

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Maria Margarida Vilela Fonseca

*O IUS RETENTIONIS.*

O CARÁCTER OCULTO DA GARANTIA  
E A PROTECÇÃO DE TERCEIROS:

O CASO ESPECIAL DO PROMITENTE COMPRADOR.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade  
de Coimbra no âmbito do 2o Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico  
Forenses (conducente ao grau de Mestre).

Realizada sob a orientação da Prof. Doutora Irene Seiça Girão

Coimbra, Janeiro de 2021



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maria Margarida Vilela Fonseca

## *O Ius Retentionis.*

O carácter Oculto da Garantia e a Protecção de Terceiros: o  
Caso Especial do Promitente Comprador.

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2o Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico Forenses (conducente ao grau de Mestre).*

Realizada sob a orientação da Prof. Doutora Irene Seíça Girão

Coimbra, Janeiro de 2021

## **Agradecimentos**

À minha Orientadora, Professora Doutora Irene Seiza Girão, pela dedicação e disponibilidade.

À minha Titi, verdadeira Mestre, por tudo, não sendo a vida suficiente para Lhe agradecer o que me ensina.

À restante família, pelo amor incondicional e recíproco.

Aos meus amigos.

*À memória do meu Querido Avô*

*“Recomeça...  
Se puderes  
Sem angústia  
E sem pressa.  
E os passos que deres,  
Nesse caminho duro  
Do futuro  
Dá-os em liberdade.  
Enquanto não alcances  
Não descanses.  
De nenhum fruto queiras só metade.”*

*(...)*

*Sísifo, Miguel Torga*

## **Resumo**

Com esta dissertação pretendemos, numa primeira abordagem, analisar a figura do direito de retenção, nomeadamente, as suas características, a evolução histórica e os seus pressupostos gerais e especiais.

De seguida, debruçamo-nos sobre algumas generalidades do direito de retenção do promitente-comprador no que concerne às normas civilísticas aplicáveis ao contrato-promessa de compra e venda.

Mais à frente, atendemos à questão, ainda tão controvertida na doutrina, acerca da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido anteriormente registada.

Por fim, no último capítulo, estudaremos o direito de retenção do promitente-comprador no âmbito da insolvência do promitente-vendedor e procuraremos dar resposta à divergência doutrinal, problematizada pelo Ac. n.º 4/2014, no qual o STJ fixou jurisprudência no sentido de fazer prevalecer o direito de retenção do promitente-comprador no contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, tenha havido tradição da coisa, e desde que lhe assista a qualidade consumidor, aplicando-se, em consequência, as normas civilísticas dos arts. 755.º/ 1 al. f) e, por remissão, o art. 442.º do CC, em detrimento das normas do CIRE.

**Palavras-chave:** promitente-comprador; direito de retenção; insolvência.

## **Abstract**

This dissertation firstly, addresses the analysis of the right to retention, specifically its characteristics, historic evolution, and its general and specific prerequisites.

Subsequently, the general aspects of the right to retention (from the perspective of the promising purchaser), concerning civil law standards, in this case, applicable to the promissory sales contract shall be examined.

Furthermore, the question surrounding the prevalence of the right of retention concerning mortgages, (even when the specific mortgage has been previously registered) shall be discussed. This question remains debatable in terms of doctrine.

Finally, the right to retention of the promissory purchaser concerning the insolvency of the promissory seller shall be studied as we search for an answer to the doctrinal divergence due to the ruling established in the AC N°4/2014, in which the STJ (supreme court of justice) gave prevalence to the right to retention of the promissory purchaser in the promissory contract, thus detaining a merely compulsory efficiency. This is effective only when the transfer of the asset has taken place and as long as the other part is considered a purchaser. If these preconditions are fulfilled, consequently, the civil law standards established in article 755°/1 f) shall come into effect, referencing also article 442° of the Civil Code, surpassing the insolvency and company recovery (CIRE) norms.

**Key-word:** promissory-purchaser, right of retention, insolvency.

## **Siglas e Abreviaturas**

ac(s). – acórdão(s)

atual. – atualizada

art(s). – artigo(s)

aum. – aumentada

BFD – Boletim da Faculdade de Direito

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

Cap. – Capítulo

CC – Código Civil

Cfr. – Conforme

Cit. – Citado

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRPred – Código do Registo Predial

DL – Decreto(s)-Lei(s)

ed. – edição

nº – número

Ob. Cit. –Obra Citada

P. – Página

Proc. – Processo

RC – Tribunal da Relação de Coimbra

RL – Tribunal da Relação de Lisboa

reimp. – reimpressão

rev. – revista

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados



ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

vol. – volume

## Índice

<i>Capítulo I- Caracterização e Âmbito do Direito de Retenção</i> .....	12
1. Caracterização.....	12
2. Breve incursão histórica .....	13
3. A norma do art. 754.º e a consagração genérica do direito de retenção: Pressupostos. ....	15
4. Os casos especiais consagrados no art. 755.º e o caso particular do promitente-comprador .....	18
<i>Capítulo II- O direito de retenção do promitente-comprador</i> .....	20
1. Contrato-promessa: alguns aspetos de regime.....	20
2. O regime do sinal: As alterações legislativas na década de 80: o artigo 442.º do Código Civil, em especial, quanto ao incumprimento imputável ao Promitente Vendedor .....	21
3. A <i>Traditio Rei</i> a que se referem os artigos 755º/1 alínea f) e 442º/2 do Código Civil.....	25
4. A não sujeição a registo (caráter oculto) e a proteção de terceiros (a questão da prevalência sobre a hipoteca ainda que anteriormente registada) .....	31
4.1. Posições doutrinárias que divergem da solução legislativa.....	32
4.2. A alegada inconstitucionalidade resultante da articulação do artigo 755.º/1 alínea f) com o artigo 759.º/2 do CC. ....	34
4.3. Tomada de posição.....	35
4.4. Propostas para reequilibrar a posição do credor hipotecário. Posição adotada.....	38
<i>Capítulo III - O direito de retenção do promitente-comprador no âmbito da Insolvência do promitente-vendedor</i> .....	42
1. O regime do CIRE.....	43
2. O Acórdão nº 4/2014 .....	44

<b>3. Os fundamentos do Supremo Tribunal de Justiça e a sua eventual refutação.....</b>	<b>45</b>
<b>4. Tomada de posição.....</b>	<b>54</b>
<i>Conclusão</i> .....	<i>59</i>
<i>Bibliografia</i> .....	<i>61</i>

## Introdução

O direito de retenção está previsto nos arts. 754.º e ss do CC e traduz-se no direito conferido ao devedor que disponha de um crédito sobre o seu credor e que se encontre adstrito a entregar determinada coisa, recusar licitamente a entrega da coisa ao credor, mantendo-a em seu poder<sup>1</sup>.

A lei estabelece o direito de retenção com carácter geral, no art. 754.º, cuja constituição depende de certos requisitos e um conjunto de casos específicos no art. 755.º.

A atribuição de um direito de retenção está dependente de três pressupostos. A saber:

- 1) A detenção lícita de uma coisa suscetível de penhora que deva ser entregue a outrem;
- 2) Que o detentor seja simultaneamente credor da pessoa com o direito à restituição;
- 3) Que entre os dois créditos exista uma relação de conexão.

No art. 755.º, prevê-se um conjunto especial de casos em que a conexão entre o objeto e o crédito se dilui e, portanto, em que a ligação entre os dois créditos passa de uma conexão material a uma conexão jurídica.

Trata-se de um direito real de garantia que permite ao detentor a satisfação do seu crédito com prioridade sobre todos os demais, constituindo uma exceção ao princípio da prioridade do registo e ao princípio *par conditio creditorum*.

Assim, o direito de retenção colide diretamente com os outros direitos reais de garantia designadamente, sobre a hipoteca mesmo que esta tenha sido registada anteriormente.

O art. 755.º/1 alínea f) do CC, atribui um direito de retenção ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de um direito real, que obteve a *traditio* da coisa objecto do contrato prometido, pelo crédito resultante do incumprimento imputável ao promitente-vendedor nos termos do art. 442.º do CC.

É este o objeto fundamental do nosso estudo.

---

<sup>1</sup>Neste sentido, NETO, ABÍLIO – *Código Civil Anotado*, 19ª ed. reelaborada., Lisboa, Ediforum, 2016, p. 761.

## **Capítulo I- Caracterização e Âmbito do Direito de Retenção**

### **1. Caracterização**

Apesar do art. 754.º apontar apenas para a natureza compulsória do instituto, a evolução do direito de retenção fez reforçar a tutela do credor retentor, passando a ser sua característica fundamental a função de garantia<sup>2</sup>. Apresenta-se, assim, com uma dupla função: a de meio ou instrumento compulsório no sentido em que se lhe reconhece a virtualidade de poder ser invocado como forma de compelir o devedor ao cumprimento, mas também, a de causa legal de preferência no âmbito do concurso de credores, assumindo assim e por inteiro a natureza de direito real de garantia.

Neste sentido, GALVÃO TELES<sup>3</sup>, para quem, *o ius retentionis configura-se como uma garantia real indirecta, na medida em que visa dar maior consistência prática ao crédito, tornando mais viável a sua cobrança. É invocável contra terceiros e a sua eficácia é a de, por forma mediata ou oblíqua, estimular psicológica e economicamente ao pagamento voluntário mas, por outro lado, representa uma garantia real directa, consistente em o titular poder fazer-se pagar pela coisa retida com preferência sobre os restantes credores.*

Também para Antunes Varela<sup>4</sup>, *o direito de retenção deixou claramente de ser, com o Código Civil de 1966, um puro meio de coerção (ou uma simples causa de preferência especial indirecta, para usar a terminologia expressiva de Paulo Cunha) e passou abertamente a revestir a natureza jurídica de um perfeito direito real de garantia, dotado até de eficácia excepcional, mercê das especiais raízes em que mergulha a sua origem.*

Por ser um direito real de garantia, tal como evidenciam os arts. 758.º e o art. 759.º do CC, *o detentor pode fazer vender as coisas móveis como o pode fazer o credor pignoratício (art. 758.º), e executar os imóveis, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário (art. 759.º), sendo pago, em qualquer dos casos, com preferência aos demais credores do devedor*<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. STJ, 27.11.2008: Proc. 08B2608.dgsi.Net e CJ/STJ, 2008, 3º - 150.

<sup>3</sup> CAMPOS, ISABEL MENÉRES, “*Dois questões sobre a efectividade prática da Hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção*”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. I, Coimbra, 2010, p. 320.

<sup>4</sup> Cit. VARELA, ANTUNES, “Emendas ao regime do contrato-promessa”, in RLJ, 119º, nº 3749, p. 226; 120º, nº 3755, p. 35.

<sup>5</sup> Cit. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art.754.º.

O direito de retenção é, desta forma, um verdadeiro direito real de garantia e um meio de compelir o devedor ao cumprimento, desempenhando, assim, duas funções<sup>6</sup>:

– A função compulsória *que resulta de uma pressão psicológica que a situação jurídica de retenção exerce sobre o devedor, revelando-se tão mais eficaz quanto a coisa retida é de valor muito superior ao crédito com ela casualmente conexas*<sup>7</sup>;

– A função de garantia, que atribui a possibilidade de satisfação preferencial do crédito do retentor, sobre o valor da coisa que é seu objeto, relativamente a todos os outros credores.

## 2. Breve incursão histórica

No direito romano, o direito de retenção correspondia ao instituto da *pignoratío privada*<sup>8</sup>, que se traduzia numa faculdade dada ao devedor, simultaneamente credor, de atuar sobre o património do credor de forma a obter a satisfação do seu crédito.

No Código Civil de 1867 consagrava-se, apenas, o direito de reter a coisa em preceitos dispersos, no âmbito de outros institutos, sobretudo no domínio contratual. Era, assim, no caso de realização, por parte do possuidor de boa fé, de benfeitorias necessárias ou benfeitorias úteis (art. 498.º e 499.º do Código de Seabra), no âmbito do contrato de mandato (1349.º do Código de Seabra), concedendo-se igualmente ao empreiteiro (1407.º do referido Código), ao depositário, ao arrendatário e ao usufrutuário e seus herdeiros (1614.º e 2251.º, respetivamente).

Por, como verificámos, existir tal dispersão das normas que contemplavam o direito de retenção, a doutrina e a jurisprudência mostravam-se divididas relativamente a saber se este direito era concedido a título excepcional, uma vez que estava apenas consagrado naquelas normas ou se, pelo contrário, estaríamos perante um instituto de carácter geral<sup>9</sup>. Assim, tratava-se de perceber se o direito de retenção era uma verdadeira garantia real, como

---

<sup>6</sup> Tal como indica CORDEIRO, A. MENEZES – «Da Retenção do Promitente na Venda Executiva», ROA, Ano 57, 1997, p. 550.

<sup>7</sup> Cit. RL, 15.12.2011: CJ, 2011, 5º-132.

<sup>8</sup> SERRA, Vaz, “Direito de Retenção”. BMJ, n.º 65, 1957, pp. 103 e ss.

<sup>9</sup> Cfr. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art. 754º.

bem evidenciam PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA<sup>10</sup>, pois nesse caso, *não podiam as disposições citadas ser aplicadas por analogia, porque contrariavam a regra geral de que o património do devedor é a garantia comum dos credores.*

Porém, também o Código de 1966 não respondeu à questão de forma uniforme. Com efeito, o Código consagra com carácter geral o direito de retenção no artigo 754.º nos casos em que haja conexão entre o crédito do retentor e as despesas feitas com a coisa ou por danos por ela causados e, depois, no art. 755.º estabelece-se, a título excepcional, casos de aplicação deste direito *sem especificação da causa*<sup>11</sup> domínio que, atendendo ao princípio da taxatividade dos direitos reais, não há possibilidade de aplicação analógica uma vez que *a disposição tem sempre, quanto aos direitos que confere ao detentor, carácter excepcional*<sup>12</sup>.

Já no direito espanhol, o direito de retenção é consagrado em normas pontuais, tal como era o nosso paradigma no Código de Seabra. Assim, o Código Civil espanhol atribui um direito de retenção ao possuidor de boa fé, e ao usufrutuário por despesas extraordinárias ou úteis<sup>13</sup>. Depois apresenta, em alguns contratos, um direito de retenção a favor de quem realizou despesas necessárias ou prejuízos causados por incumprimento do contrato, como o caso do mandatário e do depositário<sup>14</sup>.

Também o sistema jurídico italiano dispersa o direito de retenção por um conjunto de disposições legais. Em relação às despesas realizadas com a coisa, podemos dar de exemplo o instituto da colação<sup>15</sup> e a enfiteuse<sup>16</sup>, concedendo, também, um direito de retenção ao usufrutuário<sup>17</sup> e, tal como no nosso ordenamento jurídico e no ordenamento jurídico espanhol, também gozam de direito de retenção o transportador, o mandatário e o depositário, enquanto lhe não for pago o crédito. Neste ordenamento jurídico, para que o possuidor de boa fé goze de direito de retenção é necessário que reúna três pressupostos: a posse, a existência de dois créditos recíprocos e a conexão entre o crédito e a coisa.

---

<sup>10</sup> Cit. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art. 754.º.

<sup>11</sup> Cit. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

<sup>12</sup> LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

<sup>13</sup> Decreto Real de 24/07/1889, arts. 453.º, 502º e 522º.

<sup>14</sup> Arts. 1600.º, 1730.º e 1780.º do CC Espanhol.

<sup>15</sup> Art. 748.º do Código Civil Italiano.

