

O DIREITO DE RETENÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR: ALGUMAS REFLEXÕES

MARIANA COIMBRA PIÇARRA

Resumo: com o presente texto pretendemos analisar a figura do direito de retenção, partindo da apreciação dos seus pressupostos de admissibilidade e âmbito material de aplicação. Canalizaremos, em seguida, o nosso olhar sobre o direito de retenção do promitente-comprador, uma vez que esta concessão original do legislador português constitui um dos temas que maior discussão têm suscitado no seio doutrinário e cuja acuidade se tem vindo a acentuar, no atual período de crise imobiliária e económica. Das diversas soluções que têm sido avançadas com vista à restrição do reconhecimento do direito de retenção do promitente-comprador, foi acolhida no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2014 a interpretação restritiva no sentido dessa garantia ser apenas conferida ao promitente-comprador consumidor. Importa, pois, analisar o atual estado de arte concernente a esta temática e averiguar do impacto desse aresto na evolução da figura.

Palavras-chave: direito de retenção; garantia real; hipoteca; promitente-comprador; *traditio*; consumidor.

I. O DIREITO DE RETENÇÃO — NOÇÃO E ADMISSIBILIDADE

O direito de retenção é comumente referenciado como um instrumento arcaico, de carácter primitivo e mesmo “pré-bíblico”, o que, de alguma forma, é ilustrativo da sua eficácia e importância no ordenamento jurídico civil¹.

Numa primeira abordagem e descrição superficiais, diremos que o direito de retenção constitui a *“faculdade de o devedor da obrigação de restituição de uma coisa a reter, e não cumprir legitimamente essa obrigação, enquanto o credor dessa restituição não cumprir, por seu turno, uma obrigação que tenha para com aquele”*².

Enquanto recusa lícita da entrega de uma coisa a que se está adstrito até ao cumprimento pelo credor da sua correspondente obrigação, o direito de

¹ Gomes, Júlio, “Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)”, Cadernos de Direito Privado, n.º 11, julho/setembro 2005, p. 4.

² Gomes, Júlio, “Do direito...”, cit., p. 4.

retenção surgiu e foi concebido, originariamente, como mecanismo de persuasão e de pressão ao cumprimento da obrigação do credor, emergindo, primordialmente, como uma forma de autotutela.

Durante a vigência do Código de Seabra, suscitavam-se duas questões principais em torno desta figura: a primeira respeitava ao carácter genérico do instituto ou da sua aplicação a casos especificamente previstos na lei; ao passo que na segunda se debatia a função meramente compulsória e coerciva do direito de retenção por contraponto com a tese da sua consagração como garantia de cumprimento das obrigações com eficácia real.

O direito de retenção encontra previsão nos artigos 754.º e seguintes do Código Civil³, definindo-o aquele primeiro preceito do seguinte modo: “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”.

Por sua vez, o artigo 755.º concretiza casos especiais em que o legislador expressamente confere o direito de retenção ao transportador, ao albergueiro, ao mandatário, ao gestor de negócios, ao depositário, ao comodatário e ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve tradição da coisa.

Além destes casos especiais, está também sedimentado na doutrina e jurisprudência maioritária o reconhecimento do direito de retenção ao empreiteiro, nos termos da cláusula geral prevista no n.º 1 do artigo 754.º⁴.

Encontram, ainda, consagração, fora do âmbito do Código Civil, o direito de retenção do transportador, do advogado e do agente comercial⁵.

A opção do legislador de 66 foi clara no sentido de fazer sobrepor a função de garantia à finalidade compulsória e coerciva que estava subjacente à conceção originária do direito de retenção.

Questão que tem desencadeado alguma controvérsia na doutrina civilista, e que mais à frente abordaremos em paralelo com a análise do direito de retenção conferido ao promitente-comprador, respeita à não sujeição a registo do direito de retenção, o que radica no facto de a publicidade perante terceiros se encontrar devidamente assegurada pela posse ou detenção da coisa pelo retentor⁶.

³ Todas as disposições legais elencadas, sem menção do diploma legal a que se referem, respeitam ao Código Civil.

⁴ Neste sentido, Telles, Inocêncio Galvão, “Direito de retenção no contrato de empreitada”, O Direito (1974/1986), pp. 13-34; Ferrer Correia e Sousa Ribeiro, “Direito de retenção. Empreiteiro”, CJ 13 (1998), 1, pp. 17 e seg.; Martinez, Pedro Romano, “Direito da Obrigações (Parte especial) Contratos”, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 347 a 350; Leitão, Luís Menezes, “Garantias da Obrigações”, Coimbra, Almedina, 4.ª ed., 2012, p. 210; Madaleno, Cláudia, “A vulnerabilidade das Garantias Reais”, Coimbra Editora, 2008, pp. 241 a 257.

⁵ Cfr. artigo 390 § 2 e 3 do Código Comercial (retenção pela restituição da guia); artigo 101.º n.º 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados (redação conferida pela Lei n.º 145/2015, de 09/09) e artigo 35.º do Regime do Contrato de Agência ou Representação Comercial (Decreto-Lei n.º 178/86 de 03/07 com alterações do Decreto-Lei n.º 118/93 de 13/04).

⁶ Leitão, Luís Menezes, “Garantias da Obrigações”, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 210.

Por outro lado, enquanto garantia acessória e pressupondo um crédito garantido, o direito de retenção acompanha as vicissitudes de crédito, sendo indivisível, igualmente como a hipoteca (artigo 696.º) e o penhor (artigo 678.º), cujos regimes se aplicam por remissão dos artigos 758.º e 759.º.

(i) Breve resenha histórica e apontamento de direito comparado

Recuando na história, ensina-nos Francisco Rocha que a origem do direito de retenção se funda no Direito Romano, reportando-se inicialmente aos danos e, posteriormente, às despesas e benfeitorias incorridas com a coisa retida⁷.

Tal como foi concebida, nessa época histórica, a *retentio* tinha mera eficácia compulsória, assegurando tão só ao credor o cumprimento de uma obrigação do devedor, desprovida de qualquer eficácia real, isto é, não atribuía ao retentor o direito potestativo de executar a coisa e, conseqüentemente, de preferir no pagamento antes de outros credores.

A admissibilidade da figura da *retentio* estava associada, primordialmente, à execução e ao cumprimento dos contratos de depósito e de comodato.

Tendo perdido a relevância e papel concedido no Direito Romano, na Alta Idade Média, a *retentio* caiu em desuso, passando a ser confundida, até ao século XVIII, com a figura da compensação de créditos, permanecendo nebulosa a distinção entre as duas figuras.

Contudo, é nos ordenamentos jurídicos italiano e francês, em particular no domínio comercial e falimentar, que o direito de retenção se autonomizou e ganhou delimitações precisas, acentuando-se a sua evolução a propósito do contrato de locação.

Atualmente, e enveredando por um breve apontamento de direito comparado, no ordenamento jurídico francês, mantém-se vigorosa a discussão em torno da qualificação do direito de retenção, emergindo como posição maioritária a sua consagração com natureza meramente obrigacional⁸.

Outro ponto objeto de contenda, no seio da doutrina e jurisprudência francesas, respeita à oponibilidade do direito de retenção ao proprietário não devedor, tendo o *Conseil d'État* determinado a oponibilidade ao proprietário de um avião do direito de retenção por despesas realizadas por terceiro, quando tal dívida era da exclusiva responsabilidade do locatário desse transporte, não obstante o contrato de locação ter sido resolvido⁹.

No ordenamento jurídico alemão, o tratamento do direito de retenção é unitário e estatui-se de modo claro a sua natureza meramente obrigacional.

⁷ Rocha, Francisco, “Da retenção sobre coisa de terceiro e coisa própria”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. LI, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2010, pp. 574 e 575.

