

O DIREITO DE RETENÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA PROMESSA DE TRANSMISSÃO DE COISA IMÓVEL E A HIPOTECA¹

JOÃO PEDRO NUNES MALDONADO

O presente artigo centra-se numa tentativa, certa e seguramente discutível, de reequacionar a interpretação normativa, conjugada, dos preceitos estabelecidos nos artigos 755.º, n.º 1, alínea f), e 759.º, n.º 2, do Código Civil, face à absoluta apatia com que tal questão tem sido tratada pela comunidade jurídica (doutrinal e, principalmente, jurisprudencial), apesar da crítica unânime à solução de preferência do direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel, que obteve a sua tradição, sobre a hipoteca.

O afastamento diário, nas decisões judiciais (definitivas), de critérios da justa solução (não arbitrária, como se propõe expor) do problema concreto, tendo em consideração as condições específicas do nosso tempo e o aparente atavismo hermenêutico interpretativo (com referência à aplicação de teorias privilegiadoras dos significantes, filológico-históricas ou dogmático-analíticas), constitui um incentivo particular e adicional para este também simultaneamente intérprete por imposição profissional.

I. O DIREITO DE RETENÇÃO

1. Natureza jurídica do instituto

O direito de retenção consiste na faculdade de origem legal (por contra-posição à génese negocial, administrativa ou judicial²) de recusa do cumprimento da obrigação de restituição ou entrega de uma coisa detida enquanto o credor de tal obrigação não cumprir, por sua vez, uma obrigação de que é devedor, e de executar a coisa, pagando-se pelo valor dela, com preferência sobre os demais credores³.

¹ O presente trabalho reproduz, na essencialidade, a tese de dissertação de mestrado em direito privado defendida pelo autor em Dezembro de 2009 na Escola de Direito do Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa

² Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 9.ª edição, Almedina, pág. 917.

³ Tal conceito é, na essencialidade, reproduzido por vários autores que se citam a título de exemplo:

“O direito de retenção é uma garantia real das obrigações que se traduz na possibilidade de recusa de entrega de uma coisa, pertencente ao devedor, por parte do seu credor retentor,

Representa, claramente, um meio de autotutela⁴.

De acordo com tal conceitualização, o referido direito apresenta duas vertentes funcionais: uma primeira, de constrangimento, persuasão⁵, do cumprimento do crédito do retentor por parte do credor da obrigação de entrega ou restituição (naturalmente por força da privação material da coisa). Uma segunda, de garantia⁶, conferida pela titularidade de uma preferência no pagamento sobre o produto da venda do bem. Neste sentido, constitui um direito real de garantia⁷, direito que proporciona ao respectivo titular a realização de valor certo pelo produto da venda da coisa, com preferência sobre credores comuns ou privilegiados com garantia de grau inferior.

2. O direito de retenção em geral e o regime previsto no artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil

O direito de retenção tem a sua origem histórica na protecção do crédito pelas benfeitorias efectuadas pelo possuidor⁸. Assim se compreende a sua essência: a conexão material ou objectiva entre o crédito do retentor e a coisa retida (situações em que o retentor efectua despesas de conservação, despesas que aumentam o valor da coisa ou danos sofridos⁹ pelo retentor directamente provocados pela coisa).

A lei codificada civil de 1867 não regulava de forma unitária a retenção¹⁰. No actual Código Civil a retenção adquiriu uma secção própria entre as garantias especiais das obrigações (artigos 754.º a 761.º).

enquanto o devedor o não satisfizer da dívida que tem para com ele" — CAMPOS, Maria Isabel Helbling Meneres, *Da Hipoteca: caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, 2003, pág. 221;

"(...) o direito conferido ao credor, que se encontra na posse de certa coisa pertencente ao devedor de, não só recusar a entrega dela enquanto o devedor não cumprir, mas também, de executar a coisa e se pagar à custa do valor dela, com preferência sobre os demais credores" — VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 5.ª edição, Almedina, pág. 572;

"A faculdade de recusar licitamente a restituição de uma coisa, enquanto o credor da restituição não cumprir, por seu turno, uma obrigação que sobre ele impende (...)" — GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Do direito de retenção*, Cadernos de Direito Privado, n.º 11, pág. 5.

⁴ Que foi "(...) importada dos velhos sistemas de justiça privada." — VARELA, João de Matos Antunes, *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª edição, Coimbra Editora, pág. 110 — e "(...) autoriza o sujeito de um dever a não o cumprir" — JORGE, Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, CEF, Lisboa, 1968, pág. 262.

⁵ O também designado "efeito compulsório" — CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, pág. 550.

⁶ Apelidado de "efeito da realização pecuniária" — CORDEIRO, António Menezes, ob. e pág. cit.

⁷ Que conferem ao seu titular o poder de "(...) mediante um acto de disposição, realizar à custa de uma coisa, sem que se torne necessária a cooperação do proprietário ou mesmo contra a sua vontade, determinado valor (o valor do crédito garantido pela res)." — MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coleções Teses, Almedina, pág. 76.

⁸ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, ob. cit., pág. 12.

⁹ Casos em que a doutrina defende a aplicação da teoria do risco — cfr. Madaleno, Cláudia, *A vulnerabilidade das garantias reais*, Coimbra Editora, 2008, pág. 174.

¹⁰ Cfr. Moreira, Lopes, *Apontamentos para a graduação de créditos*, 2.ª edição, Almedina, 1962, pág. 51, que, no âmbito do direitos reais de garantia (direitos reais de realização pecuniária)

No artigo 754.º estabeleceu-se, com carácter genérico, o direito de retenção de acordo com o referido critério de conexão material, objectiva ou funcional¹¹: o crédito do recusante sobre o titular da coisa há-de resultar de despesas feitas por causa dela (casos, aliás, em se verifica o enriquecimento do proprietário¹²) ou de danos por ela causados.

Exige-se¹³, assim, de acordo com tal preceito e do artigo 756.º do mesmo diploma:

- 1.º a detenção lícita da coisa;
- 2.º a obrigação de entrega ou restituição da coisa pelo retentor ao credor da mesma;
- 3.º a qualidade de credor do retentor face àquele credor da obrigação de entrega ou restituição;
- 4.º a conexão material ou objectiva descrita.

Na sua vertente de garantia, o direito de retenção de coisas imóveis prevalece sobre a hipoteca, ainda que registada anteriormente (artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil) e não é susceptível de registo predial. Tais características explicam a sua eficácia excepcional¹⁴ e a sua qualificação como super-garantia¹⁵.

Tal preferência justifica-se no facto do retentor não poder impedir, face aos demais credores do titular do direito real sobre a coisa retida, a execução desta e ainda no facto de garantir créditos relacionados com a coisa objecto da garantia, que beneficiam o seu proprietário e mesmo os credores deste (com particular incidência nas hipóteses em que se efectuaram despesas de conservação ou melhoramento da coisa retida).

Apesar de constituir, pela insusceptibilidade do seu registo predial, uma garantia oculta (muitas das vezes não existindo qualquer sinal exterior de detenção por parte do retentor, única publicidade¹⁶, de facto¹⁷, da sua existên-

apontava o direito de retenção do possuidor de boa fé pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias enquanto não for pago (artigos 498.º e 499.º, § 2.º, do Código Civil), do mandatário até que seja embolsado do que em razão do mandato se lhe deva (artigo 1349.º do Código Civil), o do empreiteiro de qualquer obra mobiliária enquanto não for pago do preço (artigo 1407.º do Código Civil), o do depositário enquanto não for pago (artigo 1450.º, § único, do Código Civil) e a transportador enquanto o destinatário não cumprir aquilo a que for obrigado (artigo 1414.º do Código Civil e 390.º do Código Comercial).

¹¹ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Sobre o Contrato-Promessa*, 2.ª edição, Coimbra Editora, pág. 113.

¹² Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, ob. cit., pág. 13.

¹³ Relativamente aos pressupostos genéricos do direito de retenção, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantia das Obrigações*, 2.ª edição, Almedina, pág. 241.

¹⁴ Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª edição, Coimbra Editora, pág. 110.

¹⁵ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, ob. cit., pág. 12.

¹⁶ Cfr. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Direito de Retenção*, Anteprojecto do Código Civil, B.M.J. n.º 65, pág. 205.