<sup>16</sup> Art. 975.º do Código Civil Italiano.

<sup>17</sup> Arts. 1006.º e 1011.º do Código Civil Italiano.

Diferentemente, no ordenamento jurídico alemão, encontramos uma norma geral onde se prevê a caracterização e os pressupostos do direito de retenção<sup>18</sup>, nomeadamente, o nexó entre o crédito e a coisa. Depois, este sistema normativo, prevê outras disposições dispersas onde se pode encontrar o direito de retenção. Assim, gozam de direito de retenção o arrendatário, pelas rendas pagas além do preço convencionado, o achador de uma coisa perdida, por despesas com a coisa e o possuidor de boa fé, por despesas realizadas, também, por causa da coisa.

De referir que, ao contrário do nosso sistema jurídico, o direito alemão prevê que o direito de retenção possa ser afastado por convenção das partes ou extinto mediante a prestação de outra garantia desde que não seja a fiança.

O direito Francês, atualmente, codificou uma norma que menciona o direito de retenção<sup>19</sup> sem descartar a possibilidade, referida pela doutrina francesa, que existem outras normas que contém esse mesmo direito. Neste ordenamento jurídico, à semelhança dos outros ordenamentos que vimos, para que se reconheça o direito de retenção é necessário que haja uma detenção e que haja conexão entre o crédito e a coisa detida.

### **3. A norma do art. 754.º e a consagração genérica do direito de retenção: Pressupostos.**

Para o nascimento ou constituição do direito de retenção torna-se necessário o cumprimento de três requisitos gerais:

- a) A detenção lícita de uma coisa suscetível de penhora que deva ser entregue a outrem (art. 756.º, alínea a) do CC), sendo tal requisito inerente à própria natureza do direito em causa, excluindo-se nos casos em que a coisa se encontre ilegitimamente ou de má fé em poder do credor, isto é, daquele que obteve a coisa por meio ilícito doloso e conhecesse, por essa via, a ilicitude da aquisição<sup>2021</sup>.

---

<sup>18</sup> Arts. 273.º e 274.º do BGB.

<sup>19</sup> Art. 2236.º do Código Civil Francês.

<sup>20</sup> Neste sentido, NETO, ABÍLIO – *Código Civil Anotado*, 19ª ed. reelaborada., Lisboa, Ediforum, 2016, p. 760. Por esta mesma razão, o detentor a título ilícito mas não doloso já não poderá ser censurado uma vez que desconhece a ilicitude.

<sup>21</sup> Conforme Ac. STJ de 7-4-1982, cremos que a referência da má fé do artigo seja considerada no sentido psicológico, isto é, *haverá má fé do retentor quando havendo vícios ou defeitos, e quando realiza as despesas com a consciência de prejudicar ou lesar o direito do dono da coisa*. No entanto, há que fazer uma reserva. Como bem nos ensina PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *aquele que detém de má fé a coisa alheia pode fazer despesas não em seu benefício, mas como gestor de negócio do dono. Neste caso, não pode dizer-*



Assim, se o retentor, estando de boa fé, deixar de ter a posse da coisa porque procedeu à entrega voluntária da mesma a quem tinha direito a recebê-la, este direito de retenção extingue-se, por força do art. 761.º do CC. No entanto, se a coisa já não se encontra na esfera do detentor contra a sua vontade, o retentor pode lançar mão das ações possessórias, mesmo contra o próprio proprietário da coisa, conforme disposto nos arts. 670.º alínea a), 758.º e 759.º/3 do CC.

Por outro lado, tal como estabelece o art. 756.º alínea c), exige-se que o direito de retenção recaia sobre bens suscetíveis de penhora, o que acontece nos casos em que há vencimento do crédito estando, por isso, excluídos os bens absoluta ou relativamente impenhoráveis dos arts. 822.º e 823.º do CPC, dado não fazer sentido subtrair ao dono uma coisa sobre a qual não há possibilidade execução uma vez que retirar-se-ia o valor de garantia ao próprio direito de retenção<sup>22</sup>.

- b) Que o detentor seja simultaneamente credor da pessoa com o direito à restituição, ou seja, o retentor tem de ser titular de um crédito exigível (art.757.º/2 CC) sobre a pessoa a quem está obrigado a entregar a coisa<sup>23</sup>.

Este pressuposto tem razão de ser na ideia de o retentor ter o direito a reter a coisa enquanto a outra parte não cumprir com o contrato. Trata-se de observar o princípio da equidade nos contratos, tal como denota e bem, VAZ SERRA<sup>24</sup>, *a razão de ser prática do direito de retenção está na consideração de que é equitativo reconhecer ao detentor de uma coisa o direito de a reter enquanto a outra parte não cumprir a obrigação em que se constituiu para com o detentor por causa da mesma coisa.*

O crédito será exigível quando se encontre vencido como ocorre nos casos em que devedor entre em mora, nos termos do disposto no art. 805.º/1 e 2 alínea a) do CC. Todavia,

---

*se que as despesas foram feitas de má fé.* Cit. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art. 756.º.

<sup>22</sup> Neste sentido, LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art. 756.º.

<sup>23</sup> Embora, ao contrário da *exceptio*, a obrigação de entrega não se encontre com tal crédito numa relação de sinalagmaticidade. Ou seja, tal como bem explicita PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *a exceptio, que existe nas relações sinalagmáticas, funda-se no não cumprimento de uma das prestações a que os contraentes ficam adstritos; o direito de retenção funda-se no não cumprimento de uma obrigação que, se bem que conexas com aquelas, não se confunde com elas. Vejamos o caso do transporte: A obriga-se a transportar uma coisa de B, por certo preço. Enquanto A não transportar a coisa, B pode recusar o pagamento, e enquanto B não pagar, A pode recusar o transporte. Já, porém, o direito que A tem de não entregar a coisa transportada, enquanto lhe não for pago o preço do transporte, se bem que se relacione com o contrato, não se apresenta como o não cumprimento de uma das obrigações recíprocas. É agora o direito de retenção que funciona.*

<sup>24</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *Direito de Retenção*, em Boletim do Ministério da Justiça n.º 65, 1957.

pode suceder que o crédito ainda não esteja vencido e mesmo assim ao retentor ser permitido lançar mão do direito de retenção, como alude o art. 757.º. É o que acontece, a título de exemplo, nos casos dos arts. 780.º ou 781.º do CC e tem a sua razão de ser pois *a eficácia do direito de retenção como garantia não depende da determinação exacta do montante do crédito*<sup>25</sup>.

- c) Que entre os dois créditos exista uma conexão: dever-se a despesas feitas com a coisa ou danos por ela causados.

Este requisito da conexão entre os créditos alicerça todo o direito de retenção<sup>26</sup> e, nos termos do art. 754.º, implica uma conexão material entre o objeto retido e o crédito a que corresponde o direito à entrega. No disposto nos casos especiais do art. 755.º, essa conexão dilui-se e o crédito do retentor surge de uma relação pré-existente entre ele e o devedor, isto é, *essa conexão pode também ser estabelecida pelo facto de a detenção resultar de uma relação legal ou contratual à qual a lei reconheça, como garantia, aquele direito*<sup>27</sup>, configurando, assim, uma conexão jurídica.

Esta conexão jurídica, entre o crédito e as despesas feitas por causa da coisa ou danos por ela causados, pode ocorrer em múltiplas hipóteses, como no caso da retenção do veículo pela oficina a quem não foi pago o preço da reparação, ou do direito do detentor que efetuou benfeitorias enquanto não for reembolsado do seu valor.

Entre esses casos especiais prevê-se, na al. f) do n.º 1, o do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.º 442º do Cód. Civil.

Relativamente ao tipo de despesas feitas por causa da coisa, entendemos que pela interpretação do art. 754.º, só se devem considerar como despesas aquelas que tenham permitido a conservação ou através das quais se tenha aumentado o valor da coisa, concordando, assim, com o raciocínio de CLÁUDIA MADALENO<sup>28</sup>. Se assim não fosse, isto é, se quaisquer despesas fossem consideradas, o direito de retenção perderia o sentido

---

<sup>25</sup> Cit MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE, *Direitos Reais*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 500.

<sup>26</sup> Tal como indica ALMEIDA COSTA MÁRIO JÚLIO DE, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.a Ed., Coimbra, Almedina, 2013, p.270.

<sup>27</sup> Cit. Ac. TRC, Proc. N° 511/10.0TBSEI-E.C1, de 15-01-2013, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>28</sup> Cfr. MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade....*, p.92.

porque essas despesas não se concretizavam num *benefício objetivo na coisa*. Assim, tal como a Autora<sup>29</sup>, propomos que se faça uma interpretação restritiva desta regra geral no sentido de gozar de direito de retenção quem realizou despesas com a coisa que tenham aumentado o seu valor ou tenham contribuído para a sua conservação.

Quanto aos danos, podem ser causados pela coisa ou com a coisa e podem ser danos materiais ou pessoais.

#### **4. Os casos especiais consagrados no art. 755.º e o caso particular do promitente-comprador**

Até agora verificamos os pressupostos legais para que, genericamente, exista o direito de retenção. Contudo, o art. 755.º do CC, consagra o direito de retenção para um conjunto de situações em que não existe a ligação direta entre o crédito do detentor e a coisa retida<sup>30</sup>, tais como em relação ao transportador, ao albergueiro, ao mandatário, ao gestor de negócios, ao depositário ou comodatário e ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa.

Esta última, do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa e que é objeto preferencial deste estudo, afasta-se da chamada “retenção comum”<sup>31</sup> em vários aspetos, mas também, tal como bem explica MENEZES CORDEIRO<sup>32</sup>, pela circunstância de no direito de retenção do promitente, *a coisa retida responder por débitos que se aproximam do próprio valor dela* ao passo que nos restantes casos a coisa retida responde por débitos (...).

O art. 755.º/ 1 alínea f) do CC aplica-se<sup>33</sup> ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa objeto do contrato prometido.

---

<sup>29</sup> Cfr. Ob. Cit., p. 93 e 94.

<sup>30</sup> Nesta linha de pensamento, VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA – *Direito das Garantias*, 2a ed., Almedina, 2017, p. 361.

<sup>31</sup> Nome dado por CORDEIRO, A. MENEZES ao direito de retenção do transportador, albergueiro, mandatário, gestor de negócios e depositário ou comodatário. – «*Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*», ROA, Ano 57, 1997, p. 551

<sup>32</sup> CORDEIRO, A. MENEZES – «*Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*», ROA, Ano 57, 1997, p. 550 e 551.

<sup>33</sup> Neste sentido, NETO, ABÍLIO – *Código Civil Anotado*, 19ª ed. reelaborada., Lisboa, Ediforum, 2016, p. 757, ponto 9.

Conforme o Código Civil, o direito de retenção existe para garantir um crédito apurado nos termos do art. 442.º, resultante do incumprimento imputável à outra parte, crédito esse derivado de um incumprimento definitivo do contrato prometido<sup>34</sup>.

Esta alínea f) foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 236/80, de 18 de julho e, depois, reforçado pelo Decreto-Lei nº 379/86, de 11 de Novembro com o intuito<sup>35</sup> de proteger os particulares que queiram adquirir habitação própria e que, por isso, tendo obtido a tradição da coisa, criaram expectativas de aquisição que, segundo o legislador, têm que ser protegidas.

Ora, segundo o disposto no art. 754.º, como vimos, os casos em que existe direito de retenção são aqueles em que haja conexão entre o crédito e as despesas feitas pela coisa ou por danos por ela causados ou, nos casos específicos do art. 755.º das alíneas a) a e), em que o direito de retenção *assenta em posse originada no mesmo facto que originou o crédito*<sup>36</sup>.

Significa então que o direito de retenção resultante do art. 755.º/1 f) destaca-se do esquema clássico da garantia porque não assenta, tal como dispõe o art 754.º, numa relação entre o crédito e as despesas ou danos causados pela coisa, nem emana segundo a *mesma identidade de origem das duas dívidas (dívida de entrega da coisa; dívida de indemnização)*<sup>37</sup>, como nos restantes casos do art. 755.º/1 do CC.

Por outro lado, também constatamos que nas restantes alíneas do art. 755.º, o devedor responde por créditos que se distanciam do valor da coisa, como é o caso, a título de exemplo, do transportador que tem um crédito resultante do transporte e não da coisa retida (coisas transportadas), como também o albergueiro, pelo crédito da hospedagem (e não pelas malas trazidas pelas pessoas albergadas). Ora, no caso do promitente-vendedor, ele responde por créditos que se aproximam e muito do valor da coisa (dobro do sinal ou aumento intercalar do valor), o que não sucede, como tivemos oportunidade de ver, nos restantes casos de conexão jurídica<sup>38</sup>. Daí que esta atribuição do direito de retenção ao beneficiário da promessa seja desconforme ao esquema clássico da atribuição da garantia.

---

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei 379/86, de 11-11.

<sup>36</sup> Cit. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença», ROA, Ano 66, 2006, pág. 2.

<sup>37</sup> Cit. Ibidem.

<sup>38</sup> Das alíneas a) a e) do art. 755.º/1 do CC.

## **Capítulo II- O direito de retenção do promitente-comprador**

### **1. Contrato-promessa: alguns aspetos de regime**

O regime do contrato-promessa encontra-se regulado nos arts. 410.º a 413.º, 441.º, 755.º/1 f) e 830.º do CC.

O art. 410.º do CC define contrato-promessa como *a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato*, isto é, o contrato pelo qual as partes, ou uma delas, se obriga a celebrar novo contrato- o contrato definitivo, ou como bem salienta Calvão da Silva, preferível seria configurá-lo como *a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo negócio jurídico*<sup>39</sup>.

Deste modo, o contrato-promessa *cria a obrigação de contratar, isto é, a obrigação de emitir a declaração de vontade correspondente ao contrato prometido. Trata-se de uma obrigação de prestação de facto positivo*<sup>40</sup>, ou seja, trata-se de uma obrigação de emitir, no futuro, declarações de vontade integrantes do contrato definitivo ou prometido.

Quanto ao incumprimento, o contrato-promessa encontra-se submetido ao regime geral do não cumprimento das obrigações, existindo, no entanto, algumas particularidades quer ao nível da regulamentação da simples mora, com recurso a um regime particular de execução específica<sup>41</sup>, quer ao nível do não cumprimento definitivo e da consequente resolução do contrato)<sup>42</sup>.

Significa isto que, se um dos promitentes não celebrar o negócio definitivo a que se propôs, cabe, à outra parte, a faculdade de pedir ao Tribunal que se substitua ao promitente faltoso e celebre, através de decisão judicial, o negócio prometido, daí a sua qualificação como ação de natureza constitutiva<sup>43</sup>.

O recurso à execução específica faz sentido nos casos de mora no cumprimento do respetivo contrato e nunca em caso de incumprimento definitivo, devendo entender-se que

---

<sup>39</sup> Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA – Sinal e Contrato-Promessa, 14a ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017, p. 13.

<sup>40</sup> Cit. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art 410.º (texto primitivo).

<sup>41</sup> No que concerne à execução específica do contrato, resulta do art. 830.º que *se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida*.

<sup>42</sup>Cfr. COSTA, M. J. DE ALMEIDA – *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Actual*, 5a ed., rev. e actual., Coimbra, Almedina, 1998, p. 46.

<sup>43</sup> Cfr. COSTA, M. J. DE ALMEIDA – *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Actual*, 5a ed., rev. e actual., Coimbra, Almedina, 1998, p. 47.

estamos perante este último e, portanto, sem possibilidade de recurso à execução específica, nos casos em que, objetivamente, o credor perca o interesse na prestação ou quando, havendo mora, o devedor não cumpra no prazo que razoavelmente for fixado pelo credor e, ainda, nas hipóteses em que o devedor declare expressamente não pretender cumprir<sup>44</sup>.