⁸ Rocha, Francisco, “Da retenção sobre coisa...”, cit., p. 577.

⁹ *Apud* Rocha, Francisco, “Da retenção sobre coisa...”, cit., p. 578, notas de rodapé (23) e (24).

No que concerne ao escopo da figura, no ordenamento jurídico germânico, o direito de retenção não se restringe a coisas, sendo admitida a retenção de prestações, e não se reduz o seu âmbito material a coisas infungíveis.

Por seu turno, no direito italiano, a doutrina oscila entre a qualificação da eficácia do direito de retenção como obrigacional ou real. Neste ordenamento jurídico, ganham força os preconizadores de que se trata de um *tertium genus*, enquanto mecanismo de autotutela de direitos e não um direito próprio, i.e., um meio específico de tutela de um direito de crédito em clara derrogação do princípio de hetero-tutela de direitos.

Consagra-se a distinção entre *ritenzione semplice* de natureza obrigacional e a *ritenzione privilegiata*, à qual é conferida natureza real.

No direito suíço, privilegia-se a caracterização do direito de retenção como direito real quando se reporte a coisas e como obrigacional quando exercido sobre prestações.

Para o seu reconhecimento, exige-se que o credor esteja de boa-fé para reter a coisa, independentemente de ser propriedade do devedor ou de terceiro (princípio de tutela da aparência), que o crédito seja exigível e que se verifique uma conexão com o objeto, a qual é reconhecida a comerciantes sempre que a posse da coisa retida e os créditos resultem de relações comerciais.

No ordenamento jurídico português, durante a vigência do Código de Seabra, a figura do direito de retenção apresentava um tratamento fragmentário com contornos pouco definidos e delimitados, aparecendo em disposições esparsas relacionadas com benfeitorias, contrato de empreitada, arrendamento e usufruto.

Atualmente, o direito de retenção goza de regulação unitária numa secção própria, inserindo-se no Livro II do Direito das Obrigações, Secção VII, intitulada “Direito de Retenção”, no capítulo VI sobre “as garantias especiais das obrigações” do Título I “Das obrigações em geral”.

Com efeito, o direito de retenção é consagrado no ordenamento jurídico português como um direito real de garantia e não como um direito de cariz meramente obrigacional, contrariamente ao modelo adotado nos ordenamentos jurídicos acima referenciados.

Tal asserção resulta do estatuído nos artigos 604.º, n.º 2, 758.º e 759.º, que remete para o regime do penhor e da hipoteca, bem como do facto de apenas ser admissível o direito de retenção de coisas penhoráveis.

Na perspetiva de autores como Júlio Gomes e Francisco Rocha, o direito de retenção atingiu, no ordenamento jurídico nacional, um estágio consideravelmente avançado de evolução, na medida em que se acolheu e concebeu esta figura vocacionando-a para o escopo de garantia, conferindo ao seu titular, por via deste direito, preferência no pagamento sobre o valor do bem.

Como brilhantemente assinala Júlio Gomes, “*uma faculdade que consistisse apenas em poder o retentor recusar-se a restituir o bem retido fosse a quem fosse e, portanto, mesmo em sede de execução é concebível e já foi defendida, podendo-se discutir da sua verdadeira natureza — como exceção meramente processual, direito de um tertium genus ou, inclusive, simples*

*poder de facto ainda que juridicamente tutelado — mas a verdade é que conduziria a um impasse e a resultados práticos muito insatisfatórios. (...). Daí que seja lógico atribuir ao retentor o poder se de pagar preferencialmente pelo valor do bem. Esta evolução foi historicamente facilitada pela circunstância de a retenção estar frequentemente associada no passado a um privilégio creditório (...)*¹⁰.

Sem prejuízo da sua caracterização como garantia real, não podemos olvidar que o direito de retenção assume uma finalidade peculiar, semelhante à da exceção de não cumprimento, no sentido de que visa compelir o devedor a cumprir a prestação, funcionando, igualmente, como um instrumento primário de autotutela do crédito.

(ii) Pressupostos

Segundo os artigos 754.º e 756.º, são pressupostos essenciais para o reconhecimento e validade do direito de retenção:

- a) Detenção ilícita de uma coisa alheia e penhorável que deve ser entregue a outrem;
- b) Titularidade do retentor de um crédito certo, exigível e liquidável sobre a pessoa com direito à entrega da coisa;
- c) Conexão material e direta entre o crédito do detentor/retentor e a coisa detida/retida (entre as despesas realizadas ou dos danos causados pela coisa)¹¹;
- d) Que a constituição do crédito não tenha resultado de despesas efetuadas de má-fé;
- e) Que o credor não preste caução suficiente.

No que respeita ao primeiro pressuposto (a)), diremos apenas que o exercício do direito de retenção assenta numa detenção lícita da coisa, que pode traduzir-se tanto em posse, como em detenção ou posse precária.

¹⁰ Gomes, Júlio, “Do direito de retenção...”, cit., p. 6, onde o autor salienta “com efeito, se o retentor pudesse (e pudesse apenas) recusar a restituição da coisa fosse a quem fosse enquanto não fosse pago, haveria provavelmente, interesse da parte de outros credores do devedor e do administrador da massa insolvente em pagar-lhe de modo a que a coisa pudesse ser executada sempre que o valor da coisa fosse sensivelmente superior ao valor do crédito por força do qual era retida. Mas esse interesse esbater-se-ia ou desapareceria por completo à medida que o montante do crédito se aproximasse ou até igualasse ou inclusivamente ultrapassasse o valor da coisa retida, criando-se, então como já se disse, um estranho impasse. Efetivamente, correr-se-ia o risco de um mecanismo provisório e estritamente defensivo se perpetuar, sem interesse para ninguém, nem sequer para o retentor, já que a retenção obviamente não lhe permite adquirir a propriedade do bem e normalmente nem sequer lhe permite usá-lo”.

¹¹ Costa, Mário Júlio Almeida, “Direito das Obrigações”, 12.ª ed. Revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 973 a 975.

É imperioso que o credor/detentor detenha o controlo material da coisa, diretamente ou por representante, excluindo o devedor desse domínio.

Neste conspecto, exigindo-se um domínio de facto sobre a coisa, a opinião maioritária considera que o direito de retenção tem exclusivamente por objeto coisas corpóreas, móveis ou imóveis, desde que sejam alheias ao credor/detentor, e não fungíveis.

A exigência de infungibilidade da coisa retida é compreensível como forma de evitar a transferência da propriedade, típica nas coisas fungíveis e, em consequência, obstar a uma sobreposição material com a figura da compensação de créditos.

Sobre o carácter alheio da coisa retida, apesar da tendência maioritária para considerar que a retenção só pode recair sobre coisas alheias, secundando o pensamento tradicional de Antunes Varela no sentido de que a coisa deverá pertencer ao devedor do retentor (*ius in re alia*)¹², alguns autores acolhem o entendimento contrário, admitindo como possível que a coisa retida seja própria do retentor.

Neste sentido, posicionam-se Ana Taveira da Fonseca, Francisco Rocha e Menezes Leitão¹³.

Igualmente, neste âmbito, é ainda questionada a possibilidade de o objeto retido pertencer a um terceiro alheio à relação creditícia, emergindo como exemplo paradigmático o caso do subempreiteiro.

Se é verdade que a retenção pelo subempreiteiro contra o empreiteiro, na medida em que estejam reunidos os pressupostos do artigo 754.º, admite resposta positiva maioritária na doutrina, quanto ao caso do exercício e da oponibilidade da retenção do primeiro contra o dono da obra, as posições doutrinárias assumem clara divergência¹⁴.

