

FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



TERESA FERNANDA MOFREITA FERNANDES

A Oponibilidade do Direito de Retenção
e a Protecção de Terceiros:

No âmbito do Contrato-Promessa e do Contrato de Subempreitada

Julho, 2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

TERESA FERNANDA MOPREITA FERNANDES

A Oponibilidade do Direito de Retenção
e a Protecção de Terceiros:
*No âmbito do Contrato-Promessa e do Contrato de
Subempreitada*

Julho, 2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



A Oponibilidade do Direito de Retenção
e a Protecção de Terceiros:
*No âmbito do Contrato-Promessa e do Contrato de
Subempreitada*

TERESA FERNANDA MOFREITA FERNANDES

Dissertação apresentada no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas
Menção em Direito Civil
Realizada sob a orientação da Prof. Doutora MÓNICA
VANDERLEIA ALVES DE SOUSA JARDIM

Coimbra
Julho, 2013

Aos meus Pais,

Ao André,

Pelo muito – tudo que lhes devo.

...le droit de rétention gèle la chose et gêne tout le monde.

Laurent Aynès et Pierre Crocq

ÍNDICE

Abreviaturas e Siglas.....	8
----------------------------	---

INTRODUÇÃO.....	12
------------------------	-----------

PARTE PRIMEIRA

O <i>IUS RETENTIONIS</i> ENQUANTO GARANTIA ESPECIAL E REAL DAS OBRIGAÇÕES.....	16
--	----

1. Considerações Preliminares.....	16
---	-----------

2. <i>Excursus</i> Histórico.....	16
--	-----------

3. A Fisionomia do <i>Ius Retentionis</i> na Óptica do Legislador Português e de Experiências Juscomparatísticas	22
---	-----------

3.1. Conteúdo e Condições de Exercício Segundo a Lei Civil Portuguesa de 1966	22
---	----

3.2. Experiências Juscomparatísticas.....	31
---	----

4. Uma Dupla Função Aliada a um Amplo Campo de Irradiação; A Eficácia <i>Erga Omnes</i>.....	40
---	-----------

4.1. A Faculdade de Incomodar <i>Versus</i> a Garantia com Preferência no Pagamento.....	41
--	----

4.2. Extractos de <i>Realidade</i> Expressivos da Natureza do Direito.....	44
--	----

4.3. Em Especial, a Eficácia <i>Erga Omnes</i> e a Posição Jurídica do Terceiro Interveniente na Relação Creditícia.....	47
--	----

PARTE SEGUNDA

A Oponibilidade do <i>Ius Retentionis</i> a Terceiro Proprietário da Coisa Retida ou Titular de Outro Direito Real de Gozo Sobre Ela.....	50
---	----

1. Introdução ao Problema	50
--	-----------

2. A Retenção Exercida pelo Subempreiteiro e a Posição de Terceiro – Dono da Obra	51
2.1. O Problema da Existência e Natureza Jurídica dos Direitos do Subempreiteiro Contra o Dono da Obra	51
2.2. O Nosso Critério de Resolução.....	66
3. O Terceiro Adquirente da Coisa ou do Direito Objecto Mediato de um Contrato-Promessa com Eficácia Meramente Obrigacional	71
3.1. A al.f. do n.º 1, do art.755.º: Perspectiva Evolutiva e Elementos Constitutivos da Garantia Real do <i>Accipiens</i> da <i>res</i>	71
3.2. O <i>Ius Retentionis</i> do Promitente-Comprador <i>Versus</i> o Direito de Propriedade de Terceiro.....	78
3.3. A Protecção Pré-tabular do <i>Accipiens</i> : uma Proposta Preventiva do Incumprimento do <i>Tradens</i>	82

PARTE TERCEIRA

A Oponibilidade do <i>Ius Retentionis</i> a Terceiro Credor Não Retentor e Titular de um Direito Real de Garantia	99
--	----

1. Considerações Gerais	99
2. O Direito de Retenção no Processo Executivo	101
2.1. A <i>Ratio</i> da Preferência (Quase-Absoluta) no Pagamento do Crédito do Retentor.....	101
2.2. A <i>Retentio</i> do Promitente-Adquirente <i>Versus</i> A Hipoteca Anteriormente Registada.....	104
2.2.1. A Problemática Conjugação entre a al.f. do n.º 1 do art.755.º e o n.º 2 do art.759.º	104
2.2.2. Propostas Doutrinárias com vista à Superação das Fragilidades Legais	108
2.2.3. O DL n.º 125/90, de 16 de Abril: O início de uma Viragem Legislativa?	113
2.2.4. A nossa Apreciação: Um Balanço na Tutela de Interesses Contrapostos.....	118
2.2.4.1. O Atendimento Prioritário dos Interesses do Promitente Fiel... ..	118

2.2.4.2. A Tutela Jurídico-Processual do Credor Hipotecário.....	129
--	-----

APRECIÇÃO FINAL	144
------------------------------	------------

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	149
-----------------------------------	------------

JURISPRUDÊNCIA CITADA	160
------------------------------------	------------

Abreviaturas e Siglas

A. – Autor(a)

Aa. – Autores

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

ABGB – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Austríaco)

A.C. – Antes de Cristo

ac(s). – acórdão(s)

actual. – actualizada

al(s). – alínea(s)

AR – Assembleia da República

art(s). – artigo(s)

ATC – Acórdãos do Tribunal Constitucional

aum. – aumentada

BFD – Boletim da Faculdade de Direito

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BOE – Boletín Oficial del Estado

BP – Banco de Portugal

BRN – Boletim dos Registos e Notariado

BW – Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (Código Civil Holandês)

C. – *Chambre*

Cap. – Capítulo

CC – Código Civil

CCCat – Código Civil da Catalunha

CCf – Código Civil francês

CCit – Código Civil italiano

CCom – Código Comercial Português

CCP – Código dos Contratos Públicos

CDPriv. – Cadernos de Direito Privado

CE – Conseil D’ Etat

CIMT – Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CJ/STJ – Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

compil. – compilação

CPC – Código de Processo Civil

CRBM – Código de Registo de Bens Móveis

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRPred – Código do Registo Predial

CTDGRN – Conselho Técnico da Direcção Geral dos Registos e do Notariado

CVM – Código de Valores Mobiliários

D.C. – Depois de Cristo

DJ – Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

DL – Decreto(s)-Lei(s)

ED – Enciclopedia del Diritto

ed. – edição

Enc. Dalloz – Enciclopédie Dalloz

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados

ex. – exemplo

F.D.U.C – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FTC – Fundo(s) de Titularização de Créditos

HBG – Hypothekbankgesetz (Lei de Banco Hipotecário)

Id. – Idem

Il Foro It. – Il Foro Italiano

imp. – impressão

IMT – Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis

JCP – La Semaine Juridique – Édition Générale

JORF – Journal Officiel de la République Française

KWG – Kreditwesengesetz (Lei Bancária Alemã)

Liv. – Livro

n.º – número

Noviss. Dig. It. – Novissimo Digesto Italiano

obs. – observações

OH – Obrigações Hipotecárias

OICVM – Organismos de Investimento Colectivo em Valores Mobiliários

PE – Parlamento Europeu

Proc. – Processo

RC – Tribunal da Relação de Coimbra

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

RDPriv – Revista de Derecho Privado

RE – Tribunal da Relação de Évora

reimp. – reimpressão

rev. – revista

RG – Tribunal da Relação de Guimarães

RGICSF – Regime Geral de Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

Riv. Crit. Dir. Priv. – Rivista Critica del Diritto Privato

RJEOP – Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas
RJ/UP – Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
RL – Tribunal da Relação de Lisboa
RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RP – Tribunal da Relação do Porto
RTDciv. – Revue Trimestrielle de Droit Civil
Séc. – Século
STC – Sociedade(s) de titularização de créditos
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
T. – Tomo
tb. – também
TC – Tribunal Constitucional
Tít. – Título
UE – União Europeia
V. – Vide
v.g. – verbi gratia
vol. – volume

INTRODUÇÃO

O *ius retentionis* é um direito real de garantia, previsto nos arts.754.º e ss do CC¹. Inserido na Secção VII, do Cap.VI, do Tít.I, do Liv.II, o instituto que nos propomos abordar consiste numa garantia especial do cumprimento das obrigações que, por isso, acresce à garantia comum dos credores de um mesmo devedor: o seu património. Tipificado e regulamentado pela lei civil, o direito sob a nossa apreciação cumpre o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais. Anotamos, portanto, que o nosso estudo versa, em termos gerais, sobre os princípios e regras relativas ao cumprimento das obrigações e às garantias reais da prestação creditícia.

O art.754.º define genericamente o direito de retenção como o poder de um sujeito prorrogar a detenção da coisa obrigada a restituir a outro sujeito, devedor de um crédito resultante de despesas feitas por causa da coisa ou de um dano por ela causado. O art.755.º prevê casos especiais de atribuição da garantia, fora do âmbito geral traçado pela primeira norma.

Numa perspectiva intersubjectiva, casos haverá em que o titular de um direito de retenção, pelo seu poder de bloquear as utilidades da coisa, verá a sua situação confrontada com a posição jurídica de uma pessoa *estranha* ao facto gerador da garantia, e que, por ser titular de um direito real de gozo ou de garantia sobre a coisa retida, perturba o livre exercício da *retentio*. Ora, não estando perante um simples direito obrigacional, coloca-se um problema de conflito de direitos reais cujos critérios resolutivos, classicamente apontados, nem sempre respondem cabalmente às várias interrogações que surgem consoante a *facti species* sob análise.

Com efeito, a prioridade temporal ou registal, e a preferência na graduação dos direitos de garantia nem sempre nos permitem alcançar uma solução justa e equilibrada – equitativa – no que diz respeito a específicas situações de conflitos de direitos reais. É precisamente neste quadro que se move a nossa investigação: a colisão entre o direito de retenção e outros direitos reais de gozo e de garantia de terceiros.

Como sabemos, os direitos reais gozam de uma oponibilidade *erga omnes* – *para todos*. A oponibilidade define-se, genericamente, como uma qualidade do direito

¹ Durante a nossa exposição, salvo indicação em contrário, as normas jurídicas enunciadas sem referência a um diploma legislativo consideram-se parte integrante do nosso CC actual, aprovado pelo DL n.º47 344, de 25/11/1966 e que entrou em vigor no dia 01/06/1967.

que o seu titular pode contrapor às pretensões de outrem². Com esta definição, facilmente depreendemos que não encontraremos a solução às várias colisões de direitos reais com a afirmação *tout court* da eficácia absoluta dos direitos reais. Isto é, cremos que é necessário observar os *termos* da oponibilidade do *ius retentionis*, que assume determinadas variantes de acordo com o confronto de direitos em causa e com a posição assumida por cada indivíduo na relação jurídica em apreço. Importa revisitarmos algumas manifestações da eficácia do direito de retenção para solucionar determinadas espécies de conflitos de direitos reais.

Assim, desenhamos os contornos da nossa temática como um estudo em torno dos termos da oponibilidade do direito de retenção a duas classes de terceiros: o terceiro titular de um direito de gozo e o terceiro titular de uma garantia real, ambos incidentes sobre a coisa retida.

Para a exposição dos problemas emergentes da intervenção das duas classes de terceiros, apoiamos a nossa investigação em dois tipos contratuais: o contrato de subempreitada, necessariamente implicativo de um estudo sobre o contrato de empreitada, e o contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais, desde que tenha havido *traditio rei*.

Na subempreitada, a *vexata quaestio* consiste em saber se o subempreiteiro goza efectivamente de um direito real de retenção contra o empreiteiro, oponível ao originário dono da obra. Porque não existe um direito especial de retenção a favor daquele sujeito, deveremos entender que o art.754.º exige como pressuposto da constituição da garantia, a titularidade da coisa objecto de retenção? Se a resposta não estiver *expressis verbis* na lei, como resolver o conflito entre o direito de propriedade do dono da obra, estranho à dívida gerada ao abrigo do contrato de subempreitada, e o direito de retenção exercido pelo subempreiteiro contra o empreiteiro e negativamente repercutido na esfera do titular da coisa em construção ou já construída?

No contrato-promessa, os problemas surgem sob duas perspectivas: no âmbito do processo executivo e fora dele. Neste último caso, questiona-se a oponibilidade do direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de um direito real, que obteve a *traditio* da coisa objecto mediato do contrato preliminar, perante o posterior adquirente da mesma *res* ou de outro direito real de gozo sobre ela.

² V. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol.III, Sistema J, 1ª ed., 1996, p.1003.

Mais uma vez, o terceiro adquirente é estranho à dívida gerada, neste caso, pelo incumprimento do contrato-promessa. Em que medida deverá ceder a propriedade para salvaguardar a posição do retentor defraudado na sua expectativa de aquisição? Esta situação é tanto mais gravosa quando nos deparamos com a falta de registo do direito de retenção e a *traditio rei* como condição de exercício da garantia, à luz do art.755.º, n.º1/f.

No processo executivo, apesar de a lei estatuir a preferência absoluta da *retentio* sobre uma coisa imóvel, mesmo perante uma hipoteca anteriormente constituída, presenciámos um aceso debate académico a propósito da justeza da solução quando o direito de retenção é exercido por um promitente-comprador. Como justificar a preferência no pagamento de um retentor de um imóvel ou fracção dele, cuja garantia foi criada à margem das regras de registo predial, perante um credor hipotecário que registou a sua garantia em momento anterior ao surgimento daquela?

São estas as principais questões, e outras tantas com elas conexas, a respeito das quais nos propomos reflectir, procurando, para cada uma delas, uma resposta de Direito harmonizadora dos interesses em conflito.

A fim de atingirmos a finalidade traçada, optamos por guiar o nosso *iter* reflexivo em três passos. O primeiro encaminhar-nos-á para uma caracterização genérica do *ius retentionis*, enquanto garantia especial e real das obrigações. Neste âmbito, observaremos a evolução histórica do instituto, os seus contornos à luz da lei civil portuguesa e segundo experiências jurídicas estrangeiras para, seguidamente, nos debruçarmos sobre a sua função de garantia, ou melhor, sobre a *realidade* do direito e, em especial, sobre o significado e implicações da sua eficácia *erga omnes*.

No segundo passo, discutiremos os problemas relativos à eficácia do instituto perante o terceiro proprietário da coisa retida ou titular de outro direito real de gozo sobre ela. Nesta óptica, desenvolveremos o conflito de direitos reais emerge de duas *facti species*. A primeira implicará uma análise da natureza jurídica da *retenção* exercida pelo subempreiteiro perante o dono da obra. A segunda envolverá uma reflexão a propósito da posição jurídica do promitente-adquirente, *accipiens* da coisa pela *traditio rei*, quando confrontado com um terceiro adquirente de um direito de gozo sobre a mesma *res* e, por isso, conflituante com a expectativa de aquisição do direito prometido transmitir ou constituir sobre ela.

Ultimaremos a nossa investigação com um terceiro passo versando sobre o estudo da garantia integrada no processo executivo³, mais precisamente, sobre os termos de oponibilidade do direito de retenção a terceiro credor, não retentor, do proprietário da coisa retida, e titular de um direito real de garantia sobre ela. Esta problemática será desenvolvida no quadro do direito de retenção do promitente-adquirente da coisa objecto de contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais, acompanhado da *traditio rei*, quando confrontado com uma garantia hipotecária anteriormente registada, com o mesmo objecto.

³ Contra o executado *in bonis*.

PARTE PRIMEIRA

O *IUS RETENTIONIS* ENQUANTO GARANTIA ESPECIAL E REAL DAS OBRIGAÇÕES

1. Considerações Preliminares

A discussão em torno da oponibilidade do direito de retenção exige uma sua prévia caracterização enquanto garantia especial e real do cumprimento das obrigações. Porque uma específica reflexão acerca de problemas jurídicos carece, indubitavelmente, de uma prévia e genérica abordagem do universo onde se inserem, julgamos de evidente importância um estudo da teoria geral do *ius retentionis* para, num momento posterior, construir um pensamento consciente e informado a propósito de situações específicas que evidenciaremos.

Nesta óptica, interrogamo-nos; quais as raízes históricas deste direito? Qual o seu conteúdo e em que lugares o poderemos encontrar, segundo o Direito vigente entre nós e, em termos jus comparatísticos? Quais as implicações e qual o significado daquele seu conteúdo para as relações jurídicas contratuais e extracontratuais?

São estas e outras tantas questões a respeito das quais nos propomos reflectir seguidamente.

2. *Excursus* Histórico

Vejamos qual a evolução histórica do instituto, os primeiros casos em que surgiu a necessidade da sua atribuição e as primeiras fontes jurídicas a acolherem-no.

A génese da *retentio* ou faculdade de *retinere* surge no Direito Romano⁴, mais concretamente no processo *per formulas*^{5/6}.

⁴ Esta é a opinião maioritariamente defendida, v. por todos, SAPULE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito de Retenção Elementos históricos e jurídico-comparatísticos: Algumas Questões Problemáticas*, Porto, Edições Ecopy, 2011, p.22 a 27. Chironi entende de modo diverso que, o *ius retentionis* consiste numa *pignoratío privada autorizada por lei*. Terá sido o Direito Bárbaro a enraizar o direito objecto do nosso estudo através daquela figura, que consistia na possibilidade de um credor conservar em *penhor*

Segundo a doutrina majoritária⁷, a *retentio* surge com o objectivo de o possuidor de boa fé obter o reembolso pelas despesas que realizou e que se revelaram necessárias à conservação⁸ da coisa, no âmbito de uma acção de reivindicação intentada pelo seu proprietário que, privado da sua posse, pretende reavê-la. O meio processual utilizado era a *exceptio doli*, entendendo-se por dolo qualquer situação em que o demandante de uma causa pretendesse, com fundamento no *direito estrito*, um resultado injusto de acordo com o caso *judicando*⁹.

No processo extraordinário, a *retentio* ganha relevo próprio e autónomo como meio de defesa, continuando, todavia, com aquela denominação¹⁰.

Ao longo das várias épocas constitutivas do Direito Romano, observamos uma presença crescente do *ius retentionis*, não como forma *pura* de autotutela, mas sim, enquanto meio juridicamente autorizado e controlado pelo juiz de (auto) protecção perante danos ou despesas que, sem o mesmo não seriam reparados ou reembolsadas, criando iniquidade nas relações jurídicas¹¹. Todavia, não assistimos a qualquer elaboração de uma sua *teoria geral* ou de um *sistema orgânico* que regulasse os seus princípios e orientasse o julgador¹².

Após um declínio de grande parte dos institutos romanísticos, provocado na sequência da crise do *Corpus Iuris Justinianeu* e ao qual a faculdade de *retinere* não foi imune, observamos alguns sinais da sua revivescência no Direito Feudal. O direito de retenção assume especial relevo no âmbito das relações entre o senhor e o vassalo, permitindo-se a *retenção* do *feudo* por parte dos herdeiros do vassalo falecido mas sem

bens do seu devedor para, após a sua alienação, obter a satisfação do seu crédito, v. CHIRONI *apud* SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Direito de Retenção», Separata do *BMJ*, n.º 65, Lisboa, 1957, p.48 a 52.

⁵ V. PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito de Retenção na Legislação Portuguesa*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1911, p.24.

⁶ Em termos processuais, o Direito romano evoluiu segundo três sistemas; o processo *legis actiones* ou *acções da lei* (754 até metade do séc.II A.C.), o processo *per formulas* ou *formulário* (séc.II A.C. até séc.III D.C.) e o processo *cognitio extra ordinem* ou *extraordinário* (séc.III D.C. até 529-534), v. ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Cours de Droit Romain: Les actions*, Napoli, Jovene Editore, 1980, p.3, 5 e 91.

⁷ V. por todos, SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.25.

⁸ Diferentemente, Nardi entende que a *facti species* mais remota da *ritenzione* romana encontra-se no domínio dos danos, v. NARDI, ENZO, «Perfil Evolutivo della Ritenzione Romana», *Revista di Diritto Civile*, Anno III, Parte Prima, 1957, p.747 e 748.

⁹ Fala-se tb. de *exceptio doli generalis*, v. ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, *Cours...*, *cit.*, p.46 e 59.

¹⁰ A designação de *ius retentionis* em substituição de faculdade de *retinere*, foi surgindo progressivamente na Idade Média, v. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.33.

¹¹ *Id.*, p.31 e 32.

¹² V. PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, *cit.*, p.25 e 27.

filhos varões, até indemnização a cargo do senhor, pelas melhorias e acessões nele efectuadas¹³.

Na idade moderna, o *ius retentionis* ganha robustez graças às normas locais e, mais precisamente, à *legislação estatutária italiana*¹⁴, falando-se, *inclusive*, de um *direito de preferência* ou de *uma posição de privilégio* do retentor, perante os demais credores daquele devedor¹⁵.

No período da Codificação, porque a lei é considerada fonte principal de Direito, importa avaliarmos as técnicas normativas de posituação do direito de retenção.

Neste âmbito, evidenciam-se dois modelos: o modelo francês e, o modelo argentino e germânico¹⁶. Segundo o primeiro e no CCf de 1804, a lei dita em normas jurídicas dispersas quais os casos em que o direito de retenção existe. Inversamente, de acordo com o segundo, e seguindo os códigos civis argentino¹⁷ e alemão^{18/19}, o direito de retenção goza de uma disciplina normativa própria e autónoma das restantes matérias reguladas pelos diplomas²⁰.

É no contexto deste segundo modelo que detectamos uma sistematização orgânica mais rigorosa e unitária, o que demonstra o nascimento de uma verdadeira teoria jurídica do direito de retenção²¹, um conjunto de princípios reguladores do instituto e orientadores das relações jurídicas e do julgador.

Entre nós, o Código Civil aprovado por Carta de Lei de 1867 adoptou a técnica legislativa ditada pelo modelo francês. Existia um conjunto de disposições normativas que atribuíam um direito de retenção, de modo disperso e a propósito das várias matérias que regulassem^{22/23/24}.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Id.*, p.28 e 29.

¹⁵ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYAE, *Do Direito...*, *cit.*, p.37.

¹⁶ *Id.*, p.39 e 43.

¹⁷ Recordamos que foi promulgado em 1869 e que se encontra em vigor desde 1871.

¹⁸ O BGB alemão foi promulgado em 1896 e vigora desde 1900.

¹⁹ Este modelo foi igualmente seguido pelos códigos civis suíço (dos arts.895.º a 898.º do seu Código Civil de 1907 ainda vigente) e japonês, v. FONSECA, MARIA HELENA DE LEMOS GARCIA DA, «Existência no Direito Português do Direito de Retenção como Instituto de Carácter Geral», *ROA*, Ano 10, 1950, p.372.

²⁰ O CC de argentino dispõe de um Tít. dedicado ao direito de retenção, dos arts.3939.º a 2946.º.

²¹ *Id.*, p.30 e 31.

²² Nas Ordenações Filipinas (Liv. IV, Tít. LXV, §1 e Tít. XCV, §1) existia um *ius retentionis* de *coisa emprestada, alugada ou arrendada*, para o reembolso de despesas necessárias e úteis nela feitas ou ainda, a favor do cônjuge sobrevivente, de *bens da Corôa do Reino ou do morgado ou de empraçamento*, para a satisfação de créditos relativos a benfeitorias e a que tivesse direito, v. PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, *cit.*, p.120.

O direito de retenção era atribuído ao possuidor de boa fé, pelas despesas necessárias e úteis, sob condição de, neste último caso, as benfeitorias que daí resultassem não puderem ser levantadas sem detrimento da coisa²⁵.

Mais adiante, a lei concedia a faculdade de *retinere* ao credor pignoratício²⁶, pressionando o devedor daquele credor a cumprir a sua obrigação de indemnização por despesas necessárias à conservação da coisa objecto de penhor e efectuadas por este.

A *retentio* era igualmente atribuída ao cônjuge sobrevivente, perante *benfeitorias* ou *comunicação de preço*, continuando na posse e administração dos bens do casal, mesmo que finda a partilha²⁷.

O art.1407.º estatua que o empreiteiro de uma obra mobiliária podia reter a obra objecto do contrato de empreitada até ao seu completo pagamento. Além disso, art.882.º, n.º 3 e §3, previa um privilégio mobiliário especial para o crédito do preço ou custo de reparação de *quaisquer móveis ou máquinas*, enquanto não saíssem das mãos do *credor – retentor*²⁸.

O art.1574.º consistia numa manifestação do *ius retentionis* a favor do vendedor, pelo preço ainda não pago a cargo do comprador²⁹.

O transportador por água ou por terra, o mandatário civil e o gestor de negócios dispunham da faculdade de *retinere* a(s) coisa(s) *conduzida(s)* ou *adquirida(s)* por aqueles retentores, apesar de estarem obrigados a entrega-las, conforme as regras legais respeitantes à execução contratual de cada um deles³⁰. Acrescia à retenção do transportador um privilégio mobiliário especial pelos mesmos créditos³¹.

O depositário gozava de igual faculdade, exercida sobre as coisas depositadas e por causa de despesas necessárias à sua conservação, realizadas no cumprimento da sua obrigação principal de guardar e conservar a mesma, objecto do contrato de depósito. O

²³ Neste ponto (2, I), as normas jurídicas enunciadas sem referência a um diploma legislativo consideram-se parte integrante do Código de Seabra.

²⁴ Seguimos PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, cit., p.3 a 11 e FONSECA, MARIA HELENA DE LEMOS GARCIA DA, «Existência...», cit., p.382 a 389.

²⁵ Arts.498.º, 499.º e 500.º.

²⁶ Arts.860.º e 861.º.

²⁷ Art.1122.º

²⁸ V. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Privilégios», *BMJ*, n.º 64,1957, p.192.

²⁹ V. PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, cit., p.41 e FONSECA, MARIA HELENA DE LEMOS GARCIA DA, «Existência...», cit., p.386.

³⁰ Arts.1349.º, 1726.º, 1413.º e 1414.º

³¹ Art.882.º, n.º 1

ius retentionis era exercido contra o depositante, apesar de o retentor estar vinculado à restituição da coisa depositada³².

Em termos gerais, também o locatário era titular subjectivo de um direito de retenção. Em termos especiais, o arrendatário dispunha da faculdade de diferir a entrega do prédio como meio de coerção do senhorio ao pagamento de benfeitorias expressamente consentidas ou realizadas devido à necessidade de reparos, por lei a cargo do senhorio que permaneceu omissos e já anteriormente requeridas pelo arrendatário³³. O locatário de coisa móvel dispunha de um direito de retenção em termos similares, com as devidas adaptações³⁴.

Por último, estatuiu-se a *faculdade de retinere* a favor do usufrutuário ou dos seus herdeiros, após a extinção do direito e devido *a desembolsos de que deviam ser pagos*, pelo proprietário de raiz³⁵.

A *retentio* era legalmente negada ao comodatário, apesar de o comodante estar obrigado a indemnizá-lo de todas as despesas necessárias e extraordinárias realizadas com a coisa gratuitamente emprestada³⁶.

O albergueiro também não gozava de direito de retenção pelo crédito da hospedagem mas o art.882.º, n.º 2 e §2 concedia-lhe um privilégio especial mobiliário sobre as *alfaias* que o devedor tivesse na pousada, à condição de as mesmas persistirem no lugar.

Em termos doutrinários, notamos um aceso debate centrado em saber se devia considerar-se o direito de retenção com aplicação *restrita* aos casos referidos na letra da lei³⁷ ou se, *a contrario sensu*, o direito existia sempre que, no caso *sub iudice*, se verificassem os seus elementos constitutivos retirados das disposições legais que versavam sobre ele³⁸.

³² Art.1450.º e § único.

³³ Arts.1611.º e 1614.º do CC e os arts.17.º e 25.º do Decreto n.º 5411 de 17/04/1919, v. FONSECA, MARIA HELENA DE LEMOS GARCIA DA, «Existência...», *cit.*, p.387 e 388.

³⁴ Art.1634.º

³⁵ Art.2251.º

³⁶ Art.1521.º

³⁷ V. MOREIRA, GUILHERME ALVES, *Instituições do Direito Civil Português*, vol.II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, p.118, PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, *cit.*, p.117 a 121 e ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES de, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1966, p.330.

³⁸ V. GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil*, vol.IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931, p.522, mas com opinião inversa em *Tratado de Direito Civil*, vol.V, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p.678 e FONSECA, MARIA HELENA DE LEMOS GARCIA DA, «Existência no Direito Português...», *cit.*, p.380 e 381. V. tb. o ac. do STJ de 31/01/56, *BMJ*, n.º 53, 1956.

Sublinhamos que, a par do direito de retenção, a lei civil concedia um privilégio creditório imobiliário que modificava por completo a posição do retentor – *possuidor de boa fé* ou *arrendatário*.

Seguindo Carlos Pereira de Abreu, anotamos que a generosidade da lei civil neste duplo reforço da garantia de pagamento do credor foi factor de disparidade de regimes jurídicos³⁹.

O art.887.º, n.º 2, permitia que sobre os imóveis de devedor do retentor pesasse um crédito privilegiado, desde que unicamente respeitante a despesas de conservação efectuadas nos últimos três anos. Esta garantia era quantitativamente limitada à quinta parte do valor do prédio visado⁴⁰. Portanto, o possuidor gozava sempre de um crédito privilegiado, embora limitado sobre o imóvel no qual tivesse efectuado despesas de conservação, independentemente da sua boa ou má fé. Contudo, o direito de retenção revelava-se exclusivamente concedido ao possuidor de boa fé e abrangia a totalidade das despesas a reembolsar.

Quanto ao arrendatário, o mesmo gozava da faculdade de *não largar* o prédio arrendado, enquanto não tivesse sido indemnizado da totalidade das despesas *supra* referidas mas, já só lhe era reconhecido um privilégio creditório sobre a mesma coisa, no que diz respeito a um quinto do seu valor e pelos créditos resultantes de despesas realizadas exclusivamente nos últimos três anos.

Como apoio nesta diferenciação legal, a nossa doutrina entendia maioritariamente que, o direito de retenção consistia numa *preferência especial indirecta*, fora do concurso de credores, ao passo que o privilégio especial imobiliário representava uma autêntica *preferência especial directa*⁴¹.

Neste ponto, muitos foram os textos doutrinários que exprimiram dúvidas acerca da natureza jurídica da *retentio*. Os Aa. costumavam utilizar o regime jurídico da dupla atribuição *direito de retenção – privilégio especial imobiliário* para fundamentar a qualificação da *retentio* como um *direito obrigacional*, inoponível a terceiros da relação contratual existente entre aquele credor e devedor⁴².

³⁹ V. ABREU, CARLOS PEREIRA DE, *O Direito de Retenção como Garantia Imobiliária das Obrigações*, 2ª ed., Porto, Elcla, D.L. 2001, p.19 a 21.

⁴⁰ O art.1014.º acrescia que, na hipótese da totalidade dos créditos respeitantes ao n.º 2 do art.887.º ultrapassarem um quinto do valor do prédio onerado por estes privilégios, haveria quanto a esta quinta parte, rateio por todos e na devida proporção. Quanto ao resto em dívida, passavam a credores comuns.

⁴¹ V. MOREIRA, GUILHERME ALVES, *Instituições...*, vol.II, *cit.*, p.503 e ABREU, CARLOS PEREIRA DE, *O Direito...*, *cit.*, p.2.

⁴² V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais: A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.83.

3. A Fisionomia do *Ius Retentionis* na Óptica do Legislador Português e de Experiências Juscomparatísticas

3.1. Conteúdo e Condições de Exercício Segundo a Lei Civil Portuguesa de 1966

O CC português de 1966, actualmente vigente, alterou significativamente o rumo do Direito Civil anterior. Composto por cinco Livros, é no seu Liv. II, referente ao Direito das Obrigações, que localizamos toda uma secção, dos arts.754.º a 761.º⁴³, dedicada ao direito de retenção. Existe, portanto, um *corpus* unitário de normas jurídicas que versam sobre o seu conteúdo, efeitos, modo de exercício e extinção. Aplaudiu-se o avanço legislativo que permitiu encerrar os debates doutrinários acerca da natureza jurídica e do âmbito de aplicação do instituto.

Enraizada na palavra *retentio*, *-onis*, a retenção significa, etimologicamente, *demorar*, *reservar* algo que não é seu mas que está em seu poder material, com um determinado objectivo⁴⁴.

Transposto para a lei civil, o art.754.º apresenta o *direito de retenção* como um poder jurídico de conservar uma coisa que não é sua, enquanto não vir o seu crédito satisfeito por um sujeito simultaneamente credor da obrigação de restituição da mesma *res*, pelo facto de aquele crédito se dever a *despesas* ou *danos* causados por ela.

Com um passar de olhos pela norma, conseguimos precisar que este momento do nosso estudo se dedica aos efeitos da relação jurídica existente entre um credor de uma prestação pecuniária – retentor e um seu devedor – simultaneamente credor da entrega da coisa.

À luz do art.754.º, a literatura jurídica aponta para três pressupostos da existência do instituto, que consistem na detenção lícita e de boa fé de uma coisa jurídica – *detenção* – por um titular passivo da obrigação de restituí-la a outrem, que é simultaneamente titular activo de um crédito contra o mesmo sujeito daquela relação – *reciprocidade de créditos* – sendo que este último crédito deve assumir uma conexão

⁴³ Doravante, os preceitos legais referidos neste ponto integram o CC Português de 1966, salvo menção em contrário.

⁴⁴ V. SILVA, ANTÓNIO DE MORAIS, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol.IX, 10ªed, Lisboa, Editorial Confluência, 1956, p.534.

funcional, *directa e material* com a *res* detida, por emergir de despesas ou danos por ela causados ao recusante – *conexão material ou objectiva*⁴⁵.

Vejamos cada elemento de *per si*.

No tocante à detenção, sublinha-se a essencialidade deste pressuposto, pois para *reter* é necessário *deter*, sendo que a retenção consiste em prorrogar ao abrigo de um título novo – *a garantia* – uma detenção inicialmente obtida à luz de um título diferente e segundo o qual ela deveria cessar. Nas palavras de A. Carneiro Pacheco, a detenção *origina e assegura* a vida do direito de retenção⁴⁶. Pela detenção, priva-se o credor do poder de facto que poderia exercer sobre a coisa, pela retenção pressiona-se aquele a satisfazer a razão creditícia deste, legitimando-se um *pouvoir de fait createur de droit*⁴⁷.

É *conditio sine qua non* a mera detenção ou posse precária⁴⁸, um *corpus* aliado ao *animus detinendi*⁴⁹. Como sabemos, entre nós é maioritariamente defendida uma concepção subjectivista de posse⁵⁰, pelo que a mesma implica o exercício de poderes de facto sobre uma coisa – um *corpus*, em termos de um direito real – um *animus possidendi*. Seguindo de perto Orlando de Carvalho, o elemento empírico não exige um indubitável poder de uso e fruição da *res*, mas apenas a sua colocação à disponibilidade material do sujeito. Deste *corpus*, deve poder inferir-se uma vontade de ter a coisa, *a título de uma margem maior ou menor de disponibilidade jurídico-real*⁵¹. É o que acontece na situação do retentor. Isto é, apesar de ser condição necessária e suficiente a detenção da coisa para surgir um direito de retenção, consideramos que o retentor é possuidor, no sentido em que exerce poderes de facto sobre a coisa retida em termos de um direito real de retenção, pelo que se verifica uma disponibilidade empírica da coisa aliada a um *animus retinendi*.

As als.a e .b, do art.756.º delimitam negativamente os termos em que a detenção deve ser exercida. Inferimos que a detenção deve ser obtida por meios lícitos a não ser que a ilicitude seja desconhecida do sujeito no momento da aquisição, além de que este

⁴⁵ V. COSTA, M. J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p.974, COSTA, SALVADOR DA, *O Concurso de Credores: Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p.184 e CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA, «Direito de Retenção do Promitente-Adquirente, o Beneficiário da Promessa de Transmissão de um Direito Real de Habitação Periódica», *Garantias das Obrigações: Publicação dos Trabalhos do Mestrado*, Coimbra, Almedina, 2007, p.499.

⁴⁶ V. PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, cit., p.6 a 8 e p.161.

⁴⁷ V. AYNES, AUGUSTIN, *Le Droit de Rétenion: Unité ou Pluralité*, Paris, Economica, 2005, p.33.

⁴⁸ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)», *CDPriv.*, n.º 11, 2005, p.10.

⁴⁹ Art.1253.º/a

⁵⁰ Art.1251.º

⁵¹ V. CARVALHO, ORLANDO DE, «Introdução à Posse», *RLJ*, n.º 3780, Ano 122, 1989, p.68 e 69 e n.º 3781, Ano 122, 1989, p.105 a 107.

estado psicológico do detentor deve persistir no momento da realização das despesas que originam o crédito garantido.

Revela-se um dever de o detentor estar de boa fé em sentido subjectivo, ou seja, na convicção íntima de agir em conformidade com o Direito, desconhecendo o carácter ilícito da sua aquisição, ou posteriormente, ignorando lesar o seu credor pela realização de despesas^{52/53/54}.

A *communis opinio* defende a exigência legal de uma detenção *material* ou *real* de uma coisa, o que leva a certas conclusões acerca da própria *res*. A coisa jurídica^{55/56} deve ser presente⁵⁷, corpórea móvel ou imóvel⁵⁸, por regra infungível^{59/60} e penhorável⁶¹.

No que diz respeito ao elemento da reciprocidade de créditos, tal significa que na relação jurídica *inter partes* devem existir dois credores e dois devedores. O detentor é *devedor* da obrigação de entrega de uma coisa certa mas é simultaneamente *credor* de uma obrigação de pagamento de quantia certa – prestação em dinheiro por despesas ou danos causados pela *res*. O *devedor* dessa obrigação pecuniária deve ser o *credor* da obrigação de entrega da coisa, a cargo do detentor.

⁵² V. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.I., 4ª ed., Coimbra, Coimbra editora, p.779 e LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p.470. V. tb. o ac. da RP de 16/05/07, relatado por Sousa Lameira in www.dgsi.pt.

⁵³ Valora-se a boa fé num sentido subjectivo e não objectivo, como parâmetro de conduta contratual, v. ALARCÃO, RUI, *Direito das Obrigações*, Luanda, Ler e Escrever, 1999, p.63 e 75 e ss e PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, por MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e PINTO, PAULO MOTA, 4ªed, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.97 e 125.

⁵⁴ Exclui-se o furto ou roubo e não vale a locução *mala fides superveniens non nocet*.

⁵⁵ Art.202.º, n.º1. É coisa jurídica, a que, tendo *existência autónoma*, é *susceptível de apropriação exclusiva* e é *apta à satisfação de interesses e necessidades humanas*, v. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.125 e 126.

⁵⁶ Excluimos o direito de retenção sobre outros direitos, v. por todos, MARTINEZ, PEDRO ROMANO e PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p.227.

⁵⁷ E não futura, art.211.º, v. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.102.

⁵⁸ Arts.204.º e 205.º

⁵⁹ Art.207.º

⁶⁰ Apesar de a doutrina maioritária se manifestar neste sentido, a questão não é líquida. Sobre o assunto, v. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.10 e 11 e SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.182, nota 255.

⁶¹ Art.756.º/c. Os arts.822.º e 823.º do CPC ditam uma lista de coisas absoluta e relativamente impenhoráveis, sendo que o critério da impenhorabilidade não se confunde com a classificação de coisas dentro e fora do comércio (art.202.º, n.º2) nem com o maior ou menor valor económico que possam ter nesse comércio, v. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, *cit.*, p.59 e 469 e SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.183. A propósito das normas citadas do CPC, a nossa investigação tem por referência o DL n.º 44129, de 28/12/1961, com as últimas alterações da Lei n.º 29/2013, de 19/04. A lei n.º 41/2013, de 26/06, revoga aquele DL e aprova um novo CPC, que entrará em vigor no dia 01/09/13. Faremos, em lugar próprio, uma breve menção aos arts. do novo CPC (assumindo a designação de CPC/13), quando divergentes, do ponto de vista sistemático e/ou material, do CPC vigente até àquela data. Neste caso, serão os arts.736.º e 737.º do CPC/13 a mencionar os bens relativa e absolutamente impenhoráveis.

Não obstante a reciprocidade, os créditos são independentes, não existe direito de retenção por força de uma qualquer sinalagmaticidade genética e funcional entre eles, ou seja, nenhum é causa jurídica do outro⁶².

A doutrina aponta para a regra geral da certeza, exigibilidade e liquidez do crédito do detentor. Ou seja, é condição de exercício do *ius retentionis*, o vencimento do crédito garantido pela interpelação do credor – detentor ao seu devedor, caso estejamos perante obrigações puras⁶³, ou pelo decurso do prazo na hipótese de obrigações a prazo⁶⁴. Excluímos desde já, a possibilidade de retenção para garantir uma obrigação natural ou uma obrigação sujeita a termo ou condição suspensiva ainda não verificadas⁶⁵.

Contudo, de acordo com o art.757.º, admite-se o direito de retenção para garantir um crédito mesmo antes do seu vencimento, desde que estejam verificadas as circunstâncias que impliquem a perda do benefício do prazo, podendo, *inclusive*, ser *ilíquido*⁶⁶, ou seja, assumir um *quantum* ainda não determinado.

No tocante à inexigibilidade, a lei civil permite o exercício do direito de retenção para garantir o cumprimento de uma obrigação a prazo, apesar de o mesmo ainda não ter decorrido mas cujo vencimento possa ser antecipado por caducidade do prazo, quando o devedor se torne insolvente, quando diminuam as garantias do crédito ou quando não forem prestadas as devidas⁶⁷. Aliás, não é necessária a verificação efectiva da perda do benefício do prazo, bastando que se observem aquelas circunstâncias⁶⁸.

Deste modo, alguns textos argumentam que a exigibilidade e a liquidez não representam critérios constitutivos do direito de retenção, mas tão-somente requisitos para a sua *invocabilidade*⁶⁹.

⁶² V. ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria...*, cit., p.331.

⁶³ Arts.777.º e 805.º, n.º 1 e v. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol.II. 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1991-1997, cit., p.42.

⁶⁴ Art.805.º, n.º 2/a e v. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.I., cit., p.780 e LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, cit., p.469.

⁶⁵ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», cit., p.12.

⁶⁶ V. o ac.do STJ de 27/09/12, relatado por Fernando Bento in www.dgsi.pt.

⁶⁷ Art.780, n.º 1. e v. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, cit., p.470.

⁶⁸ O n.º 2, do art.780.º permite ao credor optar pelo reforço ou substituição de garantias se estas forem diminuídas. V. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.I., cit., p.780.

⁶⁹ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «A Transmissão do Direito à Indemnização por Benfeitorias e a Caducidade do Direito de Retenção pelo facto da Venda Executiva», *Themis*, n.º 13, Ano VII, 2006, p.25. Questiona-se qual o momento da constituição do direito de retenção. O A. entende que nasce aquando da realização da despesa. O ponto não é líquido mas manifestamos a nossa preferência pelo pensamento de Cláudia Madaleno, que argumenta no sentido de que o direito existe enquanto *direito virtual* desde o momento da entrega da coisa ao detentor, e torna-se efectivo a partir da mora no cumprimento do devedor, v. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.107.

Porque não basta a detenção de uma *res* e a existência de dois créditos e dois débitos recíprocos, importa debruçarmo-nos sobre um elemento verdadeiramente determinante: a conexão ou *laço* que interliga o crédito a garantir à coisa objecto de detenção, atribuindo unidade e razão de ser à garantia.

Note-se que a exigência de uma conexão delimita o campo de irradiação normativa da retenção. Este direito não pode conceder um poder ilimitado sobre os bens do devedor mas apenas sobre alguns que, devido à especial ligação existente com o crédito, é lícito reter como meio de pressão e garantia do seu pagamento⁷⁰.

À luz do art.754.º, vimos a necessidade de uma conexão material e directa, entre o crédito e a coisa. Agora, o art.755.º menciona casos especiais cujo laço de ligação é puramente jurídico ou subjectivo. Assim, diz-se que a lei civil utiliza *um duplo critério de conexão causal*, partindo sempre da *origem do crédito do detentor*⁷¹. Vejamos cada um de *per si*.

A conexão material ou objectiva representa o critério genérico de admissibilidade do direito de retenção, pois é no art.754.º que encontramos a regra de princípio acerca dos pressupostos de existência do instituto.

Nas palavras de Ferrer Correia e J. Sousa Ribeiro, é *conditio sine qua non* que o crédito do detentor tenha sido originado pela coisa, tenha sido causado por ela – *debitum cum re junctum*⁷².

A este propósito e, realçando a relação entre o débito e a coisa, a doutrina argumenta que tudo se procede como se a própria coisa fosse devedora, o crédito surge da coisa e por isso deve pesar sobre ela de modo a ressarcir o dano ou despesa que provocou. Tudo se passa como se estivéssemos perante uma obrigação *propter rem*⁷³, o crédito segue e persegue a coisa até à sua completa satisfação⁷⁴.

A que tipo de despesas e danos se refere a lei? No que diz respeito às despesas, Cláudia Madaleno sublinha que, seguindo a letra do art.754.º, não é necessário que as despesas tenham contribuído para a conservação da *res* ou para aumentar o seu valor. Ou seja, não é legalmente exigida a verificação de benfeitorias necessárias ou úteis⁷⁵.

⁷⁰ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.12.

⁷¹ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...», cit.*, p.187.

⁷² V. CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *CJ*, Ano 13, 1988, p.17.

⁷³ Na obrigação real, o devedor é determinado em função da titularidade de um direito real. É esta situação activa que provoca a sua situação passiva de vinculação a uma obrigação *ob rem*, v. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais, cit.*, p.85.

⁷⁴ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.13.

⁷⁵ Art.216, n.º 1 e 2. V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...», cit.*, p.92.

A A. acrescenta que estamos perante um direito real que atribui preferência ao retentor no pagamento do seu crédito para evitar o locupletamento injusto dos demais credores do devedor do retentor. Assumindo esta teleologia, a retenção fica desprovida de qualquer sentido na hipótese de despesas que não se concretizem num *benefício objetivo* na coisa, pois desaparece a *ratio* da preferência do retentor no concurso de credores. Nesta linha, a A. propõe uma interpretação restritiva da regra geral, de modo que só se entenda atribuído um direito de retenção a favor de quem realizou despesas que tenham permitido a sua conservação e não deterioração ou através das quais a *res* tenha aumentado de valor⁷⁶.

Concordamos com a interpretação do art.754.º apresentada pela A., embora discordamos de que o fundamento da preferência seja sempre o de evitar o locupletamento injusto dos demais credores do titular da *res*⁷⁷.

No tocante aos danos, entende-se que podem ser causados *pela* ou *com* a coisa, sendo que podem ser materiais ou pessoais, *inclusive* sobre animais de outrem⁷⁸. Segundo Vaz Serra, deste modo evita-se que o credor da coisa a faça desaparecer, e assim, deixe de indemnizar o lesante por falta de bens. O A. transpõe esta ideia para o art.1.º, n.º 2/b da proposta de articulado do seu anteprojecto, assumindo uma particularidade no n.º 3, do art.7.º. A preferência no pagamento do crédito daí emergente⁷⁹ não prejudica, nesta hipótese, os créditos anteriores. Esta solução deve-se ao facto de, neste caso, a preferência assumir, em seu entender, traços vingativos⁸⁰.

Quanto à conexão jurídica, o crédito do retentor emerge de uma relação obrigacional pré-existente entre o detentor e o seu devedor.

Sob influência alemã, o anteprojecto de Vaz Serra incluía este laço de ligação no art.1º, n.º2/c da proposta de articulado, como regra geral ao lado da conexão material⁸¹.

⁷⁶ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.93 e 94. No mesmo sentido, v. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.190. Na jurisprudência, v. o ac. da RP, de 9/03/00, *CJ*, Ano 25, T.II., 2000, p.195.

⁷⁷ V. *infra* 2.2.4.1, III.

⁷⁸ Quanto aos três elementos da regra geral, v. os acs. do STJ de 18/12/70 (Anotação de Vaz Serra), *RLJ*, Ano 104, n.º 3460, 1972 e de 23/09/04, *CJ/STJ*, Ano 12, T.III, 2004, p.28 e da RL, de 16/11/99, *CJ*, Ano 24, T.V, 1999, p.91.

⁷⁹ Art.7.º, n.º 1 do articulado.

⁸⁰ V. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Direito de Retenção», cit., p.57, 149 e 158.

⁸¹ Art.1.º, n.º 2/a e /b do articulado.

Todavia estabelecia a falta de *ius distrahendi*⁸², ou seja, perante tal conexão, o direito de retenção seria meramente obrigacional e não real de garantia⁸³.

A proposta do A. foi transposta para o anteprojecto do CC em 1960⁸⁴, seguiu posteriormente para a sua primeira revisão ministerial, em 1962⁸⁵, mas não vingou e, na segunda revisão ministerial do CC⁸⁶, o anteprojecto daí emergente retirou a al. correspondente a esta modalidade de conexão⁸⁷.

À luz do Direito civil vigente, a doutrina entende estarmos perante casos excepcionais, insusceptíveis de aplicação analógica^{88/89}.

Assim, gozam ainda do direito de retenção o transportador⁹⁰, o albergueiro⁹¹, o mandatário civil⁹², o gestor de negócios⁹³, o depositário⁹⁴ e o comodatário⁹⁵ pelos seus créditos decorrentes da actividade exercida em execução contratual e sobre as coisas respectivamente transportadas, trazidas para a pousada ou acessórios dela, adquiridas durante o mandato, depositadas ou emprestadas⁹⁶.

A al.f, do n.º 1 do art.755.º, incide no âmbito de um contrato-promessa de transmissão ou constituição de direitos reais, onde se procedeu à *traditio* da coisa objecto imediato do contrato prometido, e pretende-se a satisfação do crédito relativo ao incumprimento daquele, segundo o art.442.º.

Importa salientar que o art.755.º, n.º 1 não afasta a possível aplicação da norma geral, verificando-se uma conexão material entre o débito do detentor e a coisa retida⁹⁷.

⁸² Ou o poder de vender a coisa penhorada e fazer seu o valor obtido, na proporção do que for estritamente necessário para a satisfação do crédito garantido.

⁸³ Art.7.º, n.º 1, *a contrario sensu* e v. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Direito de Retenção», *cit.*, p.108.

⁸⁴ Art.390.º, n.º 2/c, *BMJ*, n.º 99, 1960, p.228.

⁸⁵ Art.749.º/c, *BMJ*, n.º 119, 1962, p.184.

⁸⁶ Anos 1964-1966

⁸⁷ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.91.

⁸⁸ Art.11.º e v. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.I., p.775.

⁸⁹ O art.755.º é semelhante ao art.2.º da proposta de articulado de Vaz Serra.

⁹⁰ É sempre um transporte de coisas e não de pessoas, por via terrestre, aérea ou marítima. Havendo uma pluralidade de contratos, mas em que todos os transportadores se tenham obrigado em comum, o art.755.º, n.º 2 presume *iure et de iure*, que o direito de retenção é atribuído ao último, em nome próprio e em nome dos outros.

⁹¹ V. o Decreto Regulamentar n.º 36/97, de 25/09.

