

Hipoteca e direito de retenção: - Uma relação difícil

Uma síntese de doutrina e jurisprudência

Eduardo Rodrigues Pires
Juiz Desembargador

I. Introdução

Na minha experiência prática de aplicador do direito, naturalmente virado para os contornos de cada caso concreto colocado à minha apreciação, fui-me confrontando com matérias que, quando as tive de enfrentar, me causaram grande perplexidade.

Entre elas, destaco a prevalência do direito de retenção, previsto no art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil a favor do beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real, sobre a hipoteca, ainda que registada anteriormente, nos casos em que, ocorrendo tradição da coisa, houve incumprimento do contrato-promessa imputável à outra parte.

A solução surgia-me surpreendente, afrontando o papel, de primeira grandeza, que a hipoteca deveria desempenhar no âmbito das garantias das obrigações e criando entre esta e o direito de retenção uma relação difícil.

Relação difícil que, porém, com a entrada em vigor do recente Dec. Lei nº 48/2024, de 26.7., entrou decididamente no caminho da pacificação, conciliando-se, agora, de forma mais equilibrada e consentânea com a natureza de cada uma, estas duas garantias.

Entendi, com apoio na jurisprudência e na doutrina, escrever algumas notas sobre esta questão.

II. A hipoteca – breve apontamento histórico e a sua consagração no direito português

A hipoteca é, por definição, a mais sólida garantia das obrigações, tendo, por isso,

uma significativa importância económica, constituindo para os proprietários de bens imóveis uma forma fácil e rápida de acederem ao crédito.

Com efeito, os bens imóveis, pela sua natureza, transmitem uma ideia de segurança e fiabilidade, de tal modo que o credor com hipoteca corre, à partida, poucos riscos de ver frustrado o seu crédito.

Por isso, a hipoteca é atualmente um negócio jurídico sempre presente na nossa vida económica.

Seguindo os apontamentos históricos feitos por MENEZES CORDEIRO¹, a hipoteca era já uma realidade no direito romano, onde se denominava «*conventio pignoris*», correspondendo ao instituto pelo qual um devedor, ou alguém por ele, reservava à disposição do credor uma coisa para o caso de incumprimento de uma obrigação.

O seu aparecimento surgiu como resultado da evolução que leva à passagem da fidúcia para o penhor. Na fidúcia havia uma transmissão da propriedade do devedor para o credor, com o objetivo de garantir um determinado crédito. Depois passou-se à «*datio pignoris*», em que esse mesmo efeito era conseguido através, apenas, da transferência da posse. Por último, a garantia passou a realizar-se simplesmente por convenção, não havendo já, sequer, transferência da posse: a denominada «*conventio pignoris*».

No período pós-clássico a «*conventio pignoris*» sofreria a influência de um instituto afim, de origem grega, conhecido por *hypothéké*, donde derivam as designações que hoje lhe são dadas, por exemplo, em Portugal, Espanha, França, Itália e Alemanha.

Com o Código Napoleónico (1804), que limitou a hipoteca aos bens imóveis, consagrou-se pela primeira vez este instituto de forma autónoma, prevendo na sua sistematização as suas várias espécies, bem como algumas questões primárias relativas ao seu regime, o que abriu o caminho a progressos posteriores, nomeadamente no direito alemão, que com o BGB² (1900) viria a introduzir um extenso regime autónomo para a hipoteca.

No direito português, no Código de Seabra, integrado no capítulo referente à

¹ In “Direitos Reais”, II volume, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (114), págs. 1078/1079; “Tratado de Direito Civil – Direito das Obrigações – Garantias”, X volume, págs. 685/688.

² Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão).

caução ou garantia dos contratos, surgem várias subsecções dedicadas às hipotecas em geral, às hipotecas legais, às hipotecas voluntárias, à constituição das hipotecas e à expurgação das hipotecas.

O seu art. 888º, com a epígrafe “conceito de hipoteca” define-a como «o direito, concedido a certos credores, de serem pagos pelo valor de certos bens imobiliários do devedor, e com preferência a outros credores, achando-se os seus créditos devidamente registados.»

Este instituto transitou, naturalmente, para o atual Cód. Civil de 1966 que lhe dedicou a Secção V do capítulo respeitante às “garantias especiais das obrigações” [arts. 686º a 732º], preceituando-se no nº 1 do art. 686º o seguinte:

«A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.».

III. A origem do direito de retenção e a sua consagração no direito português

O direito de retenção, arcaico mas eficaz na feliz expressão de JÚLIO GOMES³, tem a sua origem histórica na proteção do crédito pelas benfeitorias efetuadas pelo possuidor.

Tal como o seu nome indica foi concebido inicialmente como um simples meio de coação. O credor que, por certas circunstâncias, tivesse em seu poder uma coisa pertencente ao seu devedor, poderia recusar a entrega dela enquanto este não lhe pagasse o que devia. A retenção funcionava assim “como uma espécie de agulhão cravado na vontade do devedor para que ele cumprisse a obrigação a que se encontrava adstrito”⁴, o que nos colocava numa situação vizinha da justiça privada.

Porém, se for equilibrado, o direito de retenção por se relacionar de forma próxima com as circunstâncias próprias do que é a vida em sociedade, surge como uma figura jurídica eficaz e plena de interesse.

Essa eficácia revela-se sobretudo nos casos em que a coisa retida é de valor muito

³ “O direito de retenção (arcaico, mas eficaz)”, Cadernos de Direito Privado, nº 11 (2005), págs. 3/25.

⁴ ANTUNES VARELA, “Das Obrigações em Geral”, vol. II, 7ª ed., Almedina, pág. 577.

superior à dívida com ela causalmente conexcionada.⁵

O interesse do direito de retenção veio a ser progressivamente espelhado nos principais sistemas jurídicos europeus, designadamente no francês, no alemão e no italiano, embora de forma diversa em cada um deles.⁶

No direito português, o Código de Seabra não regulava a matéria do direito de retenção numa divisão especial, referindo-se a este isoladamente em diversas normas [arts. 498º e §2º, 499º, § 2º, 1349º, 1407º, 1414º, 1450º, § único, 1614º e 2251º], o que levantava uma questão: a de saber se era admitido com carácter geral, ou apenas nos casos especialmente previstos.⁷

A questão era debatida e relacionava-se com uma outra – a da qualificação do direito de retenção como garantia real ou como simples meio de constranger o devedor ao cumprimento.

O atual Código Civil de 1966 veio resolver o problema ao dedicar a secção VII do capítulo respeitante “às garantias especiais das obrigações” ao direito de retenção [arts. 754º a 761º] e ao estatuir no art. 754º, como princípio básico, o seguinte:

*«O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.»*⁸

Contudo, se o atual Código Civil consagrou neste art. 754º o direito de retenção com carácter genérico, admitiu-o também excecionalmente no artigo seguinte para diversas situações, como sejam: a) a do transportador, sobre as coisas transportadas, pelo crédito resultante do transporte; b) a do albergueiro, sobre as coisas que as pessoas albergadas hajam trazido para a pousada ou acessórios dela, pelo crédito da hospedagem; c) a do mandatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues para execução do mandato, pelo crédito resultante da sua atividade; d) o gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para execução da gestão, pelo crédito proveniente desta; e) o

⁵ CALVÃO DA SILVA, “Cumprimento e Sanção Penal Compulsória”, 4ª ed., Almedina, pág. 346.

⁶ Sobre a evolução do direito de retenção nos sistemas jurídicos francês, italiano e alemão, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Civil”, X, Direito das Obrigações, Garantias”, 2ª ed., 2023, Almedina, págs. 822/829.

⁷ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado”, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, pág. 773.

⁸ ALMEIDA COSTA, “Direito das Obrigações”, 11ª ed., Almedina, pág. 974.

depositário e o comodatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues em consequência dos respetivos contratos, pelos créditos deles resultantes.