Ora, em caso de incumprimento definitivo do contrato, o promitente fiel tem ao seu alcance dois caminhos indemnizatórios, embora dependentes da existência de sinal<sup>45</sup>.

Desta forma, na falta de sinal, *a indemnização apura-se de harmonia com as regras gerais da responsabilidade civil e tende a cobrir os danos efectivos*<sup>46</sup>; existindo sinal, as várias soluções derivam do art. 442.º do CC. Se, quem constitui o sinal, deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente a faculdade de fazer sua a coisa entregue; se, o incumprimento do contrato for devido ao promitente-vendedor, o promitente-comprador tem o direito ao dobro do sinal ou, se houver tradição da coisa, pode optar pelo aumento intercalar do valor a título de indemnização.

## **2. O regime do sinal: As alterações legislativas na década de 80: o artigo 442.º do Código Civil, em especial, quanto ao incumprimento imputável ao Promitente Vendedor**

No texto primitivo do art. 442º podia ler-se:

1. “Quando haja sinal, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível.
2. Se quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente o direito de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento for devido a este último, tem aquele o direito de exigir o dobro do que houver prestado.
3. Salvo estipulação em contrário, a existência de sinal impede os contraentes de exigirem qualquer outra indemnização pelo não cumprimento além da fixada no número anterior.”

---

<sup>44</sup> Neste sentido, SILVA, JOÃO CALVÃO DA – Sinal e Contrato-Promessa, 14a ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017, p. 137.

<sup>45</sup> Refere o art. 441.º do CC que no contrato promessa de compra e venda se presume constituir sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ainda que entregue a título de antecipação do cumprimento.

<sup>46</sup>Cit. Ibidem, p 53.

O Decreto-Lei nº 236/80 de 18 de julho, manteve a solução do nº 1, no entanto, na tentativa de tutelar as expectativas de *estabilização do negócio e uma situação de facto socialmente atendível*<sup>47</sup>, por parte do promitente-comprador que obteve a tradição da coisa, o referido Decreto-Lei aditou, no nº2, um remédio indemnizatório em alternativa ao sinal em dobro, correntemente designado por indemnização pelo aumento do valor porque calculada tendo em conta o valor da coisa ao tempo do incumprimento, com dedução do preço convencionado.

Este Decreto-Lei estabeleceu, assim, *uma dupla sanção como alternativa à solução da restituição do sinal em dobro*<sup>48</sup>, ou seja, ao promitente-fiel é-lhe conferido o direito de exigir em dobro o que prestou ou, se houver tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o aumento intercalar do valor da coisa.

Além disso, nesta reforma deu-se uma nova solução ao nº3 e introduziu-se o nº 4, nos seguintes termos:

“3- No caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, o promitente-comprador goza, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor.

4- Salvo estipulação em contrário, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste e do valor da coisa ao tempo do incumprimento.”

Tal alteração foi, porém, criticada pela maioria da doutrina destacando-se a propósito, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA<sup>49</sup> e o entendimento de que a solução apresentada padece de vários *defeitos graves*<sup>50</sup>. Segundo os Autores, a introdução do direito de retenção no regime do sinal é errónea, devendo a mesma ser transportada para a secção que trata do contrato-promessa; em seguida, criticam a própria disposição na medida em que parece cobrir todos os contratos promessa com tradição da coisa quando *pelo espírito da lei e pelo contexto da disposição, esta circunscreve aos contratos-promessa de compra e venda*

---

<sup>47</sup> Cit. Preâmbulo do Decreto-Lei nº 236/80, de 18-07 no ponto 2.

<sup>48</sup> LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art 442.º (Texto do Dec.-Lei nº 236/80 de 18 julho).

<sup>49</sup>. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art 442.º (Texto do Dec.-Lei nº 236/80 de 18 julho).

<sup>50</sup> Termo utilizado por LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art 442º (Texto do Dec.-Lei nº 236/80 de 18 julho).

previstos no nº3 do artigo 410.<sup>o</sup><sup>51</sup>. Também no que concerne ao nº4, os Autores consideram que a atribuição da lei de uma indemnização correspondente ao valor da coisa ao tempo do incumprimento esmaga a *ratio* do sinal que tem como um dos traços típicos o direito ao arrependimento, *sacrificando a vontade normal dos contraentes*<sup>52</sup>.

Foi, desde logo, com o propósito de mitigar as críticas da jurisprudência e da doutrina, assim como as dúvidas geradas em torno da interpretação daquelas normas, que o Decreto-Lei nº 379/86, de 11 de Novembro tentou eliminar as dúvidas e acolher algumas das orientações até então avançadas pela doutrina e jurisprudência<sup>53</sup>.

É, neste sentido, que o atual art. 442.<sup>o</sup> dispõe, entre outras coisas, relativamente ao domínio que nos ocupa: *Se quem constitui o sinal deixar de cumprir a prestação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente a faculdade de fazer sua a coisa entregue; Se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou; Se houver tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o promitente-adquirente pode, em vez de exigir o dobro do sinal, reclamar o valor da coisa (ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela), determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago (442.<sup>o</sup>/2, 2<sup>a</sup> parte); Sempre que o contraente faltoso opte pelo valor da coisa, nos termos que acabam de ser referidos, a outra parte pode opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no artigo 808<sup>o</sup> (442<sup>o</sup>/3, 2<sup>a</sup> parte)<sup>54</sup>.*

Ora, da análise da disposição em causa, podemos colher as seguintes notas:

Em primeiro lugar, tem-se evidenciado que a técnica legislativa não é a melhor. O legislador consagra no nº 1 e 4 do art. 442.<sup>o</sup> o regime do sinal com carácter genérico, aplicável a todos os contratos e, no nº2 segunda parte e no nº3, regula apenas o regime do sinal para o contrato de promessa. Faria maior sentido colocar os casos específicos apenas

---

<sup>51</sup> Cit. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art 442<sup>o</sup> (Texto do Dec.-Lei nº 236/80 de 18 julho).

<sup>52</sup> Cit. *Ibidem*.

<sup>53</sup> Veja-se o Preâmbulo do Decreto-Lei nº 379/86 de 11-11.

<sup>54</sup> Nesta 2<sup>o</sup> parte do art. 442.<sup>o</sup>/3 coloca-se a questão da admissibilidade da exceção de cumprimento do contrato-promessa, entendendo CALVÃO DA SILVA *que dessa disposição se deverá fazer uma interpretação abrogante, devendo entender-se por não escrita*. Ver, SILVA, JOÃO CALVÃO DA – *Sinal e Contrato-Promessa*, 14a ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017, p.85



num n.º do artigo ou, por uma questão de sintetização, transferir tal regulamentação, o local onde em termos sistemáticos se regula o contrato promessa<sup>55</sup>;

Por outro lado, parece decorrer da citada disposição que o referido n.º2, na parte em que consagra que o promitente-comprador tem o direito ao pagamento do valor do imóvel ao tempo do incumprimento, que esta se aplica a todos os contratos-promessa com tradição da coisa, independentemente do objecto deste, e não só aos referidos no n.º 3, isto é, não só aos contratos-promessa onerosos de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, para os quais o legislador, nesta mesma reforma, estabeleceu um regime especial enquadrável numa tentativa de proteção do contraente mais débil e, por isso carecido de maior proteção<sup>56 57</sup>.

A referência que consta da primeira parte do n.º3 do art. 442.º - “em qualquer dos casos previstos no numero anterior, o contraente não faltoso pode, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, nos termos do artigo 830.º” - é *supérflua e inadequada*<sup>58</sup> desde logo porque, tal como é interpretação do STJ no Assento de 19 de Dezembro de 1989<sup>59</sup>, *o direito à execução específica não depende de ter havido tradição da coisa, objecto do contrato-promessa, para o promitente-comprador*, como parece ter sido a intenção do legislador ao remeter para o n.º anterior, na última parte. Assim<sup>60</sup> e conforme o art. 830.º, os requisitos para requerer a execução específica são: sempre que não haja convenção em contrário e sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida. Em momento algum se fala da *traditio rei*.

Ora, o recurso à execução específica pressupõe a mora no cumprimento do contrato e não o incumprimento definitivo<sup>61</sup>, pelo que, é imperativo, proceder a uma revisão deste artigo uma vez que este já pressupõe a falta de interesse em contratar e, portanto, é já um

---

<sup>55</sup> Neste sentido, SILVA, JOÃO CALVÃO DA – Sinal e Contrato-Promessa, 14a ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017, p.85 e LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art 442.º

<sup>56</sup> Neste sentido, Cfr. SILVA, JOÃO CALVÃO DA Ob. Cit. p. 89.

<sup>57</sup> Cremos também que a determinação do valor da coisa apura-se *na diferença entre o preço convencionado e o valor da coisa à data do não cumprimento da promessa*, isto é, o aumento do valor da coisa verifica-se entre a data da celebração e o incumprimento do contrato de promessa e, nesse sentido, será, portanto, a diferença entre o valor actual da coisa e o preço convencionado. Neste sentido, LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art 442.º.

<sup>58</sup> Expressões utilizadas por SILVA, JOÃO CALVÃO DA – Sinal e Contrato-Promessa, 14a ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017, p.95.

<sup>59</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>60</sup> Seguimos de perto o raciocínio de CALVÃO DA SILVA, ob. Cit. p.95, 96 e 97.

<sup>61</sup> Ibidem, p.98

incumprimento definitivo do contrato, não devendo, por essa via, remeter para a simples mora, pressuposto da execução específica<sup>62</sup>.

Desta forma, a remissão para o 830.º é supérflua porque não acrescenta nada ao 830.º, *sedes materiae* da execução específica e inadequada porque transpõe uma ideia errada na medida em que faz acreditar que a execução específica pode funcionar em caso de incumprimento definitivo<sup>63</sup>.

### **3. A *Traditio Rei* a que se referem os artigos 755º/1 alínea f) e 442º/2 do Código Civil**

Conforme dispõe o art. 755.º/1 alínea f) do CC, para que o beneficiário de promessa goze de direito de retenção pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, apurado nos termos do art. 442.º, é necessário que tenha obtido a tradição da coisa.

Será que podemos considerar o promitente-comprador que obteve a tradição da coisa um possuidor ou apenas um detentor precário? A resposta a esta questão suscitou grandes dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Vejamos.

No regime da posse, podemos distinguir dois elementos<sup>64</sup>: um elemento material, o *corpus*, que se identifica com os atos materiais (detenção, punição, ou ambos conjuntamente) praticados sobre uma coisa com o exercício de certos poderes sobre a coisa; e um elemento psicológico, o *animus*, que se traduz na intenção de se comportar como titular do direito real correspondente aos atos praticados.

Podemos constatar que, geralmente, ao beneficiário da promessa falta-lhe o *animus* de um verdadeiro possuidor pois, para além de não se comportar como real proprietário, porque sabe, de antemão, que o real proprietário ainda é o promitente-vendedor, também não exerce poderes de facto sobre a coisa, sendo, por isso, um detentor precário.

O promitente-adquirente só tem, à partida, uma expectativa de vir a ser proprietário da coisa, fundada no contrato-promessa que celebrou não tendo, por isso, o *animus*

---

<sup>62</sup> O nosso entendimento tem também fundamento no que defendem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA só quando uma das portas desiste do contrato ou origina culposamente uma situação de não cumprimento definitivo, é que outro contraente deve poder exercer, em relação ao sinal, o direito de o fazer seu ou de exigir a respectiva restituição em dobro, conforme se trate do accipiens ou do tradens, sob pena de, por esta sorte, não sabermos quando existe verdadeiro incumprimento definitivo do contrato prometido.

<sup>63</sup> Neste sentido, SILVA, JOÃO CALVÃO DA, ob. Cit., p. 100.

<sup>64</sup> Cit. Ac. STJ de 24-05-1998, Proc. N.º SJ198805240761121, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*possidendi*. Por outro lado, com a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o promitente-comprador obtém apenas o *corpus* mas nunca o *animus* de um verdadeiro proprietário.

Assim entende, e bem, ANTUNES VARELA<sup>65</sup> (...) *o promitente-comprador investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa.*

No entanto, como entende o mesmo Autor e a maioria da doutrina e da jurisprudência<sup>66</sup>, existem situações excepcionais das quais resultam uma verdadeira posse do promitente-adquirente. Tal como defendeu o Tribunal da Relação de Coimbra<sup>67</sup>, são os casos em que o promitente-vendedor *abdica dos seus poderes juridicamente relevantes da sua qualidade de proprietário em favor do promitente-comprador que passa, a partir de então, a agir sobre a coisa como dono (corpus) e com intenção de actuar como titular do direito (animus), terá de se considerar que adquiriu uma verdadeira posse, que exerce, portanto, em nome próprio.*

Desta forma, quando o promitente-vendedor prescindir dos seus poderes de proprietário em favor do promitente-comprador e este agir como possuidor em nome próprio, isto é, de forma pública, pacífica e continuada por determinado tempo, poderá conduzir à aquisição por usucapião.

A doutrina e a jurisprudência dão o exemplo<sup>68</sup> de uma verdadeira posse no caso em que o promitente-adquirente celebre um contrato-promessa com o promitente-alienante sobre uma determinada fração autónoma e que, obtendo a tradição da coisa, entregue, na sequência do pagamento, a totalidade do preço.

---

<sup>65</sup> In Revista de Legislação e Jurisprudência no 128 P.146

<sup>66</sup> Veja-se, a título de exemplo, o Ac. TRC de 10-11-2015, Proc. N° 3592/13.0TBVIS.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>67</sup> Cit. Ac. TRC de 10-11-2015, Proc. N° 3592/13.0TBVIS.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>68</sup> Veja-se o Ac. TRC de 10-11-2015, Proc. N° 3592/13.0TBVIS.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Revista de Legislação e Jurisprudência no 128 P.146

Veja-se ANTUNES VARELA<sup>69</sup> que, dando este exemplo defende que *suponha-se, por exemplo, que havendo sido paga já a totalidade do preço ou que, não tendo as partes o propósito de realizar o contrato definitivo, (a fim de v.g., evitar o pagamento da sisa ou precluir o exercício de um direito de preferência), a coisa é entregue ao promitente-comprador como se sua fosse já que, neste estado de espírito, ele pratica sobre ela diversos actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade.*

*Tais actos não são realizados em nome do promitente-vendedor, mas sim em nome próprio, com a intenção de exercer sobre a coisa um verdadeiro direito real. O promitente-comprador actua, aqui, uti dominus, não havendo, por conseguinte, qualquer razão para lhe negar o acesso aos meios de tutela da posse.*

Deste modo, como já foi pago a totalidade do preço, o promitente-comprador, para além do *corpus*, obtido através da *traditio rei* e dos actos materiais que ele exerce sobre a coisa, passa a comportar-se como verdadeiro proprietário, adquirindo também o *animus* uma vez que, a reunião dos dois elementos (a tradição da coisa e os actos materiais e o pagamento integral), fá-lo crer que, para a conclusão do negócio, apenas faltará a escritura pública e o posterior registo, estando, portanto, próximo dessa realidade porque já pagou integralmente o preço acordado que, como se sabe, é o grande entrave para a conclusão do negócio.