⁹² Arts.1157.º e ss

⁹³ Arts.464.º e ss

⁹⁴ Arts.1185.º e ss

⁹⁵ Arts.1129.º e ss

⁹⁶ Sobre o art.755.º, v. COSTA, SALVADOR DA, *O Concurso de Credores*, *cit.*, p.187 a 190.

⁹⁷ A palavra *ainda* do art.755.º, n.º 1, reforça esta afirmação, v. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.I., *cit.*, p.776 e SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.194.

Anotamos a novidade do direito de retenção do promitente-comprador e do comodatário, além do abandono pelos privilégios mobiliários especiais atribuídos ao transportador, albergueiro e mandatário à luz do Direito civil anterior.

Ainda no CC, o art.1323.º, n.º 4, estatui a *retentio* a favor do achador de animal ou coisa móvel perdida, sobre este ou esta, para garantir o cumprimento do seu crédito a indemnização das despesas e dos prejuízos por eles causados, além do prémio, a cargo do seu proprietário⁹⁸.

Fora do CC, o art.96.º, n.º 3 da EOA⁹⁹ concede ao advogado o poder de prolongar a detenção dos documentos, valores e objectos dos respectivos clientes, após ter cessado a relação de mandato forense, para garantir o reembolso de despesas efectuadas e o pagamento dos honorários, salvo se tais coisas forem necessárias para efeitos de prova do direito do cliente ou se a retenção causar um prejuízo irreversível.

Neste caso, a doutrina acentua a falta de força da garantia devido às próprias coisas objecto de retenção¹⁰⁰.

Na relação directa entre o detentor e o seu devedor – credor da coisa, existem um conjunto de direitos e deveres, aos quais se aplica o regime supletivo do penhor, com as devidas adaptações (arts.758.º e 759.º, n.º 3).

Laconicamente e seguindo de perto A. Carneiro Pacheco¹⁰¹, todos os direitos do detentor se podem extrair de um único; o poder de licitamente recusar e prorrogar a detenção de uma coisa, obrigado a restituir, até integral pagamento do seu crédito contra o mesmo sujeito. De igual modo, todos os seus deveres jurídicos podem retirar-se de um só; a vinculação à entrega da coisa e seus acessórios, após a satisfação completa do seu crédito e despesas de conservação da *res*¹⁰².

O direito de retenção é acessório do crédito que garante. As vicissitudes verificadas no direito de crédito repercutem-se na *retentio*.

Por esta característica se deduz a transmissibilidade¹⁰³ da *garantia* aquando de uma transmissão do crédito¹⁰⁴ mas já não sem ela¹⁰⁵.

⁹⁸ Art.1323.º, n.º 3

⁹⁹ Lei n.º 15/2005, de 26/01.

¹⁰⁰ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.98.

¹⁰¹ À luz do Direito civil anterior, v. PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, cit., p.71 e 90.

¹⁰² Para mais desenvolvimentos, *ibidem*.

¹⁰³ Activamente, *inter vivos* ou *mortis causa*.

¹⁰⁴ Arts.577.º e ss

O direito de retenção é indivisível¹⁰⁶. Segundo Belchior Sapuile, tal significa que pode ser retida e executada a totalidade da coisa ou partes que a constituam, para garantir uma parte ou a integralidade do crédito, para além de que, o direito de retenção subsiste sem alterações até satisfação total do crédito¹⁰⁷.

Segundo o art.761.º, o direito de retenção extingue-se pelas mesmas causas de cessação do direito de hipoteca¹⁰⁸ e ainda pela *entrega da coisa*. Assim, pode extinguir-se pela extinção da obrigação que garantiu, por prescrição, por perda total da coisa retida ou por renúncia do retentor¹⁰⁹. No tocante a esta última causa, avulta uma discussão doutrinal e jurisprudencial acerca do problema de saber se a renúncia *involuntária à detenção, sem intenção abdicativa, por coacção moral ou física*, ou ainda, pela penhora da coisa em sede de processo executivo, provoca a cessação do direito de retenção, ou se deveremos considerar como *renúncia*, no sentido do art.730.º/d, unicamente a renúncia voluntária, *inclusive* tácita¹¹⁰.

O direito de retenção cessa ainda, quando a outra parte prestar caução suficiente¹¹¹.

A doutrina e jurisprudência acrescentam uma última causa de extinção que não consta do art.730.º mas que consiste numa causa geral de extinção das obrigações: a *confusão*¹¹².

¹⁰⁵ Art.760.º, diversamente do art.676.º.

¹⁰⁶ Note-se que a lei não utiliza um critério de delimitação quantitativa da *retentio*. Sobre o problema do abuso de direito de retenção, v. GOMES, JÚLIO, «Do Direito..., *cit.*, p.21 e os acs. da RL (com decisões opostas) de 15/12/11, *CJ*, Ano 36, T.V, 2011, p.135 e de 26/01/12, relatado por Maria Amélia Ameixoeira *in* www.dgsi.pt.

¹⁰⁷ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito..., cit.*, p.231 a 234. V. tb. CORREIA, FERRER E RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *cit.*, p.22, que sublinha a manutenção do direito de retenção do empreiteiro pela totalidade do crédito, sobre o prédio destinado à venda em propriedade horizontal, apesar da venda e ocupação de algumas das fracções.

¹⁰⁸ Art.730.º

¹⁰⁹ Art.730.º/a a /d

¹¹⁰ Neste sentido, entendemos que se pronuncia a melhor doutrina, v. GOMES, JÚLIO, «Do Direito..., *cit.*, p.24, LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.I., *cit.*, p.784 e na jurisprudência, os acs. do STJ de 27/11/08, *CJ/STJ*, Ano 16, T.III, 2008, p.154, de 26/06/01, *CJ/STJ*, Ano 9, T.II, 2001, p.136 e da RL de 04/02/10, relatado por Pereira Rodrigues *in* www.dgsi.pt. Na defesa de que qualquer modalidade de renúncia implica a extinção do direito, v. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil: Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, Reimp. da 5ª ed., 2012, p.550.

¹¹¹ Art.756.º/d.V. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais, cit.*, p.472. V. tb. o ac. da RP, de 12/10/09, *CJ*, Ano 34, T.IV, 2009.

¹¹² Art.868.º. V. o ac. do STJ, de 25/03/99, *CJ/STJ*, Ano 7, T.II, 1999, p.42.

3.2. Experiências Juscomparatísticas

Consoante as épocas e os costumes de cada lugar, o direito de retenção foi desde a sua génese, apresentado de múltiplas formas.

Entre nós, o legislador civil de 1966 optou por seguir a técnica normativa de positivação de um direito geral de retenção, acrescentando alguns casos especiais. De um ponto de vista juscomparatístico, quais as experiências jurídicas seguidoras do actual modelo português? Quais as tendências das actuais e demais legislações civis?

A nossa investigação centra-se numa breve aproximação a cinco experiências jurídicas estrangeiras incluídas nos sistemas jurídicos da *Civil Law*: as experiências espanhola, italiana, alemã, francesa e da Comunidade autónoma da Catalunha^{113/114}.

No sistema jurídico espanhol, o CC actual¹¹⁵ estatui pontualmente acerca do *derecho de retención*.

O mesmo é *expressis verbis* atribuído ao possuidor de boa fé, por despesas extraordinárias ou úteis¹¹⁶ e ao usufrutuário, por despesas também extraordinárias, por ele realizadas mas a cargo do proprietário^{117/118/119}.

Seguidamente, os arts.1600.º, 1730.º e 1780.º apresentam a locução *retener en prenda*, respectivamente a favor de um prestador de obra em coisa móvel pelo preço da obra realizada¹²⁰, do mandatário pelas despesas necessárias executadas por ele mas legalmente a cargo do mandante e pelos prejuízos causados no cumprimento do

¹¹³ Esta escolha foi pessoal mas também ditada por um critério técnico. Importa demonstrar como cada técnica normativa se desenvolve nos vários ordenamentos jurídicos da Europa continental.

¹¹⁴ As traduções da literatura e normas estrangeiras que se seguem são maioritariamente da nossa responsabilidade mas encontram igualmente a sua fundamentação nos textos jurídicos referidos em cada momento.

¹¹⁵ O diploma legal foi aprovado pelo Decreto Real de 24/07/1889 e vigora desde o dia 16/08 do mesmo ano. Os preceitos legais referidos aquando da exposição desta matéria, sem menção do diploma a que pertencem, integram este código.

¹¹⁶ Art.453.º.

¹¹⁷ Arts.502.º, §3 e 522.º.

¹¹⁸ O art.1747.º priva o comodatário de um direito de retenção.

¹¹⁹ Fora do Código, o art.5.º, n.º 3 da Lei n.º 40/2002, de 14/11, referente ao contrato de estacionamento de veículos, prevê um direito de retenção do veículo, a favor do titular do estacionamento, para garantir o crédito relativo ao seu pagamento.

¹²⁰ V. *Sentencia* do Tribunal Supremo de 24/06/41 *apud* CALERO, J. GOMEZ, «El Derecho de «Retener en Prenda» del Artículo 1.600 del Código Civil y su Problemática Respecto de los Vehículos de Motor», *RDPriv*, T.L., 1966, p.1077.

contrato¹²¹, e do depositário, igualmente pelas despesas de conservação e pelos danos causados na execução contratual¹²².

Porque os preceitos legais unem conceitos próprios do *derecho de retención* e da *prenda*, emerge o problema de saber se os mesmos atribuem um verdadeiro direito de retenção¹²³ ou se representam um penhor tácito ou *ex lege*¹²⁴.

Enquanto fonte de Direito, a doutrina desvendou os elementos essenciais do direito de retenção e traços diferenciadores de figuras afins¹²⁵. Contudo, persistem dúvidas a propósito da sua natureza jurídica e do seu âmbito de aplicação.

Segundo Viñas Mey¹²⁶, o *derecho de retener* afasta-se do penhor e da hipoteca por várias razões mas destacamos uma, particularmente importante: a ausência de *ius distrahendi*. Na lei civil, o direito de retenção é considerado como a mera *faculdade* sem direito a receber pelo valor obtido na venda, a correspondente satisfação do retentor¹²⁷.

Ainda na óptica do A.¹²⁸, o *derecho de retención* é composto por três elementos; a detenção de uma coisa corpórea e fungível, a existência de um crédito certo, vencido e exigível do devedor desta mesma coisa e a verificação de uma conexão entre este crédito e aquela coisa.

À luz das normas legais analisadas, o crédito do retentor emerge tanto de despesas como de danos e a conexão exigida poderá ter carácter material ou jurídico¹²⁹.

No que diz respeito à coisa, observamos uma discussão doutrinal acerca da sua titularidade. Ao passo que alguns autores argumentam no sentido de que, é *conditio sine qua non* a coisa ser propriedade do credor da sua entrega, outros apontam para a desnecessidade deste critério¹³⁰.

¹²¹ Arts.1728.º, 1729.º e 1730.º. A mesma faculdade é concedida ao gestor de negócios, caso o dono do mesmo ratifique a sua gestão, art.1892.º.

¹²² V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.67. O A. realça que idêntico tratamento é *extensivo* ao albergueiro.

¹²³ V. SCAEVOLA *apud* CALERO, J. GOMEZ, «El Derecho...», cit., p.1075 e 1076. Neste sentido, parece-nos tender CAPITÁN, EVA JORDÀ, «El Derecho de Retención: su Situación Legislativa en el Sistema Español de Garantías. Especial Referencia a su Constitución y Eventual Oposición Judicial», *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p.533.

¹²⁴ V. MANRESA Y NAVARRO, PUIG PEÑA E BONET RAMÓN *apud* CALERO, J. GOMEZ, «El Derecho...», cit., p.1075.

¹²⁵ V. CALERO, J. GOMEZ, «El Derecho...», cit., p.1077.

¹²⁶ V. MEY, J. VIÑAS, «El Derecho de Retención», *RDPriv*, T. IX, 1922, p.105.

¹²⁷ *Id.*, p.103 e 113.

¹²⁸ *Id.*, p.110.

¹²⁹ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.67.

¹³⁰ V. CALERO, J. GOMEZ, «El Derecho de...», cit., p.1077.

O ordenamento jurídico italiano também adoptou a técnica de positivação do direito de retenção em disposições legais dispersas pelo *Codice Civile*¹³¹.

No instituto da colação, o art.748.º, §4 estatui o direito de retenção a favor do donatário de um imóvel, para assegurar o reembolso das despesas e melhoramentos efectuados por ele.

Na exposição da enfiteuse¹³², o art.975.º, §2 permite ao enfiteuta reter o fundo até ao efectivo reembolso das melhorias nele realizadas. Acrescenta-se a necessidade de o enfiteuta fornecer em juízo, uma prova genérica do respectivo crédito.

Nos arts.1006.º e 1011.º, a lei concede ao usufrutuário a faculdade de reter a *res* usufruída mas obrigada a restituir no final do usufruto, para reforçar o crédito relativo a despesas de reparações que decidiu efectuar, ou a antecipações de pagamento de impostos e outros encargos, a cargo do proprietário de raíz.

O art.1152.º permite ao possuidor de boa fé *reter* a coisa reivindicada pelo seu proprietário. Tal como no art.975.º, é imposta a prova genérica em juízo do crédito do possuidor de boa fé numa acção de reivindicação.

A doutrina e jurisprudência italianas consideram o art.1152.º um paradigma do *diritto di ritenzione*, isto porque nele estão contidos todos os pressupostos da faculdade de *ritenere*¹³³.

Nesta linha, evidenciam-se três elementos essenciais para o exercício do direito de retenção do possuidor de boa fé: a posse¹³⁴, dois créditos recíprocos e uma conexão entre o crédito do possuidor e a coisa objecto de posse¹³⁵.

Tal como na lei civil espanhola, existe uma zona cinzenta constituída por alguns preceitos em que avulta a discussão acerca da presença ou ausência do instituto.

Tal sucede, por ex., nos privilégios especiais possessórios, quando o art.2756.º, §3 concede a faculdade de *ritenere* a coisa móvel objecto de privilégio para garantir os créditos e despesas de melhoramento e conservação da mesma, e quando o art.2761.º, §4 atribui ao transportador, ao mandatário e ao depositário, o poder de continuar na detenção das coisas móveis respectivamente transportadas, adquiridas na execução do

¹³¹ O diploma data de 1942. Os preceitos legais referidos na exposição desta matéria, sem menção do diploma a que pertencem, integram o CCit.

¹³² Entre nós, esta figura desapareceu.

¹³³ *Id.*, p.177.

¹³⁴ V. a *sentenza* de 26/04/83, n.º 2867, da *Corte di Cassazione*, *apud Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza*, a cura di Luciano Ciafardini, Fausto Izzo, 12ª ed., Napoli, Esselibri-Simone, 2009, p.1101.

¹³⁵ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.79 e D'Avanzo, Walter, «Ritenzione (Diritto di)», *Noviss. Dig. It.*, vol.XVI, 3ª ed., 1957, p.177.

mandato ou depositadas, enquanto não for pago o crédito privilegiado tocante às despesas de transporte, à execução do mandato ou do depósito.

As dúvidas instalam-se porque a lei cria uma íntima relação entre a situação da retenção e do privilégio, sendo necessária a prévia detenção da coisa, que pode seguir para venda, sabendo que no art.2741.º, enunciativo das causas legítimas de preferência no pagamento do crédito, é omissa o direito de retenção¹³⁶.

Nesta medida, alguma doutrina entende que existem dois géneros de retenção: a *ritenzione semplice* e a *ritenzione privilegiata*¹³⁷. A primeira representa o direito de retenção tal como o temos observado até então, a segunda manifesta-se naqueles dois artigos relativos aos privilégios especiais possessórios, como um caso especial em que a retenção é necessária para dar força ao privilégio¹³⁸. A *contrario sensu*, outros autores apontam para a urgência na distinção entre o direito de retenção e os privilégios, perfeitamente autónomos¹³⁹.

Anotamos que o sistema jurídico italiano recorre muitas vezes às potencialidades do *ius retentionis* para colmatar possíveis falhas das causas legítimas de preferência, embora não lhe reconheça a força que lhe é própria entre nós; o *ius distrahendi* e a sua oponibilidade *erga omnes*^{140/141}.

Em termos genéricos¹⁴², é *conditio sine qua non* do *diritto di ritenzione*, a presença de um *credor* da restituição de uma coisa e de um seu *devedor* que é simultaneamente *credor* de *despesas causadas* por ela. O crédito garantido deve ser certo, actual e exigível e a coisa deve ser infungível e susceptível de posse. Walter D'Avanzo considera ainda indispensável, o credor da coisa ser seu *proprietário*¹⁴³.

Diferentemente dos ordenamentos jurídicos que fomos analisando, no Direito Alemão e mais precisamente, no *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁴⁴, o legislador civil utilizou

¹³⁶ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.85.

¹³⁷ V. BARBA, ANGELO, «Ritenzione (dir. priv.)», *ED*, vol.XL, Guioffrè Editore, 1989, p.1382.

¹³⁸ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.86.

¹³⁹ Neste sentido, v. D'AVANZO, WALTER, «Ritenzione (Diritto di)», cit., p.173.

¹⁴⁰ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.71.

¹⁴¹ O art.2235.º proíbe o direito de retenção a favor do profissional liberal, a não ser pelo estrito período necessário para a tutela do direito, de acordo com as leis profissionais. Sobre o assunto, v. GIACOBBE, GIOVANNI, «Professioni intellettuali», *ED*, vol.XXXVI, Varese, Giuffrè Editore, 1987, p.1080.

¹⁴² V. D'AVANZO, WALTER, «Ritenzione (Diritto di)», cit., p.174 e ss e SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.71 e 80.

¹⁴³ *Id.*, p.175.

¹⁴⁴ Ou BGB de 1900. Os preceitos referidos na exposição desta matéria, sem menção do diploma a que pertencem, integram este código.

a técnica de positivação de uma norma geral que estatui acerca dos pressupostos e elementos caracterizadores do *Zurückbehaltungrecht*¹⁴⁵.

Assim, encontramos os §§273 e 274 do diploma em apreço que regulam o conteúdo e os efeitos jurídico do direito de retenção.

Para além destes, existem outras disposições dispersas pelos vários Livros do BGB, igualmente referentes ao *ius retentionis*.

A lei concede o direito de retenção ao arrendatário (§556b) pelos créditos relativos a rendas pagas em excesso ou obtidos nos termos dos §§536a e 539, quando a renda se torne exigível.

Seguidamente, o direito de retenção é atribuído ao achador de uma coisa perdida, contra o seu proprietário, para reforçar o crédito derivado das despesas necessárias de conservação da *res* ou realizadas no objectivo de encontrar o seu titular, ou ainda correspondente ao prémio pelo achamento exigido pelo achador ao proprietário (§§971 e 972).

O §972 estatui por remissão aos §§1000 a 1002, que concedem o *ius retentionis* ao possuidor.

Relativamente a este, a *retentio* reforça o crédito correspondente às despesas realizadas com a coisa, desde que a posse não tenha sido adquirida mediante um acto ilícito, intencionalmente praticado. Segundo o §1001, é necessário recorrer à via judicial através da propositura de uma acção de dívida contra o proprietário, e que este aprove as despesas ou readquira a coisa. Ou seja, se o possuidor restituir a coisa ao seu proprietário sem previamente propor a acção contra ele para o pagamento do crédito, ou sem ter obtido a aprovação daquelas despesas relativamente às quais o crédito foi constituído, ele extingue-se no prazo de um ou seis meses, consoante esteja em questão uma coisa móvel ou imóvel (§1002, n.º 1)¹⁴⁶.

Proposta a acção, o possuidor pode convidar o proprietário a aprovar as despesas num determinado prazo e executar a coisa, caso tenha sido ultrapassado o prazo fixado sem resposta do proprietário (§1003, n.º 1) ou após o decurso do segundo prazo estabelecido após o trânsito em julgado da confirmação do *quantum* das despesas, que foi atempadamente contestado pelo proprietário de acordo com o primeiro prazo (§1003, n.º 2)¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Direito de retenção.

¹⁴⁶ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit, p.130.

¹⁴⁷ *Ibidem*

O §2022 permite ao possuidor de bens da herança reter a coisa obrigada a conferir, para reforçar as garantias de cumprimento do seu crédito, relativo a despesas e encargos da *res* em causa¹⁴⁸.

Acerca dos §§273 e 274¹⁴⁹, a lei civil alemã reconhece duas hipóteses de direito de retenção. A primeira, estatuída no n.º 1 do §273, basta-se com uma conexão jurídica entre o crédito e a coisa, a segunda, estabelecida no seu n.º 2, exige uma conexão objectiva entre ambos.

O direito pode ser convencionalmente afastado¹⁵⁰ ou extinto mediante a prestação de uma garantia que não seja a fiança. Aliás, nunca poderá ser titulado por quem obteve a detenção ou posse por acto ilícito (§273, n.º 2 e §1000).

Apontamos para o silêncio da lei relativamente à titularidade da coisa pelo credor da sua restituição, para efeitos de atribuição do direito em causa¹⁵¹.

Por último, realçamos o §274, indicativo de que também no Direito Alemão, o direito de retenção está desprovido de *ius ditrahendi*, pois apenas no âmbito de uma acção judicial intentada pelo credor da coisa é que o devedor poderá *excepcionar*¹⁵² o seu cumprimento invocando o direito de retenção. O exercício deste direito consiste numa condenação ao cumprimento simultâneo dos dois créditos recíprocos.

No Direito Francês, a Reforma das *Sûretés* de Março de 2006, criadora de um Liv. IV novo do *Code de Napoléon*, quebrou com a tradição seguida pelo mesmo até então. Vimos *supra* que o modelo francês se caracterizava pela técnica de positivação pontual do direito. Actualmente, foi codificada no art.2286.º do seu CC¹⁵³, uma *norma de referência do droit de rétention*^{154/155}.

Todavia, para além desta norma de princípio, a doutrina¹⁵⁶ e jurisprudência apontam para várias hipóteses de direito de retenção contidas no Código.

¹⁴⁸ *Id.*, p.131.

¹⁴⁹ *Id.*, p.126 e ss.

¹⁵⁰ *Id.*, p.136.

¹⁵¹ *Id.*, p. 132.

¹⁵² *Ibidem*

¹⁵³ O CCf data de 1804. Actualmente é composto por cinco Livros e o Liv. IV – *Das garantias*, foi criado pela *Ordonnance* 2006-346, de 23/03/06.

¹⁵⁴ V. SIMLER, PHILIPPE, «La Réforme du Droit des Sûretés Un Livre IV Nouveau du Code Civil», *JCP*, n.º 13, 2006, p.598.

¹⁵⁵ Os preceitos referidos na exposição desta matéria, sem indicação do diploma a que pertencem, integram o CCf.

¹⁵⁶ V. SIMLER, PHILIPPE e DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit Civil Les Sûretés La Publicité Foncière*, 6ª ed, Paris, Dalloz, 2012, p.526.

Entre outras normas, o art.570.º reconhece o direito de retenção ao especificador que usou materiais de um terceiro para criar uma coisa de outra espécie, quando este a reivindicar, de modo a obter o reembolso do seu trabalho. O art.1612.º permite ao vendedor guardar a coisa objecto da venda, até ao pagamento do seu preço pelo comprador. Por sua vez, o art.1673.º possibilita ao comprador o poder de prorrogar a detenção da coisa, apesar de o vendedor exercer o seu direito de resgate, até ao cumprimento integral da respectiva obrigação de reembolso do preço da coisa, das despesas e reparações efectuadas pelo comprador¹⁵⁷.

Quanto à caracterização do instituto, da norma geral (art.2286.º) extraem-se três elementos: a detenção, o crédito causador da retenção e a conexão entre este e aquela¹⁵⁸. Note-se o silêncio da lei civil a propósito da (des) necessidade de o credor da restituição da coisa ser o seu *propriétaire*.

Relativamente à detenção, exige-se classicamente a detenção da coisa, sendo que, a sua perda voluntária implica uma renúncia ao direito de retenção¹⁵⁹. A *res* deve ser corpórea, embora se tenha assistido a uma flexibilização deste requisito¹⁶⁰. Por regra, as coisas materiais devem estar no comércio jurídico¹⁶¹, apesar de não importar o seu valor económico ou a sua utilidade intelectual ou material. Exige-se, igualmente, a boa fé do retentor, uma detenção lícita e *regular*¹⁶². É necessária e suficiente a mera detenção¹⁶³.

Quanto ao crédito a garantir, deve ser certo, exigível e líquido. Observamos contudo, a maleabilidade dos dois últimos requisitos¹⁶⁴.

O art.2286.º apresenta três tipos de *lien de connexité*: jurídica ou intelectual (n.º2), material ou objectiva (n.º3) e convencional (n.º1)^{165/166}.

¹⁵⁷ Inversamente, o art.1885.º exclui o direito de retenção a favor do comodatário.

¹⁵⁸ V. SIMLER, PHILIPPE e DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit...*, cit., p.529.

¹⁵⁹ Art.2286.º, *in fine*

¹⁶⁰ V. AYNES, AUGUSTIN, *Le Droit...*, cit., p.78 e 79 e SIMLER, PHILIPPE e DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit...*, cit., p.530. Aliás, o art.102.º da Lei n.º 96-597, de 02/07/96, estende o direito de retenção a créditos e instrumentos financeiros.

¹⁶¹ Ficam fora do objecto do direito, por ex., o corpo humano, v. SCAPEL, CHRISTIAN, «Le Droit de Rétenção en Droit Positif», *RTDciv.* Année 1981, p.549, SEUBE, JEAN-BAPTISTE, *Droit des Sûretés*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 2012, p.233 e SIMLER, PHILIPPE e DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit...*, cit., p.531. Modernamente a doutrina aponta para o direito de retenção sobre coisas fora do comércio, desde que não contrário à ordem pública e indispensáveis ao devedor do crédito a garantir, v. LEGEAIS, DOMINIQUE, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 8ª ed., Paris, Lextenso éditions, 2011, p.539 e MAROTTE, JULIEN, «Quelques Précisions quant aux Biens susceptibles de Rétenções», *Recueil Dalloz 2000*, n.º 16, p.365.

¹⁶² V. GIVERDON, CLAUDE e SALVAGE-GEREST, PASCALE «Propriété et Droits Réels», *RTDciv.*, n.º 2, 85ª Année, 1986, p.377, SEUBE, JEAN-BAPTISTE, *Droit...*, cit., p.234 e SIMLER, PHILIPPE e DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit...*, cit., p.532 e 533.

¹⁶³ V. SIMLER, PHILIPPE e DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit...*, cit., p.530.

¹⁶⁴ *Id.*, p.534 e 535.

Também o Direito civil francês priva o direito de retenção do poder de seguir a coisa e de satisfazer o seu crédito mediante a sua venda com preferência no concurso de credores. O retentor não carece da via judicial para exercer o direito mas perde-o a partir da penhora da coisa num processo executivo da sua iniciativa, onde assume a posição jurídica de credor comum¹⁶⁷.

O *droit de rétention* é indivisível, acessório e transmissível¹⁶⁸. Extingue-se quando se verificar a extinção do *poder de bloqueio* da coisa¹⁶⁹.

As dúvidas acerca da sua natureza jurídica não foram afastadas pela Reforma das *Sûretés*. A própria localização sistemática do art.2286.º perturba a tentativa de qualificação do instituto. Assim, continua presente a problemática qualificação de direito real *sui generis*, porque desprovido de *droit de poursuite* e de *préférence*¹⁷⁰.

Por último, importa retardarmo-nos sobre o Direito das coisas da Comunidade Autónoma da Catalunha, organicamente sistematizado na *Ley* n.º 5/2006, de 10/05, referente ao Liv.V – *Direitos reais*, do CCCat^{171/172}.

A legislação autónoma da Catalunha afasta-se do legislador estatal espanhol e aproxima-se da opção legislativa portuguesa de 1966. Localizado nos arts.569-3.º a 569-11.º, na secção relativa às garantias possessórias¹⁷³, o *ius retentionis* é um verdadeiro direito real de garantia, ao lado do penhor, da hipoteca e da anticrese¹⁷⁴.

A definição do instituto estatuída no art.569-3.º, permite-nos induzir três elementos essenciais: a posse de boa fé de uma coisa *a non domino*, a presença de dois créditos e a interligação entre o crédito do retentor e a coisa móvel¹⁷⁵ ou imóvel¹⁷⁶.

¹⁶⁵ Inclui o credor pignoratício, num penhor com desapossamento e o credor beneficiário da *antichrèse* ou *gage immobilier* – penhor imobiliário.

¹⁶⁶ Também, o n.º 4 do preceito estatui o direito de retenção para o credor pignoratício, num penhor sem desapossamento.

¹⁶⁷ V. Aynés, Laurent e CROCQ, PIERRE, *Les Sûretés La Publicité Foncière*, Paris, Defrénois, 2003, p.178 e SEUBE, JEAN-BAPTISTE, *Droit...*, *cit.*, p.237.

¹⁶⁸ V. AYNES, AUGUSTIN, *Le Droit...*, *cit.*, p.255.

¹⁶⁹ *Id.*, p.244 a 251 e 264 a 266.

¹⁷⁰ V. SEUBE, JEAN-BAPTISTE, *Droit...*, *cit.*, p.237 e ss.

¹⁷¹ Esta Lei data de 22/06/06. A Primeira Lei do CCCat (Lei n.º 29/2002, de 30/12) referente ao Liv. I, foi publicada no dia 6/02/2003.

¹⁷² Os preceitos referidos na exposição desta matéria, sem menção do diploma a que pertencem, integram o CCCat.

¹⁷³ Liv.V, Tít.VI – *Direitos reais limitados* e Cap.IX – *Direitos reais de garantia*.

¹⁷⁴ Arts.569-1.º e 569-2.º, n.º 1/b.

¹⁷⁵ A mesma pode ser de pouco valor, art.569-10.º, n.º 1.

¹⁷⁶ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.155.

O art.569-4.º prevê a conexão jurídica (al.c), a conexão material (als.a e .b) mas também um direito de retenção emergente de uma obrigação de pagamento de juros ou qualquer outra que a lei expressamente reforça com aquela garantia (als.d e .e).

Outra especificidade reside no art.569-6.º, n.º 1 e 2. É reconhecida a oponibilidade *erga omnes* do direito e precisa-se o dever de cuidado e diligência na conservação da coisa cargo do retentor.

A constituição do direito assume trâmites que diferem consoante a natureza da *res* retida.

Num primeiro momento, o retentor pretende coagir o seu devedor ao cumprimento do crédito. Para tal, é elemento constitutivo da garantia¹⁷⁷, a notificação notarial do devedor, do proprietário da coisa se for outra pessoa e dos eventuais titulares de outros direito reais sobre ela, se proceder a decisão de *retener*, a liquidação praticada e a determinação do valor das obrigações em dívida, segundo o art.569-4.º¹⁷⁸.

Para as coisas móveis de pouco valor e segundo o art.569-10.º, n.º 2, basta uma notificação por fax, por carta com aviso de recepção ou por qualquer outro meio que possa confirmar de modo suficiente a sua recepção.

No tocante a coisas imóveis, aplicam-se as normas jurídicas da legislação hipotecária¹⁷⁹ e, no que respeita a coisas móveis sujeitas a registo, aplica-se o art.569-7.º, n.º 5 que remete para o art.569-8.º, n.º 3/b e /c.

Assim, o direito de retenção está sempre sujeito a registo quando incide sobre coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo. Para as coisas móveis sujeitas a registo, o retentor deve dirigir-se ao notário para iniciar o procedimento e lavrar em escritura pública, a constituição da garantia ou, se proceder, a resolução judicial correspondente. Seguidamente, o notário deve solicitar ao Registo da Propriedade, o certificado de domínio e dos direitos inscritos que pesam sobre a *res*.

Após a notificação notarial, os notificados podem opor-se judicialmente, no prazo de dois meses a contar dessa data¹⁸⁰. Ultrapassado este tempo, o retentor pode

¹⁷⁷ V. CAPITÁN, EVA JORDÀ, «El Derecho de Retención...», *cit.*, p.536.

¹⁷⁸ V. art.569-5.º, n.º 1.

¹⁷⁹ V. o art.2.º, n.º 2 da *Ley Hipotecaria Española* de 1946, onde podemos considerar a inscrição do acto de constituição do direito de retenção sobre um imóvel. Para além desta legislação, aplica-se o art.569-5, n.º 3 e 4 do CCCat, quando o imóvel for uma vivenda familiar. Depois da notificação, o retentor pode requerer ao seu devedor, a outorga da escritura de reconhecimento do direito de retenção para efeitos de inscrição no Registo da Propriedade, v. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.159.

¹⁸⁰ Art.569-5.º, n.º 1, *in fine*.

num segundo momento, realizar o valor da coisa retida, sendo que neste âmbito, o regime jurídico é mais uma vez diferenciado, consoante a natureza da coisa.

Se ela for móvel e de pouco valor, decorrido um mês após a notificação sem resposta de qualquer notificado, o retentor pode dispor livremente da coisa, tendo o proprietário direito ao remanescente do crédito devido e das despesas de conservação e alienação, caso aquela seja vendida¹⁸¹.

Nas restantes hipóteses, para a coisa móvel ou imóvel, os arts.569-7.º e 569-8.º permitem a venda directa por eles ou por um terceiro. Na falta de acordo, terá lugar a *subasta pública notarial*. Caso não haja ofertas na primeira, far-se-á uma segunda e, se o insucesso perdurar, pode o retentor fazer sua a coisa, outorgando uma carta de pagamento do crédito e assumindo os gastos do procedimento.

Estamos perante uma verdadeira *garantia real directa*¹⁸² do cumprimento das obrigações e não, tal como o realça Eva Capitán¹⁸³ acerca do direito espanhol estatal, face a uma mera excepção processual do devedor.

De todas as experiências jurídicas percorridas, notamos que nem sempre o legislador opta pelas mesmas formas de tutela do crédito e que o nosso Direito Civil desprende-se das demais experiências jurídicas euro-continentais. Vejamos qual a força que, entre nós, é reconhecida ao *ius retentionis* perante terceiros, enquanto autêntico direito real de garantia.

4.Uma Dupla Função Aliada a um Amplo Campo de Irradiação; A Eficácia *Erga Omnes*

Após uma aproximação ao conteúdo do direito de retenção na relação creditícia entre o retentor e o seu devedor, e após uma breve abordagem de algumas experiências jurídicas estrangeiras, urge concentrarmo-nos de novo no nosso Direito e alargar o horizonte para uma reflexão a propósito dos efeitos jurídicos do direito de retenção em relação a terceiros.

¹⁸¹ Art.569-10º, n.º 3 e 4

¹⁸² V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.158.

¹⁸³ V. CAPITÁN, EVA JORDÀ, «El Derecho de Retención...», cit., p.532.

4.1. A Faculdade de Incomodar Versus a Garantia com Preferência no Pagamento

Pelos arts.604.º, n.º 2, 758.º e 759.º do CC¹⁸⁴, reconhecemos que, entre nós, o instituto atribui ao seu sujeito activo uma autêntica garantia real do cumprimento do seu crédito. Constitui portanto, uma *causa legítima de preferência*.

Assim, a doutrina e a jurisprudência referem-se a uma dupla função do instituto: a função compulsória ou de coerção e a função de garantia.

Neste âmbito, merece particular atenção a reflexão desenvolvida por J. Calvão da Silva. O A. aponta para o direito de retenção como *um meio de coerção defensiva*, ao lado da *exceptio de non adimpleti contractus*, pois o retentor goza do poder defensivo de compelir o seu devedor a cumprir a obrigação. Esta pressão psicológica licitamente exercida revela ser uma forma extremamente eficaz de ver satisfeito o crédito quando o património do devedor for capaz de responder pela dívida e o valor económico da *res* detida for bastante mais elevado do que o crédito devido ou ainda, quando a mesma for de extrema importância para o devedor, em termos profissionais ou pessoais¹⁸⁵.

Por isso, alguns autores qualificam o direito de retenção como uma faculdade *defensiva* de *incomodar*, um meio *arcaico* mas *forte* e *eficaz* de cumprimento da obrigação¹⁸⁶.

O *ius retentionis* aproxima-se de um instituto vizinho: a *exceptio de non adimpleti contractus*. Porém, as figuras não são confundíveis, desde logo pelo seu fundamento. Ao passo que a *exceptio* surge como forma própria de cumprimento simultâneo das obrigações nos contratos bilaterais e, por isso, é representativa de um sinalagma funcional¹⁸⁷, o direito de retenção em nada se funda num nexo de correspondência existente entre os dois créditos, mas sim e apenas, numa sua reciprocidade¹⁸⁸.

J. Calvão da Silva acrescenta que, o direito de retenção constitui um *ultimum subsidium* da *exceptio*, na medida em que o credor só recorre àquele quando já realizou

¹⁸⁴ Doravante e no restante *iter* da nossa investigação, os preceitos legais referidos sem indicação do diploma legal, integram o nosso CC actual, salvo menção em contrário.

¹⁸⁵ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção pecuniária Compulsória*, Reimp. da 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p.339, 345.

¹⁸⁶ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.4 e 5.

¹⁸⁷ Art.428.º, n.º 1

¹⁸⁸ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento...*, *cit.*, p.348 a 350.

a sua prestação, tendo inviabilizado a possibilidade de recorrer a esta para ver satisfeito o seu crédito.

Cumulativamente à *faculdade de incomodar*, o nosso Direito civil atribui ao *ius retentionis* uma função de garantia contra a *impotência económica do devedor*, primeiramente vertida no art.604.º, n.º 2, de seguida localizada nos arts.758.º e 759.º¹⁸⁹. A própria inserção sistemática do instituto no Cap. respeitante às garantias especiais das obrigações, confirma a doutrina que realça a crescente preocupação do nosso legislador pela consagração e intensificação desta função, de modo a considerar o direito de retenção como uma *supergarantia*¹⁹⁰, sobrepondo-se à percepção de um mero *pouvoir de blocage*¹⁹¹.

O que significa o direito de retenção *garantir especialmente* o cumprimento do crédito do retentor? Em caso de não cumprimento voluntário da obrigação, o Direito assegura a satisfação da razão creditícia, tão completa quanto possível, concedendo a qualquer credor de um devedor, a faculdade de realização coactiva da prestação.

Referimo-nos à acção creditória, concretizada numa acção cível declarativa de condenação à prestação devida e numa acção executiva¹⁹². A execução forçada alarga-se à totalidade dos bens do devedor, por isso se fala em garantia comum dos credores que consiste no património do devedor¹⁹³. A este património concorrem todos os seus credores em posição paritária¹⁹⁴, salvo verificação na titularidade de um deles, de uma causa legítima de preferência, na qual se inclui *o direito de retenção*¹⁹⁵.

Nesta linha, o instituto sob apreciação garante especialmente o crédito no sentido de *reforçar* a garantia comum de todos os credores, de modo a que o seu titular possa escapar ao tratamento paritário que é subjacente àquela. Fá-lo de um modo *qualitativo* porque incide sobre uma coisa certa e determinada¹⁹⁶, permitindo que o credor goze de preferência no pagamento do seu crédito perante os demais credores do

¹⁸⁹ *Id.*, p.346.

¹⁹⁰ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.12.

¹⁹¹ V. AYNES, AUGUSTIN, *Le Droit...*, *cit.*, p.204.

¹⁹² Art.817.º e arts.2.º, n.º 2, 4.º, n.º 3 e 45.º e ss do CPC (arts.2.º, 10.º e 703.º e ss do CPC/13).

¹⁹³ V. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol.I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p.129 a 131 e 158.

¹⁹⁴ Arts.601.º e 604.º, n.º 1

¹⁹⁵ Art.604.º, n.º 2

¹⁹⁶ Se admitirmos que a coisa possa ser de terceiro não devedor (o que veremos *infra*), o reforço é também ele *quantitativo*.

mesmo devedor¹⁹⁷. Qualifica-se o direito de retenção como uma garantia real e não pessoal^{198/199}.

Do seu regime jurídico, podemos determinar qual será a ordem de pagamento para efeitos de graduação de créditos numa acção executiva, onde haja concurso de credores.

Quando a retenção for exercida sobre uma coisa móvel, o seu titular goza dos direitos e está sujeito aos deveres, nos mesmos termos que o credor pignoratício²⁰⁰. Assim, o retentor tem direito a realizar o seu crédito com o valor da coisa retida, preferindo sobre os demais credores²⁰¹. Todavia, preferem sobre ele e são primeiramente graduados, os créditos garantidos por privilégios imobiliários²⁰² e outros privilégios especiais anteriormente adquiridos²⁰³.

Quando a retenção for exercida sobre um imóvel, o seu titular goza da faculdade de execução da coisa e de satisfação do seu crédito, com preferência sobre os demais credores do mesmo devedor, nos mesmos termos que o credor hipotecário²⁰⁴. Além de que, o seu crédito é graduado acima de uma hipoteca, mesmo que anteriormente registada²⁰⁵. Logo, na hierarquia de credores é primeiramente graduado o titular de um privilégio imobiliário especial, ou o beneficiário de um privilégio mobiliário especial anteriormente constituído, após o qual encontramos o retentor e só depois o sujeito activo de uma hipoteca, mesmo que registada em momento anterior ao exercício da *retentio*²⁰⁶.

¹⁹⁷ V. o ac. da RP de 06/04/06, relatado por José Ferraz in www.dgsi.pt e o ac. da RG de 23/10/02, relatado por António Gonçalves in www.dgsi.pt.

¹⁹⁸ O reforço destas garantias é, inversamente, quantitativo. Visa-se acrescentar mais património para a satisfação de um débito, sem preferência quanto ao seu pagamento. É o caso da fiança (arts.627º e ss) e da garantia autónoma.

¹⁹⁹ Recordamos que as garantias reais estão sujeitas ao princípio do *numerus clausus* (art.1306.º). Além do direito de retenção, a lei tipifica como tal a consignação de rendimentos (arts.656.º e ss), o penhor (arts.666.º e ss), a hipoteca (arts.686.º e ss) e os privilégios creditórios especiais (arts.733.º e ss).

²⁰⁰ Art.758.º

²⁰¹ Arts.666.º e 675.º

²⁰² Que são sempre especiais, arts.735.º, n.º 3 e 751.º

²⁰³ Vale para estes unicamente a regra *prior in tempore potior in iure*, devido à ausência de registo, art.750.º.

²⁰⁴ Art.759.º, n.º 1

²⁰⁵ Art.759.º, n.º 2

²⁰⁶ V. o ac. do STJ de 26/06/01, *cit.*, p.137, o ac. da RG, de 20/11/12, relatado por António Santos in www.dgsi.pt e o ac. da RC, de 07/02/06, relatado por Artur Dias in www.dgsi-pt.

4.2. Extractos de *Realidade* Expressivos da Natureza do Direito

O direito de retenção escapa à localização sistemática da categoria dos Direitos das Coisas, enquanto ramo do Direito objectivo, privado comum e patrimonial, no Liv.III do CC. Olhando para a classificação tripartida dos direitos reais, aquele Liv. dispõe acerca da posse e de direitos reais de gozo²⁰⁷, deixando os direitos reais de garantia²⁰⁸ e de aquisição²⁰⁹ dispersos pelos restantes Liv. do Código²¹⁰.

Como direito subjectivo, a *realidade* de um direito define-se essencialmente pelo facto de incidir sobre uma coisa certa e determinada – *ius in re*. Aliás, Luís Menezes Leitão argumenta que os direitos reais envolvem um poder *imediato* sobre uma coisa *corpórea* à qual fica *inerente*, permitindo ao seu titular *um aproveitamento jurídico*, e por vezes também *material*, da mesma²¹¹. Esta caracterização genérica dos direitos reais recorda-nos o desenvolvimento efectuado em torno de um elemento caracterizador do direito de retenção; a detenção de uma *res* e o especial *lien de conexité* entre esta e o crédito, aliás intensamente associado ao princípio de que os direitos reais incidem sobre uma coisa *actual, certa e determinada*, ou seja, ao princípio da especialidade ou individualização²¹².

Optamos pelo desenvolvimento de três características do direito *real* de retenção: a inerência, a sequela e a preferência²¹³.

No tocante à inerência, notamos uma ligação particularmente intensa entre o direito e a coisa retida, de modo que não possa haver separação entre eles, sob pena de extinção do direito e nascimento de um novo cujo objecto passa a ser outra *res*²¹⁴.

A sequela ou *droit de suite* significa que o direito segue e persegue a coisa, independentemente da sua transmissão posterior a outro sujeito. Ora, no direito de retenção, o direito de seguimento manifesta-se pelo poder de vender a coisa e fazer seu o seu produto, independentemente de posteriores transmissões da mesma a terceiros²¹⁵.

²⁰⁷ Embora não todos, v. o direito de habitação periódica regulamentado pelo DL n.º 275/93, de 05/08.

²⁰⁸ No Liv.II – *Direito das obrigações*.

²⁰⁹ Por ex., para alguma doutrina, o contrato-promessa ou pacto de preferência, ambos com eficácia real, também do Liv. II.

²¹⁰ V. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, cit., p.16.

²¹¹ V. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, cit., p.45.

²¹² V. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, cit., p.28.

²¹³ V. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, cit., p.473.

²¹⁴ *Id.*, p.48.

²¹⁵ *Id.*, p.49. V. tb. o ac. da RP de 09/11/10, *CJ*, Ano 35, T.V, 2010, p.190 e o ac. da RE de 02/07/09, relatado por Manuel Marques in www.dgsi.pt.

A exigência legal de penhorabilidade da coisa objecto de retenção e o facto de o retentor gozar dos meios de defesa da posse – embora não seja uma verdadeira *ubi rem meam, ibi vindico* por não estar em causa o reconhecimento e reivindicação da propriedade – indiciam este traço de *realidade*.

O direito de preferência faculta ao retentor uma satisfação prioritária do seu crédito no concurso de credores, perante direitos de crédito ou direitos reais posteriormente constituídos ou registados²¹⁶. Aliás, vimos *supra* qual seria a graduação do direito de retenção, num concurso de credores com outros direitos reais de garantia sobre a mesma coisa, consoante o objecto seja uma coisa móvel ou imóvel.

Recordamos que mais traços de *realidade* do direito de retenção presenciam na caracterização geral do instituto. A sua acessoriedade, a sua transmissibilidade a terceiros e a sua indivisibilidade são indícios próprios deste tipo de garantias, lembrando os princípios da transmissibilidade²¹⁷ e da totalidade²¹⁸, enquanto princípios estruturantes dos direitos reais²¹⁹.

Importa sublinhar a ausência da necessidade de registo do facto constitutivo do direito de retenção, apesar de poder incidir sobre uma coisa imóvel ou móvel sujeita a ele²²⁰.

Por isso, alguns Aa. qualificam o instituto como uma garantia *quase occulta*²²¹. Vejamos a *ratio* desta afirmação.

Entre nós vigoram os princípios da causalidade e da consensualidade, de acordo com os quais é necessária e suficiente uma *justa causa* para a constituição, transmissão e extinção de um direito real, formando-se desta forma um sistema rigorosamente do título. Basta o acto jurídico pelo qual se estabelece a vontade de transmitir ou constituir o direito real para se produzirem os efeitos correspondentes²²². O princípio da

²¹⁶ A doutrina menciona os arts.604.º, 407.º e 408.º como manifestações da preferência que, apesar de não ser exclusiva dos direitos reais, é caracterizadora dos mesmos, v. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais, cit.*, p.22, nota 37 e LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais, cit.*, p.50, 53 e 55.

²¹⁷ *Inter vivos* ou *mortis causa*.

²¹⁸ Deve considerar-se objecto do direito a totalidade da coisa, *inclusive* partes componentes e integrantes.

²¹⁹ V. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais, cit.*, p.28 e 32.

²²⁰ V. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.I., *cit.*, p.774.

²²¹ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.12.

²²² É portanto suficiente um título – negócio jurídico ou decisão judicial, sem a necessidade de um modo (registo ou entrega da coisa objecto do direito), v. os arts.408.º, n.º 1, 879.º/a, 954.º/a e 1317.º/a e v. CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito das Coisas*, Coimbra, Coleção Perspectiva Jurídica/ Universidade, 1977, p.270.

publicidade dos direitos reais torna-se imprescindível para compensar a insegurança e incerteza potencialmente gerada no tráfico jurídico por este sistema.

São tradicionalmente apontadas três formas de publicidade: o formalismo negocial, o registo predial e a posse. O registo é referido como uma publicidade *provocada* ou *racionalizada* e dá a conhecer ao público em geral os direitos reais sobre imóveis e móveis sujeitos a ele²²³.

A posse permite uma publicidade *espontânea* e assegura aos terceiros não intervenientes naquela situação jurídica a confiança necessária nos factos correspondentes ao direito relativo a coisas móveis não sujeitas a registo^{224/225}.

Por regra, o registo assume efeitos meramente consolidativos, permitindo dar publicidade ao facto gerador de efeitos reais, válido e eficaz *inter partes* segundo as regras de Direito civil e alargando a produção dos seus efeitos perante terceiros²²⁶. Assim, porque o direito de retenção não está sujeito a registo²²⁷, é consensualmente aceite a produção dos seus efeitos jurídicos em relação a terceiros, independentemente daquele²²⁸.

A doutrina maioritária argumenta no sentido de que a publicidade do direito de retenção está sempre assegurada pela detenção material da *res*, realçando a publicidade de facto derivada dos actos materiais e objectivos correspondentes à detenção – retenção, facilmente (pelo menos potencialmente) reconhecíveis aos olhos do público em geral. Aliás, visto estarmos perante uma garantia *ex lege*, estará sempre assegurada a sua visibilidade pela própria lei, verificando-se semelhante situação nos privilégios creditórios especiais²²⁹.

A *contrario sensu*, Carlos Pereira de Abreu manifesta a insuficiência de publicidade do instituto, ilustrando com o direito de retenção exercido sobre um terreno, um pinhal ou uma propriedade agrícola a ser cultivada por alguém, alertando para a

²²³ Arts.1.º e 104.º do CRPred vigente, aprovado pelo DL n.º 224/84, de 06/07 e republicado pelo DL n.º 533/99, de 11/12. V. tb. art.1.º, n.º1 do CRBM vigente e aprovado pelo DL n.º 277/95, de 25/10.

²²⁴ V. CARVALHO, ORLANDO DE, «Terceiros para Efeitos de Registo», *BFD*, vol.LXX, 1994, p.98, JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, cit., p.44 e FONSECA, ANA MARIA TAVEIRA DA, «Publicidade Espontânea e Publicidade Provocada de Direitos Reais sobre Imóveis», *CDPriv.*, n.º 20, 2007, p.14.

²²⁵ Tanto o possuidor como o titular registal gozam de uma presunção *iuris tantum* de titularidade do direito correspondente ao registo ou aos poderes de facto exercidos, art.1268.º, n.º 1 do CC, art.7.º do CRPred e art.2.º do CRBM.

²²⁶ Arts.1.º, 4.º, n.º 1 e 5.º do CRPred e v. FONSECA, ANA MARIA TAVEIRA DA, «Publicidade...», cit., p.14.

²²⁷ O art.2.º, n.º 1 do CRPred não sujeita a garantia a registo.

²²⁸ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.242.