¹² Varela, João de Matos Antunes, “Das Obrigações em geral”, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 579.

¹³ Fonseca, Ana Taveira da, “Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito”, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 294 e 295, refere a hipótese da doutrina italiana do proprietário que, tendo efetuado reparações que eram da responsabilidade do usufrutuário ou do locador, pretender reter a coisa até receber as quantias devidas pela reparação. Neste caso, o direito de retenção terá uma função essencialmente compulsória. Ainda Rocha, Francisco, “*Da retenção sobre coisa...*”, cit., pp. 630 a 641.

¹⁴ No sentido da admissibilidade da retenção em caso de ação direta do subempreiteiro contra o dono da obra, Martinez, Pedro Romano, “Direito da Obrigações (Parte especial) Contratos”, cit., pp. 387 e 388; admitindo essa possibilidade desde que verificada a conexão material entre o crédito e a coisa, Gomes, Júlio, “*Do direito...*”, cit., pp. 15 e 16; admitindo a retenção do subempreiteiro desde que se verifique conexão material e jurídica, Leitão, Luís Menezes, “Direito das Obrigações”, vol. III, Contratos em Especial, 5.ª ed., Almedina, 2008, p. 526; no sentido da admissibilidade, mesmo sem ação direta, uma vez que postula, sem conditionalismos, a retenção de coisas propriedade de terceiros, Rocha, Francisco, “*Da retenção sobre coisa...*”, cit., p. 626; transferindo a apreciação da questão para o efeito de oponibilidade *erga omnes* do direito de retenção, concluindo que esta garantia só pode ser oponível a quem tenha adquirido a coisa retida após a sua constituição e negando tal efeito nas hipóteses em que a propriedade da coisa pertence a um terceiro, aquando da constituição do direito de retenção, Fonseca, Ana Taveira da, “Da recusa de cumprimento da obrigação”, cit., pp. 297 a 299.

Sobre esta temática, e partindo de casos concretos, como o exemplo do comodatário de automóvel que contratualiza a substituição de motor e nova pintura com o garagista, sendo que este recusa a entrega do automóvel ao comodatário, até ao pagamento dos serviços prestados, Júlio Gomes aborda de forma original a questão da titularidade da coisa retida, conjugando-a com os efeitos de oponibilidade do direito de retenção.

Segundo este autor, mesmo podendo recair sobre coisa de terceiro, a oponibilidade do direito de retenção contra o mesmo, em regra proprietário do bem e alheio ao negócio, apenas ocorrerá quando e se o retentor dispuser de pretensão contra o terceiro ou, pelo menos, quando este seja igualmente responsável pelo cumprimento da obrigação do devedor, ainda que não face ao retentor.

No que concerne à natureza do crédito (b)) que o direito de retenção visa garantir, o mesmo deve ser judicialmente exigível ou, pelo menos, deve verificar-se alguma das circunstâncias que importem a perda do benefício do prazo.

Na esteira do ensinamento de Lebre de Freitas, consideramos que a exigibilidade não constitui um requisito constitutivo do direito de retenção, mas sim uma condição para a sua invocação¹⁵.

Como tal, o retentor só poderia exercer a retenção quando se vença o crédito, mas isso não significa que o mesmo não existisse anteriormente.

Por outro lado, a invocação do direito de retenção não depende da liquidez do crédito, porquanto é suficiente a existência do crédito, não se exigindo que se encontre quantitativamente determinado.

O pressuposto da conexão material exigido pelo artigo 754.º (c)) constitui o âmago deste direito real de garantia regulador do seu âmbito de aplicação.

O legislador português reconheceu um direito de retenção com carácter geral, nas situações em que o crédito do retentor advenha de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados, sustentando-se num critério geral de conexão material entre a coisa retida e o crédito do retentor por ela garantido.

Neste conspecto, para preenchimento desse requisito é imperioso que o crédito resulte de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados, sendo que a conexão material ou objetiva (*debitum cum re iunctum*) deve ser aferida em função dessas duas premissas.

Paralelamente à estipulação de uma cláusula geral de admissibilidade do direito de retenção, baseada na conexão material ou objetiva, o legislador confere, ainda, a um conjunto de situações especiais o direito de retenção ao credor que esteja obrigado a restituir coisa determinada e seja titular de um crédito recíproco (artigo 755.º).

¹⁵ Freitas, José Lebre de, “A transmissão do direito à indemnização por benfeitorias e a caducidade do direito de retenção pelo facto da venda executiva”, Estudos sobre direito civil e processo civil, vol. I, Coimbra Editora, 2009, 2.ª ed., pp. 395 e 396.

Menezes Leitão referencia que, nestes casos especiais, a conexão emerge da relação legal ou contratual subjacente à detenção da coisa¹⁶, ao passo que Almeida Costa assinala que aqueles casos se caracterizam pela clara diluição da conexão entre a coisa e o crédito do retentor, mas que o legislador optou expressamente pela salvaguarda do credor conferindo-lhe o direito a reter a coisa¹⁷.

Somos também da opinião de que, nos casos especiais previstos no artigo 755.º e em legislação avulsa, existe uma conexão diluída de natureza meramente jurídica entre a coisa retida e o crédito garantido.

Tal conexão assenta na circunstância de a obrigação de entrega da coisa e o crédito do retentor provirem da mesma relação jurídica¹⁸.

Contudo, como assertivamente evidencia Ana Tavares da Fonseca, as hipóteses especiais estatuídas no artigo 755.º e em legislação avulsa con-substanciam casos em que não seria admissível ao credor lançar mão da exceção de não cumprimento do contrato (*exceptio non adimpleti contractus*).

Com efeito, nas hipóteses do albergueiro, do transportador, do mandatário e do depositário (em caso de depósito e mandato onerosos), muito embora o crédito garantido pelo direito de retenção emerja de contrato bilateral ou sinalagmático, a obrigação do retentor unida por um vínculo de sinalagmaticidade à do devedor já foi cumprida pelo primeiro.

Por exemplo, o transportador não pode reter a coisa transportada antes de efetuar o respetivo transporte objeto do contrato, que consiste na obrigação principal a que está adstrito. De igual modo, o direito de retenção do albergueiro pressupõe que os seus serviços já tenham sido prestados e que o crédito da hospedagem não tenha sido pago.

Por conseguinte, facilmente se infere que, nestes cenários, a concessão do direito de reter a coisa objeto do contrato pressupõe, indubitavelmente, o cumprimento da prestação principal do retentor perante o seu credor.

Esta evidência constitui o principal traço distintivo entre a retenção e a exceção de não cumprimento, a par do facto de o direito de retenção não poder recair sobre prestações, ao contrário da *exceptio non adimpleti contractus*.

Noutras situações de concessão do direito de retenção, a impossibilidade de invocação da exceção de não cumprimento decorre da circunstância do crédito garantido resultar de um contrato bilateral imperfeito, como é o caso do comodatário, do depositário e do mandatário, em caso de contratos gratuitos.

Por seu turno, no caso especial da al. f) do n.º 1 do artigo 755.º, a concessão do direito de retenção ao beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa radica no facto de o crédito garantido emergir do incumprimento da obrigação da contraparte

¹⁶ Leitão, Luís Menezes, “Garantias da Obrigações”, cit., p. 210.

¹⁷ Costa, Mário Júlio Almeida, “Direito das Obrigações”, cit., p. 975.

¹⁸ Fonseca, Ana Taveira da, “Da Recusa de Cumprimento da Obrigação para...”, cit., p. 315.

(promitente-vendedor) e não admitir o recurso à *exceptio non adimpleti contractus*, por carecer de qualquer relação sinalagmática.

