

# Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

**Universidades Lusíada**

González, José A.R. Lorenzo, 1965-

## **Direito de retenção do promitente-comprador e consolidação**

<http://hdl.handle.net/11067/1688>

<https://doi.org/10.34628/3dcy-4d97>

### **Metadados**

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Data de Publicação</b> | 2015-10-27  |
| <b>Palavras Chave</b>     | Direito de retenção - Portugal, Devedor e credor - Portugal |
| <b>Tipo</b>               | article   |
| <b>Revisão de Pares</b>   | Não   |
| <b>Coleções</b>           | [ULL-FD] LD, s. 2, n. 12 (2014)                             |

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T20:07:27Z com informação proveniente do Repositório

---

# DIREITO DE RETENÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR E CONSOLIDAÇÃO<sup>1</sup>

José Lorenzo González<sup>2</sup>

**Sumário:** A. O direito de retenção. B. O fenómeno da consolidação. C. A subsistência do crédito ao dobro do sinal.

**Palavras-chaves:** Direito de Retenção; Promitente-comprador.

**Contents:** A. The right of retention. B. The phenomenon of consolidation. C. The credit subsistence to twice the signal.

**Key-words:** Retention of law; promissory buyer.

**Questões a tratar:** **1<sup>a</sup>:** *O direito de retenção do promitente-comprador extinguir-se-á com a venda judicial (promovida por outro credor) na qual aquele figure como adquirente e o promitente-vendedor como executado?* **2<sup>a</sup>:** *Poderão persistir, após a venda judicial, os privilégios que o direito de retenção garante aos titulares do crédito, quando, em razão daquela venda, os seus titulares passem a ser também e, simultaneamente, titulares do direito de propriedade sobre o imóvel retido?* **3<sup>a</sup>:** *Havendo confusão, nos mesmos sujeitos, da titularidade dos dois direitos – de retenção e de propriedade – cessarão, e caso afirmativo, em que momento, para os respectivos titulares, os privilégios de que gozavam por força do direito de retenção?*

## A. O direito de retenção

I. O direito de retenção é o direito de determinado credor sustentar a entrega de

---

<sup>1</sup> Texto elaborado em 9 de Fevereiro de 2011

<sup>2</sup> Professor Associado com Agregação (Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa).

certa coisa – ou seja, não a restituir *licitamente*<sup>3</sup> – a quem teria o direito de exigir a sua devolução ou a sua cedência. E isto por uma, de duas razões:

- devido a “despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados” (artigo 754º, Código Civil)<sup>4</sup>;
- ou por, analogamente com o modelo central, o crédito garantido estar *relacionado* com a coisa retida (artigo 755º, Código Civil).

Assim sendo, “I – São três os requisitos do direito de retenção: a) detenção ou posse material da coisa e a legitimidade de detenção; b) ser o detentor da coisa credor da pessoa a quem a coisa deve ser restituída; c) existência de uma relação de conexão entre o crédito do detentor e a coisa” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2008, Processo n.º 2608/2008, Col. de Jur., 2008, III, 150).

II. O direito de sustar a entrega de certa coisa inexistente obviamente “a favor dos que tenham obtido por meios ilícitos a coisa que devem entregar” ou “a favor dos que tenham realizado de má-fé as despesas de que proveio o seu crédito” [artigo 756º, alíneas a) e b), Código Civil].

III. Os efeitos de constituição do direito de retenção variam em função do carácter móvel ou imóvel da coisa retida.

Assim:

- tratando-se de coisas *móveis*, tais efeitos equivalem aos do penhor (artigo 758º, Código Civil);
- tratando-se de coisas *imóveis*:
  - i) equipara-se o direito de retenção à hipoteca no que toca ao poder de execução (artigo 759º, n.º 1, Código Civil);
  - ii) equipara-se o direito de retenção ao penhor no que respeita aos direitos e deveres do credor relativos à coisa retida (artigo 759º, n.º 3, Código Civil), dado que ao credor cabe o poder de facto sobre a coisa objecto da garantia [pelo que, por exemplo, o retentor deve, tal como o credor pignoratício,

---

<sup>3</sup> Nesta medida o exercício do direito de retenção funciona como uma causa de exclusão da ilicitude na responsabilidade contratual.