Em conformidade, o promitente-adquirente passa a ter, assim, os dois elementos constitutivos da posse: o *corpus* e o *animus*. O *corpus*, através da tradição da coisa e o *animus* pelo comportamento como real proprietário, derivado do pagamento da totalidade do preço,

Destarte, retirando este último tipo de casos (excepcionais) em que o promitente-adquirente paga a totalidade do preço, o beneficiário da promessa que obteve a tradição da coisa tem apenas *um direito pessoal de gozo*.

Tal como refere o STJ<sup>70</sup>, *necessário se torna precisar que na esfera jurídica patrimonial do promitente-comprador podem surgir dois direitos de contornos distintos: direito pessoal de gozo e direito real de garantia (o direito de retenção). O Direito pessoal de gozo surge com a tradição da coisa do contrato prometido - artigo 442 -; o direito real de garantia surge pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º, quando tenha havido tradição da coisa objecto do contrato definitivo.*

---

<sup>69</sup> In Revista de Legislação e Jurisprudência nº 124, p.348.

<sup>70</sup> Cit. Ac.STJ Proc. Nº 99ª1078 de 17-06-1999, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

O STJ<sup>71</sup> absorve, assim, a doutrina de ANTUNES VARELA<sup>72</sup> que defende, e bem, que *o que a entrega (tradição) do móvel ou imóvel atribui ao promitente-comprador é um direito pessoal de gozo sobre a coisa, semelhante ao do locatário ou do comodatário, e mais forte, em certos aspectos, do que o conferido ao mandatário..., ao credor pignoratício, ao depositário ou ao empreiteiro cuja obra se refira à coisa entregue, e muito diferente do direito que compete ao mutuário e os direitos pessoais de gozo do promitente-comprador... assentam sempre sobre a pura expectativa da alienação prometida e não podem, por essa razão, exceder os limites impostos por tal situação*<sup>73</sup>.

Pelo exposto podemos afirmar que, em regra, o promitente-comprador do imóvel que obteve *traditio* apenas frui de um direito de gozo que exerce no nome do verdadeiro proprietário (promitente-vendedor), sendo, por isso, considerado detentor precário uma vez que, embora tenha o *corpus*, não age com *animus*, isto é, com a intenção de ser o real proprietário.

Situação diferente da explanada trata de saber se o conceito de tradição da coisa a que se referem os arts. 442.º/2 e 755.º/1 alínea f) do CC deve entender-se como abrangendo apenas a tradição material, excluindo a tradição simbólica<sup>74</sup>. Vejamos.

LEBRE DE FREITAS<sup>75</sup> coloca a questão sob uma orientação mais alargada (a tradição da coisa pode dar-se só através de atos simbólicos) e sob a perspetiva de uma interpretação restritiva (apenas existe tradição da coisa quando o promitente-comprador pratica atos materiais sobre a coisa).

---

<sup>71</sup> Cit. Ac.STJ Proc.Nº 99ª1078 de 17-06-1999, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>72</sup> Cit. Anotação ao Ac. STJ 25 de Fevereiro de 1986.

<sup>73</sup> No mesmo sentido, o Acórdão do STJ de 11-11-2003 refere que *à tradição material que acompanha o contrato-promessa de compra e venda não corresponde, em regra, a transmissão da posse correspondente ao direito de propriedade, porque a causa daquele acto translativo, que é o contrato-promessa e a convenção acessória de entrega antecipada da coisa, não se destina à constituição ou transferência de direitos reais, designadamente, o direito de propriedade, mas, tão só, à constituição de um direito de crédito a uma determinada declaração negocial.*

*Mas, aquela traditio pode envolver a transmissão da posse, como nos casos excepcionais em que já se encontra paga a totalidade do preço ou em que as partes têm o deliberado e concertado propósito de não realizar a escritura pública, para evitar despesas, e a coisa foi entregue ao promitente-comprador em definitivo, como se dele fosse já. Assim, a tradição material é a realizada através de um acto físico de entrega e recebimento da própria coisa; a tradição simbólica é o resultado do significado social ou convencional atribuído a determinados gestos ou expressões.* Cit. Ac.STJ de 25-2-2014 Proc. Nº 1729/12.6TBCTB-B.C1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>74</sup> Cfr. 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. 4.

<sup>75</sup> Cfr. 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. 4.

Em sentido alargado, LEBRE DE FREITAS examina o argumento que refere que a letra dos arts. 442.º/2 e 755.º/1 alínea f) *não distinguem entre as duas formas de tradição* e que a entrega de um objecto (pense-se nas chaves da porta dum prédio) reforça a tutela da expectativa criada pelo promitente-comprador e pode já ter em vista a colocação na esfera jurídica do detentor a coisa objecto do contrato prometido.

Numa hipótese de interpretação restritiva<sup>76</sup>, isto é, da aceitação que a tradição da coisa abrange apenas atos materiais, o Autor refere que o direito de retenção do promitente-comprador *repousa na aparência semelhante à criada no caso do penhor (669 CC)*<sup>77</sup> e, tal como no caso do penhor, só os atos materiais relativos ao exercício do direito de propriedade é que resultam do conceito de tradição da coisa.

No raciocínio do mesmo Autor<sup>78</sup>, para a aceitação de uma interpretação restritiva pode referir-se para mais que, se verificarmos os outros casos de direito de retenção plasmados no art. 755.º alíneas a) a e), chegamos à conclusão que em todos eles o credor está na detenção ou posse material da coisa que visa garantir e, por isso, deve também aplicar-se a posse material à alínea f) do mesmo artigo, implicando, assim, a detenção material da coisa.

O Autor reforça esta ideia<sup>79</sup> acautelando também que poderá sustentar-se que os atos materiais têm uma forte relevância no crescimento das expectativas do promitente-comprador pois este passa a exercer atos materiais sobre a coisa assim como pode assegurar os direitos do credor hipotecário em sede de graduação de créditos, no caso em que este seja graduado depois do direito do retentor.

Assim, através dos atos de publicidade do promitente-comprador, o carácter oculto do direito de retenção passa a estar visível e, desta feita, o credor hipotecário poderá prever como será graduado o seu crédito, em caso de incumprimento do contrato.

Tal como o Autor<sup>80</sup>, também pendemos para a solução restritiva do conceito de tradição *limitado à tradição material e à tradição simbólica que seja seguida dum acto de*

---

<sup>76</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>77</sup> Cit. 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. 4.

<sup>78</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>79</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>80</sup> Neste sentido, *Ibidem*, p.5.

efetiva apreensão da coisa prometida<sup>8182</sup>, pois, de facto, as normas civilísticas sempre impuseram o dever de tutela jurídica da confiança dos contraentes e, por isso, o promitente-comprador ao praticar atos materiais confia que o contrato definitivo está em vias de acontecer.

Por outro lado, também é de notar que a prática de um ato simbólico pode levantar a questão relacionada com a atribuição ao promitente-comprador de um injusto direito de retenção. Vejamos.

Imaginemos que o promitente-comprador tem a chave da fração autónoma que vai adquirir (acto simbólico). Se optarmos por uma interpretação alargada, este acto é suscetível de inserir-se na tradição da coisa e, portanto, capaz de atribuir um direito de retenção ao promitente-comprador.

No entanto, este promitente-comprador só tem a chave e nunca praticou atos materiais na coisa, por exemplo, nunca pagou a conta da luz ou da água. Seria, por conseguinte, manifestamente injusto que a este promitente-comprador fosse, posteriormente, atribuído um direito de retenção, prejudicando, com isso, por exemplo, o direito do credor hipotecário.

Ora, optando pela consideração da tutela jurídica da confiança, pendemos para a solução restritiva.

Assim<sup>83</sup>, o promitente-comprador se lançar mão de uma ação declarativa ou de uma ação executiva movida contra o promitente-vendedor em que invoque o direito de retenção deve, para além de alegar e provar os factos constitutivos do direito de retenção, conforme os arts. 467.º/1 alínea d) do CPC e 342.º do CC, alegar os factos de que se deduza a tradição da coisa, com a apreensão material, como facto constitutivo duma posse não interrompida<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Cit. Ibidem, p.5.

<sup>82</sup> Esta concepção também é acolhida no Ac. STJ de 27-05-2004 onde se refere no sumário “À tradição material que acompanha o contrato-promessa...”, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>83</sup> Cfr. Ibidem, p. 5.

<sup>84</sup> Cit. Ibidem, p.5.

#### **4. A não sujeição a registo (carácter oculto) e a proteção de terceiros (a questão da prevalência sobre a hipoteca ainda que anteriormente registada)**

O artigo 759.º/2 do CC (Retenção de coisas imóveis) dispõe o seguinte: *O direito de retenção prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.*

Resulta deste artigo uma exceção a dois princípios jurídicos: ao princípio *par conditio creditorum* regulado no artigo 604.º/1 do CC e ao princípio da prioridade do registo.

No que concerne ao primeiro princípio, o art. 604.º/1 do CC determina que todos os credores de um devedor devem ser tratados de forma igualitária, isto é, deverão ser pagos proporcionalmente, se os bens não forem suficientes para a satisfação integral dos créditos, sem prejuízo das causas legítimas de preferência. São causas legítimas de preferência além de outras admitidas na lei<sup>85</sup>, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção. Porém, existindo mais do que uma causa legítima de preferência, a graduação é feita de acordo com a anterioridade da constituição do crédito, denotando-se, aqui, a prevalência enquanto característica dos direitos reais – *prior in tempore potior in iure* – em regra só excepcionada em nome da proteção de terceiros, quando em causa estejam bens sujeitos a registo, caso em que valerá a prioridade deste enquanto condição de oponibilidade.

Assim, o princípio da prioridade do registo implica que, existindo inscrições no registo de direitos incompatíveis incidentes sobre o mesmo bem, prevaleça o direito que foi inscrito em primeiro lugar, nos termos do artigo 6.º/1 do Código do Registo Predial.

No entanto, como o direito de retenção não está sujeito a registo, a sua publicidade depende apenas dos atos materiais do detentor da coisa.

Ora, da conjugação do art. 755.º/1 alínea f) e do art. 759.º/2 do CC resulta que o direito de retenção permite, ao promitente comprador, *a execução da coisa retida e o pagamento sobre o valor dela com preferência sobre os demais credores*<sup>86</sup>, nomeadamente sobre a hipoteca ainda que esta seja registada anteriormente.

O que significa, não raras vezes, que o credor hipotecário, em sede de execuções cíveis ou no âmbito do processo de insolvência movidas contra o mutuário, se depara com o direito do beneficiário da promessa de compra e venda do imóvel que obteve a tradição da

---

<sup>85</sup> Como as resultantes da separação de patrimónios ou da penhora. Ver LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art. 604.º.

<sup>86</sup> Cit. NETO, ABÍLIO – *Código Civil Anotado*, 19ª ed. reelaborada., Lisboa, Ediforum, 2016, p. 764.



coisa e que, portanto, é titular de um direito de retenção prevalecente sobre o seu crédito hipotecário. Por isso, tal solução legislativa tem suscitado dúvidas e perplexidades do ponto de vista dogmático, levantando-se, inclusivamente, a questão da sua inconstitucionalidade.

#### 4.1. Posições doutrinárias que divergem da solução legislativa

Podemos constatar que são muitas as vozes da doutrina que discordam, e bem, da solução jurídica propugnada pelo TC.

Neste sentido se pronunciou LEBRE DE FREITAS<sup>87</sup> que assume verdadeira concordância<sup>88</sup> com o direito Macaense que exclui a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, no caso do beneficiário da promessa, mantendo essa mesma prevalência apenas nas hipóteses restantes das alíneas do art. 755.º, quando esteja em causa um imóvel como objeto de tal direito<sup>89</sup>. Para mais, justifica a sua opção na constatação de o crédito do promitente-comprador não ter origem na própria coisa, como sucede com os restantes casos especiais de direito de retenção, mas *no incumprimento do mesmo contrato, com base no qual se efetuou a tradição*<sup>90</sup>. O mesmo Autor refere ainda que não é pela aquisição de expectativas por parte do promitente-comprador que o mesmo deve ter direito de retenção prevalecente sobre a hipoteca pois o nosso sistema jurídico só muito excecionalmente tutela as expectativas do terceiro adquirente<sup>91</sup>.

Assim, LEBRE DE FREITAS, apesar de compreender o porquê do direito de retenção prevalecer sobre a hipoteca nos casos plasmados no art. 755.º/1 alíneas a) a e), não assume, contudo, posição idêntica relativamente à prevalência deste direito em relação à hipoteca, quando o direito de retenção seja atribuído para garantia da indemnização por danos causados pela coisa, pois, neste caso, encontramos-nos *fora do esquema da execução do contrato, sem que se possa invocar o enriquecimento sem causa, como no caso das despesas feitas por causa da coisa*<sup>92</sup>.

É que, relativamente às restantes alíneas do art. 755.º, o direito de retenção provém da própria coisa objecto do contrato. Veja-se o caso do transportador que tem o direito de

---

<sup>87</sup> FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença», ROA, Ano 66, 2006.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>89</sup> Ver CC de Macau arts. 745º e 749º.

<sup>90</sup> FREITAS, JOSÉ LEBRE DE Ob. Cit, p. 2.

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Cit. Ibidem.

reter as coisas transportadas ou o albergueiro sobre as malas das pessoas albergadas – sempre dentro da execução do contrato que celebraram.

No caso da alínea f), o direito de retenção *garante um crédito que nem tem como causa a coisa, como nos casos do art. 754 CC, nem assenta em posse originada no mesmo facto que originou o crédito, como nos casos das alíneas a) a e) do art. 755-1 CC*<sup>93</sup>, isto é, *o dever de indemnizar não é uma mera continuação do dever de prestar, como classicamente se usava entender, nem o resultado duma simples modificação do objecto duma mesma obrigação unitária*<sup>94</sup>, mas sim uma outra norma que comporta sanções à primeira norma violada – a obrigação de prestar<sup>95</sup>.

Nestes termos, para o Autor, apenas faria sentido, em termos jurídicos, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca se o retentor realizasse despesas por causa da coisa ou se visse obrigado a reparar danos por ela causados. Neste tipo de casos, se assim não se entendesse, isto é, se mesmo assim o credor hipotecário viesse ser graduado e pago em primeiro lugar, este iria enriquecer à custa das despesas que o retentor realizou e que, obviamente, aumentaram o valor da coisa ou, pelo menos, a conservaram. Mas, fora destas situações, o Autor refere que já não é possível conceder um direito de retenção que garanta o sinal em dobro ou o aumento intercalar do valor.

Também PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA<sup>96</sup> criticam de forma muito dura a opção legislativa considerando tratar-se de uma tutela manifestamente excessiva e injusta que afeta a segurança jurídica.

Assim os citados Autores defendem que *nenhuma razão se vislumbra, antes pelo contrário, para que a pretensão indemnizatória do promitente-comprador se sobreponha aos interesses de um credor hipotecário que constituiu e registou regularmente*<sup>97</sup>.

Com efeito, os Autores indicam que apenas faz sentido manter o direito de retenção naqueles casos em que o direito de retenção é conferido para assegurar o reembolso de despesas feitas por causa da coisa, uma vez que *nestes termos, não prejudica os credores hipotecários, pois, sem as despesas realizadas por terceiro, o objecto da hipoteca ter-se-ia*

---

<sup>93</sup> Cit. Ibidem.

<sup>94</sup> Cit. Ibidem.

<sup>95</sup> Cfr. Ibidem.

<sup>96</sup> Cfr. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art. 759.º do CC.

<sup>97</sup> Cit. Ibidem, comentário ao artigo 755.º do CC.

