estados Unidos, fruto da globalização e por efeito contágio das economias estendeu-se a toda a finança mundial repercutindo-se mais tarde na economia real das famílias.

Sucedo que, fruto da massificação a que se assistiu na aquisição de casa própria por parte do cidadão comum a partir dos anos 80, na maior parte das vezes com recurso a crédito bancário, transformando-se Portugal num país de proprietários.

Todavia, grande parte desses novos proprietários haviam hipotecado os seus imóveis à Banca a quem se encontravam a pagar os seus créditos. Ora, com a redução de salários e pensões de que beneficiavam, o aumento crescente e constante do desemprego fruto do exponencial aumento de insolvências no tecido empresarial, o aumento de impostos e a menor intervenção do Estado em serviços públicos

considerados essenciais e que até aí fornecia de forma quase gratuita, nomeadamente nos sectores da saúde, educação e justiça como consequência das políticas de austeridade implementadas. Todos estes fatores conjugados, as famílias sofreram uma significativa redução no seu rendimento disponível originando um empobrecimento generalizado. Para fazer face a estas dificuldades, as famílias recorreram a novos créditos com tentativas muitas vezes frustradas no seu refinanciamento e reestruturação de empréstimos hipotecários o que provocou o inevitável incumprimento dos contratos de crédito que haviam contratado junto da Banca, caindo irremediavelmente, e não foram poucas as situações, na insolvência singular.

Acresce que, como consequência da crise económica em Portugal e na Zona Euro, elevadas dívidas pública e privada, menor poder de compra, redução do investimento e dificuldade na obtenção de crédito, é patente a depreciação do valor dos bens imóveis, taxas de juro baixas, com a taxa diretora do BCE (ERIBOR) em níveis próximos dos 0%, acompanhado de fraco de crescimento económico na Europa com prognósticos económicos a médio prazo que não apontam para taxas de crescimento muito acentuadas, circunstâncias que conjugadas, originou um sério risco de deflação na economia.

Finalmente, a prevalência do direito de retenção decorrente do n.º 2 do art.º 759º CC encontra-se hoje enfraquecida quando em confronto com as hipotecas constituídas a favor das instituições de crédito hipotecário. Na verdade o n.º 2 do art.º 3º do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março que estabelece o regime jurídico aplicável às obrigações hipotecárias e às instituições de crédito hipotecário, preceitua que as hipotecas que garantam créditos hipotecários das instituições de crédito hipotecário prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários. Uma vez que o art.º 751ºCC, estatui que os privilégios imobiliários especiais preferem ao direito de retenção, a graduação daqueles créditos prevalecerá sobre o direito de retenção⁷⁷.

Isto Posto

Assim, como o legislador nos anos 80 do séc. XX interveio na ordem jurídica ajustando-a à realidade social da altura, e, para a adequar, alterou como vimos o

⁷⁷ Falcão, José Diogo, "Súmula Sobre o Incumprimento do Contrato-Promessa", ROA, Ano 74, 2014, p. 941, e Pires, Miguel Lucas, "Dos Privilégios Creditórios", 2ª ed, 2015, p. 314

paradigma do direito de retenção por razões de política legislativa, criando uma nova e excepcional situação no regime jurídico do direito de retenção clássico.

Agora, em 2015, encontramos-nos perante um contexto económico e social de empobrecimento maior, portanto, diferente do que se vivia na época da aprovação da legislação em vigor, agravada pelo facto de a crise não ser apenas económica mas essencialmente de cariz financeira, com a Banca a sofrer grandes prejuízos e em risco de perder, ou pelo menos ver diminuir significativamente os seus capitais próprios (*rácios*) fruto do grande numero de insolvências dos seus devedores, depreciação do valor dos bens imóveis financiados que lhe são entregues, que, quando colocados no mercado são vendidos a preços baixos por falta de procura, fazendo com que os bancos não sejam sequer reembolsados do capital mutuado, deparando-se inevitavelmente com uma acentuada queda nos seus lucros.

A nosso ver torna-se necessário intervir legislativamente no sentido da proteção da Banca que constitui a base e garante da economia de forma a ser-lhe devolvida a necessária confiança dos seus depositantes e investidores. Para isso, torna-se necessário por oportuno reverter a situação jurídica relativa à problemática desta dissertação, devendo o legislador revogar a al. f) do n.º 1 do art.º 755º CC, mantendo no entanto o estabelecido no n.º 2 do art.º 442º, ou seja, permanecendo intocável o regime normativo em vigor relativo ao sinal com todas as suas inerentes consequências.