<sup>4</sup> A disjuntiva, preenche-se mais ou menos intuitivamente para a primeira espécie (“despesas feitas por causa” da coisa): por exemplo, “II – No contrato de empreitada, o empreiteiro face ao não pagamento do preço pela contraparte, goza do direito de retenção” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/06/2008, Processo n.º 08A1470).

Já revela, porém, maiores dificuldades de concretização no que toca à segunda (“danos por ela causados”). Esta hipótese abrangerá, sem dúvida, casos como os previstos nos artigos 1349º, n.º 2 ou 1367º do Código Civil, ou seja (e a generalização crê-se ser possível), situações de responsabilidade por factos lícitos associada à detenção ou à utilização de certa coisa. No outro extremo, aqui não caberá certamente a responsabilidade civil por factos ilícitos (artigo 483º, n.º 1, Código Civil), dado que, nesta, o fundamento da obrigação de indemnizar está na conduta do autor do dano e não nos objectos a que ele tenha eventualmente recorrido para o produzir. Restam, portanto, os casos de responsabilidade pelo risco, dado que, em alguns deles, a obrigação de indemnizar também surge por causa da utilização de coisas: é o que se passa, por exemplo, com as hipóteses contidas nos artigos 502º e 503º do Código Civil. Para estas não se vislumbra razão que impeça o exercício do direito de retenção (José González, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário, Quid Juris*, Lisboa, 2009, págs. 73/74).

actuar em relação à coisa como um proprietário diligente – artigo 671º, alínea a), Código Civil].

IV. Os casos especiais de retenção (artigo 755º, Código Civil), longe da definição geral contida do artigo 754º, apresentam ao menos um ponto em comum, entre si e com aquele: em qualquer caso se concede ao credor um instrumento para forçar, para coagir (licitamente), o devedor ao cumprimento, como é função própria, de resto, de todas as garantias reais, mas que se acentua particularmente no âmbito do direito de retenção <sup>5</sup>.

Por esta razão, por exemplo, “*tendo havido tradição de fracção de prédio urbano, o promitente-comprador goza do direito da sua retenção, mesmo que o edifício ainda não esteja submetido ao regime de propriedade horizontal*” (assento do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/1996, Processo n.º 084119). De facto, em rigor, numa hipótese destas, o direito de retenção deveria ter-se por inadmissível em virtude de o seu objecto ser legalmente impossível (artigo 280º, Código Civil). Mas a função de garantia sobrepõe-se, como é natural, à pura lógica formal.

V. O direito de retenção apenas admite um modo de constituição: a tomada de *posse* pelo credor (o qual, até exercer o direito de não restituir, é simplesmente um detentor da coisa que depois fica retida). No fundo, o direito de retenção é um penhor que em vez de nascer por via contratual (como sempre sucede com este último), se constitui por acto unilateral do credor que esteja em condições de sustentar a restituição.

Do ponto de vista possessório, trata-se de *inversão do título da posse por oposição* [artigos 1263º, alínea d), e 1265º, Código Civil], ainda que numa modalidade especial ou, mais propriamente, com um fundamento particular <sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Pelo que “*I – O direito de retenção configurado na al. f) do n.º 1 do art.º 755º do CC pressupõe a existência de um contrato-promessa válido, mas incumprido. Nunca de um contrato nulo. II – Consequentemente, a invocação e subsequente verificação da nulidade de um contrato-promessa por falta de forma afasta a possibilidade de convocação do direito de retenção a favor dos promitentes-compradores*” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/05/2007, Processo n.º 07A1464). Na hipótese particular decidida por este aresto sempre se deve aditar, todavia, o seguinte: tal conclusão é certa, mas no pressuposto de estar em causa nulidade que possa ser invocada por qualquer interessado (dado que, por exemplo, na hipótese-regra antecipada pelo artigo 410º, n.º 3, do Código Civil, o contrato-promessa, sendo nulo, equipara-se a válido).