²²⁹ Neste sentido, entre outros, COSTA, M. J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, cit., p.981 e J. Lourenço Soares *apud* MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.104.

potencial má fé do proprietário – neste caso devedor do retentor, que pode ocultar uma retenção através da aparência de um comodato ou arrendamento²³⁰.

4.3. Em Especial, a Eficácia *Erga Omnes* e a Posição Jurídica do Terceiro Interviente na Relação Creditícia

Reconhecer o *ius retentionis* como um autêntico direito real de garantia implica afirmar a sua eficácia absoluta ou *erga omnes*²³¹. A nota verdadeiramente diferenciadora dos direitos reais e de crédito consiste, por regra²³², na eficácia em relação a terceiros dos primeiros e na eficácia relativa ou meramente *inter partes* dos segundos²³³.

Os textos jurídicos afirmam tradicionalmente que os direitos reais são *iura excludendi omnes alios*, ou seja, o seu exercício *exclusivo* por uma pessoa impõe a todos os restantes membros de uma comunidade jurídica um dever de o respeitar²³⁴.

Recordamos que existem três teorias acerca da natureza jurídica do direito real. A teoria clássica fundamenta o direito numa *ligação exclusiva* entre a coisa e o sujeito. *Ex adverso*, a teoria personalista assenta na intersubjectividade como elemento fundamental do Direito, por isso, o direito real consiste numa *relação* entre um sujeito e os restantes indivíduos da comunidade jurídica, mais precisamente, consiste num *poder de excluir* as outras pessoas de ingerências incompatíveis com o direito sobre ela.

A teoria eclética ou mista procurou conciliar as duas teorias contrapostas, considerando dois lados do direito: um interno e outro externo. O lado interno é referente ao poder directo e imediato sobre a coisa, o lado externo diz respeito à relação intersubjectiva entre o titular do direito e os restantes sujeitos obrigados a respeitá-lo²³⁵.

Nesta linha, Carlos Alberto da Mota Pinto define o direito real como um *poder de exigir de todas as outras pessoas uma atitude de respeito pelo exercício de determinados poderes sobre a coisa*, sendo que este lado externo *deixa um espaço [...]*

²³⁰ V. ABREU, CARLOS PEREIRA DE, *O Direito...*, cit., p.26.

²³¹ V. o ac. da RP de 13/09/07, relatado por Coelho da Rocha in www.dgsi.pt.

²³² Para os seguidores da teoria da eficácia externa das obrigações, esta bipartição não assenta no critério da oponibilidade, pois ambos gozam de uma eficácia geral, v. CORDEIRO, A. MENEZES, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, Reimp. de 1979, 1993, p.309.

²³³ V. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, cit., p.14.

²³⁴ V. PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Direitos Reais*, Compil. MOREIRA, ÁLVARO e FRAGA, CARLOS, Coimbra, Almedina, 2010, p.44.

²³⁵ Existem Aa. que acentuam ora a face externa, ora a face interna, como predominante. Sobre as três teorias, v. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, cit., p.47 a 53.

*preenchido por considerações do tipo de poderes que se está legitimado para exercer sobre a coisa.*²³⁶

Seguindo esta teoria, o lado externo do direito real implica afirmar a atribuição do poder de exercer o direito *perante todos os outros*, obrigados a respeitar esse exercício²³⁷. Isto é, o terceiro, “estranho” ao poder exercido sobre a coisa está vinculado a um dever *genérico* de abstenção de qualquer actividade potencialmente lesiva do exercício do direito real – uma obrigação passiva universal ou dever geral de respeito – que em caso de violação origina uma situação jurídica específica, ou melhor, um dever jurídico de indemnização a cargo desse terceiro, agora titular de um correspondente direito *relativo* – *de crédito*²³⁸. Da eficácia absoluta dos direitos reais, decorre naturalmente a característica da sequela e da prevalência²³⁹.

O CC de 1966 é *quase* transparente acerca da intenção legislativa em estatuir um direito real de retenção. Dizemos *quase* devido ao particular entendimento de Carlos Pereira de Abreu.

O A. expressa que o CC actual veio reafirmar a natureza pessoal do instituto, pois o seu art.754.º exprime tão só um *direito obrigacional de retenção*. Nesta linha, o retentor só pode *excepcionar* o cumprimento da sua obrigação de entrega da coisa, *contra o devedor*, revelando uma função compulsória e de garantia *particular* ou *pessoal*²⁴⁰.

Não partilhamos a opinião do A.. Tivemos a oportunidade de realçar *supra*, o quanto a teoria geral do *ius retentionis*, consagrada no actual CC, é fortemente marcada pela *realidade* do instituto. Não nos parece sustentável a sua qualificação como direito relativo mas com preferência no pagamento, *inclusive* contra uma hipoteca anteriormente registada.

À luz dos arts.754.º e ss do CC, o direito de retenção consiste num poder absoluto oponível a terceiros da relação creditícia²⁴¹. A que terceiros nos referimos?

²³⁶ *Id.*, p.38.

²³⁷ V. PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Direitos Reais*, *cit.*, p.44.

²³⁸ V. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil: Reais*, *cit.*, p.612.

²³⁹ V. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, *cit.*, p.18.

²⁴⁰ V. ABREU, CARLOS PEREIRA DE, *O Direito...*, *cit.*, p.31 e ss.

²⁴¹ Recordamos que, melhor do que o nosso Direito, o CCCat estatui *expressis verbis* a oponibilidade *erga omnes* do *derecho de retención*. Tal clarividência não consta do CC espanhol, italiano, francês e alemão. Contudo, existe uma acentuada discussão doutrinal em torno do tema, v. no Direito italiano, D'AVANZO, WALTER, «Ritenzione (Diritto di)», *cit.*, p.173, v. no Direito francês, SAVATIER, R., «Rétention», *Nouveau Dictionnaire Pratique de Droit*, T.II, Paris, Dalloz, 1933, p.379 e 380.

Cláudia Madaleno ilustra a oponibilidade *erga omnes* com várias modalidades de terceiros: o que adquiriu a coisa, o que a reivindica ou os credores deste ou daquele²⁴².

Nesta óptica, julgamos poder classificar os terceiros de forma bipartida. Entendemos ser *terceiro* aquele que, não sendo devedor do retentor, é titular de outro direito real, seja ele um direito de propriedade ou outro direito real de gozo ou um direito real de garantia, conflituante com o exercício do *ius retentionis*.

Numa primeira nota, é terceiro o posterior adquirente da coisa retida²⁴³, o seu reivindicante, ou o sujeito activo de outro direito real de gozo colidente com o direito de retenção. Numa segunda nota, é terceiro qualquer credor beneficiário de uma garantia real sobre a *res* retida pelo retentor, porque titulares de um direito conflituante com o exercício e preferência atribuída pelo *ius retentionis*²⁴⁴.

Se o exercício de um direito real de terceiro sobre uma coisa retida se torna potencialmente incompatível com o simultâneo exercício do direito de retenção sobre a mesma, de que modo e segundo que critérios se resolve o conflito de direitos reais? A resposta é manifestamente insatisfatória se nos ficarmos pelo simples reconhecimento da oponibilidade *erga omnes*. Importa reflectir sobre os *termos* e variantes dessa mesma oponibilidade.

Júlio Gomes alerta para o crescente nascimento de *uma super-garantia, factor de perturbação no jogo de outras garantias*²⁴⁵. Propomo-nos estudar quais as específicas hipóteses em que este *jogo* se verifica, em que medida esta *perturbação* é realmente provocada e quais as melhores soluções de Direito, numa tentativa de equilibrar os conflitos de interesses subjacentes.

²⁴² V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.101.

²⁴³ V. o ac. do STJ de 25/02/86 (Anotação de Antunes Varela), *RLJ*, n.º 3812, Ano 124, 1992, p.339 a 343.

²⁴⁴ V. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Direito de Retenção», cit., p.131 e PACHECO, ANTÓNIO FÁRIA CARNEIRO, *Do Direito...*, cit., p.36

²⁴⁵ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», cit., p.12.

PARTE SEGUNDA

A Oponibilidade do *Ius Retentionis* a Terceiro Proprietário da Coisa Retida ou Titular de Outro Direito Real de Gozo Sobre Ela

1. Introdução ao Problema

Propomo-nos estudar a potencial colisão entre o direito de retenção e o direito de propriedade ou outro direito real de gozo. Para tal, devem presenciar o nosso *iter* reflexivo duas premissas.

Num primeiro momento, importa reter que, enquanto garantia do cumprimento das obrigações, o direito de retenção pode incidir sobre um bem de terceiro não devedor, tal como sucede obrigatoriamente na fiança ou na garantia autónoma e, facultativamente, na hipoteca ou no penhor²⁴⁶. Num segundo momento, recordamos que o direito de propriedade é *tendencialmente* absoluto, sujeito portanto às limitações que a própria lei impõe, em nome da tutela de outros interesses juridicamente relevantes e para a salvaguarda do conteúdo de direitos com ele conflitantes²⁴⁷.

Porque o Direito existe para a resolução de conflitos de interesses originados numa comunidade jurídica, escolhemos duas *factie species* onde o conflito de direitos reais acima exposto é particularmente patente. Assim, discutiremos a nossa problemática à luz de duas situações jurídicas: a do subempreiteiro perante o dono da obra e, a do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de um direito real, que obteve a *traditio* da coisa objecto mediato do contrato preliminar com eficácia meramente obrigacional, perante o posterior adquirente da mesma *res* ou de outro direito real de gozo sobre ela.

Sublinhamos a principal diferença entre as duas situações. Na primeira, a titularidade do direito de propriedade ou de outro direito real do terceiro – dono da obra antecede a qualidade de subempreiteiro, logo, verifica-se num momento cronologicamente anterior ao possível direito de retenção deste. Notamos estar em

²⁴⁶ V. art.821.º, n.º 2 do CPC (art.735.º, n.º 2 do CPC/13).

²⁴⁷ Art.1305.º, *in fine*.

presença de uma situação tripartida mas linear onde são celebrados dois contratos sucessivos no tempo; uma empreitada e uma subempreitada.

Na segunda, o terceiro adquire a coisa posteriormente à celebração do contrato-promessa. Estamos perante uma situação tripartida mas triangular onde o mesmo sujeito celebra com contraentes distintos um contrato-promessa e um contrato de transmissão de um direito real impeditivo do cumprimento daquele.

2. A Retenção Exercida pelo Subempreiteiro e a Posição de Terceiro – Dono da Obra

2.1. O Problema da Existência e Natureza Jurídica dos Direitos do Subempreiteiro Contra o Dono da Obra

Na óptica de uma análise da posição jurídica do subempreiteiro perante o dono da obra, urge aclarar o sentido do problema subjacente. Perante uma situação de incumprimento da obrigação de pagamento do preço da obra pelo empreiteiro, parcial ou totalmente realizada pelo subempreiteiro, poderá ser reconhecido o exercício legítimo do direito de retenção por este sobre aquela obra? Numa tentativa de dar resposta a esta interrogação, confrontamo-nos com o seguinte obstáculo: se reconhecermos um direito de retenção do subempreiteiro contra o empreiteiro, a sua eficácia, naturalmente absoluta, legitima a sua oponibilidade a um específico terceiro: o originário dono da obra que contratou unicamente com o empreiteiro.

Assim, depreendemos que reconhecer um autêntico direito de retenção ao subempreiteiro colide com princípios jurídicos fundamentais do Direito das Obrigações mas também com o direito real mais amplo, o direito de propriedade, classicamente referido como *ius utendi, fruendi et abutendi*²⁴⁸. Vejamos.

É *conditio sine qua non* de uma subempreitada, a prévia celebração de um contrato de empreitada²⁴⁹. A lei define o mesmo como um contrato com duas manifestações de vontade que prosseguem uma finalidade jurídica comum mas de

²⁴⁸ Arts.1302.º e ss

²⁴⁹ Arts.1207.º a 1230.º

conteúdos opostos. Uma vincula-se à realização de uma obra – o *empreiteiro* e a outra – *dono da obra*²⁵⁰ obriga-se a uma prestação pecuniária, previamente acordada entre ambos²⁵¹.

A obrigação principal do empreiteiro é unanimemente qualificada como uma obrigação de resultado, pelo que a sua vinculação contratual reside na obtenção daquele fim acordado²⁵².

O empreiteiro goza de liberdade na escolha da forma e dos meios adequados para a execução dessa obrigação²⁵³, podendo celebrar contratos de trabalho ou, de um modo genérico, recorrer a auxiliares²⁵⁴. É precisamente neste âmbito que é lícito ao empreiteiro celebrar contratos de subempreitadas com terceiros.

O art.1213.º, n.º 1, define a subempreitada como um negócio jurídico bilateral em que uma das partes – o *subempreiteiro*, vincula-se perante a outra – o *empreiteiro*, à realização de parte ou da totalidade da obra a que este está obrigado, perante o originário dono da obra. Acrescentamos à noção legal, a vinculação do empreiteiro à realização de uma obrigação pecuniária (pagamento do preço) a favor do subempreiteiro como contrapartida do serviço por ele prestado.

Através da noção legal de subempreitada, facilmente compreendemos estar perante um tipo de subcontrato, entendido como um contrato subordinado ou derivado a outro, neste caso ao contrato de empreitada, em termos de existência, vida e destino²⁵⁵. Por isso, a doutrina considera a empreitada como o *contrato de base, principal* ou de *primeira mão*, e a subempreitada como o *contrato derivado, subordinado* ou de *segunda mão*²⁵⁶.

Existem dois contratos de empreitadas distintos e autónomos mas que prosseguem a mesma finalidade económica: a realização do interesse patrimonial do originário dono da obra²⁵⁷. Aplica-se à subempreitada a disciplina legal da empreitada sendo que, ao abrigo deste subcontrato, o empreiteiro assume a posição de dono da obra

²⁵⁰ Relativamente à legitimidade do comitente, a doutrina considera que, além do titular de um pleno direito de propriedade e, dentro dos limites da lei, o locador, o locatário, o proprietário de raíz, o usufrutuário ou o comproprietário, têm legitimidade para serem partes de um contrato de empreitada, v. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contrato de Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994, p.72.

²⁵¹ Art.1207.º A empreitada é uma modalidade de contrato de prestação de serviços, arts.1154.º e 1155.º.

²⁵² Arts.1207.º e 1208.º e *id.*, p.74 e 88.

²⁵³ *Id.*, p.83.

²⁵⁴ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *DJ*, vol.XII, T.I, 1998, p.79.

²⁵⁵ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, Reimp. da ed. de 1989, Coimbra, Almedina, 2006, p.20 e 36 e MESSINEO, FRANCESCO, «Contratto derivato – Sub-contrato», *ED*, vol.X, Varese: Giuffrè Editore, 1962, p.80.

²⁵⁶ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, *cit.*, p.20 e 36.

²⁵⁷ *Id.*, p.37.

e o subempreiteiro adquire a qualidade de empreiteiro *do empreiteiro*^{258/259}. A subempreitada representa *uma aquisição derivada e constitutiva*, pois o empreiteiro concede ao subempreiteiro a faculdade de *uso da sua posição contratual* num segundo contrato e que *deriva* do primeiro²⁶⁰.

P. Romano Martinez demonstra que os dois contratos estão *funcionalmente* ligados e conexos, pois o nascimento da subempreitada depende dos direitos do empreiteiro advindos da empreitada, além de que os direitos e obrigações do subempreiteiro são fortemente marcados pelo conteúdo contratual da empreitada, sem prejuízo de as partes poderem estipular cláusulas diversas²⁶¹.

Em ambos os lugares contratuais, existem dois co-contratantes. Na empreitada são partes o empreiteiro e o dono da obra, na subempreitada são contraentes o mesmo empreiteiro e o subempreiteiro. Ou seja, apesar de o art.1213.º, n.º 1 permitir que a subempreitada tenha por objecto a totalidade da obra igualmente objecto da empreitada, o empreiteiro não fica desonerado e continua adstrito à sua prestação principal perante o dono da obra. Estamos perante uma *sobreposição de vínculos contratuais*, subsistindo o primeiramente constituído entre o dono da obra e o empreiteiro²⁶².

Porque os direitos e obrigações originados por ambos os contratos são *inter partes*, regem-se pelos princípios do Direito das Obrigações, principalmente pelo princípio da relatividade dos contratos²⁶³. Aliás, a própria noção de obrigação em sentido técnico²⁶⁴ implica que o credor seja o único titular activo do direito correspondente daquela obrigação²⁶⁵. Só ao devedor pode ser exigida pelo credor a prestação devida²⁶⁶ e só o credor tem o direito à prestação pelo devedor²⁶⁷.

É manifesto o *carácter relativo* das relações *empreiteiro – dono da obra* e *empreiteiro – subempreiteiro*, unicamente vinculativas destas pessoas, contrariamente ao carácter absoluto dos direitos reais, logo do direito de retenção.

²⁵⁸ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.90.

²⁵⁹ Contudo, identificaremos sempre as partes de cada contrato como dono da obra, empreiteiro e subempreiteiro.

²⁶⁰ V. PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p.363.

²⁶¹ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, *cit.*, p.37 e 197.

²⁶² V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações: Parte Especial: Contratos*, Reimp. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p.405.

²⁶³ Art.406.º, n.º 2.

²⁶⁴ Art.397.º

²⁶⁵ Por regra, a prestação realizada a terceiro não extingue a obrigação, art.770.º.

²⁶⁶ Não obstante poder ser prestada por terceiro, art.767.º.

²⁶⁷ V. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol.I, *cit.*, p.73 a 75.

Por tudo isto, o subempreiteiro é *terceiro* ao contrato de empreitada e o dono da obra é também ele *terceiro* à subempreitada. Falta um *vínculo directo* e imediato que relacione o dono da obra ao subempreiteiro²⁶⁸.

Ora, se apesar da conexão entre os dois contratos, não existe qualquer ligação directa entre quem é parte de um deles mas é terceiro do outro, ou seja, entre o dono da obra e o subempreiteiro, como construir uma justificação de Direito para o exercício de um direito de retenção do último, pelo incumprimento do pagamento do preço a cargo do empreiteiro, e sobre uma coisa – obra de um terceiro que é estranho ao crédito garantido? Deveremos considerar como *conditio sine qua non* do exercício de um direito de retenção, o devedor do retentor ser proprietário da coisa retida?

Cumpra, em primeiro lugar, encontrar a fundamentação legal para a atribuição do direito de retenção para, em segundo lugar, resolver o conflito de exercícios de direitos reais, originado entre o direito de retenção do subempreiteiro e o direito de propriedade ou outro direito real de gozo do originário dono da obra.

Tentemos, portanto, enquadrar a *facti species* do subempreiteiro na norma do art.754.º ou do art.755.º, para afirmarmos a concessão ou negação do direito real a favor do sujeito de Direito.

Desde já, recordamos que a garantia incide sobre uma coisa corpórea, material e alheia ao retentor. Concomitantemente, ficam excluídas da nossa análise as subempreitadas de obras incorpóreas²⁶⁹, além de obras móveis em que os materiais sejam fornecidos no todo, ou na sua maior parte, pelo próprio subempreiteiro²⁷⁰.

Por assumirem especial relevância na realidade jurídica, centramos o objecto da nossa investigação nas subempreitadas de obras de construção, demolição, modificação, reparação ou simples conservação de uma coisa imóvel²⁷¹ – nomeadamente prédios urbanos²⁷² destinados ao regime da propriedade horizontal – mas também, embora com

²⁶⁸ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.81.

²⁶⁹ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.243.

²⁷⁰ Nesta hipótese, aplicando os arts.1212.º, n.º 1 e 1325.º, à subempreitada, o subempreiteiro é, ou torna-se, por acessão automática, titular dos materiais até aceitação da obra pelo empreiteiro, v. a propósito da empreitada, TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, «O Direito de Retenção no Contrato de Empreitada», *O Direito*, Anos 106-119, 1974/1987, p.21 e 22, nota 8.

²⁷¹ O art.1212º, n.º 2, estatui a transmissão da propriedade dos materiais fornecidos pelo empreiteiro (logo também do subempreiteiro), à medida da sua incorporação no solo que pertença ao dono da obra, v.FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.101.

²⁷² V. DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais*, 2ª ed., rev. e aum., S. João do Estoril, Principia, 2007, p.255.

menor ênfase, nas subempreitadas de obras móveis, e desde que os materiais sejam total ou maioritariamente fornecidos pelo dono da obra²⁷³.

Sabendo da intrínseca aproximação das situações jurídicas do empreiteiro e do subempreiteiro, consideramos indispensável uma prévia discussão em torno do direito de retenção do próprio empreiteiro contra o originário dono da obra, por falta de pagamento do preço convencionado no contrato de empreitada²⁷⁴ para, em caso de resposta afirmativa, procedermos ao desenvolvimento da situação do subempreiteiro, com as suas especificidades²⁷⁵.

Assim, e apesar de no debate académico ter logrado impor-se a tese afirmativa²⁷⁶, importa referir os argumentos positivos e negativos da atribuição do *ius retentionis* ao empreiteiro.

A doutrina e jurisprudência, manifestamente contra o seu reconhecimento, expõem dois principais argumentos: um formal e outro material. Primeiro, do art.755.º consta uma *lista de retentores legais* derivada de uma conexão jurídica, na qual não encontramos o empreiteiro²⁷⁷. Segundo, também não se aplica o art.754.º porque o crédito a garantir consiste num preço convencionalmente estipulado e não nos danos ou despesas causados pela *res*. Sobre o assunto, a doutrina citava um ac. da RL que, em

²⁷³ Se forem fornecidos pelo empreiteiro, ele continua a ser o seu proprietário até aceitação da obra pelo dono da mesma o que, naturalmente, só se verificará posteriormente ao correcto cumprimento da subempreitada. Assim, perante uma situação de inadimplemento do empreiteiro, a admitir o exercício do direito de retenção pelo subempreiteiro, não haverá conflito de direitos reais entre este e o originário dono da obra, pois o devedor do retentor continua a ser proprietário da coisa retida, v. FERNANDES, L.CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.101. Esta situação é excluído da nossa análise. Contudo, se o problema da tutela do crédito do subempreiteiro surgir após a aceitação da obra mobiliária sucessivamente pelo empreiteiro e dono da obra mas antes da sua entrega pelo subempreiteiro, considera-se objecto do nosso estudo, pois a titularidade da obra passou da sua esfera jurídica para a do empreiteiro e, seguidamente para o dono da obra.

²⁷⁴ Também nesta hipótese, só nos queremos referir à empreitada de coisa móvel ou imóvel, desde que os materiais sejam fornecidos pelo dono da obra, totalmente ou na sua maior parte, art.1212.º. Analogicamente ao referido *supra*, a propósito da subempreitada, se o problema da tutela do crédito do empreiteiro de obra mobiliária surgir após a sua aceitação pelo dono da obra mas antes da entrega, consideramos este caso compreendido no objecto da nossa investigação, pois a titularidade da obra passou para o seu dono.

²⁷⁵ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.100.

²⁷⁶ A nossa jurisprudência actual é consensual, v. os acs. do STJ de 10/05/11, relatado por Gabriel Catarino, de 03/06/08, relatado por Cardoso de Albuquerque, e de 05/05/05, relatado por Ferreira de Almeida todos in www.dgsi.pt, da RL de 26/01/12 e de 15/12/11, ambos já citados, e de 06/05/00, *CJ*, Ano 25, T.II, 2000, da RP de 04/06/12, relatado por Augusto de Carvalho in www.dgsi.pt e de 15/10/02, relatado por Rapazote Fernandes in <http://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/-22551549>.

²⁷⁷ V. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.II, 3ª ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1986, p.799.

05/06/84²⁷⁸, decidiu negar o direito de retenção de um empreiteiro com este preciso fundamento, contrariamente à jurisprudência firmada pelo STJ, no ac. de 19/11/71²⁷⁹.

Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela citavam o anteprojecto de Vaz Serra, na medida em que propunha a conexão subjectiva a par da conexão material, o que, como sabemos, não logrou impor-se no anteprojecto resultante da segunda revisão ministerial²⁸⁰.

Nos casos de empreitadas de construção de imóveis, acrescentava-se que, mesmo na hipótese de considerar aquele crédito como uma despesa, ela não era realizada *por causa* da coisa, mas sim *para ela existir*²⁸¹.

Nas palavras de Júlio Gomes²⁸², o que se pretende ressarcir não são despesas provocadas pela obra mas sim, o dano causado pela violação do contrato.

Como tutela do crédito do preço²⁸³, propunha-se um único meio de coerção defensiva do empreiteiro: *a exceptio non adimpleti contractus*^{284/285}, ou ainda a estipulação de *garantias adequadas* do cumprimento pelo dono da obra²⁸⁶.

A favor do direito de retenção do empreiteiro, os textos doutrinários centraram-se essencialmente em duas nótulas: demonstrar que a sinalgmaticidade presente da empreitada não obsta ao reconhecimento de um direito de retenção ao abrigo do conceito genérico estatuído no art.754.º, e em comprovar a existência de *despesas efectuadas por causa da res*. Vejamos.

Nas palavras de I. Galvão Telles, o sinalagma legitimante de uma excepção de não cumprimento não é mais do que um *embaraço meramente aparente*²⁸⁷. Mais concretamente, apesar de os dois institutos poderem emergir de uma mesma relação jurídica, a admissibilidade da *exceptio* não impede a aplicação da *retentio*.

²⁷⁸ V. *CJ*, Ano 9, T.III, 1984.

²⁷⁹ V. *BMJ*, n.º 211, 1971. Notamos a falta de coerência de julgados no STJ e na RL, uma vez que, posteriormente aos acs. acima citados, foram tomadas posições substancialmente distintas pelos mesmos, v. no sentido da atribuição do direito de retenção ao empreiteiro, os acs. do STJ de 14/12/94, relatado por Cardona Ferreira in www.dgsi.pt, e também da RL de 12/10/87 (anotação de I. Galvão Telles), *O Direito*, Ano 120, 1988, mas em *decisão contrária*, o ac. do STJ de 08/04/97, relatado por Herculano Lima in www.dgsi.pt.

²⁸⁰ V. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.II, *cit.*, p.799.

²⁸¹ V. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. II., *cit.*, p.580.

²⁸² V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.18.

²⁸³ Ou de uma prestação dele, caso o contrato estipule o pagamento fraccionado do preço, afastando a norma supletiva do art.1211.º, n.º 2 e permitindo um financiamento da obra ao empreiteiro.

²⁸⁴ Doravante referida como *exceptio*.

²⁸⁵ V. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. II., *cit.*, p.799.

²⁸⁶ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.18.

²⁸⁷ V. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, «O Direito de Retenção...», *cit.*, p.21.

A este propósito, recordamos o pensamento de J. Calvão da Siva que denomina o direito de retenção como *ultimum subsidium* que resta ao devedor²⁸⁸. Este ponto é justamente realçado por Ferrer Correia e J. Sousa Ribeiro ao esclarecerem a diferença entre duas obrigações a cargo do empreiteiro; a obrigação de *facere* aquele resultado convencionado e a obrigação de o entregar ao dono da obra, após a sua aceitação²⁸⁹. Na primeira, e em caso de pagamento faseado do preço, perante o incumprimento de uma das prestações, o seu credor pode invocar a *exceptio*, pois ainda não cumpriu a sua obrigação principal de resultado correspondente do preço. Na segunda, existem dois créditos independentes, um relativo à entrega da obra realizada e outro referente à prestação do preço²⁹⁰. Nesta situação, o credor do preço não pode invocar a *exceptio* pela razão de já ter cumprido de forma *irreversível* a sua obrigação principal e correspondente do pagamento do preço. Resta-lhe tão-somente um direito de retenção, aliás o que está em causa não é a falta de contraprestação, mas sim, uma especial conexão entre o crédito do empreiteiro e a coisa a entregar²⁹¹.

Em contraposição ao argumento material desenvolvido pela tese contrária, J. Calvão da Silva define o conceito de obra como *o produto final da incorporação*, realizada pelo empreiteiro, *de materiais, de trabalho e de serviços* prestados por terceiros contratados pelo empreiteiro ou prestados pelo próprio²⁹², sendo que a aquisição desses materiais, normalmente pelo empreiteiro²⁹³, a prestação dos seus serviços e de terceiros, implicam um gasto, uma despesa *com* a coisa e *por causa* dela.

No que diz respeito à crítica relativa à inexistência de *res* nas obras de construção, Cláudia Madaleno manifesta que apesar de a coisa final, enquanto tal, ainda não existir aquando da realização das despesas, existem um *conjunto de outras coisas* que irão formar a *coisa global*. Por isso, pode afirmar-se que os gastos do empreiteiro são determinados e impulsionados pela *res final*²⁹⁴.

²⁸⁸ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento...*, *cit.*, p.349.

²⁸⁹ V. CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *cit.*, p.19.

²⁹⁰ Mais concretamente, a uma das prestações e provavelmente a última, em caso de pagamento faseado ou à sua totalidade, em caso de aplicação supletiva do art.1211.º, n.º 2.

²⁹¹ V. CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *cit.*, p.19.

²⁹² V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento...*, *cit.*, p.342.

²⁹³ Art.1210.º, n.º 1

²⁹⁴ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.251.

Nesta linha, I. Galvão Telles sublinha que, mesmo em caso de ainda não haver obra, nem começo da sua construção, podem ser efectuadas despesas por causa dela²⁹⁵. Neste caso, a retenção é exercida sobre o solo²⁹⁶.

Por último, os textos doutriniais afirmativos do direito de retenção do empreiteiro são particularmente marcados pela teleologia do instituto. É por uma razão de equidade, de justiça material, que devemos reconhecer a garantia, pelo art.754.º. Para tal, não pesa a *sequência cronológica* em que as despesas com ou por causa da coisa foram realizadas. O que impulsiona a protecção do crédito daquele sujeito é a relação de *causa a efeito* entre a coisa e a origem do crédito²⁹⁷.

I. Galvão Telles sublinha que o valor criado pelo empreiteiro e incorporado na coisa pode, pelo regime da aquisição da propriedade, tornar-se da titularidade do dono da obra mas continua, *economicamente*, na esfera jurídica de quem o acrescentou²⁹⁸.

Por último, a literatura jurídica divide-se no que diz respeito à medida do crédito garantido pela *retentio*. Ferrer Correia e J. Sousa Ribeiro expressam a falta de coincidência entre o montante da despesa e o lucro contratual gerado a favor do empreiteiro²⁹⁹. Ora, o direito de retenção não deve servir para garantir um lucro mas apenas para evitar o locupletamento à custa do retentor, que criou um valor incorporado na coisa³⁰⁰.

Os Aa. citados propõem uma aplicação do regime da garantia real, logo do tratamento preferencial no concurso de credores a favor do empreiteiro, relativamente ao valor dos custos e despesas por causa da obra, passando a credor comum, no tocante ao restante valor, correspondente ao lucro desejado³⁰¹.

A *contrario sensu*, J. Calvão da Silva sublinha que o art.754.º não estatui que o crédito do retentor deve obrigatoriamente implicar um crédito *das* despesas, mas sim um crédito *resultante* de despesas. Pelo que, por razões de impraticabilidade e, também, porque o lucro não deixa de ter a sua causa naquelas despesas, não se deve proceder à separação de valores³⁰². O *ius retentionis* garante as despesas, ou seja, o material fornecido pelo empreiteiro, o custo económico dos serviços prestados por terceiros e

²⁹⁵ V. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, «O Direito de Retenção...», *cit.*, p.25 e 26. V. tb. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.408.

²⁹⁶ V. o já acima referido ac. da RL de 12/10/87 (anotado pelo A.), *cit.*, p.174.

²⁹⁷ V. CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *cit.*, p.21.

²⁹⁸ V. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, «O Direito de Retenção...», *cit.*, p.26.

²⁹⁹ V. CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *cit.*, p.21.

³⁰⁰ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.19.

³⁰¹ V. CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *cit.*, p.21.

³⁰² V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento...*, *cit.*, p.343.

pelo próprio, além do lucro esperado por ele, compreendidos num único valor, o preço da obra.

À luz do Direito positivo, o art.25.º do DL n.º 201/98, de 10/07, atribui *expressis verbis* um direito de retenção a favor do construtor de navio sobre a coisa construída, para garantir os créditos emergentes da construção.

Também o art.328.º do CCP³⁰³ reconhece o direito de retenção genérico do co-contratante, perante o incumprimento do contraente público. O empreiteiro de uma obra pública³⁰⁴ goza do direito de retenção da obra, por incumprimento do seu dono – contraente público³⁰⁵, desde que daí *não resulte um grave prejuízo para o interesse público* subjacente a esta relação jurídica³⁰⁶.

Portanto, o próprio Direito positivo, *inclusive* no ramo publicista, apoia a tese afirmativa do direito de retenção do empreiteiro.

Por tudo isto e não obstante o mérito dos argumentos invocados pela tese primeiramente exposta, tendemos para o reconhecimento da garantia a favor do empreiteiro.

Num primeiro momento, não podemos deixar de contrapor a ideia de que preço não significa despesas. Nesta óptica, sublinhamos a contradição existente na anotação do CC e mais precisamente, do seu art.1211.º, realizada por Pires de Lima e Antunes Varela que, sem prejuízo da importância do pensamento desenvolvido, expõem a dicotomia preço/despesa mas, subsequentemente, no objectivo de fundamentar a *exceptio*, mencionam a necessidade de fundos provenientes do pagamento rateado do dono da obra para que o empreiteiro possa prosseguir as *despesas* na execução³⁰⁷. Nesta medida, porque razão reconhecer a existência de despesas, satisfeitas com prestações relativas ao preço num objectivo de justificar o recurso à *exceptio* mas já não o direito de retenção?

Num segundo momento, a nossa crítica vai ao encontro do argumento da sinalagmaticidade. Recordamos que os mesmos Aa. *supra* citados invocavam o anteprojecto de Vaz Serra para reforçar a ideia de que a comunhão na fonte não gera, via de regra, direito de retenção. Contudo, os textos de Vaz Serra também indicavam

³⁰³ O diploma legal foi publicado pelo DL n.º 18/2008, de 29/01, cujo art.14.º, n.º1/d, revogou o RJEOP, constante do DL n.º 59/99, de 02/03.

³⁰⁴ Arts.343.º e ss

³⁰⁵ Art.3.º do diploma em apreço.

³⁰⁶ Art.327.º, n.º1, *ex vi* do art.328.º e v. SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3ª ed. rev. e actual., Coimbra, Almedina, 2010, p.804.

³⁰⁷ V. LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.II, *cit.*, p.799 e 800.

que o A. compreendia a *facti species* do empreiteiro numa conexão objectiva e não meramente intelectual. Aliás, referindo-se ao privilégio especial mobiliário a favor do empreiteiro de coisa móvel e para garantir o crédito do *preço* ou *custo* da sua reparação que *beneficiava o património do devedor* do seu reembolso, defendia a sua substituição por um penhor legal ou um verdadeiro direito de retenção, com *ius distrahendi*³⁰⁸.

Num terceiro momento e, numa perspectiva juscomparatística, é frequente encontrarmos uma especial tutela do crédito do preço do empreiteiro nas várias experiências jurídicas estrangeiras, *supra* desenvolvidas. Assim, na Alemanha é constituída uma hipoteca ou um penhor a favor do sujeito, consoante a empreitada seja mobiliária ou imobiliária³⁰⁹. Em Espanha, vimos ser atribuído o direito de *retener en prenda* a favor do empreiteiro, pelo preço da obra mobiliária³¹⁰. Em Itália o empreiteiro goza de um privilégio sobre *beni mobili*, na medida em que o seu crédito resulta de despesas com a sua conservação ou valorização^{311/312}. No Direito francês, o art.2374.º, n.º 4 do CCf prevê um privilégio imobiliário a favor do sujeito contratualmente vinculado para a edificação, reconstrução ou reparação de imóveis, canais e outras obras³¹³.

Entre nós e nas palavras de Ferrer Correia e J. Sousa Ribeiro, os contornos legais do direito de retenção tornam *supérfluas* quaisquer referências a outros mecanismos de concessão de preferência, dadas as *virtualidades* próprias do instituto, enquanto verdadeira garantia real das obrigações³¹⁴.

Solucionamos o problema da tutela de crédito do empreiteiro através da verificação dos três pressupostos contidos no conceito genérico da garantia real. Com efeito, presenciámos a detenção de uma *res*, a reciprocidade mas independência entre o crédito do preço e o crédito da entrega da obra e, por último, confirmamos a realização de despesas por causa da coisa *global*, reflectidas no preço.

Seguimos o discurso argumentativo de J. Calvão da Silva relativamente aos lucros esperados. Apesar de o *ius retentionis* não dever servir para garantir um

³⁰⁸ V. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Direito de Retenção», *cit.*, p.41, «Empreitada», *BMJ*, n.º145, 1965, p.185 e «Privilégios», *cit.*, p.192. Além disso, o A. discrimina o que entende por crédito resultante de despesas como as relativas à sua *fabricação*, conservação ou melhoramento, v. «Direito de Retenção», *cit.*, p. 102.

³⁰⁹ §§647 e 648 do BGB

³¹⁰ Art.1600.º do CC espanhol.

³¹¹ Art.2756.º do CCit.

³¹² V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contrato de Empreitada*, *cit.*, p.84.

³¹³ A tradução do artigo é também da nossa responsabilidade.

³¹⁴ V. CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito de Retenção», *cit.*, p.20.

excedente, muitas vezes, as razões de impraticabilidade na destrição entre o valor deste e daquele implicam uma inelutável extensão da garantia ao todo, correspondente ao *preço global*³¹⁵.

Finalizamos a nossa argumentação, recordando a interpretação restritiva do art.754.º defendida por Cláudia Madaleno, à qual aderimos³¹⁶. A preparação e execução da obra envolvem um sacrifício patrimonial do empreiteiro que cria um valor, aumenta o existente ou permite uma sua não diminuição. Por tudo isto, reconhecemos o direito de retenção do empreiteiro, na obra mobiliária ou imobiliária de construção, modificação, demolição ou mera reparação.

Após uma resposta afirmativa acerca do direito de retenção do empreiteiro, cabe-nos voltar à situação do subempreiteiro.

Importa proceder à exposição sumária do conflito de direitos reais ínsito do reconhecimento do direito de retenção a favor do subempreiteiro e, seguidamente, debruçarmo-nos acerca dos critérios de resolução apontados por diferentes doutrinas.

As dúvidas originam-se no facto de estarmos perante uma cadeia negocial em que o dono da obra, situado num dos seus extremos e por regra proprietário³¹⁷ do terreno³¹⁸ e/ou dos materiais fornecidos³¹⁹, assume a posição jurídica de terceiro perante o subempreiteiro, situado num outro extremo da cadeia.

O conflito de exercícios de direitos exige três pressupostos que consistem, de um modo genérico, na presença de uma pluralidade de direitos, de titularidades distintas e na impossibilidade de exercício simultâneo e integral dos mesmos³²⁰. No tocante ao terceiro requisito, a doutrina divide-se quanto ao *factor comum* dos direitos causador de impossibilidade de exercício simultâneo: a identidade do objecto dos direitos, a identidade do bem ou a identidade de conteúdo dos direitos. Escolhemos o primeiro, como factor mais adequado na explicação do conflito de direitos *in re*³²¹.

³¹⁵ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.255, que tende, portanto, para o mesmo sentido.

³¹⁶ V. *supra*, 3.1. I.

³¹⁷ Propomos centrar o nosso estudo neste direito real pleno, sem encargos ou onerações, da titularidade do dono da obra. Inferimos que a situação é análoga e merece similar tratamento quando o mesmo é titular de *direitos reais de gozo menores* ou no caso de assumir a posição jurídica de locatário ou de comprador com reserva de propriedade. A única diferença reside na circunstância de o *verus dominus*, nestas hipóteses, ser um terceiro ao próprio contrato de empreitada.

³¹⁸ Subempreitada imobiliária.

³¹⁹ Subempreitada imobiliária e mobiliária.

³²⁰ V. SEQUEIRA, ELSA VAZ DE, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004, p.15 e ss.

³²¹ *Id.*, 174 e 193.

In casu, presenciemos um direito de propriedade do dono da obra, e um (hipotético) direito de retenção do subempreiteiro, sendo que o exercício simultâneo de cada um torna-se impossível por incidir sobre uma mesma *res*, cuja estrutura é ela própria limitativa da extensão dos direitos³²². Vejamos.

O conteúdo do direito de retenção consiste num *pouvoir de blocage* do aproveitamento das utilidades da coisa, para além de facultar ao seu titular o poder de satisfazer o seu crédito com a realização do valor da mesma.

No tocante ao direito de propriedade, é representativo do direito real mais amplo. Implica um direito *quase* absoluto de usar, fruir e dispor material ou juridicamente³²³ da coisa seu objecto, de modo pleno e exclusivo³²⁴. A. Menezes Cordeiro propõe uma definição do núcleo deste *direito real máximo* como *a afectação jurídico-privada de uma coisa corpórea, em termos plenos e exclusivos, aos fins de pessoas individualmente consideradas*^{325/326}.

Pela noção doutrinal do direito, e pelo seu amplíssimo conteúdo legal, facilmente entendemos a sua natureza absoluta, em termos de propriedade ilimitada. Contudo, é comumente reconhecida a necessidade de limitações e restrições legais, ditadas por uma função económico-social³²⁷.

Da breve exposição do conteúdo dos direitos reais, facilmente se depreende a potencialidade ofensiva de cada um. Numa tentativa de resolução do patente conflito, formaram-se teses total ou parcialmente negativas da garantia a favor do subempreiteiro e teses afirmativas, embora diferenciadas quanto à sua fundamentação. Vejamos.

Apoiados na jurisprudência formada pelo STJ, no ac. de 28/05/81³²⁸, a tese totalmente contra a atribuição do direito fundamenta a sua tomada de posição na potencial conflitualidade gerada com princípios jurídicos do Direito das Obrigações e dos contratos em especial, nomeadamente com o princípio da eficácia *inter partes* da relação obrigacional e com o princípio da confiança. Por isso, não é admissível reconhecer a extensão do direito de retenção a uma situação criadora de um novo

³²² *Id.*, p.175.

³²³ Usar, no sentido de satisfazer, de forma imediata, necessidades com as utilidades da coisa. Fruir, na medida de haver um aproveitamento dos seus frutos e produtos para o mesmo fim. Dispor juridicamente, de modo a poder alienar ou onerar livremente a coisa.

³²⁴ Art.1305.º

³²⁵ V. CORDEIRO, A. MENEZES, *Direitos Reais*, *cit.*, p.630.

³²⁶ Segundo Orlando de Carvalho, o direito de propriedade pode igualmente incidir sobre coisas incorporáveis, v. CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito...*, *cit.*, p.190 a 202.

³²⁷ Art.1305.º, *in fine*, e v. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direitos Reais*, Lisboa, Almedina, 1978, p.151 e JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, *cit.*, p.235 e 240.

³²⁸ V. *BMJ*, n.º 307, 1981.

devedor. Com efeito, se o proprietário pretende reaver a coisa e exercer sobre ela os poderes que o seu direito real lhe concede, deverá, na prática, satisfazer o crédito devido pelo empreiteiro ao subempreiteiro, seja voluntariamente, seja por via executiva³²⁹.

Sobre o assunto, Júlio Gomes apoia o seu pensamento numa doutrina e jurisprudência francesa que tomam uma posição diferente consoante o *lien de connexité*.

Se a conexão entre o crédito e a coisa a restituir for objectiva, defende-se que o proprietário não é um verdadeiro terceiro porque o crédito emerge de despesas ou danos causados pela coisa, logo, ele é o responsável último pelo cumprimento da dívida.

Se a conexão for meramente jurídica, por regra, a oponibilidade do direito de retenção considera-se relativa, não sendo invocável contra o proprietário – não devedor de uma qualquer pretensão material do titular do direito de retenção³³⁰. Contudo, esta afirmação sofre uma aproximação diferenciada de acordo com o momento da detenção e de aquisição da propriedade.

Se a detenção for obtida num momento anterior à aquisição da propriedade pelo terceiro, a oponibilidade é entendida como absoluta para evitar um esvaziamento da garantia por uma possível actuação fraudulenta do originário proprietário. No caso de a detenção se verificar em momento posterior à propriedade daquele, a oponibilidade é restringida ao universo contratual³³¹.

Nesta linha, Júlio Gomes afirma ser mais adequado restringir a eficácia absoluta da garantia aos casos de conexão material. Nas hipóteses de mera conexão jurídica ou até de *coexistência* entre os dois tipos de *connexité*, incluindo, portanto, a *facti species* do subempreiteiro, a eficácia da *retentio* não pode agredir o direito de propriedade de terceiros alheios ao crédito devido³³².

Acerca da tese *parcialmente* negativa, seguimos de perto L. Carvalho Fernandes. Na opinião do A., por regra não existe acção directa³³³ do subempreiteiro contra o dono da obra, pelo que não se verifica um qualquer *título* para o direito de retenção daquele

³²⁹ V. COSTA, SALVADOR DA, *O Concurso de Credores*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p.215 e LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.II, *cit.*, p.803.

³³⁰ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.15 e ss.

³³¹ V. AYNES, AUGUSTIN, *Le Droit...*, *cit.*, p.284 e 287 e ss e PIEDELIEVRE, STEPHANE, *Droit des Sûretés*, Paris, Ellipses, 2008, p.206 a 208. Inversamente e num comentário ao *Arrêt* do CE de 02/07/03 que decidiu segundo a doutrina *supra* desenvolvida, Pierre Crocq tende para uma afirmação da oponibilidade *erga omnes* do direito, independentemente da titularidade da coisa e do tipo de conexão, v. CROCO, PIERRE, «Sûretés et Publicité Foncière», *RTDciv.*, n.º 2, 2004, p.329 e 330.

³³² V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.16.

³³³ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.95. No mesmo sentido, LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol.II, *cit.*, p.805.

contra este³³⁴. No entanto, o A. realça que, apesar de não existir um vínculo directo entre aqueles dois sujeitos, o mesmo argumento não vale para as relações entre o empreiteiro e o subempreiteiro. Logo, sempre que o empreiteiro tivesse direito a reforçar o seu crédito emergente da empreitada com *o ius retentionis*, também o subempreiteiro deveria gozar dessa prerrogativa contra o empreiteiro. Porém, de modo a evitar a afectação do direito de propriedade do dono da obra, o A. restringe o direito de retenção do subempreiteiro à hipótese de a obra objecto da subempreitada assumir *autonomia* perante a *obra geral* objecto da empreitada³³⁵.

Um vez que o A. parte da premissa de falta de acção directa entre *os dois extremos de uma cadeia negocial*, gostaríamos de salientar, brevemente, qual o seu significado. Esta acção ou direito consiste numa forma jurídica de agir directamente contra o devedor do seu devedor imediato, ou melhor, contra o *subdevedor* ou *devedor mediato*³³⁶. Assim, ela representa uma concretização do brocado latino *debitor debitoris mei, debitor meus est*, atribuindo ao seu titular um direito em nome próprio, um direito de acção de cumprimento contra o terceiro *subdevedor*^{337/338/339}.

O art.267.º do RJEOP, agora revogado, reconhecia a acção directa a favor do subempreiteiro nas subempreitadas de obras públicas³⁴⁰. Neste sentido e contrariamente ao pensamento de L. Carvalho Fernandes, Cláudia Brito defendia a sua admissibilidade independentemente do ramo de Direito do subcontrato, pelo que nas subempreitadas de obras privadas justificava a solução pela equidade, pois o dono da obra é o beneficiário último do resultado inalcançável sem a prestação do subempreiteiro³⁴¹. Igualmente a favor da acção directa do subempreiteiro e *ex adverso* ao pensamento de L. Carvalho

³³⁴ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.102.

³³⁵ *Id.*, p.102.

³³⁶ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, *cit.*, p.161. A figura não é confundível com a acção directa prevista no art.336.º.

³³⁷ *Id.*, p.162 e 163.

³³⁸ Não estamos perante uma solidariedade passiva (arts.512.º e ss). Aliás, não existe direito de regresso a favor do directamente demandado (diferentemente do art.524.º), *id.*, p.163.

³³⁹ Em termos gerais, A. Menezes Cordeiro afirma que a acção directa consiste numa manifestação da oponibilidade forte do direito de crédito, v. CORDEIRO, A. MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol.I., ed. da AAFDL, Lisboa, 1980, p.266.

³⁴⁰ Embora o art.267.º tenha por epígrafe *Direito de Retenção*, não estamos face a um direito real mas sim perante a faculdade de o dono da obra reter uma quantia da sua titularidade para satisfazer o subempreiteiro que exerceu a acção directa, v. ESQUÍVEL, JOSÉ LUÍS, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2002, p.61.

³⁴¹ V. BRITO, CLÁUDIA, «Uma Questão Prática do Contrato de Subempreitada: a Acção Directa e suas Implicações», *RJ/UP*, n.º 11, 2003, p.24.

Fernandes, manifesta-se Belchior Sapuile³⁴², Orlando Gomes³⁴³ e P. Romano Martinez^{344/345}.

No que diz respeito às teses afirmativas do direito de retenção do subempreiteiro, podemos destringir duas espécies de fundamentação. Na primeira, justifica-se a titularidade da garantia pela teoria da eficácia externa das obrigações, propondo uma maior flexibilização das relações jurídicas envolvidas³⁴⁶.

Na segunda, o apoio para a afirmação do direito de retenção do subempreiteiro encontra-se na *ratio* do instituto. Assim, na perspectiva de Cláudia Madaleno, o direito de retenção do subempreiteiro deve ser reconhecido nos mesmos termos que ao empreiteiro, ou seja, ao abrigo do art.754.³⁴⁷ Como observamos *supra*, a obrigação principal do subempreiteiro é substancialmente influenciada pela própria obrigação principal do empreiteiro, estando os dois sujeitos vinculados em termos semelhantes, à realização de uma obra (parcial ou total) a favor do seu dono, obrigado ao pagamento de um preço, seu correspectivo. Por isso, as razões pelas quais se admite o direito de retenção do empreiteiro justificam a sua admissibilidade na titularidade do subempreiteiro.

A A. sublinha a irrelevância, para efeitos de nascimento da garantia, da pessoa de quem o credor – retentor obteve a detenção³⁴⁸.

Nesta óptica, P. Romano Martinez entende que, *de iure condito*, a atribuição do direito de retenção apenas exige que o dono da obra *a possua com base em qualquer título legítimo*³⁴⁹. Ora o empreiteiro – dono da obra em relação ao subempreiteiro, possui a coisa com base num título legítimo: a empreitada.

³⁴² V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.416, nota 696.

³⁴³ V. GOMES, ORLANDO, *Contratos*, 18ª ed., Actualização de JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, p.145.

³⁴⁴ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações...*, *cit.*, p.417. No mesmo sentido, à luz do Direito civil anterior, v. GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil*, vol.VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p.650.

³⁴⁵ Note-se que a acção directa e a acção sub-rogatória não são figuras confundíveis. A acção sub-rogatória é correntemente designada como *acção indirecta* e consiste num meio de conservação da garantia comum do património do devedor. É de carácter geral (art.606.º do CC), inversamente à acção directa, de carácter excepcional, v. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, *cit.*, p.168.