Elucidando, a concessão do direito de retenção, neste caso concreto, não se justifica pelo facto de o retentor ter realizado a obrigação primária a que se obrigou mediante a celebração do contrato-promessa, mas sim devido à falta de sinalagmaticidade entre a obrigação de restituição da coisa e o crédito do promitente-comprador decorrente do não cumprimento do contrato-promessa (artigo 442.º).

Sem embargo da opção vigente no ordenamento jurídico nacional, permanece em discussão no seio doutrinário — por comparação com os demais ordenamentos europeus — a ponderação entre o elemento de conexidade material ou jurídica em que radica o direito de retenção, o que se desenvolve em paralelo com a controvérsia entre a eficácia real ou meramente obrigacional que deveria ser assacada a esta figura (*de iure condendo*).

Como vimos *supra*, a relação de conexão entre créditos não tem tratamento uniforme nos ordenamentos jurídicos europeus, sendo exemplificativos dessas dissemelhanças os casos francês e italiano, que adotam uma concessão eminentemente restritiva dessa conexão, por contraposição ao ordenamento jurídico alemão, onde se admite a constituição do direito de retenção sempre que os créditos provenham da mesma fonte.

Na esteira desta última orientação posicionava-se o anteprojeto Vaz Serra, que previa a consagração, concomitante, de um direito real de retenção fundado na conexão material entre a coisa retida e o crédito e de um direito de retenção de cariz obrigacional para os casos de conexão jurídica entre os créditos resultante da mesma relação jurídica.

Neste último caso, à luz do referido anteprojeto, não era reconhecida eficácia *erga omnes* à retenção, a qual se cingia a conferir a possibilidade ao retentor de recusar o cumprimento da sua obrigação.

A proposta não foi acolhida, por se considerar que abria a porta a uma terceira figura com contornos pouco destringíveis da exceção de não cumprimento, o que poderia importar problemas e dissidências interpretativas consideráveis¹⁹.

Atualmente, Júlio Gomes trouxe, de novo, à liça a diferenciação entre fatores de conexão material e de conexão jurídica, defendendo de *iure condendo* a redução da eficácia real do direito de retenção apenas ao primeiro caso.

Alicerça o seu entendimento no facto de o direito de retenção ter sido, inicialmente, concebido para tutela do possuidor que realizou benfeitorias, assente na situação de domínio de facto sobre a coisa retida, ou seja, a concessão originária do direito de retenção decorre de situações em que a coisa retida é causa do próprio crédito.

¹⁹ Lima, Fernando Pires de/Varela, João de Matos Antunes, “Código Civil Comentado”, vol. I, 4.ª ed. Revista e atualizada, Coimbra Editora, p. 775.

Nesses casos, tudo se passa como se “a coisa fosse ela própria a devedora, como se existisse uma obrigação propter rem”, sendo mais facilmente aceitável a eficácia *erga omnes* que lhe é conferida por lei²⁰.

Por seu turno, Pedro Múrias e Maria de Lurdes Pereira advogam, igualmente, de *iure condendo*, a eficácia meramente obrigacional do direito de retenção, nos casos em que não seja oponível ao proprietário²¹.

Tais posições assinaladas, embora contribuam para um debate profícuo sobre a génese e a *ratio* do direito de retenção, afiguram-se como minoritárias e construções de *iure condendo*, uma vez que a doutrina e jurisprudência dominantes tendem a acolher, sem relutância, a opção do legislador que de modo expresso conferiu eficácia *erga omnes* ao direito de retenção, quer resulte da cláusula geral prevista no artigo 754.º, assente na conexão material entre a coisa retida e o crédito garantido, quer derive dos casos especiais legalmente consagrados no artigo 755.º e legislação avulsa, que radicam numa conexão meramente jurídica.

Concluimos, portanto, que se afigura indubitável que o direito de retenção é consagrado no nosso sistema como um direito real de constituição legal, não negocial, o que implica que as regras de legitimidade substantiva para oneração e alienação não configurem óbices à sua constituição sobre direito de terceiro não devedor²².

O legislador nacional optou, assim, por uma posição intermédia entre a solução germânica e a francesa, conferindo, contudo, ao direito de retenção, em qualquer das circunstâncias, eficácia real.

Seguindo esta linha de pensamento, sendo um direito real de garantia que incide sobre coisas corpóreas, é dotado do respetivo efeito de sequela e, como tal, caso o terceiro/proprietário da coisa retida venha a pagar o crédito garantido, sub-rogar-se-á contra o devedor (artigo 592.º).

No tocante ao penúltimo pressuposto *supra* assinalado (d)), como resulta do artigo 756.º, al. b), o direito de retenção é excluído, quando tenham sido realizadas despesas de má fé que determinaram a aquisição do crédito.

Secundando o entendimento de Menezes Cordeiro²³, cremos que se apela nesta disposição legal ao conceito de boa fé objetiva e não subjetiva, como defendido por outros autores²⁴, o que implica que a realização de despesas pelo retentor não pode violar deveres objetivos de lealdade e de proteção para aqueles a quem a retenção é oponível.

²⁰ Gomes, Júlio, “Do direito...”, cit., p. 13.

²¹ Pedro Múrias e Maria de Lurdes Pereira, “Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento”, RDES XLIX, 2008, pp. 18 e seg.

²² Rocha, Francisco, “Da retenção sobre coisa...”, cit., p. 626.

²³ Cordeiro, António Menezes, “Tratado de Direito Civil X — Direito das Obrigações, Garantias”, Almedina, 2014, p. 839.

²⁴ Em sentido oposto, Menezes Leitão, que considera que a não atuação de má-fé por banda do retentor, entendida em sentido subjetivo, como a consciência da ilicitude da aquisição da coisa ou da lesão do credor em face da realização da despesa é condição do reconhecimento e validade do direito de retenção; Leitão, Luís Menezes, “Garantias das Obrigações”, cit., p. 212.

Na verdade, admitir a restrição apenas em casos de despesas realizadas com má fé subjetiva do retentor, exigindo-se o conhecimento de que a sua atuação prejudica o proprietário ou terceiro, redundaria, na prática, na impossibilidade de demonstração desse conhecimento, nos casos de obtenção lícita da coisa²⁵.

Muito embora o preceito faça referência à realização de despesas de má fé, para efeitos de exclusão da validade do direito de retenção, parece-nos que tal exigência deverá ser interpretada de modo mais amplo no sentido de impedir o funcionamento do direito de retenção nos casos de constituição do crédito garantido de má fé.

(iii) Posição do Retentor

Segundo o artigo 758.º, o retentor é equiparado ao credor pignoratício, quando o direito de retenção recaia sobre coisa móvel, ou à do credor hipotecário, se esse direito recair sobre coisa imóvel (artigo 759.º), remetendo-se expressamente para o regime dessas garantias reais.

Constituindo um direito real de garantia, o retentor tem o direito a ser pago com preferência, em relação aos demais credores, pelo valor da coisa retida (artigos 759.º e 604.º).

No que tange aos efeitos relativamente a terceiros, o direito de retenção é oponível *erga omnes*, nos termos e fundamentos acima escrutinados.

Apesar de não se exigir o seu registo, mantendo-se ainda assim o seu carácter oponível a terceiros, a lei considera que a detenção e controlo material da coisa retida é suficiente para assegurar a sua publicidade.

A falta de exigência de registo é defensável pelo facto de a retenção constituir por inerência uma situação material objetiva ou ostensiva, facilmente apreendida e conhecida por qualquer terceiro, assegurando-se, por essa via, a publicidade da sua existência e reconhecimento, bem assim a sua oponibilidade a terceiros²⁶.

Nesta senda, temos que o direito de retenção é oponível não só aos terceiros que vierem a suceder aos contraentes na titularidade dos direitos e obrigações garantidos, como também a todos os adquirentes posteriores da coisa retida²⁷.