<sup>6</sup> Naturalmente este entendimento co-envolve a questão da extensão objectiva do instituto possessório. É indiscutível que, historicamente, a posse foi pensada para a propriedade e, no máximo, para os direitos reais menores de gozo (através da chamada *quase-posse*, na linguagem de Savigny ou de Jhering – ver, por exemplo, deste último, *Über den Grund des Besitzschutzes*, trad. port., Universidade Lusíada Editora, 2007, págs. 130/131 e 142). Não se encontra, porém, qualquer inconveniente no alargamento da “quase-posse” às garantias reais que impliquem a atribuição de um poder de facto sobre a coisa objecto das mesmas, desde que se tenha presente que uma coisa é reconhecer posse e outra é dar-lhe todos ou alguns dos respectivos efeitos. Por exemplo, não obstante atribuírem posse quando seja caso disso [fundamentalmente por permitirem o acesso às acções possessórias – artigos 670º, alínea a), 661º, alínea b), 1037º, n.º 2, 758º e 759º, n.º 3, todos do Código Civil], as garantias reais não podem ser adquiridas por usucapião na medida em que, pelo disposto no artigo 1287º do Código Civil, esta somente é causa de constituição de direitos reais de gozo. Crê-se que, para este efeito, se

Nos *casos especiais* do artigo 755º do Código Civil o modo de constituição é o mesmo.

Discutível é a situação possessória do promitente-comprador que, com base no próprio contrato-promessa, obteve a entrega da coisa objecto do contrato prometido. De todo o modo, o que aqui está em causa é a aquisição de posse referida ao direito de retenção [artigo 755º, n.º 1, alínea f), Código Civil]. Pelo que pouco importa a exacta qualificação possessória que antes do exercício deste direito cabia àquele que depois se tornou retentor.

VI. Tal como os privilégios creditórios, a constituição do direito de retenção não depende de inscrição no registo predial. Todavia, ao contrário daqueles, a sua constituição beneficia ao menos da publicidade espontânea associada à posse<sup>7</sup> da coisa retida. O que, para terceiros, e tal como no penhor, poderá constituir um indício suficiente da sua existência. Já causa alguma estranheza, porém, que só fundada nessa posse e, portanto, no carácter incerto da publicidade daí derivada, a retenção prevaleça sobre direitos inscritos em registo público como a hipoteca (artigo 759º, n.º 2, Código Civil).

VII. As garantias reais podem ser, concomitantemente, direitos reais de garantia. Aliás, esta é a regra. Assim não sucede, no entanto, com aquelas que incidam sobre bens indeterminados, justamente por a existência de qualquer direito real pressupor que o respectivo objecto seja certo e esteja especificado<sup>8</sup>. Pelo que não são direitos reais de garantia os privilégios mobiliários ou imobiliários gerais<sup>9</sup>. Só podem, por isso, valer como penhora, arresto ou acto equivalente, pois somente com a ocorrência de algum destes actos fica determinado o respectivo

---

deve ter presente, assim, uma distinção do género daquela que frequentemente se faz entre *posse civil* e *posse interdicial* (ver, por exemplo, Menezes Cordeiro, *A posse – perspectivas dogmáticas actuais*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 86).

<sup>7</sup> Por isso, “o direito de retenção, como poder de facto de recusar abrir mão da coisa enquanto o crédito não for satisfeito, não é incompatível com a penhora que, nessas circunstâncias, não poderá envolver a entrega efectiva a terceiro, nem com a venda judicial” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/01/2003, Processo n.º 02B4386).

<sup>8</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/03/2009, Processo n.º 08B2642: “2. Os privilégios creditórios imobiliários gerais não se consubstanciam em garantia real de cumprimento de obrigações, por não incidirem sobre imóveis certos e determinados, funcionando como meras causas de preferência legal de pagamento. 4. O conflito em relação aos mesmos bens imóveis entre a garantia especial de cumprimento obrigacional decorrente de privilégio imobiliário geral e de hipoteca resolve-se por via da aplicação, por analogia, do disposto no n.º 1 do artigo 749º do Código Civil”.