IV. O aditamento da alínea f) à redação do art.755º, nº 1 do Cód. Civil e a consequente previsão de uma nova situação especial de direito de retenção

O Dec. Lei nº 236/80, de 18.7., com o objetivo de tutelar a posição do promitente-comprador, passou a incluir na redação do art. 442º do Cód. Civil o nº 3 com a seguinte estatuição:

«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.»

A razão de ser da introdução deste novo caso de direito de retenção, no nosso ordenamento jurídico, é explicitada no respetivo preâmbulo onde no seu ponto 1 se referem as condicionantes sócio-económicas da época.

Escreve-se o seguinte:

«1. O contrato-promessa tem sido a via através da qual os interessados em habitação própria têm procurado garantir a aquisição da desejada unidade habitacional, nos casos em que, por qualquer motivo - designadamente o inacabamento da respectiva construção ou a inexistência imediata dos requisitos indispensáveis ao registo do direito de propriedade do transmitente -, não é possível a imediata celebração do contrato de compra e venda.

Sucedem, porém, que, 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 vêm frustradas as suas aspirações face à resolução do contrato pelo outro outorgante, com uma indemnização (o dobro do sinal passado) que nem sequer equivale já à importância

inicialmente desembolsada, não cobrindo o dano emergente da resolução, ou acham-se coagidos, pela força das circunstâncias e para alcançarem o direito de propriedade da casa, que, muitas vezes, já habitam e pagaram integralmente, a satisfazer exigências inesperadas que inoportavelmente agravam o preço inicialmente fixado.

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

Entre as medidas adotadas para combater este quadro económico e financeiro conta-se a de no caso de ter havido tradição da coisa para o promitente-comprador, em que se criou uma forte expectativa de estabilização do negócio e uma situação de facto socialmente atendível, a indemnização devida pela resolução do contrato-promessa por parte do promitente-vendedor seja o valor que a coisa tiver ao tempo do incumprimento – medida do dano efetivamente sofrido –, atribuindo-se também ao promitente-comprador o direito de retenção da mesma coisa por tal crédito.

Alguns anos depois, o Dec. Lei nº 379/86, de 11.11. manteve este direito de retenção, alterando, porém, a sua inserção sistemática. Assim, deixou de figurar no art. 442º do Cód. Civil, relativo ao regime do sinal, tendo transitado para o art. 755º, respeitante aos casos especiais de direito de retenção, onde se aditou a alínea f) com a seguinte redação:

«1. Gozam ainda de direito de retenção: (...) f) O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442º.»

V. A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca e a crítica desta solução na doutrina

Esta alteração legislativa implicou que o direito de retenção passasse a prevalecer, por força do art. 759º, nº 2 do Cód. Civil, sobre qualquer hipoteca, ainda que registada anteriormente.

Sucedeu que esta solução legislativa se confrontou de imediato com importantes críticas, onde avultou a posição de ANTUNES VARELA, que a considerou juridicamente condenável.

Escreveu o seguinte este ilustre Professor em obra conjunta com PIRES DE LIMA⁹:

“A atribuição de um direito de retenção sobre coisa imóvel e a sua prevalência sobre garantias hipotecárias anteriormente registadas compreendem-se apenas naqueles casos em que o direito de retenção é conferido para assegurar o reembolso de despesas feitas com o imóvel, que contribuíram para o conservar ou para aumentar o respectivo valor. 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, na hipótese de as despesas se haverem traduzido na realização de benfeitorias úteis. (...)”

No caso, porém, do direito de retenção atribuído, desde 1980, ao promitente-comprador, a situação é totalmente diferente. O crédito do promitente-comprador, com efeito, quer ele opte, conforme a lei permite, pela restituição do sinal em dobro, quer pelo valor do objecto do contrato prometido à data do incumprimento, não provém de despesas feitas com a coisa e a sua satisfação prioritária pode absorver todo o valor desta, esvaziando por completo a garantia resultante da hipoteca.

Além de juridicamente condenável, por afectar a segurança e a solidez do crédito hipotecário, a solução, sob o ponto de vista económico, é susceptível de redundar em prejuízo das pessoas em cujo benefício foi estabelecida (os candidatos à aquisição de prédios urbanos ou de suas fracções autónomas), na medida em que pode tornar mais difícil a obtenção de crédito para a construção urbana e originar, por esse motivo, o encarecimento dos imóveis. Não podendo as entidades que habitualmente financiam a construção (os bancos) precaver-se com garantias hipotecárias seguras sobre as próprias

⁹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado”, vol. I, 4ª ed., 1987, Coimbra Editora, pág. 778

edificações, tenderão a dificultar o crédito, ou a concedê-lo apenas com garantias adicionais, o que originará uma elevação do custo dos imóveis, que inevitavelmente virá a repercutir-se, através do aumento do preço de venda, sobre as pessoas que o diploma de 1980 e o de 1986 visaram proteger.”¹⁰

Em reforço da sua posição ANTUNES VARELA¹¹ escreveu ainda o seguinte, sistematizando-o em três pontos, aos quais não é alheia a mordacidade da argumentação:

“Primeiro (...) pela forma negligente como o novo n.º 3 do artigo 442.º do Cód. Civil 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 (...) para o promitente-comprador”.

(...) o promitente-comprador poderia desfrutar do privilégio da retenção da coisa imóvel que lhe fora entregue, mesmo indo de mãos inteiramente a abanar, sem ter feito a menor despesa...sequer com a expectativa da futura aquisição do prédio.

Segundo (...) mesmo havendo entrega do sinal, como geralmente acontece nas promessas de compra e venda de imóveis em construção, 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 todas as alcavalas que o fortalecem, sobre o imóvel que lhe fora antecipadamente entregue.

Terceiro, por se dar ainda a circunstância de o crédito garantido pela retenção ser, no caso da promessa de compra e venda de imóveis não cumprida, de montante geralmente bastante elevado, muito superior em regra à expressão normal dos créditos

¹⁰ Cfr. também ANTUNES VARELA, “Emendas ao regime do contrato-promessa”, RLJ, ano 119.º, págs. 226 e segs.

¹¹ In “Sobre o Contrato-Promessa”, Coimbra Editora, 1989, 2.ª ed., págs. 113/114.

especialmente seleccionados nas diversas alíneas do nº 1 do artigo 755º do Código Civil.

O crédito do promitente-comprador (pela falta da necessária ligação genética entre esse crédito e a coisa retida, e pelo seu desmesurado volume, em face dos créditos seleccionados nos arts. 754º e 755º do citado Código) surgiu assim na galeria especial dos créditos com direitos de retenção, diria a gente antiga, como viola no enterro.”¹²

Mas outros conceituados juristas também criticaram a solução legislativa adotada.

LUÍS MENEZES LEITÃO¹³ escreveu: “A atribuição deste direito de retenção, logo efectuada pelo D.L. 236/80, suscitou bastante controvérsia na doutrina, pelo facto de prevalecer sobre as hipotecas, mesmo que registadas anteriormente (...). Ora, essa situação tornaria mais forte a posição do promitente comprador do que a do próprio comprador, já que este como adquirente de bens hipotecados, veria a hipoteca ser-lhe oponível e, portanto, os bens adquiridos responderem, em caso da execução da hipoteca. Pelo contrário, o promitente comprador, titular de um direito real de garantia prevalecente sobre a hipoteca, teria o direito de ser pago pelo não cumprimento da obrigação, à frente do credor hipotecário, que posteriormente dificilmente conseguiria obter a satisfação do seu crédito. Para além disso, a situação é facilmente manipulável, já que as exigências de forma do contrato-promessa não permitem um adequado controlo da veracidade da situação, sendo fácil efectuar-se a sua simulação no intuito de prejudicar os credores hipotecários existentes.”

CALVÃO DA SILVA¹⁴ sustentou que o facto de o direito de retenção prevalecer sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, poderá também acabar por virar a norma protetora contra o promitente-comprador abstratamente protegido, provocando a rarefação da “*traditio rei*” hipotecada, por imposição das instituições de crédito aos construtores.