Como enfatiza Ana Taveira da Fonseca, “*ao contrário do que acontece com a exceção de não cumprimento, o direito de retenção é oponível não só àqueles que, no contrato, vierem a suceder nos direitos e obrigações dos contraentes, como também a todos os terceiros adquirentes da coisa retida. Da oponibilidade erga omnes do direito de retenção resulta a susce-*

²⁵ Fonseca, Ana Taveira da, “*Da Recusa de Cumprimento da Obrigação...*”, cit., p. 313.

²⁶ Costa, Mário Júlio Almeida, “*Direito das Obrigações*”, cit., p. 981.

²⁷ Fonseca, Ana Taveira da, “*Da Recusa de Cumprimento da Obrigação...*”, cit., p. 368.

bilidade de oposição desta garantia àqueles que tiverem adquirido a coisa depois de esta se ter constituído”.

Este entendimento é igualmente partilhado por Cláudia Madaleno, com a *nuance* de admitir a oponibilidade do direito de retenção ao proprietário anterior da coisa retida alheio à relação creditícia, quando assinala que *“a retenção é hoje oponível quer ao terceiro adquirente da coisa, quer ao terceiro que reivindique a coisa como sua (...) nenhuma outra conclusão parece possível retirar do regime constante dos artigos 756.º e seguintes do CC, nos quais a lei claramente admite a oponibilidade erga omnes deste direito e não apenas ao credor da obrigação de entrega da coisa”*^{28_29}.

Caracterizando-se como direito real de garantia, o direito de retenção atribui ao seu titular o direito a ser pago com preferência pelo valor da coisa, o que significa, desde logo, que, caso a coisa retida seja penhorada, deve o retentor reclamar os seus créditos, em sede da respetiva ação executiva (artigo 788.º do Código de Processo Civil).

A equiparação do direito de retenção à hipoteca sofre uma limitação profunda em virtude de a lei conferir a prevalência do primeiro mesmo sobre hipoteca com registo anterior (artigo 759.º, n.º 2).

A justificação originária desta opção legislativa prende-se, essencialmente, com o objetivo de obviar ao locupletamento do credor hipotecário à custa das despesas de melhoramento e conservação realizadas pelo retentor, considerando que a hipoteca abrangia estas últimas (artigo 691.º, n.º 1, al. c)).

A opção legal atualmente em vigor tem vindo a suscitar duras críticas no seio doutrinário, tendo o Tribunal Constitucional sido chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade dessa norma e conformação da mesma com os princípios da proporcionalidade, da confiança e da segurança jurídica.

Em diversos arestos, aquele Tribunal deliberou, em uníssonos, no sentido da constitucionalidade do preceito, sustentando-se na natureza específica da norma, na inerente publicidade do direito de retenção, que assenta no domínio de facto sobre a coisa e precisamente na necessidade de tutela do consumidor, mais concretamente, na proteção da confiança relativa à consolidação dos negócios jurídicos que, em muitos casos, têm por objeto a aquisição de habitação própria e permanente³⁰.

Ficam, contudo, ressalvados do âmbito do artigo 759.º, n.º 2, os créditos hipotecários, cuja regulamentação foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20/03.

²⁸ Madaleno, Cláudia, “A Vulnerabilidade das Garantias Reais”, cit., p. 101.

²⁹ Neste sentido, vejam-se os Acórdãos do STJ de 12/03/2015, processo n.º 1775/11.7TBOLH.E1.S1, e de 14/12/2016, Processo n.º 662/09.3TVPRT.P1.S1 (disponíveis para consulta em “www.dgsi.pt”).

³⁰ Acórdãos do TC n.º 594/2003, de 15/11/2003, n.º 374/2003 de 15/07/2003, n.º 356/2004 de 19/05/2004, n.º 466/2004, de 23/06/2004, n.º 466/2004 de 23/06/2004, n.º 698/05 de 14/12/2005 e n.º 73/2011, de 03/02/2011 (disponíveis para consulta em “http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/”).

(iv) Transmissão e extinção do direito de retenção

No que concerne à transmissão do direito de retenção, o artigo 760.º não deixa margem para dúvidas no sentido da intransmissibilidade sem que seja transmitido o crédito garantido.

A referida intransmissibilidade advém da sua natureza legal por respeito à conexão material existente entre a coisa e o crédito garantido, que deixaria de existir caso se aceitasse a livre transmissão dessa garantia desacompanhada do crédito que garante.

Sobre as formas de extinção do direito de retenção, dispõe o artigo 761.º que o mesmo se extingue pelas mesmas causas por que cessa a hipoteca e, ainda, pela entrega da coisa, quer voluntária, quer involuntária, nos casos em que resultar de fraude ou violência.

Contudo, no caso de esbulho da coisa, o retentor pode lançar mão das ações possessórias para a recuperar, o que lhe permite retomar o exercício do direito de retenção após a sua recuperação (artigos 758.º, 759.º, n.º 3, e 670.º, al. a)).

O direito de retenção extingue-se, igualmente, nos casos de substituição por prestação de caução (artigo 756.º, al. d)).

É ainda admitida a extinção do direito de retenção por confusão, na situação em que o retentor adquire a propriedade da coisa retida.

Contudo, caso a aquisição ocorra no âmbito de venda judicial, deverá aplicar-se o disposto no artigo 724.º, n.º 1, analogicamente, renascendo o direito de propriedade, à luz do previsto no artigo 824.º, n.º 2, no tocante aos efeitos da venda judicial.

É também controversa a questão da sobrevivência do direito de retenção à venda judicial de bens.

Segundo a posição clássica, acolhida por Lebre de Freitas³¹ e pela jurisprudência maioritária, os direitos reais de garantia caducam com a venda executiva, uma vez que a exceção prevista no n.º 2 do artigo 824.º compreende somente os direitos que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo, afastando da sua previsão os direitos reais de garantia. Nesses casos, a garantia transfere-se para o produto da venda.

Em sentido oposto, posiciona-se Menezes Cordeiro, atualmente acompanhado por Cláudia Madaleno, que considera que o direito de retenção se insere nessa mesma exceção e, nessa medida, não caduca com a venda judicial da coisa retida³².

³¹ Freitas, José Lebre de, “A transmissão do direito à indemnização por benfeitorias...”, cit., pp. 397 e 398.

³² Cordeiro, António Menezes, “Da retenção do Promitente na Venda Executiva”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 57, 1997, pp. 547 a 563; Madaleno, Cláudia, “A Vulnerabilidade das Garantias Reais”, cit., pp. 115 e seg.

II. DIREITO DE RETENÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR

(i) Opção legislativa

Segundo a al. f) do n.º 1 do artigo 755.º, goza de direito de retenção “o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º”.

Como já atrás salientámos, a concessão do direito de retenção ao beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito justifica-se, primordialmente, pelo facto de aquele estar impedido de recorrer à exceção de não cumprimento, uma vez que inexistente relação de sinalagmaticidade entre a obrigação de restituição da coisa e o crédito do promitente-comprador.

O direito de retenção do promitente-comprador foi introduzido no nosso ordenamento jurídico, num figurino original e sem antecedentes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18/07, que aprovou a seguinte redação do n.º 3 do artigo 442.º: “no caso de ter havido tradição da coisa objeto do contrato-promessa, o promitente-comprador goza, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-comprador”.

Por esta via, a lei passou a conferir ao promitente-comprador, em caso de tradição antecipada do objeto do contrato prometido, o direito de retenção sobre o mesmo, nos termos gerais, pelo crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa.

O legislador de 80 pretendeu proteger o promitente-comprador num período de desvalorização monetária e em que se assistia a um aumento do incumprimento dos contratos-promessa sinalizados, sem que existisse um mecanismo dissuasor efetivo dessa prática.