<sup>9</sup> “Os privilégios creditórios imobiliários gerais não se consubstanciam em garantias reais de cumprimento de obrigações por não incidirem sobre imóveis certos e determinados, só funcionando como causa de preferência legal de pagamento” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/05/2007, Processo n.º 07B1309). No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/06/2005, Processo n.º 1774/2005: “I – A regulamentação do Código Civil relativamente ao privilégio imobiliário (artigo 751º) pressupõe a característica de ser especial. II – Tal regulamentação não é aplicável ao privilégio creditório com incidência sobre todos os imóveis do devedor. III – Um privilégio imobiliário geral não é um direito real de garantia, sendo-lhe aplicável o regime do artigo 749º do CC. IV – Concorrendo um crédito hipotecário com créditos laborais que gozem de privilégio imobiliário geral, aquele é graduado antes destes”.

objecto (artigo 749º, Código Civil).

VIII. Como o fenómeno da sobreposição de direitos sobre a mesma coisa <sup>10</sup> pode também dizer respeito às garantias reais, quando, em processo executivo, os credores delas titulares as pretendam fazer valer, dever-se-á observar uma certa hierarquia na realização do pagamento.

De facto, tal como nas garantias pessoais, as garantias reais podem assegurar qualquer modalidade de obrigação, mas no pressuposto de que esta seja susceptível de conversão em dinheiro, uma vez que o direito do credor privilegiado com a garantia real projecta-se essencialmente sobre o produto da venda em execução (artigo 824º, Código Civil).

Assim, tratando-se de coisas imóveis ou de bens equiparados, a graduação faz-se, *em geral*, do seguinte modo:

- primeiro, os privilégios creditórios, se forem especiais (artigo 751º, Código Civil) <sup>11</sup>, os quais, concorrendo entre si, valem de acordo com os critérios constantes dos artigos 746º e 748º do Código Civil;
- depois, o direito de retenção (artigo 759º, n.º 2, Código Civil) <sup>12</sup>;
- e, por fim, os demais direitos de garantia, valendo a *antiguidade* como critério de precedência entre eles (sendo certo que, no caso da penhora, a anterioridade pode reportar-se à data do arresto, o qual, como procedimento cautelar, antecipa os efeitos daquela – artigo 622º, Código Civil).

Tratando-se de coisas móveis não registáveis, a referida ordem estabelece-se (só) em função do critério (geral) da *antiguidade* (artigo 750º, Código Civil): *prior in tempore, potior in iure*.

IX. A declaração, imputável ao administrador da insolvência, de rejeição de cumprimento de algum contrato-promessa (ou de qualquer outro) ainda não inteiramente executado à data da declaração de insolvência, é legítima e lícita. De facto, “em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento” (artigo 102º,

---

<sup>10</sup> Os chamados conflitos de *sobreposição* (Oliveira Ascensão, *Relações jurídicas reais*, Morais Editora, Lisboa, 1962, págs. 222 e segs.), que constituem uma espécie particular de *colisão de direitos*, podem ser solucionados (basicamente nos termos gerais do artigo 335º), de forma *hierárquica, preferente ou paralela* (autor e ob.cit., págs. 223 e segs.).

<sup>11</sup> “O privilégio imobiliário concedido pelo art. 11º do DL n.º. 103/80, de 9 de Maio, sendo geral, não confere direito de sequela, razão por que não é oponível a terceiro garantido com hipoteca registada sobre determinado bem” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/02/2002, Processo n.º 01A3613).