¹⁷ Cfr. MADALENO, Cláudia, ob. cit., pág. 104.

cia¹⁸) o direito de retenção goza de oponibilidade erga omnes (caso contrário, permitir-se-ia que a alienação da coisa pelo proprietário retirasse qualquer conteúdo útil à garantia).

3. O direito de retenção em caso especiais

O legislador estabeleceu outros casos especiais de direito de retenção que não entram na noção geral¹⁹ do artigo 754.º do Código Civil. São situações em que se não verifica a conexão material ou objectiva entre o crédito do retentor e a coisa retida, situações em que se estabelece uma “conexão jurídica”.^{20 21}

Essencial, no entanto, para a sua justificação (recordo a natureza excepcional, com especial incidência nas coisas imóveis retidas, da preferência que o direito de retenção confere sobre a hipoteca) será o facto de se garantir, nessas situações, em regra, montantes pecuniários reduzidos, de fácil satisfação pelo seu proprietário²² e que, na ausência da mesma, não prejudicam, em caso de venda judicial, os credores hipotecários e, ainda, os credores comuns.

II. O DIREITO DE RETENÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA PROMESSA DE TRANSMISSÃO DE COISA IMÓVEL QUE OBTIVE A SUA TRADIÇÃO (ARTIGO 755.º, N.º 1, ALÍNEA F), DO CÓDIGO CIVIL)

1. Enquadramento histórico

Pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho²³, que conferiu nova redacção, entre outros, ao artigo 442.º do Código Civil, o legislador consagrou o direito

¹⁸ Curiosamente, com compreensibilidade duvidosa, para além da percepção das situações materiais objectivas ou ostensivas, autores defendem que a publicidade do direito de retenção se encontra “(...) assegurada pelo próprio texto legal que admite o instituto (...)” — COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 9.ª edição, pág. 917.

¹⁹ Cfr. ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito civil*, Reais, 5.ª edição, 1993, Coimbra Editora, pág. 552.

²⁰ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, ob. cit., pág. 13.

²¹ Para além daqueles consagrados nos artigos 755.º, n.º 1, e 1323.º, n.º 4, do Código Civil (este último, relativamente ao achador de animais ou coisas moveis perdidas, assenta numa verdadeira conexão material em relação aos créditos garantidos), foi estabelecido o direito de retenção do transportador (artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 239/2003, de 04 de Outubro), o direito de retenção do advogado (artigo 96.º, n.º 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro) e o direito de retenção ao agente comercial (artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 03 de Julho).

²² Cfr. CAMPOS, Maria Isabel Helbling Meneres, *Da Hipoteca: caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, 2003, pág. 225.

²³ Diploma que, de acordo com o respectivo preâmbulo, visou particularmente a promessa de compra e venda de imóveis para habitação própria, facto que originou dúvidas e cisões interpretativas até à publicação do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, que dissipou as mesmas, apesar de outras ter originado — sobre tal questão, também colateral a este

de retenção do promitente-comprador sobre a coisa objecto do contrato-promessa²⁴, havendo tradição da mesma, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor²⁵.

Tal diploma teve como propósito inequívoco²⁶ a protecção do promitente-comprador em relação ao risco resultante da inflação (então galopante) e da aquisição de construções clandestinas (sem licenciamento administrativo)²⁷.

Com efeito, o grau de desvalorização monetária incentivava (por representar um comportamento lucrativo) o promitente-alienante a proceder à alienação do imóvel a terceiro distinto do promitente-adquirente, mesmo assumindo as obrigações resultantes do incumprimento definitivo em relação ao promitente-adquirente (o pagamento do dobro do sinal recebido). Por tal motivo se introduziram as seguintes alterações substanciais, restritas aos casos de tradição do imóvel para o promitente-adquirente:

- 1.ª procedeu-se à alteração do regime do sinal, podendo não bastar ao promitente-alienante incumpridor o pagamento do sinal em dobro através da consagração da obrigação de pagamento do valor da coisa ao tempo do incumprimento;
- 2.ª consagrou-se o referido direito de retenção.

A alteração essencial, aplicável a todos os contratos-promessa, independentemente da existência de tradição, consistiu no reforço do direito à execução específica do contrato, tornando-a obrigatória²⁸.

Posteriormente, veio o legislador, através do Decreto-Lei n.º 378/86, de 11 de Novembro, rever parte do regime do contrato-promessa em várias frentes. No que concerne ao direito de retenção já consagrado, deslocalizou-o, com preocupações sistemáticas, para a sua secção, dando nova redacção,

estudo, se pronunciou de forma cuidada António Menezes Cordeiro, *O novíssimo regime do contrato-promessa*, CJ, Ano XII, Tomo II, 1997, págs. 7 a 8.

²⁴ Naturalmente que se exprimiu de forma inadequada, comum no âmbito das técnicas de elaboração e redacção legislativa posteriores aos anos 70 do século XX, sem grandes preocupações de rigor terminológico, uma vez que o objecto do contrato-promessa são as prestações de facto dos contraentes (as suas declarações de vontade).

²⁵ Apenas um autor, com absoluta ausência argumentativa, entendeu que o direito de retenção consagrado no artigo 442.º, n.º 3, do Código Civil, já se acharia contemplado no âmbito do artigo 754.º do Código Civil: cfr. José, Rosendo Dias, *Responsabilidade civil do construtor e do vendedor pelos defeitos*, Livraria Petrony, 1984, pág. 108.

²⁶ Cfr., entre outros, TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, pág. 156, SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato-Promessa*, 12.ª edição, Almedina, pág. 14, XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Contrato-Promessa*, RDES, ano XXVIII, 1980, n.ºs 1-4, pág. 25, CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, pág. 547.

²⁷ Fenómeno que aqui não se abordará já que associado às novas regras formais de celebração do contrato-promessa introduzidas pelo diploma em causa, irrelevantes para a problemática discutida.

²⁸ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, pág. 548.

com introdução da alínea f), ao n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil. Goza do 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”

Ao contrário do preâmbulo do diploma de 1980 (que, apesar de ter consagrado o direito de retenção do promitente-comprador, nenhuma referência efectua em relação à sua finalidade, motivo pelo qual, em conjunto com a sistematização adoptada, surgem dúvidas, legítimas, se terá sido aquilatada, pensada, equacionada, a colisão dos direitos do retentor e do credor hipotecário, isto é: se o legislador da época terá atentado na articulação do direito que criou com a regra, excepcional, estabelecida no artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil), o legislador de 1986, de forma categórica e sem qualquer tipo de equívocidade interpretativa, declara na sua exposição de motivos que, estando ciente do conflito de interesses que se pode estabelecer entre o direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão que obteve a tradição da coisa e os credores hipotecários do promitente-transmitente (por via de regra, instituições de crédito) atribui prioridade à tutela dos particulares, na lógica da defesa dos consumidores (ponto 4., § 4.º e 5.º do preâmbulo).

Reconhece-se, como elemento essencial da reforma de 1986, a consagração da eficácia real da promessa, na redacção atribuída ao artigo 413.º do Código Civil.

2. Caracterização substantiva.

A) Aspectos relacionados com a traditio res

O titular do direito de retenção em causa deverá ter obtido a tradição da coisa objecto do contrato prometido. Tal tradição radica num acordo obrigacional, contemporâneo ou ulterior à celebração do contrato-promessa, mas sempre anterior à celebração do contrato prometido.

Como em muitos casos o beneficiário da promessa que obtém a tradição da coisa passa a retirar da mesma utilidades, discute-se a possibilidade de aquisição de um verdadeiro direito pessoal de gozo²⁹ ou, pelo menos, a possibilidade de recurso pelo detentor às defesas possessórias^{30 31}.

²⁹ Em sentido afirmativo, MESQUITA, José Andrade, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina, 1999, pág. 74; CORDEIRO, António Menezes, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, Almedina, 1997, pág. 77, apenas nos casos em que a traditio visou antecipar o cumprimento do contrato definitivo e MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., pág. 246.

³⁰ Cfr. MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Colecção Teses, Almedina, pág. 51.

³¹ Defesas expressamente consagradas para o retentor nos termos do artigo 670.º, alínea a), do Código Civil, aplicável por força do disposto no artigo 759.º, n.º 3, do mesmo diploma.