³⁴⁶ V. BRITO, CLÁUDIA, «Uma Questão Prática...», *cit.*, p.16. Os partidários da teoria da eficácia externa das obrigações consideram imposto aos restantes membros da comunidade jurídica, um dever de respeitar o direito creditício. Desta ideia depreende-se a possibilidade de o terceiro que lesou o crédito ser directamente chamado a responder perante o credor, v. COSTA, M. J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p.91 a 93. Uma vez que a *communis opinio* não adere a esta doutrina, optamos por não recorrer a mais desenvolvimentos.

³⁴⁷ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.257.

³⁴⁸ *Id.*, p.259.

³⁴⁹ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações...*, *cit.*, p.379.

O A. defende o exercício do direito de retenção aquando do exercício da acção directa do subempreiteiro contra o originário dono da obra. Também refere razões de ordem económico-social, no sentido de que, ao reconhecer um estreitamento das relações entre dois sujeitos situados nos extremos de uma cadeia negocial, alimenta-se uma maior confiança entre os vários sujeitos intervenientes, criam-se condições para o aumento das relações contratuais e evitam-se duplicações de pagamento. Por último, reflecte-se de forma mais adequada a realidade, uma vez que, o dono da obra e o subempreiteiro não se consideram, na *praxis* negocial, terceiros *plenitus extranei*³⁵⁰.

2.2. O Nosso Critério de Resolução

A nossa opinião manifesta-se no sentido de reconhecer o direito de retenção do subempreiteiro, nos mesmos termos que o admitimos para o empreiteiro. Nesta linha, aplaudimos o pensamento de Cláudia Madaleno e de P. Romano Martinez.

Defendemos um *ius retentionis* na titularidade do subempreiteiro contra o empreiteiro e oponível *erga omnes*, logo também perante o proprietário – originário dono da obra.

O art.335.º, n.º 1, estabelece o princípio da concordância prática a realizar, *in casu*, entre o direito de propriedade do dono da obra e o direito de retenção do subempreiteiro. Devemos tentar obter uma solução de compatibilização, em que cada direito cede na medida do *estritamente necessário* para que *ambos produzam os seus efeitos*. Por tudo isto, compete-nos apontar os elementos das doutrinas *ex adverso* que não nos convenceram, e desenhar uma solução de equilíbrio, pormenorizando a nossa tomada de posição.

Partimos da doutrina totalmente contra a atribuição do direito. O argumento determinante centra-se no facto de o dono da obra não ser devedor do subempreiteiro.

Importa reter que, no art.754.º, a lei estabelece a seguinte hipótese normativa: «o devedor que disponha de *um crédito* contra o seu credor»³⁵¹ «estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos

³⁵⁰ *Id.*, p.379 e 418. *De iure condendo*, o A. contesta esta solução, afirmando os prejuízos que causa ao direito de propriedade e para os financiadores de aquisição de bens.

³⁵¹ O itálico é nosso.

por ela causados», à qual atribui a consequência jurídica «goza do direito de retenção». Portanto, julgamos que a verificação da reciprocidade de créditos não deve ser realizada entre o proprietário da coisa a reter e o retentor, mas sim, tal como a lei dita, entre o devedor da entrega de uma coisa – *o subempreiteiro*, e o seu credor, simultaneamente devedor – *o empreiteiro*.

Por conseguinte, a doutrina totalmente contra o direito de retenção do subempreiteiro não nos convenceu, na medida em que a sua fundamentação colide, em nosso entender, com a própria lei. Apesar de a interpretação doutrinal não se dever cingir ao elemento gramatical da letra da lei, mas também abranger os elementos lógicos, o art.9.º, n.º 2 e 3 menciona a necessidade de um *mínimo de concordância verbal*, presumindo que o legislador soube exprimir o seu pensamento de modo adequado³⁵². A lei não exige, explícita ou implicitamente, a titularidade da coisa por parte do devedor do retentor, ora onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir³⁵³.

Acrescentamos que, se a intenção legislativa fosse no sentido de negar o direito de retenção quando a titularidade da coisa não fosse do devedor do retentor, tê-lo-ia mencionado, *expressis verbis*, nos pressupostos do art.754.^{o354}.

Também não podemos deixar de salientar a nossa divergência com o pensamento de Júlio Gomes. Sem prejuízo do mérito da reflexão desenvolvida, apontamos duas nótulas discordantes.

Numa primeira nótula, o argumento da falta de consentimento do titular dos bens objectos da garantia não vale como regra de princípio para a constituição válida de uma garantia real mas unicamente para a consignação de rendimentos voluntária³⁵⁵, o penhor³⁵⁶ e a hipoteca voluntária³⁵⁷. Nas hipotecas legais³⁵⁸ e nos privilégios creditórios³⁵⁹, a garantia é *ex lege*, formando-se independentemente da vontade das partes ou até de uma decisão judicial³⁶⁰.

³⁵² V. JUSTO, A. SANTOS, *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.336.

³⁵³ *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*

³⁵⁴ Ou ainda, poderia ter procedido tal como na representação voluntária (art.267.º, n.º 2), negando no art.1213.º, a garantia real.

³⁵⁵ Arts.658.º, n.º 2 e ss

³⁵⁶ Arts.666.º e ss

³⁵⁷ Arts.712.º e ss

³⁵⁸ Art.704.º

³⁵⁹ Art.733.º

³⁶⁰ V. PIRES, MIGUEL LUCAS, *Dos Privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Coimbra, Almedina, 2004, p.31.

Numa segunda nótula, negar a garantia quando coexistem as duas conexões implica negar a eficácia do art.754.º pela aplicação do art.755.º.

No que diz respeito ao pensamento de L. Carvalho Fernandes, também não podemos deixar de manifestar a nossa discordância, sublinhando dois pontos. Primeiramente e apesar de valiosíssima, a argumentação do A. não nos convenceu na medida em que parte da premissa segundo a qual, o problema da existência e natureza dos direitos do subempreiteiro contra o dono da obra reconduz-se a saber se e em que medida um deles pode exercer contra o outro direitos emergentes do contrato de que são parte³⁶¹. Ora, entendemos que a solução ao problema de saber se o subempreiteiro goza do direito de retenção encontra-se na lei, ou melhor, numa conexão objectiva entre o crédito do subempreiteiro e a obra, o que ultrapassa as relações negociais.

Em nossa opinião, o A. trata o direito de retenção como uma excepção invocável pelo credor contra o seu devedor que, por assumir repercussões negativas na esfera jurídica de um terceiro proprietário, só é reconhecido quando a obra objecto do subcontrato goza de autonomia em relação à obra geral do contrato-mãe³⁶².

Cumpre, ainda, manifestar a inexactidão da afirmação de alguns Aa., segundo a qual a subempreitada seria, para o originário dono da obra, uma *res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest*³⁶³. O contrato-mãe e o contrato-filho assumem uma íntima aproximação, inegável pelo Direito e, por isso, justificativa de uma acção directa *entre os dois extremos da cadeia subcontractual*³⁶⁴.

Concretizamos assim a nossa tomada de posição, apoiando-nos na doutrina desenvolvida de *iure condito* por P. Romano Martinez³⁶⁵, reconhecendo a possibilidade de o subempreiteiro demandar directamente o dono da obra para efectuar o pagamento do preço da subempreitada, para além do direito de reter a *res* por ele realizada, como meio defensivo mas também de garantia de satisfação do seu crédito. Consideramos substancialmente justo, o subempreiteiro poder exigir ao último beneficiário da mais-valia que ele criou³⁶⁶, o pagamento do preço representativo de uma *reparação* do

³⁶¹ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Da Subempreitada», *cit.*, p.94.

³⁶² *Id.*, p.102.

³⁶³ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, *cit.*, p.157.

³⁶⁴ *Id.*, p.159.

³⁶⁵ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações...*, *cit.*, p.417.

³⁶⁶ Por isso não verdadeiramente terceiro.

sacrifício por ele sofrido. Deste modo, também se evitam conluíus entre o empreiteiro e o dono da obra, prejudiciais ao subempreiteiro^{367/368}.

Seguindo P. Romano Martinez³⁶⁹, salientamos dois pressupostos e limites da acção directa. Para o seu exercício, são necessários o vencimento e inadimplemento das prestações dos dois devedores, sendo que o credor – subempreiteiro não pode exigir um crédito de montante superior ao seu e ao do devedor imediato – empreiteiro, ou seja, ao do débito do subdevedor – dono da obra. Poderão ser opostas à acção directa, todas as *excepções resultantes da relação subcontratual*³⁷⁰.

Não esquecemos que, o direito de retenção depende exclusivamente dos pressupostos do art.754.º, pelo que poderá o subempreiteiro ser titular deste direito real de garantia mas não de uma acção directa. Salientamos o caso da subcontratação não autorizada ou não necessária – ineficaz em relação ao dono da obra³⁷¹ ou ainda, a falta de um dos pressupostos da acção directa³⁷².

Por tudo isto e atendendo ao conflito de exercício de direitos reais subjacente, consideramos ajustada a consagração legal de uma norma semelhante ao antigo art.267.º do RJEOP³⁷³, na lei civil, permitindo uma melhor regulamentação e reconhecimento positivo da estreita proximidade existentes entre os dois extremos da cadeia subcontratual.

No plano do Direito a constituir, seguidamente ao art.1213.º, propomos que se acrescente um artigo novo com a seguinte possível redacção:

³⁶⁷ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.258 e MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, cit., p.159, 162 e 176. O A. salienta os dois principais fundamentos da acção directa: uma ideia de equidade e a íntima conexão entre o contrato principal e o contrato subordinado.

³⁶⁸ O A. defende o carácter recíproco da acção directa. Sobre o assunto, v. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações...*, cit., p.417.

³⁶⁹ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, cit., p.164 e 165.

³⁷⁰ Aliás, o A. considera extinta a obrigação do subdevedor, apesar de realizada a terceiro, v. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, cit., p.165.

³⁷¹ Importa referir que a subcontratação é livre quando necessária para a execução contratual da empreitada ou quando a prestação do empreiteiro seja fungível e, desde que o dono da obra não a proíba expressamente (art.264.º, n.º1, *ex vi* do art.1213.º, n.º2), v. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contrato de Empreitada*, cit., p.122. Assim, a acção directa só vale quando a subcontratação seja necessária ou autorizada pelo dono da obra, pois só assim produzirá efeitos em relação a ele, v. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *O Subcontrato*, cit., p.176. Inversamente, o direito de retenção é imune à sorte dos dois contratos.

³⁷² Por ex., quando o dono da obra já pagou o preço ao empreiteiro ou quando o crédito do subempreiteiro é vincendo, por aplicação, *in casu*, do art.757.º.

³⁷³ Embora já não por razões de interesse público que ditam principalmente este artigo, mas sim, por razões de equidade.

Relações entre o dono da obra e subempreiteiro

1. O subempreiteiro pode reclamar junto do dono da obra, os pagamentos em atraso que sejam devidos pelo empreiteiro, podendo o dono da obra excepcionar as quantias do mesmo montante devidas ao empreiteiro e decorrentes do contrato de empreitada.
2. Não é legítimo ao subempreiteiro reclamar um montante superior ao devido pelo contrato de subempreitada e, ao contratualmente estabelecido a favor do empreiteiro, na empreitada.
3. O dono da obra pode opor-se ao pagamento do subempreiteiro, quando forem ultrapassados os limites referidos no n.º 2, e mediante a prova do pagamento realizado pelo empreiteiro ou qualquer outra causa extintiva ou impeditiva do direito do subempreiteiro, nos termos gerais.
4. A aplicação deste artigo não prejudica o direito de retenção verificado, nos termos gerais, a favor do empreiteiro e do subempreiteiro.

A nossa proposta visa principalmente duas situações.

De acordo com o artigo proposto, se o dono da obra não pagar o preço ao empreiteiro, o mesmo deverá cumprir a obrigação pecuniária directamente ao subempreiteiro, sob pena de um locupletamento injusto daquele à custa deste. Através de uma reclamação directa e de uma possível acção de cumprimento contra o dono da obra, que o direito de retenção não concede por não ser ele o devedor imediato do subempreiteiro, mais rapidamente será satisfeito o crédito garantido, podendo facilmente evitar-se a execução da coisa – obra.

Se o dono da obra cumpriu a sua obrigação principal, por ex., mediante o pagamento atempado das prestações constitutivas do preço da empreitada, mas o empreiteiro deixa de cumprir os seus compromissos perante o subempreiteiro, então a tutela do direito de propriedade do dono da obra, vivamente justificada, é alcançada pela faculdade que lhe é concedida de excepcionar licitamente os restantes pagamentos devidos ao empreiteiro, o que extingue a sua obrigação em relação a ele, e previne igualmente uma realização forçada do crédito com o valor da obra. Neste último caso, evita-se o locupletamento injusto do empreiteiro e tutela-se a propriedade do dono da obra, na medida do *estritamente necessário* para a realização dos dois direitos reais colidentes.

Evidentemente, a nossa solução não preclui a possibilidade de o dono da obra já ter pago todo o preço ou que as últimas prestações em dívida sejam consideravelmente inferiores ao montante do crédito reclamado, ficando amplamente sujeito aos efeitos negativos da garantia real. Contudo, recordamos que o nosso objectivo consiste em alcançar uma solução de equilíbrio, no conflito de exercícios de direitos reais. Ora, o dono da obra é sempre considerado o beneficiário último da prestação do subempreiteiro, devendo assumir o risco da constituição de um direito de retenção a favor de quem não contratou directamente com ele mas que criou uma mais-valia no seu património por causa dele, e implicativa de um prejuízo a ressarcir^{374/375}.

3. O Terceiro Adquirente da Coisa ou do Direito Objecto Mediato de um Contrato-Promessa com Eficácia Meramente Obrigacional

3.1.A al.f. do n.º 1, do art.755.º: Perspectiva Evolutiva e Elementos Constitutivos da Garantia Real do *Accipiens da res*

A al.f. do art.755.º, n.º 1 surge em 1986, pelo DL n.º 379/86, de 11/11³⁷⁶, e estatui um caso especial de direito de retenção, ao lado das demais als. do artigo, vigentes desde 1966.

Porém, a tipificação *ex novo* da *facti species* envolvente remonta à data de 1980, pelo DL n.º 236/80, de 18/07³⁷⁷. O diploma regulamentou pela primeira vez o direito de

³⁷⁴ Se a obra ainda não finalizada for retida, não encontramos em bom rigor o benefício último do dono da obra. Neste caso é particularmente importante o dever de diligência do retentor – subempreiteiro que deve administrar a obra segundo o padrão do proprietário normalmente cuidadoso, sob pena de responsabilização pela deterioração ou inutilização do trabalho já realizado, art.671.º/a, *ex vi* dos arts.758.º e 759.º, n.º 3.

³⁷⁵ Aliás, tendo conhecimento da liberdade de subcontratação, o comitente pode tentar minimizar os seus hipotéticos prejuízos no clausulado da empreitada, proibindo a subcontratação ou autorizando-a singularmente, através da indicação da identidade do subempreiteiro cuja violação gera responsabilidade contratual do empreiteiro, nos termos gerais (arts.798.º e ss, embora já não por culpa *in elegendo*), v.MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Contrato de Empreitada*, cit., p.123 e 124. Pensamos sobretudo para a prevenção de incumprimentos de subempreitadas de preço global e em evitar os contratos *turn key* (chave-na-mão) que apesar de vantajosos, concedem uma amplíssima liberdade ao empreiteiro de subcontratar, tendo como única obrigação entregar a obra imediatamente pronta a ser fruída pelo seu dono.

³⁷⁶ Doravante referido como DL 86.

³⁷⁷ Doravante referido como DL 80.

retenção do promitente-comprador, pelo crédito resultante do incumprimento do promitente-vendedor, caso tenha havido *traditio rei* da coisa objecto do contrato prometido, segundo o n.º 3, do art.442.º.

Desde 1986³⁷⁸, a nossa lei civil atribui mais amplamente, em lugar distinto do Direito de 1980, o direito de retenção ao beneficiário da promessa de *transmissão* ou *constituição* de um direito real, ao qual foi entregue a coisa objecto do contrato prometido, a exercer sobre a mesma *res*, para garantir a satisfação do *crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte*, de acordo com o art.442.º.

Circunscrevemos o estudo desta *facti species* ao conflito de exercícios de direitos reais que possa surgir entre o titular do direito de retenção – beneficiário da promessa e o titular de um direito de propriedade ou outro direito real de gozo transmitido ou constituído pelo promitente da transmissão ou constituição do direito real a favor do primeiro sujeito, *accipiens* da *res*, sobre a qual incidem os dois direitos colidentes.

Propomos uma abordagem prévia e sumária ao contrato-promessa, à sua evolução histórica na década de 80, do Séc.XX, procedendo, subsequentemente, à reconstituição dos contornos do especial *ius retentionis* em causa.

O contrato-promessa está regulado nos arts.410.º e ss, 442.º, n.º 2 e n.º 3³⁷⁹ e 830.º. De acordo com os preceitos referidos e, segundo a nossa melhor doutrina, o mesmo define-se pela convenção através da qual pelo menos um sujeito se vincula à celebração de um negócio jurídico no futuro. A obrigação de contratar pode respeitar a um único sujeito, é o caso da promessa unilateral³⁸⁰, e o negócio jurídico a celebrar pode ser unilateral ou bilateral.

Desta noção legal, inferimos uma autêntica natureza contratual ao contrato-promessa, essencialmente originário de uma³⁸¹ obrigação de *facere*, uma vez que o promitente promete ao promissário a emissão futura de uma declaração de vontade correspondente a outro negócio jurídico, chamado negócio prometido ou definitivo. Este consiste no objecto imediato do contrato-promessa, que assume como objecto mediato o próprio objecto do negócio definitivo³⁸².

³⁷⁸ A redacção do art.755.º, n.º1/f permanece inalterada.

³⁷⁹ V. para o seu âmbito de aplicação, SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13ª ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2010, p. 101.

³⁸⁰ Art.411.º

³⁸¹ Ou mais, no caso de um contrato-promessa bilateral.

³⁸² V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, *cit.*, p.17 e 18.

J. Calvão da Silva expressa o carácter *preparatório e de segurança* do contrato-promessa, uma vez que permite *fixar* o conteúdo negocial, aproveitando a vontade de celebrar o negócio, sem proceder à sua imediata conclusão por não ser oportuno para as partes. Aplicam-se ao contrato preliminar as regras do Direito relativo ao contrato definitivo, salvo as referentes à forma e outras que, pela sua razão de ser, não se devam estender àquele.

O contrato-promessa goza geralmente de eficácia meramente obrigacional³⁸³. Contudo, à luz do art.413.º, n.º 1³⁸⁴, a promessa de transmissão ou constituição de um direito real sobre uma coisa imóvel ou móvel sujeita a registo pode gozar de eficácia real, desde que as partes manifestem intenção correspondente por declaração expressa³⁸⁵ e inscrição no registo³⁸⁶.

A eficácia real significa a oponibilidade *erga omnes* daquele direito de crédito à celebração do contrato futuro, protegendo o promissário do poder de disposição da coisa pelo promitente mas também dos seus credores, no espaço de tempo decorrente entre a celebração do contrato preliminar e do contrato definitivo. Este efeito emana do próprio registo, pois o seu crédito fica tutelado de todos os direitos parcial ou totalmente incompatíveis com ele, emergentes de factos jurídicos com data de registo posterior³⁸⁷.

Frequentemente, na *praxis* negocial é convencionada a entrega de uma quantia pecuniária, a título de sinal³⁸⁸. Poderá revestir natureza confirmatória ou penitencial, consoante o fim visado pelas partes seja, respectivamente, o de confirmar para o exterior a realização daquele contrato-promessa ou o de facultar à contraparte a possibilidade de retractação perante o compromisso³⁸⁹. À luz do art.442.º, n.º 2, a doutrina³⁹⁰ deduz duas funções do sinal confirmatório: a de coerção ao cumprimento do contrato-promessa e a de determinação prévia da indemnização pelo dano do inadimplemento imputável à contraparte, evitando o seu cálculo nos termos gerais³⁹¹.

³⁸³ Art.406.º, n.º 2.

³⁸⁴ E tb. da parte final do art.406.º, n.º 2.

³⁸⁵ Art.217.º

³⁸⁶ O art.413.º, n.º 2 estabelece uma especial exigência de forma.

³⁸⁷ Arts. 2.º, n.º1/f, 5.º e 6.º do CRPred e arts. 3.º, 4.º e 11.º, n.º 1/h, do CRBM e v. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, cit., p.20 a 22. A doutrina divide-se quanto à qualificação do direito do promitente-comprador como creditório ou real de aquisição. Sobre o assunto, v. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, cit., p.453 e ss e 459.

³⁸⁸ Nos contratos-promessa de compra e venda, o art.441.º presume o carácter de sinal para qualquer quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor.

³⁸⁹ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, cit., p.41.

³⁹⁰ *Id.*, p.158.

³⁹¹ Arts.798.º e 562.º e ss.

O regime do contrato-promessa foi alvo do que a tradição jurídica portuguesa³⁹² referiu como *um novo regime* anunciado pelo DL 80 e, *um novíssimo regime*, derogatório daquele, pelo DL 86.

No que tange à *ocasio legis*, o contexto histórico impulsionador da intervenção do Governo através do DL 80, era justamente o da reiterada verificação da situação jurídica sob a nossa análise. Ou seja, como consequência da desvalorização monetária sentida desde 1974, da acentuada inflação, da massificação negocial e da falta de oferta de arrendamento, o natural equilíbrio contratual pré-existente no contrato-promessa desvaneceu, abrindo mão a escandalosos abusos dos promitentes para determinarem unilateralmente a sorte do mesmo, com base em especulações.

Na *praxis*, os casos mais frequentes de desequilíbrio contratual detectavam-se nos contratos-promessa de compra e venda de edifício ou fracção autónoma dele construído, em construção ou a construir, para fins habitacionais. Do lado do promissário, comprovava-se a existência de um particular e da sua família, ao passo que do lado do promitente, presenciava-se geralmente uma sociedade imobiliária dedicada à construção civil. Rapidamente o promitente-vendedor deixava de cumprir o contrato-promessa para alienar a coisa (prometida vender naquele contrato), a um terceiro que comprava a preço bem mais elevado do que o estipulado com o promitente-comprador. Da resolução do contrato-promessa, o inadimplente tinha por sanção o pagamento do dobro do sinal³⁹³, quantia muito inferior ao que recebia do terceiro. O promitente-comprador ficava sem a possibilidade de recorrer à execução específica devido à falta de eficácia real do contrato preliminar, ficando frustrada a sua expectativa de aquisição, muitas vezes já acompanhada da tradição do imóvel e do pagamento do preço, envolvendo um “despejo” das famílias que o acompanhavam³⁹⁴.

Perante a nova conjectura económico-financeira, o DL 80 inovou em vários pontos. De modo sumário, na nossa investigação realçamos dois: o novo crédito indemnizatório e o novo direito de retenção. A partir de 1980, perante o incumprimento

³⁹² V. CORDEIRO, A. MENEZES, «O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa (Comentário às alterações introduzidas no Código Civil pelo Dec.-Lei 379/86, de 11 de Novembro)», *CJ*, Ano XII, T.II, 1987, p.7.

³⁹³ Art.442.º, n.º 2, na versão originária de 1966.

³⁹⁴ V. n.º 1 do preâmbulo do DL 80 e XAVIER, V. DA GAMA LOBO, «Contrato-Promessa: algumas notas sobre as alterações do Código Civil constantes do Dec.-Lei n.º236/80, de 18 de Julho», *RDES*, Ano 27, 1980, p.21, CORDEIRO, A. MENEZES, «O Novo Regime do Contrato-Promessa (Comentário às alterações aparentemente introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, ao Código Civil)», *BMJ*, n.º 306, 1981e do mesmo Autor, «Da Retenção do Promitente na Venda Executiva», *ROA*, Ano 57, 1997, p.547, GONÇALVES, A. LUÍS, «À volta do Contrato-promessa», *RDES*, Ano 29, 1987, p.330, p.28, e SILVA, J.CALVÃO DA, «Contrato-Promessa, Análise para reformulação do Decreto-Lei n.º236/80», *BMJ*, n.º 349, 1985, p.63 e 85 a 87.

imputável ao promitente, o promissário, *tradens* do sinal mas *accipiens* da coisa, vê o seu crédito indemnizatório reforçado por uma alternativa ao dobro do sinal, que consiste no *valor da res ao tempo do incumprimento*³⁹⁵. Independentemente dessa alternativa, para garantir o crédito pelo incumprimento e, tendo havido antecipada *traditio rei*, o *promitente-comprador* goza, nos termos gerais de um direito de retenção sobre ela.

Porque o DL 80 deu azo a inúmeros debates académico relativamente ao sentido e alcance interpretativo das novas normas, o Governo voltou a intervir através do DL 86, onde tentou colmatar as fragilidades do diploma antecedente. Sublinhamos essencialmente uma alteração ao cálculo do crédito ao valor da coisa³⁹⁶ e a nova localização sistemática do direito de retenção^{397/398}. Assim, caso tenha havido *traditio rei*, o seu *accipiens* e simultaneamente *tradens* do sinal, pelo incumprimento imputável ao promitente, tem direito em alternativa ao dobro do sinal, ao valor da *res* entregue, objectivamente determinado aquando do inadimplemento, deduzido o preço convencionado e devendo ser-lhe restituído o sinal entregue³⁹⁹. Para garantir o crédito resultante do inadimplemento imputável à contraparte nos termos o art.442.º, o beneficiário fiel da promessa de transmissão ou constituição de um direito real que já tenha obtido a *traditio* da *res* objecto do contrato prometido, goza de um direito de retenção sobre ela⁴⁰⁰.

Dos dois diplomas acima expostos, inferimos uma *ratio legis* centrada na acentuada tutela do promissário fiel, que obteve a entrega da coisa. Apesar de, na situação típica do contrato-promessa de compra e venda, o promitente-comprador não ser titular de qualquer direito de propriedade sobre ela, a entrega acentuou as expectativas de aquisição⁴⁰¹. Nas palavras de Cláudia Madaleno, qualquer homem médio colocado na situação do promissário fiel cria uma justificada confiança de

³⁹⁵ Alterou-se o n.º 2 do art.442.º

³⁹⁶ Alterou-se o n.º 2, *in fine*, do art.442.º.

³⁹⁷ Alterou-se o n.º 3, do art.442.º e acrescentou-se uma nova al. ao art.755.º, n.º 1.

³⁹⁸ Sobre as alterações dos dois DL, v. VARELA, ANTUNES, «Emendas ao Regime do Contrato-Promessa», *RLJ*, Ano 119, 1986-1987, n.º 3749, p.226 e ss, n.º 3750, p.257 e ss, n.º 3751, p.292 e ss, n.º 3753, p.353 e ss e Ano 120, 1987-1988, n.º 3756, p.68 e ss.

³⁹⁹ Tb. referido como o crédito de *actualização do dobro do sinal*.

⁴⁰⁰ A alteração sistemática do direito de retenção constava da proposta de articulado de J. Calvão da Silva, perante a solicitação por Despacho do Ministro da Justiça, de aclarar o sentido do DL 80, v. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Contrato-Promessa...», *cit.*, p.89 e 112.

⁴⁰¹ COSTA, M. J. DE ALMEIDA, *Contrato- Promessa: uma síntese do regime actual*, 5ª ed. rev. e actual., Coimbra, Almedina, 1998, p.67.

aquisição futura da coisa, o que não pode ser pura e simplesmente frustrado e por isso, carece da tutela do Direito⁴⁰².

Com a al.f., a lei atribui a um sujeito a garantia real de que não gozaria, ao abrigo de um genérico *ius retentionis*⁴⁰³. O crédito reforçado não tem o seu fundamento directamente na coisa retida, mas sim, no contrato-promessa violado e na necessidade de tutela da confiança do contraente não faltoso⁴⁰⁴.

Vejamos quais os elementos constitutivos do direito de retenção em causa.

Para o exercício do *ius retentionis* a favor do beneficiário da promessa, é *conditio sine qua non* a validade do contrato-promessa, a sua eficácia meramente obrigacional⁴⁰⁵ e a *traditio* do seu objecto mediato⁴⁰⁶. Sabemos que a tradição jurídica envolve necessariamente uma convenção entre as partes⁴⁰⁷ diferente do contrato-promessa, contudo a lei não pormenoriza o conceito. Por isso, a *communis opinio* considera haver *traditio* quando se verifique a sua entrega simbólica ou material ao promitente fiel – *accipiens*⁴⁰⁸. J. Lebre de Freitas expressa que, devido à *natureza gravosa do direito de retenção*, o termo *tradição* deve ser interpretado de modo restrito, no sentido de que, em caso de mera entrega simbólica, deve seguir-se uma apreensão efectiva e material da coisa⁴⁰⁹.

É também imprescindível a comprovação de um incumprimento imputável ao *tradens* da coisa e a existência de um crédito a favor do seu *accipiens* contra ele⁴¹⁰.

Restam três requisitos cuja problematicidade gerou algum debate académico: a exigência de sinal, a natureza do incumprimento e o tipo de créditos a garantir.

No que diz respeito ao sinal, pela remissão da al.f. em questão para o art.442.º, alguns Aa. sustentam a sua imprescindibilidade⁴¹¹ e outros defendem a sua

⁴⁰² V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.148.

⁴⁰³ Neste sentido, afasta-se da *facti species* do subempreiteiro, onde reconhecemos a presença de uma autêntica conexão material.

⁴⁰⁴ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.208.

⁴⁰⁵ Pois no caso de eficácia real, a protecção do sujeito é garantida pela extensão *erga omnes* dos efeitos do seu crédito ao cumprimento do contrato.

⁴⁰⁶ V. SAMEIRO, PEDRO, «O direito de retenção e a situação do credor hipotecário», *Revista da Banca*, n.º26, 1993, p.93 e 94.

⁴⁰⁷ V. PRATA, ANA M. C. RODRIGUES, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Jurídico*, 2ª imp. da ed. de 1994, Coimbra, Almedina, 2006, p.831.

⁴⁰⁸ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.151.

⁴⁰⁹ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença», *ROA*, Ano 66, 2006, p.598 e 599.

⁴¹⁰ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.210.

⁴¹¹ V. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol.I., 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p.248.

desnecessidade⁴¹². Em nossa opinião, a remissão legal justifica-se unicamente em termos de determinação do crédito a garantir. Concordamos com a argumentação de Cláudia Madaleno, no sentido de que o sinal nada acrescenta à ligação própria entre o retentor e a coisa, condição *sine qua non* de qualquer direito de retenção. O verdadeiro elemento indispensável e *básico* para a sua admissibilidade consiste na tradição da coisa⁴¹³.

No tocante à natureza do incumprimento, alguns Aa. defendem o nascimento do direito de retenção mesmo perante a *mora* do devedor. Consequentemente, a *retentio* existe mesmo quando o promissário fiel opte pela execução específica, em alternativa ao crédito indemnizatório (art.442.º, n.º 2 e 3)⁴¹⁴. Cláudia Madaleno acrescenta que, mesmo na execução específica⁴¹⁵ existe um crédito indemnizatório susceptível de retenção: o crédito moratório (art.804.º)⁴¹⁶.

A *contrario sensu*, a doutrina e jurisprudência maioritária argumentam no sentido de o direito de retenção garantir unicamente o crédito resultante do incumprimento definitivo⁴¹⁷, isto porque o art.442.º, n.º 2, apenas se considera aplicável na hipótese de resolução do contrato-promessa, quando já não seja útil ou viável recorrer à execução específica. Consequentemente, os seguidores desta ideia também não toleram o direito de retenção para garantir a execução específica, deduzindo que quando haja incumprimento definitivo, não é legalmente extensível a garantia real *ao direito de cumprimento do contrato preliminar*⁴¹⁸.

A nossa convicção manifesta-se no sentido de reconhecer ao direito de retenção uma tutela exclusivamente compensatória e não moratória, nem do direito à execução específica, por dois motivos. Primeiro, no caso de mora do promitente faltoso e na execução específica, não existe a obrigação de restituir a coisa⁴¹⁹. Segundo, no esquema

⁴¹² V. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.155, PRATA, ANA M. C. RODRIGUES, *O Contrato-Promessa...*, cit., p.888 e CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA, «Direito de Retenção...», cit., p.508.

⁴¹³ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.168.

⁴¹⁴ *Id.*, p.166. No mesmo sentido, v. CORDEIRO, A. MENEZES, «O novo...», cit., p.41.

⁴¹⁵ A execução específica consiste num direito de acção – direito *potestativo*, cujo exercício desencadeia uma sentença constitutiva, uma vez que o tribunal se sub-roga ao promitente faltoso, produzindo os efeitos da declaração negocial que não emitiu, v. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, cit., p.163.

⁴¹⁶ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.166.

⁴¹⁷ Após interpelação admonitória ou perda do interesse objectivo do credor; art.808.º.

⁴¹⁸ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, cit., p.116 a 117 e 144, PRATA, ANA M. C. RODRIGUES, *O Contrato-Promessa...*, cit., p. 861, nota 1992. No mesmo sentido, v. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito...*, cit., p.154 e 155, nota 1, que nos parece defender a garantia apenas do crédito pelo aumento do valor da coisa e já não pelo dobro do sinal.

⁴¹⁹ Na jurisprudência, a RE julgou, no ac. de 22/01/04, não valer o direito de retenção para garantir a execução específica, com apoio neste argumento, v. *CJ*, Ano 29, T. I., 2004, p.243.

tradicional do direito de retenção, a reciprocidade de créditos implica que o credor da coisa seja devedor de uma quantia pecuniária a favor do retentor. Inversamente, na execução específica pretende-se garantir um direito de acção.

Concluimos que o *ius retentionis* a favor do beneficiário da promessa visa garantir a satisfação do *quantum respondeatur*, ou seja, do crédito indemnizatório emergente do incumprimento definitivo e imputável à outra parte⁴²⁰. Em caso de estipulação de sinal, esse crédito consistirá no dobro do sinal ou no valor actualizado da coisa nos termos do art.442.º, n.º2 ou ainda, no valor da indemnização contratualmente fixada (art.442.º, n.º 4). Na hipótese de ausência de sinal, o crédito indemnizatório será fixado nos termos gerais (arts.798.º e ss e 562.º e ss)⁴²¹.

3.2.O *Ius Retentionis* do Promitente-Comprador Versus o Direito de Propriedade de Terceiro

Apesar de a lei não circunscrever o objecto imediato do contrato-promessa⁴²², julgamos pertinente especializar o nosso estudo no contrato-promessa de compra e venda de coisa imóvel (prédio urbano ou fracção autónoma dele), construída ou em construção⁴²³, centrando a nossa investigação no conflito entre o direito de retenção do promitente-comprador e o direito de propriedade do terceiro sobre a mesma *res*⁴²⁴.

Dos elementos constitutivos do especial *ius retentionis*, importa sublinhar que está em causa um incumprimento definitivo do *tradens* da coisa. Ou seja, independentemente do debate académico acerca da natureza do incumprimento gerador

⁴²⁰ Decorrente dos efeitos *ex tunc* da resolução, v. arts.289.º, 432.º e 433.º.

⁴²¹ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, *cit.*, p.192 a 193 e CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA, «Direito de Retenção...», *cit.*, p.508.

⁴²² O direito de retenção é atribuído em qualquer contrato-promessa que tenha por objecto a transmissão ou constituição do direito real sobre uma coisa móvel ou imóvel, rústica ou urbana, para fins habitacionais mas também, comerciais, de indústria, ou liberais, v. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, *cit.*, p.192.

⁴²³ Mesmo no caso de a fracção autónoma integrar um prédio ainda não submetido ao regime de propriedade horizontal. A melhor doutrina aceita o direito de retenção neste caso sobre *o imóvel inacabado*, na proporção do valor da fracção objecto do contrato-promessa, v. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, *cit.*, p.193. Em sentido contrário, v. PROENÇA, J. C. BRANDÃO, «Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (máxime, com fim habitacional)», *CDPriv.* n.º22, 2008, p.20.

⁴²⁴ Assumimos, por maioria de razão, a extensão das soluções que desenvolveremos *infra*, às hipóteses de o contrato preliminar ter por objecto e/ou de o terceiro ter adquirido um direito real menor, com as devidas adaptações, pois a incompatibilidade de exercício de direitos poderá ser meramente parcial.

da garantia, *in casu* existe sempre direito de retenção porque a coisa antecipadamente entregue ao *accipiens* foi alienada a um terceiro. Há uma *impossibilidade* de cumprimento do contrato-promessa *imputável* à contraparte⁴²⁵. Porque a impossibilidade culposa concede o direito de resolução do contrato pela parte fiel⁴²⁶, comprovamos a presença do crédito indemnizatório pré-determinado nos termos do art.442.º, n.º 2 ou 4, em caso de sinal ou a fixar nos termos gerais, segundo os arts.798.º e 562.º e ss e a obrigação de entregar o que foi prestado, incluindo a própria coisa.

Esta situação ocorre pelo facto de o promitente-vendedor poder dispor livremente da coisa, de forma válida e eficaz⁴²⁷. Ou seja, até à celebração do contrato definitivo, ele continua proprietário, logo com um *ius disponendi*, em termos de poder alienar ou onerar a coisa quando, *in casu*, tenha legitimidade para tal⁴²⁸. Assim, a venda a um terceiro da *res* prometida alienar naquele pacto, é válida e produz imediatamente efeitos jurídicos⁴²⁹. O direito real adquirido pelo terceiro tornar-se-á oponível *erga omnes* mediante o registo predial do facto aquisitivo⁴³⁰. Estamos perante uma aquisição derivada translativa⁴³¹, onde vigora o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*⁴³².

Por isso especificamos a impossibilidade culposa de realização do contrato prometido como *subjectiva, absoluta, superveniente e definitiva*⁴³³, logo impeditiva dos efeitos de uma execução específica, na medida em que o contrato-promessa não goza, neste caso, de eficácia real⁴³⁴. Alienada ao terceiro, o promitente faltoso não pode transmitir ao promitente-adquirente uma coisa que já não é dele.

De forma a tutelar o crédito indemnizatório pela resolução do contrato-promessa, o nosso legislador atribui ao promitente fiel um direito de retenção que *perturba* o direito de propriedade adquirido pelo terceiro. A melhor doutrina⁴³⁵ e

⁴²⁵ V. CORDEIRO, A. MENEZES, «O Novo Regime...», *cit.*, p.40.

⁴²⁶ V. arts.791.º e 801.º, n.º1

⁴²⁷ Nesta linha, v. MESQUITA, M. HENRIQUE, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Reimp., Coimbra, Almedina, 1997, p.79.

⁴²⁸ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.283.

⁴²⁹ A compra e venda é um contrato real *quoad effectum* (arts. 408.º, n.º 1, 879.º/a) como expressão do nosso sistema do título e do princípio da consensualidade (*consensus parit proprietatem*). Basta o mútuo consenso para a produção de efeitos reais, v. tb. os arts.954.º/a e 1317.º/a.

⁴³⁰ Arts.2.º, n.º1/a e 5.º do CRPred.

⁴³¹ V. PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p.362.

⁴³² Não podem ser transmitidos mais direitos ou direitos de conteúdo mais amplo do que aqueles que se detém. As exceções ao princípio não estão aqui presentes, *id.*, p.363 e ss.

⁴³³ V. JORGE, FERNANDO PESSOA, *Direito das Obrigações*, ed. policopiada, 1975/76, p.89 e ss.

⁴³⁴ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, *cit.*, p.161 e ss e, *a contrario sensu*, p.22.

⁴³⁵ V. VARELA, ANTUNES, *Anotação ao Ac. do STJ, de 25/02/86, RLJ*, n.º 3812, Ano 124, 1992, p.351.

jurisprudência⁴³⁶ não questionam a sua oponibilidade a este sujeito, considerando a situação como uma manifestação do *direito de seguimento* da coisa^{437/438}.

Os seguidores da teoria da eficácia externa das obrigações resolvem o problema noutros termos, mais concretamente, pela doutrina do *terceiro cúmplice*⁴³⁹. A pouca doutrina portuguesa a seu favor sustenta a importância da *cumplicidade* do terceiro que conclui um contrato com o devedor, tendo conhecimento das suas implicações na esfera jurídica do credor, de modo a que este possa responsabiliza-lo directamente.

Neste sentido, A. Menezes Cordeiro considerar nulo o contrato de compra e venda celebrado com um terceiro de *má fé*, por o seu objecto ser contrário à lei, nos termos do art.280.^o⁴⁴⁰. Consequentemente, o conflito de direitos reais desvanece, pois os efeitos *ex tunc* da declaração de nulidade⁴⁴¹ impedem a constituição válida de um direito real incompatível com a garantia⁴⁴².

Os demais Aa. defensores desta doutrina não mencionam *expressis verbis* a nulidade da compra e venda mas apenas sublinham a possibilidade de o credor responsabilizar o terceiro. Nesta medida, o direito de retenção reforçará também o direito à indemnização directamente exigível ao adquirente da coisa⁴⁴³. Dúvidas surgem quanto à especificação da má fé do terceiro, ou seja, quanto a saber se basta qualquer comportamento culposos ou se é necessária a actuação dolosa⁴⁴⁴.

⁴³⁶ V. os acs. do STJ de 27/05/04, *CJ/STJ*, Ano 12, T. II, 2004, p.80 e de 13/01/00, *BMJ*, n.º 493, 2000, p.363, da RP de 09/11/10, *cit.*, p.190, e da RE de 02/07/09, *cit.*, p.257 e de 25/11/04, *CJ*, Ano 29, T.V, 2004, p.249.

⁴³⁷ V. os acs. do STJ de 12/03/13, relatado por Salazar Casanova e da RL de 30/11/94, relatado por Santos Bernardino, ambos in www.dgsi.pt.

⁴³⁸ No caso de execução para entrega de coisa certa, movida pelo novo proprietário contra o vendedor, o promitente-comprador poderá deduzir embargos de terceiros (arts.351.º e ss do CPC e arts.342.º e ss do CPC/13), v. MESQUITA, LUÍS MIGUEL DE ANDRADE, *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiros*, 2ª ed., rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2001, p.269 a 271 e FRANÇA, MIGUEL ÂNGELO, «Direito de Retenção. (Algumas das) Suas Implicações na Acção Executiva», *RJ/UP*, n.º 11, 2003, p.155.

⁴³⁹ V. CORREIA, A. FERRER, *Estudos Jurídicos*, vol.II, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p.49, JORGE, FERNANDO PESSOA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p.580 e CORDEIRO, A. MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol.I, *cit.*, p.265.

⁴⁴⁰ V. CORDEIRO, A. MENEZES, «O Novo Regime...», *cit.*, p.40. V. tb., GONÇALVES, A. LUÍS, «À volta...», *cit.*, p.329.

⁴⁴¹ Arts.286.º e 289.º

⁴⁴² O ac. do STJ de 16/06/64, no âmbito da violação de um pacto de preferência, julgou a necessidade de o terceiro entregar a coisa ao promissário. O ac. foi seguidamente comentado por Vaz Serra que não segue o mesmo entendimento e sugere uma eventual responsabilização do terceiro exclusivamente por força de um abuso de direito a comprovar, in *casu*, v. *RLJ*, Ano 98, n.º 3287, 1965, p.19, 30 e 31.

⁴⁴³ V. JORGE, FERNANDO PESSOA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p.581 e 583 e CORREIA, A. FERRER, *Estudos Jurídicos*, vol.II, *cit.*, p.51.

⁴⁴⁴ Neste sentido v. JORGE, FERNANDO PESSOA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p.581 e 583 e, parece-nos, CORREIA, A. FERRER, *Estudos Jurídicos*, vol.II, *cit.*, p.50. No entendimento de que basta o conhecimento da obrigação do parceiro negocial incompatível com a aquisição, v. GONÇALVES, A. LUIS, «À volta...», *cit.*, p.328.

A doutrina e a jurisprudência rejeitam, maioritariamente, a teoria da eficácia externa e, concomitantemente, a doutrina do terceiro cúmplice. O crédito goza de mera eficácia interna⁴⁴⁵, sendo que a única forma de censura jurídica do comportamento do terceiro, encontrar-se-á no instituto do *abuso de direito*. Cremos que este é o mais avisado pensamento. O dever de celebrar o contrato definitivo impende sobre o promitente-vendedor, logo só ele pode violar o direito subjectivo correspondente e *relativo* do credor.

Para responsabilizar o terceiro, não basta ter conhecimento do contrato-promessa, é imprescindível a verificação de uma conduta à partida lícita⁴⁴⁶, mas especialmente reprovada pelo ordenamento jurídico porque o seu concreto modo de exercício excede *manifestamente* os limites impostos pela boa fé⁴⁴⁷. Nesta hipótese e nas palavras de M. J. de Almeida Costa, cabe ao juiz decidir pelas sanções jurídicas mais adequadas, seja a de mera indemnização pelo terceiro, mantendo o negócio abusivo, seja a de destruir o seus efeitos e, conseqüentemente, a de garantir a execução específica pelo promitente-comprador⁴⁴⁸. Em nossa opinião, no primeiro caso, o direito de retenção deveria estender-se ao crédito exigível do terceiro, mas já não no segundo caso, por seguirmos o pensamento segundo o qual o direito à execução específica não é objecto de reforço pela garantia.

Cumpramos retomar a nossa situação típica de acordo com a dogmática consensualmente aceite: eficácia absoluta dos direitos reais *versus* eficácia relativa dos direitos de crédito, fora da hipótese de um abuso de direito do terceiro.

Há que levar em linha de conta que ainda existem vozes manifestamente contrárias à oponibilidade da *retentio* perante o terceiro adquirente, ou seja, vozes discordantes quanto à própria natureza jurídica da garantia⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Apesar de existir uma certa oponibilidade a terceiros para alguns direitos de crédito (por ex. pelo art.1057.º), v. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol.I, *cit.*, p.172 e ss.

⁴⁴⁶ Ao abrigo da liberdade contratual, art.405.º.

⁴⁴⁷ Em sentido normativo, o que permite considerar que é o exercício do direito legalmente reconhecido ao terceiro que se torna ilegítimo e não a violação do direito de crédito do credor (art.334.º), v. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol.I, *cit.*, p.179 e COSTA, M. J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p.96. Parece-nos que a própria argumentação desenvolvida por Ferrer Correia induz que a actuação do terceiro só é efectivamente reprovável em casos de abuso de direito, v. CORREIA, A. FERRER, *Estudos Jurídicos*, vol.II, *cit.*, p.50.

⁴⁴⁸ V. COSTA, M. J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p.90.

⁴⁴⁹ V. o agravo julgado pela RP, cujo recurso para o STJ, de 25/02/86, foi anotado por Antunes Varela, já citado. V. tb. o ac. do STJ de 10/01/08, relatado por Salvador da Costa *in* www.dgsi.pt, que entende que o retentor deve ser credor de quem pode exigir a coisa e o ac. da RC de 21/06/94, *CJ*, T.III, 1994, p.36, que ignora a al.f. do art.755.º.

Neste ponto, recordamos o pensamento de Carlos Pereira de Abreu. No tocante à específica oponibilidade perante um terceiro adquirente, o A. expressa que, por falta de um preceito análogo ao art.751.º na regulamentação do direito de retenção, mas também, em nome da protecção de terceiros de boa fé, a retenção não será oponível ao terceiro de boa fé, que adquiriu em momento anterior ao registo do arresto ou penhora em processo executivo⁴⁵⁰ de iniciativa do retentor e independentemente da data de registo do direito de propriedade, por falta de publicidade da *retentio* aquando da aquisição⁴⁵¹.

Lembramos, também, o desenvolvido por Júlio Gomes, que considera preferível uma mera oponibilidade relativa da garantia nos casos de conexão subjectiva^{452/453}.

Todavia, exceptuando os pensamentos divergentes acima referidos, porque o *ius retentionis* é reconhecido como um autêntico direito real de garantia, defende-se, maioritariamente, que a venda a um terceiro representa, para ele, uma *res inter alios acta*⁴⁵⁴. Não releva a titularidade de quem obteve a detenção, basta que tenha tido *a posse com base em qualquer título legítimo*⁴⁵⁵. O que é verdadeiramente determinante, em qualquer caso comum ou especial de direito de retenção, é a ligação entre o retentor e a coisa⁴⁵⁶.

3.3. A Protecção Pré-tabular do *Accipiens*: uma Proposta Preventiva do Incumprimento do *Tradens*

Cumprir reflectir acerca das possíveis soluções alternativas ou meramente preventivas do conflito entre o exercício do direito de retenção e do direito de propriedade de terceiro adquirente.

⁴⁵⁰ Recordamos que o arresto é um procedimento cautelar especial, que consiste na apreensão judicial de bens do requerido, art.406.º do CPC (arts.391.º e ss do CPC/13). A penhora consiste num acto judicial fundamental ao processo executivo, concretizado na apreensão judicial de bens do executado, v. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Acção Executiva*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.205 e arts.821.º e ss do CPC (arts.735.º e ss do CPC/13). V. *ib.* os arts.2.º, n.º 1/n e 3.º, n.º 1/d e /e do CRPred.

⁴⁵¹ V. ABREU, CARLOS PEREIRA DE, *O Direito...*, *cit.*, p.51.

⁴⁵² V. *supra*, 2.1, II.

⁴⁵³ Aliás, vimos que no Direito francês, alguma doutrina e jurisprudência reconhecem ao direito de retenção fundado numa conexão subjectiva, a sua oponível ao proprietário desde que tenha adquirido o direito em momento posterior à detenção.

⁴⁵⁴ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.284, nota 432.

⁴⁵⁵ V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das Obrigações...*, *cit.*, p.379.

⁴⁵⁶ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.102 e 154.

Deve presenciar a nossa reflexão, a *ratio* do direito de retenção a favor do promitente fiel. Nesta linha, Ana Prata sublinha a imprescindibilidade da garantia real por várias razões. Primeiro, porque via de regra, os promitentes fiéis sofrem sempre dificuldades de cumprimento, muitas vezes por insuficiente solvabilidade dos promitentes faltosos. Segundo, porque pretender eliminar as condutas especulativas dos mesmos através de uma indemnização actualizada do valor da coisa ficaria sem efeitos, pela sua alienação a um terceiro e pela conseqüente *dissipação do produto da venda*.

Em suma, porque no caso de alienação a terceiro torna-se impossível a execução específica, se a garantia do crédito do promitente fiel não pudesse ser oposta ao terceiro adquirente, muito provavelmente aquele sujeito não seria efectivamente ressarcido pelo promitente faltoso⁴⁵⁷.

Acresce que, o promitente fiel já gozava da *res* ao tempo do incumprimento, o que ao nível dos imóveis implica uma indubitável criação de estabilidade e de planos de vida com base naquela habitação ou imóvel para fins habitacionais, comerciais ou profissionais. Sem esquecer que, muitas vezes, já procedeu ao pagamento do seu preço, já mobilou o imóvel, ou seja, já investiu consideravelmente na futura aquisição antecipadamente fruída com autorização do ainda proprietário.