Ora Vejamos:

O legislador pelo DL 236/80, de 18 de Julho inovou no que concerne à regulação do regime do sinal – art.º 442º CC, conferindo ao promitente-comprador, caso tivesse havido tradição da coisa objeto do contrato prometido a possibilidade de em alternativa ao dobro do sinal, pedir o valor que aquela tiver ao tempo do incumprimento mas, nos casos em que não tivesse havido tradição da coisa o direito do promitente comprador ficaria limitado ao direito de exigir o dobro do que havia prestado - sinal. Cf. art.º 442º n.º 2 CC.

Esta solução, introduzida por aquele DL visava dissuadir o promitente vendedor de optar por incumprir o contrato-promessa motivado por razões de natureza especulativa, sobretudo quando existisse já tradição da coisa objeto do contrato prometido. Com efeito, numa época em que, por via da forte inflação, se assistia a uma

rápida e constante valorização dos imóveis, poderia na maior parte das vezes compensar ao promitente vendedor incumprir o contrato-promessa entregando o sinal em dobro ao promitente comprador.

Neste sentido, Calvão da Silva.⁷⁸

O aumento do valor da coisa é em regra aferido pela diferença do valor da coisa à data da celebração do contrato e a do incumprimento, isto é, será a diferença entre o valor atual (data do incumprimento) da coisa e o montante do preço convencionado.

Ora, apesar de no momento atual se verificar uma subida de preços relativamente baixa e controlada, não será conveniente aos promitentes compradores optarem por esta alternativa, indemnizatória, correspondente ao aumento do valor da coisa, preferindo a tradicional sanção do sinal em dobro.

Todavia, salvo melhor opinião, pensamos ser de manter na ordem jurídica o nº 2 do art.º 442º CC.

O promitente comprador que obteve a tradição da coisa, que em regra entregou sinal de montante elevado ou até pagou a totalidade do preço, deve manter a faculdade de optar entre a exigência do sinal em dobro e o valor da coisa ao tempo do incumprimento. Com esta faculdade legal, o titular do direito ficará assim devidamente protegido podendo seguir uma das vias que a lei lhe faculta ao escolher a que no momento lhe for mais conveniente.

Com efeito, caso se verifiquem condições económicas como as atuais, o promitente comprador que veja o incumprimento definitivo do contrato pelo promitente vendedor, optará, pela via mais vantajosa, neste caso, pela via do pedido do sinal em dobro.

Pelo contrário, em caso de alteração das circunstâncias económicas, e na altura em que o promitente comprador vai exercer o seu direito depara-se com uma época caracterizada por um período conjuntural económico de crescimento; com esta norma, continua salvaguardado, pois a lei continua a protegê-lo ao facultar-lhe a possibilidade de optar pela via do aumento do valor da coisa ao tempo do incumprimento.

⁷⁸ Cit.11, p. 21 - p. 217

Face à flexibilidade que lhe é inerente, a manutenção desta norma nos moldes em que está redigida, pode mesmo funcionar como uma espécie de cláusula de salvaguarda no sistema jurídico de que pode lançar mão caso se verifiquem acentuadas mutações sócio económicas.

Acresce que, a lei ainda lhe confere um outro direito, o direito real de garantia de retenção sobre a coisa objeto da promessa, ou seja, pode retê-la legitimamente até que lhe seja pago o seu crédito. Por isso, goza ainda de preferência no pagamento do seu crédito sobre os demais credores prevalecendo sobre a hipoteca ainda que registada anteriormente.

Quanto a esta proteção, uma vez mais, por razões de política legislativa, pensamos ser altura de *devolver* o direito de retenção à sua forma originária apenas com origem legal, tendo como condição *sine qua non* para a sua atribuição a verificação do pressuposto da exigência da existência de conexão objetiva entre a coisa e o crédito, ou seja, o crédito que resulte de despesas feitas com a coisa ou por causa dela beneficia do direito de retenção.

Ora, tendo em conta o estado em que as economias nacional, europeia e mesmo mundial se encontram, procedemos à ponderação dos interesses envolvidos (Consumidores/ Banca), nesta altura, temos dúvidas sobre quem será a parte mais fraca.

Não serão os bancos? Que se encontram a auferir lucros baixos e mesmo a acumular prejuízos de exercício após exercício, fruto da crise em que vivemos, nas avultadas taxas de incumprimento por parte dos seus clientes e do exponencial aumento de insolvências de empresas e singulares, acrescido do facto de quando os bens financiados lhe são entregues ou vendidos judicialmente, por falta de procura dos mesmos e que por falta de liquidez por parte dos investidores são vendidos a preço de “saldo”, não chegando muitas vezes o produto da sua venda para os ressarcir sequer do montante do capital mutuado. Não raras vezes quando os bancos pretendem cobrar o remanescente em dívida e juros aos devedores ou seus representantes legais, ainda que tenham prestado fiança encontram-se também eles insolventes, não lhe restando alternativa a não ser abater a dívida ao passivo.

