

A POSIÇÃO JURÍDICA DO BENEFICIÁRIO DE PROMESSA DE ALIENAÇÃO NO CASO DE INSOLVÊNCIA
DO PROMITENTE-VENDEDOR

Comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014, de 19 de Maio

Margarida Costa Andrade

Afonso Patrão

(Assistentes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

I. O Acórdão e o objecto do comentário.

No Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) debruça-se sobre a posição jurídica do beneficiário de uma promessa de transmissão (meramente obrigacional) da propriedade de uma fracção autónoma de um prédio urbano em regime de propriedade horizontal, com tradição da coisa, em face da declaração de insolvência do promitente-vendedor. Concretamente, pronunciou-se o Tribunal superior sobre a questão de saber, perante a decisão do administrador de insolvência de não cumprir um contrato-promessa a que o insolvente se havia vinculado, com eficácia obrigacional e tendo havido tradição da coisa, *qual a pretensão indemnizatória* que cabe ao beneficiário da promessa de alienação (i) e, por outro lado, *se beneficia de direito de retenção* como garantia desse crédito (ii).

Vejamos, esquematicamente, o caso que motivou o aresto: **A** celebra contrato-promessa de compra e venda com **B**, nos termos do qual se vinculou a vender uma fracção autónoma de prédio urbano; **A** recebeu de **B** certa quantia a título de sinal e entregou o imóvel objecto do contrato. Mais tarde, em face da insolvência do promitente-vendedor (**A**), o administrador de insolvência decidiu *não cumprir* o contrato-promessa (isto é, não celebrar o contrato prometido), importando então saber que direito tem **B** e como é graduado no processo de insolvência.

A intervenção do Supremo Tribunal foi suscitada depois de uma decisão em primeira instância que reconheceu ao beneficiário da promessa o *direito ao valor do sinal entregue*, garantido especialmente por direito de retenção sobre a coisa objecto do contrato prometido. Neste caso, nos termos do n.º 2 do art. 759.º do Código Civil (CC), a sua garantia preferirá sobre hipotecas sobre a mesma coisa, mesmo que anteriores.

Tal sentença foi objecto de recurso para o Tribunal da Relação. Este concluiu que, no âmbito da insolvência, a tutela do beneficiário da promessa de transmissão decorre das normas dos artigos 102.º, 104.º/5 e 106.º/2 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) e não pelo instituto da devolução do sinal em dobro do art. 442.º CC; em consequência, não gozaria tal crédito de direito de retenção, porquanto este está associado à indemnização do art. 442.º CC, nos termos da alínea *f*) do n.º 1 do art. 755.º CC. Nessa medida, graduou como *crédito comum* o direito do promissário de alienação, a ser pago depois de satisfeitas as hipotecas que sobre a coisa incidissem.

Ora, uniformizando a jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça veio a dar guarida à posição do promissário, atribuindo-lhe o direito ao sinal em dobro nos termos da lei civil (art. 442.º CC), crédito especialmente garantido com direito de retenção (art. 755.º/1/f) CC). Indo mais longe, o douto Acórdão fixou uma interpretação restritiva da atribuição do direito de retenção, determinando que tal garantia real apenas é outorgada ao promissário de alienação *que seja consumidor*, recusando-se tal caução a todos os demais.

A nossa análise à erudita decisão do Supremo Tribunal de Justiça cingir-se-á, assim, àquelas duas questões *supra* indicadas. Em primeiro lugar, cuidaremos de saber, em face do direito positivo, *qual a pretensão indemnizatória que cabe ao promissário de alienação quando haja obtido a tradição da coisa objecto do contrato*; em concreto, importa identificar se é titular do direito ao *dobro do sinal* (nos termos do art. 442.º CC) ou, pelo contrário, *a uma indemnização calculada nos termos do n.º 2 do art. 106.º CIRE*. Em segundo lugar, importa saber se, quando o beneficiário de promessa de alienação que tenha obtido a entrega da

coisa seja titular de um crédito indemnizatório pelo incumprimento do contrato-promessa, a atribuição de tal garantia está *circunscrita a consumidores*.

- II. O direito atribuído ao beneficiário de promessa de transmissão de prédio no caso de insolvência do promitente vendedor.

Aquando da declaração de insolvência do promitente-vendedor, o destino do contrato-promessa é objecto de regulamentação do CIRE. Assim, a lei falimentar prescreve um princípio geral para os negócios em curso (art. 102.º CIRE), nos termos do qual estes ficam *suspensos*, podendo o administrador de insolvência optar por cumprir ou recusar o adimplemento¹. Esta regra prevê ainda um regime indemnizatório da contraparte, quando o administrador de insolvência decida não cumprir tais contratos, e é complementada com regras especiais no que tange a certos tipos contratuais (entre os quais, o contrato-promessa de compra e venda — art. 106.º), assumindo as normas deste capítulo do CIRE natureza imperativa (art. 119.º CIRE) e não podendo ser derogadas por condições indemnizatórias fixadas pelas partes.

No que ao contrato-promessa diz respeito, ao *princípio geral* de que o administrador de insolvência pode decidir executar ou recusar o cumprimento

¹ De notar que, na senda da lei alemã onde o direito pátrio se inspirou (§103 *Insolvenzordnung*), o legislador menciona apenas os *contratos bilaterais*, deixando de fora *quer* os negócios jurídicos unilaterais, *quer* os contratos unilaterais — onde se colocará o contrato-promessa de compra e venda em que apenas o vendedor se compromete a vender (art. 411.º CC).

Todavia, defende a doutrina a sua aplicação a todos os negócios jurídicos, não apenas sustentada na respectiva epígrafe, mas também por analogia aos negócios jurídicos unilaterais e aos contratos unilaterais. Quanto aos primeiros, ensina OLIVEIRA ASCENSÃO que “*a analogia com o contrato é determinante. Se o que se assegura é um tempo de espera, em que se pondera se o cumprimento é ou não benéfico para a situação decorrente da insolvência, então do mesmo modo parece aqui conveniente a suspensão. A comum natureza de negócio jurídico, associada à ratio legis, ampara bem esta solução. Mas a aplicação é analógica, uma vez que não há razão para pretender que o legislador disse menos que o que queria*”. O Professor estende depois este raciocínio aos *contratos unilaterais*, onde sobreleva a mesma *ratio legis* e, por isso, “*a solução é de novo dada por recurso à analogia com a previsão legal do contrato (bilateral)*” — JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, vol. II, 2005, p. 289. Sobre a natureza de *regra geral* do art. 102.º CIRE, vide ainda NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, “Insolvência e contrato-Promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, 2010, pp. 395-440, p. 400.

(art. 102.º CIRE), a norma especial do n.º 1 do art. 106.º CIRE impede tal opção no que concerne aos contratos-promessa de compra e venda² *com eficácia real*, se já tiver ocorrido *tradição* da coisa objecto do contrato prometido. Nestes casos, o administrador da insolvência está *obrigado* ao cumprimento, devendo celebrar o contrato definitivo. Nos demais, o cumprimento ou sua recusa é uma *opção do administrador de insolvência* (n.º 2) e, caso opte por negar a celebração do contrato definitivo, estabelece-se a aplicação do disposto no n.º 5 do art. 104.º (que disciplina as consequências do incumprimento, pelo administrador de insolvência, de contratos de compra e venda com reserva de propriedade).

A polémica surge quanto a saber, nos contratos-promessa com eficácia meramente obrigacional, se *a norma insolvencial relativa à consequência do incumprimento do contrato-promessa* preclui a aplicação das regras do Código Civil para a mesma situação *nos casos em que tenha havido tradição da coisa* — o direito do beneficiário da promessa ao dobro do sinal entregue, quando a não celebração do contrato prometido lhe seja imputável (art. 442.º CC), especialmente garantido por direito de retenção (alínea *f*) do art. 755.º CC).

1. A interpretação do Supremo Tribunal de Justiça quanto ao direito do beneficiário de promessa de alienação com eficácia meramente obrigacional.

Sobre esta controvérsia, os ilustres Conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça (ainda que com 18 votos de vencido) decidiram que, quando haja ocorrido tradição da coisa a favor do promitente-comprador em contrato-promessa com

² Se a epígrafe se refere a “promessa de contrato” — o que levaria o intérprete a pensar que este regime especial se dedicaria a qualquer contrato-promessa — a verdade é que a norma se refere sempre a um “promitente-vendedor” e a um “promitente-comprador”, regulando exclusivamente o contrato-promessa *de compra e venda* (i) e somente *bilateral* (ii) — aquele em que um dos outorgantes se compromete a vender e o outro se compromete a comprar (cfr. CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 101).

Todavia, como vimos na nota n.º 1, a doutrina defende a aplicação analógica a contratos unilaterais, pelo que tal regime parece ser aplicável aos contratos-promessa em que apenas uma das partes se vinculou à celebração do negócio prometido. Pelas mesmas razões, e também por analogia, parece que este regime se deve aplicar ao contrato-promessa de transmissão de outros direitos reais sobre a coisa.

eficácia meramente obrigacional, *não é aplicável o regime próprio do CIRE* quanto às consequências do incumprimento da promessa por decisão do administrador de insolvência. Assim, a tutela do beneficiário da promessa de alienação é dada pela lei civil (o sinal em dobro prescrito no art. 442.º CC) e, correspondentemente, a garantia especial sobre a coisa por esse crédito (al. f) do n.º 1 do art. 755.º CC), entendendo o inadimplemento do contrato-promessa *imputável ao insolvente*.

Esta tese baseia-se em quatro argumentos.

Por um lado, sufraga-se que, violado o contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional *em que haja havido tradição da coisa*, não é mobilizável a consequência prevista no CIRE para a violação dos contratos-promessa. Com efeito, nesses casos, manda o n.º 2 do art. 106.º CIRE aplicar “o disposto no n.º 5 do artigo 104.º, com as necessárias adaptações”; ora, tal norma regula as consequências do incumprimento de um contrato de venda com reserva de propriedade *em que a coisa não foi ainda entregue ao comprador*. Nessa medida, entende o Tribunal, esta estatuição apenas se aplica nos contratos-promessa *em que não tenha ocorrido a entrega da coisa*, não contendo a lei falimentar solução para as promessas de alienação com *traditio*³. Deste modo, na falta de solução especial no CIRE, o douto Acórdão conclui pela aplicação da regra contida no art. 442.º CC.

Em segundo lugar, sustenta-se que “*nada apontando, a nosso ver, para o facto de ter havido intuito de modificar com a entrada em vigor do CIRE a orientação legislativa ao nível das consequências de incumprimento da promessa de contrato*” — e sendo certo que, na vigência do art. 164.º-A Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência (CPEREF), este concreto caso era submetido à tutela da lei civil (art. 442.ºCC) —, o propósito do legislador foi deixar o *contrato-promessa com eficácia obrigacional com tradição*

³ Repare-se que o douto Acórdão não trata da querela relativa à questão de saber se a indemnização do CIRE é apenas para os contratos-promessa *não sinalizados*, apenas incidindo sobre a sua aplicação aos contratos-promessa meramente obrigacionais em que haja ocorrido *traditio*. Sobre aquela controvérsia, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 155, nota 82.

da coisa de fora do domínio do n.º 2 do art. 106.º CIRE, tal como sucedia na lei anterior.

Em terceiro lugar, invoca-se que caso o legislador tivesse querido fazer decair o direito de retenção de que o beneficiário da promessa goza *na ausência de insolvência*, tê-lo-ia mencionado na regra que extingue garantias reais por efeito da declaração de insolvência (art. 97.º CIRE). Não constando o direito de retenção de tal norma, conclui, a preferência dada pelo direito de retenção *não é alterada* pela declaração de insolvência.

Por fim, lembra-se que, se assim não fosse, um promitente-vendedor poderia facilmente evadir-se da consequência civil do incumprimento através da sua “apresentação à insolvência”.

Assim, determinou o Tribunal Superior a aplicação do normativo da lei civil, imputando ao insolvente o incumprimento do contrato-promessa decidido pelo administrador de insolvência (considerando existir aqui uma *imputabilidade reflexa*, em face do comportamento do insolvente que conduziu à sua insolvabilidade) e invocando a presunção de culpa que sobre ele impende (art. 799.º CC). Em consequência, o promissário deve gozar do direito ao sinal em dobro (art. 442.º CC), especialmente garantido por direito de retenção sobre a coisa objecto do negócio prometido (755.º/1/f) CC).