Porém, o exercício do *ius retentionis* também envolve, frequentemente, o pagamento do crédito pelo terceiro⁴⁵⁸ que pretende gozar livremente do seu direito de propriedade, podendo desconhecer totalmente do anterior contrato-promessa. Assim e apesar de o crédito ser exclusivamente exigível ao devedor, é o terceiro que acaba por pagar além do preço da coisa ao vendedor, um valor sensivelmente próximo do mesmo mas ao promitente fiel, a título indemnizatório.

É portanto essencial observar as posições jurídicas dos terceiros entre si. Porque este direito de retenção consta especialmente da lei, deverá exigir-se maior cautela por parte do terceiro? Como fazê-lo quando sabemos que o contrato-promessa sem eficácia real, mesmo com *traditio rei*, não está sujeito a registo? Mais importante ainda, como obstar ao particular enriquecimento do vendedor que recebe o sinal e parte ou totalidade do preço pelo promitente fiel, e ainda, o preço pelo comprador?

⁴⁵⁷ V. PRATA, ANA M. C. RODRIGUES, *O Contrato-Promessa...*, cit., p.889 e 890.

⁴⁵⁸ No Direito francês, tem-se entendido que, tendo conhecimento da situação anterior à sua aquisição, o terceiro tem o ónus de convencionar um modo de obter o reembolso do que pagar ao retentor, junto do verdadeiro devedor – seu vendedor, v. AYNÉS, AUGUSTIN, *Le Droit...*, cit., p.285, que aponta para a convenção de sub-rogação nos direitos do retentor contra o seu devedor.

Importa debruçarmo-nos sobre o *trágico paradoxo* apontado por J.C.Brandão Proença, que consiste em conseguir uma perspectiva conciliadora da forte expectativa de aquisição criada na esfera jurídica do promitente fiel, sem perder de vista o facto de onde emerge: o contrato-promessa que, pela sua eficácia meramente obrigacional, mas também, pelo espaço temporal necessariamente existente entre o momento de celebração do contrato preliminar e do contrato definitivo, assinala uma *ínsita instabilidade do compromisso*⁴⁵⁹.

A nossa convicção assenta na atribuição de efeitos substantivos ao registo provisório de aquisição, com base no contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais. Vejamos.

Sabemos que, entre nós⁴⁶⁰ vigora o sistema do título, sendo que o registo dos direito reais representa uma mera manifestação do princípio da publicidade. Recordamos igualmente que a função do registo predial destina-se a dar a conhecer ao público a situação jurídica dos prédios ou coisas móveis sujeitas a ele, tendo por regra, um efeito consolidativo⁴⁶¹.

O registo inscreve⁴⁶² factos relativos a coisas imóveis ou móveis legalmente sujeitas a ele. O acto de registo é definitivo quando produz os seus efeitos sem qualquer reserva, e é provisório quando alguma circunstância impede que tal aconteça. O registo é provisório por *dúvidas* quando algum motivo obsta a inscrição tal como é requerida⁴⁶³. Neste caso, a conversão em definitivo opera quando as dúvidas desaparecerem. O registo é provisório por *natureza* pelas razões legalmente previstas no art.92.º do CRPred. Nesta hipótese, a conversão em definitivo ocorre mediante a comprovação de um outro facto que supre a causa da provisoriedade^{464/465}.

O *registo provisório de aquisição* encontra-se no art.47.º do CRPred. O seu n.º 1 refere o registo provisório de aquisição de um direito ou de constituição de uma

⁴⁵⁹ V. PROENÇA, J. C. BRANDÃO, «Para a necessidade...», *cit.*, p.3.

⁴⁶⁰ Mas tb. em França e Itália, v. CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito das Coisas*, *cit.*, p.274.

⁴⁶¹ V. *supra*, 4.2, I.

⁴⁶² Art.91.º, n.º 1 do CRPred.

⁴⁶³ Art.70.º do CRPred. Doravante, referir-nos-emos somente a este diploma e dispensaremos as menções ao CRBM, uma vez que, para além do seu regime ser análogo, o nosso estudo centra-se no contrato-promessa relativo a imóveis.

⁴⁶⁴ O registo caduca no prazo de seis meses sem conversão em definitivo (ou renovação na hipótese de provisoriedade por natureza), art.11.º do CRPred.

⁴⁶⁵ Por tudo o que foi exposto acerca da inscrição, v. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais*, *cit.*, p.59 e 60.

hipoteca voluntária, antes de titulado o negócio. O seu n.º 3 estabelece a possibilidade de registo provisório de aquisição com base em contrato-promessa de aquisição⁴⁶⁶.

A este propósito, Mónica Jardim sublinha que, no registo provisório inscreve-se uma aquisição ainda não ocorrida, pois o título com base no qual se procede à mesma não é o contrato definitivo, melhor se dirá, *o facto jurídico aquisitivo do direito real*. Porém, porque se prevê que no futuro irá existir, torna-se público um direito ainda não adquirido em termos substantivos mas que irá surgir, com base num título futuro, na esfera jurídica a favor de quem reverte a inscrição. Por isso, esse registo é provisório por natureza, nos termos do art.92.º, n.º1/g e n.º 4 do CRPred⁴⁶⁷. A sua conversão em definitivo ocorrerá quando a causa da provisoriedade, ou seja, a incerteza da aquisição do direito, for removida⁴⁶⁸, antes de caducar ou de ser cancelado⁴⁶⁹. A estabilidade deste registo será portanto alcançada, aquando do registo definitivo do facto aquisitivo do direito já publicitado: o direito real agora titulado, válido e incontestavelmente eficaz *erga omnes*.

Qual o valor a atribuir ao *registo provisório por natureza de aquisição*? Afirmámos *supra* que a nossa convicção demarca-se pela atribuição de efeitos substantivos. Este entendimento implica a procedência de uma acção de execução específica registada provisoriamente por natureza⁴⁷⁰, um conseqüente registo da decisão judicial que produz os efeitos reais da declaração negocial não emitida⁴⁷¹ e a conversão *ex officio* em definitivo do registo provisório⁴⁷², mesmo em caso de alienação da mesma *res* a terceiro, registada antes do registo da acção judicial mas depois do registo provisório. À luz do art.92.º, n.º2/b, do CRPred, o registo do facto aquisitivo do terceiro será realizado provisoriamente por natureza e será cancelado *ex officio*, nos termos do n.º 6 da mesma norma, por força do registo da decisão judicial, uma vez que ela produziu efeitos reais *incompatíveis* com o direito emergente daquele facto provisoriamente registado e que, de acordo com o art.6.º, n.º3 do mesmo diploma, a

⁴⁶⁶ Com efeitos obrigacionais, pois o contrato-promessa com efeitos reais é objecto de registo definitivo, art.2.º, n.º 1/f do CRPred. O registo provisório surge com o actual CRPred de 1984.

⁴⁶⁷ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo Provisório de Aquisição*, Comunicação feita na F.D.U.C., no Congresso de Direitos Reais, em 29/11/03, in www.fd.uc.pt, p.8.

⁴⁶⁸ Art.34.º, n.º 2 do CRPred.

⁴⁶⁹ Arts.11.º, 13.º e 92.º, n.º 4 do CRPred.

⁴⁷⁰ Arts.3.º, n.º1 e 92.º, n.º2/b do CRPred. O registo da acção é feito por averbamento à primeira inscrição, relativa ao registo provisório de aquisição, v. arts.100.º, n.º1 do CRPred.

⁴⁷¹ Esta decisão é igualmente registada por averbamento à inscrição do registo provisório de aquisição (art.101.º, n.º 2/c do CRPred).

⁴⁷² Art.34.º, n.º 2 do CRPred, também efectuado por averbamento, art.101.º, n.º 2/d do CRPred.

prevalência do registo da decisão judicial *retroage* à data de um não-direito, melhor se dirá, à data do registo provisório de aquisição ainda não titulada^{473/474}.

Assim, reconhecer efeitos substantivos ao registo provisório implica concluir pela prevalência do direito publicitado mas ainda não existente na titularidade do promitente-comprador e com base num título futuro, perante um posterior registo de um facto jurídico aquisitivo de um direito com ele incompatível, baseado num título presente.

Assumindo uma tutela registal que contradiz as regras de Direito Civil substantivo, verifica-se um pertinente debate académico.

M. J. de Almeida Costa e L. Carvalho Fernandes criticam a atribuição de efeitos substantivos ao registo provisório de aquisição. Perante uma alienação da coisa prometida vender ao sujeito a favor do qual existe um registo provisório, pelo titular registal a um terceiro, independentemente do registo, ele é titular do direito real incompatível com a futura aquisição daquele. À luz das regras de Direito Civil, deve prevalecer a aquisição do direito real pelo terceiro perante um direito de crédito à celebração de um contrato real mas futuro. L. Carvalho Fernandes salienta que, porque a alienação a terceiro é válida e eficaz, não chega a ser celebrado o contrato definitivo prometido nem há produção dos seus efeitos por decisão judicial e o registo provisório de aquisição não é convertido em definitivo. Aliás, um entendimento diverso levaria a uma diluição de fronteiras entre o contrato-promessa com eficácia real e o contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais⁴⁷⁵.

Em termos jurisprudenciais, no ac. de 25/06/02, o STJ⁴⁷⁶ argumentou no sentido de que, à luz dos arts.408.º, n.º 1, 1316.º e 1317.º/a do CC, um contrato-promessa de

⁴⁷³ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, cit., p.10, 15 e 16.

⁴⁷⁴ Este resultado está condicionado à não caducidade ou cancelamento do registo provisório antes da aquisição do terceiro, nos termos dos arts.11.º e 92.º, n.º 4 do CRPred. *In casu*, a inscrição deve ser renovada por períodos de seis meses, até ao limite máximo de um ano após a data prevista para a celebração do contrato definitivo e com base em documento que prove o consentimento das partes.

⁴⁷⁵ V. COSTA, M. J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, cit., p.413 e 414, nota 2. Na medida em que o registo provisório acaba por tutelar um direito que só existirá aquando da celebração do contrato definitivo, o A. recorda o instituto alemão da *prenotação* (§883, do BGB), como medida registal e cautelar da posição do adquirente. Recordamos que no Direito alemão vigora o sistema do modo. São celebrados dois negócios, no primeiro as partes manifestam a vontade de alienar a coisa, e no segundo, independentemente da sorte do anterior, determina-se a produção de efeitos reais, quando acompanhado da entrega da coisa ou do seu registo, consoante esteja em causa uma coisa móvel ou imóvel (§§929 e 873 do BGB). V. tb. FERNANDES, L. CARVALHO, «Efeitos do registo da acção de execução específica do contrato-promessa», *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica de Lisboa, 1ª ed., 2001, p.950 e 951. Segundo este último A., o registo provisório tem como único efeito, o de apurar a hipotética responsabilidade do terceiro adquirente, enquanto cúmplice do promitente faltoso.

⁴⁷⁶ V. *CJ/STJ*, Ano 10, T.II, 2002, p.127 e 128.

compra e venda sem eficácia real gera apenas direitos obrigacionais. Assim, o simples registo provisório não pode fazer *retroagir* o direito de propriedade a um momento em que ele não era da titularidade do sujeito a favor do qual foi realizado. A RL decidiu, no ac. de 11/02/10⁴⁷⁷, pela inoponibilidade da aquisição registada provisoriamente por envolver uma *absoluta incompatibilidade* com o regime de contrato-promessa com eficácia real. *In casu*, ambos os acs. decidiram pela prevalência do registo de um arresto da coisa perante o anterior registo provisório de aquisição com base num contrato-promessa.

Extrapolando a argumentação desenvolvida pelo STJ e pela RL, para a situação de confronto entre um registo provisório de aquisição e o registo posterior de um facto aquisitivo incompatível com ele a favor de terceiro, seria dada prevalência ao direito deste e negada a prioridade daquele, considerando, a alienação com base no registo provisório de aquisição como uma compra e venda de coisa alheia.

Aplaudimos a crítica a esta jurisprudência argumentada por Mónica Jardim. A A. defende que negar os efeitos substantivos ao registo provisório tem por consequência retirar-lhe qualquer efeito útil⁴⁷⁸. Porque razão registar provisoriamente um facto aquisitivo a existir no futuro, se perante uma situação de conflito de interesses, as regras de direito substantivo primam sobre as regras registais?

A A.⁴⁷⁹ entende que o registo provisório de aquisição goza de efeitos substantivos e representa uma *reserva de prioridade própria e causal*⁴⁸⁰. Mais concretamente, argumenta que o registo provisório de aquisição, com base num *pactum de contrahendo*, permite ao titular registal limitar voluntariamente os seus poderes de alienação ou oneração da coisa objecto de um contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais.

Deste modo, ultrapassa o obstáculo invocado pelas teorias *ex adverso* ao realçar uma essencial diferença entre o registo definitivo do contrato-promessa com eficácia real e o registo provisório com base num contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais. Naquele, estamos perante um registo com uma função muito similar à *prenotação* do Direito alemão⁴⁸¹, onde se alarga a eficácia *inter partes* do direito de crédito aos restantes membros de uma comunidade jurídica, e onde o registo visa

⁴⁷⁷ Relatado por Esagüy Martins in www.dgsi.pt.

⁴⁷⁸ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, cit., p.6.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ *Ibidem*. O STJ manifestou uma opinião idêntica nos acs. de 08/02/00 e de 15/05/01, *id.*, p.4, mas inversa no ac. de 25/06/02, como foi referido.

⁴⁸¹ V. *supra* nota 475.

proteger o titular de um direito já existente contra o próprio titular registal inscrito⁴⁸². A *contrario sensu*, no registo provisório de aquisição⁴⁸³ publicita-se a intenção de o titular registal vir a alienar a coisa a um promitente-comprador, limitando deste modo, os efeitos substantivos dos actos posteriores de alienação ou oneração que se revelem incompatíveis com o futuro direito real do promitente-comprador, sujeito a favor do qual é feita uma *reserva de lugar*⁴⁸⁴. Esta limitação opera perante direitos posteriormente constituídos e incompatíveis com aquela reserva, provenientes do titular inscrito, e fica condicionada à caducidade ou cancelamento do registo provisório^{485/486}.

Assim, a A. não considera que o registo provisório antecipa um direito ainda inexistente⁴⁸⁷, mas sim, que pela incompatibilidade entre o registo posterior de um direito de terceiro sobre a coisa com a reserva de lugar já realizada, a posição desse terceiro é inoponível perante o sujeito a favor do qual a reserva reverteu. Nas palavras de Mónica Jardim, pelo registo provisório, o titular inscrito fica *privado dos benefícios inerentes à sua posição registal, em proveito do futuro adquirente*⁴⁸⁸.

No tocante à legitimidade para solicitar o registo, a A. assume duas perspectivas opostas consoante se discuta o tema antes e depois da entrada em vigor do DL n.º116/2008, de 04/07. Em momento anterior à vigência deste diploma, o registo provisório de aquisição translativa apenas deveria ser lavrado quando o promitente manifestasse vontade em ver alterada a situação tabular⁴⁸⁹. A A. argumenta que esta interpretação é a que melhor se adequa, além do mais, com os arts.34.º, n.º 2 e 92.º, n.º4 do CRPred mas, sobretudo, com a soberania ínsita dos direito reais, dificilmente consentânea com a legitimidade do promitente-comprador que, sem o consentimento do titular do *ius in re*, poderia limitar a eficácia dos actos posteriormente praticados por ele,

⁴⁸² V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, cit., p.14.

⁴⁸³ J. C. Brandão Proença refere a estreita aproximação entre o registo provisório de aquisição e a *trascrizione* italiana do contrato-promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre imóveis construídos ou em construção, prevista no art.2645.º *bis* do CCit. O preceito estatui que, quando seja acompanhada da *trascrizione* do contrato definitivo ou da sentença de execução específica, a *trascrizione* do contrato-promessa prevalece sobre os registos posteriores de direitos reais, v. PROENÇA, J. C. BRANDÃO, «Para...», cit., p.23.

⁴⁸⁴ *Id.*, p.9, 10 e 14.

⁴⁸⁵ Art.10.º do CRPred

⁴⁸⁶ V. tb., SAMEIRO, PEDRO, «O direito...», cit., p.96. O A. tb. invoca a alternativa de o legislador considerar válida a atribuição de efeitos reais ao *pactum de contrahendo*, através de mero documento particular.

⁴⁸⁷ Neste âmbito, diverge da opinião manifestada em parecer pelo CTDGRN, constante do Proc. n.º101/96 R.P. 4, *BRN* n.º 7/97, II Caderno in <http://www.irn.mj.pt>.

⁴⁸⁸ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, cit., p.15. V. tb. SOARES, BLANDINA, *Código do Registo Predial Anotado* Coimbra, Almedina, 2009, p.272 e 273.

⁴⁸⁹ Apesar de se integrar nas teorias *ex adverso*, é da mesma opinião FERNANDES, L. CARVALHO, «Efeitos do registo...», cit., p.950. Na jurisprudência, v. o ac. da RC, de 25/06/02, *CJ*, Ano 27, T. III, 2002, p.37.

sobre uma coisa da sua titularidade⁴⁹⁰. O título que deveria basear o registo provisório de aquisição translativa seria exclusivamente a *vontade do titular registal inscrito em ver alterada a situação tabular, acompanhada de uma declaração de intenção de alienar o direito no futuro*⁴⁹¹.

O DL n.º 116/2008 alterou a redacção do n.º 4, do art.47.º do CRPred, ao estatuir que o registo provisório de aquisição pode ser lavrado com base num contrato-promessa de alienação, *salvo convenção em contrário*. Segundo Mónica Jardim, o legislador deixou claro que este registo pode ser realizado com base na declaração de intenção de alienar contida num contrato-promessa, independentemente da declaração do promitente-alienante, titular registal definitivamente inscrito, em ver alterada a situação tabular, *salvo convenção em contrário*⁴⁹².

Segundo a A., não se compreende por que razão o legislador reconhece a possibilidade de feitura deste registo com dois títulos diferentes, um baseado numa declaração de ver alterada a situação registal que contém ou revela a intenção de alienar o imóvel, e outro *apenas* fundado na intenção de alienar o direito através de um acto certo e determinado nos seus elementos essenciais, quando ambos os registos geram os mesmos efeitos substantivos.

Na sua perspectiva, o legislador atribui relevância à vontade do promitente-adquirente e de um terceiro interessado, em ver a situação registal alterada⁴⁹³. Por isso, na prática, o registo provisório de aquisição é lavrado com base na intenção do titular registal, definitivamente inscrito, alienar o direito *e na vontade daquele que o requeira, por pretender ver alterada a situação registal existente*⁴⁹⁴.

Mónica Jardim entende que o *iter* legislativo deveria ter sido o oposto ao efectivamente seguido, no sentido de estabelecer que o registo provisório de aquisição de direitos poderia ser lavrado com base numa declaração da intenção de alienar contida no contrato-promessa, *desde que a mesma fosse acompanhada da declaração de vontade do promitente-alienante em ver a situação tabular alterada*⁴⁹⁵. A *contrario*, o art.36.º do CRPred vigora para todos os registos, *inclusive* provisórios de aquisição de direitos, com as devidas adaptações. Ou seja, têm legitimidade para pedir o registo

⁴⁹⁰ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, cit., p.11.

⁴⁹¹ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *Efeitos Substantivos do Registo Predial: Terceiros para Efeitos de Registo*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2013 e que nos foi cedida pela A., p.834.

⁴⁹² *Ibidem*

⁴⁹³ *Id.*, p.835.

⁴⁹⁴ *Id.*, p.836.

⁴⁹⁵ *Id.*, p.841.

provisório de aquisição, com base numa declaração de alienar o direito contida num contrato-promessa, o sujeito activo – futuro adquirente, ou passivo – futuro alienante, da relação jurídica ainda não existente mas a publicitar, bem como qualquer interessado em tal assento registal⁴⁹⁶.

Muito brevemente, cumpre referir a opinião de G. Órfão Gonçalves⁴⁹⁷. Embora a propósito de um conflito de direitos reais de garantia, melhor, entre o direito de retenção e uma hipoteca registada após o registo provisório com base no contrato-promessa, o A. menciona que o sentido a reconhecer ao art.47.º, n.º 3, conjugado com o art.92.º, n.º1/g, ambos do CRPred, só poderá ser um: o de tornar oponível *erga omnes* a situação jurídica do prédio objecto mediato de contrato-promessa sem eficácia real a favor do promitente-comprador, agora devidamente publicitada. Refere igualmente que, a legitimidade do registo é de *qualquer interessado* e que o mesmo não depende da tradição da coisa. Inversamente, esta é *conditio* do nascimento do *ius retentionis*.

Portanto, poderíamos concluir que o A. também reconhece efeitos substantivos ao registo provisório. Todavia, mais tarde acrescenta que esse registo do contrato-promessa sem eficácia real diferencia-se do registo definitivo da promessa com eficácia real pelo facto de este permitir a execução específica *custe o que custar*, ou seja, mesmo no caso de alienação a terceiro, o que aquele não possibilita, pela falta de *realidade* do direito de aquisição do promitente-adquirente⁴⁹⁸.

Assim, apesar de *prima facie* parecer tender para uma posição protectora do promitente-adquirente com registo provisório perante *qualquer terceiro*, logo, face a alienações futuras da coisa a adquirir, revela-se negativamente, pois a eficácia do registo provisório só vale perante certos actos de disposição do titular registal, mais concretamente, apenas perante os que implicam uma oneração do prédio mas já não, uma transmissão a terceiro. Desenvolveremos *infra*, com mais ênfase e em lugar próprio, o pensamento do A. e as fragilidades que lhe apontamos.

Note-se que, o conflito que agora se discute não é um verdadeiro conflito de exercício de direitos reais incompatíveis entre si. Porque antecedemos o problema ao tempo do valor a reconhecer ao registo provisório, discute-se a prevalência de *um direito a adquirir a propriedade*, registado a favor do promitente-adquirente, perante

⁴⁹⁶ *Id.*, p.829.

⁴⁹⁷ V. GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO, «Temas da Acção Executiva», *Themis*, V.9, vol.2, 2004, p.283, 285 e nota 31 e 33.

⁴⁹⁸ *Id.*, p.292 e 293.

um direito de propriedade efectivamente transmitido pelo mesmo sujeito – titular registal, a favor de um terceiro⁴⁹⁹.

Relativamente aos efeitos a reconhecer ao registo provisório de aquisição translativa, concordamos com o pensamento de Mónica Jardim e com as suas críticas às teorias *ex adverso*. Rejeitamos assim, as conclusões que nos desolam, da doutrina defendida por M. J. de Almeida Costa e L. Carvalho Fernandes e, pela jurisprudência do STJ, no ac. de 25/06/02.

A nossa convicção em solucionar o conflito sob apreciação neste ponto, pelo reconhecimento, *de iure condito*, de efeitos substantivos ao registo provisório de aquisição, justifica-se pela razão de estarmos a prevenir os efeitos negativos de um potencial direito de retenção do sujeito a favor de quem, neste caso, reverte o mesmo registo.

Porque o registo goza de fé pública, o terceiro que pretenda adquirir o imóvel ou móvel sujeito a ele, poderá sempre confiar no que foi dado a conhecer ao público pelo registo provisório, e assim prevenir os efeitos prejudiciais de um direito de retenção que emerge ao abrigo da lei, pela falta de cumprimento do contrato-promessa celebrado entre o beneficiário daquele registo e o, até então, titular registal.

Apesar de aplaudirmos o pensamento de Mónica Jardim, cumpre apontar duas nótulas em que nos afastamos da A.. Numa primeira nótula, sublinhamos o mérito da opção legislativa de 2008, interpretada no sentido de que a legitimidade para requerer o registo provisório deve estender-se ao promitente-comprador, em afirmação da regra geral do art.36.º do CRPred. Neste sentido também se manifestam J. C. Brandão Proença⁵⁰⁰ e o CTDGRN⁵⁰¹. Nas palavras de J. C. Brandão Proença, porque o objectivo a alcançar neste ponto, consiste *numa prevenção do incumprimento estimulado pela natureza obrigacional da promessa*⁵⁰², limitar a legitimidade ao titular registal, significa

⁴⁹⁹ V. FERNANDES, L. CARVALHO, «Efeitos do registo...», *cit.*, p.951, nota 41.

⁵⁰⁰ V. PROENÇA, J. C. BRANDÃO, «Para a necessidade...», *cit.*, p.24.

⁵⁰¹ O CTDGRN sempre reconheceu que a solicitação do registo provisório de aquisição de direitos poderia ser feita com base em declaração da intenção de alienar o direito contido no contrato-promessa, legitimando o promitente-comprador ou um terceiro interessado que, não sendo parte do contrato-promessa, tivesse interesse na realização de tal assento, v. a decisão tomada pelo presidente do Instituto dos Registo e do Notariado, I. P., constante do Proc. n.º R.P.327/2004 DJS, *in* <http://dejure.com.pt>, o parecer constante do Proc. n.º R.P. 146/98 DSJ-CT, *BRN* n.º 5/1999, II Caderno *in* <http://www.irn.mj.pt> e o parecer *já citado*, constante do Proc. n.º 101/96 R.P. 4. V. tb. SOARES, BLANDINA, *Código...*, *cit.*, p.274.

⁵⁰² V. PROENÇA, J. C. BRANDÃO, «Para a necessidade...», *cit.*, p.4.

deixar à mercê de quem se discute o hipotético comportamento faltoso, a sorte dos direitos/ou não do promitente-adquirente e do terceiro adquirente.

Se pretendemos restringir as probabilidades de incumprimento do contrato-promessa por alienação da coisa a um terceiro mas prometida vender àquele promitente-comprador, não podemos fazer depender a realização do registo provisório da vontade do promitente-alienante.

Vejam, se o sujeito em causa tiver intenções especulativas, nunca irá requerer o registo e a situação de conflito de direitos reais irá comprovar-se posteriormente, sem que, muitas vezes, o mesmo sinta prejuízos na sua esfera jurídica, pelo exercício de um direito de retenção do promitente fiel. Aliás, quando o contrato-promessa é acompanhado da tradição antecipada da coisa, a intenção de o promitente-vendedor aliená-la ao *accipiens* é duplamente exposta, encontrando, nesta hipótese, um reforço para o alargamento da legitimidade deste último na solicitação do registo provisório com base no contrato-promessa. Não podemos negar que existe, no *pactum de contrahendo*, uma intenção claramente manifesta de o sujeito alienar a coisa à sua contraparte, pelo que, quando acrescida da *traditio rei*, é reforçada a legitimidade para o promitente-adquirente requerer o registo provisório. O terceiro adquirente da mesma *res* passa a ser um terceiro para efeitos de registo⁵⁰³ para além de um terceiro em termos substantivos. Desta forma, o seu direito perde os efeitos jurídicos concedidos pelo Direito civil, não por este ter adquirido um direito tabular mas por ter *antecipadamente reservado o seu lugar*.

Numa segunda nótula, intimamente ligada ao acima exposto, cremos que, *de iure condendo*, o efeito substantivo do registo provisório de aquisição deve admitir-se exclusivamente desde que haja *traditio rei* da coisa objecto do contrato definitivo.

Justificamos a nossa convicção por duas razões. Primeiro, porque propomos a tutela registal de modo a bloquear o poder de disposição do titular inscrito, uma vez que já assumiu um compromisso cuja violação poderá, nos termos da norma citada, gerar importantes inconvenientes para dois sujeitos, terceiros entre si.

Em segundo lugar, cremos que somente com a tradição da coisa se justifica uma maior tutela da expectativa de aquisição do promitente-comprador, uma vez que a

⁵⁰³ Art.5.º, n.º 1 do CRPred. Devido aos limites formalmente impostos no âmbito desta investigação, não trataremos da exposição deste preceito. Para melhores desenvolvimentos, v. JUSTO, A. SANTOS, *Direitos Reais, cit.*, p.63 a 84.

atribuição de efeitos substantivos ao registo provisório representa uma excepção aos princípios de Direito substantivo contidos no CC.

Se recuarmos no tempo, atribuindo efeitos substantivos ao registo provisório de aquisição com base num contrato-promessa, *desde que tenha havido tradição da coisa prometida vender*, protege-se de forma mais adequada as posições jurídicas do promitente-adquirente – que pode adquirir a titularidade da coisa por cumprimento voluntário do contrato-promessa ou pela execução específica, cujos efeitos do registo definitivo retroagem ao tempo do registo provisório e, portanto, ao momento em que obteve efectivamente o direito de gozo sobre a coisa nos termos da tradição jurídica – e também do terceiro – que já não irá celebrar aquele contrato gerador do incumprimento da promessa, logo de um direito de retenção a favor do promitente fiel e perturbador do um *pleno* direito de propriedade.

Assim, embora à luz do Direito vigente reconheçamos os efeitos substantivos do registo provisório, por força das variantes da nossa opinião acima expostas, propomos várias alterações ao CRPred⁵⁰⁴, no plano do Direito a constituir. Vejamos.

Creemos que o n.º 4, do art.47.º poderá ser removido, pois se defendemos a aplicação da regra geral acerca da legitimidade para requerer o registo provisório de aquisição, não vemos razões justificativas para a manutenção do seu regime num preceito sistematicamente referente à Secção II – *Casos especiais*, do Cap. II – *Documentos*, do Tít. III – *Do processo de registo*. Julgamos, humildemente, mais adequado reformular a al.g. do n.º 1, do art.92.º e acrescentar um novo número (n.º 2) ao artigo, respeitante aos casos de registo provisório por natureza, na Secção I – *Inscrição*, do Cap. III – *Inscrição e seus averbamentos*, do Tít.IV – *Dos actos de registo*, alterando-se a ordem numérica dos números seguintes.

Aliás, entendemos que a inscrição deverá ser acompanhada de um documento que comprove o acordo da tradição da coisa, independentemente do conteúdo e do tipo de direitos que as partes convencionaram transmitir pelo mesmo^{505/506}. Consideramos

⁵⁰⁴ Doravante, os arts. mencionados consideram-se referentes a este diploma.

⁵⁰⁵ J. Andrade Mesquita invoca a diversidade de direitos possivelmente emergentes do acordo de *traditio*. O conteúdo dos direitos do *accipiens* sobre a *res* irão depender da real vontade dos contraentes reflectida no acordo de entrega e no tipo de contrato-promessa. Ou seja, o *accipiens* só será titular de um direito de gozo, caso o próprio contrato definitivo o atribua, *v. MESQUITA, J. ANDRADE, Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, Almedina, 1999, p.75 a 77 e 12. Este é o nosso caso, uma vez que circunscrevemos o estudo deste ponto ao contrato-promessa de compra e venda, *v. supra*, 3.2, II. A *communis opinio* vai no sentido de qualificar o direito de gozo transmitido como direito pessoal de gozo (art.407.º), implicativo de uma posse precária (art.1253/a). Somente em circunstâncias excepcionais poderá surgir da tradição, o

bastante, a título de suporte comprovativo da tradição, o contrato-promessa que a preveja.

Cumpra ainda salientar que o n.º 4 do art.92.º poderá ser removido, passando o seu conteúdo a constar de uma das als. do novo número (n.º 2) do preceito.

Por fim, o n.º 3 do art.6.º do CRPred poderá adoptar uma redacção mais clara acerca da conservação da prioridade registal quando o registo inscrito provisoriamente se converte em definitivo, mesmo nos casos de registo provisório de aquisição com base num contrato-promessa.

Apresentamos as seguintes possíveis redacções⁵⁰⁷ dos arts.92.º e 6.º:

Artigo 92.º

Provisoriiedade por natureza

1. *São efectuadas provisoriamente por natureza as seguintes inscrições:*

[...]

g) de aquisição com base em contrato-promessa de alienação e desde que tenha sido antecipadamente entregue a coisa objecto do contrato prometido, salvo convenção em contrário;

[...]

2. Na inscrição referida na alínea g) do n.º 1:

- a) Têm legitimidade para requerer o registo os sujeitos referidos no art.36.º;
- b) É título suficiente para o registo o contrato-promessa de alienação, desde que acompanhado da comprovação de acordo de entrega da coisa objecto do contrato prometido, independentemente da natureza dos direitos atribuídos sobre ela, por aquele;
- c) O registo é renovável por períodos de seis meses e até um ano após o termo do prazo fixado para a celebração do contrato prometido, com base em documento

exercício de poderes de facto correspondentes ao direito de propriedade a adquirir, ou seja, uma verdadeira posse, um *animus possidendi* (por ex., pelo pagamento total do preço ou quando as partes não têm intenção de celebrar o contrato definitivo por razões fiscais, etc.), v. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Contrato-Promessa...», *cit.*, p.86, nota 55. V. tb os acs. do STJ de 11/10/05, *CJ/STJ*, Ano 13, T.III, 2005, p.66 e de 13/01/00, *cit.*, p.363. Afirmando a verdadeira posse, v. o ac. da RL de 09/11/95, relatado por Freitas de Carvalho *in* www.dgsi.pt.

⁵⁰⁶ Não existe consenso doutrinral acerca da sorte dos direitos do *accipiens* quando passa a ser retentor. Sobre este assunto, concordamos com Ana Prata que defende a extinção do direito de gozo pela aquisição da garantia, por força dos arts.758.º, 759.º, n.º3 e 671.º/b, v. PRATA, ANA M. C. RODRIGUES, *O Contrato-Promessa...*, *cit.*, p.889. V. tb MESQUITA, M. HENRIQUE, *Obrigações...*, *cit.*, p.76.

⁵⁰⁷ Em itálico são referidas as partes que se mantêm inalteradas.

que comprove o consentimento das partes ou, na falta de convenção de data, até um ano a contar da data de celebração do contrato-promessa⁵⁰⁸.

[...]

Artigo 6.º

Prioridade do registo

[...]

3. O registo convertido em definitivo conserva a prioridade que tinha como provisório, mesmo quando tiver ingressado provisoriamente por natureza, nos termos da al.g. do n.º 1 do artigo 92.º.

[...]

Cumpre, neste lugar, sublinhar o meritíssimo pensamento J. Lebre de Freitas que, no se anteprojecto de reforma do processo executivo, elaborado para o Ministério da Justiça em 1999⁵⁰⁹, propôs a alteração aos arts.2.º, n.º 1/e e 47.º, n.º 4 do CRPred⁵¹⁰. Com efeito, o A. defende o registo da tradição da coisa para o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição da promessa de transmissão ou constituição de direito real, sendo qualificado como provisório por natureza.

Na sua proposta, a inscrição da tradição é feita com base no contrato-promessa que a preveja e na declaração do beneficiário ou no contrato-promessa que a não preveja e na declaração do titular do direito real sobre ela.

O A. não se pronuncia *expressis verbis* acerca dos efeitos deste registo, contudo, parece-nos que lhe atribui força substantiva, pois na sua opinião o registo da tradição deveria prevalecer sobre o registo posterior de uma hipoteca⁵¹¹.

⁵⁰⁸ No tocante às novas als.b. e c. do art.92.º, n.º2, apoiamo-nos num parecer do CTDGRN, constante do Proc. n.º R.P. 19/2011 SJC-CT in <http://www.irm.mj.pt>. V. tb. SOARES, BLANDINA, *Código...*, cit., p.279.

⁵⁰⁹ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «A Revisão do Código de Processo Civil e Processo Executivo», *O Direito*, Ano 131, 1999, p.15 a 90.

⁵¹⁰ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p.720, 780 e 782. A proposta não logrou êxito na Lei de autorização legislativa n.º 23/2002, de 21/08 e na efectiva reforma legislativa do processo executivo de 2003, v. «Sobre a prevalência...», cit., p.582 e *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol.II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.737 e ss e p.761.

⁵¹¹ Veremos *infra* (III), com mais ênfase, o pensamento do A.

A proposta do A. não altera a nossa opinião concretizada nas possíveis alterações legislativas *supra* mencionadas. Com efeito, entendemos preferível o registo de aquisição com base no contrato-promessa, acompanhado da *traditio rei* e não o contrário, por razões de melhor adequação à *facti species* sob apreciação. O que impulsiona a tutela acrescida do beneficiário da promessa é o contrato preliminar onde se retira uma intenção do titular registal transmitir o direito real à sua contraparte, intenção essa *reforçada* pela entrega antecipada da coisa seu objecto.

Para finalizar a nossa reflexão, há que levar em linha de conta as fragilidades da nossa proposta, uma vez que a protecção pré-tabular é justamente *preventiva* de um incumprimento do *tradens* da *res* mas não afasta decisivamente a possibilidade de um comportamento faltoso do titular registal. Vejamos três hipóteses.

Primeira: o terceiro celebra um contrato de compra e venda e regista o seu direito após a celebração de um contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais entre o seu vendedor e outro sujeito, mas antes da *traditio* da *res* a favor deste último. Neste caso o registo definitivo do facto aquisitivo do terceiro torna-se oponível *erga omnes*. Por força dos princípios da legitimação, do trato sucessivo e da legalidade⁵¹², o posterior registo provisório de aquisição a favor do promitente-comprador nem seria realizado, pois o *tradens*, promitente-vendedor já não é o titular *registal*.

Segunda: o terceiro é um promitente-comprador que adquiriu esta qualidade por contrato-promessa com efeitos reais, celebrado antes ou após um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, mas registado antes da tradição da *res* ao abrigo do segundo contrato. Este caso é análogo ao primeiro, uma vez que a única diferença reside no direito adquirido e registado pelo terceiro. Estamos perante um conflito de interesses entre dois promitentes-compradores mas, a posição jurídica do primeiro prevalece, na medida em que se torna absolutamente oponível a partir do registo definitivo que o segundo só poderia realizar provisoriamente e em momento posterior, mais concretamente, aquando da *traditio*.

Apontamos para a falta de verificação destas duas hipóteses de *iure condito*. Porque a lei registal não exige a *traditio rei* para a realização do registo provisório, o promitente-adquirente ao abrigo do contrato-promessa sem eficácia real, está logo em

⁵¹² Arts.9.º, n.º 1, 34.º e 68.º do CRPred.

condições de o realizar, reservando antecipadamente o seu lugar, perante posteriores alienações ou promessas, independentemente de já ter ou não havido entrega da *res*⁵¹³.

Apesar de a nossa proposta assumir estas fragilidades, cremos que na primeira e segunda hipótese, o crédito indemnizatório do promitente fiel, garantido pelo direito de retenção, poderá ser objecto de *redução* ou de *exclusão* por culpa do lesado, que sabia ou devia saber da situação jurídica actual do prédio, aquando do acordo de tradição da coisa (art.570.º do CC)⁵¹⁴.

Terceira: A promete vender a B a coisa x e procede à sua entrega antecipada, sendo realizado o registo provisório de aquisição. Um tempo depois, A promete vender a C a mesma coisa, privando-a de B, e entregando-a a C que regista provisoriamente a aquisição futura. Estamos perante dois contratos-promessa sem eficácia real. Nesta situação, prevalece o registo de B que será convertido em definitivo, seja pelo registo do contrato prometido, seja pela inscrição da decisão judicial que produz os efeitos reais. Todavia, porque o terceiro é também ele, um promitente-adquirente que obteve a tradição da coisa, gozará do *ius retentionis* contra A mas oponível a B, novo titular registal.

Neste caso, entendemos que vale o que foi dito acerca da primeira e segunda hipótese. Ou seja, a indemnização de C, crédito garantido pela retenção, deverá ser *quantitativamente reduzido* ou *excluído* por culpa do lesado, que sabia ou devia saber do primeiro registo provisório de aquisição incompatível com o dele (art.570.º do CC).

Em gesto de conclusão, e apesar das fragilidades acima expostas, a nossa opinião, acompanhada das correspondentes alterações ao CRPred, previne situações especialmente chocantes de incumprimento do *tradens*. Conseguimos proteger essencialmente o *accipiens* de um terceiro posterior acquirente da mesma *res* pelo mesmo *tradens*, e também de um terceiro promitente-comprador, cuja posição derive de um contrato-promessa com eficácia real, celebrado após a tradição da mesma *res* àquele *accipiens* que *reservou oportunamente o seu lugar*.

No tocante às três fragilidades apontadas, pensamos que as regras relativas à obrigação de indemnizar garantida pelo direito de retenção e em especial, o art.570.º, n.º1 do CC, contribuirão para uma resolução justa e equitativa do conflito de interesses emergente entre o retentor e o terceiro. Não esqueçamos igualmente, o instituto do

⁵¹³ Nesta linha, v. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, cit., p.23 a 25.

⁵¹⁴ Relativamente à segunda hipótese, v. VARELA, ANTUNES, *Sobre o contrato-promessa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª ed., 1989, p.155.

abuso de direito, como forma de censurar a conduto do retentor, num exercício ilegítimo da garantia, por exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé.

Para além disso, o terceiro que pagar ao retentor para poder gozar plenamente do seu direito de propriedade, poderá sub-rogar-se nos direitos do credor – promitente fiel, contra o devedor – promitente faltoso⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Arts.606.º e ss

PARTE TERCEIRA

A Oponibilidade do *Ius Retentionis* a Terceiro Credor Não Retentor e Titular de um Direito Real de Garantia

1. Considerações Gerais

Propomos um estudo centrado na fase executiva de realização do crédito do retentor, com especial enfoque na função de garantia do *ius retentionis*. Doravante, focamos a nossa atenção para a oponibilidade da garantia em termos de preferência do retentor no concurso de credores num processo executivo *para pagamento de quantia certa*, movido contra o seu devedor ou simplesmente dono da coisa objecto do direito real.

Como sabemos, a teleologia do direito de acção consiste na realização do direito do exequente⁵¹⁶. Neste âmbito e quando haja concurso de credores, a característica da preferência dos direitos reais assume especial relevância. A constituição de uma pluralidade de garantias reais sobre o mesmo bem para reforçar créditos diferentes é válida, contudo a satisfação de cada um deles, ou melhor, o exercício simultâneo de cada garantia torna-se impossível pelas próprias limitações da coisa sobre a qual incidem. Assim, o direito de preferência permite a resolução do conflito de exercício de direitos reais, na medida em que decide qual o que será primeiramente exercido. Rege-se por uma ideia de prioridade temporal, *prevalecendo* a garantia primeiramente constituída ou ainda qualquer garantia real, independentemente do factor tempo, quando confrontada com um direito de crédito de outro credor do mesmo devedor⁵¹⁷.

A regra da prioridade temporal é, todavia, excepcionada pela prioridade registal e também, pelos arts.751.º e 759.º, n.º 2, relativos aos privilégios imobiliários e ao direito de retenção. Vimos *supra*⁵¹⁸ qual a ordem legal de satisfação dos credores daí resultante, consoante a coisa objecto dos direitos de garantia seja móvel ou imóvel.

⁵¹⁶ Interessa a execução por equivalente: apreensão dos bens do executado e realização dos créditos com o correspondente valor, v. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Acção...*, cit., p.10 e 14 a 16.

⁵¹⁷ V. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais*, cit., p.50.

⁵¹⁸ Ponto 4.1, I.

Está em causa uma categoria de terceiros já referida mas não desenvolvida: os credores comuns e preferenciais do *verus dominus* da coisa retida – agora executado, podendo apresentar-se como devedor ou não do retentor⁵¹⁹.

A preferência do crédito do retentor perante os credores comuns é logicamente perceptível, pelo que o nosso problema insere-se na discussão em torno dos *termos* da oponibilidade do direito de retenção contra os demais credores preferenciais mas não retentores, num processo executivo instaurado⁵²⁰ contra um executado *in bonis*⁵²¹.

⁵¹⁹ Recordamos a oponibilidade do direito de retenção ao terceiro adquirente da coisa antes ou depois da constituição da garantia.

⁵²⁰ Pelo retentor (arts.758.º e 759.º), por um credor comum ou preferencial (art.817.º).

⁵²¹ Devido aos limites formalmente impostos no âmbito desta investigação, excluimos do quadro da nossa investigação a hipótese de o dono da coisa detida (promitente-vendedor) ser declarado insolvente e o administrador da insolvência recusar o cumprimento do contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais (art.106.º, n.º 2 do CIRE). Pela recusa lícita de cumprimento, o *pactum de contrahendo* considera-se resolvido. Neste contexto, o primeiro problema que importa resolver consiste na determinação do *quantum* do crédito indemnizatório do promitente-comprador, mais precisamente, questiona-se a aplicação do art.442.º, n.º 2 do CC ou a obediência ao art.106.º, n.º 2 do CIRE que remete para o art.104.º, n.º 5 (diferença entre o valor da coisa prometida vender na data da recusa e o valor global das prestações ou rendas previstas até ao final do contrato, ou seja, o valor do preço acordado), que remete por sua vez, para o art.102.º, n.º 3. Concordamos com F. de Gravato Morais, que defende a aplicação restritiva do art.106.º, n.º 2 do CIRE, na medida em que apenas se deve considerar aplicável às promessas não sinalizadas (valor significativamente mais baixo do que o valor obtido à luz do CC), pelo que em caso de sinal, aplica-se o regime-regra do art.442.º, n.º 2, v. MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, «Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor», *CDPriv*, n.º 29, 2010, p.9. No mesmo sentido, v. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA, «Contrato-promessa e falência/insolvência – Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03», *CDPriv*, n.º 24, 2008, p.62 e nota 18, que realça o prejuízo causado ao promitente-comprador, pela interpretação estrita do art.106.º, n.º 2 do CIRE. O segundo problema que cumpre solucionar consiste em saber se o promitente-comprador é titular de um direito de retenção ao abrigo dos arts.755.º, n.º1/f e 442.º, n.º 2, uma vez que é condição da garantia o incumprimento *imputável* do promitente-vendedor e que, *in casu*, existe apenas uma recusa lícita do administrador da insolvência. Mais uma vez, partilhamos a opinião de F. de Gravato Morais que afirma a necessidade de entender o conceito de imputabilidade, em sede de insolvência, no sentido de *ter causado* esse estado, *ter motivado* essa situação, v. MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, «Promessa...», *cit.*, p.10. V. tb VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA, «Contrato-promessa...», *cit.*, p.63. Acrescentamos que, em consonância com a afirmação, *supra* exposta em texto, da extensão do direito de retenção às promessas não sinalizadas em geral, também em sede de insolvência, devemos entender que o direito de retenção emerge a favor do promitente-comprador (que deverá reclamar o seu crédito segundo os arts.128.º e ss do CIRE), seja por aplicação do art.106.º, n.º 2 do CIRE (promessa não sinalizada), seja por aplicação do art.442.º, n.º 2 do CC (promessa sinalizada). No processo insolvencial, o crédito do promitente-comprador, derivado da recusa do administrador da insolvência, de cumprimento da promessa é necessariamente *garantido* pela *retentio* (art.47.º, n.º 4/a do CIRE). *Ex adverso* ao defendido nesta nota, v. ac. do STJ de 14/06/11, *CJ/STJ*, Ano 19, T.II, 2011, p.108 e v. OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO e SERRA, CATARINA, «Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional», *ROA*, Ano 70, 2010, p.403 e ss.

2. O Direito de Retenção no Processo Executivo

2.1. A *Ratio* da Preferência (Quase-Absoluta⁵²²) no Pagamento do Crédito do Retentor

Como sabemos, à luz do Direito de 1866, o retentor não gozava de *ius distrahendi*. Contudo, detinham esse poder, acrescido de uma preferência na realização dos seus créditos, o transportador, o albergueiro e o empreiteiro que beneficiavam de um privilégio especial mobiliário, e quem realizasse despesas de conservação de um imóvel nos últimos três anos, por gozar de um privilégio especial imobiliário.

Com apoio nessa legislação, A. Carneiro Pacheco reconhecia a preferência do retentor, independentemente da *qualidade* dos demais credores e de *considerações de prioridade*, apoiando a sua argumentação numa ideia de *justa conciliação entre os interesses do retentor e dos demais credores do devedor*⁵²³.

Desde 1966, qualquer retentor goza de *ius distrahendi* e subsequente preferência no pagamento do seu crédito⁵²⁴.

O art.759.º, n.º 2, originário daquela data, estatui uma preferência *quase-absoluta* do retentor no concurso de credores, quando esteja em causa uma coisa *imóvel*. Independentemente do momento da constituição e do registo dos direitos reais de garantia sobre um mesmo imóvel, o direito de retenção permite uma graduação do seu beneficiário acima de qualquer outro credor preferencial, *inclusive* credor hipotecário e excepto quando confrontado com um credor titular de privilégio imobiliário.

É neste ponto que importa traçar o quadro do nosso estudo. O conflito de garantias reais sobre uma *res* imóvel, mais precisamente *entre o credor hipotecário e o retentor* é, na *praxis*, a situação mais frequente e problemática, por força da norma citada. Urge investigar sobre o seu fundamento para, seguidamente, nos debruçarmos acerca do debate académico gerado à sua volta, anos depois.

⁵²² Não usamos o termo *absoluta* para realçar a falta de limite quantitativo na preferência, mas sim, porque a mesma ultrapassa as regras de prioridade temporal e registal. Contudo, a preferência não é *plenamente* absoluta, uma vez que só se verifica com aquela intensidade na retenção de imóveis e não vale perante um privilégio imobiliário, por isso recorremos à locução *quase-absoluta*.

⁵²³ Esta prevalência era, contudo, fora do concurso de credores, v. PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO, *Do Direito...*, cit., p.97 e 101.

⁵²⁴ V. arts.666.º e 675.º, *ex vi* art.758.º, n.º 1 e art.686.º, *ex vi* art.759.º, n.º 1 e 3.

A *communis opinio* justifica a especial preferência estatuída no art.759.º, n.º 2 pelo facto de evitar um locupletamento injusto dos demais credores do dono da coisa, à custa do retentor. Porque ele realizou despesas com a *res*, aumentando ou impedindo a diminuição do seu valor, a falta de preferência potenciaria o não reembolso do seu crédito e a possibilidade dos demais credores do executado obterem prioritariamente a satisfação dos seus interesses patrimoniais, à custa de uma mais-valia correspondente a um sacrifício patrimonial daquele. É portanto pelo instituto do enriquecimento sem causa⁵²⁵, intimamente ligado ao fundamento da retenção propriamente dita, ou seja, à equidade e ao princípio da boa fé, que se justifica a preferência⁵²⁶.

No entanto, nem sempre o *ius retentionis* é originado por um benefício objectivo criado na *res* pelo retentor, podendo surgir de um dano causado por ela ou ainda, de uma típica conexão jurídica.

Por isso, Cláudia Madaleno considera mais adequada a restrição da preferência *absoluta* do direito de retenção às hipóteses em que ele emerge de um benefício objectivo criado pelo retentor⁵²⁷. Apoiada no anteprojecto de Vaz Serra, a A. considera que quando a conexão objectiva consiste num dano, a preferência ainda se justifica na teoria do risco e somente quando *relativa* a credores posteriores. Diferentemente, na conexão subjectiva a preferência é dispensável porque injustificada⁵²⁸.

Não obstante esta argumentação, o art.759.º, n.º 2 é de aplicação geral, devendo respeitar-se o princípio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Aliás, a doutrina sublinha a aplicação pacífica do preceito até à década de 80, mais precisamente, até à criação do direito de retenção a favor do beneficiário da promessa, segundo o actual art.755.º, n.º 1/f.