*perdido ou deteriorado, ou não teria aumentado o valor, na hipótese de as despesas se haverem traduzido na realização de benfeitorias úteis*<sup>98</sup>.

Os Autores referem também que o direito de retenção atribuído ao promitente-comprador no caso do art. 755.º/1 alínea f), não provém de despesas feitas com a coisa e, sendo assim, o facto de ser credor privilegiado, graduando-se em primeiro face a uma hipoteca *pode absorver todo o valor desta, esvaziando por completo a garantia resultante da hipoteca*.

Além disso, advertem que as instituições financeiras que beneficiam de garantias, nesta medida esvaziadas pelo direito de retenção, tenderão *a tornar mais difícil a obtenção de crédito, encarecendo o crédito à construção e até consolidar a garantia com outras garantias adicionais, o que, inevitavelmente, prejudica as pessoas que a Lei visou proteger*<sup>99</sup>.

#### **4.2. A alegada inconstitucionalidade resultante da articulação do artigo 755.º/1 alínea f) com o artigo 759.º/2 do CC.**

Não obstante, o TC julgou, em vários Acórdãos<sup>100</sup>, pela não inconstitucionalidade da conjugação das duas normas entendendo que dela não resulta o desrespeito pelos princípios da confiança, da segurança jurídica e da proporcionalidade, ínsitos nos artigos 2.º, 18.º/1 e 62.º da CRP.

De entre os vários argumentos utilizados pelo TC, podemos destacar os seguintes:

1. A tutela das expectativas de estabilização do negócio decorrentes da circunstância de ter havido tradição da coisa<sup>101</sup>;
2. O risco assumido pelo credor hipotecário que conhece, *à priori* que se o executado não cumprir o contrato promessa objeto de *traditio*, o promitente comprador beneficia de um direito de retenção<sup>102</sup>;

---

<sup>98</sup> Cit. *Ibidem*

<sup>99</sup> Cfr. *Ibidem*, comentário ao art. 755.º do CC.

<sup>100</sup> nomeadamente: Acórdão n.º 594/03 de 3 de Dezembro de 2003, proc. N.º 745/00; Acórdão n.º 22/04 de 14 de Janeiro de 2004, proc. N.º 224/03; Acórdão n.º 356/04 de 19 de Maio de 2004, proc. N.º 606/2003; Acórdão n.º 466/2004 e 23 de Junho de 2004, proc. N.º 801/02.

<sup>101</sup> Cfr. Ac. n.º 356/04 de 19 de Maio de 2004 Proc. N.º 606/2003.

<sup>102</sup> Cfr. Acórdão 594/03 de 3 de Dezembro de 2003 Proc. 745/00.

3. A constatação de que o credor hipotecário, maioritariamente uma instituição financeira, revela muito menos fragilidade económica do que o promitente comprador, tal como foi intenção do legislador acautelar.

### 4.3. Tomada de posição

Vamos seguir de perto a doutrina de GOMES CANOTILHO<sup>103</sup> para quem o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança *andam estritamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica*<sup>104</sup>.

Para o Autor<sup>105</sup>, a segurança jurídica prende-se com a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, enquanto que a proteção da confiança exige a calculabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos.

Relativamente ao princípio da segurança jurídica no que respeita a atos normativos, o Autor indica três subprincípios que cumpre destacar<sup>106</sup>:

1. O princípio da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas, concretizador das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica;
2. O princípio da proibição de pré-efeitos de atos normativos;
3. A proibição de normas retroativas.

VEJAMOS:

Centrando-nos apenas no contrato de mútuo com hipoteca, a celebração deste e o posterior registo duma garantia hipotecária faz nascer, inevitavelmente, para o credor a confiança que, se aquele contrato não for cumprido, ele será credor privilegiado e, como tal, prioritário sobre os restantes.

Ora, podemos constatar que a garantia real, sobre a qual o credor hipotecário depositou confiança e que lhe deu a segurança para celebrar o negócio, é francamente esvaziada, *à posteriori*, pelo direito de retenção. Assim, sempre que o mutuário celebrar com um terceiro um contrato em que haja *traditio*, o direito deste prevalecerá sobre o direito do credor hipotecário.

---

<sup>103</sup> CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, p.257.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p.258 e 259.

No entanto, não podemos deixar de colocar em questão que o credor hipotecário, mesmo antes de mutuar a quantia é já capaz de calcular e prever a possibilidade de existência de um direito de retenção a favor do promitente comprador tal como está descrito nos artigos 755.º/1 alínea f) e 759.º/2 do CC, tendo, portanto, a faculdade de, perante tal hipótese, recusar a outorga do contrato.

Num caso de relevância prática, o Empreiteiro que pretenda construir um determinado edifício celebra um contrato de mútuo com a entidade bancária. Posto isto, celebra contratos promessa em que, tendo havido tradição da coisa e, perante o incumprimento imputável ao promitente vendedor, nasce um direito de retenção que prevalece, em caso de conflito, sobre a hipoteca.

Em conformidade, se por um lado podemos afirmar que o credor hipotecário pode prever a possibilidade do construtor celebrar contratos promessa com tradição da coisa que, incumpridos, fazem nascer um direito de retenção a favor do promitente comprador, por outro, não podemos esquecer que, efetivamente, o contrato de mútuo com hipoteca esvazia-se de segurança e confiança que deviam decorrer ou resultar da prioridade que naturalmente o registo confere ao direito em causa, registo que na hipoteca tem, inclusivamente, eficácia constitutiva.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, este divide-se em três *subprincípios constitutivos*<sup>107</sup>:

1. o princípio da conformidade ou adequação, isto é, a norma ou medida deverá ser *apropriada à prossecução do fim ou dos fins a ele subjacentes*<sup>108</sup>;
2. o princípio da exigibilidade, ou seja, a norma deverá, de acordo com os seus fins, prosseguir o meio menos oneroso para o cidadão;
3. o princípio da proporcionalidade em sentido restrito que funciona como que uma balança entre os dois primeiros subprincípios, decorrente da ideia de *avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim*<sup>109</sup>.

Quanto a este princípio também nos surgem dúvidas.

É que, no que diz respeito ao princípio da adequação, de facto, as normas são apropriadas ao fim que visam proteger: o facto do direito de retenção do promitente

---

<sup>107</sup> CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, p. 269 e ss.

<sup>108</sup> Cit. Ibidem.

<sup>109</sup> Cit. Ibidem.

comprador prevalecer sobre a hipoteca cria um mecanismo de tutela apto a satisfazer os interesses de um particular credor: o promitente-comprador.

E, se verificarmos o preâmbulo do DL constatamos que é nesse contexto que o legislador atua: *neste conflito de interesses, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do consumidor*<sup>110</sup>.

No entanto, de acordo com o princípio da exigibilidade, já não nos afigura possível que essa proteção dada pelo legislador ao promitente comprador (consumidor) seja o meio menos oneroso para o cidadão.

Torna-se claramente evidente que a instituição bancária, tendo conhecimento do risco que corre, tenda a aumentar as taxas de juro e as comissões de modo a compensar eventuais prejuízos, o que pode encarecer também o custo da fração que, posteriormente, o consumidor irá adquirir<sup>111</sup>, sendo, desta forma, o promitente comprador prejudicado.

Por seu turno, o legislador, ao tutelar as expectativas de aquisição do promitente-comprador com o intuito de reequilibrar a situação que o desfavorecia<sup>112</sup>, veio desequilibrar novamente a situação mas, fê-lo, pendendo o desequilíbrio para o credor hipotecário que passa de credor com uma garantia forte, a credor com uma garantia frustrada, o que desobedece ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, como escreveu e bem, ANTUNES VARELA<sup>113</sup>, numa crítica ao Decreto Lei nº 379/86, o promitente comprador pode refugiar-se no mecanismo do direito de retenção, tal como está na lei, para o incumprimento do contrato de mútuo *se o promitente-vendedor, perto do termo da construção do imóvel, verificar (como tantas vezes sucede) que não tem condições para solver o crédito da financiadora garantida (com hipoteca) e quiser ser útil e agradável aos promitentes-compradores, nada mais fácil do que permitir a ocupação dos apartamentos em vias de acabamento pelos promitentes-compradores, para que o crédito destes, resultante do não cumprimento da promessa, prevaleça sobre a garantia anterior da instituição creditícia. Mesmo que a entidade*

---

<sup>110</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei nº 379/86 de 11/11 no ponto 4.

<sup>111</sup> Cfr. LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol.I., 4a ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, comentário ao art. 755.º

<sup>112</sup> Veja-se, para mais, na exposição dos motivos, no ponto 4 do preâmbulo do suprarreferido Decreto Lei: *Tem de reconhecer-se que, na maioria dos casos, a entrega da coisa ao adquirente apenas se verifica com o contrato definitivo. E, quando se produza antes, não há dúvida de que se cria legitimamente, ao beneficiário da promessa, uma confiança mais forte na estabilidade ou concretização do negócio. A boa fé sugere, portanto, que lhe corresponda um acréscimo de segurança.*

<sup>113</sup> Cit. VARELA, ANTUNES, *Sobre o contrato-promessa*, 2.a ed., Coimbra, 1989, p.156.

*financiadora se aperceba da intenção das partes, nada mais lhe restará do que (passe a expressão) benzer-se com a canhota!”*

Assim e salvo devido respeito que é muito, por opinião contrária, as normas esvaziam o conteúdo da hipoteca e não respeitam o princípio da proporcionalidade, tal como denota LUÍS GONÇALVES, *compreende-se a séria repercussão que esta disposição produziu no mundo do direito creditório e o abalo na confiança, baseada mormente na hipoteca, já que se coloca na mão do devedor um meio quase sempre fácil e expedito de impedir o credor de fazer valer o seu direito de preferência sobre o produto da coisa hipotecada*<sup>114</sup>.

#### **4.4. Propostas para reequilibrar a posição do credor hipotecário. Posição adotada**

A doutrina avança variadas propostas para minorar os efeitos decorrentes da aplicação dos artigos 759.º/2 e 755.º/1 alínea f) do CC.

Um dos primeiros Autores a fazê-lo foi MENEZES LEITÃO.

Para o Autor o artigo 755.º/1 alínea f) deveria ser aplicado restritivamente, apenas nos casos em que o promitente comprador obteve a tradição da coisa e opte por uma indemnização pelo aumento do valor da coisa uma vez que, por esta via *o art. 755º/1 f) só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação direta com a coisa a reter*<sup>115</sup>.

Também M. PESTANA VASCONCELOS<sup>116</sup> opta por uma interpretação restritiva do artigo 759.º, defendendo que esta norma deve-se aplicar apenas a determinados promitentes compradores: aos consumidores. No seguimento desta última interpretação, o STJ já se pronunciou em sentido afirmativo nos acórdãos n.º 4/2014 e n.º 4/2019<sup>117</sup> no âmbito do processo de insolvência, matéria sobre a qual versaremos no capítulo III.

Já CALVÃO DA SILVA entende que, a justificar-se a continuação do direito de retenção tal como está na Lei, deveria, no entanto, excepcionar-se a prevalência do direito de

---

<sup>114</sup> GONÇALVES, LUÍS, *À volta do contrato de promessa*, RDES, 1987, 3, p. 331.

<sup>115</sup> Cit VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA – *Direito das Garantias*, 2a ed., Almedina, 2017, p.271 que cita LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES *Direito das Obrigações*, vol.I., 7a ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 251-254.

<sup>116</sup> Cit VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA – *Direito das Garantias*, 2a ed., Almedina, 2017, p. 374-377.

<sup>117</sup> Disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

retenção sobre as hipotecas anteriormente registadas, para evitar a *rarefação da traditio rei*.<sup>118</sup>

Outros Autores tais como LEBRE DE FREITAS<sup>119</sup> e MARGARIDA COSTA ANDRADE<sup>120</sup> defendem pelo menos *de iure condendo* o registo do direito de retenção do promitente-comprador que, assim, só prevaleceria sobre a garantia hipotecária registada em momento posterior, isto é, só prevaleceria sobre a hipoteca se o registo da tradição da coisa fosse efectuado antes do registo da hipoteca.

Noutra perspetiva, JOÃO PEDRO NUNES MALDONADO<sup>121</sup> entende que *a concessão da preferência do direito de retenção do beneficiário da promessa da transmissão que obteve a tradição da coisa em relação à hipoteca deixou de ter a sua razão, sob o ponto de vista da justiça e da utilidade social, permitindo o locupletamento daquele beneficiário*. Assim, refere ainda o Autor que deve *entender-se, (...), que o regime estabelecido no artigo 759º/2, não é aplicável às situações do direito especial de retenção consagradas no artigo 755º/1, alínea f), ambos do Código Civil*.

CLÁUDIA MADALENO<sup>122</sup>, por seu turno, considera que o direito de retenção apenas deve prevalecer sobre a hipoteca nos casos em o crédito provém de despesas efetuadas com a coisa das quais resultem no aumento do seu valor. Assim, defende a Autora que é justo, nesses casos, o credor hipotecário ser pago depois do promitente adquirente pois obsta-se, dessa forma, ao enriquecimento sem causa por parte daquele. Com efeito, refere ainda a Autora, que a prevalência absoluta do direito de retenção face à hipoteca nos termos da Lei é *arbitrária, injustificada e desproporcional*<sup>123</sup>.

Pensamos ser esta a melhor solução.

VEJAMOS.<sup>124</sup>

---

<sup>118</sup> Cit. SILVA, JOÃO CALVÃO DA – Sinal e Contrato-Promessa, 14a ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017.

<sup>119</sup> FREITAS, JOSÉ LEBRE DE – *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol.II, 2a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 777.

<sup>120</sup> Ver ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO – «A posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no caso de Insolvência do Promitente Vendedor», Julgar Online, Setembro 2016, p. 27.

<sup>121</sup> MALDONADO, JOÃO PEDRO – *O Direito de Retenção do Beneficiário da Promessa de Transmissão de Coisa Imóvel e a Hipoteca*, Julgar nº13, 2011, p.61 e 62.

<sup>122</sup> MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais*, Coimbra Editora, 200, p. 176, 178 e 214.

<sup>123</sup> Cit. *Ibidem*, p. 220.

<sup>124</sup> Raciocínio em que seguimos muito de perto LEBRE DE FREITAS, «Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença», ROA, Ano 66, 2006, p.2.



De facto, segundo o disposto no art. 754.º, o direito de retenção nasce sempre que haja conexão entre o crédito e despesas feitas por causa da coisa ou danos por ela causados, ou, em casos em que esta conexão se dilui e então temos os casos específicos do 755.º.

Nas alíneas a), b), c), d) e e) do 755.º/1 do CC *há identidade de origem das duas dívidas: dívida de entrega de coisa; dívida de indemnização*<sup>125</sup>, o que já não acontece no 755.º/1 f). Nesta alínea, o crédito do promitente comprador tem origem no incumprimento do contrato pelo que temos, então aqui, uma norma puramente artificial e, por isso acreditamos que o art. 755.º/1 alínea f) nada tem a ver com os restantes casos específicos, ainda que possamos ter coincidência de realidades como no caso da realização das benfeitorias que o promitente comprador realizou e com as quais o credor hipotecário se enriqueceria.

Mas o mesmo já não se pode conceber quando a satisfação de um direito a uma indemnização por incumprimento colida diretamente com o crédito garantido com hipoteca, graduando-se acima desta.