Mais tarde, a inserção desse direito de retenção na al. f) do n.º 1 do artigo 755.º foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11/11, numa clara e deliberada intenção de conservar o direito de retenção do beneficiário de promessa, posicionando-o junto dos demais casos especiais de direito de retenção e aperfeiçoando imprecisões terminológicas.

Já aquando da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18/07, Pires de Lima e Antunes Varela criticaram a redação do n.º 3 do artigo 442.º, bem como a sua amplitude, em que se admitia o direito de retenção do promitente-comprador mesmo nas situações em que a fração não se destinava a habitação³³.

A isso acrescia a desigualdade de tratamento entre o promitente-comprador com *traditio* da coisa e o que optou pela eficácia real do contrato,

³³ Lima, Fernando Pires de/Varela, João de Matos Antunes, “Código Civil Comentado”, cit., pp. 419 e 420.

beneficiando-se o primeiro, porquanto em situação de conflito entre os dois promitentes-compradores prevalecia a posição do primeiro, que permaneceria aproveitando a coisa enquanto não se solucionasse o conflito³⁴.

Contudo, a maior crítica foi dirigida à prevalência do retentor face ao credor hipotecário com garantia constituída em momento anterior, o que viabilizaria que a tradição da coisa fosse usada pelo promitente-vendedor, assim que se visse em situação de insolvabilidade, como forma de impedir satisfação do crédito do banco financiador da construção.

Foi neste cenário de crítica e discussão que o legislador de 1986 tomou novamente posição no sentido da conservação e manutenção do direito de retenção do promitente-comprador.

No preâmbulo desse diploma legal, é expendida de forma cabal e clara a motivação que subjaz a essa decisão, assente na apreensão da realidade económica e financeira do país, àquela data, e na assunção de que, apesar de na maioria dos casos a entrega da fração ou edifício ao adquirente ocorrer aquando da celebração do contrato de compra e venda, nos casos em que a entrega do imóvel se verifica em momento anterior, é criada legitimamente ao beneficiário da promessa uma expectativa de confiança mais forte no sentido da estabilidade e concretização do negócio definitivo.

Destarte, a intenção do legislador afigura-se cristalina no sentido da tutela e da proteção do beneficiário da promessa de venda de edifícios ou de frações autónomas, sobretudo destinadas a habitação, por empresas construtoras, que, via de regra, recorrem a empréstimos de instituições bancárias que garantem os respetivos créditos mediante a constituição de hipoteca sobre os imóveis, visando-se que o direito de retenção conferido ao beneficiário da promessa prevaleça sobre a hipoteca anteriormente constituída.

Não nos suscita dúvidas que a *ratio legis* desta consagração reside na tutela declarada da posição do promitente-comprador, motivada por razões de ordem económica, política e social, como mecanismo de dissuasão dos promitentes-vendedores, em regra empresas de construção civil, a incumprir os respetivos contratos-promessa em troca de outra proposta de valor superior pelo imóvel.

Da combinação dos artigos 442.º, 755.º, n.º 1, al. f), e 759.º, n.º 2, decorre que o promitente-comprador confrontado com o incumprimento do contrato-promessa passou a poder lançar mão do seguinte: (i) se entregou sinal, pode exigir o seu dobro; ou (ii) tendo havido tradição da coisa, poderá exigir o valor desta ou o valor do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objetivamente à data do incumprimento da promessa (com dedução do preço convencionado), acrescido do sinal e da parte do preço que tenha³⁵.

³⁴ Varela, João de Matos Antunes, “*Emendas ao regime do contrato-promessa*”, RLJ, ano 121, 1988-89, pp. 6 e seg.

³⁵ Andrade, Margarida Costa, “*Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução*”, Cadernos CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais, n.º 2, Coimbra Editora, 2014, p. 65.

Qualquer um destes créditos indemnizatórios, na eventualidade de ter existido tradição da coisa, é garantido pelo direito de retenção com preferência sobre a hipoteca constituída anteriormente.

(ii) Crítica à intolerável redução da eficácia da hipoteca

A concessão do direito de retenção ao promitente-comprador suscitou e suscita, desde a sua introdução, forte controvérsia e contestação no seio doutrinário, esgrimindo-se contra a opção do legislador dois argumentos principais: (i) o reforço injusto da posição do promitente-comprador face à do próprio comprador, uma vez que este, adquirindo bens hipotecados, veria a hipoteca ser-lhe oponível e, portanto, os bens adquiridos a responder em caso de execução de hipoteca; ao passo que o primeiro, titular de um direito real de garantia prevalecente sobre a hipoteca anterior teria o direito a ser pago primeiro que o credor hipotecário que posteriormente dificilmente conseguiria a satisfação do seu crédito; (ii) em segundo lugar, viabiliza a fácil simulação da celebração do contrato-promessa (que desprovido de eficácia real não seria objeto de registo), mediante a manipulação da sua veracidade por forma a prejudicar o credor hipotecário³⁶.

A celeuma criada em torno da al. f) do n.º 1 do artigo 755.º, que não se estendeu às demais alíneas desse artigo, ficou a dever-se ao efeito prático daí decorrente, no sentido de importar, na prática, o total esvaziamento da garantia hipotecária, mormente, em cenários de crise financeira³⁷.

Realça grande parte da doutrina que as soluções isoladamente consideradas de preferência da retenção sobre a hipoteca e de consagração do direito de retenção para garantia do crédito indemnizatório a que terá direito o promitente-comprador são compreensíveis e sustentáveis.

No entanto, a conjugação de tais normas não deveria importar uma anulação ou paralisação completa da principal garantia real do nosso ordenamento jurídico.

Nesta linha, autores como Brandão Proença, Pestana de Vasconcelos, Lebre de Freitas, Isabel Menéres Campos e Margarida Costa Andrade defendem que a compatibilização dos interesses em jogo — a tutela do promitente-comprador e dos demais credores, bem como a segurança jurídica — demanda a obrigatoriedade do registo do direito de retenção do promitente-comprador e a sujeição dessa garantia à regra *prior in tempore*, em harmonia com o regime das hipotecas³⁸.

³⁶ Leitão, Luís Menezes, “Direito da Obrigações”, vol. I, 2.ª ed., Almedina, 2002, pp. 231 e 232.

³⁷ Andrade, Margarida Costa, “*Dois questões a propósito da retenção do promitente-comprador...*”, cit., p. 60, avançando com a pertinência de proscrição da norma do ordenamento jurídico.

³⁸ Proença, José Carlos Brandão, “*Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (máxime, com fim habitacional)*”, CDP, n.º 22, abril/junho, 2008,

(iii) *Interpretação restritiva do preceito*

Têm sido avançadas diversas formas de limitar e restringir o âmbito de eficácia da al. f) do n.º 1 do artigo 755.º, mediante a interpretação restritiva do preceito ou pela criação de mecanismos de compatibilização do direito de retenção do promitente-comprador com a segurança jurídica, tutela de expectativas de terceiros e o sistema registal.

Menezes Leitão perfilha o entendimento de que o “*direito de retenção, consagrado no art. 755.º, n.º 1, al. f), só tem conexão com o direito ou aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação direta com a coisa a reter (...) Assim, a retenção não deve poder ser exercida em relação ao crédito da restituição do sinal em dobro, mas apenas em relação ao aumento do valor da coisa, se o credor optar por essa alternativa*”³⁹.

Na nossa ótica, esta tese restritiva não logra ultrapassar dois óbices primordiais: em primeiro lugar, assenta numa conexão material objetiva entre a coisa o crédito garantido, o que, como já acima assinalámos, não é pressuposto de nenhum dos casos especiais previstos no artigo 755.º; em segundo lugar, afigura-se-nos apodítico afirmar que a letra do artigo 442.º não permite inferir qualquer restrição quanto ao crédito adveniente do regime do incumprimento do contrato-promessa que se visa garantir com o direito de retenção.