SALVADOR DA COSTA¹⁵ escreveu: “O direito de retenção do promitente comprador, não obstante a natureza dos motivos que o determinaram, é muito discutível, certo que, prevalecendo em relação à hipoteca, primacial garantia de concessão de crédito

¹² Cfr. também ANTUNES VARELA, “Das obrigações em geral”, Vol. I, 10ª ed., Almedina, pág. 341.

¹³ In “Direito das Obrigações”, volume I, 7ª ed., Almedina, pág. 247.

¹⁴ In “Sinal e Contrato-Promessa”, 12ª ed., pág. 240.

¹⁵ In “O Concurso de Credores”, 3ª ed., Almedina, pág. 220.

imobiliário, é susceptível de afectar essa importante vertente do comércio jurídico e, consequentemente, dificultar o acesso à aquisição de habitação própria e, assim prejudicar a quem, em última análise, visava beneficiar.¹⁶

Ademais, face a este regime, o contrato-promessa é susceptível de constituir um meio de os devedores e instituições de crédito esvaziarem o seu património em prejuízo da garantia hipotecária por via da simulação contratual com terceiros e da criação artificiosa de situações de incumprimento contratual.”

MENEZES CORDEIRO¹⁷, por seu turno, afirmou o seguinte: “Ao atribuir a retenção ao promitente-adquirente pelos créditos resultantes da violação da promessa, o legislador de 1980 fez tremer a hipoteca nos seus alicerces: todo o seu conteúdo económico poderia ser esvaziado pela posterior ocorrência de promessas de alienação com entrega da coisa; recorde-se que os créditos derivados do incumprimento podem, então, ascender ao valor da coisa.

O desajustamento deste esquema era tão acentuado que chegava a dar lugar a situações como esta: o promitente acquirente que obtivesse a tradição da coisa, ficava a salvo dos credores hipotecários do promitente alienante, na pendência da promessa; mas assim que a promessa fosse cumprida e ele passasse a proprietário, a coisa ser-lhe-ia executada pelos credores hipotecários. (...) a prática da reforma de 1980 chegou a assistir a casos em que os proprietários para prevenir as arremetidas dos credores hipotecários dos construtores, em vez de expurgar as hipotecas, faziam anular – com recurso a várias motivações ou, simplesmente, com a conivência dos vendedores, que não contestavam – as respectivas compras e vendas: com isso subsistia a promessa anterior e renascia o direito de retenção capaz de deter a hipoteca.

E por fim (...) o dispositivo da retenção dos promitentes-adquirentes iria prejudicar, de modo directo, as instituições de crédito, grandes credoras hipotecárias; mas estas, no futuro, poderiam reagir, exigindo, contratualmente, dos construtores a não entrega, a quaisquer promitentes-adquirentes, das coisas que garantam os seus créditos

¹⁶ Cfr. PEDRO SAMEIRO, “O direito de retenção e a situação do credor hipotecário”, Revista da Banca, nº 26, 1993, pág. 89.

¹⁷ In “O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa”, Col. Jur., ano XII, 1987, tomo II, pág. 16.

hipotecários.”

Salientando os inconvenientes desta solução perante a banca escreveu ainda que “prevalecendo sobre hipoteca anteriormente registada, a retenção do promitente-adquirente representava um especial atentado ao crédito bancário hipotecário.”¹⁸

CLÁUDIA MADALENO¹⁹, por seu lado, diz-nos que a principal crítica à aplicação do artigo 759º, nº 2, ao direito de retenção do artigo 755º, nº 1, alínea f), reside na incongruência legislativa a que conduz este regime jurídico, isto porque, nesta hipótese, a expectativa de aquisição acaba por valer mais, em termos jurídicos, do que o próprio direito. Ou seja, o adquirente de um imóvel onerado com hipoteca tem menos meios de defesa de que o beneficiário da promessa de transmissão com tradição da coisa objeto do contrato prometido.

Além disso, esta solução legislativa leva a que se atribua eficácia superior à promessa com tradição da coisa do que àquela de que goza a promessa com eficácia real, muito embora a primeira situação careça da publicidade derivada do registo, que é equivalente à publicidade exigida à hipoteca.

Por fim, assinala ainda esta autora uma certa impossibilidade de controlo por parte do credor hipotecário em relação à situação da coisa hipotecada, desde logo porque não pode controlar nem a existência, nem a validade do contrato-promessa, o que facilita a propensão para a ocorrência de casos de fraude à lei.

SÉRGIO NUNO COIMBRA CASTANHEIRA²⁰, a propósito da questão que nos vem ocupando, veio afirmar que se foi longe demais na tentativa de proteger os promitentes-adquirentes. Com efeito, a solução legislativa adotada vai tão longe que acaba por prejudicar quem se pretendia proteger, uma vez que as entidades bancárias, sabendo do risco que correm, passaram a aumentar as taxas de juro e as comissões de modo a poderem cobrir eventuais prejuízos. E esses aumentos irão repercutir-se necessariamente no consumidor final, que se visava proteger.

¹⁸ In “Da retenção do promitente da venda executiva”, R.O.A., Ano 57, 1997, pág. 551.

¹⁹ In “A vulnerabilidade das garantias reais – A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento”, Coimbra Editora, 2008, págs. 185/193.

²⁰ In “Direito de Retenção do Promitente-Adquirente – O beneficiário da promessa de transmissão de um direito real de habitação periódica” in “Garantias das Obrigações”, coordenação JORGE SINDE MONTEIRO, Almedina, 2007, págs. 504/505.

VI. O direito de retenção previsto no art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil aplicado pelos nossos tribunais

Apesar de todas as reservas que a solução resultante dos Dec. Leis nºs 236/80, de 18.7. e 379/86, de 11.11 poderia colocar, de que são reflexo as posições doutrinárias citadas, os nossos tribunais não puderam deixar de aplicá-la conferindo prevalência ao direito de retenção previsto no art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil no confronto com hipoteca ainda que registada anteriormente.

Neste sentido, anotaremos aqui algumas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, a título exemplificativo.

No Acórdão do STJ de 14.9.2006²¹ escreveu-se o seguinte:

“Atentemos agora na ordem de graduação dos direitos de crédito garantidos por hipoteca e por direito de retenção.

O direito real de garantia hipoteca confere ao credor que dela seja titular o direito de ser pago pelo valor das coisas imóveis pertencentes ao devedor, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo (artigo 686º, nº 1, do Código Civil). (...)

O titular do direito de retenção sobre a fracção predial, por exemplo, enquanto a não entregar, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos que o pode fazer o credor hipotecário e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor (artigo 759º, nº 1, do Código Civil).

Assim, o direito de retenção prevalece sobre o direito de hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente à constituição daquele (artigo 759º, nº 2, do Código Civil).”

No Acórdão do STJ de 12.3.2013²² consignou-se o seguinte no respetivo sumário:

“I- O promitente comprador que obteve por *traditio* do promitente vendedor o uso e fruição do imóvel, *traditio* que lhe confere legitimidade para gozar e fruir do imóvel

²¹ Proc. 06B2468 (SALVADOR DA COSTA), disponível in www.dgsi.pt.

²² Proc. 1664/05.4 TBCVL.C2.S1 (SALAZAR CASANOVA), disponível in www.dgsi.pt.

enquanto o contrato-promessa não for resolvido por causa que lhe seja imputável, passa a gozar do direito de retenção, de acordo com o disposto no artigo 755.º/1, alínea f) do Código Civil, sobre essa coisa imóvel, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º do Código Civil.

II- O direito de retenção não deixa de subsistir, proporcionando, assim, ao promitente comprador a faculdade de instaurar execução, nos mesmos termos que o pode fazer o credor hipotecário, de acordo com o disposto no artigo 759.º/1 do Código Civil, ainda que, no momento do incumprimento definitivo do contrato-promessa, não estivesse a ocupar o imóvel por dele se ter apropriado o promitente vendedor contra a vontade e sem o conhecimento do promitente comprador.”