Até essa data, a especial prevalência sucedia maioritariamente em casos de despesas realizadas na coisa imóvel, o que era naturalmente justificado pela necessidade de evitar o enriquecimento injusto dos credores hipotecários, à custa do retentor. Via de regra, a hipótese de dano causado por um imóvel raramente se comprovava e, nos casos

⁵²⁵ Arts.473.º e ss

⁵²⁶ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.132 a 134, 139 e 181. O art.8.º, n.º1 do anteprojecto de Vaz Serra estabelecia a regra *prior in tempore potior in iure*. O art.8.º, n.º4 ditava que, na colisão com uma hipoteca, o retentor assumiria o lugar que lhe caberia, por lei, perante casos análogos. Em caso de retenção emergente de despesas de conservação ou melhoramento, a prevalência deveria estender-se a hipotecas anteriores, sob pena de os credores beneficiários destas se locupletarem à custa do retentor, v. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Direito de Retenção», cit., p.133 e 158.

Assim, os direitos de retenção do empreiteiro e do subempreiteiro são cabalmente justificados.

⁵²⁷ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.93,132 a 134 e 139.

⁵²⁸ *Ibidem* e v. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Direito...», cit., p.133.

especiais de direito de retenção do albergueiro ou do transportador, a retenção assumia normalmente por objecto uma *res* móvel. A retenção de bens imóveis surgia eventualmente a favor do gestor de negócios, mandatário, comodatário ou depositário.

Ou seja, a aplicação do art.759.º, n.º 2 era naturalmente aceite porque o valor do crédito reforçado era particularmente inferior ao imóvel executado, o que permitia uma inteira satisfação do credor hipotecário, apesar de o seu crédito ser posteriormente graduado. Entendia-se a especial prevalência como uma forma de *harmonização* de interesses do retentor e demais credores⁵²⁹.

Pelos DL 80 e 86, criou-se um direito especial de retenção que a nossa doutrina caracteriza como *profunda e qualitativamente* diferente do direito genérico e demais direitos especiais de retenção, principalmente por duas razões. Primeiro, pela falta de conexão funcional entre o crédito do retentor e a coisa retida, segundo, pelo avultado montante do crédito a reforçar⁵³⁰.

De facto, designadamente no âmbito de contratos-promessa de compra e venda de imóveis, o crédito indemnizatório é bastante elevado e próximo do valor da coisa. Se o beneficiário da promessa é primeiramente graduado, a satisfação do seu crédito diminui grosseiramente as *chances* de satisfação do crédito hipotecário, mesmo que anteriormente constituído e registado.

Assim se desenham os contornos da nossa problemática. Não é todo e qualquer direito de retenção cuja especial prevalência gera o aceso debate doutrinal que pretendemos abordar, é sim o direito de retenção do beneficiário da promessa, mais concretamente, do promitente-comprador de um imóvel ou fracção dele para fins habitacionais, profissionais ou comerciais, quando colidente com uma hipoteca anteriormente registada.

⁵²⁹ V. GONÇALVES, A. LUÍS, «O Direito de retenção e a sua aplicação aos contratos de promessa», *RDES*, Ano 30, 1988, p.275 e LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código...*, vol.II, *cit.*, p.782.

⁵³⁰ V. CORDEIRO, A. MENEZES, «Da retenção...», *cit.*, p.550 e CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA, «Direito de Retenção...», *cit.*, p.503.

2.2. A *Retentio* do Promitente-Adquirente Versus A Hipoteca Anteriormente Registada

2.2.1. A Problemática Conjugação entre a al.f. do n.º 1 do art.755.º e o n.º 2 do art.759.º

Notamos que o surgimento do problema relativo ao conflito entre o direito de retenção do promitente-adquirente e o direito de hipoteca de um terceiro – credor do promitente-alienante, deve-se ao facto de a base de justificação encontrada, até então, para o art.759.º, n.º 2, não valer nesta concreta *facti species*. Seguindo A. Luís Gonçalves, por se tratar de uma garantia *excepcional*, deve encontrar-se uma razão também ela *excepcional*, capaz de a justificar⁵³¹.

Nesta óptica, há que levar em linha de conta a política legislativa que impulsionou os DL 80 e 86. À luz dos respectivos preâmbulos, a *ratio legis* consistiu num objectivo de maior protecção de uma parte contratualmente mais fraca, na lógica de defesa do consumidor. Pretendeu-se reajustar o regime do contrato-promessa, de forma a alcançar um verdadeiro equilíbrio entre os outorgantes. Em suma, as reformas do contrato-promessa foram absorvidas por preocupações sociais, concedendo relevância jurídica a uma situação de facto socialmente atendível.

O DL 86 é claro quanto à sua *occasio legis*. O legislador expressa⁵³² que partiu de uma situação típica⁵³³ de contrato-promessa entre uma empresa construtora e um particular que, tendo por objecto mediato um prédio ou uma fracção autónoma dele, destina-se à habitação, sendo que, via de regra, aquela empresa recorreu ao empréstimo bancário para financiar a construção do imóvel. Com a presença da *traditio rei*, o legislador não foi insensível à forte expectativa de aquisição do imóvel pelo particular e optou pela prevalência do seu crédito indemnizatório perante o crédito hipotecário da instituição de crédito.

Isto é, o legislador teve consciência do conflito de interesses emergente da concessão de um *ius retentionis* a favor do promitente-adquirente e alimentado pelo art.759.º, n.º 2, mas nem por isso alterou a norma, nem excepcionou a sua aplicação

⁵³¹ V. GONÇALVES, A. LUÍS, «O Direito..., cit., p.278.

⁵³² N.º4 do preâmbulo.

⁵³³ Neste sentido, v. MARTINEZ, PEDRO ROMANO e PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias..., cit.*, p.229.

nesta *facti species*. *A contrario*, reiterou a atribuição da *retentio* no DL 86 e mencionou *expressis verbis a prioridade à tutela dos particulares*.

J. Ribeiro de Faria aplaudiu o movimento legislativo e sublinhou a justeza da opção tomada⁵³⁴.

No entanto, a nossa doutrina maioritária não adere da mesma forma aos referidos diplomas e aponta-lhes críticas agudas por não assumirem a justificação legal como uma *excepcional razão* sustentável de uma *excepcional prerrogativa*. Inversamente ao equilíbrio dito reposto pela lei, a literatura jurídica aponta para uma nova desarmonia por excessiva, logo incompreensível, protecção do promitente-adquirente, em detrimento do sacrifício de terceiros – credores do promitente-alienante.

A hipoteca representa a *rainha* das garantias especiais das obrigações. Pelos seus arts.686.º e ss, a mesma reforça qualitativamente o crédito através do poder de satisfação da pretensão creditícia pelo valor de um imóvel objecto da garantia, esteja ele onde estiver. Após a inscrição no registo⁵³⁵, a sua publicidade torna-se suficiente para afirmar uma oponibilidade *inter partes e erga omnes* – em especial perante terceiros que tenham adquirido e registado em momento posterior um direito real de garantia cujo exercício seja incompatível com ele, salvo no caso de privilégio imobiliário.

Nesta linha, Antunes Varela qualifica o aparecimento da *retentio* do promitente-comprador como *viola no enterro*⁵³⁶. A. Menezes Cordeiro sublinha que a actuação legislativa fez *tremor a hipoteca nos seus alicerces*, ao potenciar um esvaziamento do seu conteúdo económico pela posterior celebração de contratos-promessa⁵³⁷. Vejamos em que termos.

Tal como realça o n.º 4 do preâmbulo do DL 86, a tutela jurídica das instituições de crédito é *conditio sine qua non* da dinamização da economia em geral, e do mercado imobiliário em especial. O Direito deve criar meios juridicamente adequados para que as mesmas exerçam a sua actividade de modo razoavelmente seguro, com garantias consistentes do cumprimento das obrigações assumidas pelos seus clientes, neste caso, tipicamente empresas construtoras. Ora, a literatura jurídica aponta justamente para a insegurança do crédito originada pela ruptura da confiança depositada na hipoteca, ou

⁵³⁴ V. FARIA, JORGE RIBEIRO DE, «O Contrato-Promessa. Alguns Pontos do seu Regime», *Scientia Iuridica*, T. L, 2001, p.133.

⁵³⁵ Art.687.º e arts.2.º, n.º1/h e 4.º, n.º 2 do CRPred. Neste caso, o registo é constitutivo.

⁵³⁶ V. VARELA, ANTUNES, *Sobre...*, *cit.*, p.114.

⁵³⁷ V. CORDEIRO, A. MENEZES, «O Novíssimo...», *cit.*, p.16.

melhor, afirma a descredibilização da garantia no mundo do crédito⁵³⁸. Essa fragilidade provocada pela emergência do direito de retenção do promitente-adquirente potencia a fraude à lei, mais concretamente, acordos simulatórios entre o retentor e o devedor hipotecário a fim de se furtar ao pagamento do credor hipotecário⁵³⁹.

Numerosos foram os casos que surgiram com essa factualidade logo após os DL em causa, *inclusive* com familiares do devedor hipotecário nas vestes de promitentes-adquirentes. Aliás, casos havia em que a celebração de contratos-promessa e respectiva *traditio rei* ocorria somente após a mora do devedor com claro intuito de evitar o pagamento do crédito, penalizando a instituição de crédito financiadora⁵⁴⁰.

A doutrina afirma a *desmesurada* exigência de controlo por parte das instituições de crédito. De facto, n.º 4 do preâmbulo do DL 86 sublinha que as mesmas devem recorrer a critérios ponderados de selectividade do crédito por estarem em melhor condições do que os particulares para se precaverem a respeito das deficiências e da solvabilidade das empresas construtoras. Ora, grande parte da doutrina nota que os critérios de selectividade do crédito não são totalmente seguros e que estas entidades não têm quaisquer meios de conferir a existência⁵⁴¹ de contratos-promessa e da *traditio* da coisa, diferentemente do promitente-comprador que pode sempre comprovar a hipoteca pelo registo predial. Mesmo quando devidamente publicitada, a hipoteca nada pode contra um direito de retenção posteriormente constituído de forma *quase oculata* e com um *mínimo de manifestações objectivamente perceptíveis*⁵⁴².

Por tudo isto, sublinha-se que, quando generalizado, o risco que corre à partida qualquer instituição de crédito pode atingir dimensões *catastróficas*⁵⁴³.

Alguns Aa. acrescentam que a *facti species* pensada pelo legislador dos anos 80 não esgota o âmbito subjectivo de aplicação dos diplomas. Para além das instituições de crédito, o sujeito activo da hipoteca poderá ser um particular, claramente incapaz de vigiar as dificuldades e solvência do devedor⁵⁴⁴.

Uma censura de relevo incide na afirmação de que se originou uma incongruência legislativa entre a tutela legal do promitente-adquirente *versus* do titular do direito. Se um sujeito optar por celebrar um contrato-promessa com *traditio rei*, em

⁵³⁸ V. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p. 251.

⁵³⁹ V. SAMEIRO, PEDRO, «O direito...», *cit.*, p.91 e 92 e FRANÇA, MIGUEL ÂNGELO, «Direito...», *cit.*, p.134.

⁵⁴⁰ V. GONÇALVES, A. LUÍS, «O Direito...», *cit.*, p.282.

⁵⁴¹ E em caso de insuficiência de forma: a sua validade, art.410.º, n.º 3.

⁵⁴² V. CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES, *Da Hipoteca, Caracterização, Constituição e Efeitos*, Coimbra, Almedina, Reimp. ed. de 2003, p.229.

⁵⁴³ V. GONÇALVES, A. LUÍS, «O Direito...», *cit.*, p.281.

⁵⁴⁴ *Ibidem* e CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES, *Da Hipoteca...*, *cit.*, p.228.

caso de incumprimento definitivo, a hipoteca é graduada abaixo do seu crédito indemnizatório. *A contrario*, se optar pela compra imediata do imóvel, a sua protecção perante uma hipoteca resume-se à anulação da compra e venda, de acordo com condições legais mais ou menos apertadas ^{545/546}.

Creemos que a crítica mais aguçada se manifesta na possibilidade de, a médio e longo prazo, a norma protectora reverter contra o sujeito a tutelar, assumindo a forma de *presente envenenado*⁵⁴⁷. A este propósito, J. Calvão da Silva⁵⁴⁸ anota a tendencial rarefacção da *traditio rei*, como condição imposta para a concessão do crédito financiador da obra. Sérgio Castanheira⁵⁴⁹ sublinha que o aumento do risco financeiro impulsionará um aumento das taxas de juro e comissões, tornando o mercado da habitação cada vez menos atractivo.

Alguns Aa. realçam a falta de protecção semelhante em experiência jurídicas estrangeiras⁵⁵⁰. Por ex., no CC de Macau⁵⁵¹, adoptante de uma sistematização e regulamentação do direito de retenção idêntica ao nosso CC⁵⁵², excepciona-se no art.749.º, n.º 2, a preferência da garantia perante uma hipoteca anteriormente constituída quando a *retentio* se fundar no art.745.º, n.º 1/f, ou seja, quando seja atribuída ao beneficiário de uma promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a *traditio* a que se refere o contrato prometido. Na mesma linha, o art.3946.º do CC argentino estatui que o *derecho de retención* apenas prevalece sobre hipotecas e outros *privilegios especiales* constituídos posteriormente ao seu exercício.

À luz de todo o exposto, inferimos que a justificação legal para o especial tratamento do promitente-comprador não foi compreendida pela nossa doutrina, que continua a realçar o grave desequilíbrio gerado pelos avanços legislativos dos anos 80.

⁵⁴⁵ Art.905.º e ss. V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.186.

⁵⁴⁶ O mesmo se argumenta em relação ao promitente-comprador num contrato-promessa com eficácia real, v. VARELA, ANTUNES, *Sobre...*, *cit.*, p.155.

⁵⁴⁷ V. FRANÇA, MIGUEL ÂNGELO, «Direito...», *cit.*, p.134.

⁵⁴⁸ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Contrato-Promessa...», *cit.*, p.88.

⁵⁴⁹ V. CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA, «Direito...», *cit.*, p.505.

⁵⁵⁰ *Ibidem*

⁵⁵¹ Aprovado pelo DL n.º 39/99/M, de 02/08/99 e vigente desde o dia 01/11/99.

⁵⁵² Apenas diverge quanto à numeração dos artigos.

2.2.2. Propostas Doutriniais com vista à Superação das Fragilidades Legais

Facilmente entendemos que, o que verdadeiramente choca na conjugação dos arts.755.º, n.º 1/f e 759.º, n.º 2, é a excessiva protecção de um sujeito que vê a sua posição jurídica assegurada em detrimento de terceiros – credores *de boa fé*, podendo usar e *abusar* de um meio de tutela para satisfazer interesses que não correspondem aos visados pelo Direito.

Assim, presenciamos um conflito entre *o instrumento de defesa do promitente-comprador e um meio de o devedor relapso se subtrair ao cumprimento*⁵⁵³, entendendo-se por *devedor* o promitente-vendedor e devedor de um credor hipotecário cujo crédito e respectiva hipoteca tenham sido constituídos em momento anterior ao *pactum de contrahendo*.

No objectivo de solucionar este conflito, surgem várias propostas interpretativas, derogatórias ou alternativas das normas vigentes.

J. Calvão da Silva⁵⁵⁴ argumenta que a justificar-se a continuação do direito de retenção do promitente-adquirente, a lei deverá, neste caso, excepcionar a prevalência perante hipotecas anteriormente registadas. O A. transpõe esta ideia para a sua proposta de articulado, mais precisamente, para a possível estatuição do n.º 2 do art.759.º do CC.

Alguns Aa. entendem ser preferível uma única solução; a supressão do direito de retenção do promitente-comprador, ou seja, da al.f. do n.º 1 do art.755.º. Neste sentido pronunciam-se Miguel Ângelo França⁵⁵⁵, Maria Isabel Campos⁵⁵⁶ e Pedro Sameiro⁵⁵⁷.

Contudo, o pensamento de Maria Isabel Campos indicia a adesão a uma alternativa não tão radical e que constou do anteprojecto de reforma da acção executiva, realizado por J. Lebre de Freitas⁵⁵⁸. A A. considera que a manutenção do especial direito de retenção ainda é sustentável, desde que o legislador estabeleça, neste caso, o

⁵⁵³ V. CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES, *Da Hipoteca...*, *cit.*, p.230.

⁵⁵⁴ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Contrato-Promessa...», *cit.*, p.88 e 112.

⁵⁵⁵ V. FRANÇA, MIGUEL ÂNGELO, «Direito...», *cit.*, p.135.

⁵⁵⁶ V. CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES, *Da Hipoteca...*, *cit.*, p.232 e «O Direito Português da Hipoteca», *BFD*, vol. LXXXV, 2009, p.742.

⁵⁵⁷ V. SAMEIRO, PEDRO, «O direito...», *cit.*, p.97.

⁵⁵⁸ V. *supra* 3.3, II.

registo da *traditio rei* como condição de prevalência da *retentio* perante hipotecas registadas em momento posterior àquele⁵⁵⁹.

Pedro Sameiro sublinha a relevância registal da situação e propõe a substituição do direito de retenção por *outras formas de tutela do direito à aquisição* que não sejam lesivas de direitos já constituídos e registados do credor hipotecário, tais como a criação de uma hipoteca legal garante dos *sinal e preço*⁵⁶⁰.

Diferentemente, M. Lucas Pires defende, em certa medida, a abolição da preferência absoluta do n.º 2 do art.759.^{o561}. Paralelamente às críticas expostas ao art.751.^o, o A. argumenta que o n.º 2 do art. 759.^o merece semelhante censura por se tratar, também neste âmbito, de uma garantia oculta, embora com consciência de que, contrariamente aos privilégios, o direito de retenção goza de uma relativa publicidade através da detenção material da coisa. A propósito do art.751.^o, o A. entende ser preferível a regra *prior in tempore potior in iure*, sugerindo a conversão da garantia em hipoteca legal ou sujeitando o privilégio a registo. Assim sendo, o mesmo valerá para o direito de retenção de coisa imóvel.

No sentido de preservar e *harmonizar* o Direito vigente, L. Menezes Leitão propõe uma *interpretação restritiva* do art.755.^o, n.º 1/^f⁵⁶². Na sua opinião, a norma citada não reconhece o direito de retenção ao beneficiário da promessa com *traditio rei* por qualquer crédito resultante do incumprimento imputável à contraparte.

Porque a remissão realizada pelo artigo é exclusivamente relativa ao art.442.^o, n.º 2, o A. exclui a garantia do crédito indemnizatório obtido nos termos gerais. Por sua vez, entende que o crédito relativo ao dobro do sinal não assume qualquer conexão funcional com a coisa, logo, também não o considera garantido por ele. Com isto, o A. circunscreve a garantia real a um único crédito: o valor da coisa ou do direito *excluindo* o preço pago e o sinal entregue, que não são abrangidos pela *retentio*, devido à ausência de conexão objectiva com a *res*. Assim, o A. entender estar justificada a preferência absoluta na medida em que o aumento do valor da coisa ocorreu após a oneração hipotecária e durante a sua detenção pelo retentor, para além de que o montante desse aumento não invalida a satisfação do credor hipotecário.

⁵⁵⁹ V. CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES, *Da Hipoteca...*, cit., p.232 e «O Direito Português...», cit., p.742.

⁵⁶⁰ V. SAMEIRO, PEDRO, «O direito...», cit., p.97.

⁵⁶¹ V. PIRES, MIGUEL LUCAS, *Dos Privilégios...*, cit., p.192 e nota 64.

⁵⁶² V. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol.I., cit., p.247 a 248.

Numa outra perspectiva, notamos a especificidade do pensamento de Carlos Pereira de Abreu. O A. argumenta que perante os credores comuns, o retentor goza de preferência absoluta (art.759.º, n.º 1, *in fine*), ou seja, sem reservas ou limites quantitativos. Relativamente a credores hipotecários, o retentor deve *tomar a iniciativa de execução* contra o seu devedor para gozar da preferência tal como consta do art.759.º, n.º 2⁵⁶³.

Assim, o A. sujeita a preferência do direito de retenção perante o crédito hipotecário anteriormente constituído a uma condição: a execução ser movida pelo retentor. Este entendimento implica o reconhecimento judicial da garantia para o seu exercício, uma vez que, geralmente, apenas uma sentença condenatória⁵⁶⁴ poderá servir de base à execução relativamente a esta *facti species*.

Dos fundamentos de apoio ao seu pensamento⁵⁶⁵, sublinhamos dois essenciais. O primeiro incide no elemento gramatical da letra da lei. Porque o n.º 2 do art.759.º usa a locução *neste caso*, deve deduzir-se que o legislador pretendeu condicionar a preferência absoluta aos casos em que o retentor usar da faculdade concedida pelo n.º 1 do mesmo artigo. O segundo fundamento versa sobre a falta de publicidade da garantia real. Apenas com o registo do arresto ou da penhora é alcançada a visibilidade necessária e adequada do direito de retenção aos restantes credores.

Se a execução for movida por um credor comum, o A. entende que, por força do art.670.º/a *ex vi* do art.759.º, n.º 3, o retentor pode deduzir embargos de terceiros, enquanto meio de oposição à penhora, de forma a tutelar a sua garantia perante o credor hipotecário citado nos termos da execução. Se o processo executivo for de iniciativa do credor beneficiário de uma hipoteca anteriormente registada ou de um privilégio, o retentor perde a sua preferência face a este e não pode deduzir embargos de terceiros⁵⁶⁶.

Analiseemos, doravante, o pensamento de Cláudia Madaleno. A A. parte de três premissas: a interpretação *teleológica* do art.759.º, n.º 2, a interpretação *sistemática* deste preceito conjugado com o art.691.º, n.º 1/c⁵⁶⁷ e a inconstitucionalidade material da primeira norma.

Sabemos que a A. apenas considera justa a especial prevalência do direito de retenção nos casos em que o crédito emerge de uma mais-valia criada pela acção do

⁵⁶³ *Id.*, p.43.

⁵⁶⁴ Art.46.º, n.º 1/a do CPC (art.703.º, n.º1/a do CPC/13). Lembramos que o título executivo é um pressuposto da acção executiva.

⁵⁶⁵ V. ABREU, CARLOS PEREIRA DE, *O Direito...*, *cit.*, p.35 a 47.

⁵⁶⁶ *Id.*, p.46.

⁵⁶⁷ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.176, 178 e 214.

retentor. Nesta linha, seria preferível excluir a preferência quando o crédito emergisse de um dano, de uma conexão meramente subjectiva de entre as previstas no art.755.º e de outras despesas não concretizadas num benefício objectivo na *res*.

A A. reforça este entendimento com uma interpretação conjunta dos arts.759.º, n.º 2 e 691.º, n.º 1/c. Na sua opinião, com estas normas, o legislador de 1966 pretendeu estatuir que a hipoteca *abrange as benfeitorias realizadas na coisa, sem prejuízo dos direitos de terceiro ao seu ressarcimento*, pelo que existindo um direito de retenção sobre a mesma, a satisfação do crédito por ele reforçado, *quando igualmente referente a benfeitorias*, prevalece sobre aquela garantia.

Nesta óptica, Cláudia Madaleno afirma que a prevalência absoluta da *retentio* é manifestamente *arbitrária, injustificada e desproporcional*⁵⁶⁸, reveladora de uma situação de inconstitucionalidade material. A A. entende que o art.759.º, n.º 2, viola os princípios da proporcionalidade, da não discriminação e da confiança⁵⁶⁹, pela sua genérica aplicação⁵⁷⁰.

No tocante ao primeiro princípio, sabemos que a restrição de direitos fundamentais, neste caso do direito de propriedade⁵⁷¹, deve ser adequada, necessária e proporcional para a protecção de outros interesses constitucionalmente tutelados. Ora, quando o direito de retenção emerge de um dano ou de uma despesa que não se concretizou numa benfeitoria, ou ainda, quando estivermos perante o art.755.º, não existe qualquer *fundamento* para o tratamento favorável do retentor e sacrifício do credor hipotecário.

O segundo princípio é afectado pelo tratamento desigual de situações iguais. Quando o direito de retenção *não* se funda numa mais-valia, o retentor e o credor hipotecário estão em condições iguais, na medida em que nenhum contribuiu para aumentar ou não diminuir o valor da coisa. Diferentemente, na hipótese de benfeitorias realizadas na *res*, o retentor criou um benefício objectivo nela, por isso, a preferência na reposição do equilíbrio patrimonial justifica-se por estar em causa uma situação desigual merecedora de um tratamento legal também ele desigual.

Viola-se o princípio da confiança por se frustrar a legítima expectativa do credor, que goza de uma hipoteca legalmente constituída e registada, de satisfazer preferencialmente o seu crédito.

⁵⁶⁸ *Id.*, p.220.

⁵⁶⁹ Respectivamente nos arts. 18.º, n.º 1, 13.º e 2.º da CRP.

⁵⁷⁰ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.221 a 226.

⁵⁷¹ Está em causa um direito real de garantia, visto como uma situação análoga ao direito de propriedade.

Na jurisprudência, a questão da inconstitucionalidade material, ora da atribuição do direito de retenção ao beneficiário da promessa – art.755.º, n.º 1/f pelo DL 86 ou, art.442.º, n.º 3, pelo DL 80, ora da preferência absoluta – art.759.º, n.º 2, foi igualmente levantada. Todavia, os nossos tribunais comuns tendem maioritariamente pela não inconstitucionalidade de uma ou outra norma da lei civil⁵⁷². O TC manifesta igual posição⁵⁷³.

Não obstante a jurisprudência formada, Cláudia Madaleno apela ao art.204.º da CRP para os tribunais não aplicarem o art.759.º, n.º 2, *tout court*⁵⁷⁴, e propõe uma interpretação *actualista* e *restritiva* do preceito. *Actualista*, porque urge repor a vontade originária do legislador de 1966, e *restritiva* porque se impõe a diferenciação legal da preferência, consoante a modalidade da *retentio*⁵⁷⁵.

Diferentemente de todo o exposto, J. Lebre de Freitas e G. Órfão Gonçalves preconizam uma solução com apoio no *registro provisório*, embora com especificidade próprias segundo o entendimento de cada A..

Ao abrigo do anteprojecto de reforma do processo executivo, J. Lebre de Freitas propôs a reformulação do art.759.º, n.º 2⁵⁷⁶, de forma a condicionar a preferência nos casos da al.f. do n.º 1 do art.755.º. À luz da nova roupagem do preceito, o direito de retenção do beneficiário de uma promessa de transmissão ou constituição de direito real, que obteve a tradição da coisa, apenas prefere sobre uma garantia hipotecária registada *em momento posterior ao registro da tradição da res*.

Segundo G. Órfão Gonçalves⁵⁷⁷, a *ratio legis* do art.759.º, n.º 2, incide na protecção do promitente-comprador que iniciou o gozo da *res* pela *traditio* sem que constasse do registro uma hipoteca com o mesmo objecto. Neste sentido, apenas as hipotecas registadas após a *traditio rei* devem ceder perante a *retentio*, pois apenas neste

⁵⁷² V. acs. do STJ de 10/05/11 já citado, de 11/07/06, relatado por Duarte Soares, e de 14/02/06, relatado por João Camilo, ambos in www.vlex.pt, de 20/11/03, relatado por Moitinho de Almeida in www.dgsi.pt, os acs. da RP de 24/03/09, relatado por José Carvalho in www.dgsi.pt e de 02/12/99, CJ, Ano 24, T.V, 1999, p.216 e o ac. da RG de 14/12/10, relatado por Manso Rainha in www.dgsi.pt

⁵⁷³ V. ac. n.º 359/05, de 06/07/05, ATC, vol.62, 2005, p.845 e ss, ac. n.º 356/04, de 19/05/04, ATC, vol.59, 2004, p.427 e ss, ac. n.º 594/03, de 03/12/03, ATC, vol.57, 2003, p.1039 e ss e ac. n.º 374/03, de 15/07/03, ATC, vol.56, 2003, p.717 e ss. A jurisprudência considera não estar afectado o núcleo essencial do direito de propriedade, nem a proporcionalidade *lato sensu*, uma vez que vem da lógica de defesa do consumidor a protecção acrescida do sujeito negocialmente mais débil. Também não se vislumbra a ofensa ao princípio da confiança pela razão de que a garantia é vigente desde 1966.

⁵⁷⁴ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.224.

⁵⁷⁵ *Id.*, p.236.

⁵⁷⁶ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Estudos...*, 2002, cit., p.777 e v. *supra*, 3.3, II.

⁵⁷⁷ V. *supra* 3.3, II e GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO, «Temas...», cit., p.280 a 283.

caso se verifica um estado subjectivo de boa fé do promitente-adquirente, merecedor de tutela acrescida do Direito.

De que forma o credor hipotecário poderá precaver-se de uma *traditio rei* que inverte a ordem de preferência, quando sabemos que não está sujeita a registo?

O A. aponta para o registo provisório com base no contrato-promessa como forma de publicitar *um direito a adquirir* e de tutelar a posição do credor hipotecário. Não obstante este registo não envolver necessariamente a *traditio rei*, o terceiro fica desde já alertado para uma possível retenção, podendo tomar todas as medidas adequadas para se precaver dos efeitos nefastos do art.759.º, n.º 2.

Assim, o A. especifica o seu pensamento atendendo ao nosso sistema jurídico vigente e interpretando o art.759.º, n.º 2, de forma a considerar a prevalência do direito de retenção sobre hipotecas registadas *após o registo provisório de aquisição com base no contrato-promessa*⁵⁷⁸.

Para finalizar o nosso estudo, resta uma última possibilidade: o *corte puro e simples da concessão de crédito* pelas instituições de crédito aos seus *habituais pretendentes*. A proposta é avançada por A. Luís Gonçalves⁵⁷⁹ que, consciente da sua impossibilidade, aconselha o reforço na selecção dos mutuários e a inserção de novas cláusulas contratuais no mútuo, de modo a antever comportamentos prejudiciais da contraparte.

2.2.3. O DL n.º 125/90, de 16 de Abril: O início de uma Viragem Legislativa?

Em resposta ao aceso debate académico exposto, o legislador criou um novo instrumento financeiro denominado *obrigações hipotecárias*, pelo DL n.º 125/90, de 16/04⁵⁸⁰. O diploma legal⁵⁸¹ visava a desburocratização e flexibilização do sistema, facultando aos investidores um novo *produto financeiro de risco consideravelmente*

⁵⁷⁸ *Id.*, p.283 e 287.

⁵⁷⁹ V. GONÇALVES, A. LUÍS, «O Direito...», *cit.*, p.281 a 283.

⁵⁸⁰ Note-se a relevância da Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20/12/85, relativa à estrutura jurídico-financeira dos OICVM (art.1.º), sobretudo nos seus arts.1.º, n.º 8 e 22.º n.º 4 e 5 (referentes a um modelo de OH) com as redacções dadas pelos arts.1.º, n.º 2 e 10 da Directiva 2001/108/CE do PE e do Conselho, de 21/01/02. V. *tb.* MATIAS, ARMINDO SARAIVA, «Obrigações Hipotecárias e Titularização de Créditos Hipotecários», *BFD*, vol.LXXXV, 2009, p.624.

⁵⁸¹ V. preâmbulo.

reduzido. Com este avanço legislativo, o Governo afirmava a criação de *um factor de dinamização do sector imobiliário, designadamente do segmento da habitação*.

O diploma foi sucessivamente alterado por outros DL e revogado pelo DL n.º59/2006, de 20/03⁵⁸². Este último republica o regime jurídico das OH, alargando o tipo de créditos elegíveis⁵⁸³ e o leque de entidades habilitadas a emitir aqueles instrumentos financeiros⁵⁸⁴. Os mesmos já eram habitualmente utilizados pelos Estados-Membros da UE, com especial enfoque na Alemanha⁵⁸⁵.

Segundo o art.1.º/b e /g do CVM⁵⁸⁶, estamos perante valores mobiliários – documentos representativos de situações jurídicas homogéneas *susceptíveis de transmissão no mercado*, leia-se no mercado de capitais ou de captação de aforo dos investidores⁵⁸⁷. A este propósito, notamos a estreita afinidade entre a emissão de OH e a titularização *própria* de créditos hipotecários⁵⁸⁸, nomeadamente quando referente à emissão de obrigações (titularizadas) emitidas por STC⁵⁸⁹.

A titularização de créditos funda-se numa *cessio vendi causa*⁵⁹⁰ pela entidade emitente titular dos mesmos, sem a necessidade do consentimento do seu devedor⁵⁹¹. Destarte, a titularização implica que a entidade emitente transmita o crédito a uma STC ou FTC que, por sua vez, emite valores mobiliários representativos dos créditos⁵⁹².

Diferentemente, nas OH, o emitente *é o titular* dos créditos hipotecários⁵⁹³. A operação consiste na emissão de valores mobiliários que *incorporam a obrigação de a entidade emitente pagar ao titular, nos termos e condições da emissão, um certo montante correspondente ao capital e juros*, sendo os créditos hipotecários garantes do

⁵⁸² Doravante referido como DL 2006.

⁵⁸³ Criaram-se as *obrigações sobre o sector público*, arts.1.º, n.º 2 e 32.º e ss.

⁵⁸⁴ As *instituições de crédito hipotecário*, art.6.º, n.º1 do referido diploma e art.3.º/e do DL n.º 298/92, de 31/12 (RGICSF).

⁵⁸⁵ Sob a regulamentação da HBG (Lei de Banco Hipotecário) de 1900, republicada em 1998. Actualmente vigora a *Pfandbrief Act*, de 22/05/05.

⁵⁸⁶ Republicado pelo DL n.º 357-A/2007, de 31/10. V. tb. o art.1.º, n.º 8 da Directiva 85/611/CEE *supra* referida.

⁵⁸⁷ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Titul[ariz]ação de Créditos: Securitization*, 2ª ed. rev. e aum, Coimbra, Almedina, 2005, p.125.

⁵⁸⁸ *Id.*, p.156.

⁵⁸⁹ V. DL n.º 453/99, de 05/11, principalmente dos arts.39.º e ss.

⁵⁹⁰ Arts.577.º e ss

⁵⁹¹ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Titul[ariz]ação...*, *cit.*, p.35 e 36.

⁵⁹² *Unidades de titularização nos FTC e obrigações titularizadas nas STC*, arts.9.º e ss e 39.º e ss do DL n.º 453/99.

⁵⁹³ Permanecendo no balanço desta entidade.

cumprimento dessa obrigação⁵⁹⁴. Melhor se dirá que, os títulos de obrigações hipotecárias não representam créditos mas *são especialmente garantidos por eles*⁵⁹⁵.

Concretamente referente ao seu regime, as entidades emitentes podem ser quaisquer instituições de crédito legalmente autorizadas a conceder créditos *garantidos por hipotecas*, principalmente os bancos, mas também instituições de crédito hipotecário⁵⁹⁶.

Pelas OH, criam-se títulos de dívida⁵⁹⁷ onde é captado o aforo de terceiros investidores institucionais ou não especializados⁵⁹⁸ agora obrigacionistas. As obrigações são *hipotecárias* porque são garantidas por créditos hipotecários – garantidos por hipotecas sobre um imóvel destinado à habitação ou para fins comerciais e situado num Estado-Membro da UE⁵⁹⁹.

De modo a atrair o interesse do investidor na subscrição de OH, a entidade emitente deve propor um bom crédito – *credit enhancement*, o que justifica o direito real de garantia previsto no art.3.º, n.º 1 do DL 2006, vigente desde a criação do instrumento financeiro sob apreciação. Para garantir a satisfação dos obrigacionistas, correspondente ao reembolso do capital e ao pagamento dos juros determinados na emissão, a lei estatui um privilégio creditório especial sobre créditos hipotecários subjacentes às OH. Esta garantia real não está sujeita a registo⁶⁰⁰.

Acresce que, segundo o n.º 2 do art.3.º do mesmo diploma, a hipoteca que garante o crédito afecto a uma OH prevalece sobre quaisquer privilégios imobiliários. Trata-se de uma norma especial protectora dos subscritores de OH, que derroga a regra geral dos arts.686.º, n.º 1 e 751.º do CC, à luz da qual os privilégios imobiliários prevalecem sobre quaisquer outras garantias reais, *inclusive uma hipoteca ou um direito de retenção*, que incidem sobre o mesmo imóvel, ainda que lhe sejam anteriores⁶⁰¹.

Seguindo de perto o pensamento de A. Saraiva Matias, o titular do título goza de uma *tripla garantia*⁶⁰². Primeiro, goza da garantia comum a todos os credores: o

⁵⁹⁴ V. art.1.º/b do revogado DL n.º 125/90 e art. 4.º, n.º 1 do DL 2006. V. tb. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Titul[ariz]acção...*, cit., p.156.

⁵⁹⁵ V. MATIAS, ARMINDO SARAIVA, «Obrigações...», cit., p.632.

⁵⁹⁶ V. arts.2.º e 6.º do DL 2006 e arts.2.º e 4.º do RGICSF.

⁵⁹⁷ Art.1.º/b do revogado DL n.º 125/90 e v. a propósito da titularização de créditos, SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Titul[ariz]acção...*, cit., p.7, 8 e 12.

⁵⁹⁸ Por oferta particular ou pública, v. arts.109.º e 110.º do CVM, *ex vi* art.10.º, n.º 1 do DL 2006.

⁵⁹⁹ Art.16.º, n.º1/a e 2.º do DL 2006. Podem ser elegíveis outros activos constantes do art.17.º.

⁶⁰⁰ Art.3.º, n.º 3 do DL 2006 que corresponde ao art.733.º do CC.

⁶⁰¹ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Instituições de Crédito Hipotecário, Obrigações Hipotecárias e Obrigações sobre o sector público», *RLJ* n.º 3975, Ano 141, 2012, p.341.

⁶⁰² V. MATIAS, ARMINDO SARAIVA, «Obrigações...», cit., p.628.

património do emitente. Segundo, beneficia de um privilégio sobre os créditos subjacentes ao título, o que lhe permite ser pago com preferência sobre os demais credores, *inclusive* sobre o próprio emitente, credor dos devedores hipotecários daqueles créditos. Terceiro, goza do conjunto de hipotecas que garantem os créditos afectos às OH, sendo que essas hipotecas prevalecem sobre qualquer privilégio imobiliário, *leia-se sobre qualquer outra garantia real*⁶⁰³.

Por conseguinte, quando a hipoteca garante um crédito afectado à emissão de OH, ela é primeiramente graduada perante um direito de retenção sobre o mesmo imóvel, pois este direito real não prevalece sobre o privilégio imobiliário, que é, segundo a norma especial, graduado abaixo da hipoteca⁶⁰⁴. Assim, depreendemos que através do DL n.º 125/90 e do actual DL 2006, o legislador solucionou o conflito de direitos reais sob a nossa análise em sentido inverso ao estatuído no art.759.º, n.º 2.

Como apresenta A. Ribeiro Mendes, as OH envolvem, fundamentalmente, três grupos de interesses⁶⁰⁵: o da entidade emitente⁶⁰⁶, o do titular das OH e o dos devedores hipotecários⁶⁰⁷. Ora, facilmente inferimos a preponderância para a tutela do interesse de quem subscreve uma OH, contra as dificuldades e solvência da entidade emitente e dos seus devedores. Com efeito, nos termos do art.759.º, n.º 2, um direito de retenção que surgisse contra um mutuário acabaria por se sobrepor à hipoteca a favor do mutuante – emitente, o que esvaziaria todo o conteúdo da garantia do obrigacionista. Afinal, a primeira garantia da cadeia de garantias envolvidas nas OH ficaria, na prática, sem qualquer força quando confrontada com um direito de retenção. Neste sentido, o art.3.º, n.º 2 do DL 2006 reverte a situação obtida à luz das regras do CC.

Depreendemos que através da criação do novo instrumento financeiro, a hipoteca recupera o reino que lhe terá sido roubado nos anos 80. Assim, o legislador pretendeu combater o afirmado enfraquecimento da hipoteca através do regime especial das OH, visando em último caso, a promoção da globalização do mercado principalmente de capitais.

Cumprе salientar que, a acrescida tutela dos interesses do obrigacionista é novamente sentida pelo art.4.º, n.º 2 do DL 2006, ao estatuir que os créditos subjacentes

⁶⁰³ O mesmo não acontece numa operação de titularização de créditos hipotecários – obrigações titularizadas, v. art. art.63.º do DL n.º 453/99 e *id.*, p.636.

⁶⁰⁴ V. o ac. do STJ de 19/10/10, relatado por João Camilo e o ac. da RP de 02/12/04, relatado por Amaral Ferreira, ambos *in* www.biblioteca.mj.pt

⁶⁰⁵ A par do interesse geral para a economia.

⁶⁰⁶ Através de uma eficiente gestão dos créditos e da obtenção imediata de liquidez.

⁶⁰⁷ V. à luz do DL n.º 125/90, v. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, «Um novo instrumento financeiro – As obrigações hipotecárias», *Revista da Banca*, n.º 15, 1990, p.89.

às OH formam *um património autónomo* que não responde pelas dívidas da entidade emitente *até ao pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações em causa*.

Note-se que, o conjunto de créditos que garantem uma emissão de OH são agregados por força da sua relativa homogeneidade, formando um *pool* de créditos individualizado num património separado do património geral da entidade emitente⁶⁰⁸.

Os mesmos são de *afecção ou de escopo especial*⁶⁰⁹: visam o pagamento das suas dívidas aos titulares das obrigações correspondentes. Primeiro, os créditos afectos à emissão devem responder integralmente pelas dívidas das OH. Segundo, se os créditos hipotecários forem insuficientes para a satisfação dos obrigacionistas, todo o património da entidade emitente deve responder subsidiariamente, embora quanto a este, o obrigacionista não goze de privilégio especial, passando a ser um credor comum do emitente^{610/611}.

Aquando da vigência do DL n.º 125/90, a emissão de OH devia ser objecto de deliberação expressa do órgão de administração da entidade emitente e a operação dependia de uma autorização prévia do Ministro das Finanças, ouvido o BP⁶¹². Nos termos do art.6.º, n.º 3 e 4, aquando da inscrição no registo da hipoteca e mediante a declaração constante do título constitutivo, devia constar que o crédito por ela garantido era afecto ao cumprimento de OH. Assim, notamos que ao abrigo daquele DL, qualquer membro da comunidade jurídica podia antever a prevalência da hipoteca sobre o seu possível direito de retenção, caso pretendesse prometer comprar o imóvel ao titular registal.

Creemos que a cognoscibilidade das OH permitia ao promitente-adquirente ponderar a celebração de um contrato-promessa sobre aquele imóvel, possibilitando a escolha na conclusão de outro contrato-promessa alternativo ao primeiro e sobre um imóvel cuja hipoteca não garantisse um crédito afectado à emissão de OH.

No entanto, o DL 2006 não goza de iguais preceitos. A emissão de OH está apenas sujeita à deliberação do órgão de administração da entidade emitente, deixando

⁶⁰⁸ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Instituições...», *cit.*, p.341 e 344.

⁶⁰⁹ *Ibidem*

⁶¹⁰ Art.601.º do CC e *id.*, p.345.

⁶¹¹ Para além do *mercado primário* onde são emitidas as OH, a lei sempre permitiu a negociação destes valores mobiliários no mercado secundário, v. art.18.º do revogado DL n.º 125/90 e art.13.º do DL 2006.

⁶¹² Art.3.º, n.º 1, 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1.

de ser necessárias a autorização prévia do Ministro das Finanças e a consulta do BP⁶¹³. Às ofertas públicas e particulares, aplicam-se as regras gerais do CVM⁶¹⁴.

Em contrapartida, o art.4.º, n.º 3 do diploma estatui que os créditos hipotecários e outros activos que integram o património afecto às OH, devem ser registados em contas separadas da entidade emitente e identificados sob forma codificada nos documentos das emissões.

Notamos a perda de publicidade das OH. O registo dos créditos afectados nas contas da entidade emitente não é equivalente, nem semelhante, à menção na inscrição da hipoteca no registo predial. Aliás, as menções do registo estão apenas direccionadas para a segurança da operação, melhor dizendo, para obter a transparência necessária de cada emissão e a protecção adequada dos respectivos investidores⁶¹⁵.

Neste lugar, cabe manifestar a nossa preferência pela revogada necessidade de registo das OH nas conservatórias, aquando da inscrição da hipoteca que garante o crédito afecto às mesmas. Aliás, estranhámos a insistência da nossa doutrina em rejeitar a aplicação tradicional do art.759.º, n.º 2, algumas vezes fundamentando a falta de registo do direito de retenção, mas nada dizendo acerca do regime das OH, que inverte, também ele de forma oculta, o grau de preferência de pagamento dos credores, em prol da tutela dos investidores.

Por estas razões, propomos, modestamente, a repristinação dos n.º 3 e 4 do art.6.º do DL n.º125/90.

2.2.4. A nossa Apreciação: Um Balanço na Tutela de Interesses Contrapostos

2.2.4.1. O Atendimento Prioritário dos Interesses do Promitente Fiel

Apesar de as opiniões acima expostas serem valiosíssimas, a nossa convicção assenta na interpretação tradicional do art.759.º, n.º 2.

Vejamos por que razões não aderimos às propostas dos vários Aa.

⁶¹³ Arts.9.º, n.º 1

⁶¹⁴ Art.10.º do DL 2006 e arts.108.º e ss do CVM.

⁶¹⁵ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Instituições...», *cit.*, p.344.

A proposta de Cláudia Madaleno não nos convenceu por vários motivos. Numa primeira nótula, não concordamos com a interpretação teleológica do art.759.º, n.º 2. Em nosso entender, não devemos dividir a *ratio* da atribuição do direito de retenção – o princípio da boa fé e a equidade, e a *ratio* da prevalência absoluta – evitar o enriquecimento sem causa. Cremos que todo o instituto se funda na equidade, ou melhor, no objectivo de repor o equilíbrio numa situação de interesses contrapostos, sendo que o enriquecimento sem causa é uma mera manifestação da justiça numa situação típica.

A equidade manifesta-se de diferentes formas consoante as especificidades do caso decidente e, por isso, existem o conceito genérico do art.754.º e os casos especiais do art.755.º. A al.f do art.755.º, n.º 1 apenas difere das outras alíneas e do direito de retenção genérico, pelo montante do crédito garantido pela retenção. Contudo, em todos os casos é manifesta a intenção de repor um sacrifício patrimonial de quem detém a *res*, ora porque sofreu um dano por causa dela, ora porque realizou uma despesa com ela, ora porque efectuou uma actividade contratualmente estipulada que não recebeu o seu correspondente, podendo a contraparte não ter qualquer intenção de cumprir e esse incumprimento envolver a frustração de uma fortíssima expectativa de aquisição da coisa, subjacente à prestação devida⁶¹⁶.

Nesta linha, a al.f. representa interesses que não se apresentam nos demais casos de direito de retenção. Por força da *traditio rei*, do tipo de contrato incumprido e das somas já entregues, criaram-se projectos de vida, expectativas consideráveis acerca da profissão e da estabilidade pessoal do *accipiens* e da família que o acompanha no gozo da *res*.

Por tudo isto, julgamos que a interpretação teleológica e sistemática do art.759.º, n.º 2, realizada pela A. não coincide com o fundamento de todo o instituto. Evidentemente, no caso de benefício objectivo criado na *res*, a preferência absoluta implica evitar um enriquecimento indevido dos demais credores do titular da coisa. Contudo, o legislador atribui um direito de retenção atendendo à globalidade do seu regime, pelo que, se o artigo citado nada diz acerca da sua extensão, numa colaboração com o legislador, o intérprete não deve restringir o campo de irradiação da norma a uma específica manifestação da equidade.

⁶¹⁶ Sobre a teoria da equidade como fundamento da *retentio*, v. SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, cit., p.314 a 317.

De acordo com as *concepções de justiça em cada sociedade e em cada momento histórico*⁶¹⁷, a equidade faz com que seja reconhecido *imparcialmente o direito de cada um*⁶¹⁸. A equidade é um critério de justiça que, consoante as características do caso *sub judice*, assume diferentes manifestações de conteúdo *variável* ou *indeterminado*.

Num segunda nótula, intimamente ligada à primeira, concordamos com a argumentação da jurisprudência acerca da não inconstitucionalidade da preferência em causa.

Questionamos, ainda, a afirmada igualdade entre o retentor e o credor hipotecário, fora dos casos de benefício objectivo criado na coisa pela acção do retentor. É uma conclusão que nos desola, sobretudo atendendo ao regime das OH. Neste caso, a hipoteca prevalece sobre a retenção e não notamos uma desigualdade criada na situação do credor hipotecário justificativa da alteração do grau de preferência. *A contrario*, pensamos que, em qualquer direito de retenção, a situação do retentor é materialmente diferente da assumida pelo credor hipotecário. Na retenção existe uma especial ligação entre o retentor e a *res* que, no caso da al.f. do art.755.º, n.º 1, implicou um direito de gozo sobre ela. Diferentemente, o credor hipotecário pode não assumir qualquer contacto material com coisa hipotecada.

Nesta ordem de ideias, não concordamos com a interpretação actualista e restritiva do art.759.º, n.º 2. Para ser verdadeiramente *actualista*, a interpretação doutrinal deve reconstruir o pensamento legislativo atendendo à sua vontade historicamente situada mas também às condições do tempo em que se aplica⁶¹⁹. A vontade do legislador não é estática, por isso não devemos cingir a interpretação da preferência absoluta a uma intenção circunscrita ao momento histórico do nascimento da norma. A interpretação *restritiva* justifica-se quando o sentido literal é demasiado amplo relativamente ao espírito da lei, sendo necessário harmonizar o elemento literal com os elementos lógicos, encurtando o sentido extraído do primeiro⁶²⁰. Pela nossa parte, não notamos indícios dos elementos histórico, teleológico e sistemático, tendentes para este resultado.

Pelos mesmos motivos, não aderimos à proposta de J. Calvão da Silva. A não impor o sacrifício da hipoteca quando confrontada com o direito de retenção do

⁶¹⁷ V. PRATA, ANA M. C. RODRIGUES, *Dicionário Jurídico*, vol.I, 5ª ed. actual. e aum., Coimbra, Almedina, 2010, p.600.

⁶¹⁸ V. SILVA, ANTÓNIO DE MORAIS, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol.IV, 10ª ed., Lisboa, Editorial Confluência, 1952, p.576.

⁶¹⁹ Art.9.º, n.º 1

⁶²⁰ V. JUSTO, A. SANTOS, *Introdução...*, *cit.*, p.344.

promitente fiel, de nada valeria afirmar a função de garantia do primeiro. Os argumentos da perda de força da hipoteca e do risco de a norma protectora reverter contra o sujeito que se pretende tutelar são insuficientes para apoiarmos a discriminação (inversa) proposta.

Coerentemente, não concordamos com a proposta de Maria Isabel Campos, Pedro Sameiro e Miguel Ângelo França relativa à supressão do direito de retenção do promitente-adquirente, ou ainda à alternativa de M. Lucas Pires, por duas razões.

Em primeiro lugar, o nosso objectivo não consiste em suprimir a força de uma garantia em prol de outra. Em segundo lugar, apesar de o nosso estudo se centrar na *facti species* do promitente-adquirente de um imóvel, o art.755.º, n.º 1/f protege qualquer beneficiário de uma promessa de *constituição* ou transmissão de direito real pleno *ou limitado*, sobre uma coisa *móvel* ou imóvel. Há, portanto, outras situações abrangidas pela norma merecedoras de tutela jurídica. O mesmo se argumenta para o art.759.º, n.º 2 que, apesar de exclusivamente referente à execução de imóveis, abrange, abstractamente, todas as modalidades de direito de retenção.