Esta possibilidade do exercício dos poderes de facto por parte do beneficiário da promessa detentor, especialmente nos casos de promessa de transmissão de imóvel para habitação daquele, na perspectiva de alguma doutrina³², esteve na origem da protecção legislativa operada em 1980 e 1986 e na própria criação do direito de retenção, tendente a estabilizar o gozo da coisa pelo promitente-adquirente e sua família.

Naturalmente que se discorda de tal orientação, uma vez que a soberania sobre a coisa conferida ao titular do direito de retenção resume-se à faculdade de a não restituir ao credor de tal obrigação. Não fica prejudicada, evidentemente, a reacção, pelos meios possessórios, contra todas as agressões que impeçam ou perturbem o gozo autónoma da coisa detida, mesmo em relação ao seu proprietário, por aplicação analógica das normas previstas para a locação ou o comodato — artigos 1037.º, n.º 2, e 1133.º, n.º 2, do Código Civil³³ — mas nunca relativamente a qualquer penhora e subsequente entrega judicial a depositário tendente à venda do imóvel, onde o retentor poderá realizar, à custa da coisa, o valor garantido.

Desde logo, para efeitos do exercício do direito de retenção, o acordo de tradição deverá ser efectuado por quem pode obrigacionalmente dispor da coisa. Não existirá tradição válida se o promitente-vendedor não for titular de qualquer direito que lhe permita disponibilizar a detenção da coisa ao promitente-adquirente (casos, p. ex., em que o promitente-alienante é promitente-adquirente do terreno em que construiu a edificação que promete alienar ou em que o promitente-alienante não é proprietário exclusivo do imóvel³⁴).

Por outro lado, o objecto da tradição deverá ser uma coisa imóvel susceptível de penhora, que possa ser objecto de relações jurídicas (artigos 202.º do Código Civil e 821.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Não são coisas susceptíveis de ser objecto de relações jurídicas as edificações sem licença de construção ou utilização (nelas se incluindo as fracções de prédio urbano em edifício não submetido ao regime de propriedade horizontal^{35 36}).

³² Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, págs. 553 e 562.

³³ Neste sentido MESQUITA, Manuel Henrique, ob. cit. pág. 51, e CORDEIRO, António de Menezes, ob. cit. pág. 77.

³⁴ Cfr. Acórdão do STJ de 12.10.2004, C.J., n.º 179, Ano XII, Tomo III.

³⁵ A este propósito, o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do STJ de 12 de Março de 1996 — *Diário da República*, I.ª Série, de 08.06.1996 — estabeleceu jurisprudência obrigatória em sentido contrário com referência, porém, ao artigo 442.º, n.º 3, do Código Civil, na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Junho, anterior à publicação do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho, que estabeleceu, de forma inequívoca, a obrigatoriedade, em actos de transmissão da propriedade de prédios urbanos ou suas fracções autónomas, da exibição da licença de utilização, o que leva a questionar a sua actualidade. Criticando, justamente, tal conclusão, SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato Promessa*, 12.ª edição, Almedina, pág. 183.

³⁶ Cfr. SAMEIRO, Pedro, *O direito de retenção e a situação do credor hipotecário*, Revista da Banca, n.º 26, 1993, pág. 94.

Por fim, ao contrário dos restantes casos especiais previstos no artigo 755.º, n.º 1, do Código Civil, o acordo de tradição permite ao retentor o uso da coisa sem o consentimento do proprietário, excepção ao regime legal consagrado no artigo 759.º, n.º 3 (com referência ao artigo 671.º, alínea *b*), ambos do Código Civil, para o qual aquele remete). Por força da referida insusceptibilidade de usar a coisa retida (com ressalva dos actos destinados à sua conservação), foi o direito de retenção concebido como faculdade meramente passiva,³⁷ motivo pelo qual a referida possibilidade de uso da coisa pelo beneficiário da promessa criou divisões doutrinárias relativamente à natureza da detenção (posse) da coisa retida, tendo sido mesmo qualificada como um verdadeiro direito pessoal de gozo^{38 39 40}.

B) O crédito garantido

Porque o direito de retenção consiste na faculdade de origem legal de recusa do cumprimento da obrigação de restituição ou entrega de uma coisa detida enquanto o credor de tal obrigação não cumprir, por sua vez, uma obrigação de que é devedor, não me parece ser merecedor de contestação que apenas nos casos de resolução do contrato-promessa possa o mesmo operar, única situação em que, por força dos efeitos legais de liquidação do negócio jurídico resolvido (artigos 433.º e 289.º do Código Civil), está o promitente-adquirente obrigado a proceder à restituição do imóvel detido⁴¹.

Nos contratos bilaterais assiste a qualquer contraente o direito de resolver o contrato perante o não cumprimento das obrigações imputável ao outro contraente, por não ser exigível que se obrigue o contraente cumpridor a suportar, no tempo, o comportamento faltoso do incumpridor e, em consequência, a suportar as obrigações contratuais (artigos 801.º e 808.º do Código Civil).

O exercício da resolução significa que o promitente-adquirente não pretende que o contrato mantenha os seus efeitos, que o contrato valha para momento ulterior ao da declaração resolutiva.

Assim entendido, o direito de retenção apenas poderá ser validamente exercido pelo promitente-adquirente após a resolução do contrato-promessa, com fundamento no incumprimento definitivo das obrigações do promitente-alienante.

³⁷ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Do direito de retenção*, Cadernos de Direito Privado, n.º 11, pág. 19.

³⁸ Cfr. MESQUITA, José Andrade, *Direitos Pessoais de Gozo*, Almedina, 1999, pág. 74.

³⁹ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, Almedina, 1997, pág. 77 (relativamente às situações em que a tradição visou antecipar o cumprimento do próprio contrato definitivo, em que o preço esteja todo ou quase todo pago).

⁴⁰ Relativamente às variadas soluções doutrinárias, PROENÇA, José Carlos Brandão, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral*, separata do BFDC, Coimbra, 1996, págs. 159 a 161.

⁴¹ Sobre este assunto e tendências doutrinárias, CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra, *Direito de retenção do promitente-adquirente*, *Garantia das Obrigações*, Almedina, pág. 506, e MADALENO, Cláudia, *A vulnerabilidade das garantias reais*, Coimbra Editora, 2008, págs. 164 a 165.

Quer o exposto significar que os créditos do promitente-adquirente garantidos pelo direito de retenção⁴² serão:

1. o dobro do sinal que prestou (e apenas este, com exclusão da responsabilidade nos termos gerais estabelecida no artigo 798.º do Código Civil, salvo estipulação em contrário — artigo 442.º, n.º 4, do Código Civil);
2. o valor da coisa a que se refere o contrato prometido, determinado objectivamente à data do incumprimento definitivo, com dedução do preço convencionado e restituição do sinal e a parte do preço paga (e apenas este, com exclusão da responsabilidade nos termos gerais estabelecida no artigo 798.º do Código Civil, salvo estipulação em contrário — artigo 442.º, n.º 4, do Código Civil);
3. o valor do prejuízo causado ao promitente-adquirente nos termos do artigo 798.º do Código Civil.

Naturalmente que o exercício da faculdade de execução específica do contrato-promessa pressupõe o interesse no cumprimento (sem prejuízo da sua natureza coerciva) do contrato-promessa, motivo pelo qual nunca o detentor (beneficiário da promessa de transmissão) se converte em retentor (obrigado à entrega ou restituição do imóvel)⁴³.

Por outro lado, tendo em consideração que, em caso de tradição e incumprimento definitivo do promitente-alienante, podem surgir fontes de obrigações alternativas distintas da restituição do sinal em dobro (refiro-me à indemnização nos termos gerais e à indemnização correspondente ao valor da coisa retida) o crédito garantido não tem que resultar de qualquer sinal prestado⁴⁴, não constituindo a ausência de sinal qualquer factor impeditivo do exercício do direito de retenção.

Questão distinta será a aferição, no mundo real, da existência de actos filantrópicos de tradição dos imóveis por parte dos promitentes-alienantes em relação a promitentes-adquirentes que não prestaram qualquer sinal.