No Acórdão do STJ de 16.5.2019²³ fez-se constar o seguinte do seu sumário:

“I. O direito de retenção, previsto nos arts. 754º e 755º, ambos do Código Civil, traduz-se no direito conferido ao credor, que tem a posse de uma coisa e que está obrigado a entregá-la a outrem, de a reter enquanto não lhe for satisfeito aquilo que, em ligação com ela, lhe é devido. (...)”

III. Trata-se de um direito real de garantia que decorre diretamente da lei, surgindo sem necessidade de prévia declaração judicial nesse sentido, e com eficácia *erga omnes*, permitindo ao retentor realizar o seu crédito através do produto da venda do objecto, com prioridade sobre os credores restantes, designadamente sobre outros credores que gozem de hipoteca mesmo que esta tenha sido registada anteriormente.”

VII. A constitucionalidade do regime que decorre da aplicação conjugada dos arts. 755º, nº 1, al. f) e 759º, nº 2 do Cód. Civil

A circunstância de, como resultado deste regime, o credor hipotecário, que beneficia daquela que é considerada por todos como a mais sólida das garantias, ver a sua preferência prejudicada ou até afastada por força do direito de retenção, levou, com pertinência, a que se questionasse a constitucionalidade da prevalência do direito de

²³ Proc. 61/II.7 TBAVV-B.GI.SI (ROSA TCHING), disponível in www.dgsi.pt.

retenção do promitente-adquirente sobre a hipoteca.

Apontando nessa direção, referiremos a posição de CLÁUDIA MADALENO²⁴ que, de forma firme, considera que a aplicação do art. 759º, nº 2 do Cód. Civil ao caso especial do direito de retenção, de modo a fazer prevalecer este direito sobre a hipoteca anteriormente registada configura uma situação de inconstitucionalidade material por violação dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da confiança.

No entanto, recorrentemente, o STJ e o Tribunal Constitucional se foram pronunciando em sentido diverso, decidindo que tais preceitos legais não podem ser julgados inconstitucionais por desconformidade com os princípios acima referidos.

No Acórdão do STJ de 11.7.2006²⁵ sustentou-se que, embora a solução legislativa em análise acarretasse um risco acrescido no comércio bancário, daí não resultava ofensa relevante de princípio constitucional. Não estaria em causa um direito análogo ao direito de propriedade com afinidades ao regime próprio dos direitos, liberdades e garantias a reclamar, para a sua criação e disciplina, a competência exclusiva da Assembleia da República.

Por seu turno, no Acórdão do STJ de 16.2.2016²⁶ entendeu-se não se verificar a inconstitucionalidade dos arts. 755º, nº 1, al. f) e 759º do Cód. Civil, por violação dos princípios da confiança e da proporcionalidade previstos nos arts. 2º e 18º da Constituição da República, porquanto o regime jurídico decorrente daquelas duas normas, segundo o qual o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, encontra justificação na tutela dos direitos dos particulares. Tem-se defendido que as entidades bancárias cujo crédito está garantido por hipoteca voluntária dispõem de outros instrumentos de tutela da sua posição, o que não ocorre com o promitente-comprador, a parte mais fraca do contrato e com menos acesso à informação.

Este entendimento, como já se afirmou atrás, coincidia com o que vinha sendo seguido pelo Tribunal Constitucional, referindo-se nesta linha o Acórdão nº 356/04, de

²⁴ In “A vulnerabilidade das garantias reais – A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento”, Coimbra Editora, 2008, pág. 237.

²⁵ Proc. 06B2106 (DUARTE SOARES), disponível in www.dgsi.pt.

²⁶ Proc. 135/17.7 TBMSF.G1.S1 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR), disponível in www.dgsi.pt.

19.5.2004²⁷, onde se escreveu o seguinte:

“... a norma em apreciação (...) opera meramente uma ponderação adequada do interesse das instituições de crédito detentoras de créditos hipotecários na protecção da confiança inerente ao registo predial e do interesse dos consumidores na protecção da confiança relativa à consolidação de negócios jurídicos, notando-se que os mesmos respeitam, em muitos casos, à aquisição de habitação própria permanente.

Nesta perspectiva, também a contenção dos princípios da confiança e da segurança jurídica associados ao registo predial, que resulta da atribuição de preferência ao direito de retenção sobre a hipoteca registada anteriormente, tem a sua justificação na prevalência para o legislador do direito dos consumidores à protecção dos seus específicos interesses económicos (associados, em inúmeros casos, à aquisição de habitação própria, pelo que é ainda convocável o artigo 65º da Constituição) e à reparação dos danos (artigo 60º da Constituição – cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., p. 323).”

Seguindo a mesma orientação referiremos ainda os Acórdãos do Tribunal Constitucional com os nºs 594/03, de 3.12.2003²⁸, 466/04, de 23.6.2004²⁹, 698/05, de 14.12.2005³⁰ e 73/2011, de 3.2.2011³¹, todos disponíveis in www.tribunalconstitucional.pt.³²

VIII. A interpretação corretiva/restritiva do art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil

Unanimemente entendido pelo Tribunal Constitucional e pelo STJ que os arts. 755º, nº 1, al. f) e 759º, nº 2 do Cód. Civil, na interpretação dos quais resulta a prevalência do direito de retenção do promitente-adquirente sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido anteriormente constituída, não padecia de inconstitucionalidade, houve, no entanto,

²⁷ Relatora FERNANDA PALMA, disponível in www.tribunalconstitucional.pt.

²⁸ Relatora HELENA BRITO.

²⁹ Relator BENJAMIM RODRIGUES.

³⁰ Relator PAMPLONA DE OLIVEIRA.

³¹ Relatora ANA GUERRA MARTINS.

³² Porém, o STJ já entendeu que, por violação dos princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança, o art. 759º, nº 2 do Cód. Civil será inconstitucional numa interpretação que dê prevalência ao direito de retenção sobre uma hipoteca legal anterior que garantia um crédito de alimentos – Ac. 9.7.2015, proc. 1242/10.6 YYPRT-A.P1.S1, relator ABRANTES GERALDES, disponível in www.dgsi.pt.

diversos autores que foram defendendo interpretações corretivas e/ou restritivas destas normas.

MENEZES LEITÃO³³ defendeu que as numerosas críticas que no campo doutrinário foram feitas à solução legislativa de atribuir o direito de retenção ao promitente que obteve a tradição da coisa, antepondo-se à hipoteca, poderão ser colmatadas através de uma interpretação restritiva do art. 755º, nº 1, al. f).

Referiu que esta norma não atribui direito de retenção, em caso de tradição da coisa, a todo e qualquer crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, uma vez que, se assim fosse, não faria sentido a inclusão, no texto legal, da expressão “nos termos do art. 442º”. Sucede que os créditos referidos nesta disposição são apenas a restituição do sinal em dobro e o direito ao aumento do valor da coisa, e não a indemnização geral por incumprimento prevista no art. 798º.

Por isso, entendeu MENEZES LEITÃO que “o direito de retenção atribuído no art. 755º f) pressupõe, além da tradição da coisa, a estipulação de sinal”. “[C]aso não tenha sido estipulado sinal, a tradição da coisa apresenta-se como um acto de mera tolerância, não havendo razão para penalizar o promitente vendedor, através da atribuição à parte contrária de uma garantia como o direito de retenção”

“Mas se o direito de retenção pressupõe igualmente a estipulação de sinal, cabe perguntar a que propósito se vem dotar o crédito da restituição do sinal em dobro com esta garantia, quando, ao contrário do que sucede com todos os outros casos do direito de retenção, não se verifica uma conexão efectiva entre a convenção de sinal e a coisa objecto do direito de retenção. (...)”