2. A argumentação do STJ.

É indiscutível que a douta decisão do Tribunal é produto de uma reflexão profunda, juridicamente fundada e axiologicamente valorada. *Julgamos, todavia, ser preferível a decisão oposta*. Esta nossa convicção funda-se, essencialmente, em cinco argumentos que concorrem em sentido contrário aos mobilizados pelo Tribunal.

2.1. Os argumentos auxiliares

Em primeiro lugar, não parece colher o assentamento da decisão do Tribunal na mesma solução do direito anterior “*nada apontando, a nosso ver, para*

o facto de ter havido intuito de modificar com a entrada em vigor do CIRE a orientação legislativa”. Com efeito, como bem sublinha o Juiz Conselheiro SEBASTIÃO PÓVOAS no seu voto de vencido, ocorreu uma profunda alteração de paradigma. O legislador de 2004 di-lo expressamente no relatório preambular, pelo que a reconstituição do pensamento legislativo sempre indicaria a solução oposta: a de que o legislador *quis expressamente afastar a solução anterior* (a aplicação do art. 442.º CC) e estabelecer um regime insolvencial próprio⁴.

Na verdade, deve recordar-se que a opção de 2004 foi a de transformar o paradigma português da insolvência, privilegiando a segurança dos credores e, por isso, operando uma reponderação da graduação dos créditos⁵. Nessa medida,

⁴ Cfr. relatório preambular ao CIRE: “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”.

⁵ Com efeito, e prescindindo aqui de algum rigor, podem agrupar-se as opções falimentares em duas categorias: sistemas há que privilegiam a *recuperação das empresas* (visando salvaguardar o interesse económico-social da existência de uma empresa, embora porventura reduzindo a protecção dos credores) e outros que favorecem a *liquidação da empresa insolvente* (conferindo maior tutela aos credores, embora aceitando o desaparecimento da empresa como unidade económica). As opções legislativas não são estanques, variando ao longo do contexto social e económico que cada ordem jurídica vai enfrentando, como demonstra a oscilação do legislador português neste domínio.

Se, inicialmente, no Código de Processo Civil de 1939, a insolvência e falência se dirigiam à *liquidação* do património, tal paradigma foi substancialmente alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho, e pelo Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), de 1993, que preferia a *recuperação das empresas*. Ora, com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), de 2004, retorna-se ao modelo primitivo, postulando a *liquidação* e afastando a recuperação de empresas contra a vontade dos credores, posição que o preâmbulo classificava como “*ideia errónea*” (cfr. n.º 6 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março). Em 2012, o legislador reaproxima-se do propósito de *recuperação de empresas*, quer facilitando os *planos de recuperação* quando já se verifica a situação de insolvência, quer por via do estabelecimento Processo Especial de Revitalização (PER — Lei n.º 60/2012, de 30 de Abril), quer pela previsão do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE — Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de Agosto), ambos dedicados a empresas em situação de *pré-insolvência* ou de *situação económica difícil* (reformados depois pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de Fevereiro). Sobre a evolução, cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I,

é condicente com esta tendência que, em face da nova situação de insolvência — onde sobrepõem interesses de ordem pública⁶ — e quando a decisão de não cumprir o contrato-promessa *não é do promitente-vendedor* (mas do administrador de insolvência), a lei haja decidido dar à contraparte uma indemnização contabilizada *em face da situação de insolvência*, retirada de um património que se sabe ser insuficiente para todas as obrigações a que está vinculado, onde a responsabilidade do devedor é menor (pois não decidiu violar o contrato) e podendo não se justificar necessariamente a atribuição de uma garantia especial.

Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas e Sinais distintivos, 9.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 325ss; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, Vol. I, Dos actos de comércio às empresas, o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 216ss; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, pp. 12ss; CATARINA SERRA, *O Regime...*, pp. 20ss.

⁶ No sentido de que as normas falimentares espelham opções políticas com interesses principalmente jurídico-públicos, os quais podem variar consoante o decurso dos tempos, tendo natureza híbrida (simultaneamente processuais e substantivas; jurídico-privadas e jurídico-públicas), cfr. MANFRED BALZ, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 70, 1996, pp. 485-532, p. 498; PAUL DIDIER, "La problématique du droit de la faillite internationale", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n.º 3, 1989, pp. 201-206, p. 203; JOSÉ M. GARRIDO, "Some reflections on the EU Bankruptcy Convention and its implications for secured and preferential creditors", *International Insolvency Review*, vol. 7, n.º 2, 1998, pp. 79-94, p. 81, nota n.º 9; THOMAS M. GAA, "Harmonization of international bankruptcy law and practice: is it necessary? Is it possible?", *International Lawyer*, vol. 27, n.º 4, 1993, pp. 881-909, p. 885; MICHAEL BOGDAN, "The E. C. law of international insolvency", *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs*, Anos 11 e 12, n.º 4, 2001-2002, pp. 452-459, p. 452; SERGIO MARIA CARBONE, "Il regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Diritto Processuale Civile e Commerciale Comunitario*, SERGIO MARIA CARBONE, MANLIO FRIGO E LUIGI FUMAGALLI, Giuffrè, Milano, 2004, p. 93; ARLETTE MARTIN-SERF, "La faillite internationale: une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant", *Journal du Droit International*, vol. 122, n.º 1, 1995, pp. 31-99, p. 87; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Towards the reform of the European Insolvency Regulation: codification rather than modification", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 2, 2014, pp. 207-215, p. 208; FRANCESCO SALERNO, "Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIV, n.º 1, 1998, pp. 5-50, p. 31; ROBERT K. RASMUSSEN, "A new approach to transnational insolvencies", *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 1997, pp. 1-36, p. 2. Assim, igualmente notando a profunda disparidade de regimes falimentares em face das diferentes políticas legislativas, cfr. MARIA HELENA BRITO, "Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Edição Especial — Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 183-220, pp. 184ss; PEDRO PIDWELL, "A insolvência internacional e a arbitragem", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 765-802, p. 768.

Em segundo lugar, também não parecem colher as considerações dos ilustres Conselheiros no que concerne ao facto de a solução por nós preferida (a derrogação do regime do Código Civil pelo normativo falimentar) enfrentar como obstáculo a inexistência de previsão do direito de retenção do promissário de alienação no leque de garantias que se extingue pela declaração de insolvência (art. 97.º CIRE). Com efeito, se a compensação ao beneficiário da promessa de alienação for concedida pelo n.º 2 do art. 106.º CIRE, não é sequer *constituído* tal direito real de garantia, pois o direito de retenção é atribuído pelo legislador *apenas* ao titular da indemnização prevista no art. 442.º CC, sendo caução especial acessória daquele específico crédito (cfr al. f) do n.º 1 do art. 755.º CC); isto é, se o promitente-comprador for titular de uma indemnização *diferente* da do art. 442.º CC, não está tal crédito caucionado pelo direito de retenção, pelo que não haveria qualquer direito a extinguir no art. 97.º CIRE⁷.

Em terceiro lugar, não parece proceder a argumentação de que a substituição da indemnização da lei civil pela das normas falimentares pudesse abrir a porta a fraudes pelo promitente-vendedor, bastando “*que uma empresa promitente vendedora e incumpridora do contrato se apresentasse à insolvência para evitar as consequências do incumprimento*”. Este argumento não colhe, por um lado, porque a declaração de insolvência não é uma opção para o devedor, dependendo de pressupostos objectivos que são apreciados pelo tribunal⁸. Por outro lado, se porventura o incumprimento do contrato-promessa ocorreu *antes* da declaração de insolvência, é evidente que a tutela do promissário se gerou ao abrigo da lei civil — sinal em dobro especialmente garantido por direito de

⁷ Neste sentido, NUNO PINTO OLIVEIRA, “«Com mais irreflexão do que culpa»? O debate sobre o regime da recusa de cumprimento do contrato-promessa”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36 (Outubro/Dezembro), 2011, pp. 3-21, p. 3.

⁸ Na verdade, nos termos do art. 3.º CIRE, a situação de insolvência não é uma escolha do devedor, mas uma situação, apreciada pelo tribunal, de impossibilidade de cumprimento das obrigações assumidas. Sobre o conteúdo e pressupostos da insolvência, cfr., entre outros, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, pp. 23ss; CATARINA SERRA, *O Regime...*, p. 36; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 8.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 58; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 19ss; LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2013, pp. 82ss.

retenção —, não se alterando por via da declaração posterior de insolvência. O que se discute aqui é, ao invés, a decisão de violar o contrato *tomada pelo administrador de insolvência*, já depois da respectiva declaração⁹. Por fim, se a situação de insolvência efectivamente se verificar (i) e o administrador de insolvência entender preferível o não cumprimento do contrato-promessa (ii), é aceitável (mesmo que discutível) que o legislador haja decidido reponderar o montante indemnizatório a atribuir ao beneficiário da promessa e a própria graduação de tal crédito. Nesta eventualidade — concluindo-se pela incapacidade do património de o devedor satisfazer todas as responsabilidades a que está vinculado — surgem interesses de natureza pública que podem manifestar-se, também, na redução da tutela do promissário, à semelhança do que sucede no quadro dos privilégios creditórios que se extinguem por efeito da insolvência¹⁰.

Em quarto lugar, a atribuição do *signal em dobro* ao beneficiário da promessa está restrita, nos termos do art. 442.º CC, aos casos em que a recusa da celebração do contrato prometido se deve a causa imputável ao devedor. Ora, ainda que se aceitasse que a situação de insolvência é da responsabilidade do devedor, carece de demonstração que a *decisão de não cumprir* o contrato-promessa, tomada pelo administrador de insolvência e mesmo contra a vontade do promitente-vendedor, é a este imputável. A douta decisão parece concluir que a situação de falência envolve a imputabilidade pelas *decisões do administrador de insolvência*, o que não é líquido, como melhor veremos *infra*.

⁹ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 497; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 164; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2011, pp. 3-29, p. 9; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, "Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 22 (Abril/Junho), 2008, pp. 3-26, p. 8.

¹⁰ Em sentido convergente, NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, "Insolvência e Contrato-Promessa...", p. 429; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Insolvência: efeitos...", p. 306 (que alude a uma reconfiguração dos créditos, por força das finalidades da insolvência).

2.2. O argumento principal

Por fim, e será este o argumento determinante, *não cremos que a remissão do n.º 2 do art. 106.º CIRE para o n.º 5 do art. 104.º seja impossível ou intolerável, mesmo que tenha havido tradição da coisa objecto do contrato prometido*. Isto é, não parece que a tutela do promissário neste caso esteja omissa do CIRE.

Entendamo-nos. O douto Acórdão encontra no CIRE *três regimes distintos* quanto aos contratos-promessa celebrados pelo insolvente. *Em primeiro lugar*, o contrato-promessa com eficácia real quando haja ocorrido tradição da coisa, onde a decisão de cumprimento está subtraída ao poder de decisão do administrador de insolvência (n.º 1 do art. 106.º CIRE). *Em segundo lugar*, os contratos-promessa meramente obrigacionais e sem entrega da coisa, caso em que vigora a regra geral falimentar de atribuição do poder de decisão ao administrador de insolvência (art. 102.º CIRE) e, caso este opte por não cumprir, se regulam expressamente as consequências (n.º 2 do art. 106.º CIRE). *Por fim*, o contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional em que haja ocorrido entrega da coisa: neste, reputa o venerando Tribunal não haver solução positivada, afirmando que “o artigo 106.º supracitado não menciona a situação relativamente vulgar em que o contrato-promessa, mau grado de natureza obrigacional, foi acompanhado de tradição da coisa para o promitente-comprador” e, agora no que tange aos efeitos de um eventual incumprimento, “havendo tradição da coisa, a norma não esclarece qual a consequência daí resultante”.

Este vácuo encontrado pelo Tribunal Supremo é colmatado, no seu julgamento, pela própria remissão para o art. 104.º (que regula o contrato de compra e venda com reserva de propriedade), “fazendo apelo ao «lugar paralelo» resultante da conjugação dos artigos 106.º, n.º 2, e 104.º n.º 1 do CIRE (respeitante à venda com reserva de propriedade) aplicável no caso em análise, já que as razões determinantes do que ali vem exposto quanto ao que lá se regula (compra e venda a prestações) são idênticas às que estão aqui em causa”. Este raciocínio conduz a que se aplique o regime jurídico do contrato de compra e venda com reserva de

propriedade ao contrato-promessa obrigacional com tradição da coisa (o tal que não estaria regulado).