Com algum interesse dogmático, pela indefinição doutrinal latente, ainda que sem pulsar prático (face à excepção estabelecida no artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil, ao princípio temporal da constituição dos direitos reais — *prior in tempore potior in iure*), interessará definir qual o momento concreto de

⁴² Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato-Promessa*, Almedina, 12.ª edição, pág. 117; MARTINEZ, Pedro Romano e PONTE, Pedro Fuzeta, *Garantias do cumprimento*, 5.ª edição, Almedina, pág. 229, PRATA, Ana, *O contrato promessa e o seu regime civil*, Almedina, 2004, pág. 862, e MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa em geral, Contratos-Promessa em especial*, Almedina, 2009, pág. 234.

⁴³ Em sentido contrário, o Acórdão do STJ n.º JSTJ00040139, em www.dgsi.pt, relatado pelo Conselheiro Noronha do Nascimento, e Madaleno, Cláudia, ob. cit. pág. 166.

⁴⁴ Em sentido idêntico, mas com recurso a argumentação formal, CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra, *Direito de retenção do promitente-adquirente*, Garantia das Obrigações, Almedina, pág. 509.

nascimento ou constituição do direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão.

O direito de, lícitamente, não restituir uma coisa a que se está obrigado nascerá simultaneamente com a obrigação creditória que aquela retenção visa garantir (sem prejuízo, nos termos do artigo 757.º, n.º 1, do Código Civil, da exigibilidade do crédito não vencido resultante da insolvência do devedor ou diminuição de garantias — artigo 780.º, n.º 1, do Código Civil) ou seja, com a recepção, pelo promitente-alienante, da declaração resolutiva do beneficiário da promessa de alienação — artigos 436.º, n.º 1, e 224.º do Código Civil — o que se não confunde com o incumprimento definitivo do contrato-promessa, o fundamento resolutivo⁴⁵.

2.1. Críticas endógenas

Não será difícil compreender que este direito excepcional e anómalo, recentemente criado, foi alvo das mais ferozes críticas (algumas sem justa causa, como infra se tentará demonstrar).

*Luís Menezes Leitão*⁴⁶ alerta que a prevalência do direito de retenção em causa sobre a hipoteca consubstanciaria uma protecção mais forte que a do próprio comprador que adquirisse o seu imóvel onerado com uma hipoteca, caso em que lhe seria oponível.

Faz nota, ainda, em função da ausência de controlo das exigências de forma do contrato-promessa, que se permite a realização de simulações de negócios entre os promitentes no intuito de prejudicar os credores hipotecários.

*Maria Isabel Meneres Campos*⁴⁷ refere que o regime adoptado prejudica directamente as instituições de crédito, grandes credoras hipotecárias, prevendo que as mesmas dificultem a concessão de crédito aos construtores e estabeleçam exigências contratuais para obstar à tradição dos imóveis.

*João Calvão da Silva*⁴⁸ anuncia que o regime alegadamente protector do promitente-adquirente, na prática, acaba por o prejudicar uma vez que as instituições de crédito impõem aos construtores a rarefacção da tradição rei hipotecada.

Antunes Varela^{49 50}, mais cáustico⁵¹, adverte que:

— em confronto com o direito comum de retenção, desvirtuando tal figura, pode o retentor não ter prestado sinal algum e pode o sinal

⁴⁵ No sentido do direito de retenção nascer com a tradição da coisa, MADALENO, Cláudia, ob. cit. pág. 166, Acórdão do STJ de 25.03.99, C.J., Ano VII, Tomo II, pág. 41.

⁴⁶ *Direito das Obrigações*, Volume I, 6.ª edição, Almedina, pág. 245.

⁴⁷ *Da Hipoteca: caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, 2003, pág. 227.

⁴⁸ *Sinal e Contrato-Promessa*, Almedina, 12.ª edição, pág. 240.

⁴⁹ *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª edição, Coimbra Editora, págs. 113 a 157.

⁵⁰ *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, pág. 341.

⁵¹ Sem "(...) a contenção verbal que devem caracterizar a controvérsia científica (...)" — cit. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Contrato Promessa — uma síntese do regime actual*, 9.ª edição, Almedina, 2007, pág. 20.

prestado ter sido empregue em fins distintos da construção em causa;

- o crédito garantido pela retenção é de montante geralmente elevado, atraindo, por ausência de registo, as instituições de crédito que se certificaram, antes da concessão do crédito ao construtor, da inexistência de outros direitos reais, o que provocará a retracção de crédito e prejudica a política de dinamização da construção civil;
- o direito de retenção em causa, de forma chocante, reveste-se de uma eficácia superior ao direito do promitente-adquirente que celebrou o seu contrato com eficácia real, apesar da tradição poder ser ulterior a tal convenção;
- permite-se, nos casos em que o promitente-vendedor se apercebe que não tem condições para cumprir as suas obrigações com o credor hipotecário, que o mesmo permita (querendo ser útil e agradável) a ocupação dos imóveis pelos promitentes-compradores;
- o promitente acquirente goza de uma tutela manifestamente excessiva e injusta.

O mesmo autor e Pires de Lima⁵², em reforço, chamam a atenção que a solução legal consagrada, por afectar a segurança do crédito hipotecário bancário, vai dificultar a obtenção do mesmo pelos construtores e originar, reflexamente, o aumento do custo de aquisição em relação às pessoas que os diplomas em causa alegadamente quiseram proteger.

Salvador da Costa⁵³ transmite a sua preocupação em relação à simulação contratual dos devedores das instituições bancárias com terceiros, visando a criação artificiosa de situações de incumprimento para prejudicar aquelas.

António Menezes Cordeiro⁵⁴ faz referência ao esvaziamento económico do conteúdo da hipoteca decorrente de promessas ulteriores de alienação com tradição da coisa hipotecada (no limite, relata casos em que mesmo após a celebração do contrato prometido os promitentes-compradores conseguem obter judicialmente, muitas das vezes com o silêncio — ausência de contestação — dos vendedores, simultaneamente promitentes-vendedores, a anulação da compra e venda do imóvel onerado com hipoteca, com subsistência do direito de retenção emergente da promessa de compra e venda). Em conclusão, prevê a reacção dos credores hipotecários, exigindo aos seus devedores (construtores) a não entrega de imóveis aos promitentes-compradores, com reflexo no mercado de habitação.

Pese embora a sua concepção peculiar da finalidade primária do direito de retenção (a estabilidade da habitação na coisa retida pelo beneficiário da

⁵² *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição.

⁵³ *O concurso de Credores*, 3.ª edição, Almedina, pág. 220.

⁵⁴ *O novíssimo regime do contrato promessa*, CJ, Ano XII, Tomo II, 1987, pág. 16.

promessa e sua família), apelidou a medida legislativa como especial atentado ao crédito bancário hipotecário⁵⁵.

*Pedro Sameiro*⁵⁶, seguramente o autor sem qualquer referência académica que mais contribuiu para a discussão da justeza da decisão legislativa ora apreciada, argumentou uma série de contradições (com referência à unidade do sistema jurídico) do regime estatuído, com os seguintes fundamentos:

- o credor hipotecário, sendo uma pessoa singular ou colectiva distinta de uma instituição de crédito, dispõe de menos meios de defesa (face à ausência de registo predial da garantia apreciada, muitas das vezes sem manifestações objectivamente perceptíveis) que o próprio beneficiário da promessa de transmissão (que tem acesso ao registo daquela garantia);
- a protecção conferida ao beneficiário da promessa de transmissão é qualitativamente superior à do adquirente do imóvel onerado com uma garantia real registada;
- as instituições de crédito não têm meios, após a concessão do crédito, de controlar a actividade dos seus devedores (nomeadamente a celebração de contratos promessa ou a tradição do objecto dos contratos prometidos);
- muitas das vezes, só após a mora dos devedores das instituições bancárias, são celebrados os contratos promessa e se efectua a entrega dos imóveis.

*Belchior do Rosário Loya e Sapulle*⁵⁷, numa apreciação da doutrina já exposta, relata, relativamente ao desfavor que constitui a rarefacção da tradição rei hipotecada, duas consequências nefastas:

- por um lado os riscos acrescidos dos financiamentos à construção efectuados pelas instituições de crédito, acrescidos no caso da titularidade dos créditos hipotecários por pessoas singulares ou colectivas particulares;
- por outro, a possibilidade de simulação contratual do devedor do credor hipotecário com terceiros para esvaziar a garantia hipotecária.