Consequentemente, considerou este Professor que o direito de retenção a que se reporta o art. 755º, nº 1, al. f) só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento do contrato que tem uma relação direta com a coisa a reter. Como tal, o credor só deverá poder exercer a retenção em relação a esse crédito, tendo optado por essa alternativa, já não a devendo exercer em relação ao crédito da restituição do sinal em dobro. E ainda que tenha optado por tal alternativa, não devem ficar garantidos pelo direito de retenção os créditos

³³ “Direito das Obrigações”, vol. I, 7ª ed., Almedina, págs. 247/249.

relativos à restituição do sinal (em singelo) e do preço pago, pois relativamente a estes falta também a conexão direta com a coisa.

Esta interpretação restritiva permitiria, na perspetiva deste autor, harmonizar os direitos dos credores hipotecários com os direitos do promitente comprador, de modo que tendo este obtido uma valorização do bem enquanto se encontrava na sua posse, poderá exercer a retenção para conseguir, em primeiro lugar, o pagamento do aumento desse valor, após o que o bem poderia continuar a ser executado pelo credor hipotecário em relação ao valor remanescente.

Em idêntico sentido se pronunciou MENEZES CORDEIRO³⁴ ao escrever que “... a retenção só garante o direito ao aumento do valor da coisa e não ao direito à restituição em dobro: esta é comum, não havendo valorações que expliquem o seu reforço por causa da tradição da coisa.” Esta solução também trataria o credor hipotecário anterior com justiça, “uma vez que o seu direito se reporta ao valor da coisa ao tempo da hipoteca e não ao aumento desse valor, “reservado” pela lei ao promitente-adquirente traditório.”

CLÁUDIA MADALENO³⁵, pronunciando-se sobre esta interpretação, afirmou que, embora procure harmonizar o exercício do direito de retenção com a execução da hipoteca, acaba por anular aquele direito. Escreve que “a crítica ao regime do nº 2 do artigo 759º não tem em vista a consagração da solução inversa à atualmente estabelecida. Com esta crítica pretende-se tão-só conciliar os direitos do titular da retenção e do credor hipotecário, sem que, em termos práticos, nenhum deles seja aniquilado pelo outro. No entanto, se se atribuir à lei o sentido propugnado por Luís Menezes Leitão, em muitos poucos casos poderia actualmente ser exercido o direito de retenção nos termos do artigo 755º, nº 1, alínea f) do CC, dado que a indemnização actualizada é um instituto a que hoje em dia raramente se recorre.”

Acabaria assim por se inutilizar a previsão especial do direito de retenção no art. 755º, nº 1, al. f), atendendo a que os casos em que se admitiria o exercício deste direito correspondem a situações que se integram na retenção de carácter geral, não se fundando

³⁴ In “Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações – Contratos Negócios Unilaterais”, tomo VII, Almedina, 3ª reimpressão, pág. 402.

³⁵ In “A vulnerabilidade das garantias reais – A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento”, Coimbra Editora, 2008, págs. 198/199.

naquela disposição especial.

CARLOS PEREIRA DE ABREU³⁶, por seu turno, sustentou que, nestes casos, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca está circunscrita às situações em que o retentor intervenha como exequente e já não como credor reclamante. O legislador impõe como condição do exercício do direito de retenção, na sua vertente de garantia especial das obrigações, face à hipoteca, que o seu titular tome a iniciativa da execução do imóvel. Ou o titular do direito de retenção toma a iniciativa de executar o imóvel e, neste caso, goza de preferência sobre o credor hipotecário – ainda que este tenha registado anteriormente esse direito - ou não o faz e, nessa hipótese, passa a não ter, face a este, qualquer prevalência.

Já PESTANA DE VASCONCELOS³⁷, também numa perspetiva de interpretação corretiva, defendeu que este direito de retenção só deve ser reconhecido quando o retentor for um consumidor e o imóvel prometido adquirir se destinar a habitação própria e permanente deste.³⁸

Constata-se, pois, que o peculiar contexto sócio-económico que rodeou a introdução do direito de retenção previsto na alínea f) do nº 1 do art. 755º do Cód. Civil, onde se visou tutelar o interesse do promitente-comprador no confronto com as instituições de crédito, em particular no que tange à compra de casa própria³⁹, conduziu com naturalidade a todas estas posições, que rejeitando a interpretação literal do preceito, vieram defender para ele interpretações restritivas/corretivas.

O atualismo na interpretação da lei surge particularmente vincado na posição tomada por JOÃO PEDRO NUNES MALDONADO⁴⁰, que salientou a circunstância de as alterações legislativas decorrentes dos diplomas de 1980 e 1986 terem sido concebidas como mecanismos de proteção do promitente-adquirente de imóveis, essencialmente

³⁶ In “O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações”, 1998, ELCLA, pág. 36.

³⁷ In “Direito das Garantias”, 4ª ed., Almedina, 2023, págs. 406 e segs.

³⁸ Esta interpretação viria a ser acolhida pelo STJ no AUJ nº 4/2014 para os casos em que o não cumprimento do contrato-promessa se fundamenta numa recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência, como adiante veremos.

³⁹ Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “Contrato-Promessa em Geral – Contratos-Promessa em Especial”, Almedina, 2009, pág. 236.

⁴⁰ In “O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca”, Revista Julgar nº 13, 2011, págs. 268 e 270.

pela consagração de mecanismos de cumprimento dos contratos-promessa, numa conjuntura histórica marcada por uma inflação galopante que potenciava comportamentos deliberadamente faltosos dos promitentes-alienantes.

A responsabilidade civil resultante do incumprimento definitivo da obrigação de transmissão em caso de tradição da coisa (dobro do sinal, valor da coisa ou indemnização pelo prejuízo e direito de retenção para garantia de tais créditos) assentou nessa preocupação legislativa, tendo a proteção do promitente-adquirente, beneficiário da transmissão da coisa, determinado a compressão - ou mesmo a eliminação pura - do direito do credor hipotecário.

Todavia, conforme assinalou este autor, a fonte da preocupação e motivação legislativa - inflação descontrolada - cessou, “tendo a protecção do promitente-adquirente na vertente garantística da retenção da coisa em relação ao credor hipotecário, de acordo com o corpo de princípios filosófico-políticos que solucionam os comportamentos da vida comunitária real (actual), perdido qualquer razão de ser.”

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

Isto é, nesta perspetiva interpretativa, entendeu-se que o regime estabelecido no art. 759º, nº 2 do Cód. Civil, onde se consagrou a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, não é aplicável às situações do direito especial de retenção previstas no art. 755º, nº 1, al. f) do mesmo diploma.

Numa outra interpretação, também ela fortemente restritiva, ÓRFÃO GONÇALVES⁴¹, por respeito à relevância do registo no âmbito do direito patrimonial imobiliário, defendeu que a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca só deve ocorrer se a tradição do imóvel for anterior à constituição da hipoteca. Isto porque o

⁴¹ In “Temas da ação executiva”, Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano V, nº 9, 2004, pág. 280.

promitente-comprador permaneceria salvaguardado, porquanto poderia conhecer à data da celebração do contrato-promessa a oneração do imóvel com uma hipoteca anterior.

Há ainda quem tenha defendido, como, por exemplo, BRANDÃO PROENÇA⁴² e LEBRE DE FREITAS⁴³ que a forma de melhor compatibilizar os interesses em jogo – de um lado a proteção do promitente-comprador, do outro a segurança jurídica com o respeito devido à garantia hipotecária – imporia a obrigatoriedade do registo do direito de retenção do promitente-comprador e a sujeição dessa garantia à regra da prioridade temporal em harmonia com o regime da hipoteca.