Isto posto, salvo melhor opinião, pensamos que em face do atual cenário sócio económico, o retentor beneficiário de contrato-promessa definitivamente incumprido

pela contraparte, mas que obteve a tradição da coisa, se encontra demasiadamente protegido pela lei ao ser-lhe concedido o direito de retenção, prevalecendo esse direito sobre a hipoteca.

Acontece que em sede de concurso de credores no âmbito do processo executivo, ou, na graduação de créditos no âmbito de processo insolvencial, causa prejuízo para o credor hipotecário que na maior parte dos casos é um banco.

Embora não perdendo nunca de vista a realização da justiça material, pensamos ser justo que seja retirado da ordem jurídica este direito de retenção de origem contratual de que goza o beneficiário de contrato-promessa, que vê o seu contrato incumprido definitivamente pelo promitente vendedor, sendo revogada a alínea f) do n° 1 do Art.º 755º CC.

É entendimento do Prof. Calvão da Silva na sua "proposta de articulado"⁷⁹ que deverá ser mantido o benefício de o promitente-comprador de promessa incumprida definitivamente pela outra parte gozar de direito de retenção sobre a coisa resultante do crédito que detém sobre o promitente vendedor nos termos do Art.º 442º, mas, propõe que o n° 2 do Art.º 759º seja alterado no sentido de o crédito do retentor deixar de prevalecer sobre a hipoteca.

Salvo o devido respeito, que é muito, não aceitamos esta douta opinião.

Porque vamos dar com uma mão e retirar com a outra?

Sabemos que na grande maioria dos casos quando há de incumprimento definitivo de contrato-promessa por parte do promitente vendedor – que também na maioria dos casos se trata de empresa construtora ela debate-se com problemas financeiros por não possuir liquidez que lhe permita cumprir as responsabilidades assumidas perante a Banca.

Por isso, na maior parte dos casos o credor que concorre com o beneficiário da promessa são os bancos que registaram já uma hipoteca sobre o terreno onde foi implantado o prédio ainda nos primórdios da sua construção, ou até ainda em fase de projeto.

⁷⁹ Cit.11, p. 21 - p. 282

Ora, se vamos conceder o direito de retenção ao promitente comprador, mas lhe retiramos a prevalência do seu crédito sobre a hipoteca, em termos práticos, estamos a esvaziar o direito de retenção e a contrariar a razão pela qual o mesmo lhe foi atribuído (proteção do consumidor).

Assim, pensamos ser de manter a redação do art.º 759º CC tal como está.

Já quanto à atribuição do direito de retenção ao beneficiário de promessa incumprida pensamos ser de denegá-lo.

Entendemos estar em momento de o direito de retenção voltar à sua *génese*, um direito de exclusiva origem legal (direito de retenção *tout court*), fazendo desaparecer a *entorse* provocada no sistema com a aprovação dos DL de 80 e 86, ao atribuírem o direito de retenção ao promitente comprador que obteve a tradição da coisa e viu o seu contrato definitivamente incumprido pela outra parte.

De salientar que apesar disso, o retentor não fica totalmente desprotegido, pois, o retentor que vê a promessa incumprida mantém a faculdade concedida pelo Art.º 442º CC, que face à sua já apontada flexibilidade, pode optar entre pedir o dobro do sinal que prestou ou pelo aumento do valor da coisa à data do incumprimento, com a vantagem de poder jogar a seu favor com as circunstâncias sócio económicas do momento, consoante o que lhe for mais conveniente.

CONCLUSÃO

Do que ficou exposto no presente trabalho constata-se, que o instituto do direito de retenção continua a ter um carácter controverso que, não obstante o seu atual enquadramento nas garantias especiais das obrigações, não parece de todo resolvido, mormente quando aparece no âmbito do processo de insolvência em vigor.

Como vimos, o legislador, quando em 1966 equiparou o titular do direito de retenção ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objeto do direito seja uma coisa móvel ou imóvel, passou de mero instrumento de coerção no código de 1867 para passar a constituir um verdadeiro direito real de garantia.

Se até determinado momento a hipoteca foi considerada a principal garantia especial das obrigações, por mais forte, não só pelo facto de gozar de prioridade no seu pagamento sobre os demais credores, mas também por estar sujeita a publicidade do registo, ela foi fortemente enfraquecida na sua importância ao ser estabelecido o n.º 2 do Art.º 759º CC deste novo código, segundo o qual o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca ainda que registada anteriormente.