Ora, no que concerne às consequências do incumprimento, os insignes Conselheiros encontram novo obstáculo: porque o n.º 5 do art. 104.º CIRE menciona especificamente os casos *em que haja ocorrido tradição da coisa para o comprador*, parece concluir o aresto não haver solução no CIRE. Nessa medida, já liberto da proibição do art. 119.º CIRE, o Tribunal convoca a tutela ao promissário conferida pelo art. 442.º CC (imputando o inadimplemento do contrato-promessa, decidido pelo administrador de insolvência, ao promitente-vendedor) e declara que “o incumprimento dá assim origem ao despoletar do direito de retenção a que se reporta o artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do Código Civil”¹¹.

Com o devido respeito, cremos não ter andado bem o venerando Tribunal. A nosso ver, o legislador insolvencial criou *dois regimes jurídicos* para os contratos-promessa e não três. Isto é, se bem se atentar na redacção do CIRE, a lei estabelece uma *regra geral* — nos termos da qual ao administrador de insolvência cabe decidir executar ou violar os contratos em curso (art. 102.º CIRE) — e, no que a contratos-promessa diz respeito, daqui excepciona somente as promessas *com eficácia real em que tenha havido entrega da coisa* (n.º 1 do art. 106.º CIRE). Todos os demais (aqueles em que não se verifiquem 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. Assim, a interpretação segundo a qual ao administrador de insolvência cabe decidir quanto ao cumprimento do contrato-promessa meramente obrigacional, ainda que haja havido tradição da coisa, conhece alargado consenso doutrinal¹², divergindo-se apenas quanto às

¹¹ Este raciocínio conhece a anotação concordante de FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor — comentário ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20.03.2014, Proc. 92/05”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 46 (Abril/Junho), 2014, pp. 32-56, p. 54.

¹² Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato Promessa*, 13.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 174; NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, “Insolvência e contrato-

respectivas consequências (como melhor veremos *infra*), nomeadamente quanto a saber se nesse caso será mobilizável a consequência do n.º 2 do art. 106.º CIRE.

A concepção seguida pelo aresto é radicalmente discrepante. Na verdade, os venerandos Conselheiros, partindo da Doutrina que defende a inaplicabilidade das *consequências* do n.º 2 do art. 106.º CIRE (mas que aceita o poder de violação do contrato-promessa), inferem ser vedado ao administrador de insolvência decidir violar o contrato-promessa obrigacional em que haja havido *traditio*¹³. Não podemos acompanhar o Tribunal: esta interpretação torna *excepcional* o regime que a lei estabeleceu como *geral*, cingindo o poder de decisão do administrador de insolvência aos casos em que se verifiquem cumulativamente duas condições (eficácia meramente obrigacional e inexistência de *traditio*). *Trata-se, a nosso ver, de uma interpretação que carece de qualquer apoio legal.*

Curiosamente, no caso concreto, o Tribunal Supremo não questionou a validade da decisão do administrador, parecendo aceitá-la tacitamente *apesar* de declarar não poder ser tomada. Isto é, tomada a decisão de *não cumprimento daquele contrato-promessa*, o aresto discute apenas a questão de saber quais as respectivas consequências para o promissário de alienação a quem a coisa foi entregue.

promessa...”, p. 403 (“*não deve haver dúvidas quanto à possibilidade de o administrador de insolvência recusar o cumprimento quando, independentemente de traditio, o contrato-promessa tem eficácia meramente obrigacional*”; CATARINA SERRA, *O Regime...*, p. 102; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, P. 156; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito...*, p. 185; LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência...*, p. 496; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, pp. 3-12, p. 5; JOSÉ LEBRE FREITAS, “Aplicação no tempo do Artigo 164.º-A do Código de Falência — Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9.5.2006, Rev. 827/06”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 16, 2006, pp. 56-71, p. 65; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência / insolvência — Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.04.2007, Agravo 65/03”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, 2008, pp. 43-64, p. 62.

A única voz discordante é de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência...*, p. 162, que propõe uma interpretação *correctiva* do art. 106.º de modo a não afectar nunca o contrato-promessa obrigacional *quando tenha havido entrega da coisa*.

¹³ Assim declara o Acórdão: “*ficará o n.º 2 do artigo 106.º aplicável apenas ao contrato promessa com efeito meramente 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*”. Parece, assim, ter-se seguido a interpretação proposta por LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência...*, p. 162 (cfr. nota anterior), segundo a qual se impõe uma *interpretação correctiva* no art. 106.º CIRE.

Quanto a este outro problema, por nossa parte, julgamos que a lei tem uma solução positivada: em todos os casos em que o administrador pode decidir não cumprir o contrato-promessa (a regra geral do art. 102.º CIRE), a indemnização do promissário é regulada em *norma especial* (n.º 2 do art. 106.º CIRE) que, por força do princípio *lex specialis derogat legi generali* e da norma interpretativa do art. 119.º CIRE, afasta a indemnização do promitente-comprador regulado no Código Civil. Isto é, o n.º 2 do art. 106.º CIRE *substitui*, em todos os contratos-promessa sujeitos ao princípio geral do art. 102.º CIRE, o regime do Código Civil de indemnização do beneficiário da promessa. Com efeito, 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 n.º 3 do art. 102.º CIRE) não contempla especificamente a devolução do sinal, mas apenas a diferença entre as prestações das partes. Todavia, a restituição do sinal é a solução a que se chega *quer* por via do regime geral de incumprimento do contrato-promessa por causa *não imputável às partes*; *quer* pelo princípio de que a resolução do contrato importa a restituição de tudo quanto haja sido recebido; *quer* por via do enriquecimento sem causa¹⁴.

Assim, julgamos que a norma do n.º 2 do art. 106.º CIRE, que fixa o direito indemnizatório do promitente-comprador sempre que o administrador de insolvência decida não celebrar o contrato prometido, regula expressamente esta situação, *não existindo qualquer vácuo legal*. A solução contrária só poderia chegar-se mediante uma *interpretação restritiva* do art. 106.º/2 que, por razões de

¹⁴ Cfr. CATARINA SERRA, *O Regime...*, p. 105; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito...*, p. 187; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 162; NUNO PINTO OLIVEIRA, “Com mais irreflexão...”, p. 4 (que reconhece a obscuridade do texto positivado); NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, “Insolvência e Contrato-Promessa...”, p. 424.

tutela do beneficiário da promessa, excluísse aquele concreto contrato-promessa da sua regulação. Tal concepção não foi seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça (que encontra um *vácuo* de regulação), mas é perfilhada por PESTANA DE VASCONCELOS e por GRAVATO MORAIS¹⁵.

Todavia, mesmo que assim fosse (isto é, ainda que fosse impossível ou inadequado mobilizar o cálculo indemnizatório do n.º 5 do art. 104.º CIRE), o ressarcimento do promissário *nunca* poderia decorrer do regime de *signal em dobro* previsto no n.º 2 do art. 442.º. Efectivamente, aquele pressupõe que o *devedor* não cumpra (i), que o incumprimento seja ilícito (ii) e que a ilicitude seja imputável ao promitente-vendedor (iii)¹⁶. Ora quando é o administrador de insolvência a decidir *não cumprir* o contrato-promessa, é bom de ver que este regime se não preencherá.

Por um lado, porque é muito questionável a argumentação segundo a qual o inadimplemento é *imputável ao devedor* (mesmo que ele queira cumprir) por força de uma *imputabilidade reflexa* ao ter-se colocado em situação de insolvência, avocando o aresto a presunção de culpa do devedor¹⁷: uma coisa será a responsabilidade *quanto à situação de insolvência*¹⁸; outra será saber se o

¹⁵ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção...", pp. 15ss, entende que o regime ressarcitório do CIRE se não aplica aos contratos-promessa em que haja havido sinal, sendo insolvente o promitente vendedor. Entre outros argumentos, invoca o Professor que o promitente-comprador carece de mais tutela do que os demais credores do insolvente e que a linha valorativa do regime do contrato-promessa sinalizado sempre implicaria a protecção adicional do beneficiário da promessa, mesmo no caso de insolvência do promitente-vendedor. Por esta razão, propõe uma "*interpretação restritiva do art. 106.º, n.º 2 do CIRE, excluindo do seu âmbito de aplicação a promessa sinalizada nos casos de insolvência do promitente-vendedor*". No mesmo sentido, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, "Promessa obrigacional...", p. 9, e "Da tutela do retentor-consumidor...", p. 54.

¹⁶ Cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 156, e CATARINA SERRA, *O Regime...*, p. 104, que aqui seguimos de perto.

¹⁷ Assim defende o Tribunal: "*nestes casos já foi decidido e bem, neste Supremo Tribunal de Justiça, que se verifica uma imputabilidade reflexa considerando o comportamento da insolvente na origem do processo falimentar; acresce que, seria sempre a esta última que cumpriria afastar a culpa, que se presume, em matéria de responsabilidade civil contratual — artigo 799.º n.º 1 do Código Civil*". Esta solução é seguida por SALVADOR COSTA, *O Concurso de Credores — Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 193, e recebe a anotação concordante de FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, "Da tutela do retentor-consumidor...", p. 55.

¹⁸ Que o venerando Tribunal presume ser sempre do insolvente mas que, rigorosamente, nem sempre será assim. Como ensina L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção...", p. 18,

incumprimento de um contrato-promessa, decisão do administrador de insolvência, lhe é imputável¹⁹. Por outro lado, e principalmente, porque para haver *ilicitude* do incumprimento há-de haver um *dever de cumprir*; ora, se é a lei que atribui ao administrador o *direito de não cumprir*²⁰, é evidente que tal obrigação não existe (nem para o devedor, nem para a massa insolvente, nem para o administrador de insolvência), sendo em matéria de *ilicitude* ininvocável qualquer presunção de culpa (pois configuram pressupostos distintos da responsabilidade civil)²¹.

“a insolvência na generalidade das vezes nem sequer será imputável ao devedor, sendo antes fortuita, resultante de alterações da concorrência, de preços, de mercado, de condições económicas gerais, de mora no cumprimento das obrigações ou da própria insolvência dos seus clientes, de uma combinação de todos ou alguns destes factores, etc.”

¹⁹ Neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 161; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção...", p. 19, e "Contrato-promessa e falência...", p. 62.

²⁰ Ou até o *dever de não cumprir*, em defesa da massa insolvente, como aludem MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito...*, p. 186, e L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Contrato-promessa e falência...", p. 63. Na fórmula de NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, "Insolvência e contrato-promessa...", p. 402, trata-se de um *direito potestativo do administrador de insolvência* mas que não é de *exercício livre*.

²¹ Neste sentido, NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, "Insolvência e contrato-promessa...", p. 416; MARIA CONCEIÇÃO DA ROCHA COELHO, *O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção*, Universidade Católica Portuguesa (policopiado), Porto, 2011, p. 40; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, "Para a necessidade...", pp. 8 e 20 (embora o Autor proponha uma alteração legislativa de modo a que possa passar a atribuir-se direito de retenção ao promissário, quando colocado nesta situação). Numa expressão especialmente clara, vide CATARINA SERRA, *O Regime...*, p. 104: *“existindo um direito potestativo de recusa de cumprimento do contrato-promessa (atribuído ao administrador da insolvência pelo art. 106.º, n.º 2, em ligação com o art. 102.º), não existe um dever de cumprir; não existindo um dever de cumprir, não há ilicitude e não há culpa, faltando, pois, no caso de o cumprimento ser efectivamente recusado pelo administrador da insolvência, a imputabilidade do não cumprimento ao promitente-vendedor e, conseqüentemente, um dos factos constitutivos do direito do promitente-comprador”*. Na verdade, o *não cumprimento do contrato-promessa* a que se refere o art. 106.º CIRE é muito diferente do *não cumprimento* pressuposto pelo art. 442.º CC, como bem ensina NUNO PINTO OLIVEIRA, "Com mais irreflexão...", p. 3.

Em sentido contrário, cfr. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção...", p. 19, que reconhecendo a impossibilidade de aplicação directa do art. 442.º/2 CC, sufraga a sua aplicação *analógica*, por força da teleologia a ela inerente: apesar de não haver responsabilidade do insolvente quanto à decisão do administrador, entende o Professor que a finalidade de protecção do promissário justificará a sua aplicação a um caso não coberto pela norma. Também defendendo a imputabilidade reflexa, cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, "Promessa obrigacional...", p. 10, entendendo que tendo sido a situação de insolvência a *dar causa* ao incumprimento, é o inadimplemento da promessa imputável ao insolvente. Ora, como bem explica NUNO PINTO OLIVEIRA, "Com mais irreflexão...", pp. 8ss, estas interpretações (de aplicação directa ou analógica do art. 442.º a uma decisão que *não é do insolvente*) são manifestamente *contra legem*.