Ou seja, o difícil relacionamento entre o direito de retenção e a hipoteca nos casos de contrato-promessa de transmissão ou constituição de direito real relativo a imóvel, em que ocorreu tradição da coisa, que resulta da leitura conjugada dos arts. 755º, nº 1, al. f) e 759º, nº 2 do Cód. Civil, levou ao aparecimento de um extenso número de posições doutrinárias, sustentando interpretações corretivas/atualistas destes preceitos e que naturalmente apontavam no sentido de uma pertinente alteração legislativa.

Certo é que os nossos tribunais, embora confrontando-se com este coro de vozes discordantes, continuaram a aplicar a disciplina decorrente destes dois preceitos legais, conferindo prevalência, na situação prevista no art. 755º, nº 1, al. f), ao direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tivesse sido registada anteriormente.

Se tivessem então adotado posição diversa, acolhendo propostas interpretativas de máximo cunho corretivo, designadamente aquela que entende não ser aplicável o regime estabelecido no art. 759º, nº 2 do Cód. Civil, onde se consagra a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente, às situações do direito especial de retenção previstas no art. 755º, nº 1, al. f) do mesmo diploma, teriam entrado, mesmo considerando a sua pertinência, no caminho de uma interpretação ab-

⁴² In “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (*maxime*, com fim habitacional)”, Cadernos de Direito Privado, nº 22, Abril/Junho 2008, pág. 20.

⁴³ In “Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença”, Revista da Ordem dos Advogados, 2006, ano 66, vol. II, disponível em www.oa.pt. Afirmou este Professor que nos preliminares da reforma da ação executiva, propôs a substituição da norma aqui em apreciação por outra, que limitasse a prevalência do direito de retenção do promitente-comprador sobre a hipoteca ao caso em que esta fosse registada posteriormente ao registo da tradição da coisa, a organizar por alteração ao Código do Registo Predial, sugestão que não foi aceite (“A revisão do Código de Processo Civil e o processo executivo”, O Direito, 1999, I-II, págs. 15 a 90).

rogante ou revogatória, a qual se caracteriza pela negação de sentido e valor de uma disposição legal e que apenas é atendível em situações extremas, nomeadamente em casos em que surge uma contradição intra-sistemática inultrapassável.

Conforme escreve CASTANHEIRA NEVES⁴⁴ o caso extremo de interpretação abrogante ou revogatória verifica-se “...quando a conciliação entre aqueles dois elementos essenciais da norma legal – a expressão verbal ou a letra e pensamento normativo ou o espírito – seja de todo impossível, já porque a expressão é absolutamente incorrecta (caso decerto pouco provável), já porque o texto enuncia um sentido também absolutamente incompatível com o pensamento normativo, como sobretudo acontecerá nas hipóteses de antinomias insuperáveis (no caso concreto concorrem normas lógica ou normativamente contraditórias).”

Ora, a nosso ver, não existiria, no caso que estamos a tratar, aquela contradição intra-sistemática inultrapassável que poderia justificar por parte do aplicador uma interpretação ab-rogante.

Em sentido próximo se pronunciou também MARIANA COIMBRA PIÇARRA⁴⁵ ao escrever que “...muito embora aceitemos que a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca pode inutilizar esta garantia, no plano do direito constituído (*iure constituto*) julgamos não ser possível lesar as expetativas do promitente-adquirente e privá-lo, mediante a interpretação corretiva dos artigos 755.º, n.º 1, al. f), e 759.º, de uma garantia real conferida por lei, no momento em que se dispõem a sinalizar o contrato-promessa a favor do promitente-alienante.”⁴⁶

De qualquer modo, largamente ultrapassado pelo tempo o contexto histórico que justificou o regime introduzido pelo Dec. Lei nº 236/80, de 18.7. e pelo Dec. Lei nº 379/86, de 11.11., que lhe dava uma nota de anacronismo sempre realçada pelas constantes críticas doutrinárias, eis que o recente Dec. Lei nº 48/2024, de 26.7. veio enfim alterar as relações

⁴⁴ In “Curso de Introdução ao Estudo do Direito”, Coimbra, 1976, págs.. 68/69.

⁴⁵ In “O direito de retenção do promitente-comprador: Algumas Reflexões”, Revista Julgar, nº 34, 2018, págs. 30/31.

⁴⁶ Porém, esta mesma autora sugere, em termos de alteração legislativa, que “...os efeitos negativos da concessão ao promitente-comprador do direito de retenção tão musculado em comparação com a garantia hipotecária poderiam ser mitigados, e a segurança jurídica melhor acautelada, caso se sujeitasse à obrigatoriedade de registo todos os contratos-promessa e não só os que gozam de eficácia real.”

entre o direito de retenção e a hipoteca nos casos de incumprimento de contrato-promessa relativo a imóvel em que ocorrera tradição da coisa, acolhendo uma solução que, embora atrasada no tempo, se nos afigura justa e equilibrada.

Mais adiante melhor a analisaremos.

IX. A posição do beneficiário do contrato-promessa de transmissão da propriedade de imóvel, com tradição da coisa, em caso de insolvência do promitente-vendedor

Todavia, no âmbito do processo de insolvência, o confronto de posições a propósito da extensão do direito de retenção conferido ao promitente-comprador, com *traditio*, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, veio a originar o Acórdão da Uniformização de Jurisprudência nº 4/2014, de 19.5.⁴⁷

Aí se uniformizou jurisprudência nos seguintes termos:

«No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil.»

Verifica-se, pois, que o Supremo Tribunal de Justiça, neste caso específico, acolheu uma interpretação restritiva do art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil, entendendo que este preceito se aplica em exclusivo ao promitente-comprador consumidor, recusando, expressamente, tal garantia aos demais, donde se constata a adesão do nosso mais alto Tribunal à orientação defendida por Pestana de Vasconcelos, já acima referida.

A posição do Supremo Tribunal de Justiça alicerça-se na razão fundamental que esteve na origem da concessão do direito de retenção previsto no art. 755º, nº 1, al. f), ou seja, na proteção dos particulares consumidores no mercado da habitação. Com efeito, escreve-se no AUJ nº 4/2014 que estes “constituem a parte mais débil que por via de regra

⁴⁷ Relator PAULO TÁVORA VICTOR (com 18 votos de vencido).

investem no imóvel as suas poupanças e contraem uma dívida por largos anos, estando muito menos protegidos do que o credor hipotecário (normalmente a banca) que dispõe regra geral de aconselhamento económico, jurídico e logístico que lhe permite prever com maior segurança os riscos que corre caso por caso e ponderar uma prudente seletividade na concessão de crédito.”

Acontece que este Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, tal como já era de prever perante a profusão de votos de vencido que colheu, foi objeto de amplas críticas, assentes acima de tudo na noção de consumidor empregue no acórdão que não se mostra coincidente com a noção típica da legislação de proteção do consumidor, nem com o conceito de consumidor acolhido noutros acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça.⁴⁸

Tal como sintetiza MARIANA COIMBRA PIÇARRA⁴⁹, “...não colocando em causa que a decisão visou a prossecução de uma solução justa e equitativa, consideramos que a introdução de um conceito técnico-jurídico desta natureza, desacompanhado da devida densificação, contribuiu, na nossa ótica, para reforçar a incerteza interpretativa e a nefasta imprevisibilidade de conjugação de conceitos, efeitos que o instituto da uniformização de jurisprudência pelo Supremo Tribunal de Justiça pretende, precisamente, tornear e contrariar.”

Por seu turno, MARGARIDA COSTA ANDRADE e AFONSO PATRÃO⁵⁰ criticam também o caminho seguido pelo Supremo Tribunal de Justiça com um outro argumento. Reconhecem que se procurou corrigir uma injustiça criada pelo legislador, mas a solução uniformizadora adotada acaba por constituir uma violação da separação de poderes. Com efeito, a preferência dada à retenção foi querida pelo legislador, atendendo à ponderação de interesses gerais que só àquele compete. Ora, se essa opção não foi considerada inconstitucional é ao poder legislativo que cabe fazer o juízo do crédito que deve merecer preferência. E este escolheu, apesar dessa posição ser merecedora de amplas críticas, conferir direito de retenção a todo e qualquer promitente-comprador.