Não nos parece, contudo, ser de sufragar a posição que faz depender a prevalência do direito de retenção da anterioridade do seu registo ou da eventual possibilidade do registo da *traditio*, apesar de genericamente nos parecer a solução mais justa do ponto de vista da proteção de terceiros. Na prática, parece ser evidente que o mútuo com hipoteca precede sempre a verificação dos pressupostos para a constituição do direito de retenção pois o construtor não dispõe de meios para começar a construir (caso contrário, não celebraria o contrato de mútuo). A tradição ocorre, regra geral, quando o edifício já está numa fase avançada. Ou seja, tanto a celebração dos contratos-promessa, como, por maioria de razão, a tradição da coisa, ocorrem *à posteriori*, depois da constituição da hipoteca (para a qual é condição de validade o registo), pelo que, o registo posterior do direito de retenção, de pouco ou nada adiantaria como critério de graduação

Desta forma, pensamos que o melhor caminho seria uma revisão legislativa que retirasse, ou pelo menos definisse com clareza o âmbito da prevalência do artigo 759.º/2 e ainda que clarificasse o lastro de aplicação do artigo 755.º/1 alínea f) de maneira a proteger o interesse de certa categoria de promitentes, sem, no entanto, desconsiderar a posição de

---

<sup>125</sup>Cit. Ob. Ibidem.

terceiros a quem o direito de retenção afeta, bem como certos valores essenciais para o próprio comércio jurídico.

### ***Capítulo III - O direito de retenção do promitente-comprador no âmbito da Insolvência do promitente-vendedor***

Versamos agora numa das temáticas que mais interesse prático revela e, também por isso, maior discussão tem gerado, ou seja, o problema da atribuição do direito de retenção ao promitente comprador no âmbito da insolvência do promitente-vendedor, com a consequente prevalência, tendo em conta o valor da coisa retida, sobre qualquer outro crédito, nomeadamente sobre o crédito garantido com hipoteca que sobre ela incida.

Como vimos anteriormente, muitas vezes (a maioria, diga-se) o construtor financia-se junto de um Banco para adquirir os meios necessários para a construção do edifício, que posteriormente e uma vez constituído este em propriedade horizontal, pretende alienar. E, também a maioria das vezes, o Banco para financiar o mútuo impõe uma série de condições e garantias, entre elas a hipoteca do edifício.

Assim, o mútuo com hipoteca garante ao Banco que, caso o devedor deixe de poder solver os seus compromissos, caindo numa situação de insolvência, o financiador possa, por força da hipoteca, ver o seu crédito prevalecer e, nessa medida, ser pago pelo valor da coisa com preferência sobre todos os restantes credores.

No entanto, como também constatámos noutro âmbito, este quadro prático nem sempre acontece, já que é igualmente frequente, depois de concedido o mútuo, que o empreiteiro celebre contratos-promessa com os futuros adquirentes das frações autónomas do edifício. Ora, caso o promitente-comprador seja declarado insolvente antes de cumprir, quer o contrato de mútuo, quer o contrato-promessa, temos duas garantias em conflito, caso se entenda que também aqui o promitente-comprador goza de direito de retenção<sup>126</sup>: por um lado, a hipoteca, que garante o mútuo e, por outro lado, o direito de retenção, que garante o pagamento da indemnização resultante do não cumprimento do contrato promessa.

---

<sup>126</sup> Conforme dispõe o art. 755.º/1 alínea f) do CC goza de direito de retenção *o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º.*

## 1. O regime do CIRE

É sabido que a declaração de insolvência produz diversos efeitos (necessários ou eventuais) sobre as relações jurídicas de natureza patrimonial do devedor/insolvente.

Neste sentido, o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (doravante designado por CIRE), elenca um conjunto de efeitos sobre as pessoas e sobre o património do devedor, entre os quais, para o que nos interessa, encontram-se plasmados os efeitos sobre os negócios em curso, nos arts. 102.º e ss. do mesmo diploma legal.

O art. 102.º do CIRE prevê um princípio geral segundo o qual os negócios em curso ficam suspensos até o Administrador da Insolvência optar por cumprir ou recusar o seu cumprimento. Como refere LUÍS MENEZES LEITÃO, a concessão deste direito (potestativo) de opção ao Administrador de Insolvência, “*resulta do facto de a insolvência consistir numa impossibilidade geral de cumprimento das obrigações, que justifica a adopção de medidas em defesa dos credores. Ora, se o insolvente se visse forçado a cumprir negócios em curso, os pagamentos que efetuasse beneficiariam uns credores em detrimento de outros (...).*”<sup>127</sup>.

São, assim, pressupostos do art. 102.º do CIRE: 1) a existência de um contrato bilateral; 2) em que, na data de declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento; 3) e que esse incumprimento seja devido tanto ao insolvente como à contraparte. Sendo assim, o contrato fica suspenso, durante um prazo razoável, para que o Administrador da Insolvência exercer o poder de opção, findo o qual, se considera recusado o respetivo cumprimento.

No caso de o Administrador de Insolvência recusar o cumprimento do negócio, este artigo prevê determinadas consequências (102.º/3 alíneas a), b), c) e d) do CIRE) que podem ser modificadas dependendo da natureza do contrato, devendo, por isso, ser articuladas com as restantes regras do contrato específico como acontece com o contrato-promessa de compra e venda, plasmado no art. 106.º do mesmo diploma legal.

Por conseguinte, o art. 106.º do CIRE estabelece uma norma especial dispondo que, no caso de promessa de contrato em que o promitente-vendedor seja a pessoa insolvente, o AI não pode recusar o seu cumprimento, estando, portanto, obrigado a celebrar o contrato

---

<sup>127</sup> LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES – *Direito da Insolvência*, 9ª ed, Almedina, p. 172.

definitivo se esse contrato-promessa tiver eficácia real e já tiver havido *traditio* da coisa a favor do promitente-comprador.

A questão que aqui se coloca, já muito discutida pela doutrina é a de saber se, fora dos casos em que o Administrador de Insolvência não pode recusar o cumprimento do contrato-promessa por este ter eficácia real e tiver havido tradição da coisa, quais são as normas que regem o incumprimento e fixam a respetiva indemnização. Trata-se, pois, de perceber se serão as disposições do CIRE, em concreto os arts. 106.º/2 e 104.º/5, ou as normas civilísticas do art. 442.º e 755.º/1 f) que se aplicam no caso de haver sinal e o promitente-comprador ter recebido a tradição da coisa que é objeto do contrato incumprido.

As consequências jurídicas que decorrem da aplicação de um ou outro diploma são bastantes distintas. Pelas normas do CIRE, na possibilidade de o contrato não ter eficácia real e não ter havido a tradição da coisa, o promitente-comprador tem o direito a um crédito com base na diferença, se positiva, entre o montante das prestações até final do contrato e o valor da coisa na data da recusa, como dispõe o art. 104.º/5, sem possibilidade de recorrer ao direito de retenção, uma vez que o direito de opção do Administrador da Insolvência não leva ao incumprimento imputável à outra parte. Pela aplicação das normas civilistas, então o promitente-comprador terá, no caso de promessa com tradição da coisa, o direito de retenção e o direito ao dobro do sinal, conforme dispõem os arts. 755º/1 f) e 442º do CC. Assim, na primeira hipótese, não haverá sequer lugar ao surgimento do direito de retenção concedido pela al. f) do art. 755.º na medida em que decorre expressamente de tal disposição que esse direito é atribuído para garantir o “crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442.º.”

Pretendemos, aqui também, abordar e tanto quanto possível dar resposta a esta questão.

## **2. O Acórdão nº 4/2014**

O STJ, no Acórdão 4/2014, fixou jurisprudência no seguinte sentido:

“No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do

administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil”.<sup>128</sup>

A questão jurídica em análise no STJ é saber se, no âmbito de um processo de declaração de insolvência, o crédito indemnizatório decorrente da não celebração, pelo Administrador da Insolvência, de um contrato-promessa sinalizado e com eficácia meramente obrigacional em que houve *traditio* da coisa prometida, deve admitir-se garantido pelo direito de retenção, previsto no artigo 755º/1 alínea f) do Código Civil e, em consequência, este crédito ser graduado acima do crédito garantido com hipoteca ou se, ao invés, aplicando-se o constante nos artigos 102º, 106º e 119º do CIRE, e atendendo a que o AI tem a possibilidade de executar ou não executar o contrato promessa, optando pelo não cumprimento deste, o promitente-comprador terá direito apenas a exigir como crédito sobre a insolvência o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada, passando o promitente-comprador, desta forma, a figurar como credor comum prevalecendo, assim, o crédito garantido com hipoteca.

### **3. Os fundamentos do Supremo Tribunal de Justiça e a sua eventual refutação**

- 1) A decisão do STJ, vinculado às alegações do recorrente e, em consideração pela resposta do recorrido, debruça-se sobre as seguintes problemáticas, a saber:<sup>129</sup>
  1. O direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato-promessa.
  2. Direito de retenção e hipoteca: razões da sua atribuição e conseqüente prevalência.
  3. O contrato-promessa de compra e venda de imóveis no âmbito do CIRE.
  4. Análise crítica dos momentos mais relevantes da tese contrária.
  5. Implicações constitucionais desta problemática.

Quanto ao primeiro ponto, o STJ refere que, relativamente à decisão sobre o concurso entre ambos os direitos, a doutrina demonstra-se efetivamente dividida, mas que, pese embora esse facto, a maioria tende a optar pela prevalência do direito de retenção em desfavor da hipoteca.

Assim, em conformidade com a decisão da Primeira Instância, *daí que se imponha com particular acuidade defender o mais possível o exato cumprimento do contrato e que*

---

<sup>128</sup> Sumário do Ac. 4/2014.

<sup>129</sup> Cit. Acórdão 4/2014, página 8.

*a execução específica não resulte inoperante mercê da alienação da coisa a terceiro, quando a promessa se encontre destituída de eficácia real. Nessa mesma linha se concede o direito de retenção sobre ela. (...) Pode admitir-se que há transmissão da posse do promitente vendedor para o promitente-comprador, não por via do contrato-promessa mas por força do acordo negocial da traditio e da efetiva entrega da coisa. Neste caso o promitente-comprador que recebe a coisa e a usa como se fosse sua praticando sobre ela os atos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade, é um verdadeiro possuidor em nome próprio”; daí a concessão e prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca que recaía igualmente sobre as frações.*

Desta forma, segundo este douto entendimento, ao crédito resultante de um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional com entrega da coisa prometida ao promitente comprador, assiste o privilégio do direito de retenção, sob pena de, a não ser assim, a norma do 830.º do CC. não operar, resultando, pois, que o contrato é sempre que ainda possível, para se cumprir.

Acresce que, quando há a *traditio*, o promitente-comprador passa a tratar a coisa prometida com o *animus* de um verdadeiro possuidor, criando-se no seu espírito que apenas falta o cumprimento formal do negócio estando inteiramente cumprido o mesmo quanto ao seu objeto.

Relativamente à segunda questão, o STJ entende que o direito de retenção não é um direito de cariz oculto uma vez que, havendo tradição da coisa, a publicidade é ainda mais visível pois o promitente-comprador passa a usar e a gozar da coisa atuando como se fosse o dono dela, entendendo que, por este facto, está justificado o art. 755.º/1 al. f) ao conferir tutela ao promitente-comprador que tenha obtido a *traditio rei*. Assim, a confiança do promitente-comprador permite-lhe que ele aja com *animus possidendi* porque lhe foi entregue a coisa sendo este facto, segundo o STJ, que ser protegido e, no caso, só o poderá ser através da aplicação da norma atinente ao direito de retenção e da norma que gradua este direito acima da hipoteca.

A terceira questão relativa ao contrato-promessa de compra e venda de imóveis no âmbito do CIRE é também respondida pelo STJ, dizendo, para tanto, que, no âmbito do CIRE, quanto aos negócios em curso no âmbito da declaração de insolvência, se aplica o disposto no artigo 102.º, podendo o AI optar pelo seu cumprimento ou pelo incumprimento. No que concerne ao contrato promessa com eficácia real e com tradição da coisa, é pacífico

que se aplica o art. 106.º do mesmo diploma. Mas, já no que diz respeito ao contrato-promessa de compra e venda com eficácia meramente obrigacional em que houve a entrega da coisa, haverá lugar à aplicação das normas do artigo 442.º e do artigo 754.º e 755.º do CC e não às normas constantes dos artigos 102.º e 106.º do CIRE.

VEJAMOS.

No que respeita ao art. 106.º do CIRE, o STJ refere que este artigo não faz menção à situação do caso *sub judice*, isto é, aos contratos de promessa meramente obrigacionais em que há tradição da coisa, havendo, portanto, um vácuo jurídico na regulamentação.

Assim sendo, o STJ entende que deve estabelecer-se um paralelo deste artigo com o plasmado no 104.º/1 do CIRE que, nas palavras do STJ, encontra razão de ser no facto de *a forte expectativa que a traditio criou no promitente-comprador quanto à solidez do vínculo. Cimentada esta confiança, e “corporizada” destarte a posse, existe, na prática, do lado do adquirente um verdadeiro animus de agir como possuidor, não já nomine alieno mas antes em nome próprio; a partir do momento em que o insolvente entregou as chaves dos prédios ao promitente-comprador, materializou a intenção de transferir para este os poderes sobre a coisa, faltando apenas legalizar uma situação de facto consolidada.*<sup>130</sup>

Conclui o STJ que *parificada tal situação com as hipóteses do efeito real dos contratos em termos de impedir a resolução respectiva, poderá assentar-se em que o incumprimento dá assim origem ao despoletar do “direito de retenção” a que se reporta o artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil viabilizado pela interpretação a que acima fizemos referência no tocante ao artigo 106º, pelo que assim sendo subsiste a preferência a que aludimos.*<sup>131</sup>

Assim, opta o STJ, como aliás já foi referido, pela aplicação das regras civilistas em detrimento das normas do CIRE.

Para mais, refere que o artigo 106.º/2 se aplica *apenas ao contrato promessa com efeito obrigacional e em que não tenha havido aquela tradição ao promitente-comprador. Só aqui, e a menos que uma das partes tenha cumprido integralmente a sua obrigação, poderá o administrador optar por cumprir ou recusar a execução do contrato*<sup>132</sup>, aplicando-se então, segundo o STJ, o disposto no artigo 102.º do CIRE.

---

<sup>130</sup> Cit. Acórdão nº 4/2014, página 13.

<sup>131</sup> Cit. Ibidem, página 13.

<sup>132</sup> Cit. Ibidem, página 15.



O STJ discorre ainda sobre o art. 97.º do CIRE salientando que *se reporta à extinção de privilégios creditórios e garantias reais, com a declaração de insolvência, não enumera “o direito de retenção” no elenco dos extintos.*<sup>133134</sup>

Desta forma, o STJ conclui, nos termos já expostos, por afastar as normas do CIRE e, por essa via, aplicar as normas referentes ao contrato-promessa e os efeitos do incumprimento de tal contrato decorrentes do art.422.º/2 do CC, mantendo o crédito privilegiado com a retenção, conforme o plasmado no art. 759.º do CC.