A isto acresce que, por força do art. 119.º CIRE, as pretensões indemnizatórias das contrapartes quando o administrador de insolvência decida não cumprir os contratos *não podem exceder* o regime do CIRE, o que parece proibir não apenas quaisquer cláusulas penais como, por força da respectiva similitude estrutural, o regime dos *sinais em dobro*²².

Ora, se nunca a pretensão ressarcitória for gerada pelo art. 442.º/2 CC, é bom de ver que não há norma especial que conceda, neste caso, a garantia da retenção. Como veremos melhor *infra*, o direito de retenção do beneficiário de uma promessa de alienação é outorgado em norma *especial* (não cabendo na cláusula geral do direito de retenção — art. 754.º CC) e apenas para os créditos decorrentes do regime do art. 442.º CC por violação do contrato-promessa *imputável à outra parte* (cfr. art. 755.º/1/f) CC). Nessa medida, ao não haver título legal para caução do crédito com direito de retenção, a indemnização do promitente-comprador constitui um *crédito comum* sobre a massa insolvente (al. c) do n.º 2 do art. 102.º CIRE, aplicável por uma dupla remissão [arts. 106.º/2 e 104.º/5 CIRE])²³.

Ademais, julgamos que a argumentação do douto Acórdão padece de um vício de raciocínio. Na verdade, os venerandos Conselheiros consideram que a entrega das chaves do imóvel objecto da promessa consubstancia uma situação de posse em termos de direito de propriedade, a que a lei dá guarida por via de um direito de retenção no caso de incumprimento do contrato-promessa²⁴. Ora,

²² Neste sentido, NUNO PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA, "Insolvência e contrato-promessa...", p. 420; NUNO PINTO OLIVEIRA, "Com mais irreflexão...", p. 4.

²³ Afastamo-nos, assim, da posição de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência...*, p. 163, que sufraga manter-se o direito de retenção do promitente-comprador, apesar da situação de insolvência, porquanto não existe qualquer norma que o faça caducar.

Na verdade, se é absolutamente exacto o que ensina o Professor (não caduca o direito de retenção por força da insolvência), a verdade é que esta garantia *não chega sequer a nascer*. Efectivamente, o direito de retenção não é um efeito da tradição da coisa; é uma garantia legalmente atribuída para caucionar especialmente o crédito decorrente do art. 442.º CC por incumprimento imputável à outra parte. Ora, porque neste caso não entendemos ser o promitente-comprador titular do direito àquela indemnização (do 442.º/2 CC), não chega sequer a nascer o *direito de retenção* para a assegurar.

²⁴ Assim se lê no douto Acórdão: "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

esta conclusão enfrenta dois grandes obstáculos: *por um lado*, o promitente-comprador não é possuidor em termos de direito de propriedade; *por outro*, e mesmo que fosse, a situação de posse apenas o habilitaria a utilizar os efeitos jurídicos da posse (presunção de propriedade, as acções de defesa da posse e a usucapião), mas não gera *direito de retenção*. O direito de retenção é uma *garantia especial das obrigações* que pressupõe a detenção de uma coisa alheia, mas que *não decorre* da existência de posse.

Quanto à inexistência de *posse* pelo promitente-comprador, repare-se que o art. 1251.º CC se refere especificamente aos direitos reais, exigindo-se que o poder de facto corresponda à forma de exercício da propriedade *ou outro direito real*. Ora, o promitente-comprador não é, evidentemente, titular de qualquer direito real — o exercício dos poderes de facto sobre a coisa está legitimado por um acordo de *natureza obrigacional* celebrado entre o promitente-vendedor e o promitente-comprador — e (independentemente disso, mas mais relevante nesta matéria) o seu comportamento denota justamente essa relação jurídica obrigacional: o promitente-comprador com *traditio* é apenas *detentor* da coisa, pois que exerce poderes de facto sobre ela autorizado pelo proprietário ou sem intenção de agir como titular do direito real. De outro modo: sendo a posse constituída por dois elementos (o *corpus* e o *animus*), a entrega da coisa apenas confere o *corpus* — os poderes de facto sobre a coisa²⁵. Ante a possibilidade de inadimplemento da sua parte, o promitente-comprador está ciente do retorno da detenção ao promitente vendedor, o que só contribui para afirmar que ele não é titular da posse de modo concludente²⁶. Isto é, desde o momento da celebração

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. Parificada tal situação com as hipóteses do efeito real dos contratos em termos de impedir a resolução respetiva, poderá assentar-se em que o incumprimento dá assim origem ao despoletar do “direito de retenção” a que se reporta o artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil”.

²⁵ MARIA CONCEIÇÃO DA ROCHA COELHO, *O Crédito Hipotecário...*, p. 22; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "(Alguns) aspectos polémicos da posse de bens imóveis no direito português", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 83-120, p. 93.

²⁶ Neste sentido, cfr. MARGARIDA COSTA ANDRADE, "(Alguns)..." , p. 96; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 77 (referindo-se à *traditio*); MARCELO DOMANSKI, *Posse — Da Segurança Jurídica à Questão Social (Na*

do contrato, os pagamentos que vão sendo feitos a favor do vendedor têm por finalidade a obtenção final da propriedade, sendo até certo que o promitente-vendedor, quando permite a detenção pelo promissário, tem a intenção de que tal aconteça definitivamente; mas isto prova, precisamente, que o promitente-comprador não tem *animus dominandi*²⁷.

Por outro lado, e mesmo que assim não fosse, é inegável que o direito de retenção é uma garantia real que, geralmente, *não se constitui no momento da entrega da coisa*. Pelo contrário, *ele pressupõe a entrega da coisa voluntariamente e, mais tarde, o incumprimento de um crédito por causa da coisa*: “o retentor, para o ser, mantém os poderes materiais sobre a coisa, mas passa a exercê-los com um título diferente daquele que, até ao momento do incumprimento, vigorava”²⁸. Isto é, o direito de retenção é uma *garantia especial de uma obrigação* e não uma decorrência de qualquer posse: atribui o direito a deter a coisa e a promover a sua venda processual, satisfazendo o crédito a que se associa com preferência face aos demais credores (n.º 1 do art. 759.º). Ora, no caso do promissário de alienação,

Perspectiva dos Limites e Possibilidades de Tutela do Promitente Comprador através dos Embargos de Terceiro, 2.ª Edição, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 35.

²⁷ É claro que somos sensíveis àquelas situações autonomizadas por MENEZES CORDEIRO em que o promitente-comprador entra na detenção da coisa como forma de cumprimento antecipado do contrato prometido uma vez que esteja paga a totalidade (ou a quase totalidade) do preço (embora antes de celebrado o contrato definitivo de compra e venda). Neste caso, o autor considera que o controlo que o promitente-comprador exerce sobre a coisa é semelhante ao do proprietário, podendo falar-se em posse em termos de propriedade, que é, aliás, apta à aquisição deste direito por usucapião: “*negar, por razões conceptuais, a defesa possessória a quem detenha o controlo material dum coisa é abdicar da ordenação dominial dos bens, abrindo as portas às vias de facto. O Direito não pode enjeitar o seu papel na positivação dos litígios e na defesa da paz social. A tutela possessória deve, assim, ser estendida até às suas fronteiras naturais*” — ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Posse...*, p. 78.

Igualmente, haverá posse no caso conjecturado por JOSÉ ANDRADE MESQUITA: se A celebra com B um contrato-promessa de compra e venda, tendo sido paga a totalidade do preço e entregue a coisa, sem que as partes tenham a intenção de celebrar o contrato-prometido, ou porque querem evitar o pagamento do IMT (e aqui a celebração do contrato-promessa serve para enganar terceiros, funcionando como contrato simulado para esconder o contrato definitivo); ou porque pretendem fugir à forma legal — aqui não há simulação, e a entrega da coisa e o pagamento do preço provam a celebração do contrato definitivo celebrado de forma tácita. Aqui surge uma verdadeira situação de posse que se funda ou no negócio dissimulado ou no contrato-prometido. Cfr. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 75.

²⁸ MARGARIDA COSTA ANDRADE, “Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução”, *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registas*, n.º 2, 2014, pp. 39-83, p. 55. No mesmo sentido, MARIA CONCEIÇÃO DA ROCHA COELHO, *O Crédito Hipotecário...*, p. 23.

esta conclusão é ainda mais evidente, porquanto não se trata de uma caução atribuída pela cláusula geral (art. 754.º) mas de uma *atribuição legislativa especial*: a lei (art. 755.º/1/f)) outorga a caução real a *certo crédito*: o sinal em dobro previsto no art. 442.º para o incumprimento imputável à outra parte. Isto é, o direito de retenção não surge da entrega da coisa; surge, pelo contrário, da titularidade ao sinal em dobro atribuído pelo art. 442.º, exigindo-se ainda que o incumprimento do contrato-promessa seja *ilícito, e imputável ao promitente*²⁹.

III. A restrição do direito de retenção ao promitente-comprador que seja *consumidor*.

Para além de o douto Acórdão decidir atribuir ao promissário da promessa de alienação o direito ao sinal em dobro (conferido pelo art. 442.º CC) e, por isso, garantido especialmente por direito de retenção (art. 755.º/1/f) CC), os venerandos Conselheiros fixaram uma interpretação restritiva da norma civil que outorga tal garantia. 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, veio o Tribunal Supremo determinar que *nem sempre* será atribuída uma garantia especial das obrigações, mas apenas nos casos em que o promissário seja *consumidor*.

O douto Acórdão parece fundamentar a sua decisão nos propósitos que estiveram na base da consagração legal deste direito de retenção, postulando assim uma restrição que se imporá por *razões de proporcionalidade* e por reconstituir o pensamento legislativo no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86, onde se aludia à “*lógica da protecção 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*”.

²⁹ Sublinhe-se que o que se discute aqui é tema diverso do de saber se o retentor é ou não possuidor — sobre esta questão em particular, v. MARGARIDA COSTA ANDRADE, “Duas questões...”, pp. 92ss.

Como melhor explicaremos *infra*, compreendemos as razões do Julgador que, no fundo, tenta mitigar injustiças criadas pela atribuição deste concreto caso de direito de retenção. Temos, porém, as mais sérias dúvidas, *de iure condito*, da bondade da solução em face do direito positivo: cremos, ao invés, que o legislador quis atribuir a tutela da retenção a todos os promitentes-compradores titulares do crédito regulado do art. 442.º, e não apenas aos consumidores. Ora, sendo essa a vontade e opção do legislador, ainda que profundamente criticável, cremos não ser admissível à judicatura intervir na função legislativa.

1. O direito de retenção: origem e fundamentos da sua alargada preferência

No direito português, o direito de retenção é uma verdadeira garantia real, acessória de certa obrigação, atribuindo ao seu titular o poder de satisfazer o seu crédito à custa do bem sobre que incide. Trata-se de mais do que uma medida ao dispor do credor para constringer ao cumprimento, pois que vai até ao ponto de *permitir a execução da coisa, com preferência* sobre outros credores³⁰.

Esta garantia é atribuída, nos termos da cláusula geral do art. 754.º CC, quando se verificarem três pressupostos cumulativos: a) o crédito a garantir resulta de despesas feitas *por causa da coisa* retida ou *por danos por ela causados* (*debitum cum re junctum*); b) a coisa tem de ser detida licitamente (art. 756.º, a) CC); c) o devedor da entrega da coisa é simultaneamente credor daquele a quem ela é devida³¹. Além da cláusula geral, o legislador de 1967 consagrou casos especiais de direito de retenção, por créditos seleccionados onde as despesas apenas indirectamente se ligam às coisas sobre que incide a garantia (o transportador pelo crédito do transporte das coisas; o depositário pelas despesas

³⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da retenção do promitente-comprador na venda executiva", *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, 1997, pp. 547-563, p. 550; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "Duas questões...", p. 41.

³¹ Identificando expressamente estes três requisitos, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA E JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, "Direito de retenção — Empreiteiro — Parecer", *Colectânea da Jurisprudência*, Tomo I, 1988, pp. 15-23, p. 17; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 974.

decorrentes do contrato; etc.), não constando inicialmente a alínea *f*) (que o atribui ao promissário da promessa de alienação pelo crédito decorrente do art. 442.º CC).