Por outro lado, a regra da prevalência sobre hipoteca anterior estatuída no artigo 759.º, n.º 2, aplica-se em qualquer dos casos de conexão material ou de conexão jurídica, pelo que tal interpretação não atingiria o desiderato almejado e criticado pela doutrina de obstar ao esvaziamento e ineficácia da hipoteca.

Outros autores, como Órfão Gonçalves, advogam a interpretação restritiva do artigo 759.º, n.º 2, por respeito à relevância do registo, no âmbito do direito patrimonial imobiliário, propugnando a prevalência da retenção à hipoteca se a tradição do imóvel for anterior à concessão dessa garantia⁴⁰.

Em defesa desta solução, dir-se-á que o promitente-comprador permanecerá salvaguardado, uma vez que poderia conhecer à data da celebração do contrato-promessa a oneração do imóvel com hipoteca anterior.

Todavia, esta tese, ainda que razoável e justa, de *iure condendo*, é manifestamente contrária à letra do preceito e à *ratio legis* que o sustenta, expressamente declarada nos diplomas legais *supra* mencionados.

p. 20; Vasconcelos, Luís Pestana de, “*Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*”, CDP, n.º 33, janeiro/março, 2011, p. 5; Campos, Isabel Menéres, “*Concurso de credores e ação executiva*”, *Scientia Iuridica*, n.º 298, 204, pp. 130 a 140; Freitas, José Lebre, “*Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença*”, ROA, 2006, ano 66, vol. II (disponível em www.oa.pt).

³⁹ Leitão, Luís Menezes, “*Direito da Obrigações*”, vol. I, 2.ª ed., Almedina, 2002, p. 233.

⁴⁰ Gonçalves, Gabriel Órfão, “*Temas da ação executiva*”, Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano V, n.º 9, 2004, p. 280.

Finalmente, diremos que a tese que goza de maior adesão, no seio doutrinário, se apoia no facto de o legislador ter expressado a sua intenção de proteger o promitente-comprador enquanto consumidor, postulando uma interpretação restritiva da al. f) do n.º 1 do artigo 755.º como norma de tutela do consumidor e, como tal, apenas sendo aplicável caso aquele assumisse tal estatuto.

Secundando esta linha de raciocínio, Calvão da Silva considera que as alterações introduzidas pelos diplomas legais acima citados, apreciadas na sua globalidade, visavam apenas a proteção do promitente-comprador consumidor, enquanto categoria de contraentes particularmente vulneráveis e, nessa senda, razões de ordem pública e de proteção ou de ordem pública social admitem a interpretação restritiva da norma⁴¹.

Na mesma linha, Pestana de Vasconcelos refere que a concessão do direito de retenção nestes casos tem um cariz específico, cingindo-se à tutela dos contratos-promessa de compra e venda de edifício ou fração para habitação⁴².

Ribeiro de Faria também se pronuncia neste sentido, salientando que, nestes casos, prevaleceria sempre a tutela e interesse do consumidor final sobre os interesses das instituições de crédito.

Sem prejuízo da bondade desta orientação, a par da posição assumida por Margarida Costa Andrade⁴³ e Ana Tavares da Fonseca⁴⁴, cremos que tal interpretação extravasa amplamente o âmago do preceito, uma vez que o seu âmbito não se encontra restringido às situações em que o promitente-comprador é consumidor.

Por um lado, o elemento literal não nos permite inferir essa restrição, por outro, os elementos sistemático e histórico, muito embora quanto este último seja feita referência aos promitentes-compradores de imóveis para habitação, nos preâmbulos dos diplomas legais *supra* mencionados, não tornam seguro afirmar que a tutela da norma visava excluir os restantes promitentes-compradores não consumidores.

Se é verdade que o interesse ou o bem tutelado pela norma corresponde à proteção do consumidor, não se pode confundir tal interesse com os elementos constitutivos da *fattispecie* da norma.

No caso em apreço, a tutela do consumidor não encontrou qualquer previsão expressa na norma, nem em nenhum dos seus elementos constitutivos.

Destarte, 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 expectativas do promitente-adquirente e privá-lo, mediante a interpretação corretiva dos artigos

⁴¹ Silva, João Calvão da, “Sinal e execução específica do contrato-promessa”, 14.ª ed. Revista e aumentada, Almedina, 2017, pp. 164 e 165.

⁴² Vasconcelos, Luís Pestana de, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência...”, cit., pp. 7 a 9.

⁴³ Andrade, Margarida Costa, “Duas questões a propósito da retenção do promitente-comprador...”, cit., pp. 70 e 71.

⁴⁴ Fonseca, Ana Taveira da, “Da Recusa de Cumprimento da Obrigação...”, cit., pp. 321 a 324.

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.

Acresce que os receios invocados quanto ao favorecimento de conluio entre o devedor e o promitente-adquirente, para obstar a que o credor hipotecário seja pago com preferência pelo valor da coisa, não legitimam essa interpretação restritiva ou corretiva da lei, uma vez que para obviar a tal consequência existem remédios específicos como ação simulatória ou impugnação pauliana.

Sem prejuízo da posição ora expendida, consentimos 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.

Por essa via, assegurar-se-ia um maior e mais rigoroso controlo e impugnação dos contratos celebrados com o intuito de prejudicar o credor hipotecário.

A atribuição da *retentio* apenas aos promitentes-compradores consumidores dependeria, no nosso prisma, de uma opção clara e unívoca do legislador nesse sentido, mediante a introdução de um elemento constitutivo à *factispecie* da norma.

(iv) Acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 4/2014, de 19/05

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2014, publicado em 19-05-2014 (D.R. n.º 95, Série I), aquele Tribunal foi chamado a apreciar a posição jurídica do beneficiário de uma promessa de transmissão da propriedade (meramente obrigacional) de uma fração autónoma de um prédio urbano em regime de propriedade horizontal, com *traditio*, perante a insolvência do promitente-vendedor.

Em particular, aquele Colendo Tribunal debruçou-se sobre duas questões distintas: (i) qual a pretensão indemnizatória que cabe ao beneficiário da promessa de alienação, se a prevista no artigo 442.º, n.º 2, se, pelo contrário, uma indemnização calculada ao abrigo do n.º 2 do artigo 106.º do CIRE; e (ii) se este beneficia de direito de retenção como garantia desse crédito.

Destarte, foi uniformizada 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 755.º, n.º, 1 al. f), do Código Civil”⁴⁵.

⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2014. D.R. n.º 95, Série I de 19-05-2014, disponível para consulta em “www.dgsi.pt”.

O Supremo Tribunal de Justiça acolheu, assim, a orientação de tutela do promitente-comprador, atribuindo-lhe o direito ao sinal em dobro nos termos da lei civil, garantido com direito de retenção, nos termos da al. f) do n.º 1 do artigo 755.º e pronunciando-se em sentido favorável quanto à interpretação restritiva deste preceito no sentido da sua aplicação exclusiva ao promitente-comprador consumidor, recusando, expressamente, tal garantia aos demais.

Muito embora o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça sobre a interpretação restritiva secundada não esteja profundamente densificado, constata-se uma clara adesão e remissão para a linha de pensamento de Pestana de Vasconcelos⁴⁶.

A tutela do consumidor baseia-se, na perspetiva do Supremo Tribunal de Justiça, na constatação dessa parte contratual como a mais débil, fragilidade exponenciada pela finalidade de aquisição de habitação própria.