Também *Sérgio Nuno Coimbra Castanheira*⁵⁸, em idêntica apreciação, chama a atenção, pelo risco acrescido criado às instituições de crédito, da repercussão no consumidor (beneficiário da promessa de transmissão) dos

⁵⁵ Cfr. *Da retenção do promitente da venda executiva*, R.O.A., Ano 57, 1997, pág. 551.

⁵⁶ *O direito de retenção e a situação do credor hipotecário*, Revista da Banca, n.º 26, págs. 90 a 96.

⁵⁷ *Prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca*, Garantia das Obrigações, Almedina, págs. 124 e 128.

⁵⁸ *Direito de retenção do promitente-adquirente*, Garantia das Obrigações, Almedina, pág. 505.

custos relativos ao aumento das taxas de juro e comissões cobradas ao promitente-alienante construtor.

Cláudia Madaleno⁵⁹, numa catarse da doutrina recolhida, aponta as seguintes críticas à solução legal adoptada:

- o adquirente de um imóvel onerado com hipoteca tem menos meios de recurso que o beneficiário da promessa de transmissão com tradição da coisa objecto do contrato prometido⁶⁰;
- o beneficiário de transmissão de um imóvel com eficácia real convencionalizada não tem meios de defesa em face do beneficiário da promessa de transmissão com tradição da mesma coisa, objecto do contrato prometido;
- a ausência do registo do direito de retenção e consequente fragilidade do credor hipotecário, podendo o promitente-vendedor utilizar os seus promitentes-compradores como formas de pressão;
- o credor hipotecário não controla a existência e validade dos contratos promessa celebrados pelo seu devedor o que facilita a propensão da fraude à lei.

2.2. Apreciação

Relativamente à designada rarefacção da traditio rei hipotecada não me parece que o legislador, em qualquer momento, tenha conferido qualquer predilecção por essa forma, obrigacional, atípica, de transmissão do gozo da coisa ao promitente-adquirente e, nesse estrito sentido, o tenha querido protegido (facto, aliás, facilmente dedutível da ausência expressa de consagração de meios de defesa possessórios do beneficiário de promessa de transmissão que tenha obtido a tradição da coisa).

A protecção sucessivamente conferida àquele beneficiário radica na instituição de mecanismos de defesa do cumprimento do contrato-promessa (a sua execução específica, a eficácia real da promessa e o direito de retenção, essencialmente aquele que garante o valor actualizado da coisa)⁶¹.

Com efeito, desde a legislação de 1980 que existiu a preocupação, expressa (independentemente da qualificação e interpretação jurídica atribuída às declarações preambulares das fontes imediatas do direito⁶²) de adequação das edificações para habitação às regras administrativas de construção e,

⁵⁹ *A vulnerabilidade das garantias reais*, Coimbra Editora, 2008, págs. 186 a 192.

⁶⁰ Esta questão será objecto de apreciação em sede de considerações relativas à unidade do sistema jurídico.

⁶¹ Em sentido aproximado, COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente*, Almedina, 9.ª edição, 2007, págs. 74 a 75.

⁶² Para alguns autores — cfr. CORDEIRO, António Menezes, *O novíssimo regime do contrato-promessa*, CJ, Ano XII, Tomo II, 1987, pág. 8 — os preâmbulos reduzem-se a textos coadjuvantes que não traduzem, sequer, a vontade subjectiva do legislador.

sobretudo, utilização. Neste sentido, a usual tradição de unidades habitacionais em acabamento (ainda que apenas as partes comuns do prédio onde se integra a futura fracção) ou acabadas, mas sem qualquer licenciamento de utilização, não beneficia, seguramente, de qualquer simpatia da lei.

Outro argumento falacioso consiste na invocação da fraude à lei, simulação negocial entre os promitentes, criação artificiosa de situações de incumprimento, comportamentos deliberadamente assumidos para prejudicar os credores hipotecários.

Os riscos de verificação de comportamentos simulados não são mais elevados do que entre outras áreas que envolvem a alienação das garantias das obrigações, podendo ser obstados pelo controlo do credor hipotecário na formação do título executivo do retentor.

3. Valência processual

O titular do direito de retenção que pretenda fazer valer o mesmo em sede de concurso de credores terá de obter um título executivo, necessariamente uma sentença condenatória (artigos 45.º, n.º 1, e 46.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Civil).

A doutrina⁶³ e alguma jurisprudência⁶⁴ reconhecem que o direito de retenção declarado em sentença judicial não é oponível, na qualidade de terceiros, aos credores hipotecários que não foram parte do litígio uma vez que, apesar de não beliscar na existência e validade da garantia real do terceiro, afecta a sua consistência prática.

Em sede executiva nunca tal facto foi questionado.

Já nas leis processuais anteriores a 1939 o credor retentor não munido de carta de sentença deveria efectuar o protesto por preferências, seguido de acção destinada à declaração do seu direito, onde tinham que intervir os credores graduados ou, estando a mesma pendente, onde tinha de proceder ao seu chamamento⁶⁵.

Posteriormente, e resistindo às inúmeras reformas efectuadas, o credor retentor não munido de título executivo que pretendesse reclamar o seu crédito teria de propor a competente acção declarativa contra o executado e credores interessados — situação de litisconsórcio necessário passivo inicial — ou, estando pendente a acção apenas contra o devedor/executado, provocar o incidente de intervenção de tais credores — situação de litisconsórcio necessário passivo sucessivo⁶⁶ (artigo 869.º do Código de Processo Civil).

⁶³ Cfr. MARTINEZ, Pedro Romano e PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de cumprimento*, 5.ª edição, Almedina, pág. 230, e Cláudia Madaleno, op. cit., pág. 190.

⁶⁴ Cfr. Acórdãos do STJ de 10.10.89, BMJ n.º 390, pág. 363, e de 12.09.2006, www.dgsi.pt/jstj.

⁶⁵ Cfr. CARDOSO, Eurico Lopes, *Manual da acção executiva*, INCM, pág. 523.

⁶⁶ Cfr. FREITAS, José Lebre de, e MENDES, Armindo Ribeiro, *CPC anotado*, Vol. 3.º, Coimbra Editora, 2003, pág. 522, e MARQUES, J. P. Remédio, *Curso de Processo Executivo Comum*, SP Editores, 1998, pág. 316.

A última redacção de tal preceito (introduzida pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 08 de Março) estabeleceu, expressamente, a faculdade do credor hipotecário impugnar a reclamação de crédito efectuada pela retentor com base em sentença judicial proferida contra, apenas, o executado/promitente-alienante (n.º 3 da referida norma).

Tais cautelas só são compreensíveis porque a intervenção do credor hipotecário na formação do título executivo se torna necessária para que a decisão judicial produza o seu efeito útil normal, regule definitivamente a situação concreta das partes relativamente ao pedido formulado, verdadeiro fundamento do litisconsórcio necessário consagrado no artigo 28.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

Esta solução (legalmente consagrada em sede de convocação de credores e graduação de créditos na acção executiva) obstaculiza as situações de simulação entre os promitentes, já que o credor hipotecário poderá discutir, face à comum ausência de contestação do simulador promitente-alienante, os factos constitutivos do direito de retenção (a existência ou validade do contrato-promessa, a existência da prestação de sinal pelo beneficiário da promessa de alienação e a existência da tradição da coisa objecto do contrato prometido).

III. O CONCURSO DE TAL DIREITO EM RELAÇÃO À HIPOTECA

1. A interpretação das leis

“O problema jurídico-normativo da interpretação não é o determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos (...) Uma “boa” interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto”⁶⁷.

Nesta tarefa, deverá o intérprete desembaraçar-se, em primeiro lugar, da lógica de aplicação sequencial⁶⁸ dos métodos interpretativos (da interpretação gramatical, interpretação lógica, interpretação sistemática, interpretação teleológica, património adquirido da hermenêutica jurídica⁶⁹).

⁶⁷ Cit. NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, BFD — Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pág. 84.