A retenção constitui uma garantia especialmente forte, porquanto o legislador determinou a sua preferência face à hipoteca, mesmo que anterior (art. 759.º /2 CC). A razão desta preferência (pelo menos nos casos que constam da cláusula geral do art. 754.º CC), estará na equidade: aceita-se como justo que o detentor de uma coisa se recuse a entregá-la enquanto não for pago pelas despesas e benfeitorias que tenha feito sobre ela. Em preparação do Código Civil de 1967, escrevia VAZ SERRA: *“em regra, aquele crédito resulta de despesas com benfeitorias necessárias ou úteis, não sendo justo que o autor dessas despesas, com as quais se conservou ou aumentou o valor da coisa, se veja obrigado a entregar a coisa e a concorrer com os demais credores para se pagar pelo preço dela: dar-se-ia locupletamento à custa alheia quando tal se admitisse. (...) Outra hipótese, em que o direito de retenção tem parecido justo, é a de o devedor da coisa ser credor do seu credor por indemnização de um dano causado pela coisa. (...) Aqui, a equidade parece exigir que o devedor tenha a faculdade de reter a coisa para garantia da reparação do dano. Entregue a coisa, poderia o credor dela fazê-la desaparecer e iludir a dívida da indemnização, por falta de outros bens; por outro lado, um sentimento natural de reacção contra o facto, que produziu o dano, parece legitimar a retenção”*³².

É destas considerações que vem a resultar a preferência da retenção sobre quase todas as outras garantias reais. Embora se reconhecesse que a atribuição de uma posição cimeira ao credor-retentor implicaria o surgimento de uma incompatibilidade com os interesses de outros credores, nomeadamente com os do credor hipotecário, conclui-se que *“sendo ela [a retenção] garantia de créditos por despesas de conservação ou melhoramento, deverá ter preferência sobre as hipotecas anteriores, sob pena de o credor hipotecário se locupletar à custa do*

³² Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, "Direito de retenção", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, 1957, pp. 103-259, p. 153-155.

*retentor*³³. E daqui a solução consagrada no n.º 2 do art. 759.º CC. Aliás, isto mesmo é confirmado pelos comentaristas PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, em cuja opinião é compreensível que se atribua um direito de retenção sobre imóvel e com prevalência sobre hipoteca anteriormente registada: *“bem vistas as coisas, o direito de retenção atribuído nestes termos não prejudica os credores hipotecários, pois, sem as despesas realizadas por terceiro o objecto da hipoteca ter-se-ia perdido ou deteriorado, ou não teria aumentado de valor, nas hipóteses de as despesas se haverem traduzido na realização de benfeitorias úteis. São precisamente as situações desta índole as que o legislador do Código Civil teve em vista no artigo 754.º e, de um modo geral, nas alíneas do artigo 755.º susceptíveis de aplicação a bens imóveis. O direito de retenção não só não é injusto, como evita que o credor hipotecário se locuplete à custa do terceiro que realizou despesas (de gestão, de conservação ou de melhoramento) com a coisa hipotecada*³⁴.

Depois, há uma outra razão que deixou o legislador do Código Civil apaziguado com a atribuição desta ordem de preferências. É que os créditos abrangidos pelos originários arts. 754.º e 755.º têm, normalmente, por objecto quantias de pequeno montante, que o devedor, titular da coisa, pode com relativa facilidade pagar ou caucionar (art. 756.º, al. d)) *“nada repugnando assim que o seu prévio pagamento ou caucionamento condicione o levantamento ou desembaraço da coisa que está na origem do crédito*³⁵. Ponderações que valem igualmente para os casos especiais arrolados no art. 755.º, como a remuneração dos serviços prestados pelo transportador, pelo albergueiro, pelo mandatário ou reembolsos devidos ao gestor, ao depositário ou ao comodatário³⁶.

³³ ADRIANO VAZ SERRA, "Direito de retenção", p. 231.

³⁴ FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 778.

³⁵ Cfr. JOÃO ANTUNES VARELA, "Emendas ao regime do contrato-promessa", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 119, 120 e 121, 1987-1988-1989, pp. 226ss, 35ss e 6ss, Ano 119, p. 292; JOÃO MALDONADO, "O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca", *Julgar*, n.º 13, 2011, pp. 247-270, p. 250.

³⁶ Estes casos nada têm a ver com o art. 754.º e, mais do que casos especiais, acabam por ser verdadeiras excepções ao disposto no art. 754.º CC, razão pela qual a sua enumeração é taxativa (FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 774; ANTÓNIO FERRER CORREIA E JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, "Direito de retenção...", p. 17). Na verdade, o crédito garantido com a retenção e o débito do retentor têm a sua filiação na mesma relação jurídica, mas não se

2. O direito de retenção do promitente-comprador: notas críticas e o fundamento da decisão do Supremo Tribunal de Justiça

Em 1980, porém, foi introduzido um novo caso de direito de retenção, justamente aquele sobre o qual se pronunciou o douto Acórdão — a alínea *f*) do n.º 1 do art. 755.º CC: o direito de retenção atribuído ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que *obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442.º CC.*

É evidente que o direito de retenção que deste modo se atribui ao promitente-comprador não se subsume ao disposto no art. 754.º CC. Se o promitente-comprador realizar benfeitorias/despesas no imóvel que foi autorizado a ocupar e tiver a obrigação de entrega da coisa, então não há dúvida de que, nos termos do art. 754.º CC, ele tem direito de retenção para garantia do pagamento daquele crédito³⁷. Mas o art. 755.º/1/f) CC é, verdadeiramente, uma nova hipótese de direito de retenção³⁸ que foi objecto de inúmeras críticas, tanto por causa da sua própria consagração, como pelos efeitos que dela decorrem, nomeadamente na preferência em relação à hipoteca.

trata aquele de despesa feita com a coisa ou benfeitoria nela executada. Todavia, também aqui valeram razões de equidade (ADRIANO VAZ SERRA, "Direito de Retenção", p. 160, autor que, todavia, não reconhecia a *esta* retenção natureza real) e também alguma tradição jurídica, na medida em que já eram, fundamentalmente, as hipóteses de retenção de modo especial previstas no Código de Seabra. Também são casos especiais os dos arts. 1323.º/4 CC (do achador de coisa perdida, para garantia da indemnização do prejuízo havido e das despesas realizadas, bem como do prémio, valores a que se refere o n.º 3 do mesmo preceito), 21.º do Decreto-Lei n.º 352/86, de 21 de Outubro e 14.º do Decreto-Lei n.º 239/2003, de 4 de Outubro (do transportador, sobre as mercadorias transportadas, para garantia do pagamento dos créditos vencidos de que seja titular relativamente a serviços de transporte prestados), 96.º, 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados (do advogado, sobre os valores, objectos ou documentos que lhe tenham sido confiados, para garantia do pagamento dos honorários e reembolso das despesas que lhes sejam devidos) e 35.º Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho (do agente comercial, pelos créditos resultantes da sua actividade, sobre os objectos e valores que detenha em virtude do contrato).

³⁷ Como não há dúvidas de que de idêntico direito gozam os sujeitos elencados no art. 755.º CC quando a sua situação preencha os requisitos gerais do art. 754.º CC.

³⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "O novo regime do contrato-promessa (comentário às alterações aparentemente introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, ao Código Civil)", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 306, 1981, pp. 27-59, p. 41; CLÁUDIA MADALENO, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais — A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 140ss.

Mais concretamente, por força dos arts. 755.º/1/f), 442.º e 759.º/2 CC, em caso de execução da coisa que é objecto do contrato de compra e venda prometido, o promitente-comprador será pago pelo seu crédito indemnizatório *antes* do credor hipotecário. Mesmo que este tenha aceite a garantia tendo por objecto um imóvel *ainda não onerado* (que será a hipótese mais frequente no contexto económico-social em que se integra o art. 755.º/1/ f) CC) ou, se já onerado, com a *previsível* ordem de satisfação dos credores constante do registo predial. Ou seja, a certeza e a segurança jurídicas que obrigam ao registo da hipoteca são frustradas pela actuação de uma garantia atribuída *directamente pela lei* e cuja *publicidade decorre do domínio material* que o retentor exerce sobre a coisa. Dir-se-á que isto já acontecia para as hipóteses constantes do art. 755.º/ f). Mas, o que espanta não são tanto as soluções isoladas (*i. e.*, a preferência da retenção sobre a hipoteca ou, até, a retenção para garantia do crédito indemnizatório a que terá direito o promitente-comprador — soluções que provocarão hesitações, mas cujo fundamento nos parece sustentável); o que espanta é o resultado a que se chega com a combinação dessas soluções, que se potencia com a consideração dos valores que normalmente estão em causa no incumprimento do contrato-promessa de compra e venda de imóvel. É que, tudo adido, corre-se o seriíssimo risco de total esvaziamento da garantia hipotecária, de modo tal que — particularmente em momento de crise financeira — se justifica seja proscrito da lei portuguesa.

Estas mesmas considerações parecem estar na base da motivação do douto Acórdão. Com efeito, os venerandos Conselheiros, na parte final da sua decisão, preocupam-se em limitar, restringir e, até, eliminar os casos em que tal subversão da hipoteca ocorre em benefício do promitente-comprador, limitando-a, por isso, ao promissário que seja *consumidor*. A motivação compreende-se e até se pode aplaudir. Resta saber se é ela legítima *de iure condito*, sobretudo atendendo a que a sua fundamentação jurídica radica no *preâmbulo* do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro.

A análise carece necessariamente da indagação das razões que sustentam a escolha (e posterior confirmação) do legislador pela tutela do promitente comprador em detrimento do credor hipotecário. Só esse estudo permitirá ajuizar da bondade da decisão do Supremo Tribunal em restringir a *apenas alguns* promitentes-compradores a protecção conferida pelo art. 755.º/1/f)³⁹.

2.1. A atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador em 1980: fundamentos e controvérsia

O direito de retenção foi oferecido ao promitente-comprador com tradição da coisa pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, que acrescentou ao primitivo art. 442.º CC um número 3, nos termos do qual “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.” As intenções do legislador são claras: tutelar a posição do promitente-comprador, assegurando, com o direito de retenção do imóvel, *uma garantia especialmente vigorosa do crédito indemnizatório que aquele possa reclamar por incumprimento do promitente-vendedor*. Isto mesmo resulta, aliás, do próprio Preâmbulo daquele diploma⁴⁰.

³⁹ Nesta análise, recuperamos parcialmente as considerações de MARGARIDA COSTA ANDRADE, “Duas questões...”, pp. 59ss.

⁴⁰ Assim plasma o Preâmbulo: “por efeito do regime legal do contrato-promessa — adequado a épocas de estabilidade social e económica mas que não responde na justa medida a situações de rápida mutação da conjuntura económica e financeira em que avulta, como factor preponderante, a desvalorização da moeda —, inúmeros promitentes-compradores encontram-se em situação que justifica diversa tutela normativa. Com efeito, ou vêem frustradas as suas aspirações face à resolução do contrato pelo outro outorgante, com uma indemnização (o dobro do sinal passado) que nem sequer equivale já à importância inicialmente desembolsada, não cobrindo o dano emergente da resolução, ou acham-se coagidos, pela força das circunstâncias e para alcançarem o direito de propriedade da casa, que, muitas vezes, já habitam e pagaram integralmente, a satisfazer exigências inesperadas que inoportavelmente agravam o preço inicialmente fixado”. Assim, “importa (...) reajustar o regime legal do contrato-promessa, por forma a adequá-lo às realidades actuais, estabelecendo verdadeiro equilíbrio entre os outorgantes (o que passa pela eficiente tutela do promitente-comprador) e desmotivando a sua resolução com intuítos meramente especulativos. (...) Relativamente à resolução do contrato, mantém-se, em princípio, a regra actual (...). Estabelece-se, porém, que no caso de ter havido tradição da coisa para o promitente-comprador, em que se criou forte expectativa de estabilização do negócio e uma situação de facto socialmente atendível, a indemnização devida por causa da resolução do contrato pelo promitente-vendedor seja o valor que

Abstraindo das muitas críticas de que foi objecto o Decreto-Lei n.º 236/80 (que, na verdade, trouxe significativas modificações para o regime jurídico do contrato-promessa) e centrando-nos unicamente no que se refere ao direito de retenção, não é certamente novidade que, desde o primeiro momento, o novo n.º 3 do art. 442.º foi mal recebido pela doutrina⁴¹. Logo sobre a redacção dada ao art. 442.º CC (norma sobre o sinal e da qual não deveria constar esta solução sobre o direito de retenção do promitente-comprador) se disse que era tão ampla que passou a reconhecer-se um direito de retenção, não apenas ao promitente-comprador nos contratos-promessa de compra e venda de prédio urbano ou de sua fracção autónoma que se destinassem a habitação própria (*i. e.*, aos sujeitos que — pelo menos aparentemente — se pretendia proteger), mas *todo o promitente-comprador, independentemente do destino que se quisesse atribuir ao imóvel — aliás, mesmo que se tratasse de coisa móvel*⁴². Por outro lado, pela “*forma negligente*” como o n.º 3 do art. 442.º CC se encontrava redigido, nem sequer era necessário que o promitente-comprador (beneficiário da retenção) tivesse entregue ao promitente-vendedor qualquer quantia como sinal, para que o benefício da retenção operasse contra o contraente faltoso e, reflexamente, contra os seus credores. Essencial era que, além da realização do contrato-promessa de compra e venda, tivesse havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa (melhor, do contrato prometido) para o promitente-vendedor. “*Quer isto dizer que o promitente-comprador poderia desfrutar do privilégio da retenção da coisa imóvel que lhe fora entregue, mesmo indo de mãos a abanar, sem*

a coisa tiver ao tempo do incumprimento — medida do dano efectivamente sofrido —, conferindo-se ao promitente-comprador o direito de retenção da mesma coisa por tal crédito”.