Posteriormente o legislador, por razões de política legislativa face à situação socioeconómica que se vivia nos anos 80 do séc. XX, com a aprovação dos DL 236/80 de 16 de Julho e 379/86 de 11 de Novembro, que alargaram a atribuição do direito de retenção, estendendo-o ao beneficiário de promessa de constituição ou transmissão de um direito real que tenha obtido a tradição da coisa, fazendo desaparecer ou diluir a conexão objetiva entre a coisa e o crédito, enfraquecendo ainda mais a importância da hipoteca, facto que tornou ainda maior a incerteza do credor hipotecário em vir a ser ressarcido do seu crédito.

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

Com a atribuição legal deste privilégio, o credor com direito de retenção fica mais protegido do que o adquirente de um direito real por força do contrato, que não registou a sua aquisição e que também pode ter a posse do imóvel.

Todavia, encontramos-nos no domínio do direito civil, onde reina o princípio da autonomia da vontade, que, perante um conflito de interesses, leva a que em primeiro lugar deva atender-se à vontade das partes; e na busca de uma qualquer “solução”, importa sempre ponderar os interesses a proteger.

Embora se possa equacionar que as legítimas expectativas do credor hipotecário possam ser defraudadas com a atribuição de um verdadeiro privilégio legal ao titular do direito de retenção, importa não esquecer que o retentor, a final na fase da venda não adquire o imóvel que legitimamente ocupa, uma vez que a lei apenas lhe concede preferência no pagamento do seu crédito – credor privilegiado. Não menos importante é o facto de que há que atender ao princípio da proteção da parte mais fraca, mormente quando se trata do consumidor, o qual no âmbito desta problemática e de acordo com o direito constituído será o promitente-comprador.

Daí que se conclua que a solução face ao regime vigente e jurisprudencialmente unificada foi a mais acertada, face à problemática do privilégio legal concedido ao beneficiário da promessa de constituição ou transmissão de um direito real que tenha obtido a tradição da coisa e a quem foi reconhecido o direito de retenção sobre o objeto da promessa, sendo certo que este privilégio deve ser estendido de igual modo quando estejamos no âmbito do processo de insolvência.

Impõe-se, deste modo, que o legislador proceda a uma clarificação do regime legal do processo de insolvência, relativamente aos efeitos sobre os negócios em curso, concretamente no que diz respeito à problemática da promessa do contrato com efeitos obrigacionais devendo, proceder-se a uma unificação de regimes, estendendo-se a solução consagrada no n.º 1 do art.º 106.º CIRE aos casos em que estejamos perante um contrato-promessa acompanhada de *traditio* mas com eficácia meramente obrigacional.

Foi esta a conclusão a que chegámos!

Todavia, neste trabalho, ambicionámos ir mais além.

Apontamos uma nova regulamentação do direito de retenção em caso de contrato-promessa incumprido definitivamente por facto imputável ao promitente vendedor.

Qual é a função do direito senão a de regular a vida social?

Como sabemos a situação económica e social deste séc. XXI alterou-se rápida, profunda e continuamente.

Com a crise do *subprime* de 2007, fruto da sociedade globalizada em que vivemos, estendeu-se de forma generalizada a todo o mundo financeiro rapidamente se repercutindo na economia das empresas e das famílias.

Impõe-se uma alteração normativa com vista a adequa-la ao atual cenário económico e social em que vivemos claramente diferente dos idos anos 80, agora, em risco de deflação, com elevado numero de insolvências por parte dos devedores, com a depreciação do valor dos imóveis financiados por falta de procura e receio dos investidores, têm-se verificado fortes prejuízos nos lucros dos bancos.

Chegamos à conclusão de que deverá ser de manter inalterada a redação do art.º 759º do CC, assim como, a aplicação do nº 2 do art.º 442º CC aos casos de promessa incumprida acompanhada da tradição da coisa.

Deve o direito de retenção ser devolvido à sua génese, sendo-lhe restituída como condição *sine qua non* para a sua aquisição, a exigência de verificação cumulativa dos pressupostos na sua versão originária. Isto é, apenas poderá gozar do direito de retenção quem detiver uma coisa e seja titular de um crédito resultante de despesas feitas com a coisa ou por danos por ela causados, v.g. benfeitorias.

Sendo inaplicável o direito de retenção aos casos de contrato-promessa com *traditio rei* incumpridos definitivamente por causa imputável ao promitente vendedor, consequentemente, deverá ser revogada a alínea f), do nº 1, do art.º 755º do CC.