Aliás, não partilhamos a alternativa proposta por Pedro Sameiro de criação de uma hipoteca legal. O problema que pretendemos resolver reside no conflito entre um direito de retenção emergente *após* o registo de uma hipoteca sobre o mesmo bem. Ora, a hipoteca legal resolveria unicamente a colisão entre a posição de um promitente-adquirente e uma *futura* hipoteca voluntária.

Por sua vez, a interpretação restritiva do art.755.º, n.º 1/f, apresentada por L. Menezes Leitão não nos convenceu. Seguindo uma das críticas de Cláudia Madaleno, restringir o direito de retenção ao crédito pelo aumento do valor da coisa, retira qualquer sentido à norma atributiva do direito, uma vez que este tipo de indemnização deixou de ser correntemente utilizado⁶²¹.

O entendimento de Carlos Pereira de Abreu é coerente e solidamente justificado. Todavia, não seguimos a sua orientação por duas razões. Em primeiro lugar, seguindo de perto Cláudia Madaleno, torna-se exagerado condicionar o exercício do direito de retenção e a especial preferência, à declaração judicial da garantia⁶²². A preferência absoluta e a concessão da *retentio* não emergem da sua maior ou menor publicidade. O direito de retenção é extrajudicial e a sua preferência visa harmonizar uma situação

⁶²¹ V. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, cit., p.198.

⁶²² *Id.*, p.207.

fáctica de desequilíbrio, independentemente da qualidade do sujeito que move a execução.

Em segundo lugar, cremos que determinar a iniciativa de execução como condição à preferência implica limitar a força da garantia a um mero critério de oportunidade. O que irá decidir a preferência do direito de retenção sobre a hipoteca ou o inverso, é a rapidez de um ou outro credor do mesmo devedor mover o processo executivo. E se o devedor ainda não incorreu em incumprimento definitivo do mútuo ou do contrato-promessa? Parece-nos que a condição da iniciativa de execução propicia o arbítrio do devedor, podendo jogar, em conluio com um dos seus credores, com esta interpretação da preferência.

No tocante à doutrina que se apoia no registo provisório de aquisição, não a julgamos plenamente satisfatória. De facto, J. Lebre de Freitas e G. Órfão Gonçalves conseguem, em certa medida, harmonizar os interesses contrapostos de um direito de retenção emergente após o registo da hipoteca, desde que este seja posterior ao registo provisório. Contudo, a doutrina apontada visa a protecção do retentor que registou provisoriamente o seu direito a adquirir *em momento anterior ao registo da hipoteca*.

Portanto, ora com base no registo do contrato-promessa, ora com apoio no registo da *traditio rei*, as propostas dos Aa. circunscrevem a prevalência a um momento temporal que, apesar de coincidir em parte com o cerne do nosso problema, não o resolve cabalmente. Na nossa opinião, a situação típica situa-se na necessidade de protecção do promitente-adquirente que, quando reserva o seu lugar pelo registo provisório, confronta-se com a existência *uma hipoteca registada definitivamente sobre o mesmo imóvel*. Neste caso, se seguirmos a orientação dos Aa., aplicar-se-ão as regras gerais do Direito, logo a hipoteca irá prevalecer sobre o direito de retenção, o que é manifestamente insatisfatório.

Relativamente à opinião de G. Órfão Gonçalves, questionamos a premissa de que parte, ou seja, a tutela da boa fé do promitente-comprador, pois não pensamos que a boa fé subjectiva seja o princípio essencialmente justificativo do art.759.º, n.º 2. A função de garantia do direito de retenção do promitente-comprador de um imóvel só tem sentido quando o retentor é confrontado com uma hipoteca, muitas vezes anterior à celebração do contrato-promessa, e logicamente à *traditio rei*. Ou seja, consideramos que se legislou com a consciência de que o art.755.º, n.º1/f, incide principalmente no mercado da habitação onde, por regra, a hipoteca é imprescindível para a construção do imóvel *posteriormente* prometido vender a um particular. Cremos que não deve pesar a

boa ou má fé do promitente-comprador na delimitação do círculo da preferência, sob pena de sempre existir um dever de conhecer a hipoteca, e por isso a desnecessidade de protecção de quem goza da coisa e acreditou que lhe seria vendido o imóvel.

Notamos, ainda, uma relativa incongruência de pensamento. O A. refere primeiramente a necessidade de protecção da garantia hipotecária anteriormente registada, evitando a tutela da *má fé* do retentor. Contudo, mais tarde invoca o direito fundamental à habitação⁶²³, justificativo da manutenção da detenção da coisa pelo retentor como seu depositário, durante o processo executivo⁶²⁴. Neste sentido, o A. reconhece a posição naturalmente mais fraca do *accipiens da res*. Resta saber por que razão apenas lhe concede importância na determinação do depositário.

Cumpramos finalmente salientar um aspecto relativamente à crítica de alguns juristas, segundo a qual a preferência do direito de retenção não assume paralelismos, numa perspectiva juscomparatística. Anotamos que, os efeitos negativos do direito de retenção podem emergir de outras regras que não a da preferência. Por ex., no Direito francês, Augustin Aynès⁶²⁵ afirma a possibilidade de o retentor opor o seu *pouvoir de blocage* em sede executiva, de forma a bloquear a penhora da coisa objecto do direito. Segundo o A., é legítima a manutenção da detenção, obrigando ao pagamento do crédito do retentor para, seguidamente, proceder à penhora. Assim, um direito à partida pouco ofensivo, na medida em que não goza de uma função de garantia⁶²⁶, revela-se extremamente eficaz contra todos os credores *quel que soit leur rang*⁶²⁷.

Com isto queremos evidenciar que, da ausência de um paralelo art.759.º, n.º 2 nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, não fica excluída a possibilidade de efeitos próximos.

⁶²³ Art.65.º da CRP

⁶²⁴ V. GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO, «Temas...», *cit.*, p.291.

⁶²⁵ V. AYNES, AUGUSTIN, *Le Droit...*, *cit.*, p.275 a 282.

⁶²⁶ O retentor é um credor comum.

⁶²⁷ Também no Direito italiano, o art.2775.º *bis* do CCit concede um privilégio especial sobre o imóvel objecto de contrato-promessa incumprido a favor do promitente-comprador fiel, quando tiver sido realizada a *trascrizione*, nos termos do art.2645.º *bis* do mesmo diploma. Contudo, a segunda parte do art.2775.º estabelece a inoponibilidade da garantia a credores hipotecários que concederam um empréstimo ao promitente-comprador (para adquirir a coisa) ou ainda, a credores hipotecários financiadores do promitente-vendedor (do imóvel a construir ou em construção), quando a *trascrizione* do contrato preliminar seja *anterior* (art.2825.º *bis* do CCit). Resta saber se a inoponibilidade do privilégio se mantém quando a última classe de terceiros referida tiver uma hipoteca *anterior* à *trascrizione* do contrato preliminar. Sobre o assunto, v. PROENÇA, J. C. BRANDÃO, «Para...», *cit.*, p.24 e TUCCI, GIUSEPPE, «Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente», *Riv. Crit. Dir. Priv.*, Anno XV, 2, 1997, p.177.

À luz do *supra* debatido, não podemos deixar de preferir, *num primeiro momento*, a tutela jurídica do promitente-comprador através do direito de retenção graduado acima da hipoteca, mesmo que e *sobretudo quando* anteriormente registada.

Nesta óptica, sublinhamos a importância da responsabilização das instituições de crédito. As mesmas são conhecedoras da lei, logo dos arts.754.º e ss e nomeadamente do art.759.º, n.º 2, devendo acautelar os seus interesses, de acordo com mecanismos técnicos próprios da actividade financeira, idóneos para a precaverem a respeito das deficiências e da solvabilidade dos mutuários. Por ex., poderão convencionar o pagamento directo aos credores do mutuário, por conta e à ordem dele⁶²⁸. Assim, a instituição bancária assegura-se da plena satisfação dos credores do devedor e da consequente extinção ou não surgimento das garantias desses créditos, potencialmente ofensivas da sua garantia hipotecária⁶²⁹.

Vejamos três hipóteses onde consideramos aplicável o art.759.º, n.º 2.

Primeira hipótese: é celebrado um contrato-promessa de compra e venda, de um imóvel, com efeitos meramente obrigacionais entre A, titular registal, e B, promitente-comprador. É realizado o registo provisório de aquisição e só posteriormente é celebrada uma hipoteca a favor de C sobre o mesmo imóvel de A.

Primeira modalidade da hipótese: o direito prometido transmitir é efectivamente transmitido, ora pela celebração do contrato definitivo, ora pela sentença de execução específica⁶³⁰. Como acto de disposição do titular registal, e de acordo com os efeitos substantivos do registo provisório de aquisição que partilhamos⁶³¹, o registo da hipoteca é realizado provisoriamente e, após a conversão em definitivo do primeiro⁶³², o registo da hipoteca caduca ou é cancelado⁶³³.

Neste caso, não surge o direito de retenção e tudo se resolve pelos efeitos substantivos do registo. Assim, conseguimos atenuar a crítica da *incongruência legislativa*, na medida em que o promitente-comprador gozaria de melhor tutela

⁶²⁸ Por ex., celebrando um contrato a favor de terceiro, art.443.º.

⁶²⁹ Neste sentido estatua a Lei alemã sobre a segurança dos Créditos de Construção, de 01/06/1909. Da mesma constava que as quantias recebidas para realizar despesas de construção, apenas podiam ser aplicadas para esse fim, de modo a satisfazer as pessoas que participaram na execução da obra, v. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, «Empreitada», *cit.*, p.183. Actualmente, verifica-se que as regras relativas à concessão do crédito, constantes da KWG (§13 a §22, na versão promulgada em 09/09/98), não assumem paralelismo no nosso RGICSF.

⁶³⁰ Em todos os casos, supomos que não houve intenção das partes de afastar o direito à execução específica, ilidindo a presunção do art.830.º, n.º 2.

⁶³¹ V. *supra*, 3.3, II.

⁶³² Pelo registo da compra e venda ou da sentença de execução específica.

⁶³³ Art.92.º, n.º 2/b e n.º 6 do CRPred

relativamente ao titular do direito. *In casu*, o titular do direito, que registou provisoriamente o seu direito a adquirir em momento anterior ao título aquisitivo, fica salvaguardado de posteriores actos de disposição sobre a coisa pelo titular registal, até ao registo definitivo do direito efectivamente adquirido.

Segunda modalidade da hipótese: A incorre em incumprimento definitivo do contrato-promessa. Nesta situação, o registo provisório de aquisição caduca por não se chegar a verificar a causa da provisoriedade, e o registo provisório da hipoteca é convertido em definitivo, por a razão da provisoriedade cessar. Em contrapartida, surge o direito de retenção como garantia do crédito indemnizatório do promitente fiel, sendo que o mesmo prevalece sobre a garantia hipotecária.

Esta solução é a apontada por G. Órfão Gonçalves e, *de iure condendo*, por J. Lebre de Freitas. No entanto as mesmas respostas encontrar-se-iam pela interpretação tradicional do preceito. Independentemente do registo provisório de aquisição, a norma do Direito Civil substantivo indica-nos a preferência da *retentio* sobre a hipoteca *registada* em momento anterior ao surgimento da garantia mas posterior ao registo provisório de aquisição.

Segunda hipótese: é primeiramente celebrada e registada uma hipoteca sobre o imóvel de A a favor de C. Seguidamente, é registado provisoriamente o direito de adquirir de B, com base no contrato-promessa de compra e venda do mesmo bem, celebrado com A.

Primeira modalidade da segunda hipótese: A entra em mora no cumprimento do contrato-promessa. A acção de execução específica possibilita que, para efeitos de expurgação da hipoteca⁶³⁴, o promitente faltoso seja condenado a entregar o montante correspondente ao capital e juros em dívida: art.830.º, n.º4. Desta forma, extingue-se a garantia hipotecária e regista-se um pleno direito de propriedade do agora comprador (B). O registo provisório de aquisição é convertido em definitivo pelo registo da sentença de execução específica⁶³⁵.

Este caso não é solucionado pelo art.759.º, n.º 2, porque o direito de retenção não chega a existir. O conflito entre o interesse do promitente-comprador e do credor hipotecário é solucionado pelo art.830.º, n.º 4. Note-se que o registo provisório de aquisição é determinante para delinear o campo objectivo de aplicação desta, pois o elemento diferenciador da situação em análise com a primeira modalidade da primeira

⁶³⁴ V. art.721.º

⁶³⁵ Arts.3.º, n.º 1/c e 6.º, n.º 3 do CRPred

hipótese, incide no facto de, *in casu*, a hipoteca ter sido constituída e registada definitivamente em momento anterior ao registo provisório de aquisição. Parece-nos que apenas nesta situação se aplicará o art.830.º, n.º 4.

Através deste artigo, conseguimos mais uma vez diminuir a força da crítica da incongruência legislativa *supra* referida, uma vez que a conjugação dos arts.830.º, n.º 4 e 759.º, n.º 2, comprova uma protecção em vários quadrantes tanto do adquirente do direito como do beneficiário da promessa. Quando o promitente fiel tem direito à execução específica, a lei manda o juiz condenar o promitente infiel a entregar as somas devidas para a expurgação da hipoteca que contraiu. Por sua vez, quando a execução específica se torna impossível por incumprimento definitivo do promitente-vendedor, o promitente-comprador goza de um direito de retenção sobre a coisa objecto mediato do negócio preliminar. Esta tutela diferenciada mas equilibrada consoante a sorte do contrato-promessa, é igualmente indiciada por I. Galvão Telles⁶³⁶.

Segunda modalidade da segunda hipótese: após o registo provisório de aquisição, é movido contra o promitente-vendedor, um processo executivo por um terceiro – credor comum ou hipotecário do executado, e é penhorado o imóvel objecto do contrato-promessa. Nesta situação, anotamos um conflito entre o titular do registo provisório de aquisição (posterior ao registo definitivo da hipoteca) e os demais credores do titular registal.

Cabe-nos salientar que, não obstante reconhecermos no ponto 3.3, II, os efeitos substantivos do registo provisório de aquisição perante actos posteriores *de disposição* do titular registal, não seguimos o mesmo entendimento relativamente aos actos posteriores *contra* o titular registal, nomeadamente uma penhora ou um arresto. Seguimos o pensamento de Mónica Jardim⁶³⁷ e afirmamos a oponibilidade do registo da penhora do imóvel perante o registo provisório de aquisição anteriormente efectuado⁶³⁸.

Segundo a A., existindo um registo provisório de aquisição a favor de pessoa diversa do executado, a penhora deve ser provisoriamente registada, por natureza, nos

⁶³⁶ V. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito...*, *cit.*, p.155, nota 1.

⁶³⁷ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, *cit.*, p.18 a 21.

⁶³⁸ No sentido da oponibilidade do registo provisório de aquisição perante actos de ou contra o titular registal, v. o ac. da RC, de 14/12/04, *CJ*, Ano 29, T.V, 2004, p.39. Tb. nos parece tender para este sentido, PROENÇA, J. C. BRANDÃO, «Para...», *cit.*, p.23 a 24. Há que levar em linha de conta que esta orientação dilui a fronteira entre o contrato-promessa com eficácia real e o contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais mas acompanhado de registo provisório de aquisição. Por isso, J. C. Brandão Proença propõe a supressão da figura da eficácia real da promessa.

termos do art.92.º, n.º 2/b, do CRPred^{639/640}. Acrescenta que, após este registo, o credor deverá intentar e registar uma acção declarativa contra o devedor e o beneficiário do registo provisório de aquisição. A mesma deverá conter os seguintes pedidos: o reconhecimento do direito real do devedor sobre o bem objecto de penhora, a declaração de ineficácia perante si, do registo provisório de aquisição incompatível com a penhora, a declaração de ineficácia do futuro e eventual facto aquisitivo do beneficiário deste registo, caso venha a ocorrer e, por último, a conversão em definitivo do registo da penhora⁶⁴¹.

Na prática, se na pendência das acções declarativa e executiva, o registo provisório de aquisição caducar, o registo provisório da penhora é convertido em definitivo. Inversamente, se aquele registo se converter em definitivo pela aquisição do direito, o registo provisório da penhora é requalificado nos termos do art.92.º, n.º2/a do CRPred⁶⁴², aplicando-se, conseqüentemente, o art.119.º do mesmo diploma. É citado o agora titular regista definitivamente inscrito – anterior beneficiário do registo provisório, para declarar, no prazo de 10 dias, se é titular do direito real sobre o bem. Se nada disser, o registo da penhora é oficiosamente convertido em definitivo⁶⁴³. Se declarar que o direito lhe pertence, o juiz deve aguardar o termo da acção declarativa pendente⁶⁴⁴.

Na perspectiva da A., a acção declarativa proposta deverá proceder pela razão de que, se o registo definitivo do direito conserva a prioridade do registo provisório de aquisição, não faz retroagir a aquisição do direito à data da provisoriedade. Pelo que, o registo provisório de aquisição *não consubstancia uma reserva de prioridade perante os actos praticados por terceiros, legitimamente, contra o titular registal definitivo*⁶⁴⁵.

⁶³⁹ Inversamente, o ac. do STJ de 25/06/02, já citado, entende que o registo da penhora é definitivo. No sentido de que a penhora não é oponível ao registo provisório de aquisição anterior, v. ac. da RL de 11/02/10, tb. já referido.

⁶⁴⁰ Também neste sentido se pronuncia o CTDGRN, v. os pareceres constantes do Proc. n.º R.P. 210/2001 DSJ-CT, BRN n.º 8/2002, II Caderno in www.irn.mj.pt e do Proc. n.º R. P. 99/2010 SJC-CT in <http://www.irn.mj.pt>

⁶⁴¹ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *Efeitos Substantivos...*, cit., p.877 a 878. O que não obsta a que a execução prossiga, art.838.º, n.º 4 do CPC (art. 755.º, n.º 4 do CPC/13). A A. nem sempre manifestou o mesmo pensamento. À luz da sua obra *O Registo Provisório de Aquisição*, cit., p.18 e ss, considerava directamente aplicáveis os arts.92.º, n.º2/a e 119.º do CRPred.

⁶⁴² Por aplicação do n.º 7 do artigo.

⁶⁴³ Art.119.º, n.º 3 do CRPred

⁶⁴⁴ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *Efeitos Substantivos...*, cit., p.879 a 880.

⁶⁴⁵ *Id.*, p.878.

Logo, o registo da sentença publicita a titularidade do direito a favor do primeiramente titular registal, que intentou aquela acção, permitindo o prosseguimento da acção executiva⁶⁴⁶.

Aliás, o entendimento inverso potenciaria ao devedor a faculdade de subtrair bens do seu património enquanto garantia geral dos credores e de contrariar o art.819.º do CC, que considera inoponíveis à execução os actos de disposição, oneração ou arrendamento dos bens penhorados⁶⁴⁷.

Note-se que, a opinião defendida não coloca o imóvel à mercê dos credores do titular do registo provisório⁶⁴⁸, o que cremos ser a solução mais justa. Assim, evitamos que uma instituição de crédito financiadora do promitente-adquirente registre uma hipoteca a seu favor, com apoio no registo provisório de aquisição com base no contrato-promessa do seu mutuário, e veja a sua garantia sobre o mesmo bem prevalecer sobre hipotecas anteriores do promitente-vendedor⁶⁴⁹.

Poder-se-á dizer que, com este entendimento é criada uma maior tutela do credor relativamente ao terceiro adquirente. A este propósito, Mónica Jardim⁶⁵⁰ sublinha que o registo provisório dá conhecimento ao terceiro que pretende adquirir o direito, de que existe uma reserva de lugar incompatível com a sua pretensão. A partir do registo provisório, o terceiro sabe que, ao adquirir posteriormente do titular registal, a eficácia *erga omnes* do seu direito dependerá da sorte daquele registo. Diferentemente, o terceiro credor solicita a penhora da coisa porque confia na sua capacidade de satisfazer o seu crédito, uma vez que consta do registo que o devedor é o titular registal da *res* e que não existe um registo definitivo de um contrato-promessa com eficácia real.

Retomemos a situação sob apreciação. Perante a penhora da coisa objecto do contrato-promessa, entendemos que o exequente, promitente-vendedor, incorre em incumprimento definitivo do contrato preliminar⁶⁵¹. Deste modo, o promitente fiel não

⁶⁴⁶ *Id.*, p.880 e nota 1615. O registo da penhora é convertido em definitivo após o trânsito em julgado da sentença que julgue procedente a acção declarativa.

⁶⁴⁷ *Id.*, p.873.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, nota 1605. No caso de penhora da coisa por um credor do beneficiário do registo provisório de aquisição translativa, a A. entende dever ser aplicado o art.92.º, n.º2/a do CRPred e subsequente art.119.º, onde o titular definitivamente inscrito pode provar que o direito ainda lhe pertence.

⁶⁴⁹ *Id.*, p.881. Se durante o registo provisório de aquisição, a coisa fosse arrestada por um credor do seu beneficiário e posteriormente penhorada por um credor do titular registal, prevaleceria este registo perante o primeiro. *Id.*, p.879, nota 1614.

⁶⁵⁰ V. JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA, *O Registo...*, *cit.*, p.21, nota 16. No sentido da oponibilidade do registo provisório de aquisição perante actos do titular registal a favor de terceiro mas já não de terceiro credor contra ele, v. o ac. da RP, de 01/02/11, relatado por Vieira e Cunha *in* www.dgsi.pt.

⁶⁵¹ Apesar de não existir uma declaração prévia do sujeito, consideramos que, se ao abrigo do art.834.º, n.º3/a e n.º4 do CPC (art.751.º, n.º 4/a e n.º5 do CPC/13), o executado não requereu a substituição do

pode recorrer à acção de execução específica⁶⁵². Consequentemente, emerge na sua esfera jurídica um direito de retenção a exercer no âmbito da acção executiva. A colisão entre a *retentio* e a hipoteca objecto de registo definitivo anterior ao registo provisório de aquisição será resolvida pelo art.759.º, n.º 2, que dita a preferência do direito de retenção sobre a hipoteca, independentemente do crédito indemnizatório a garantir, da iniciativa de execução ou da data do registo provisório de aquisição.

Terceira hipótese: é primeiramente celebrada e registada uma hipoteca sobre o imóvel de A a favor de C. Seguidamente, é celebrado um contrato-promessa entre A e B sem registo provisório de aquisição. Neste caso, vale o dito *supra* acerca resolução da segunda modalidade da segunda hipótese.

Enfim, o art.759.º, n.º 2 aplicar-se-á na segunda modalidade da primeira e da segunda hipótese e na terceira hipótese. As regras do registo em geral, e do registo provisório de aquisição em especial, relevam na primeira modalidade da primeira e da segunda hipótese.

2.2.4.2. A Tutela Jurídico-Processual do Credor Hipotecário

A defesa *tout court* da preferência absoluta da *retentio* sobre a hipoteca implica a protecção *exclusiva* de um dos direitos em colisão. Por isso, importa encontrar os instrumentos do Direito que, para além de protegerem a posição do promitente-comprador na medida da sua fragilidade, acautelem a excessiva oneração da situação do credor hipotecário e previnam a possibilidade de a norma protectora servir, na prática, para atingir fins que não correspondem à sua teleologia.

Assim, de modo a que o direito de retenção não deixe de ser *uma forma de harmonização entre os interesses do retentor e dos restantes credores*⁶⁵³, apontamos, num segundo momento, para a tutela *processual* do credor hipotecário, nos casos de aplicação do art.759.º, n.º 2.

imóvel penhorado por outros bens que satisfaçam igualmente o fim da execução, tal significa que o sujeito não quis cumprir o contrato-promessa que tem por objecto a transmissão daquela *res*.

⁶⁵² Recordamos que, em nosso entender, o art.830.º apenas tem aplicação em caso de *mora* no cumprimento.

⁶⁵³ V. GONÇALVES, A. LUÍS, «O Direito..., *cit.*, p.275.

Numa primeira nótula, abordaremos as questões em torno da extensão subjectiva da eficácia do caso julgado de uma sentença sobre o direito de retenção. Numa segunda nótula, reflectiremos acerca da legitimidade de um credor hipotecário impugnar o direito de retenção na acção de verificação de créditos. Numa terceira e última nótula, discutiremos a possibilidade de o retentor deduzir embargos de terceiros como meio de oposição à penhora, a fim de suspender a execução sobre o imóvel ou, pelo menos, de modo a permanecer no seu gozo até ao termo do processo.

Abordemos o tema relativo à primeira nótula. Como sabemos, o caso julgado consiste na consolidação da decisão judicial final proferida por um tribunal, a propósito do mérito de uma situação jurídica levada a pleito. A definição jurídica da situação controvertida torna-se inalterável quando os prazos para interpor recurso ordinário para o tribunal superior forem ultrapassados ou quando se esgotarem as vias de recurso ordinário permitidas para aquele caso decidente, de acordo com o valor da acção⁶⁵⁴.

Recordamos que uma das críticas apresentadas pela doutrina acerca do art.759.º, n.º 2, residia na falta de meios das instituições de crédito para averiguarem a validade dos possíveis contratos-promessa celebrados pelos seus mutuários e, conseqüentemente, a existência de um autêntico direito de retenção daí emergente.

Com efeito, a existir uma decisão judicial sobre o direito de retenção e após o seu trânsito em julgado, se um terceiro não chamado a intervir no processo declarativo mas abrangido pelo caso julgado (material), pretender a reapreciação da causa, não pode intentar uma nova acção com a mesma causa⁶⁵⁵, pelo que apenas poderá obter a revogação da decisão através do recurso de revista nos termos do art.771.º do CPC⁶⁵⁶.

Em nosso entender e seguindo de perto J. Lebre de Freitas⁶⁵⁷, o caso julgado da decisão judicial acerca do direito de retenção, intentada pelo promitente-comprador, não é extensível ao credor hipotecário, terceiro ao processo declarativo, desde que a hipoteca a seu favor tenha sido constituída em momento anterior ao direito de retenção.

O A. citado argumenta que a consagração constitucional do direito de defesa implica considerar que o caso julgado não pode estender os seus efeitos sobre quem não teve a oportunidade de intervir no processo em que a decisão judicial foi proferida. Por

⁶⁵⁴ Arts.497.º, n.º 1 e 671.º do CPC (arts.580.º e 619.º do CPC/13)

⁶⁵⁵ Art.498.º do CPC (art.581.º do CPC/13)

⁶⁵⁶ Arts.671.º e ss do CPC/13

⁶⁵⁷ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre...», *cit.*, p.606 a 612.

isso, um terceiro à decisão judicial⁶⁵⁸ não pode ver afectado o *conteúdo* ou a *existência* do seu direito por força da mesma. Além de que, a limitação subjectiva do caso julgado far-se-á de forma paralela à própria circunscrição dos efeitos *inter partes* de um negócio jurídico. Ou seja, a produção de efeitos da sentença perante terceiros limita-se às situações em que os mesmos ficam sujeitos (em termos práticos), segundo o Direito substantivo, às *consequências do exercício dos poderes dispositivos das partes*.

Se o terceiro for titular de uma garantia real, o conteúdo e existência do seu direito não são negativamente afectáveis pela actuação negocial do devedor. Contudo, J. Lebre de Freitas sublinha que, se o direito a ser pago pelo valor da coisa não é afectável pela via negocial, pode, em certos casos, uma decisão judicial atingir o grau de preferência nesse pagamento, tocando ao *conteúdo jurídico* do direito real de garantia. Esta situação é visível numa sentença acerca do direito de retenção que altera o grau de preferência do terceiro, credor hipotecário. Estamos perante uma afectação na consistência jurídica da garantia, especialmente tocante à intensidade da preferência que lhe é inerente.

À luz do exposto, qualquer sentença de que resulte uma garantia real que prevaleça sobre a de um terceiro já existente implica a afectação da sua consistência jurídica. Se o direito reconhecido pela sentença for um direito de retenção, claramente se evidencia a sua incompatibilidade com uma hipoteca de terceiro, já constituída e com o mesmo objecto. A preferência, inerente ao conteúdo da hipoteca, é subitamente alterada pela aplicação do art.759.º, n.º 2.

Por isso, partilhamos a opinião de J. Lebre de Freitas e defendemos a inoponibilidade do caso julgado ao credor hipotecário, de uma decisão judicial intentada por um promitente-comprador contra o promitente-vendedor e que reconheça o direito de retenção a favor do Autor sobre o imóvel já hipotecado⁶⁵⁹.

Anote-se que, apesar de o direito de retenção ser extrajudicial, a intervenção do retentor num processo executivo, ora como exequente, ora como credor reclamante, exige um título executivo que será, logicamente, uma sentença condenatória⁶⁶⁰. Ou seja, o *supra* desenvolvido na primeira nótula permite-nos seguir para o tema relativo à segunda: a legitimidade de o credor hipotecário (reclamante ou exequente) impugnar o

⁶⁵⁸ Excluímos, desde já, quem foi chamado mas não interveio, v. os arts.328.º, n.º 2 e 349.º, n.º 2 do CPC (arts.320.º e 340.º do CPC/13).

⁶⁵⁹ V. os acs. do STJ, de 20/10/11, relatado por Tavares de Paiva in www.dgsi.pt, e de 07/10/10, *CJ/STJ*, Ano 18, T.III, 2010, p.108. *Ex adverso*, v. o ac do STJ de 23/05/02, relatado por Oliveira Barros in www.dgsi.pt e o ac. da RP de 21/10/08, relatado por Rodrigues Pires in www.biblioteca.mj.pt

⁶⁶⁰ Art.865.º, n.º 2 do CPC (arts.788.º, n.º 2 do CPC/13)

direito de retenção (do exequente ou reclamante) e a consequente aplicação do art.759.º, n.º 2, no apenso de verificação de créditos, uma vez que, não lhe sendo oponível uma sentença sobre aquela garantia quando movida pelo retentor, *não necessita de dela recorrer extraordinariamente ou de intentar acção declarativa própria*⁶⁶¹.

Seguindo a afirmação de J. Lebre de Freitas⁶⁶², *todas as questões contra a verificação do direito de retenção podem ser levantadas na acção declarativa de verificação e graduação de créditos*, apensa à execução movida por qualquer pessoa, ou melhor se dirá, *seja apensa à execução movida pelo titular dessa garantia e em que o credor hipotecário é reclamante, seja apensa à execução movida pelo credor hipotecário onde o retentor é reclamante, seja ainda apensa à execução movida por um outro credor, onde o retentor e o credor hipotecário são reclamantes*.

A acção de verificação de créditos sucede à penhora de bens do executado e visa a convocação dos demais credores a intervirem no processo, de forma a satisfazerem as suas pretensões creditícias, de acordo com o direito de preferência de que são titulares. A convocação é realizada através da citação nos termos gerais⁶⁶³ dos credores titulares de direitos reais de garantia sobre os bens penhorados. Devem dispor de um título executivo⁶⁶⁴ e reclamarem os seus créditos no prazo de quinze dias, a contar da citação.

Se o processo executivo for movido por um sujeito que não o retentor, o art.831.º, n.º 2 do CPC⁶⁶⁵ permite que, aquando do acto de apreensão, seja imediatamente citado o terceiro a título de direito de retenção. Caso não goze de um título executivo e nos termos do art.869.º, n.º 1 da lei processual civil⁶⁶⁶, o retentor pode requerer, dentro do prazo para a reclamação, que a graduação subsequente aguarde a obtenção do título. Se o executado reconhecer o crédito do retentor ou nada disser, forma-se um título judicial impróprio, à luz do art.869.º, n.º 2 e 3 da mesma lei^{667/668/669}. Se o executado negar a existência do crédito, deve ser proposta uma acção contra o executado, onde o exequente e demais credores reclamantes sejam partes em litisconsórcio passivo necessário⁶⁷⁰.

⁶⁶¹ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre...», *cit.*, p.613. V. tb. o ac. do STJ de 12/09/06, relatado por Faria Antunes in www.biblioteca.mj.pt

⁶⁶² V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre...», *cit.*, p.613.

⁶⁶³ Arts.228.º, n.º 1 e 864.º, n.º 1, 3/b, 9 e 10 do CPC (arts.172.º e ss, 786.º, n.º 1/a, 3 e 4 do CPC/13)

⁶⁶⁴ Art.865.º, n.º 1 e 2 do CPC (art.788.º, n.º 1 e 2 do CPC/13)

⁶⁶⁵ Art.747.º, n.º 2 do CPC/13

⁶⁶⁶ Art.792.º, n.º 1 do CPC/13

⁶⁶⁷ Art.792.º, n.º 2 e 3 do CPC/13

⁶⁶⁸ V. tb. o art.46.º, n.º 1/d do CPC (art.703.º, n.º1/d do CPC/13)

⁶⁶⁹ Sem prejuízo da sua impugnação pelo exequente ou outros credores reclamantes.

⁶⁷⁰ Art.869.º, n.º 5 do CPC (art.792.º, n.º 5 do CPC/13).

Assim, quando a execução é movida por um credor hipotecário ou por um outro credor e na acção de verificação de créditos, o credor hipotecário, ora como exequente, ora como credor reclamante cuja garantia do crédito reclamado tenha idêntico objecto, pode impugnar os factos constitutivos do direito de retenção *judicialmente reconhecido* e do crédito por ele alegadamente garantido, constantes da petição daquela acção⁶⁷¹.

Mais do que um direito, neste caso, a impugnação do crédito reclamado do retentor pelo credor hipotecário, é um ónus. Segundo o art.868.º, n.º 4 do CPC⁶⁷², o crédito e a respectiva garantia reclamados e não impugnados consideram-se reconhecidos. J. Lebre de Freitas⁶⁷³ nota um efeito cominatório pleno, isto é, independentemente dos factos alegados pelo retentor, consideram-se válidos e eficazes, o seu crédito e a sua garantia.

Quando a execução é movida pelo retentor, o credor hipotecário e reclamante goza igualmente de um direito de impugnar o crédito exequente e a garantia que recai sobre ele⁶⁷⁴.

Nesta situação, partilhamos o entendimento de J. Lebre de Freitas no sentido de que, a possibilidade de o credor hipotecário impugnar o crédito e/ou a garantia real do exequente – titular do direito de retenção é uma mera faculdade e não um ónus. Ou seja, se o retentor quiser que o seu crédito seja graduado de acordo com o seu direito real, não fica, pela falta de impugnação do crédito pelos credores reclamantes, desonerado da prova dos factos constitutivos da sua garantia real. Com efeito, a presunção de existência da obrigação exequenda pelo título executivo não se estende à garantia real, para além de que, como o A. seguido afirma, por falta de norma especial a esse respeito, não devemos considerar um qualquer efeito cominatório sobre a existência do crédito e da garantia do exequente, quando não haja impugnação pelos reclamantes⁶⁷⁵. Seja na acção executiva⁶⁷⁶, seja no apenso de reclamação de créditos, o retentor tem de provar os factos constitutivos do seu direito de retenção, independentemente de qualquer impugnação⁶⁷⁷.

⁶⁷¹ Art.866.º n.º 2 e 3 do CPC (art.789.º, n.º 2 e 3 do CPC/13)

⁶⁷² Art.789.º, n.º 4 do CPC/13

⁶⁷³ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre..., *cit.*, p.619.

⁶⁷⁴ Art.866.º, n.º 3 do CPC (art.789.º, n.º 3 do CPC/13).

⁶⁷⁵ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre..., *cit.*, p.621 a 623 e *A Acção..., cit.*, p.74.

⁶⁷⁶ Nomeadamente no requerimento executivo, art.810.º do CPC (art.724.º do CPC/13).

⁶⁷⁷ Aplicam-se as regras gerais de distribuição do *onus probandi*, art.342.º, n.º 1 do CC. Em sentido contrário, v. ac. do STJ de 07/10/10, já citado, que considera verificado o direito de retenção do exequente, logo, a sua preferência sobre o credor hipotecário que não o impugnou.

Pela primeira e segunda nótula, anotamos que, contrariamente às críticas de alguns juristas, o credor hipotecário tem acesso à validade do contrato-promessa, podendo questionar o conseqüente nascimento do direito de retenção nos termos do art.755.º, n.º 1/f. e a própria aplicação do art.759.º, n.º 2.

Note-se ainda que não necessitamos de defender o reconhecimento judicial da *retentio* como condição da sua eficácia⁶⁷⁸, nem de condicionar o exercício da garantia à iniciativa do retentor na execução, para se aplicar a prevalência absoluta e obter o mesmo grau de certeza e segurança pretendido na invocação destes argumentos.

Pensamos, doravante, no tema relativo à terceira nótula. Pergunta-se se o retentor, terceiro ao processo executivo, pode lançar mão de um meio de oposição à penhora, quando ela incida sobre a coisa detida: os embargos de terceiros.

Sabemos que a execução corre contra bens do executado, devedor ou não devedor da obrigação exequenda⁶⁷⁹. Os bens de terceiros são, nesta linha, impenhoráveis. Todavia, o executado pode ser titular de bens cuja posse ou detenção é exercida por um terceiro. O art.351.º, n.º 1 do CPC⁶⁸⁰ estatui que, se a penhora ofender a posse ou um qualquer direito incompatível com o acto executivo de que seja titular quem não é parte da causa, pode o lesado fazer valê-lo com a dedução de embargos de terceiros, contra o exequente e executado⁶⁸¹. Segundo o art.356.º da lei do processo⁶⁸², o recebimento dos embargos implica a suspensão da penhora sobre os bens a que diz respeito, e ainda, a restituição provisória da posse se o embargante a tiver requerido.

O retentor é titular de um direito à satisfação do seu crédito à custa do valor da coisa sobre a qual incide a garantia real, *inclusive* nos casos de aplicação do art.755.º, n.º1/f.. A sua posse é, portanto, exercida em termos de um direito real de garantia. Poder-se-á concluir que este poder é *incompatível* com a penhora da mesma coisa?

O fim da execução consiste na satisfação de todos os credores intervenientes, na medida do montante dos seus créditos e do grau de preferência que a garantia lhes confere, o que é alcançado pelo produto da venda judicial da coisa penhorada⁶⁸³. Por isso, a resposta à nossa interrogação é negativa. A penhora pode incidir sobre um bem objecto de garantia de um terceiro, logo de um direito de retenção. Vejamos.

⁶⁷⁸ No mesmo sentido, v. o ac. da RE, de 02/06/09, *CJ*, Ano 34, T. III, 2009, p.258. *Ex adverso*, v. o ac. do STJ de 10/01/08, já referido.

⁶⁷⁹ V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Acção...*, *cit.*, p.208.

⁶⁸⁰ Art.342.º, n.º 1 do CPC/13

⁶⁸¹ Acção declarativa que corre por apenso à execução (arts.353.º e ss do CPC/61 e art.344.º do CPC/13)

⁶⁸² Art.347.º do CPC/13

⁶⁸³ Arts.817.º e 824.º do CC e arts.872.º e ss do CPC (art.795.º e ss do CPC/13)

Em primeiro lugar, o direito de retenção não torna a coisa impenhorável. Em segundo lugar, entendemos que a perda involuntária ou forçada da detenção da coisa não causa a extinção da garantia⁶⁸⁴, nos termos do art.761.º. Assim sendo, a penhora e subsequente apreensão da *res* não extingue a *retentio* do terceiro. Em terceiro lugar, o n.º 2 do art.824.º do CC estatui que os bens são transmitidos livres dos direitos de garantia que os oneram e o n.º 3 estabelece que os direitos de terceiro caducam com a venda judicial e transferem-se para o produto da venda.

Para além de compatíveis com o direito de retenção, a penhora e apreensão da coisa objecto da garantia permitem a sua realização. Note-se que a intervenção de terceiros na execução a título de reclamantes visa, justamente, a conservação da garantia real de que são titulares e, conseqüentemente, a satisfação dos seus créditos de acordo com a preferência que a garantia lhes concede⁶⁸⁵. A reclamação de créditos por terceiros à execução é uma *conditio sine qua non* para a satisfação das pretensões creditícias subjacentes às suas garantias.

O retentor não pode deduzir embargos de terceiros⁶⁸⁶ mas *deve* reclamar o seu crédito após a citação ou até por reclamação espontânea^{687/688}. Existe um verdadeiro *onus* de reclamação⁶⁸⁹, uma vez que apenas quem reclamou o seu crédito poderá igualmente pretender a satisfação do interesse patrimonial subjacente, de acordo com a preferência do direito real.

Nesta linha, concordamos com L. Miguel Mesquita, no sentido de que os embargos de terceiros deduzidos com base num direito de retenção devem ser indeferidos *in limine*⁶⁹⁰.

Quais as consequências da falta de reclamação do retentor? A resposta dependerá de vários factores.

⁶⁸⁴ V. *supra* 3.1, I.

⁶⁸⁵ Art.873.º, n.º 2 do CPC (Art.796.º, n.º 2 do CPC/13)

⁶⁸⁶ V. VARELA, ANTUNES, em *Anotação ao Ac. do STJ, de 25/02/86, RLJ, cit.*, p.351, MARTINEZ, PEDRO ROMANO e PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias...*, *cit.*, p.232, ressaltando o caso de verdadeira posse do promitente-comprador e CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES, «O Direito...», *cit.*, p.230. V. tb. o ac. da RC de 24/11/09, relatado por Isaiás Pádua in www.dgsi.pt.

⁶⁸⁷ Art. 865.º, n.º 3 do CPC (art.788.º, n.º 3 do CPC)

⁶⁸⁸ V. ac. do STJ de 31/03/93, *CJ/STJ*, Ano 1, T. II, 1993, p.46, o ac. da RL de 19/01/95, *CJ*, Ano 20, T.I, 1995, p.93 e o ac. da RP de 23/03/89, *CJ*, Ano14, T. II, 1989, p.208.

⁶⁸⁹ V. MESQUITA, LUÍS MIGUEL DE ANDRADE, *Apreensão...*, *cit.*, p.160.

⁶⁹⁰ Art.354.º do CPC (art.345.º do CPC/13) e *id.*, p.163 e 172. V. os acs. da RL de 15/12/11, relatado por Conceição Saavedra e de 13/12/07, relatado por Salazar Casanova, ambos in www.dgsi.pt, e o ac. da RP de 15/10/04, relatado por Viriato Bernardo in www.dgsi.pt. Em sentido contrário, v. o ac. do STJ de 23/01/03, relatado por Duarte Soares in www.dgsi.pt, o ac. da RL de 15/12/94, *CJ*, Ano 19, T.V, 1994, p.132 e o ac. da RP de 11/05/06, relatado por Ataíde das Neves in www.dgsi.pt

Se o retentor for citado mas não reclamar, o seu crédito não será subsequentemente graduado⁶⁹¹ de acordo com o art.759.º, n.º 2, nem segundo qualquer preferência. A *communis opinio* aponta para a caducidade do direito de retenção pelo produto da venda⁶⁹², sendo que o crédito subsiste mas apenas poderá ser oposto ao devedor e enquanto credor comum⁶⁹³.

Se o retentor não for citado, viola-se principalmente o art.831.º⁶⁹⁴ ou, *cremos nós*, o art.864.º, n.º 3/b e 9⁶⁹⁵, quando existe registo provisório de aquisição⁶⁹⁶, ou ainda o seu n.º 10⁶⁹⁷. O n.º 11⁶⁹⁸ do último artigo atribui à falta de citação os efeitos da falta de citação do réu, pelo que poderá ser arguida a nulidade da falta de citação⁶⁹⁹.

De acordo com a segunda parte do art.864.º, n.º 11 do CPC e seguindo o pensamento de J. Calvão da Silva, se a coisa onerada pelo direito de retenção ainda não tiver sido vendida nem adjudicada, o juiz anula tudo o que foi processado anteriormente à citação omitida e ordena que se cumpram as normas a ela referentes. Após a citação realizada nesses termos, vale o dito *supra* consoante o retentor cumpra ou não o ónus de reclamação.

Se a coisa já tiver sido vendida ou adjudicada, estes actos não são suprimidos, quando o exequente não for o seu exclusivo beneficiário. Contudo, o retentor tem direito a ser indemnizado nos termos gerais pela pessoa incumbida da citação, e pelo exequente e credores pagos em vez dele, segundo as regras do enriquecimento sem causa⁷⁰⁰.

Ex adverso, A. Menezes Cordeiro⁷⁰¹ entende que, nos casos do art.755.º, n.º1/f, porque o promitente-comprador adquiriu pela *traditio rei* uma posse própria e legítima, em termos de direito de gozo da coisa, o direito de retenção visa a estabilidade da habitação. Ou seja, o promitente-adquirente não fica privado do uso da coisa como nos restantes casos de *retentio* porque a garantia visa, justamente, garanti-lhe a manutenção

⁶⁹¹ Art.868.º do CPC (art.791.º do CPC/13)

⁶⁹² V. o ac. da RE de 10/10/91, *CJ*, Ano 16, T.IV, 1991, p.312.

⁶⁹³ V. o ac. da RL de 16/12/03, relatado por Arnaldo Silva, *in* www.biblioteca.mj.pt

⁶⁹⁴ Art.747.º, n.º 2 do CPC/13

⁶⁹⁵ Art.786.º, n.º 1/b e 3 do CPC/13

⁶⁹⁶ Apesar de não ser um registo da garantia segundo o art.755.º, n.º 1/f, indicia as probabilidades do seu surgimento.

⁶⁹⁷ Art.786.º, n.º 4 do CPC/13

⁶⁹⁸ Art. 786.º, n.º 6 do CPC/13

⁶⁹⁹ Art.194.º do CPC (art.187.º do CPC/13)

⁷⁰⁰ V. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Sinal...*, *cit.*, p.196 a 199 e CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA, «Direito...», *cit.*, p.509 a 510.

⁷⁰¹ V. CORDEIRO, A. MENEZES, «Da Retenção...», *cit.*, p.553 e 562.

do gozo da *res*. Por isso, à luz da excepção prevista na segunda parte do n.º 2 do art.824.º do CC, o direito de retenção anterior à penhora sobrevive à venda executiva⁷⁰².

Se optássemos por esta orientação, teríamos de concluir pelo recebimento dos embargos de terceiros deduzidos pelo retentor, quando fundados no art.755.º, n.º 1/f, aliás reforçado pela remissão dos arts.758.º e 759.º, n.º 3 para o regime do penhor, logo para o art.670.º/a, que permite o uso das acções de defesa da posse, *inclusive* contra o próprio dono.

Ora, em concordância com a melhor doutrina e jurisprudência, entendemos que o direito de retenção do promitente-comprador não difere dos demais casos de direito de retenção, quanto aos poderes atribuídos. A partir do incumprimento definitivo e pelo nascimento do direito de retenção, o beneficiário da promessa deixa de ser titular de um direito de gozo e passa a agir com *animus retinendi*, isto é, em termos de um direito real de garantia⁷⁰³.

Contudo, há que levar em linha de conta que o dito *supra* implica a privação do gozo da coisa por parte do promitente-comprador durante o decorrer do processo executivo. Nesta óptica, somos confrontados com outra interrogação: não haverá um meio processual para evitar a perda abrupta do direito de gozo da coisa, no caso de aplicação do art.755.º, n.º 1/f?

Em coerência com o acima desenvolvido, concordamos com L. Miguel Mesquita quando sublinha a impossibilidade de, mais uma vez, pretender deduzir embargos de terceiros⁷⁰⁴ para manter a detenção da coisa até ao termo do processo executivo⁷⁰⁵. Contudo, o retentor poderá, ou melhor, *deverá* ser constituído depositário da coisa penhorada, à luz do art.839.º, n.º 1/c do CPC⁷⁰⁶. Cremos que a *ratio* da norma incide, principalmente, na necessidade de tutela do promitente-comprador⁷⁰⁷ que, pela penhora, fica repentinamente sem casa, devendo encontrar uma nova habitação quando já pagou grande parte do preço da que foi objecto do acto executivo. Acresce que, terá certamente contraído um empréstimo para pagar a soma antecipadamente entregue, pelo que as oportunidades de contrair um novo tornam-se consideravelmente diminutas.

⁷⁰² No mesmo sentido, v. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade...*, *cit.*, p.118.

⁷⁰³ Para mais desenvolvimentos, remetemos para o dito *supra* na nota 506. Acerca da natureza da posse no direito de retenção, v. *supra* 3.1, I. V. tb o ac. do STJ, de 12/03/09, *CJ/STJ*, Ano 17, T.I, 2009, p.136 e o ac. da RC de 15/01/13, relatado por Henrique Antunes in www.dgsi.pt

⁷⁰⁴ Com um possível apoio na segunda parte do art.356.º do CPC (art.347.º do CPC/13)

⁷⁰⁵ V. MESQUITA, LUÍS MIGUEL, *Apreensão...*, *cit.*, p.176.

⁷⁰⁶ Art.756.º, n.º 1/c do CPC/13

⁷⁰⁷ V. GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO, «Temas...», *cit.*, p.289 a 291.

Pensemos na época de crise financeira que atravessamos e no comportamento retractor dos bancos relativamente à concessão de crédito à habitação.

O presente exposto serve para afirmar a necessidade de transpor para o processo executivo, uma preocupação pelas fragilidades da situação patrimonial do retentor, em articulação com o seu direito fundamental à habitação, o que julgamos estar reflectido no art.839.º, n.º 1/c do CPC.

Anote-se uma particularidade do pensamento de G. órfão Gonçalves. O último artigo citado exige que estejamos num caso de direito de retenção por força de um incumprimento contratual, *judicialmente verificado*. Sobre este assunto, o A. entende que a norma se aplicará no seu sentido literal apenas quando não existir um registo provisório de aquisição, pois neste caso não se justifica esperar por uma decisão judicial de reconhecimento da garantia quando o registo apresenta de forma clara e transparente a situação.

Pela nossa parte, e sem prejuízo do elevado mérito da reflexão do A., não consideramos que a diferenciação de regimes consoante haja ou não registo provisório, seja verdadeiramente fundamental. Como sabemos, se a execução não for movida pelo retentor, ele terá sempre de reclamar o seu crédito, exigindo-se um título executivo, regra geral, uma sentença condenatória. Por isso, parece-nos que raríssimos serão os casos em que, numa fase executiva, a decisão judicial não é necessária à realização do crédito com a preferência dada pelo art.759.º, n.º 2.

Olhemos, doravante, para a situação material do depositário judicial. O art.843.º, n.º 1 do CPC⁷⁰⁸ dita a vinculação do sujeito aos deveres gerais de qualquer depositário, nomeadamente ao dever de guardar e não *usar* a coisa, segundo os arts.1187.º e 1189.º do CC. Além disso, a lei processual civil sujeita-o a deveres especiais, como o dever de administrar a *res* com a diligência e zelo de um bom pai de família e o dever de prestar contas, relativamente a despesas feitas com a guarda e conservação da coisa⁷⁰⁹. Note-se a estreita aproximação entre os deveres do depositário e os deveres gerais de um qualquer retentor, à luz dos arts.758.º, 759.º, n.º 3 e 670.º/a e /b do CC. Via de regra, os actos de administração do depositário compreendem os de conservação e frutificação normal, excluindo os de melhoramento ou de frutificação anormal⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ Art.760.º, n.º 1 do CPC/13

⁷⁰⁹ Art.1023.º do CPC (art.952.º do CPC/13)

⁷¹⁰ V. NETO, ABÍLIO, *Código de Processo Civil Anotado*, 23ª ed. actual., Lisboa, Ediforum, 2011, p.1294.