⁴¹ Por exemplo, FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, pp. 419-420 (nas quais se republica a reacção dos autores à lei de 1980); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O novo regime do contrato-promessa...”, pp. 27ss; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Contrato-promessa — análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, 1985, pp. 53-113, p. 53ss.

⁴² FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 420; LUÍS COUTO GONÇALVES, “À volta do contrato de promessa”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIX, n.º 3 (Julho-Setembro), 1987, pp. 309-335, p. 330.

*ter feito a menor despesa... sequer com a expectativa da futura aquisição do prédio*⁴³.

Depois, confirmando a excepcionalidade do direito de retenção do promitente-comprador face aos motivos que sustentaram a consagração desta garantia em termos genéricos, ANTUNES VARELA notava que, mesmo havendo entrega do sinal (como é o mais frequente nestas situações), nada garantia que a importância do sinal houvesse sido empregue na construção ou benfeitorização do imóvel. O promitente-vendedor poderia perfeitamente ter utilizado o montante do sinal recebido para fins alheios à edificação, sem nenhum interesse para os seus restantes credores preferentes ou comuns, e nem por isso a nova lei deixava de reconhecer ao promitente-comprador o direito de retenção, com todos os expedientes que o fortalecem, sobre o imóvel que lhe fora antecipadamente entregue. Além de que, por se dar ainda a circunstância de o crédito garantido pela retenção ser, nestes casos, de montante geralmente elevado, era alheio à expressão normal dos créditos seleccionados no art. 755.º/1 CC⁴⁴.

A lei de 1980 trouxe ainda uma desigualdade na relação entre o promitente-comprador com tradição da coisa e o promitente-comprador que optou pela eficácia em relação a terceiros, beneficiando-se o primeiro, uma vez que, havendo conflito entre os dois promissários, mesmo com a *tradição* da coisa feita a um depois do registo da promessa do outro, aquele permanecerá aproveitando as utilidades da coisa enquanto o conflito não se solucionar⁴⁵.

Porém, o que maiores preocupações trouxe para a doutrina nacional foi a manifesta injustiça na preterição dos interesses do credor hipotecário com garantia *registada anteriormente*. Potenciando, até, actos especialmente dirigidos ao prejuízo daquele. Escrevia ANTUNES VARELA que “*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 e quiser ser útil*

⁴³ JOÃO ANTUNES VARELA, "Emendas...", ano 119, p. 292-293.

⁴⁴ JOÃO ANTUNES VARELA, "Emendas...", ano 121, p. 34.

⁴⁵ JOÃO ANTUNES VARELA, "Emendas...", ano 121, p. 34

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 (ou da mora!) da promessa, prevaleça sobre a garantia anterior da instituição creditícia. Mesmo que a entidade financiadora se aperceba da intenção das partes, nada mais lhe restará do que (passe a expressão) benzer-se com a canhota!"⁴⁶.

Este estado de coisas vinha, então, estimular os credores do promitente-vendedor (designadamente os credores hipotecários) a requerer a declaração de nulidade do contrato-promessa (invocando a eventual inobservância das formalidades prescritas no art. 410.º/3 CC), e, ainda, a impugnar o valor da indemnização do promitente-comprador não faltoso, sempre que os promitentes-compradores pretendessem executar o seu direito à indemnização e os credores do promitente-vendedor quisessem impugnar o valor da indemnização no apenso da verificação e graduação de créditos⁴⁷. Por outro lado, porque depois do registo da hipoteca, o financiador não está em condições de impedir a celebração de contratos-promessa de compra e venda dos imóveis ou fracções autónomas (até porque os sinais recebidos auxiliarão no pontual cumprimento do contrato de financiamento), nem de assegurar que eles sejam efectivamente cumpridos, e ciente⁴⁸ da posição comprometedora em que pode encontrar-se verificado o incumprimento, acabará o financiador por tornar mais difícil, precisamente, a concessão de crédito, ou porque o recusa, ou porque eleva o preço do dinheiro ou porque exige garantias adicionais de cumprimento. Por outra parte, o financiador pode criar obstáculos à tradição da coisa prometida, que tantas vantagens pode trazer para o promitente-comprador⁴⁹.

⁴⁶ JOÃO ANTUNES VARELA, "Emendas...", ano 121, p. 34; LUÍS COUTO GONÇALVES, "À volta do contrato...", p. 331.

⁴⁷ JOÃO ANTUNES VARELA, "Emendas...", p. 34-35.

⁴⁸ Ciente porque o mais vulgar é que o construtor celebre contratos-promessa para ir garantindo a alienação dos imóveis e, simultaneamente, financiar-se; e ainda porque decorre da lei a preferência da retenção nestes casos sobre a hipoteca (assim também, L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção...", p. 5).

⁴⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "O novo regime do contrato-promessa...", p. 88; JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Contrato-promessa...", p. 88; FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*,

Por isto mesmo, CALVÃO DA SILVA propunha que, pela revisão da lei de 1980, além da colocação do direito de retenção do promitente-adquirente junto dos restantes casos especiais (a querer manter-se esta solução, de cuja bondade o Autor, ainda assim, duvidava), fosse modificado o art. 759.º, n.º 2, CC, de modo a que, ele nunca tivesse prevalência sobre a hipoteca. Mais concretamente, era esta a redacção proposta: “o direito de retenção prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, excepto no caso previsto no art. 755.º, n.º 1, alínea f)”⁵⁰.

Quer isto dizer que, abstraindo-nos da análise quanto à bondade de atribuição do direito de retenção ao promitente comprador para garantia da indemnização decorrente da violação do contrato-promessa, o ponto que encontrava absoluta discordância doutrinal era, justamente, o de que *aquele* direito de retenção fosse atribuído a *mais sujeitos* do que os que necessitavam de tutela e preferisse sobre hipotecas anteriores.

2.2. A intervenção do legislador em 1986 e a clarificação da sua intenção

Porventura em consequência da proliferação das críticas da doutrina, o legislador reviu o regime jurídico em causa no Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro. Que manteve, até aos dias de hoje, a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador com preferência sobre a hipoteca, embora esta solução tenha sido consagrada na nova al. f) do n.º 1 do art. 755.º CC. Assim, com as outras alterações trazidas por este diploma, pode dizer-se que, agora, por combinação dos arts. 755.º/ 1/ f), 442.º e 759.º/ 2 CC, confrontado que seja com o incumprimento imputável ao promitente-vendedor, pode o promissário de alienação: 1) se entregou um sinal, exigir o dobro deste; ou 2) tendo havido

Vol. I, p. 778; LUÍS COUTO GONÇALVES, “À volta do contrato...”, p. 333; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção...”, p. 4.

⁵⁰ JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Contrato-Promessa...”, p. 88. Com pensamento semelhante, embora propondo uma redução teleológica do art. 759.º, cfr. JOÃO MALDONADO, “O direito de retenção...”, p. 269.

tradição da coisa, poderá exigir o valor desta ou o valor do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do incumprimento da promessa (com dedução do preço convencionado), acrescido do sinal e da parte do preço que tenha pago. Qualquer um destes créditos indemnizatórios, quando tenha havido tradição antecipada da coisa, é que é garantido com um direito de retenção com preferência sobre a hipoteca anteriormente registada. Há, depois, uma terceira alternativa, que é a via da execução específica, que funcionará independentemente de ter havido tradição da coisa.

Quer isto dizer que, *apesar de reconhecer o conflito de interesses* entre o credor hipotecário e o retentor, *o legislador reafirmou a vontade de manter aquela garantia com a preferência sobre a hipoteca. Mesmo para aqueles casos em que não está em causa a promessa de venda de edifícios ou de fracções autónomas destes.*

E isto porque, como se pode ler no Preâmbulo do diploma de 1986, apesar de se ter pensado directamente no contrato-promessa daqueles imóveis (nomeadamente em que o promitente-comprador é um consumidor), o legislador *expressamente* vem declarar que toma posição e pretende que *qualquer promissário de qualquer imóvel* goze daquela protecção: *“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 estreitos limites”*. A razão desta tomada de posição é também preambularmente justificada, aludindo-se ao facto de a entrega da coisa antes do contrato definitivo, qualquer que ela seja, criar *“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”*.

Por outro lado, o legislador tece considerações sobre a protecção dos consumidores que adquirem fracções autónomas destinadas a habitação, no trecho que, na verdade, sustenta a interpretação do douto Acórdão, *“o problema [de preferências] só levanta particulares motivos de reflexão precisamente em face da realidade que levou a conceder essa garantia: a da promessa de venda de*

edifícios ou de fracções autónomas destes, sobretudo destinadas a habitação, por empresas construtoras, que, via de regra, recorrem a empréstimos, maxime tomados de instituições de crédito. (...) Neste conflito de interesses, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do consumidor. Não que se desconheçam ou esqueçam a protecção devida aos legítimos direitos das instituições de crédito e o estímulo que merecem como elementos de enorme importância na dinamização da actividade económico-financeira. Porém, no caso, estas instituições, como profissionais, podem precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de selectividade do crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares a respeito das deficiências e da solvência das empresas construtoras.

Destes trechos é possível retirar duas conclusões.

A primeira é a de que o legislador declarou expressamente conhecer a polémica e as críticas doutrinárias — a maioria delas dirigidas justamente ao facto de se não tutelarem com o direito de retenção apenas consumidores ou *adquirentes de habitação* mas sim, pelo contrário, *qualquer promitente-comprador* — e declarou, ainda assim, *querer manter a protecção total*. O legislador, sem dúvida consciente dos riscos para a hipoteca, escolheu a preferência da retenção no contrato-promessa, declarando expressamente *não querer limitar a protecção aos “estritos limites da aquisição de habitação”*⁵¹.

A segunda conclusão a inferir é a de que a *inspiração* do regime radica “na *lógica da protecção do consumidor*” mas, não obstante, o texto legal manteve a atribuição do direito de retenção a *qualquer beneficiário de promessa de alienação* (não apenas consumidor) e para a aquisição *de qualquer coisa*. Esta posição não podia, aliás, ser mais clara, porquanto o Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, ao mesmo tempo que cria *este direito de retenção para todo o qualquer promitente-comprador*, gera regras especiais para a forma de um contrato-promessa de

⁵¹ Assim declara o legislador: “*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 estreitos limites*”. Neste sentido, cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “Da tutela do retentor-consumidor...”, p. 53.

compra e venda de um *edificio* ou de *fracção autónoma dele* (art. 410.º/3), havendo uma propositada diferença de formulação que foi mantida (conscientemente, de acordo com o preâmbulo) pelo Decreto-Lei 379/86, de 11 de Novembro.

Como é sabido, a opção legislativa é muitíssimo criticável, pois cria uma subversão da prioridade das garantias cuja bondade é questionável. A Doutrina di-lo abundantemente. Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ela mantém-se “*juridicamente condenável*”, não só porque há um afastamento das condições de aplicação típicas do direito de retenção (assegurar a compensação por despesas feitas com a coisa), mas também porque, mesmo do ponto de vista da protecção do consumidor, o regime jurídico vigente acaba por redundar em prejuízo de quem se pretende tutelar⁵². E isto é tão importante para quem pretende adquirir habitação própria, como para 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.