⁶⁸ Método defendido por vários autores, dos quais se destaca TELLES, Inocêncio Galvão (*Introdução ao Estudo do Direito, Volume I*, 11.ª edição, Coimbra Editora, págs. 245 a 250) que estabelece o percurso interpretativo com início na interpretação literal, que pode revelar o “conteúdo espiritual” da norma, passando pela interpretação lógica e, suplementarmente, se insuficiente, a interpretação sistemática e interpretação histórica.

⁶⁹ Cfr. ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 111.

Por outro lado, estará na altura de definitivamente abandonar a querela entre a escola tradicional (subjectivista, psicológica ou histórico-filológica⁷⁰, que pugnava pelo entendimento a aplicação da lei conforme o pensamento e vontade do legislador, em que o espírito da lei se identifica com a vontade do legislador) e a escola objectivista (que confere primazia ao sentido da lei, ela própria com espírito), uma vez que qualquer destes métodos interpretativos conduz, sempre, a um resultado possível, não necessariamente correcto. A fixação da vontade presumida do legislador⁷¹ com desprezo pela letra da lei ou a observância cega daquela letra sem cuidar da vontade do legislador tem rigorosamente, de acordo com o direito positivo, o mesmo valor⁷².

Com a natural obediência às próprias regras de interpretação positivamente consagradas no ordenamento jurídico, a tarefa interpretativa, independentemente da categorização dos factores ou subsídios hermenêuticos e das modalidades de interpretação quanto ao resultado (classicamente reduzida à interpretação declarativa, extensiva, restritiva, revogatória e enunciativa⁷³), terá de consistir num esforço de adaptação às circunstâncias culturais, sociais e económicas do tempo em que é aplicada⁷⁴, dotadas de causalidade adjacente e que interferem com a realização histórica dos fins das normas⁷⁵, sob pena de a própria lei poder cristalizar a história, de existir uma única interpretação que acompanha a lei desde a sua nascença até ao momento actual⁷⁶.

“A norma (...) não é uma entidade de sentido normativo absoluto e invariável (...) mas antes uma variável normativa em função do problema judicativo-decisório que a convoca, a interroga problematicamente e a vai determinando na sua normatividade judicativamente assimilada. (...)”⁷⁷

A interpretação teleológica (com recurso aos factores hermenêuticos adequados) constitui, sem qualquer dúvida, o único método interpretativo capaz de reencaminhar a lei para a sua vocação, para a satisfação das necessidades práticas e dos ideais de justiça.

⁷⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingos de, *Ensaio sobre a Interpretação das Leis*, 2.ª edição, Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1963, pág. 15.

⁷¹ “termo cómodo para designar realidades muito complexas” — cit. LATORRE, Angel, *Introdução ao Direito*, Almedina, 1974, pág. 105 — e, por isso, de difícil determinação.

⁷² Cfr. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 3.ª edição, Arménio Amado-Editor, Sucessor, Coimbra, pág. 468.

⁷³ Cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1993, págs. 185 e 186, TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, 11.ª edição, Coimbra Editora, págs. 250 a 258, e NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, BFD — Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pág. 108.

⁷⁴ Cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1993, pág. 191.

⁷⁵ Cfr. MACHADO, João Baptista, *Sobre o discurso jurídico*, Coimbra, 1965, pág. 49.

⁷⁶ Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, 11.ª edição, Coimbra Editora, pág. 267.

⁷⁷ Cit. NEVES, A. Castanheira, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica — I*, Coimbra Editora, 2003. pág. 345.

A formação, pelos tribunais, de novos critérios de valoração das exigências sociais e económicas actuais (tal esforço foi designado como jurisprudência progressiva⁷⁸ ou dos interesses⁷⁹) é condição indispensável da própria sobrevivência das leis, sob pena da sua constante e imponderada alteração.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil⁸⁰ a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. Acrescenta o n.º 2 do referido preceito que não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. Por fim, remata o n.º 3 do mesmo artigo que na fixação do sentido e alcance da lei o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Tal norma, inquestionavelmente, dirige a actividade do intérprete para a descoberta do pensamento legislativo a partir da letra⁸¹. Para além da letra da lei, são estabelecidos mais três factores hermenêuticos:

- 1.º a unidade do sistema jurídico (factor primordial, concepção que seria sempre postulada pelo princípio da coerência axiológica da ordem jurídica⁸²): corpo de princípios filosófico-políticos que, de forma coerente, soluciona os comportamentos da vida comunitária⁸³ — entre os comandos por tal corpo criados não podem existir soluções anti-téticas.
- 2.º as circunstâncias em que a lei foi elaborada, também designada por *occasio legis*, conjunto de circunstâncias de natureza política (aqui entendida de forma lata, abrangendo todos os fenómenos existências da comunidade) que determinaram a opção legislativa;
- 3.º as condições específicas do tempo em que a lei é aplicada, manifestação da adesão do legislador ao actualismo⁸⁴.

⁷⁸ Cfr. LATORRE, Angel, *Introdução ao Direito*, Almedina, 1974, pág. 106.

⁷⁹ Cfr. MONTEIRO, António Pinto, *Inflação e direito civil*, separata do BFDC, Coimbra, 1984, pág. 6.

⁸⁰ Que não tomou posição relativamente à referida querela entre a doutrina subjectivista e a doutrina objectivista — cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1993, pág. 188.

⁸¹ Cfr. Sobre a apreciação da norma em causa e representando o estudo mais completo efectuado na nossa doutrina, MACHADO, João Baptista, ob. cit., págs. 189 a 191.

⁸² Cfr. MACHADO, João Baptista, ob. cit., pág. 191.

⁸³ Cfr. MARQUES, J. Dias, *Introdução ao Estudo do Direito, Volume I*, 2.ª edição, Lisboa, 1968, pág. 246.

⁸⁴ Cfr. MACHADO, João Baptista, ob. cit., pág. 191, e TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito, Volume I*, 11.ª edição, Coimbra Editora, pág. 269.

2. A interpretação das normas apreciadas de acordo com os critérios legais

2.1. A letra da lei

Não merecerá discussão (facto que se não estende à bondade e justeza da opção legislativa apreciada) que o espírito legislativo decorrente da publicação dos Decretos-Lei n.ºs 236/80, de 18 de Julho, e 379/86, de 11 de Novembro, traduz, sem qualquer dúvida (que, se existisse, se dissipou, pelo menos, desde 1986) a consagração literal do direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão que obteve a tradição da coisa objecto do contrato prometido pelo crédito resultante da resolução do contrato-promessa⁸⁵.

2.2. A unidade do sistema jurídico

A. O registo predial e a natureza do direito de retenção.

A regra estabelecida no artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil, nos termos supra descritos, representa uma excepção ao princípio da prioridade temporal da constituição dos direitos reais — prior in tempore potior in iure — absorvido pelo nosso ordenamento jurídico e corolário de um dos institutos jurídicos inspirado pelos valores da segurança e certeza jurídicas⁸⁶ — o registo predial (conjunto de normas que visam proteger a confiança ou a fé pública através da publicitação de factos que permitem adequar a conduta das pessoas de acordo com os seus interesses).

Através de tal instituto (e do conatural princípio da fé pública registral⁸⁷) pretendeu-se conferir segurança máxima às situações a que a comunidade (Estado) atribuiu especial verosimilhança⁸⁸, segurança jurídica sectorial, localizada no direito sobre as coisas, essencialmente no seu aspecto dinâmico, que visa a protecção de terceiros⁸⁹.

Por outro lado, como também já foi objecto de exposição, tal excepção foi motivada pela necessidade de protecção de créditos (em regra reduzidos, face ao valor das coisas retidas) relacionados com a coisa objecto da garantia, que beneficiam o seu proprietário e mesmo os credores deste, que traduz um enriquecimento injustificado, caso em que o enriquecimento corresponde

⁸⁵ Diplomas sucessivamente julgados material e organicamente constitucionais: cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 374/03 (relatado pelo Cons. Mário Torres), 22/2004 (relatado pela Cons. Maria Helena Brito), 356/2004 (relatado pela Cons. Maria Fernanda Palma), 446/2004 (relatado pelo Cons. Benjamim Rodrigues) e 698/2005 (relatado pelo Cns. Pamplona de Oliveira), in www.tribunalconstitucional.pt/acordaos.