Quanto ao último ponto, isto é, as implicações constitucionais desta problemática, o STJ desconsidera *que a interpretação segundo a qual o âmbito do artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil se restringirá aos casos em que o promitente-comprador seja um consumidor viola a Constituição da República designadamente os princípios da segurança jurídica ínsito no princípio do Estado de Direito democrático constante do artigo 2º da Constituição da República, igualdade, proporcionalidade e confiança, pois, desde logo, não se pode tratar de uma forma igual aquilo que à partida é desigual e acresce ainda o facto de o legislador no seu poder-dever de corrigir desequilíbrios e tomando em linha de conta os interesses e riscos em presença, entendeu propender para a proteção da parte mais débil, o promitente-comprador, face ao credor hipotecário, desde que aquele tivesse entregue ao outro outorgante o sinal e obtido a tradição do objeto do contrato.*<sup>135</sup>

Desta forma, segundo o STJ, o AI pode recusar o cumprimento do contrato uma vez que só não poderá fazê-lo no caso de o contrato-promessa ser de natureza real e em que haja a tradição da coisa (art. 106.º/1 do CIRE) mas, do não cumprimento, resvalam consequências plasmadas não no CIRE, por omitir tal dispositivo legal a respetiva regulamentação, mas sim no CC.

Assim, quanto à indemnização do promitente-comprador, o STJ admite que, uma vez que esta situação (contrato-promessa de compra venda sinalizado com tradição da coisa, sem registo) não tem regulação especial, sendo, por esse facto, omissa na legislação, deve fazer-se uma interpretação restritiva do artigo 106.º/2 do CIRE, por não se encontrar este

---

<sup>133</sup> Adiante-se ainda que, como bem salienta o recorrente, bastaria, caso contrário, que uma empresa promitente vendedora e incumpridora do contrato, se apresentasse à insolvência para evitar as consequências do incumprimento.

<sup>134</sup> Cit. Ibidem, página 15.

<sup>135</sup> Cit. Acórdão 4/2014 página 15.

caso em específico diretamente ali abrangido, devendo, por isso, aplicar-se o art. 442.º do CC por analogia.<sup>136</sup>

A outra questão em que o STJ fixou Jurisprudência e em que a maioria dos votos de vencido incidu foi no facto de o Douto Tribunal cingir a aplicação do privilégio do direito de retenção ao promitente-comprador se este tiver a qualidade de consumidor, isto é, independentemente de se tratar de um crédito indemnizatório por incumprimento do contrato-promessa contra a massa insolvente ou contra um faltoso promitente-vendedor. O STJ fundamentou, para este efeito, que a restrição se justifica por razões de proporcionalidade assim como pela lógica do DL n.º 379/86 de 11 de novembro, que veio reforçar a posição jurídica do promitente-comprador que fosse consumidor onde se alude “à lógica da proteção do consumidor”, o que permitiu inferir que *o mais recente Diploma que alterou o regime do contrato-promessa, tenha vindo balizar o âmbito e o funcionamento do «direito de retenção» nestes casos*<sup>137</sup>.

Bem assim, o STJ alinhou o seu raciocínio na perspetiva de proteger aquela que entende ser a parte mais fraca do negócio, isto é, visou os casos em que o promitente-comprador fosse aquele cujo objetivo da promessa de compra e venda fosse a aquisição de habitação própria.

No entanto, a doutrina, após o Douto tribunal ter proferido decisão que incluía a restrição do direito de retenção ao promitente-comprador consumidor, questionou qual a noção de consumidor subjacente àquele conceito e, neste âmbito, apresentou duas diferentes soluções. Para uns, o conceito devia restringir-se aos casos em que o promitente-comprador destinasse o bem a uso particular (não profissional), ou seja, àqueles que adquirem o imóvel para habitação. Para outros, o conceito de consumidor deveria ser entendido em termos amplos no sentido em que tanto estariam abrangidos os promitentes-compradores que destinam o imóvel à habitação, como os que destinam o imóvel a fim particular, retirando os casos em que os promitentes-compradores adquiram o bem para posterior revenda ou locação.

---

<sup>136</sup> Cfr. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, página 381.

<sup>137</sup> Cit. ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO – «*A posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no caso de Insolvência do Promitente Vendedor*», Julgar Online, Setembro 2016, p. 20.

Embora nos anos seguintes os Tribunais tenham optado pela interpretação restritiva<sup>138</sup>, a verdade é que as dúvidas continuavam a surgir na doutrina e, por essa razão, o STJ fixou jurisprudência, procurando dissipar as dúvidas sobre a noção de consumidor que subsistiam até então. Assim, fixou jurisprudência no seguinte sentido<sup>139</sup>: “Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de traditio, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa.”<sup>140</sup>

O STJ decidiu, como verificamos, por uma interpretação restritiva da noção de consumidor e fundamentou a sua decisão com base na segurança jurídica que oferece a noção restrita de consumidor, uma vez que *o conceito amplo de consumidor quando aplicado em concreto, não é isento de dificuldades interpretativas, pois para efeitos de exclusão do direito de retenção nem sempre será fácil saber quando é que o bem prometido comprar se destina a revenda ou a locação, e em que momento essa intenção deve ser aferida*<sup>141</sup>.

Por outro lado, o STJ defende que a amplitude da noção de consumidor que corresponderia a englobar os promitentes-compradores que destinem o imóvel a revenda e a locação, levaria a uma delimitação do conceito que discriminaria um tipo de actividades face a outras actividades económicas. Por isso, o STJ decidiu que *de um ponto de vista da identidade valorativa das soluções jurídicas, não se compreenderá muito bem a razão pela qual o promitente-comprador que pretenda destinar o imóvel prometido-comprar ao mercado do arrendamento ou do alojamento de turistas, fazendo disso a sua atividade económica, não possa beneficiar do direito de retenção, mas qualquer outro que destine o imóvel a uma diferente atividade profissional já beneficie desse direito*<sup>142</sup>.

## 2) Eventual Refutação

---

<sup>138</sup> Veja-se o Acórdão de 18.09.2018, no proc. n.º 1210/11.0TYVNG-D.P1.S1; o Acórdão de 13.07.2017, no proc. n.º 258/13.5TBPTL-C.G1.S1; o Acórdão de 11.05.2017, no proc. n.º 1308/10.2T2AVR-R.P1.S1; e o Acórdão de 17.11.2015, no proc. n.º 21/10.5TBSPS-C.C1.S1.

<sup>139</sup> Sumário do ac. STJ n.º 4/2019.

<sup>140</sup> Sublinhado nosso.

<sup>141</sup> Cit. Ac. n.º 4/2019.

<sup>142</sup> Cit. Ac. n.º 4/2019.

A doutrina também se mostra dividida na aplicação das normas e análise, propendendo, em boa parte, para a aplicação das normas do CIRE.

Uma das teses que encontramos acerca da prevalência das normas do CIRE em detrimento das normas do CC é a de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS<sup>143</sup>, que defende que o cálculo da indemnização, quando haja sido pago o sinal e tendo havido *traditio rei* a que se refere o contrato prometido, deverá ser feito em consonância com as regras do CIRE e não de acordo com o art. 442.º do CC.

Para o Autor, o art. 442.º/2 do CC implica a recusa de cumprimento imputável à outra parte, pelo que, assim sendo, a opção do AI não deve ser reconduzida à imputação da culpa à contraparte, por ser uma opção lícita e, portanto, não imputável em termos de culpa. Neste sentido, o Autor refere que devemos *distinguir a situação de insolvência e a opção do administrador da insolvência. Esta é posterior à própria declaração de insolvência (e, portanto, à situação de insolvência)*<sup>144</sup>. Sendo assim, na esteira do mesmo autor, *o mesmo raciocínio levamos a afastar a possibilidade do promitente-comprador exigir a restituição do sinal em dobro. O art. 442.º,2 do CC reconhece esse direito ao promitente-comprador se houve não cumprimento do contrato devido ao promitente vendedor. E isso não parece existir em caso de recusa do cumprimento por parte do AI*<sup>145</sup>.

O Autor indica que só em caso de se verificar incumprimento do contrato-promessa antes da declaração de insolvência é que se aplicam as normas constantes dos artigos 422.º/2 e 755.º/1 al. f) do CC, já que não foi a insolvência, em si mesma, que deu causa ao incumprimento do contrato que o insolvente celebrou com a outra parte<sup>146</sup>.

O Autor defende, assim, que o promitente-comprador apenas terá direito à indemnização calculada por remissão do art. 106.º/2 para o 104.º/5 e deste para o 102.º/3 al. c) do CIRE, ou seja, *a outra parte tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada*<sup>147</sup>, isto é *tem como objecto o pagamento da diferença, se positiva, entre o valor da coisa na data da recusa (...) e o valor que deveria ser pago por essa coisa, atualizado para a data da declaração de insolvência. (...). Tendo*

---

<sup>143</sup>Neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, página 185.

<sup>144</sup> Ob. Cit. p. 189.

<sup>145</sup> Ob. Cit. p. 190.

<sup>146</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 190.

<sup>147</sup> Cit. art. 102.º/3 al. c) do CIRE.

*sido pago o sinal, o valor a ele correspondente deve ser subtraído ao valor que ainda deveria ser pago*<sup>148</sup>.

Também MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO se debruçaram sobre o assunto<sup>149</sup> e cingiram-se à questão de saber se o promitente-comprador beneficia de direito de retenção como garantia do crédito<sup>150</sup> e qual a pretensão indemnizatória que lhe cabe.

No entendimento dos Autores, o novo CIRE *veio transformar o paradigma português da insolvência, privilegiando a segurança dos credores e, por isso, operando uma reponderação da graduação dos créditos*<sup>151</sup> e, nessa medida, o legislador criou dois regimes jurídicos para os contratos-promessa (e não três como refere o Douo Tribunal).

Neste sentido, os Autores indicam que no que ao contrato-promessa diz respeito, podemos retirar dois regimes do CIRE: por um lado, quando à promessa que tenha eficácia real em que havido tradição da coisa, o Administrador da Insolvência não pode recusar o cumprimento do contrato (106.º/1 do CIRE); por outro, *todos os demais (aqueles em que não se verificarem cumulativamente os três requisitos do art. 106.º/1 — eficácia real, tradição da coisa e ser o insolvente o promitente-vendedor) estão sujeitos ao princípio geral segundo o qual cabe ao administrador de insolvência decidir pelo cumprimento ou não do contrato prometido*<sup>152</sup>.

Os Autores constatarem ainda que *se assim não fosse, a norma falimentar do n.º 2 do art. 106.º não teria razão de ser, porquanto sempre seria aplicável a lei civil à tutela do promissário; nesse caso, o legislador puramente estabeleceria o direito de o administrador de insolvência não cumprir o contrato-promessa, sem se preocupar com regular, em lei especial, uma solução indemnizatória própria (o regime dos arts. 102.º e 104.º/5 CIRE). É certo que a remissão “com as necessárias adaptações” para o cálculo indemnizatório regulado no n.º 5 do art. 104.º CIRE (por sua vez, remetendo para a regra ressarcitória do*

---

<sup>148</sup> Ob. Cit. p. 191.

<sup>149</sup> ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO – «A posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no caso de Insolvência do Promitente Vendedor», Julgar Online, Setembro 2016.

<sup>150</sup> Cfr. ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO – «A posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no caso de Insolvência do Promitente Vendedor», Julgar Online, Setembro 2016, p. 1.

<sup>151</sup> Cit. Ibidem.

<sup>152</sup> Cit. Ibidem, p. 12.

*n.º 3 do art. 102.º CIRE) não contempla especificamente a devolução do sinal, mas apenas a diferença entre as prestações das partes<sup>153</sup>.*

Na mesma perspetiva de recusa lícita de cumprimento do contrato-promessa por parte do Administrador da Insolvência encontramos a posição de NUNO PINTO DE OLIVEIRA e CATARINA SERRA.

Estes autores defendem, igualmente por esta via, que não deve ser reconhecido um direito de retenção ao promitente-comprador em sede de insolvência quando o contrato promessa seja obrigacional, independentemente da tradição da coisa uma vez que *esta possibilidade resulta evidente do n.º 1, a contrario, do art. 106.º do CIRE, que não permite a recusa de cumprimento apenas quando estejam reunidos três requisitos: o contrato-promessa tenha eficácia real, o promitente-vendedor seja o insolvente e tenha havido tradição a favor do promitente-comprador. Nos casos restantes, pode existir recusa, aplicando-se então o disposto no n.º 2 do art. 106.º e, por remissão deste, o n.º 5 do art. 104.º e, finalmente, o n.º 3 do art. 102.º do CIRE<sup>154</sup>.*

Quanto à indemnização por não cumprimento do contrato-promessa, estes Autores entendem que o promitente-comprador não tem direito à restituição do sinal em dobro uma vez que, tendo em consideração que o regime aplicável a estes contratos (obrigacionais) é o da recusa lícita de cumprimento do contrato, plasmado no art. 102.º do CIRE e, se assim não fosse, seria uma *autêntica contradição teleológica* aplicar-se o regime do art. 442.º que se traduz, sempre, numa culpa do devedor e num incumprimento imputável à outra parte<sup>155</sup>.

Assim, concluem os Autores, tal como MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO que o promitente-comprador terá um direito de crédito calculado com base na diferença de valor entre as prestações, como dispõe o art. 104.º/5 do CIRE (aplicável por remissão do art. 102.º/3 do mesmo diploma legal)<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Cit. *Ibidem*, p. 14.

<sup>154</sup> Cit. *Insolvência e Contrato Promessa: Os Efeitos da Insolvência Sobre o Contrato-Promessa Com Eficácia Obrigacional*, Revista da Ordem dos Advogados, Tomo I/IV - Janeiro/Dezembro 2010 - págs. 395 a 440.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

#### 4. Tomada de posição

Postas em evidência as claras contradições entre o Douto Acórdão e alguma parte da doutrina passamos agora à posição que, salvo o devido respeito, que é muito, por opinião contrária, pensamos ser a mais adequada tendo em conta dois critérios: o direito positivo e o intuito do legislador.

De acordo com o direito positivo, consideramos que as normas (imperativas)<sup>157</sup> pelas quais se devem reger os negócios em curso, no âmbito da insolvência, são as plasmadas nos arts. 102.º a 119.º do CIRE, *sedes materialis* do regime da insolvência e à qual o legislador quis dar o ponto de referência sobre o conteúdo de qualquer efeito da insolvência.

Como refere o art. 106.º do CIRE, se depois de declarada a insolvência, um dos negócios em curso for o contrato-promessa, temos um de dois caminhos. Vejamos.

No caso em que o contrato prometido tenha eficácia real e exista tradição (material) da coisa objeto do contrato – o Administrador da Insolvência não pode recusar a celebração do contrato definitivo, como indica o art. 106.º/1 do CIRE. Se, assim não for, isto é, o contrato prometido revestir natureza obrigacional, independentemente da tradição da coisa, o Administrador da Insolvência já pode optar, nos termos do art. 102.º, pela recusa ou cumprimento do contrato. Se optar pela recusa, aplicar-se-á o disposto no art. 106.º/2 que, por sua vez, remete para o 104.º/5, para se verificar em que termos se vai apurar o crédito devido ao promitente-comprador. Assim, o crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa será o da diferença, se positiva, entre o montante das prestações previstas até ao final do contrato e o valor da coisa à data da recusa.

Esta opção lícita de cumprir ou não cumprir contrato resulta, *à contrario sensu* do plasmado no art. 106.º/1 do CIRE. Assim, podemos constatar que, com a recusa lícita do cumprimento do contrato-promessa por parte do Administrador da Insolvência, não pode resultar num direito de retenção para o promitente-comprador, desde logo porque falha o requisito da imputação da culpa à contraparte, plasmado no art. 755.º/1 al. f) do Código Civil. E, por assim ser, a consequência é que falhe também os termos da indemnização do art. 422.º, nunca podendo o promitente-comprador receber o dobro do sinal prestado.

Em conformidade, neste campo, concordamos com o voto de vencido do Exo. Juiz Conselheiro Fonseca Ramos que defende que a recusa lícita do administrador da insolvência

---

<sup>157</sup> Segundo o disposto no art. 119.º do CIRE.