Desta investigação resultaram outras questões que poderão ser aprofundadas em trabalhos académicos futuros.

FONTES E BIBLIOGRAFIA

FONTES

Legislação

Código Civil

Decreto-Lei 236/80 de 18 de Julho

Decreto-Lei 379/86 de 11 de Novembro

Decreto-Lei 53/2004 de 18 de Março

Sítios eletrónicos

www.dgsi.pt

www.tribunalconstitucional.pt

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel

“*Ensaio sobre a Teoria da Interpretação da Lei*”, 2ª edição, Coimbra

ASCENSÃO, José de Oliveira

- “*Insolvência: Efeitos sobre os Negócio em Curso*”, ROA, ano 65, II, 2005;

- “*O Direito – Introdução e Teoria Geral*”, BMJ, 1978;

BASTOS, Rodrigues

- “*Notas ao Código Civil*”, vol. III, Lisboa, 1993

CANOTILHO, José Joaquim Gomes

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.^a reimpressão da 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007

CORDEIRO, António Menezes

- “*O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa*”, in CJ, Ano XII, Tomo II;

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

- “*Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*”, in ROA, ano 57, II, 1997

COSTA, Mário Júlio Almeida

- “*Direito das Obrigações*”, 12.^a ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2009

- “*Contrato-promessa – Uma síntese do regime vigente*”, 9.^a ed.^a, Almedina, Coimbra, 2007

FALCÃO, José Diogo

- “*Súmula Sobre o Incumprimento do Contrato-Promessa*”, ROA, Ano 74, 2014

FERNANDES, Luís A. Carvalho

- “*Lições de Direitos Reais*”, 6.^a ed., Universidade Católica, Lisboa, 2009

FREITAS, José Lebre de

- “*Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença*”, ROA, ano 66, II, 2006

GOMES, Manuel Januário da Costa

- “*Em Tema de Contrato-Promessa*”, 6.^a reimpressão, Lisboa, 2005

JUSTO, A SANTOS

- “*Introdução ao Estudo do Direito*”, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- “*Garantia das Obrigações*”, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2008;
- “*Direito das Obrigações*”, Vol. I, 9.^a ed. Almedina, Coimbra, 2010;
- “*Direito da Insolvência*”, Coimbra, 2013;
- “*Direito das Obrigações*”, Vol. II, 8.^a ed., Coimbra, 2011;
- “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*” – *Anotado*, 5.^a ed., Coimbra, 2009

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes

- “*Código Civil Anotado*”, Vol. III, reimpressão da 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010;
- “*Código Civil Anotado*”, Vol. I, 4.^a edição, Almedina, Coimbra

MORAIS, Fernando de Gravato

- “*Contrato-Promessa em Geral e Contratos-Promessa em Especial*”, Almedina, Coimbra, 2009;
- “*Promessa Obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, pág. 1, Braga, Janeiro/Março 2010

NETO, Abílio

- “*Código Civil Anotado*”, 15.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006

PINTO, Mota

- “*Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 1985

PIRES, Miguel Lucas

- “*Dos Privilégios Creditórios*”, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015

PROENÇA, José Carlos Brandão

- “*Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (máxime) com fim habitacional*”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º22, pág. 8, Braga, Abril/Junho 2008

SILVA, João Calvão da

- “*Sinal e Contrato-Promessa*”, 13.ª ed. revista e aumentada, Coimbra, 2010;

SAPUILE, Belchior do Rosário Loya

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

TELLES, Inocência Galvão

- “*Direito das Obrigações*”, reimpressão da 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010

VARELA, João de Matos Antunes

- “*Sobre o contrato-promessa*” 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1989;

- “*Das Obrigações em Geral*”, Vol. II, 6.ª reimpressão da 7.ª ed. de 1997, Almedina, Coimbra, 2011;

- “*Das Obrigações em Geral*” Vol. I, 8.ª reimpressão da 10.ª ed. de 2000, Coimbra, 2011;

- “*Das Obrigações em Geral*”, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 1990;

- “*Das Obrigações em Geral*”, Vol. II, 7ª ed., Coimbra, 1997;

- “*Emendas ao regime do contrato-promessa*”, in *RLJ*, 119.º, n.º 3749; 120.º, n.º 3755

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana

- “*Direito das Garantias*”, Almedina, Coimbra, 2011;

- “*Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 33, pág. 10, Braga, Janeiro/Março 2011;

- “*Direito de retenção, par conditio creditorum, justiça material*”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 41, pág. 5, Braga, Janeiro/Março 2013