A lei processual determina, ainda, a posse efectiva da coisa a favor do depositário⁷¹¹ e prevê a intervenção do juiz por falta de acordo entre o exequente e executado acerca da forma de exploração da coisa depositada, após ter *ouvido o depositário* e ter procedido às *diligências necessárias*⁷¹².

Em nosso entender, no específico caso de aplicação do art.755.º, n.º1/f, e enquanto depositário, o retentor poderá fruir da *res*, no sentido de habitar o prédio ou fracção autónoma dele, até à extinção do processo executivo. Esta afirmação não contradiz o *supra* referido acerca da proibição genérica de uso da coisa retida pelo promitente-comprador a título de direito de retenção. Continuamos a entender que, regra geral, o direito de retenção não confere o poder de usar a *res*, pelo que não é a garantia real que lhe concede essa faculdade, mas sim a especial posição por ele assumida na execução. Se um sujeito fica depositário de um imóvel no qual exerceu, até então, um direito pessoal de gozo, será possível o mesmo passar a guardar e administrar a coisa sem fruir dela?

Em nossa opinião e recordando o difícil contexto financeiro em que se encontra o promitente-comprador, a al.c. do n.º 1 do art.839.º do CPC conjugada com o art.755.º, n.º 1/f do CC, pretende legitimar o gozo da coisa detida e *retida* pelo depositário até ao termo da execução. Porque o direito pessoal de gozo se extinguiu ao surgir o direito real de garantia, e porque a retenção não será oponível após a venda judicial, tendo obrigatoriamente de entregar a coisa findo o processo executivo, o legislador evita, pela via processual, que o sujeito seja abruptamente privado do imóvel que lhe servia de habitação⁷¹³. Esta tutela processual do retentor não perturba os interesses do exequente e demais credores, uma vez que o depositário está sujeito aos deveres acima expostos.

Em suma, parece-nos que as al.a., b. e c. do art.839.º, n.º 1 do CPC⁷¹⁴ visam um mesmo fim: a continuação do gozo do imóvel pelo depositário, em correlação com a tutela do direito fundamental à habitação⁷¹⁵.

Para prevenir intuitos fraudulentos entre o promitente-comprador e o promitente-vendedor, consideramos que esse uso legalmente permitido deveria ser deduzido do crédito indemnizatório do retentor. Com efeito, o uso assume um determinado valor

⁷¹¹ Art.840.º, n.º 1 (art.757.º do CPC/13)

⁷¹² Art.843.º, n.º 2

⁷¹³ Ou ainda para fins profissionais ou comerciais.

⁷¹⁴ Art.756.º, n.º 1/a, /b e /c do CPC/13

⁷¹⁵ Lembramos tb. que a al.b. do art.839.º, n.º 1 do CPC é extensível ao comodatário, v. NETO, ABÍLIO, *Código de Processo Civil Anotado, cit.*, p.1291.

económico que cremos dever ser tido em consideração na satisfação do retentor, em sede executiva.

Independentemente da quantia já entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, o crédito garantido pela retenção visa ressarcir o dano pelo não cumprimento do *pactum de contrahendo*. Ora, até ao termo da execução, o gozo legítimo do imóvel penhorado é exercido em termos intimamente próximos ao do efectivo titular do direito. Portanto, durante a execução e até à venda judicial da *res*, a frustração da expectativa de aquisição do retentor é, pouco a pouco, *compensada* na medida do valor e duração do gozo da mesma. Se ignorarmos esta situação, propiciamos um reforço *quantitativo* da posição do retentor e conseqüente enriquecimento sem causa à custa dos demais credores do devedor, uma vez que, para além do gozo *gratuito* da coisa até à execução, o retentor terá um crédito indemnizatório satisfeito com prioridade sobre uma hipoteca anteriormente registada, relativo a um dano, cuja progressiva atenuação não é contabilizada⁷¹⁶.

Em nossa opinião, esta situação deve ser objecto de consideração pelo juiz quando, ao abrigo do n.º 2 do art.843.º do CPC⁷¹⁷, determina *os termos* da exploração da coisa penhorada. Mais concretamente, quando o sujeito é retentor nos termos do art.755.º, n.º1/f, ora como exequente, ora como credor reclamante, a sua posição deverá ser tratada de forma materialmente análoga à situação do arrendatário.

Nesta óptica, cremos que o juiz poderá determinar uma renda a pagar pelo retentor e correspondente ao valor do uso do imóvel durante o depósito judicial. Contudo, apesar de surgir a obrigação de pagamento da renda, entendemos não ser adequado exigir o seu cumprimento durante a execução, por isso, o montante das rendas não deverá ser objecto de depósito numa instituição de crédito à ordem do agente de execução ou a realizar por um oficial de justiça⁷¹⁸. De facto, não seria coerente exigir o vencimento imediato de uma renda tal como um autêntico arrendatário, na medida em que, neste ponto, a posição do retentor é materialmente distinta. Julgamos que a norma não visa bloquear novos investimentos imobiliários por força de uma renda correspondente àquela situação transitória, mas pretende assegurar uma habitação ao

⁷¹⁶ Pretendendo evitar similar resultado, o art.2103-A do CC permite que o cônjuge sobrevivente tenha direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada de família e no direito de uso do recheio mas ressalva o dever de compensar os co-herdeiros, se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e da meação (se existir).

⁷¹⁷ Art.760.º, n.º 2 do CPC/13

⁷¹⁸ Art.839.º, n.º 3 do CPC (Art.756.º, n.º 3 do CPC/13)

retentor defraudado nas suas fortes expectativas de aquisição durante um tempo razoável para encontrar um novo imóvel.

Por conseguinte, julgamos que o valor do uso da *res*, reflectido na obrigação de pagamento de uma renda, deverá ser imputado no valor do crédito a satisfazer com o produto da venda, aquando do pagamento dos credores⁷¹⁹, operando-se uma compensação parcial ou total dos créditos recíprocos do executado e do retentor – credor exequente ou reclamante.

Com estas considerações, reconhecemos, em certa medida, a formação de um direito de retenção, por vezes designado de *irregular ou anómalo*⁷²⁰, permitindo-se o uso da coisa retida, de modo a *compensar* o valor do crédito do retentor^{721/722}.

Na situação sob apreciação, a compensação operaria em termos jurídico-processuais e por decisão judicial⁷²³, com base no valor da(s) renda(s) a determinar no início do depósito. Anotamos a excepcionalidade da mencionada compensação, uma vez que a consideramos apenas aplicável quando o depositário é retentor nos termos do art.755.º, n.º 1/f.

Para assegurar um valor de uso actual, cremos que o valor da renda deverá ter por referência o valor do imóvel aquando da constituição do depositário, podendo fazer uso das percentagens previstas no art.13.º do CIMT⁷²⁴.

À luz de todo o exposto e de modo a garantir a segurança e certeza na realização do Direito, propomos, no plano do Direito a constituir, uma possível nova redacção do art.839.º do CPC/61, ou melhor, do art.756.º do novo CPC, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26/06, que entrará em vigor no dia 01/09/13⁷²⁵.

⁷¹⁹ Arts.872.º e ss do CPC (arts.795.º e ss do CPC/13)

⁷²⁰ Por contraposição ao direito de retenção *puro ou regular*.

⁷²¹ V. GOMES, JÚLIO, «Do Direito...», *cit.*, p.20 e SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito...*, *cit.*, p.401 a 406.

⁷²² Recordamos que a compensação consiste num modo de extinção da obrigação, previsto nos arts.847.º e ss do CC.

⁷²³ Não por opção do retentor.

⁷²⁴ O artigo estatui acerca da determinação do valor tributável do IMT, obtendo-se, segundo a al.a. e b., o valor actual do uso e da habitação. V. a propósito da determinação do direito de habitação do cônjuge sobrevivente, concedido pelo art.2103-A.º do CC, o ac. da RP de 12/01/2006 in www.dgsi.pt

⁷²⁵ O novo CPC não procede a alterações de conteúdo sobre este assunto. A letra da lei continua idêntica, alterando-se unicamente a numeração da norma.

Assim, acrescentar-se-iam os números 4 e 5 ao artigo sobre a constituição de depositário judicial, que assumiria a seguinte roupagem exterior:

Depositário

1 – *É constituído depositário dos bens o agente de execução [...] salvo se [...]*⁷²⁶:

a) [...]

b) [...]

c) *O bem ser objecto de direito de retenção, em consequência de incumprimento contratual judicialmente verificado, caso em que é depositário o retentor.*

2 – [...]

3 – [...] *as rendas em dinheiro são depositadas em instituição de crédito, à ordem do agente de execução ou, nos casos em que as diligências de execução são realizadas por oficial de justiça, da secretaria, à medida que se vençam ou se cobrem.*

4 – No caso da alínea c) do n.º 1, o depositário que seja retentor nos termos do art.755.º, n.º 1/f do Código Civil, é considerado arrendatário, devendo o juiz fixar uma renda com referência ao valor actual do imóvel.

5 – Para efeitos do número anterior, não se aplica o n.º 3 e as quantias devidas a título de renda serão imputadas no valor do crédito garantido aquando do seu pagamento.

Pela compensação judicial, conseguimos preservar a possibilidade de fruição da coisa pelo retentor durante o tempo necessário para recompor a sua situação patrimonial⁷²⁷, mas abatendo o valor dessa fruição aquando do pagamento do crédito garantido. Previnem-se, igualmente, acordos simulatórios entre o promitente-comprador e o promitente-vendedor, uma vez que todo o gozo da coisa exercido até à venda judicial é contabilizado, o que, *a contrario* do possivelmente pretendido entre aqueles sujeitos, aumenta as *chances* de satisfação do credor hipotecário.

⁷²⁶ Em itálico são referidas as partes que se mantêm inalteradas, em relação ao Direito constituído. Restam os n.º 4 e 5, propostos *de iure condendo*.

⁷²⁷ Note-se a possibilidade de o promitente-comprador requerer a adjudicação do imóvel, segundo o art.875.º do CPC (art.799.º e ss do CPC/13), ou de propor a sua aquisição em carta fechada, nos termos dos arts.889.º e ss do CPC (art.816.º e ss do CPC/13).

Neste lugar da nossa investigação, visámos essencialmente minorar o peso da preferência absoluta sobre o credor hipotecário que cumpriu todas as regras geralmente necessárias para afirmar a oponibilidade *erga omnes* da sua garantia, com o direito de preferência inerente. Não obstante considerarmos preferível a interpretação tradicional do art.759.º, n.º 2, pensamos que, através dos mecanismos jurídico-processuais *supra* desenvolvidos, é consideravelmente atenuado o sacrifício do credor hipotecário. Nesta óptica, julgamos ter atingido o equilíbrio de interesses debatidos.

APRECIACÃO FINAL

Desde o começo da nossa investigação, manifestámos uma vontade de construir uma solução justa no seio de vários conflitos de direitos reais que decidimos desenvolver em cada lugar próprio. Sublinhámos igualmente, a nossa preocupação em obter os conhecimentos necessários para que a resposta encontrada fosse solidamente apoiada numa informação esclarecida, o que justificou o estudo primeiramente realizado em torno da teoria geral do instituto.

Atendendo à finalidade traçada, em cada conflito apresentado foi necessário tomar posição, com respeito pelo fundamento do *ius retentionis*: a equidade.

Vejamos, laconicamente, as nossas considerações, modestamente referidas, em geral, no tocante ao conflito entre o direito de retenção e o titular de um direito real de gozo sobre a mesma *res* e, em especial, no contrato de subempreitada e no contrato-promessa.

No que diz respeito ao conflito entre o direito de propriedade do terceiro – originário dono da obra e a *retenção* exercida pelo subempreiteiro, pronunciámo-nos no sentido de reconhecer um autêntico direito real de retenção a este, oponível àquele, nos mesmo termos que o admitimos para o empreiteiro, ou seja, segundo os pressupostos do art.754.º. Considerámos e comprovámos que o crédito garantido emerge de despesas realizadas pelo subempreiteiro com a coisa, implicativas de uma mais-valia na *res*, correspondente ao seu sacrifício patrimonial que é necessário reequilibrar.

De forma a garantir a boa execução dos contratos de empreitada e subempreitada, em articulação com um potencial direito de retenção a favor do empreiteiro e do subempreiteiro, reconhecemos a possibilidade de o subempreiteiro demandar directamente o dono da obra para efectuar o pagamento do preço da subempreitada, ou seja, admitimos uma acção directa do subempreiteiro contra o dono da obra.

De iure condendo, julgámos adequada a consagração legal de um artigo novo, seguidamente ao art.1213.º, com uma redacção semelhante ao antigo art.267.º do RJEOP.

Com isto, pensamos ter alcançado uma solução de equilíbrio neste conflito de direitos reais, com especial atenção ao jogo de interesses entre o dono da obra, o empreiteiro e o subempreiteiro.

No conflito entre o direito de propriedade de terceiro, adquirido segundo as regras do CC, e o direito de retenção do promitente-adquirente, *accipiens* da *res*, defendemos a protecção pré-tabular, como uma proposta preventiva do incumprimento do *tradens*.

Na linha de pensamento de Mónica Jardim, reconhecemos os efeitos substantivos do registo provisório de aquisição com base no contrato-promessa, perante actos posteriores de disposição do titular registal, incompatíveis com a reserva de lugar do beneficiário daquele registo. Reconhecemos a oponibilidade do direito de retenção do promitente-adquirente ao terceiro adquirente da mesma *res*, como manifestação do poder de seguimento da coisa, onde quer que ela se encontre. Quando haja um registo provisório de aquisição com base no contrato-promessa, o direito do terceiro é ineficaz perante o beneficiário daquele registo que, convertido em definitivo causa a perda do direito do terceiro.

Também neste âmbito cremos ter encontrado uma resposta justa, uma vez que a protecção pré-tabular visa, neste contexto, diminuir os riscos de incumprimentos do *tradens* da *res*, implicativos de um direito de retenção perturbador do livre exercício do direito de propriedade, adquirido por um terceiro, alheio à relação emergente da promessa anteriormente concluída por quem lhe transmitiu o direito real sobre a mesma *res*. Pelo registo provisório é dado a conhecer ao público a situação registal do prédio ou fracção autónoma dele, podendo, o terceiro interessado na sua aquisição, precaver-se da estabilidade dos efeitos do registo provisório alcançada pela sua conversão em definitivo, ou ainda, podendo antever o impacto negativo de um direito legal de retenção, possivelmente emergente do incumprimento definitivo daquele contrato-promessa e consequente caducidade ou cancelamento do registo provisório, sem conversão em definitivo. Acresce que, segundo a nossa convicção, os efeitos substantivos do registo provisório apenas se deveriam verificar quando houvesse tradição da coisa prometida vender.

De acordo com este pensamento, apresentámos, *de iure condendo*, novas possíveis redacções dos arts.92.º e 6.º do CRPred, e entendemos ser preferível a revogação do n.º 4, do art.47.º do mesmo diploma.

Vejamos, doravante, as nossas considerações no tocante à colisão, em geral, entre um direito de retenção e outro direito real de garantia de terceiro e, em especial, entre a *retentio* do promitente-adquirente e uma hipoteca anteriormente registada.

A nossa tomada de posição desenvolveu-se em dois momentos. Num primeiro momento, recusámos, fundamentadamente, as propostas restritivas ou alternativas à tradicional interpretação do art.759.º, n.º 2, afirmando a justeza do preceito. Entendemos que, devem ser primeiramente salvaguardados os interesses do promitente fiel, defraudado nas suas fortes expectativas de aquisição. Conscientes das fragilidades deste sujeito e, com respeito pelo direito fundamental à habitação, cremos que o direito de retenção do, até então, titular de um direito de gozo sobre o imóvel, deve prevalecer sobre uma garantia hipotecária, mesmo que anteriormente constituída.

Enfim, nas palavras de I. Galvão Telles, não pode aceitar-se que uma instituição de crédito conceda um crédito a um sujeito – empreiteiro, despreocupado com as suas condições de solvabilidade e com a efectiva aplicação do empréstimo, mas venha, em momento posterior, invocar a fragilidade da sua posição, em sede executiva, porque o direito de retenção de um credor do mutuário prevalece sobre a sua hipoteca anteriormente constituída⁷²⁸. De forma a evitar esta situação, as instituições de crédito, conhecedoras da lei, logo dos arts.754.º e ss, devem acautelar os seus interesses, recorrendo, tal como nos apresentava A. Luís Gonçalves, a especiais técnicas negociais aquando da concessão do crédito, nomeadamente na selecção dos mutuários e nas condições do contrato de mútuo bancário.

Num segundo momento, e após termos evidenciados quais as situações em que consideramos aplicável a preferência absoluta, defendemos uma protecção jurídico-processual do credor hipotecário, para evitar a retracção da actuação dos agentes económicos, em especial no mercado imobiliário. Importa proteger quem se revela à partida mais frágil, tornando essa mesma tutela *compatível com uma livre e confiante concessão de crédito*⁷²⁹.

Assim e seguindo de perto a argumentação de J. Lebre de Freitas, demonstrámos a inoponibilidade ao credor hipotecário, do caso julgado de uma decisão judicial acerca do direito de retenção, intentada pelo promitente-comprador. Com isto, permite-se ao credor hipotecário impugnar os factos constitutivos do direito de retenção, judicialmente

⁷²⁸ V. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, «O Direito..., cit., p.33. V. tb CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Direito..., cit., p.22.

⁷²⁹ V. GONÇALVES, A. LUÍS, «À volta..., cit., p.334.

reconhecido, e do crédito por ele alegadamente garantido, numa acção de verificação de créditos, apensa ao processo executivo, instaurado pelo retentor, pelo credor hipotecário ou qualquer outro credor do executado.

Cremos, também, que os embargos de terceiros deduzidos como meio de oposição à penhora da coisa retida, devem ser indeferidos *in limine*. Para que o sujeito seja satisfeito no seu crédito indemnizatório, com a preferência concedida pelo art.759.º, n.º2, deverá reclamar o seu crédito, sob pena de caducidade da garantia real após a venda da *res* objecto da garantia, subsistindo apenas o crédito agora comum, contra o seu devedor.

De modo a evitar a perda abrupta do gozo da *res* pelo promitente-adquirente, lembramos a possibilidade de ser constituído depositário da mesma, durante o decorrer do processo executivo, ao abrigo do art.839.º, n.º 1/c do CPC⁷³⁰. Nesta linha e no específico caso de aplicação do art.755.º, n.º1/f, afirmámos a necessidade de transpor para o processo executivo, uma preocupação pelas fragilidades da situação patrimonial do retentor, no sentido de que, enquanto depositário, o retentor pode fruir da *res* até à extinção da execução.

Contudo, cremos que este gozo deveria ser deduzido do crédito indemnizatório do retentor, aquando do seu pagamento. Pelo que, o juiz poderia, ao abrigo do art.843.º, n.º 2 do CPC⁷³¹, determinar os termos da exploração da coisa penhorada, tratando a posição do retentor-depositário como materialmente análoga à situação do arrendatário. Nesta óptica, o juiz poderia determinar uma renda correspondente ao valor do uso do imóvel, a *compensar* judicialmente aquando do pagamento do crédito indemnizatório.

À luz do exposto, propomos, humildemente, a alteração ao art.839.º do CPC/61, ou melhor, ao art.756.º do CPC/13, que entrará em vigor no dia 01/09/2013, referente ao depositário, acrescentando-se os números 4 e 5.

A compensação judicial permite alcançar a solução de equilíbrio pretendida neste ponto. Isto é, apesar de o retentor gozar de preferência no pagamento frente ao credor hipotecário, este último beneficia de um conjunto de instrumentos do Direito processual civil, capazes de atenuar os efeitos negativos dessa preferência, *inclusive* uma imputação do gozo da coisa, exercido durante o processo executivo pelo promitente-adquirente, no valor do crédito a ser pago pelo valor da coisa. Esta

⁷³⁰ Art. 756.º, n.º 1/c do CPC/13

⁷³¹ Art.760.º, n.º 2 do CPC/13

imputação evita um reforço quantitativo da posição do retentor, à custa dos demais credores do executado.

Gostaríamos de sublinhar uma última nota, respeitante ao regime das OH. Parece-nos que, neste aspecto, tanto o legislador como a nossa doutrina, preferiram a protecção de terceiros que apostam num mercado especulativo, em detrimento de uma tutela forte de outros terceiros, muitas vezes particulares, que aplicam as suas poupanças no mercado real, com fins habitacionais, profissionais e comerciais. Evidentemente, cumpre ao Direito proporcionar instrumentos que permitam uma dinâmica actividade financeira, enquanto factor de dinamização da economia.

No entanto, o regime das OH incide num mercado particularmente sensível, onde muitas vezes encontramos, no início da cadeia de garantias das mesmas, uma hipoteca que reforça um crédito para a construção de um prédio, cuja fracção autónoma foi, após a concessão do crédito garantido por hipoteca, prometida vender a um particular para a sua habitação, tendo legitimamente gozado dela, até então. Este contexto é tanto mais importante, atendendo à crise económico-financeira global iniciada em Agosto de 2007.

Por isso, manifestámos a nossa preferência pela publicidade registal das OH, isto é, pela repristinação dos n.º 3 e 4 do art.6.º do DL n.º125/90.

Em jeito conclusivo, não temos dúvidas de que o direito de retenção *gèle la chose et gêne tout le monde*⁷³², e acreditamos ter conseguido minorar essa perturbação em face de terceiros, cujos interesses são igualmente relevantes e merecedores de tutela do Direito. Após um revisitar dos termos de oponibilidade do *ius retentionis* e da posição de terceiros, confrontando o nosso estudo com uma pluralidade de situações jurídicas específicas, pensamos ter alcançado um quadro protector e harmonizador do jogo de interesses representado pelos diferentes conflitos de direitos reais expostos. Assumimos que muitas outras situações restam para tratar e esperemos, num outro momento, voltar ao assunto, a fim de continuar a percorrer e aprofundar o *iter reflexivo* traçado nesta investigação.

⁷³² V. AYNES, LAURENT e CROCQ, PIERRE, *Les Sûretés....,cit.*, p.177.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

A. LIVROS E REVISTAS:

ABREU, CARLOS PEREIRA DE – *O Direito de Retenção como Garantia Imobiliária das Obrigações*, 2ª edição, Porto, Elcla, D.L. 2001.

ALARCÃO, RUI – *Direito das Obrigações*, Luanda, Ler e Escrever, 1999.

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE – *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1966.

ARANGIO-RUIZ, VINCENZO – *Cours de Droit Romain: Les actions*, Napoli, Jovene Editore, 1980.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA – *Direito Civil: Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, Reimp. da 5ª ed., 2012.

– *Direitos Reais*, Lisboa, Almedina, 1978.

AYNES, AUGUSTIN – *Le Droit de Réention: Unité ou Pluralité*, Paris, Economica, 2005.

AYNES, LAURENT e CROCQ, PIERRE – *Les Sûretés La Publicité Foncière*, Paris, Defrénois, 2003.

BARBA, ANGELO – «Ritenzione (dir. priv.)», *ED*, vol.XL, Guioffrè Editore, 1989.

BRITO, CLÁUDIA – «Uma Questão Prática do Contrato de Subempreitada: a Acção Directa e suas Implicações», *RJ/ UP*, n.º 11, 2003.

CALERO, J. GOMEZ – «El Derecho de «Retener en Prenda» del Artículo 1.600 del Código Civil y su Problemática Respecto de los Vehículos de Motor», *RDPPriv*, T. L, 1966.

CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES – «O Direito Português da Hipoteca», *BFD*, vol. LXXXV, 2009.

– *Da Hipoteca, Caracterização, Constituição e Efeitos*, Coimbra, Almedina, Reimp. ed. de 2003.

CAPITÁN, EVA JORDÀ – «El Derecho de Retención: su Situación Legislativa en el Sistema Español de Garantías. Especial Referencia a su Constitución y Eventual Oposición Judicial», *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

CARVALHO, ORLANDO DE – «Terceiros para Efeitos de Registo», *BFD*, vol.LXX, 1994.

– «Introdução à Posse», *RLJ*, n.º 3780 e n.º 3781, Ano 122,1989.

– *Direito das Coisas*, Coimbra, Coleção Perspectiva Jurídica/Universidade, 1977.

CASTANHEIRA, SÉRGIO NUNO COIMBRA – «Direito de Retenção do Promitente-Adquirente, o Beneficiário da Promessa de Transmissão de um Direito Real de Habitação Periódica», *Garantias das Obrigações: Publicação dos Trabalhos do Mestrado*, Coimbra, Almedina, 2007.

CORDEIRO, A. MENEZES – «Da Retenção do Promitente na Venda Executiva», *ROA*, Ano 57, 1997.

– *Direitos Reais*, Reimp. de 1979, Lisboa, Lex, 1993.

– «O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa (Comentário às alterações introduzidas no Código Civil pelo Dec.-Lei 379/86, de 11 de Novembro)», *CJ*, Ano XII, T.II, 1987.

– «O Novo Regime do Contrato-Promessa (Comentário às alterações aparentemente introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, ao Código Civil)», *BMJ*, n.º 306, 1981.

– *Direito das Obrigações*, vol.I., Lisboa, ed. da AAFDL, 1980.

CORREIA, A. FERRER – *Estudos Jurídicos*, vol.II, Coimbra, Atlântida Editora, 1969.

CORREIA, FERRER e RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA – «Direito de Retenção», *CJ*, Ano 13, 1988.

COSTA, M. J. DE ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

– *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Actual*, 5ª ed., rev. e actual., Coimbra, Almedina, 1998.

COSTA, SALVADOR DA – *O Concurso de Credores: Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

– *O Concurso de Credores*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.

CROCQ, PIERRE – «Sûretés et Publicité Foncière», *RTDciv*, n.º 2, 2004.

D'AVANZO, WALTER – «Ritenzione (Diritto di)», *Noviss. Dig. It.*, vol.XVI, 3ª ed., 1957.

DUARTE, RUI PINTO – *Curso de Direitos Reais*, 2ª ed., rev. e aum., S. João do Estoril, Principia, 2007.

ESQUÍVEL, JOSÉ LUÍS – *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2002.

FARIA, JORGE RIBEIRO DE, «O Contrato-Promessa. Alguns Pontos do seu Regime», *Sciencia Iuridica*, T. L, 2001.

FERNANDES, L. CARVALHO – «Efeitos do registo da acção de execução específica do contrato-promessa», *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica de Lisboa, 1ª ed., 2001.

– «Da Subempreitada», *DJ*, vol.XII, T.I, 1998.

FONSECA, ANA MARIA TAVEIRA DA – «Publicidade Espontânea e Publicidade Provocada de Direitos Reais sobre Imóveis», *CDPriv.*, n.º 20, 2007.

FONSECA, MARIA HELENA DE LEMOS GARCIA DA – «Existência no Direito Português do Direito de Retenção como Instituto de Carácter Geral», *ROA*, Ano 10, 1950.

FRANÇA, MIGUEL ÂNGELO – «Direito de Retenção. (Algumas das) Suas Implicações na Acção Executiva», *RJ/UP*, n.º 11, 2003.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE – *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol.II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

– *A Acção Executiva*, 5ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

– «Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença», *ROA*, Ano 66, 2006.

– «A Transmissão do Direito à Indemnização por Benfeitorias e a Caducidade do Direito de Retenção pelo facto da Venda Executiva», *Themis*, n.º 13, Ano VII, 2006.

– *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

– «A Revisão do Código de Processo Civil e Processo Executivo», *O Direito*, Ano 131, 1999.

GIACOBBE, GIOVANNI – «Professioni intellettuali», *ED*, vol.XXXVI, Varese, Giuffrè Editore, 1987.

GIVERDON, CLAUDE e SALVAGE-GEREST, PASCALE – «Propriété et Droits Réels», *RTDciv.*, n.º2, 1986, 85^e Année.

GOMES, JÚLIO – «Do Direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)», *CDPriv.*, n.º 11, 2005.

GOMES, ORLANDO – *Contratos*, 18ª ed., Actualização de JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.

GONÇALVES, A. LUÍS – «O Direito de retenção e a sua aplicação aos contratos de promessa», *RDES*, Ano 30, 1988.

– «À volta do Contrato-Promessa», *RDES*, Ano 29, 1987.

GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO – «Temas da Acção Executiva», *Themis*, V.9, vol.2, 2004.

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA – *Tratado de Direito Civil*, vol.VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933.

– *Tratado de Direito Civil*, vol.V, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

– *Tratado de Direito Civil*, vol.IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931.

JARDIM, MÓNICA VANDERLEIA ALVES DE SOUSA – *Efeitos Substantivos do Registo Predial: Terceiros para Efeitos de Registo*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2013.

– *O Registo Provisório de Aquisição*, Comunicação feita na F.D.U.C., no Congresso de Direitos Reais, em 29/11/03 *in*

http://www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_registoprovisoriodeaquisicao.pdf

JORGE, FERNANDO PESSOA – *Direito das Obrigações*, ed. policopiada, 1975/76.

JUSTO, A. SANTOS – *Direitos Reais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

– *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

LEGEAIS, DOMINIQUE – *Sûretés et Garanties du Crédit*, 8ª ed., Paris, Lextenso éditions, 2011.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES – *Direitos Reais*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

– *Direito das Obrigações*, vol.I., 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.

LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4ª ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

– *Código Civil Anotado*, vol.II, 3ª ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1986.

MADALENO, CLÁUDIA – *A Vulnerabilidade das Garantias Reais: A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Direito de Arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MAROTTE, JULIEN – «Quelques Précisions quant aux Biens susceptibles de Réentions», *Recueil Dalloz* 2000, n.º 16.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *O Subcontrato*, Reimp. da ed. de 1989, Coimbra, Almedina, 2006.

– *Direito das Obrigações: Parte Especial: Contratos*, Reimp. 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

– *Contrato de Empreitada*, Coimbra, Almedina, 1994.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO e PONTE, PEDRO FUZETA DA – *Garantias de Cumprimento*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2006.

MATIAS, ARMINDO SARAIVA – «Obrigações Hipotecárias e Titularização de Créditos Hipotecários», *BFD*, vol.LXXXV, 2009.

MENDES, ARMINDO RIBEIRO – «Um novo instrumento financeiro – As obrigações hipotecárias», *Revista da Banca*, n.º 15, 1990.

MESQUITA, J. ANDRADE – *Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, Almedina, 1999.

MESQUITA, LUÍS MIGUEL DE ANDRADE – *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiros*, 2ª ed., rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2001.

MESQUITA, M. HENRIQUE – *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Reimp., Coimbra, Almedina, 1997.

MESSINEO, FRANCESCO – «Contratto derivato – Sub-contrato», *ED*, vol.X, Varese, Giuffrè Editore, 1962.

MEY, J. VIÑAS – «El Derecho de Retención», *RDPPriv*, T. IX, 1922.

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO – «Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor», *CDPriv*, n.º 29, 2010.

MOREIRA, GUILHERME ALVES – *Instituições do Direito Civil Português*, vol.II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925.

NARDI, ENZO – «Profilo Evolutivo della Ritenzione Romana», *Revista di Diritto Civile*, Anno III, Parte Prima, 1957.

NETO, ABÍLIO – *Código de Processo Civil Anotado*, 23ª ed. actual., Lisboa, Ediforum, 2011.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO e SERRA, CATARINA – «Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional», *ROA*, Ano 70, 2010.

PACHECO, ANTÓNIO FARIA CARNEIRO – *Do Direito de Retenção na Legislação Portuguesa*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1911.

PIEDELIEVRE, STEPHANE – *Droit des Sûretés*, Paris, Ellipses, 2008.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA – *Direitos Reais*, Compil. MOREIRA, ÁLVARO e FRAGA, CARLOS, Coimbra, Almedina, 2010.

– *Teoria Geral do Direito Civil*, por MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e PINTO, PAULO MOTA, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PIRES, MIGUEL LUCAS – *Dos Privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Coimbra, Almedina, 2004.

PRATA, ANA M. C. RODRIGUES – *Dicionário Jurídico*, vol.I, 5ª ed. actual. e aum., Coimbra, Almedina, 2010.

– *O Contrato-Promessa e o seu Regime Jurídico*, 2ª imp. da ed. de 1994, Coimbra, Almedina, 2006.

PROENÇA, J. C. BRANDÃO – «Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (máxime, com fim habitacional)», *CDPriv.* n.º 22, 2008.

SAMEIRO, PEDRO – «O direito de retenção e a situação do credor hipotecário», *Revista da Banca*, n.º 26, 1993.

SAPUILE, BELCHIOR DO ROSÁRIO LOYA E, *Do Direito de Retenção Elementos históricos e jurídico-comparatísticos: Algumas Questões Problemáticas*, Porto, Edições Ecopy, 2011.

SAVATIER, R. – «Rétention» in *Nouveau Dictionnaire Pratique de Droit*, T. II, Paris, Dalloz, 1933.

SCAPEL, CHRISTIAN – «Le Droit de Rétention en Droit Positif», *RTDciv.*, Année 1981.

SEQUEIRA, ELSA VAZ DE – *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2004.

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ – Anotação ao Ac. de 16/06/64, *RLJ*, Ano 98, n.º 3287, 1965.

– «Empreitada», *BMJ*, n.º 145, 1965.

– «Direito de Retenção», *Separata do BMJ*, n.º 65, Lisboa, 1957 e *BMJ*, n.º 65, 1957.

– «Privilégios», *BMJ*, n.º 64, 1957.

SEUBE, JEAN-BAPTISTE – *Droit des Sûretés*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 2012.

SILVA, ANTÓNIO DE MORAIS – *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol.IX, 10ª ed., Lisboa, Editorial Confluência, 1956.

– *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol.IV, 10ª ed., Lisboa, Editorial Confluência, 1952.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA – «Instituições de Crédito Hipotecário, Obrigações Hipotecárias e Obrigações sobre o sector público», *RLJ*, n.º 3975, Ano 141, 2012.

– *Cumprimento e Sanção pecuniária Compulsória*, Reimp. da 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2007.

– *Sinal e Contrato-Promessa*, 13ª ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2010.

– *Titul[ariz]ação de Créditos: Securitization*, 2ª ed. rev. e aum, Coimbra, Almedina, 2005.

– «Contrato-Promessa, Análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80», *BMJ*, n.º 349, 1985.

SILVA, JORGE ANDRADE DA – *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3ª ed., rev. e actual., Coimbra, Almedina, 2010.

SIMLER, PHILIPPE – «La Réforme du Droit des Sûretés Un Livre IV Nouveau du Code Civil», *JCP*, n.º 13, 2006.

SIMLER, PHILIPPE E DELEBECQUE, PHILIPPE – *Droit Civil Les Sûretés La Publicité Foncière*, 6ª ed, Paris, Dalloz, 2012.

SOARES, BLANDINA – *Código do Registo Predial Anotado (Com conclusões de Pareceres do Conselho Técnico e Informações do Departamento Jurídico, do IRN)*, Coimbra, Almedina, 2009.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

– «O Direito de Retenção no Contrato de Empreitada», *O Direito*, Anos 106 119, 1974/1987.

TUCCI, GIUSEPPE, «Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente», *Riv. Crit. Dir. Priv.*, Anno XV, 2, 1997.

VARELA, ANTUNES – *Das Obrigações em Geral*, vol.I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.

– *Das Obrigações em Geral*, vol.II. 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1991-1997.

– Anotação ao Ac. do STJ, de 25/02/86, *RLJ*, n.º 3812, Ano 124, 1992.

– *Sobre o contrato-promessa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2ª ed., 1989.

– «Emendas ao Regime do Contrato-Promessa», *RLJ*, Ano 119, 1986-1987, Ano 120, 1987-1988 e Ano 121. 1988-1989.

VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA – «Contrato-promessa e falência/insolvência – Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03», *CDPriv.*, n.º 24, 2008.

XAVIER, V. DA GAMA LOBO – «Contrato-Promessa: algumas notas sobre as alterações do Código Civil constantes do Dec.-Lei n.º236/80, de 18 de Julho», *RDES*, Ano 27, 1980.

B. PARECERES DO CONSELHO TÉCNICO DA DIRECÇÃO GERAL DOS REGISTO E DO NOTARIADO E RECURSOS HIERÁRQUICOS PARA O PRESIDENTE DO INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO

Parecer constante do Proc. n.º R.P. 19/2011 SJC-CT *in*
<http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2011/p-r-p-19-2011-sjc-ct/downloadFile/file/RP19-2011.pdf?nocache=1319709035.11>

Parecer constante do Proc. n.º R. P. 99/2010 SJC-CT *in*
<http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2010/p-r-p-99-2010-sjc-ct/downloadFile/file/ctrp099-2010.pdf?nocache=1318257898.28>

Recurso hierárquico para o presidente do Instituto dos Registos e Notariado, constante do Proc. R.P.327/2004 DJS, *in* <http://dejure.com.pt/pacheco/diplomas/prp327-2004.pdf>

Parecer constante do Proc. n.º R.P. 210/2001 DSJ–CT, *BRN* n.º 8/2002, II Caderno *in*
http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2002/brn-8-de-2002/downloadFile/attachedFile_1_f0/brn_pareceres_setemb02.pdf?nocache=1207763291.32

Parecer constante do Proc. n.º R.P. 146/98 DSJ-CT, *BRN* n.º 5/1999, II Caderno *in*
http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/pdf/1999-parte-2/downloadFile/attachedFile_4_f0/par_5_1999.pdf?nocache=1216390053.61

Parecer constante do Proc. n.º 101/96 R.P. 4, *BRN* n.º 7/1997, II Caderno *in*
http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/pdf/1997-parte-2/downloadFile/attachedFile_6_f0/par_7_1997.pdf?nocache=1216387013.04

C. LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E ESTRANGEIRA:

▪ Legislação Portuguesa

Lei n.º 41/2013, de 26/06 *in* <http://www.dre.pt>.

DL n.º 116/2008, de 04/07 *in* <http://www.dre.pt>.

DL n.º 18/2008, de 29/01 *in* <http://www.dre.pt>

Código de Valores Mobiliários, republicado pelo DL n.º 357-A/2007, de 31/10, com as últimas alterações introduzidas pelo DL n.º 18/2013, de 06/02 *in* <http://www.cmvn.pt>.

DL n.º 59/2006, de 20/03 *in* <http://www.cmvn.pt>.

Lei n.º 15/2005, de 26/01 *in* <http://www.oa.pt>.

Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18/03, com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2012, de 20/04 *in* <http://www.verbojuridico.com>.

Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, aprovado pelo DL n.º 287/2003, de 12/11 *in* <http://info.portaldasfinancas.gov.pt>.

Lei de autorização legislativa n.º 23/2002, de 21/08 *in* <http://www.igf.min-financas.pt>.

DL n.º 453/99, de 05/11, com as últimas alterações introduzidas pelo DL n.º 211-A/2008, de 03/11 *in* <http://www.cmvn.pt>.

DL n.º 59/99, de 02/03(RJEOP) *in* <http://www.inci.pt>.

DL n.º 201/98, de 10/07 *in* <http://www.dre.pt>

Decreto Regulamentar n.º 36/97, de 25/09 *in* <http://www.dre.pt>.

DL n.º 277/95, de 25/10 (Aprova o Código do Registo de Bens Imóveis) *in* <http://www.dre.pt>.

DL n.º 275/93, de 05/08, com as últimas alterações introduzidas pelo DL n.º 37/2011, de 10/03 *in* <http://www.pgdlisboa.pt>.

DL n.º 298/92, de 31/12 (RGICSF) com as últimas alterações introduzidas pelo DL n.º 18/2013, de 6 de Fevereiro *in* <http://www.bportugal.pt>.

DL n.º 125/90, de 16/04 *in* <http://www.dre.pt>.

DL n.º 379/86, de 11/11 *in* <http://www.dre.pt>.

Código de Registo Predial (CRPred), aprovado pelo DL n.º 224/84, de 06/07, republicado pelo DL n.º 533/99, de 11/12, com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2013, de 05/03 *in* <http://www.pgdlisboa.pt>.

DL n.º 236/80, de 18/07 *in* <http://www.dre.pt>.

Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25/11, com as últimas alterações introduzidas pela Lei n.º 23/2013, de 5/03 *in* <http://www.pgdlisboa.pt>.

Código de Processo Civil aprovado pelo DL n.º 44 129, de 28/12/61, com as últimas alterações da Lei n.º 29/2013, de 19/04 *in* <http://www.pgdlisboa.pt>.

Anteprojecto do Código Civil de 1966, *BMJ*, n.º 99, 1960.

Código Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, 6ª edição oficial, Lisboa, Imprensa Nacional, 1892.

- **Legislação estrangeira**

- * **Direito Macaense**

- Código Civil de Macau, aprovado pelo DL n.º39/99/M, de 02/08/99 e vigente desde o dia 01/11/99 *in* <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcivpt/>

- * **Direito Argentino**

- Código Civil da República Argentina, promulgado em 1869 e vigente desde 1871, *in* <http://www.codigocivilonline.com.ar/>

- * **Direito Suíço**

- Código Civil Suíço de 1907 *in* [http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_\(em_frances\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_suico_(em_frances).pdf)

- * **Direito Espanhol (Comum)**

- Lei n.º 40/2002, de 14/11 *in* <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22187>

- Lei Hipotecária Espanhola, segundo o Decreto de 08/02/1946, com a última actualização introduzidas em 28/12/12 *in* http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lh.html

- Código Civil Espanhol de 1889, com as últimas alterações introduzidas em 14/11/12 *in* <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

*** Direito da Comunidade Autónoma da Catalunha**

Lei n.º 29/2002, de 30/12/02 (*Primera Ley del Código Civil de Cataluña*), in

<http://legislacion.derecho.com/ley-29-2002-primera-ley-del-codigo-civil-de-cataluna>

Lei n.º 5/2006, de 10/05 (*Libro Quinto del Código Civil de Cataluña*) in

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-11130

Código Civil de Cataluña in <http://civil.udg.es/normacivil/cat/ccc/es/index.htm>

*** Direito Italiano**

Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza, a cura di Luciano Ciafardini, Fausto Izzo, 12ª edizione, Napoli, Esselibri-Simone, 2009.

*** Direito Alemão**

Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurz-Kommentare), 70., neubearbeitete Auflage, München, Beck, 2011.

Pfandbrief Act, de 22/05/05 in <http://dejure.org/gesetze/PfandBG>

KWG (Lei Bancária Alemã), na versão promulgada em 09/09/98 in <http://www.gesetze-im-internet.de/kredwg/~>

*** Direito Francês**

Code Civil, 110ª ed, Rédigée avec le concours de Guy Venandet, Paris, Dalloz, 2011.

Ordonnance 2006-346, de 23/03/06 in <http://www.legifrance.gouv.fr>.

Lei n.º 96-597, de 02/07/96 in <http://www.legifrance.gouv.fr>.

D. Fontes de Direito Comunitário

Directiva 2001/108/CE do PE e do Conselho, de 21/01/02 in <http://eur-lex.europa.eu>.

Directiva 85/611/CEE do Conselho, de 20/12/85 in <http://eur-lex.europa.eu>.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA:

▪ Tribunal Constitucional

Ac. n.º 359/05, de 06/07/05, *ATC*, vol.62, 2005.

Ac. n.º 356/04, de 19/05/04, *ATC*, vol.59, 2004.

Ac. n.º 594/03, de 03/12/03, *ATC*, vol.57, 2003.

Ac. n.º 374/03, de 15/07/03, *ATC*, vol.56, 2003.

▪ Supremo Tribunal de Justiça

Ac. de 12/03/13, relatado por Salazar Casanova *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 27/09/12, relatado por Fernando Bento *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 20/10/11, relatado por Tavares de Paiva *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 14/06/11, *CJ/STJ*, Ano 19, T.II, 2011.

Ac. de 10/05/11, relatado Gabriel Catarino *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 19/10/10, relatado por João Camilo *in* <http://biblioteca.mj.pt>.

Ac. de 07/10/10, *CJ/STJ*, Ano 18, T.III, 2010.

Ac. de 12/03/09, *CJ/STJ*, Ano 17, T.I, 2009.

Ac. de 27/11/08, *CJ/STJ*, Ano 16, T.III, 2008.

Ac. de 03/06/08, relatado por Cardoso de Albuquerque *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 10/01/08, relatado por Salvador da Costa *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 12/09/06, relatado por Faria Antunes *in* <http://biblioteca.mj.pt>.

Ac. de 11/07/06, relatado por Duarte Soares *in* <http://stj.vlex.pt/vid/-29200535>

Ac. de 14/02/06, relatado por João Camilo *in* <http://stj.vlex.pt/vid/-22594668>

Ac. de 11/10/05, *CJ/STJ*, Ano 13, T.III, 2005.

Ac. de 05/05/05, relatado por Ferreira de Almeida *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 27/05/04, *CJ/STJ*, Ano 12, T. II, 2004.

Ac. de 23/09/04, *CJ/STJ*, Ano 12, T.III, 2004.

Ac. de 20/11/03, relatado por Moitinho de Almeida *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 23/01/03, relatado por Duarte Soares *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 25/06/02, *CJ/STJ*, Ano 10, T.II, 2002.

Ac. de 23/05/02, relatado por Oliveira Barros *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 26/06/01, *CJ/STJ*, Ano 9, T.II, 2001.

Ac. de 13/01/00, *BMJ*, n.º 493, 2000.

Ac. de 25/03/99, *CJ/STJ*, Ano 7, T.II, 1999.

Ac. de 08/04/97, relatado por Herculano Lima *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 14/12/94, relatado por Cardona Ferreira *in* <http://stj.vlex.pt/vid/-58608380>

Ac. de 31/03/93, *CJ/STJ*, Ano 1, T.II, 1993.

Ac. de 25/02/86 (Anotação de Antunes Varela), *RLJ*, n.º 3812, Ano 124, 1992

Ac. de 28/05/81, *BMJ*, n.º 307, 1981.

Ac. de 19/11/71, *BMJ*, n.º 211, 1971.

Ac. de 18/12/70 (Anotação de Vaz Serra), *RLJ*, Ano 104, n.º 3460, 1972.

Ac. de 16/06/64 (Anotação de Vaz Serra), *RLJ*, Ano 98, n.º 3287, 1965.

Ac. de 31/01/56, *BMJ*, n.º 53, 1956.

▪ **Tribunal da Relação de Lisboa:**

Ac. de 26/01/12, relatado por Maria Amélia Ameixoeira *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 15/12/11, relatado por Conceição Saavedra *in* <http://www.dgsi.pt>

Ac. de 15/12/11, *CJ*, Ano 36, T.V, 2011.

Ac. de 11/02/10, relatado por Esagüy Martins *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 04/02/10, relatado por Pereira Rodrigues *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac de 13/12/07, relatado por Salazar Casanova *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 16/12/03, relatado por Arnaldo Silva *in* <http://biblioteca.mj.pt>.
Ac. de 06/05/00, *CJ*, Ano 25, T.II, 2000.
Ac. de 16/11/99, *CJ*, Ano 24, T.V, 1999.
Ac. de 09/11/95, relatado por Freitas de Carvalho *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac. de 19/01/95, *CJ*, Ano 20, T.I, 1995.
Ac. de 15/12/94, *CJ*, Ano 19, T.V, 1994.
Ac. de 30/11/94, relatado por Santos Bernardino *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac. de 12/10/87 (Anotação de I. Galvão Telles), *O Direito*, Ano 120, 1988.
Ac. de 05/06/84, *CJ*, Ano 9, T.III, 1984.

▪ **Tribunal da Relação do Porto:**

Ac. de 04/06/12, relatado por Augusto de Carvalho *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac. de 01/02/11, relatado por Vieira e Cunha *in* www.dgsi.pt.
Ac. de 09/11/10, *CJ*, Ano 35, T.V, 2010.
Ac. de 12/10/09, *CJ*, Ano 34, T.IV, 2009.
Ac. de 24/03/09, relatado por José Carvalho *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac de 21/10/08, relatado por Rodrigues Pires *in* <http://biblioteca.mj.pt>.
Ac. de 11/05/06, relatado por Ataíde das Neves *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac. de 13/09/07, relatado por Coelho da Rocha *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac. de 16/05/07, relatado por Sousa Lameira *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac. de 06/04/06, relatado por José Ferraz *in* <http://www.dgsi.pt>.
Ac. de 02/12/04, relatado por Amaral Ferreira *in* <http://biblioteca.mj.pt>.
Ac. de 15/10/04, relatado por Viriato Bernardo *in* www.dgsi.pt.
Ac. de 15/10/02, relatado por Rapazote Fernandes *in* <http://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/-22551549>
Ac. de 09/03/00, *CJ*, Ano 25, T.II, 2000.
Ac. de 02/12/99, *CJ*, Ano 24, T.V, 1999.

Ac. de 23/03/89, *CJ*, Ano14, T. II, 1989.

▪ **Tribunal da Relação de Coimbra:**

Ac. de 15/01/13, relatado por Henrique Antunes *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 24/11/09, relatado por Isaías Pádua *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 07/02/06, relatado por Artur Dias *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 14/12/04, *CJ*, Ano 29, T.V, 2004.

Ac. de 25/06/02, *CJ*, Ano 27, T. III, 2002.

Ac. de 21/06/94, *CJ*, Ano 19, T.III, 1994.

▪ **Tribunal da Relação de Guimarães**

Ac. de 20/11/12, relatado por António Santos *in* <http://www.dgsi.pt>.

Ac. de 14/12/10, relatado por Manso Rainha *in*
<http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0be2b13c5354980680257807005824f6?OpenDocument>

Ac. de 23/10/02, relatado por António Gonçalves *in* <http://www.dgsi.pt>.

▪ **Tribunal da Relação de Évora**

Ac. de 02/07/09, relatado por Manuel Marques *in* <http://www.dgsi.pt>

Ac. de 02/06/09, *CJ*, Ano 34, T.III, 2009.

Ac. de 25/11/04, *CJ*, Ano 29, T.V, 2004.

Ac. de 22/01/04, *CJ*, Ano 29, T. I., 2004.

Ac. de 10/10/91, *CJ*, Ano 16, T.IV, 1991.

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA:

- **Espanhola**

Sentencia do Tribunal Supremo de 24/06/41 *apud* CALERO, J. GOMEZ, «El Derecho de «Retener en Prenda» del Artículo 1.600 del Código Civil y su Problemática Respecto de los Vehículos de Motor», *RDPriv*, T.L, 1966,

- **Italiana**

Sentenza de 26/04/83, n.º 2867, da *Corte di Cassazione in Codice Civile Annotato con la Giurisprudenza*.

- **Francesa**

Arrêt do *CE* de 02/07/03 *apud* CROCQ, PIERRE, «Sûretés et Publicité Foncière», *RTDciv.*, n.º 2, 2004.