*não exprime incumprimento de tal contrato mas “reconfiguração da relação” e que, por isso, não é de aplicar o art 442.º do CC que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa, neste caso fccionando que a que incumpre seria o administrador da insolvência na veste do promitente ora insolvente<sup>158</sup>.*

Por outro lado, temos de concluir que, face ao atual regime do CIRE e, ao contrário do que antigamente plasmava o CPEREF<sup>159</sup>, prevê-se agora, atento o disposto no art. 102.º e 106.º do CIRE que o Administrador da insolvência pode optar pelo cumprimento ou não cumprimento dos negócios em curso, sendo que, no que especificamente respeita ao contrato-promessa, só assim não será, tendo o administrador da insolvência que obrigatoriamente cumprir o contrato, se existir tradição da coisa e o contrato revestir natureza real. Ora, esta situação é devidamente acautelada pelo relatório preambular do CIRE, nos termos seguintes: “O capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo do CPEREF. Ele é objecto de uma extensa remodelação, tanto no plano da forma como no da substância, que resulta de uma mais atenta ponderação dos interesses em causa e da consideração, quanto a aspectos pontuais, da experiência de legislações estrangeiras. Poucas são as soluções que se mantiveram inalteradas neste domínio. De realçar é desde logo a introdução de um «princípio geral» quanto aos contratos bilaterais, que logo aponta para a noção de «negócios em curso» no âmbito do processo de insolvência: deverá tratar-se de contrato em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento tanto pelo insolvente como pela outra parte. O essencial do regime geral disposto para tais negócios é o de que o respectivo cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento. Vários outros tipos contratuais são objecto de tratamento específico, surgindo diversas e relevantes inovações nos domínios da compra e venda, locação, mandato, entre outros. O capítulo termina com uma importante norma pela qual se determina a nulidade de convenções que visem excluir ou limitar a aplicação dos preceitos nele contidos. Ressalvam-se, porém, os casos em que a situação de insolvência, uma vez ocorrida, possa configurar justa causa de resolução ou de denúncia do contrato em atenção à natureza e conteúdo das prestações

---

<sup>158</sup> Cit. Declaração de voto, Ac. 4/2014.

<sup>159</sup> O art. 164-A n.º1 do citado diploma referia que o contrato promessa com eficácia meramente obrigacional, “que se encontre por cumprir à data da declaração de falência, extingue-se com esta, com perda do sinal entregue ou restituição em dobro do sinal recebido, como dívida da massa falida consonante os casos”.



contratuais, o que poderá suceder, a título de exemplo, no caso de ter natureza infungível a prestação a que o insolvente se obrigara.”

Desta forma, podemos constatar que o legislador, pensadamente, quis retirar o preceito quanto aos contratos-promessa obrigacionais e, nesse sentido, colocar na disposição do Administrador da Insolvência a opção de cumprir ou não cumprir o contrato, cujo tratamento deve ser dado, assim, por inteiro no CIRE.

Por conseguinte, também não podemos concordar, salvo o devido respeito, que é muito, com o STJ quando refere que *forte expectativa que a traditio criou no promitente-comprador quanto à solidez do vínculo. Cimentada esta confiança, e “corporizada” destarte a posse, existe, na prática, do lado do adquirente um verdadeiro animus de agir como possuidor, não já nomine alieno mas antes em nome próprio; a partir do momento em que o insolvente entregou as chaves dos prédios ao promitente-comprador, materializou a intenção de transferir para este os poderes sobre a coisa, faltando apenas legalizar uma situação de facto consolidada.*<sup>160</sup>, uma vez que, como verificamos no ponto 3. do Capítulo II, o promitente-comprador não age com *animus* de um verdadeiro possuidor, porque sabe, de antemão, que não é ele o verdadeiro proprietário, mantendo-se só o *corpus*, tal como ensina, e bem VARELA<sup>161</sup> (...) *o promitente-comprador investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa.*

Por esta via, concordamos com MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, assim como com NUNO OLIVEIRA E MARGARIDA SERRA e defendemos que *in casu*, a culpa do devedor não existe porque o promitente-vendedor não cumpre *porque (já) não deve ou porque (já) não pode*<sup>162</sup> e, por outro lado, não será imputável ao devedor pois, o Administrador da Insolvência pode, licitamente, pelo regime insolvencial, recusar o cumprimento do contrato (um direito potestativo)<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Cit. Acórdão n.º 4/2014, página 13.

<sup>161</sup> In Revista de Legislação e Jurisprudência no 128 P.146

<sup>162</sup> Cit. Ibidem.

<sup>163</sup> Ibidem.

Quanto à indemnização, concordamos *in totum* com os Autores suprarreferidos. A Lei toma posição clara. Nos casos em que o Administrador da Insolvência possa decidir se cumpre ou não cumpre o contrato (neste caso, o contrato-promessa obrigacional, independentemente de ter havido *traditio rei*), o crédito do promitente-comprador será regulado pela norma especial do 106.º/2 do CIRE, isto é, à *recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador da insolvência é aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 104.*<sup>164</sup> que resulta num crédito pela diferença, se positiva, entre o montante das prestações e o valor da coisa à data da recusa.

Por último, a questão da interpretação restritiva a que se refere o Douto Acórdão, pautando pela aplicabilidade do direito de retenção só nos casos em que o promitente-comprador seja simultaneamente consumidor.

Mais uma vez e salvo o devido respeito por opinião contrária, pensamos ser excessiva a interpretação restritiva. Vejamos.

Os pressupostos para que o beneficiário da promessa goze de direito de retenção são os plasmados no art. 755.º/1 alínea f) do Código Civil. Desta norma não se retira a obrigatoriedade de o promitente-comprador ser consumidor pelo que, em primeira linha, concordamos com o Exo. Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas<sup>165</sup> que argumenta que, se restringimos ao promitente-comprador consumidor os casos de aplicabilidade do direito de retenção, violaríamos o princípio *ubi lex non distinguit*.

Mesmo podendo afirmar-se que o objetivo principal do Decreto-Lei nº 379/86, de 11 de novembro foi o de modificar as alterações introduzidas pelo Decreto-lei nº 236/80 ao contrato-promessa de compra de venda, designadamente no que se refere ao direito de retenção, de modo nenhum o legislador assumiu *formalmente a aludida limitação subjectiva*<sup>166</sup>, pelo que esta interpretação restritiva extravasa, em larga medida, o âmbito do preceito.

E repare-se que é o próprio legislador, no Preâmbulo do diploma de 1986, que indica que “pensou-se directamente no contrato-promessa de compra e venda de edifícios ou de fracções autónomas deles. Nenhum motivo justifica, todavia, que o instituto se confine a tão

---

<sup>164</sup> Cit. Art. 106.º/2 do CIRE.

<sup>165</sup> Cfr. Ac. n.º 4/2014, voto de vencido.

<sup>166</sup> Cit. Voto de vencido de Abrantes Geraldês ao Ac. n.º 4/2014.

estreitos limites”, declarando, assim, que pretendia abranger todos os promitentes-compradores e não tão só os que pretendem adquirir habitação própria.

Por outro lado, se parecia justificar-se a proteção do consumidor aquando da entrada em vigor dos DL (anos 80) dado considerar-se, de modo geral, o promitente-comprador como parte mais fraca do negócio, hoje, essa proteção já não se justifica uma vez que a instabilidade económica do mercado, largamente influenciada pelo mercado imobiliário diminuiu drasticamente na atualidade.

E, também face à conjuntura atual, verificamos casos em que o promitente-comprador não integrado na interpretação restritiva da noção de consumidor, pode ser a parte mais débil mas, por não pretender comprar para habitação, é dos que fica de fora do âmbito de proteção, como é o caso de *outros agentes económicos, sejam construtores, sejam sujeitos interessados em investir nas suas actividades comerciais ou industriais, quer pelo aproveitamento do valor de garantia dos seus imóveis, quer pela aquisição de outros*<sup>167</sup>.

A solução restritiva do STJ é largamente influenciada pelo pensamento legislativo da época, o que leva a fracos resultados do ponto de vista da justiça social, se pensado atualmente.

Defendemos, assim que, se a intenção do legislador fosse a de proteger certos promitentes-compradores, deveria tê-lo feito em sede própria. Não o fazendo, temos que discordar da aplicação da interpretação restritiva a que se referem os Acórdãos n.º 4/2014 e n.º 4/2019.

---

<sup>167</sup> ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO – «A posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no caso de Insolvência do Promitente Vendedor», Julgar Online, Setembro 2016.

<sup>167</sup> Cfr. ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO – «A posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no caso de Insolvência do Promitente Vendedor», Julgar Online, Setembro 2016, p. 33.

## Conclusão

O direito de retenção, enquanto direito real de garantia, está sujeito ao princípio da taxatividade dos direitos reais. Contudo, não podemos deixar de discordar de algumas soluções jurídicas.

A primeira delas refere-se, desde logo, à difícil sustentabilidade da atribuição do direito de retenção ao beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º, afastando-se, por esta via, da chamada “retenção comum” das restantes alíneas do art. 755.º e respondendo por débitos que, em muito, se aproximam do valor da coisa, sendo, por consequência, uma *desconsideração ao esquema clássico da garantia*.

No que concerne à tradição da coisa a que se referem os arts. 755.º/ 1 alínea f) e 442.º defendemos que, com esta tradição, o promitente-comprador tem, em regra<sup>168</sup>, um direito pessoal de gozo sobre a coisa prometida, uma vez que lhe falta o *animus* de um verdadeiro possuidor. Por outro lado, sufragamos também pela ideia de que esta tradição a que se reportam estes artigos se refere à tradição material da coisa e não simbólica, impondo uma interpretação restritiva do conceito.

Depois, verificamos que prevalência deste direito sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada é juridicamente contestável. Esta prevalência atenta contra o princípio da proteção da confiança, inerente ao registo da hipoteca, e contra o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da exigibilidade, por não ser o meio menos oneroso para o cidadão esvaziando o conteúdo e propósito da hipoteca quando confrontada com a retenção, o que pode levar a sérias consequências para o comércio jurídico.

Desta forma, propomos uma revisão legislativa que retirasse esta solução ou definisse o âmbito desta prevalência, sendo que, no nosso entendimento, passaria por colocar, no âmbito da graduação de créditos, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca apenas nos casos em que o crédito do retentor provém de despesas feitas com a coisa das quais resultem no aumento do seu valor pois, desta forma, equilibrar-se-ia as pretensões dos credores e já não se colocaria a questão da violação dos princípios supra mencionados, nem traria condicionamentos ao tráfego jurídico.

---

<sup>168</sup> A exceção à regra serão os casos em que o promitente-comprador tenha pagado a totalidade do preço.

No que concerne ao direito de retenção no âmbito da insolvência propendemos para considerar que este direito cai e o promitente-comprador deverá reclamar o seu crédito como credor comum. Defendemos que as normas a aplicar no âmbito da insolvência são as normas do CIRE que, aliás, são bastante claras no que diz respeito à regulação do contrato-promessa no regime insolvencial.

Assim, segundo o disposto no art. 102.º do CIRE, o Administrador da Insolvência poderá optar (direito potestativo) por cumprir ou não cumprir o contrato-promessa à exceção daqueles contratos com eficácia real e em que haja tradição da coisa objeto do contrato prometido. Fora deste último caso, se o Administrador da Insolvência optar por não cumprir o referido contrato, o promitente-comprador terá direito a um crédito resultante da diferença, se positiva, entre o montante das prestações e o valor da coisa à data da recusa, conforme o art. 104.º/ 5 do CIRE.

Por último, quanto à interpretação plasmada no Ac. n.º 4/2014 e no Ac. n.º 4/2019 no sentido da atribuição de um direito de retenção apenas ao promitente-comprador consumidor, constatamos que o legislador, ao introduzir as alterações ao Decreto-Lei n.º 236/80 no Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de novembro, fê-lo com o propósito de desmistificar algumas dúvidas da doutrina e da jurisprudência sobre o âmbito do contrato-promessa, mais concretamente do direito de retenção. No entanto, defendemos que o legislador não assumiu formalmente a restrição da aplicação do direito de retenção ao promitente-comprador, não devendo, por isso, ser aplicada a interpretação restritiva. Se assim não fosse, violar-se-ia o princípio *ubi lex non distinguit*.

## **Bibliografia**

**ANDRADE, MARGARIDA COSTA**, “*Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução*”, in *Cadernos do CENor*, nº2, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

**ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO** – «*A posição Jurídica do Beneficiário de Promessa de Alienação no caso de Insolvência do Promitente Vendedor*», *Julgar Online*, Setembro 2016.

**ALVES, NATÁLIA GARCIA** – «*As implicações do Direito de Retenção no Crédito Hipotecário*», *RAB*, Outubro 2010.

**ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA** – *Direito Civil: Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, Reimp. da 5a ed., 2012.

– *Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em Curso*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, II, 2005.

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

**CANOTILHO, GOMES** – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina

**CORDEIRO, A. MENEZES** – «*Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*», *ROA*, Ano 57, 1997.

**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.

– *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.a Ed., Coimbra, Almedina, 2013.

**COSTA, SALVADOR DA** – *O Concurso de Credores: Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4a ed., Coimbra, Almedina, 2009.

**FREITAS, JOSÉ LEBRE DE** – *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, vol.II, 2a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

– *A Ação Executiva à luz do código de processo civil de 2013*, 7a ed., Gestlegal.

– «*Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença*», *ROA*, Ano 66, 2006.

**GONÇALVES, LUÍS** – *À volta do contrato de promessa*, RDES, 1987, 3.

**LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES** – *Direito da Insolvência*, 9ª ed, Almedina.

– *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*, Coimbra Editora, 2008.

**MALDONADO, JOÃO PEDRO** – *O Direito de Retenção do Beneficiário da Promessa de Transmissão de Coisa Imóvel e a Hipoteca*, Julgar no13, 2011.

**MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL** – *Um Curso De Direito da Insolvência*, 2a Edição Revista e Atualizada, Almedina, 2016.

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

**NETO, ABÍLIO** – *Código Civil Anotado*, 19ª ed. reelaborada., Lisboa, Ediforum, 2016.

**PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA** – *Teoria Geral do Direito Civil*, por MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e PINTO, PAULO MOTA, 4a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

**Revista da Ordem dos Advogados** – *Insolvência e Contrato Promessa: Os Efeitos da Insolvência Sobre o Contrato-Promessa Com Eficácia Obrigacional*, Tomo I/IV - Janeiro/Dezembro 2010.

**Revista de Legislação e Jurisprudência** nº 128.

**Revista de Legislação e Jurisprudência** nº 124.

**SERRA, Vaz** – “Direito de Retenção”. *BMJ*, n.º 65, 1957, pp. 103 e ss.

**SILVA, JOÃO CALVÃO DA** – *Sinal e Contrato-Promessa*, 14a ed. rev. e aum., Coimbra, Almedina, 2017.

**VARELA, ANTUNES** – *Das Obrigações em Geral*, vol.I, 10a ed., Coimbra, Almedina, 2000.

- *Sobre o contrato-promessa*, 2.a ed., Coimbra, 1989.

**VASCONCELOS, JOSÉ C.** – «Direito de Retenção de Imóvel vs Hipoteca em processo de Insolvência- A Lei do Mais Fraco?» *Direito imobiliário, Análise Jurídica*, Julho 2014.

**VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA** – *Direito das Garantias*, 2a ed., Almedina, 2017.