Em suma, só quem reúna essa condição de consumidor e parte débil merece ser mais fortemente tutelado em relação ao credor hipotecário.

Sem prejuízo de não acompanharmos essa interpretação restritiva, como já acima assinalámos, perpassam ao longo da fundamentação do acórdão dois aspetos que, de algum modo, minam e enfraquecem a posição acolhida.

Em primeiro lugar, não constituiu objeto do litígio, isto é, não se inseriu nos feixes temáticos de discussão do processo (*thema decidendum*) a qualidade em que interveio o reclamante, naquele concreto contrato-promessa de compra e venda.

Na verdade, não obstante, tratar-se de pessoa singular, não foi cogitado, nem ponderado, a que título o reclamante interveio na celebração do contrato.

Esse aspeto é evidenciado e frisado em diversas declarações de voto, designadamente, dos Juízes Conselheiros Abrantes Geraldes, João Bernardo e Pires da Rosa, este último referindo de modo taxativo que “*a questão colocada perante este Supremo Tribunal não é a da dicotomia consumidor/não consumidor como linha que separa a existência da inexistência do direito de retenção (até porque, reconhecidamente, esse problema não se colocou nas instâncias (...))*”.

Em segundo lugar, a opção preconizada de proteção exclusivamente de natureza consumerística deveria ter sido acompanhada pelo desenvolvimento dos correspondentes conceitos jurídicos específicos do direito dos consumidores.

Estranhamente se compreende que, escolhendo a tutela exclusiva do promitente-comprador consumidor, não se encontre, na fundamentação do aresto, uma única referência ou alusão à noção jurídica de consumidor em que radica a interpretação restritiva firmada.

Como brilhantemente evidencia Gravato de Morais, à luz do acórdão, o único sujeito merecedor de tutela e, por essa via, de concessão do direito de

⁴⁶ Cfr. ponto 2.2.2. da fundamentação de direito e nota de rodapé n.º 9.

retenção é o “retentor-habitacional (no sentido daquele que adquire uma habitação própria)”⁴⁷.

Aliás, é expressamente referido aquele “que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda”⁴⁸.

Salvo melhor entendimento, a noção de consumidor empregue no acórdão não é coincidente com a noção típica da legislação da proteção do consumidor, nem com o conceito acolhido noutros arestos do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁹.

Em suma, 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, torneir e contrariar.

Além disso, Margarida Costa Andrade e Afonso Patrão trazem à colação um argumento de monta que se prende com a possível violação do princípio de separação de poderes que esta decisão encerra.

Na verdade, tendo sido a al. f) do n.º 1 do artigo 755.º, em conjugação com o artigo 759.º, n.º 2, julgada como não inconstitucional, em diversos arestos do Tribunal Constitucional, a interpretação restritiva fixada por este acórdão uniformizador de jurisprudência, ao qual é assacado um efeito de harmonização e de dissuasão que se reflete nas decisões das instâncias inferiores, poderá acarretar, na prática, uma derrogação parcial do preceito, o que apenas caberia ao poder legislativo executar⁵⁰.

Com efeito, perante a presente jurisprudência uniformizada, os tribunais de primeira instância e da Relação ficam vinculados à interpretação restritiva da norma ali firmada e ao não reconhecimento do direito de retenção ao promitente-comprador não consumidor.

Por último, urge, ainda, tecer uma derradeira reflexão quanto ao carácter verdadeiramente harmonizador do presente acórdão.

Resulta do aresto que a solução preconizada obteve seis votos de vencido dos Juizes Conselheiros Lopes do Rego, Maria dos Prazeres Beleza, João Camilo, Salreta Pereira, Nuno Cameira e Sebastião Póvoas.

Destes votos de vencido, cinco radicam a sua dissonância no facto de não acompanharem a restrição da concessão do direito de retenção ao promitente-comprador consumidor.

⁴⁷ Morais, Fernando Gravato de, “Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor”, CDP, n.º 46, abril/junho 2014, p. 53.

⁴⁸ Cfr. nota de rodapé n.º 10.

⁴⁹ Cfr. Acórdãos do STJ de 16/02/2016, processo n.º 135/12.7TBMSF.G1.S1, e de 29/05/2014, processo n.º 1092/10.0TBLS-D.G.P1.S1, disponíveis para consulta em “www.dgsi.pt”.

⁵⁰ Margarida Costa Andrade/Afonso Patrão, “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 online, setembro de 2016, pp. 40 e 41 (disponível em “<http://julgar.pt/a-posicao-juridica-do-beneficiario-de-promessa-de-alienacao-no-caso-de-insolvencia-do-promitente-vendedor/>”).

A par disso, os Juízes Conselheiros Abrantes Geraldês, Pires da Rosa, Pereira da Silva, João Bernardo e Paulo Sá emitiram declarações de voto onde elucidam que, apesar de terem votado o acórdão em sentido favorável, não acompanham, contudo, a interpretação restritiva da norma como aplicável apenas e tão só a consumidores⁵¹.

Atentas as posições assumidas no seio do Supremo Tribunal de Justiça e as dúvidas suscitadas quanto à pertinência da interpretação restritiva secundada, poder-se-á, então, considerar que este acórdão alcançou o desiderato almejado de uniformização da interpretação do preceito em análise?

Julgamos que a resposta terá que ser, necessariamente, negativa e que estará aberta uma nova brecha para a desaplicação pelas instâncias inferiores do segmento uniformizador no que respeita ao direito de retenção.

Como é consabido, a Jurisprudência Uniformizadora do STJ visa alcançar homogeneidade de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos, tutelando as expectativas dos cidadãos que recorrem aos Tribunais de não se depararem com decisões antagónicas.

Pese embora à jurisprudência uniformizadora do STJ não seja assacada força vinculativa, ao contrário do já revogado institutos dos Assentos, é líquido que a mesma merece uma atenção especial por parte de todos os juízes, sendo que apenas razões muito ponderosas poderão justificar desvios de interpretação das normas jurídicas em causa, como por exemplo, situações de violação de determinados princípios que firam a consciência jurídica ou manifesta desatualização da jurisprudência face à evolução da sociedade⁵².

Em regra, a orientação uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça só não deverá ser respeitada se surgirem novas circunstâncias ou se forem aduzidos novos argumentos que não tenham sido sopesados no aresto uniformizador e que justifiquem uma decisão diversa.

Sucede, porém, que a própria noção e finalidade de harmonização subjacente a este instituto soçobram perante a multiplicação de declarações de voto que, *in casu*, não acompanham o segmento uniformizador, o que coloca em crise o efeito visado de vinculação ou, pelo menos, persuasão das instâncias inferiores na interpretação perfilhada.

⁵¹ Contra a interpretação restritiva da al. f) do n.º 1 do art. 755.º pronunciam-se Salazar Casanova, Abrantes Geraldês, Sebastião Póvoas, Pires da Rosa, afirmando que a tutela do consumidor advirá do apuramento do conceito de *traditio*; Salreta Pereira, Pereira da Silva e João Bernardo invocam não haver mínimo de correspondência verbal no sentido de distinguir consumidor, sendo que da factualidade provada não resulta que o mesmo fosse consumidor; João Camilo, Paulo Sá e Maria dos Prazeres Beleza postulam que o critério diferenciador se situa na densificação do conceito de *traditio*; e Lopes do Rego propugna que o interesse da norma não se confunde com os elementos constitutivos da mesma, sendo que o sentido de decisão implica um ónus de alegação e de prova da qualidade de consumidor, pelo que a discussão deve recair sobre o conceito constitutivo de tradição da coisa, exigindo-se um uso real, permanente e efetivo.

⁵² Geraldês, António Abrantes, “Recursos no Novo Código de Processo Civil”, Almedina, Coimbra, 2013, p. 379.