A opção legislativa é tanto mais chocante quanto conduz a nefastos resultados, que nem sequer têm de ser suportados em nome do conflito de interesses que motiva o legislador, na medida em que há verdadeiras alternativas, soluções que permitem compatibilizar a protecção do promitente-comprador com a certeza e a segurança do tráfico jurídico. Efectivamente, partindo do pressuposto de que o promitente-comprador merece que o seu crédito resultante da aplicação do art. 442.º CC⁵³ seja garantido por um direito de retenção, solução juridicamente correcta e materialmente mais justa seria, por exemplo, obrigar ao

⁵² FERNANDO PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 778.

⁵³ Neste sentido, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Para a necessidade...”, p. 10; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção...”, p. 5.

Esta injustiça, aliás, já motivou que o Tribunal Constitucional se debruçasse sobre o problema, tendo considerado não ser inconstitucional a opção do legislador, entendendo tratar-se de uma ponderação de interesses que cabe à lei ordinária. Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 594/03 (relativo à constitucionalidade da atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador) e n.º 356/04 (no que concerne à compatibilidade com a lei fundamental da hierarquização do direito de retenção sobre hipotecas anteriores).

registo do direito de retenção do promitente-comprador e sujeitar esta garantia à regra *prior in tempore*, como se faz na relação entre hipotecas. E como, aliás, diferentes vozes têm proposto sucessivamente⁵⁴. Se a “rainha das garantias” está sujeita à ordem de constituição, porque não o hão-de estar as outras garantias⁵⁵?

E, acrescente-se ainda, o legislador nem sequer teve a preocupação de distinguir entre credores-hipotecários, que podem nem sequer ser instituições financeiras⁵⁶.

⁵⁴ Para além dos autores citados, também assim, PEDRO SAMEIRO, "O direito de retenção e a situação do credor hipotecário", *Revista da Banca*, n.º 26, 1993, pp. 89-97, p. 97 (que também adianta a possibilidade de constituição de uma hipoteca legal para garantia da restituição do sinal e do preço). Mais recentemente regressam a esta sugestão, por exemplo, ISABEL MENÉRES CAMPOS, "Concurso de credores e acção executiva", *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, n.º 298, 2004, pp. 129-146, pp. 130-140; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, "Para a necessidade...", p. 20; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção...", p. 5, nota 13. Aquele primeiro autor até vai mais longe, sugerindo que seja registada a promessa com cláusula de tradição, para além de outras sugestões de protecção da posição do promitente-comprador, como o registo provisório do direito futuro derivado do contrato ou da sentença de execução específica (cfr. (2008), p. 22 e ss.). Próximo da alteração do regime actualmente vigente esteve JOSÉ LEBRE FREITAS, "Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. II, 2006, pp. 581-626, que conseguiu que fosse integrada no projecto que acompanhou a proposta de lei de autorização legislativa elaborada pela Sra. Ministra Celeste Cardona para a reforma da acção executiva, a necessidade de registo da tradição da coisa anteriormente ao registo da hipoteca para que o direito de retenção pudesse preferir.

⁵⁵ Não é demais recordar as palavras de PAULO CUNHA, *Da Garantia das Obrigações*, Tomo I, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939, pp. 115-116, quando descrevia os requisitos a verificar para obter um bom sistema de garantias reais: "ao mesmo tempo que se deve permitir a facilitação da formação de garantias reais, deve atender-se ao polo oposto que é o dos riscos que a garantia real oferece. (...) [A] actuação das garantias reais tem de ser conjugada com um regime rigoroso destinado a acautelar interesses de terceiros, e porisso é que a questão da publicidade tem no campo das garantias reais um interesse extraordinário. Um bom sistema de garantias reais há-de, por conseguinte, (...) assegurar a publicidade dela, em termos e só serem oponíveis quando estejam conhecidas ou, pelo menos, quando possam ter sido conhecidas". E o autor concretiza: "assim, um terceiro que contrate e que veja as suas esperanças perdidas por surgirem garantias reais com que não contava, tem de imputar o seu prejuízo apenas à sua negligência, pois que tem meios ao seu alcance que lhe permitiam, se fôsse previdente, não incorrer em semelhantes riscos". Ora, o que dissemos até ao momento bem que comprava estas reflexões de PAULO CUNHA — no fundo, quanto maior e mais fiável for o sistema de publicidade maior responsabilidade há-de poder exigir-se dos credores, sem necessidade de artificiosos paternalismos e com maiores garantias para o sistema financeiro.

⁵⁶ Também já o notavam LUÍS COUTO GONÇALVES, "À volta do contrato...", p. 333, e PEDRO SAMEIRO, "O direito...", p. 90.

2.3. A correcção do legislador por via da reinterpretação das normas do Código Civil: a tese seguida pelo Acórdão e sua inadmissibilidade.

Terá sido o *status quo* marcadamente injusto que terá fundado o desenvolvimento de *reinterpretações* das normas civis, seja a regra que determina a preferência do direito de retenção do promitente-comprador sobre as hipotecas anteriores, seja a norma de atribuição daquela garantia real, restringindo-a a *certos beneficiários de promessa de alienação* — tese que foi seguida pelo douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que ora anotamos.

A primeira via de emenda do legislador é proposta por ÓRFÃO GONÇALVES, confessadamente incapaz de aceitar que o direito de retenção em todo e qualquer caso preferisse em face da hipoteca (n.º 2 do art. 759.º CC). Afirma o autor que uma interpretação literal daquele preceito “*estaria em desacordo com os dados mais básicos do nosso sistema jurídico, a saber, a relevância que o registo tem no Direito patrimonial imobiliário*”⁵⁷. Pelo que a retenção só preferirá à hipoteca se a *traditio* que pressupõe for anterior a esta garantia, a retenção constituindo-se posteriormente. De outra perspectiva: se o prédio que é objecto do contrato-promessa já estiver onerado com uma hipoteca no momento da tradição, então uma retenção que posteriormente se constitua não prevalecerá sobre aquela hipoteca.

Tem toda a razão o autor ao dizer que esta solução é mais justa por acautelar o promitente-comprador contra uma hipoteca que poderia não conhecer; ao passo que, na segunda hipótese, o promitente-comprador já tinha condições para conhecer a garantia e, por isso, não só não pode invocar o desconhecimento desta, como tem de ser responsabilizado pelas consequências decorrentes da promessa de aquisição de um imóvel hipotecado. Todavia, parece-nos que a interpretação sugerida pelo autor é *contra legem*, pois que, manifestamente, não só tal não decorre da lei — o n.º 2 do art. 759.º CC é muito claro na ordenação da retenção antes da hipoteca, independentemente do

⁵⁷ GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES, “Temas da acção executiva”, *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano V, n.º 9, 2004, pp. 253-302, p. 280.

momento da tradição da coisa —, como não foi essa, como vimos, a evidente intenção do legislador. De qualquer forma, daqui resulta uma outra sugestão para o legislador. *I. e., de iure condendo*, é razoável que a retenção só prevaleça sobre a hipoteca se a tradição da coisa for anterior ao registo daquela.

A segunda via, acolhida pelo Acórdão, é a de restringir os *titulares* da atribuição da garantia descrita na alínea *f*) do n.º 1 do art. 755.º; isto é, ensaiam-se interpretações restritivas nos termos das quais *não será todo e qualquer* beneficiário de promessa de alienação que haja visto violado o contrato-promessa a gozar de direito de retenção, mas apenas aqueles que carecessem da tutela legal.

No quadro deste caminho (a interpretação restritiva do art. 755.º, 1, *f*)), encontram-se duas propostas doutrinárias.

MENEZES LEITÃO⁵⁸ considera que o direito de retenção apenas garante o crédito decorrente da escolha de indemnização pelo aumento de valor da coisa ou do direito, ficando excluída, então, a indemnização no montante do dobro do sinal. Isto porque aquele seria o crédito com uma relação com o valor da coisa prometida. Todavia, uma vez mais, esta interpretação não corresponde à vontade do legislador ou à letra da lei⁵⁹.

PESTANA DE VASCONCELOS apoia-se no facto de o legislador ter expressado a sua intenção de proteger o promitente-comprador enquanto *consumidor* para interpretar a alínea *f*) do n.º 1 do art. 755.º CC como *norma de tutela do consumidor* e, portanto, podendo apenas ser aplicada quando aquele assumisse tal estatuto. Daqui decorrendo que, quando assim não fosse, não haveria necessidade de tal “*protecção específica*” e, por isso, não se atingiria “*de forma tão drástica*” o credor hipotecário⁶⁰. Esta concepção baseia-se, como o Autor reconhece, no preâmbulo do diploma de 1986 (que alude à “*lógica da protecção do consumidor*”).

⁵⁸ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução. Da Constituição das Obrigações, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 252-254.

⁵⁹ Igualmente denotando a inexistência de suporte legal, cfr. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção...”, p. 6.

⁶⁰ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de retenção...”, pp. 7-9.

É esta última, no fundo, a interpretação seguida pelo douto Acórdão que, citando este Autor, determina que a protecção é apenas devida *nos casos em que o beneficiário da promessa é um consumidor*. É certo que os venerandos Conselheiros não explicaram as razões que levaram à interpretação restritiva que postularam; todavia, a remissão para a argumentação de PESTANA DE VASCONCELOS (p. 2887 e nota n.º 10) permite inferir ser este o pensamento subjacente a tal interpretação restritiva.

Afastamo-nos profundamente deste modo de ver as coisas, à semelhança dos Conselheiros ABRANTES GERALDES, SEBASTIÃO PÓVOAS, SALRETA PEREIRA, JOÃO L. M. BERNARDO, JOÃO MOREIRA CAMILO, PAULO ARMÍNIO OLIVEIRA E SÁ, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA e LOPES DO REGO nos respectivos votos de vencido. Não parece que seja admissível, como *condição* de atribuição legal do direito de retenção, que o promitente-adquirente seja *consumidor*, porquanto a lei outorga tal garantia a todo e qualquer beneficiário de promessa de alienação que seja titular do crédito indemnizatório previsto no art. 442.º CC. No fundo, sendo criticável que a lei haja protegido *todos os promitentes-compradores*, a verdade é que *foi essa a vontade do legislador, a quem compete justamente a função legislativa*.

Este entendimento radica, sobretudo, em 3 argumentos.

Por um lado, o legislador não fez qualquer restrição — *e intencionalmente* — aos contratos-promessa de compra e venda de edifício/fracção autónoma para habitação: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Por isso, *intencionalmente*, afasta que a tutela oferecida pelo direito de retenção no contrato-promessa apenas proteja aqueles que, de uma posição mais fragilizada, como é a do consumidor, sejam os únicos visados pela norma, protegendo *todos os promitentes-compradores e independentemente* do que pretendam adquirir. Com efeito, quando o legislador foi chamado em 1986 a reformar o defeituoso regime introduzido em 1980, o preâmbulo refere que está a par da polémica e reconhece que “*pensou-se directamente no contrato-promessa de compra e venda de edifícios ou de fracções autónomas deles*”. Ainda assim, conscientemente, o

texto preambular toma uma opção: “*nenhum motivo justifica, todavia, que o instituto se confine a tão estreitos limites*”. Isto é, a lei, voluntariamente, *quis proteger todos os promitentes-compradores*, ainda que adquirissem prédios rústicos ou coisas móveis, fossem ou não consumidores. É, confessadamente, um propósito do Decreto-Lei n.º 379/86⁶¹.

Em segundo lugar, nada na letra da lei permite interpretá-la no sentido proposto e, precisamente por isso, se chega ao absurdo que se pretende combater. A interpretação do duto Acórdão não tem o mínimo de correspondência na lei e não presume que o legislador se expressou correctamente (sendo por isso inadmissível à face do art. 9.º CC) e, ao reconstruir o pensamento legislativo, refere o trecho preambular de 1986 (na parte que se refere ao consumidor) ignorando que o legislador estabeleceu *em dois actos legislativos diferentes* a solução de protecção a qualquer promissário⁶². Lembre-se que o legislador de 1980 e de 1986 interveio também no regime do contrato-promessa, criando uma regra especial para a sua *forma* quando tivesse como objecto um edifício ou uma fracção autónoma. Ora, no mesmo acto legislativo onde se cria um regime especial para a aquisição *desse tipo de imóveis* (lembrando-se o legislador de os designar rigorosamente), não é crível que o mesmo legiferante redigisse normas *que atribuem direito de retenção a qualquer promitente-comprador com qualquer objecto* se quisesse referir-se apenas aos compradores de habitação própria.