⁴⁸ Cfr. Acórdãos do STJ de 16.2.2016, proc. n.º 135/12.7TBMSF.G1.S1 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR), e de 29.5.2014, proc. n.º 1092/10.0TBLSD-G.P1.S1 (JOÃO BERNARDO), disponíveis in “www.dgsi.pt”.

⁴⁹ In ob. cit., pág. 33.

⁵⁰ In “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”, Julgar On line, setembro 2016, págs. 40/41.

Assim, a interpretação restritiva que, ao cabo e ao resto, decorre do AUJ nº 4/2014, poderá implicar na prática uma derrogação parcial do preceito, o que apenas ao poder legislativo compete.

Neste contexto, face à ausência de densificação do conceito de consumidor neste AUJ, o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado novamente a pronunciar-se, em termos de uniformização, sobre tal conceito, havendo agora que optar entre um conceito amplo de consumidor, específica e jurisprudencialmente desenhado para efeitos de aplicação do direito de retenção, no âmbito de um processo de insolvência, ou se se deve convocar e adaptar um conceito restrito legalmente pré-definido.

Fê-lo, nos seguintes termos, através do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº 4/2019, de 25.7., onde se optou por um conceito restrito de consumidor:⁵¹

«Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de traditio, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa.»

Confrontado com esta uniformização o Conselheiro MANUEL TOMÉ SOARES GOMES, no seu voto de vencido, pertinentemente adverte que “as implicações que a uniformização agora pretendida para um alcance ainda mais restritivo do artigo 755º, nº 1, alínea f), do CC são de molde a reavivar a divergência latente quanto a saber se tal uniformização deve valer para todos os casos ali previstos ou se só no âmbito das situações de insolvência, para mais quando, a meu ver, não existe argumento ponderoso para o confinar a estas situações.”

Isto é, a uniformização agora efetuada pelo Supremo Tribunal de Justiça vale para todas as situações previstas no referido art. 755º, nº 1, al. f) ou vale apenas nas situações de insolvência?

A resposta, de acordo com os próprios segmentos uniformizadores dos AUJ's nºs 4/2014 e 4/2019, não pode deixar de ser circunscrita aos processos de insolvência, uma vez que estes principiam logo por se referir à “graduação de créditos em insolvência”, de tal

⁵¹ Relatora MARIA OLINDA GARCIA (com 10 votos de vencido).

forma que se deverão interpretar ambos os AUJ's respeitando-se a sua letra.

Pretender que esta jurisprudência uniformizada vá além do processo de insolvência e passe a valer para todas as situações a que se refere o art. 755º, nº 1, al. f) não é aceitável, porquanto a alteração de um regime legal só se pode concretizar através de uma nova pronúncia do legislador.

Na verdade, num Estado de Direito, onde rege o princípio fundamental da separação de poderes, não pode reconhecer-se ao Supremo Tribunal o poder de ser ele próprio a alterar a lei.

Conforme sustentam MARGARIDA COSTA ANDRADE e AFONSO PATRÃO⁵², não se poderá perder de vista o que consta do art. 9º do Cód. Civil, o qual nos diz que na interpretação da lei não pode ser considerado o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente exposto (n.º 2), sendo que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (n.º 3).

Ora, do texto da lei resulta que o legislador quis manter um âmbito de proteção do promitente-comprador muito alargado, tendo desconsiderado expressamente a condição de consumidor que este possa assumir.

X – A aguardada alteração legislativa: o Dec. Lei nº 48/2024, de 26.7.

Afastado há muito o contexto histórico que estivera na base dos diplomas de 1980 e 1986, eis que enfim o Dec. Lei nº 48/2024, de 26.7., em linha com as constantes preocupações da doutrina sobre tal matéria, veio redefinir as relações entre o direito de retenção e a hipoteca através da alteração dos nºs 1 e 2 do art. 759º do Cód. Civil.

A sua redação passou a ser a seguinte:

«1 - Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respetivo titular, enquanto

⁵² In “Regresso ao tema da posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência — entre a emenda de um mau soneto e a meia palavra para bom entendedor (Breve comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2019)”, Julgar on Line, janeiro de 2020, págs. 17/18.

não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de, nos casos em que o crédito assegura o reembolso de despesas para a conservar ou aumentar o seu valor, ser pago com preferência aos demais credores do devedor.

2 - Nos casos previstos na parte final do número anterior, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.»

Sucedem que esta alteração legislativa, já anunciada há algum tempo, surge ligada ao PRR [Plano de Recuperação e Resiliência], Recuperar Portugal⁵³, que se desenha como “um programa de âmbito nacional, que visa implementar um conjunto de reformas e de investimentos destinados a repor o crescimento económico sustentado após a pandemia da doença COVID-19, reforçando o objetivo de convergência com a Europa, ao longo da próxima década.”

Ora, no PRR, na dimensão “Transição Digital”, na Componente 18, com o título “Justiça Económica e Amb. Negócios” inscreve-se o seguinte quanto a objetivos:

“Reduzir a carga administrativa e regulamentar sobre as empresas, através da redução de obstáculos sectoriais ao licenciamento e Aumentar a eficiência dos tribunais administrativos e fiscais.

Robustecer e tornar mais eficientes as relações dos cidadãos e empresas com o Estado e reduzir os encargos e complexidades que inibem a actividade empresarial e assim impactam sobre a produtividade. Com esta componente pretende-se a diminuição da carga administrativa e regulamentar enfrentada pelas empresas, através da redução de obstáculos sectoriais ao licenciamento e aumento da eficiência dos Tribunais.”

E mais adiante esclarece-se que a componente 18 “aborda os desafios nas ineficiências do sistema judicial em Portugal e nos obstáculos ao licenciamento de empresas”, escrevendo-se logo de seguida que “[e]mbora haja melhorias na duração dos processos administrativos e fiscais, ainda existem problemas, como o elevado número de processos pendentes. O ambiente empresarial é também prejudicado pela pouca eficácia da legislação em matéria de garantias e insolvência e por processos de licenciamento onerosos em alguns setores.”

⁵³ Disponível in recuperarportugal.gov.pt.

Depois, especificando-se as reformas a efetuar neste âmbito da justiça económica e ambiente empresarial, alude-se, entre várias outras respeitantes principalmente ao regime jurídico da insolvência, à “[r]evisão do regime de preferência do direito de retenção no confronto com a hipoteca (Código Civil)”.

Ora, o Dec. Lei nº 48/2024, de 26.7., visou concretizar este objetivo, procedendo ao reforço da hipoteca perante o direito de retenção, que, até então, prevalecia de forma absoluta sobre a primeira.

Enquadrando a alteração realizada escreve-se o seguinte no preâmbulo deste diploma:

“A posição do credor hipotecário é reforçada através da limitação da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada aos casos em que a não consagração desta solução conduz ao locupletamento do credor hipotecário à custa do titular do direito de retenção. Estas situações ocorrem sempre que o titular do direito de retenção realizou despesas com o imóvel com vista à sua conservação ou aumento do seu valor.”

Constata-se, pois, que a alteração efetuada na redação do art. 759º do Cód. Civil vai circunscrever a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada ao caso de o crédito garantido assegurar o reembolso de despesas feitas com o imóvel que tenham contribuído para o conservar ou para aumentar o respetivo valor.

Tanto em termos de dogmática jurídica como em termos casuísticos, a alteração legislativa realizada, em cumprimento do Plano de Recuperação e Resiliência e dando dalguma forma resposta a um coro de críticas velho de décadas, afigura-se-nos acertada, porque com ela melhor se harmonizam os direitos dos credores hipotecários com os direitos do promitente-comprador, cessando a prevalência absoluta do direito de retenção sobre a hipoteca.

Com efeito, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, quando esta tenha sido registada anteriormente, fica agora limitada às situações em que o promitente-adquirente com *traditio* realizou despesas que contribuíram para conservar ou aumentar o valor do imóvel.