⁸⁶ Cfr. MACHADO, João Baptista, ob. cit., pág. 57.

⁸⁷ Cfr. GUERREIRO, J. A. Mouteira, *Noções de Direito Registral*, Coimbra Editora, 1993, pág. 24.

⁸⁸ Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa fé no direito civil*, Colecção Teses, Almedina, pág. 1247.

⁸⁹ Cfr. MENDES, Isabel Pereira, *Estudos sobre o Registo Predial*, Almedina, 1999, pág. 54.

a um fundamento jurídico susceptível de ser justificado pelo ordenamento jurídico mas que traduz um resultado contrário à justiça⁹⁰.

O direito de retenção do beneficiário da promessa que obteve a tradição da coisa constitui uma entorse a este princípio já que, por regra, garante quantitativamente créditos de montante aproximado ou superior ao valor da coisa retida e qualitativamente não representa qualquer despesa efectuada com a coisa ou qualquer dano por ela causado.

B. A primazia do direito ao cumprimento e o princípio da boa fé

Em relação às alterações do regime do contrato-promessa (como, aliás, em toda a espécie de obrigações⁹¹, onde impera o princípio geral da boa fé, regra objectiva de conduta que impõem a adopção pelos contraentes de comportamentos honestos e correctos, inibindo condutas desleais e impondo deveres de colaboração,⁹²tendentes à satisfação esperada das mesmas) foi conferida a primazia do direito ao cumprimento e execução específica do acordo⁹³, razão existencial da relação obrigacional,⁹⁴ “(...) princípio primário, lógico e natural, que goza de prioridade lógica e teleológica sobre a reparação do dano e a execução por equivalente(...)”⁹⁵, efeito natural (por contraposição a accidental) do contrato-promessa⁹⁶, *primum subsidium* do promitente lesado⁹⁷, “(...) transposição para o plano ontológico dos factos (ser) do conteúdo deontológico da vinculação (dever ser) (...)”⁹⁸.

A protecção do beneficiário da promessa de transmissão foi essencialmente assegurada pela consagração do direito (indisponível⁹⁹) de execução específica do contrato e da eficácia real da promessa, com especial significado nos casos de tradição do imóvel “(...) em que se criou uma forte expectativa

⁹⁰ Cfr. GOMES, Júlio Manuel Vieira, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Colecção Teses, U.C.P. Porto, 1998, pág. 83.

⁹¹ Cfr. SILVA, João Calvão da, *Não cumprimento das obrigações*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, pág. 485.

⁹² Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra Editora, pág. 125.

⁹³ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente*, Almedina, 9.ª edição, 2007, pág. 74.

⁹⁴ Cfr. SILVA, João Calvão da, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, BFUC, 1995, pág. 141.

⁹⁵ Cit. SILVA, João Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, Almedina, 12.ª edição, pág. 227.

⁹⁶ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, op. cit., pág. 56.

⁹⁷ Cfr. PROENÇA, José Carlos Brandão, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral*, separata do BFDC, Coimbra, 1996, pág. 51.

⁹⁸ Cit. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Volume II*, 4.ª edição, Almedina, pág. 141.

⁹⁹ Apesar das críticas de Antunes Varela relativamente às situações em que para os contraentes não existe qualquer juízo certo relativamente à subsistência superveniente dos fundamentos que pesaram na declaração negocial da promessa — Cfr. *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª edição, Coimbra Editora, págs. 163 a 164.

de estabilização do negócio e uma situação de facto socialmente atendível (...)”¹⁰⁰, esta última referida à habitação do promitente e do seu agregado familiar¹⁰¹, que “(...) cria legitimamente, ao beneficiário da promessa, uma confiança mais forte na estabilidade ou concretização do negócio (...)”¹⁰², impondo-se “(...) com particularíssima acuidade, defender o mais possível o exacto cumprimento do contrato (...)”¹⁰³.

O retentor beneficiário da promessa de transmissão, ao exercer o seu direito de retenção, recorre a um expediente subsidiário ou residual que não satisfaz o seu interesse primário (assim pela lei tutelado).

Constitui outra entorse, de difícil terapia, privilegiar tal desiderato face à situação do comprador do imóvel onerado com hipoteca que dela tenha conhecimento após a celebração do contrato definitivo (com acrescidas dificuldades na obtenção da declaração de anulabilidade da venda da coisa imóvel onerada apesar de, no que respeita ao promitente-adquirente, dever ser equiparável ao conhecimento efectivo a ignorância, não induzida¹⁰⁴, do registo de direitos reais de garantia que incidem sobre o objecto do contrato prometido, conhecimento que condiciona, naturalmente, a decisão de prestação do sinal e o seu montante) bem como face ao beneficiário da promessa de transmissão com eficácia real do mesmo imóvel que não tenha obtido a tradição do mesmo, ao titular de um direito real de aquisição¹⁰⁵ (a quem é exigida a inscrição da promessa no registo — artigo 413.º, n.º 1, do Código Civil).

2.3. A *occasio legis* dos diplomas de 1980 e 1986

Relativamente à norma consagrada desde 1980, actualmente depositada no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil, não merecerá qualquer contestação que a sua *occasio legis* assenta numa circunstância, expressamente comunicada no preâmbulo do primeiro diploma (o que dispensa a procura motivadora das circunstâncias em que a lei foi elaborada fora do mesmo): a rápida mutação da conjuntura económica e financeira em que avultou, como factor preponderante, a desvalorização da moeda (cfr. § 2.º do ponto 1. do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho) e consequente desmo-

¹⁰⁰ Cit. § 2.º do ponto 2. do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho.

¹⁰¹ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, pág. 553.

¹⁰² Cit. § 4.º do ponto 4. do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro.

¹⁰³ Cit. COSTA, Mário Júlio de Almeida, ob. cit. pág. 75.

¹⁰⁴ “(...) O “dever de conhecimento” significa o conjunto das circunstâncias que fazem surgir, segundo a valoração do legislador, como justo ou adequado o facto de alguém, que ignora certos factos, ser tratado como quem dispõe de conhecimento (efectivo).” — cit. GUICHARD, Raul, *Da relevância jurídica do conhecimento no direito civil*, U.C.P. Editora, Porto, 1996, págs. 43 a 44.

¹⁰⁵ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente*, Almedina, 9.ª edição, 2007, pág. 51.

tivação da resolução, lucrativa, dos contratos-promessa por parte dos promitentes-alienantes¹⁰⁶.

As taxas de inflação (índice de preços no consumidor) desde 1973, ultrapassaram a fasquia dos 10%¹⁰⁷, tendo atingido o seu máximo em 1984 (29,3%).

Com idêntica preocupação o legislador, através do Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho, procedeu a alterações na fixação da taxa de juro legal originariamente prevista no artigo 559.º do Código Civil, remetendo-a para diploma legal avulso. Não resolveu, na altura, toda uma série de questões suscitadas pela desvalorização acentuada da moeda, como a revisão dos limites máximos fixados para a responsabilidade pelo risco na área dos acidentes de viação e dos danos causados por instalações de energia eléctrica e gás¹⁰⁸.

2.4. As condições específicas do tempo em que a lei é aplicada

Fruto da dinâmica dos mercados financeiro e económico (seguramente globalizados depois da publicação dos diplomas apreciados) o fenómeno de desvalorização acentuada da moeda cessou, com carácter tendencialmente definitivo, a partir de 1995, ano em que a taxa de variação média anual do índice de preços no consumidor deixou de ser superior a 5% e, com excepção do ano de 2001, passou a ser inferior a 4%.

Constitui facto notório a retracção do mercado de construção civil e do financiamento bancário à construção e aquisição de imóveis para habitação, que contraria as opções, constitucionais, de política económica relativa à criação de riqueza e circulação dos bens e de política social relativa ao direito à habitação.