No fundo, dá a sensação que o ilustre julgador comete dois vícios de raciocínio. *Por um lado*, declara (p. 2885) que o direito de retenção foi atribuído ao promitente-comprador apenas no Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro. Ora, tal não é exacto, como vimos: este direito de retenção foi introduzido em 1980 (no art. 442.º CC), sendo a intervenção de 1986 motivada pela necessidade de emendar as inúmeras críticas que lhe foram apontadas. Entre essas críticas está o facto de ter atribuído o direito de retenção a *todo e qualquer beneficiário de*

⁶¹ Neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 160; MARGARIDA COSTA ANDRADE, “*Duas questões...*”, p. 70.

⁶² Neste sentido, criticando a ausência de base legal para a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência...*, p. 163.

promessa de alienação; ora, quanto a esta, o legislador de 1986 declara conhecer a polémica e, ainda assim, decide manter o regime de protecção dos promitentes-adquirentes. *Por outro*, o douto aresto apenas se ateu à parte do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86 onde o legislador explica por que razão há casos onde entende necessário proteger o promitente-comprador (indicando justamente os consumidores de habitação própria), desconsiderando a declaração expressa de que, conscientemente, *se não quis restringir àquele caso*⁶³.

Em terceiro lugar, introduzir pela interpretação um conceito tão indeterminado e plurifacetado como o de consumidor neste regime só tornará ainda mais complexa a resolução dos problemas de injustiça que estão por demais identificados. Por isso, haveria que, pelo menos, definir critérios identificadores dos sujeitos que verdadeiramente carecem de protecção. Ora, o conceito usado pelo Supremo Tribunal de Justiça (cfr. p. 2889, nota 10, do douto Acórdão ora comentado) define consumidor como aquele “*que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda*”⁶⁴, critério muito amplo que não abrange apenas a noção típica da legislação da protecção do consumidor. Assim, jurisprudência posterior declara ser consumidor, para estes efeitos, a pessoa singular ou colectiva que haja adquirido *sem intenção de revenda*; só estará excluído da noção de consumidor “*aquele que adquire o bem no exercício da sua actividade profissional de comerciante de imóveis, mas aceitando que seja consumidor o promitente-comprador que exerce o comércio no imóvel, uma loja de venda ao público de produtos para o lar*”⁶⁵. Quer isto dizer que uma grande sociedade que se dedique à actividade bancária, se celebrar um contrato-

⁶³ Retomando a frase preambular: “*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 estreitos limites*”.

⁶⁴ Rigorosamente, o douto Acórdão, na sua nota n.º 10, considera que o sujeito que *in casu* se arrogava de direito de retenção era considerado “consumidor” pelo facto de fazer uso próprio dos ditos imóveis e não os ter adquirido para revenda. Nesta sede, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça (cfr. Acórdão do STJ de 16 de Fevereiro de 2016, proc. 135/12.7TBMSF.G1.S1) infere ser esta a definição de *consumidor* para efeitos do art. 755.º/1/f) CC.

⁶⁵ Esta noção ampla de consumidor foi utilizada, designadamente, pelos Acórdãos do STJ de 16 de Fevereiro de 2016 (proc. 135/12.7TBMSF.G1.S1) e de 29 de Maio de 2014 (proc. n.º 1092/10.0TBLSD-G.P1.S1).

promessa de compra e venda para instalação da sua nova sede, *é considerada consumidora* para efeitos do direito de retenção, porquanto o imóvel objecto da promessa se não dirige a revenda. Ora, soçobram muitas dúvidas de que, caso fosse exacta a conclusão de que o direito de retenção apenas serve para tutelar os adquirentes débeis, devesse proteger um beneficiário de promessa como este.

Como quer que seja, parece ter sido introduzida uma nefasta imprevisibilidade no sistema de tutela dos contraentes, porquanto o mesmo Supremo Tribunal de Justiça *ora* adopta uma noção ampla de consumidor (como esta que vimos), ora, noutros arestos, restringe a protecção ao consumidor em sentido técnico⁶⁶, redundando num ambiente de suspeição e de incerteza fortemente prejudiciais de uma economia que se quer saudável e próspera⁶⁷. Permitindo até perguntar para que serve um sistema de registo predial, dedicado à certeza e à segurança jurídicas, quando ele pode ser facilmente circundado com a detenção material da coisa.

Em suma, se é claro que o Tribunal procurou corrigir uma injustiça que o legislador criou, a verdade é que tal intenção acaba por constituir uma *violação da separação de poderes*. Deve reconhecer-se que a preferência da retenção foi *querida pelo legislador*, atendendo à ponderação de interesses gerais que só àquele compete. Ora, considerando-se *não ser inconstitucional* tal opção (cfr. o

⁶⁶ Sobre a sua definição, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 58ss. O Professor, contrapondo as várias noções possíveis, ensina que “*em sentido estrito, consumidor é apenas aquele que adquire, possui ou utiliza um bem e serviço para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico), de modo a satisfazer as necessidades pessoais e familiares, mas não já o que obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou da sua empresa*”). Trata-se, aliás, da noção constante da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, na versão que lhe foi conferida pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho) e que é aplaudida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto de Código do Consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. VII, pp. 245-262, concretamente p 254.

Na jurisprudência, adoptando uma noção estrita de consumidor (“*pessoa que adquire um bem ou serviço para uso privado, de modo a satisfazer as necessidades pessoais e familiares, não abrangendo quem obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou empresa*”), cfr. Acórdão STJ de 25.11.2014 (proc. 7617/11.6TBBERG-C.G1.S1). No fundo, excluem-se da protecção aqueles que destinem a coisa à sua actividade profissional — cfr. Acórdãos STJ de 14.10.2014 (proc. n.º 986/12.2TBFAF-G.G1.S1) e de 17.11.2015 (proc. n.º 1999/05.6TBFUN-I.L1.S1).

⁶⁷ Vejam-se as situações descritas por PEDRO SAMEIRO, “O direito...”, pp. 90-92.

que dissemos na nota n.º 53), é ao poder legislativo que cabe fazer o juízo do crédito que deve merecer preferência. E este escolheu, ainda que de modo criticável, conferir direito de retenção a *todo e qualquer promitente-comprador*.

Bibliografia citada:

- ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas e Sinais distintivos, 9.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- ANDRADE, MARGARIDA COSTA, "(Alguns) aspectos polémicos da posse de bens imóveis no direito português", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 83-120;
- , "Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 2, 2014, pp. 39-83;
- , "Two (*contra legem?*) attempts to favour the mortgagee", *Grundpfandrechte 2016 in Europa und Darüber Hinaus — Eine Standortbestimmung zum XX. Workshop des Runden Tisches Grundpfandrechtes*, AAVV., Tim Lassen, Andreas Luckow, Mario Thurner (coord), Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2016, p. 129-136;
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, vol. II, 2005,
- BALZ, MANFRED, "The European Union convention on insolvency proceedings", *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 70, 1996, pp. 485-532;
- BOGDAN, MICHAEL, "The E. C. law of international insolvency", *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs*, Anos 11 e 12, n.º 4, 2001-2002, pp. 452-459;
- BRITO, MARIA HELENA, "Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Edição Especial — Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 183-220;
- CAMPOS, ISABEL MENÉRES, "Concurso de credores e acção executiva", *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, n.º 298, 2004, pp. 129-146;
- CARBALLO PIÑEIRO, LAURA, "Towards the reform of the european insolvency regulation: codification rather than modification", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 2, 2014, pp. 207-215;
- CARBONE, SERGIO MARIA, "Il regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Diritto Processuale Civile e Commerciale Comunitario*, SERGIO MARIA CARBONE, MANLIO FRIGO E LUIGI FUMAGALLI, Giuffrè, Milano, 2004,
- COELHO, MARIA CONCEIÇÃO DA ROCHA, *O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção*, Universidade Católica Portuguesa (policopiado), Porto, 2011;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, "O novo regime do contrato-promessa (comentário às alterações aparentemente introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, ao Código Civil)", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 306, 1981, pp. 27-59;

-
- , "Da retenção do promitente-comprador na venda executiva", *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, 1997, pp. 547-563;
- , *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000;
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER / RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA, "Direito de retenção — Empreiteiro — Parecer", *Colectânea da Jurisprudência*, Tomo I, 1988, pp. 15-23;
- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011;
- COSTA, SALVADOR, *O Concurso de Credores — Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- CUNHA, PAULO, *Da Garantia das Obrigações*, Tomo I, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939;
- DIDIER, PAUL, "La problématique du droit de la faillite internationale", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n.º 3, 1989, pp. 201-206;
- DOMANSKI, MARCELO, *Posse — Da Segurança Jurídica à Questão Social (Na perspectiva dos Limites e Possibilidades de Tutela do Promitente Comprador através dos Embargos de Terceiro)*, 2.ª Edição, Renovar, Rio de Janeiro, 1998;
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014;
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO / LABAREDA, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2013;
- FREITAS, JOSÉ LEBRE, "Aplicação no tempo do artigo 164.º-A do Código de Falência — Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9.5.2006, Rev. 827/06", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 16, 2006, pp. 56-71;
- , "Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. II, 2006, pp. 581-626;
- GAA, THOMAS M., "Harmonization of international bankruptcy law and practice: Is it necessary? Is it possible?", *International Lawyer*, vol. 27, n.º 4, 1993, pp. 881-909;
- GARRIDO, JOSÉ M., "Some Reflections on the EU Bankruptcy Convention and its implications for secured and preferential creditors", *International Insolvency Review*, vol. 7, n.º 2, 1998, pp. 79-94;
- GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO, "Temas da acção executiva", *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano V, n.º 9, 2004, pp. 253-302;
- GONÇALVES, LUÍS COUTO, "À volta do contrato de promessa", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIX, n.º 3 (Julho-Setembro), 1987, pp. 309-335;
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução. Da Constituição das Obrigações, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- , *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 8.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015;

- LIMA, FERNANDO PIRES DE / VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987;
- MADALENO, CLÁUDIA, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais — A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao Arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- MALDONADO, JOÃO, "O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca", *Julgar*, n.º 13, 2011, pp. 247-270;
- MARTIN-SERF, ARLETTE, "La faillite internationale: une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant", *Journal du Droit International*, vol. 122, n.º 1, 1995, pp. 31-99;
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015;
- MESQUITA, JOSÉ ANDRADE, *Direitos Pessoais de Gozo*, Almedina, Coimbra, 1999;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto de Código do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. VII, pp. 245-262;
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, "Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, pp. 3-12;
- , "Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor — Comentário ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20.03.2014, Proc. 92/05", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 46 (Abril/Junho), 2014, pp. 32-56;
- OLIVEIRA, NUNO PINTO, "«Com mais irreflexão do que culpa»? O debate sobre o regime da recusa de cumprimento do contrato-promessa", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 36 (Outubro/Dezembro), 2011, pp. 3-21;
- OLIVEIRA, NUNO PINTO / SERRA, CATARINA, "Insolvência e contrato-Promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, 2010, pp. 395-440;
- PIDWELL, PEDRO, "A insolvência internacional e a arbitragem", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 765-802;
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, "Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 22 (Abril/Junho), 2008, pp. 3-26;
- RASMUSSEN, ROBERT K., "A new approach to transnational insolvencies", *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 1997, pp. 1-36;
- SALERNO, FRANCESCO, "Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIV, n.º 1, 1998, pp. 5-50;
- SAMEIRO, PEDRO, "O direito de retenção e a situação do credor hipotecário", *Revista da Banca*, n.º 26, 1993, pp. 89-97;
- SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS, *Direito Comercial Português*, Vol. I, Dos actos de comércio às empresas, o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

- SERRA, ADRIANO VAZ, "Direito de Retenção", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, 1957, pp. 103-259;
- SERRA, CATARINA, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, "Contrato-Promessa — análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, 1985, pp. 53-113;
- , *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990;
- , *Sinal e Contrato Promessa*, 13.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- VARELA, JOÃO ANTUNES, "Emendas ao regime do contrato-promessa", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 119, 120 e 121, 1987-1988-1989, pp. 226ss, 035ss e 006ss;
- VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, "Contrato-promessa e falência / insolvência — Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.04.2007, Agravo 65/03", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, 2008, pp. 43-64;
- , "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2011, pp. 3-29.