Ou seja, confrontando-se o direito de retenção do promitente-adquirente com uma hipoteca prévia, a prevalência do retentor surge, com o Dec. Lei nº 48/2024, restringida aos casos em que o credor hipotecário ficaria enriquecido pelos atos de conservação e beneficiação feitos pelo retentor, uma vez que estes aumentam o valor da coisa e, por isso, viriam a traduzir-se numa melhor satisfação do crédito garantido pela hipoteca no processo executivo ou de insolvência.

Por outro lado, já no que toca aos créditos que no âmbito de contrato-promessa de transmissão ou constituição de direito real, com tradição da coisa, resultam de não cumprimento imputável à outra parte nos termos do art. 442º do Cód. Civil, observa-se que nenhuma ressalva foi feita a esta restrição quanto à prevalência do direito de retenção sobre os respetivos credores hipotecários.

Como tal, o direito de retenção, nestes casos de incumprimento do contrato-promessa, que serão os de maior impacto prático, surge agora esvaziado, porquanto só prevaleceria sobre a hipoteca se se tivesse constituído antes desta, o que será de improvável verificação.

De referir ainda que, face ao que se mostra estatuído no art. 3º do Dec. Lei nº 48/2024, as alterações ao art. 759º do Cód. Civil apenas se aplicam aos direitos de retenção que se tenham constituído após a sua entrada em vigor, a qual, face ao art. 4º do mesmo diploma, ocorreu trinta dias depois da publicação deste diploma, isto é, a partir de 25.8.2024.

Donde, para a aplicação no tempo das duas redações tão divergentes do art. 759º do Cód. Civil, é de grande relevância apurar a data em que ocorreu a constituição do direito de retenção, até porque este, no que concerne aos créditos resultantes do incumprimento do contrato-promessa imputável ao promitente-vendedor nos termos do art. 442º, só terá preferência relativamente às hipotecas constituídas anteriormente se esse incumprimento se verificou antes daquele dia 25.8.2024.

O que fará antever, pela repercussão que tal terá no confronto entre o direito de retenção e a hipoteca, significativa litigiosidade quanto à definição desse marco temporal.

Em suma:

- Com o regime introduzido pelo Dec. Lei nº 48/2024, o titular de direito de retenção só poderá prevalecer sobre o credor hipotecário que tenha registado anteriormente a sua hipoteca, se o seu crédito assegurar o reembolso de despesas realizadas para conservar ou aumentar o valor do imóvel;

- O relevo desta alteração é de grande significado, porquanto a situação dos credores hipotecários surge redefinida, sendo a satisfação dos seus créditos priorizada, face aos créditos dos titulares de direitos de retenção que não se reportem a despesas de conservação ou de aumento de valor do imóvel, designadamente no que toca aos créditos que para eles decorrem do incumprimento do contrato-promessa por parte do promitente-vendedor.⁵⁴

Neste contexto, bem se poderá afirmar que o difícil relacionamento surgido entre o direito de retenção e a hipoteca como resultado do regime introduzido pelo Dec. Lei nº 236/80, de 18.7. a que se seguiu o Dec. Lei nº 379/86, de 11.11., em que a imagem da hipoteca como a mais sólida garantia das obrigações saíra francamente minorizada, está agora estabelecido em bases mais seguras, com a hipoteca, no confronto com o direito de retenção, a regressar ao lugar que lhe compete no domínio do direito das garantias.

Conclusões:

- O Dec. Lei nº 236/80, de 18.7. e o posterior Dec. Lei nº 379/86, de 11.1 surgiram numa época marcada por uma forte desvalorização da moeda, em queurgia proteger a posição do promitente-comprador, e entre as medidas adotadas nesse sentido contou-se a de no caso de ter havido tradição da coisa para o promitente-comprador, tendo-se criado

⁵⁴ Alteração esta que, porém, foi objeto de críticas por parte MARGARIDA COSTA ANDRADE e AFONSO PATRÃO (in “A nova redacção do art. 759º do Código Civil – Primeiras impressões”, Cadernos de Direito Privado”, págs. 22/34), inclusive, na perspetiva constitucional, uma vez que, segundo estes autores, o Governo com o Dec. Lei nº 48/2024, ao disciplinar um dos direitos reais menores (o direito de retenção de imóveis) e a sua prioridade no confronto com a hipoteca - outro direito real menor -, legislou em domínio protegido pelo conceito constitucional de propriedade a que se refere o art. 62.º da Constituição, o que assim poderia implicar estar-se em área de exclusiva competência da Assembleia da República – art. 165º, nº 1, al. b). Como tal, na perspetiva destes autores, suscitar-se-ão dúvidas sobre a necessidade da intervenção legislativa efetuada depender de lei parlamentar ou de decreto-lei autorizado, situação que poderá vir a ter como efeito o surgimento de litigância com este fundamento.

uma forte expectativa de estabilização do negócio e uma situação de facto socialmente atendível, se atribuir a este direito de retenção sobre a coisa relativamente ao crédito resultante do incumprimento imputável à outra parte, com prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada.

- Esta solução confrontou-se de imediato com amplas críticas da doutrina por afetar a segurança e a solidez dos créditos hipotecários, podendo vir até a traduzir-se em prejuízo para as pessoas que se visou proteger.

- Nestas situações, previstas nos arts. 755º, nº 1, al. f) e 759º do Cód. Civil, os nossos tribunais foram uniformemente conferindo prevalência ao direito de retenção no confronto com a hipoteca, ainda que registada anteriormente, rejeitando qualquer juízo de inconstitucionalidade por violação dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da confiança que pudesse ser feito quanto à aplicação concreta daqueles normativos.

- Porém, as críticas feitas à solução decorrente da aplicação do disposto nos arts. 755º, nº 1, al. f) e 759º do Cód. Civil quanto ao confronto entre o direito de retenção e a hipoteca levaram ao surgimento de um extenso número de posições doutrinárias, sustentando, com diversas cambiantes, a interpretação corretiva/atualista destes preceitos, o que assim apontava no sentido da necessidade de uma alteração legislativa.

- Os nossos tribunais, embora confrontando-se com estas propostas interpretativas, continuaram a conferir prevalência, na situação prevista no art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil, ao direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tivesse sido registada anteriormente, até porque se tivessem adotado posição diferente teriam entrado no caminho de uma interpretação ab-rogante ou revogatória, o que não era legítimo por inexistir contradição intra-sistemática inultrapassável que a justificasse.

- No entanto, no domínio específico do processo de insolvência o STJ, através dos AUJ's nºs 4/2014 e 4/2019, veio entender que a disciplina do art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil apenas se aplica ao promitente-comprador consumidor, sendo este aquele que destina o imóvel a uso particular, não o comprando para revenda nem para o afetar a uma atividade profissional ou lucrativa.

- Contudo, a jurisprudência uniformizada decorrente destes dois AUJ's não podia ir além do processo de insolvência, uma vez que a alteração de um regime legal só se

poderia concretizar através de uma nova pronúncia do legislador e não por iniciativa do Supremo Tribunal de Justiça.

- A aguardada alteração legislativa viria a concretizar-se através do Dec. Lei nº 48/2024, de 26.7, decorrendo do novo regime que o titular de direito de retenção só poderá prevalecer sobre o credor hipotecário que tenha registado anteriormente a sua hipoteca, se o seu crédito assegurar o reembolso de despesas realizadas para conservar ou aumentar o valor do imóvel.

- Esta alteração é de grande significado, porquanto a situação dos credores hipotecários surge redefinida, sendo a satisfação dos seus créditos priorizada, face aos créditos dos titulares de direitos de retenção que não se reportem a despesas de conservação ou de aumento de valor do imóvel, designadamente no que toca aos créditos que para eles decorrem do incumprimento do contrato-promessa por parte do promitente-vendedor.