3. A interpretação correctiva por redução teleológica da norma prevista no artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil

A lei apreciada foi, nos termos descritos, marcada pelo circunstancialismo da conjuntura então vivida, motivo pelo qual carece de adaptação às circunstâncias actuais, absolutamente distintas: "(...) uma lei só tem sentido quando

¹⁰⁶ Cfr. TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, pág. 156, CAMPOS, Maria Isabel Helbling Meneres, *Da Hipoteca: caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, 2003, pág. 226, SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato-Promessa*, 12.ª edição, Almedina, pág. 14, CORDEIRO, António Menezes, *O novíssimo regime do contrato-promessa*, C.J., Ano XII, Tomo II, 1987, pág. 8, e *Da retenção do promitente na venda executiva*, R.O.A., ano 57, 1997, pág. 547, e XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Contrato-Promessa*, RDES, ano XXVIII, 1980, pág. 25.

¹⁰⁷ Cfr. Índices de preços no consumidor do Instituto Nacional de Estatísticas, in www.ine.pt/xportal

¹⁰⁸ Cfr. MONTEIRO, António Pinto, *Inflação e direito civil*, separata do B.F.D.C., Coimbra, 1984, pág. 13.

integrada num ordenamento vivo e, muito em especial, enquanto harmonicamente integrada na “unidade do sistema jurídico”¹⁰⁹.

O próprio autor do anteprojecto legislativo da reforma operada em 1986¹¹⁰ confessa que o regime proteccionista conferido ao beneficiário da promessa de transmissão perde sentido em circunstâncias de estabilidade monetária, em que a oferta de edifícios para habitação se aproxime ou supere a procura.

O actualismo^{111 112} na interpretação da lei (integrado, necessariamente, na interpretação teleológica assente na compreensão prático-normativa da norma) permite que a mesma desempenhe a função que lhe compete, a realização da intenção prática da norma, mesmo com o sacrifício (correção) do texto legal, sempre que, por força da alteração das circunstâncias determinantes da publicação da lei, a obediência à sua letra frustra a sua intenção prático-normativa.

Quando se excluiu do campo de aplicação de uma norma casos que estão abrangidos pela sua letra (texto) efectua-se uma interpretação correctiva¹¹³, por redução teleológica da aplicação da norma¹¹⁴ sacrificando o sentido impositivo formal do texto.

Quer o exposto significar 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 razão¹¹⁵, sob o ponto de vista da justiça e da utilidade social¹¹⁶, permitindo o locupletamento daquele beneficiário.

Assim sendo, deve entender-se, compreender-se, que o regime estabelecido no artigo 759.º, n.º 2, não é aplicável às situações do direito especial de retenção consagradas no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), ambos do Código Civil.

A interpretação efectuada não tem, quanto ao resultado, o mesmo alcance como aquela proposta por Luís Menezes Leitão¹¹⁷.

¹⁰⁹ Cfr. MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1993, pág. 191.

¹¹⁰ Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente*, Almedina, 9.ª edição, 2007, pág. 58.

¹¹¹ O actualismo constitui um factor hermenêutico de interpretação e não um método interpretativo. Neste último sentido, inadequado, se pronuncia Cláudia Madaleno, ob. cit. págs. 236 a 237, em que propõe, com fundamento na interpretação actualista e restritiva, a inaplicabilidade do regime estabelecido no artigo 759.º, n.º 2, ao direito consagrado no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), ambos do Código Civil.

¹¹² Atribuído à escola histórico-evolutiva e ao pensamento de Josep Kohler — cfr. TELLES, Inocência Galvão, ob. cit. pág. 267.

¹¹³ Cfr., quanto à sua admissibilidade, com fundamento distinto, PEREIRA, Manuel das Neves, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 3.ª edição, Almedina, pág. 239.

¹¹⁴ NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica*, BFD — U.C., Coimbra Editora, 1993, pág. 104.

¹¹⁵ Cfr. ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 116.

¹¹⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 2.ª edição, Arménio Amado — Editor, Sucessor — Coimbra, 1963, pág. 99.

¹¹⁷ Cfr. *Direito das Obrigações*, Volume I, 6.ª edição, Almedina, págs. 245 a 246.

Com fundamento numa interpretação restritiva¹¹⁸ do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil, com vista à sua harmonização com a disciplina do direito comum de retenção (aparentemente apelando à unidade do sistema jurídico) defende que o direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão que obteve a tradição da coisa apenas garante o direito ao aumento do valor da coisa, único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação directa com a coisa a reter e que não prejudica o credor hipotecário.

Tais argumentos, sem qualquer modelo metódico (o autor apenas apresenta o resultado interpretativo — restritivo — sem indicar as premissas hermenêuticas), não são em si mesmos, generosamente entendidos como elementos de interpretação, aptos a permitir a formação da conclusão oferecida, desde logo tendo em consideração que a letra da lei, sem sacrifício do seu sentido impositivo-formal, não autonomiza aquele crédito no âmbito do direito de retenção que estabeleceu.

Noutra perspectiva, de apreciação dos fundamentos jurídicos alegados, no caso concreto apontado não existe qualquer conexão material ou funcional entre a coisa retida e o crédito garantido. Por outro lado, tal privilégio prejudica, necessariamente, o credor hipotecário, em todas as situações por força da obrigação de restituição do sinal prestado. Abstractamente, o credor hipotecário não seria prejudicado, apenas, nas situações em que o retentor não tivesse prestado qualquer sinal ou parte do preço. Mesmo nestes casos (que o mundo real não oferece), o credor hipotecário (especialmente o bancário, não vocacionado para a aquisição dos imóveis para a habitação onerados com a sua garantia), por força das regras da venda executiva¹¹⁹, certamente (com apelo à prática judicial) é prejudicado nos seus interesses.

IV. CONCLUSÕES

O direito de retenção constitui uma faculdade excepcional (enquanto manifestação de um meio de auto-tutela), de origem legal, de recusa do cumprimento da obrigação de entrega de uma coisa detida e de executar a mesma coisa com preferência sobre os demais credores em relação ao produto da sua venda.

Foi concebido, dogmaticamente, para as situações em que o próprio credor da obrigação da entrega beneficia dos actos jurídicos ou naturais que originam o crédito garantido pela retenção (valorização ou conservação da coisa) ou deva responder pelos danos causados pela existência da coisa.

¹¹⁸ Modelo ou resultado de interpretação que procura a adequação ou correspondência entre o texto e o pensamento normativo: cfr. NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica*, BFD — U.C., Coimbra Editora, 1993, pág. 104.

¹¹⁹ De acordo com a regra geral de modalidade de venda, mediante propostas em carta fechada, o valor a anunciar corresponde a 70% do valor base do imóvel — cfr. artigo 889.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil.

Em caso de retenção de coisas imóveis a lei estabeleceu, com carácter de excepção (face ao princípio da prioridade temporal da constituição dos direitos reais), a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca.

O direito especial de retenção facultado ao beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel não tem, rigorosamente, qualquer contacto com as finalidades e funcionalidades que estiveram na criação do referido instituto.

As alterações legislativas operadas pelos diplomas de 1980 e 1986 foram concebidas na perspectiva da protecção do promitente-adquirente de imóveis, essencialmente pela consagração de mecanismos de cumprimento dos contratos-promessa (execução específica e eficácia real da promessa, preocupação desde sempre manifestada no ordenamento jurídico em relação à generalidade das obrigações) face à historicamente localizada inflação galopante que potenciava comportamentos deliberadamente faltosos dos promitentes-alienantes.

Também a responsabilidade civil resultante do incumprimento definitivo da obrigação de transmissão em caso de tradição da coisa (dobro do sinal, valor da coisa ou indemnização pelo prejuízo e direito de retenção para garantia de tais créditos) obedeceu a tal preocupação legislativa, tendo a protecção daquele contraente determinado a compressão (ou eliminação pura) do direito do credor hipotecário.

A fonte da preocupação e motivação legislativa (desvalorização monetária) que determinou aquela solução excepcional há muito cessou, tendo a protecção do promitente-adquirente na vertente garantística da retenção da coisa em relação ao credor hipotecário, de acordo com corpo de princípios filosófico-políticos que solucionam os comportamentos da vida comunitária real (actual), perdido qualquer razão de ser.

A intenção prático-normativa do artigo 759.º, n.º 2, do Código Civil, de acordo com a satisfação das necessidades práticas e dos ideais de justiça não pode, actualmente, abranger o direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão que obteve a tradição da coisa consagrado no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do mesmo diploma, propondo-se o alcance de tal desiderato através interpretação correctiva, pelo mecanismo da redução teleológica, da referida norma.