<sup>12</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 356/2004, de 19/05/2004, Processo n.º 606/2003, DR n.º 150, II série, págs. 9641 a 9643): “Decide não julgar inconstitucional a norma do artigo 755º, n.º 1, alínea f), do Código Civil (necessariamente articulada com o disposto no artigo 759º, n.º 2, do mesmo diploma), segundo a qual o direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa prevalece sobre a garantia hipotecária registada em data anterior à referida tradição”.

n.º 1, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas); e, “no caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador” (artigo 106º, n.º 1, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Quando o administrador da insolvência haja declarado (expressa ou tacitamente) optar por não cumprir o contrato-promessa não dotado de eficácia real, os promitentes-compradores perdem, em qualquer caso, o direito à execução específica de que até então eram titulares (n.º 3, artigo 830º, Código Civil) <sup>13</sup>. O exercício de tal poder potestativo por parte do administrador da insolvência, não provoca, só por si, contudo, a extinção do direito de retenção do promitente-comprador (estando preenchidos os respectivos requisitos de constituição, bem entendido).

Veja-se, precisamente a este propósito, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2008, Processo n.º 1217/07, 2ª secção: *“Relativamente às convenções pelas quais alguém se obriga a celebrar certo contrato, o artigo 830.º, do Código Civil de 1966, veio possibilitar, em caso de incumprimento, a sua execução específica, através da prolação de sentença substitutiva da declaração negocial do inadimplente, constando do seu actual n.º 1: «Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida».*

No entanto o artigo 164º-A, n.º 1, do CPEREF, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro, dispôs o seguinte: *«O contrato-promessa sem eficácia real que se encontre por cumprir à data da declaração de falência extingue-se com esta, com perda do sinal entregue ou restituição em dobro do sinal recebido, como dívida da massa falida, consoante os casos; ressalva-se a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido, ou querer a execução específica da promessa, se o contrato o permitir.»*

*Reconhecida judicialmente a falência duma pessoa inicia-se um processo de*

---

<sup>13</sup> Acórdão da Relação de Coimbra de 01/07/2008, Processo n.º 63/07.8TBMGR-M.C1: *“I – A declaração de insolvência tem efeitos sobre os negócios em curso do insolvente, estabelecendo o art.º 102º do CIRE o princípio geral da suspensão do cumprimento quanto a negócios ainda não cumpridos até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento. II – Em caso de recusa do cumprimento, a outra parte apenas tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada e indemnização pelos prejuízos causados pelo incumprimento, esta dentro dos parâmetros previstos na al. d) do n.º 3 do art.º 102º. III – Contudo, relativamente à promessa de contrato prevê o art.º 106º, n.º 1, que, no caso de insolvência do promitente vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador. IV – Assim, se tiver sido atribuída eficácia real ao contrato promessa, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento e em caso de recusa a parte contrária tem o direito de pedir a execução específica. V – Se não tiver sido atribuída essa eficácia, o administrador da insolvência pode recusar o cumprimento e à outra parte resta apenas um crédito sobre a insolvência, nos termos dos art.ºs 102º do CIRE e 442º C. Civ.”.*

*liquidação do seu património em favor dos credores, impondo-se para esse efeito estabilizar o passivo e o activo. Uma vez que o falido deixa de poder dispor do seu património, sendo substituído no exercício dos respectivos poderes por um órgão falimentar, a quem cabe a gestão, judicialmente controlada, da massa falida, relativamente aos contratos em curso (celebrados, mas não totalmente cumpridos), o equilíbrio contratual definido pela relação sinalagmática prestação-contraprestação entra em conflito com o princípio director da liquidação falimentar da «par conditio creditorum». Se a manutenção desse equilíbrio exigiria o cumprimento pontual das obrigações assumidas, o referido princípio não permite que um credor, sem lhe assistir qualquer garantia, ganhe vantagem sobre os demais, obtendo da massa falida a satisfação integral do seu crédito, com prejuízo para os demais credores. Além disto, a falência duma das partes do contrato, determina uma alteração no quadro de interesses em jogo, devendo o interesse creditório da contraparte subordinar-se ao interesse colectivo de todos os credores do falido.*

(...)

*Relativamente ao contrato-promessa sem eficácia real que se encontre por cumprir à data da declaração de falência, o artigo 164.º - A, n.º 1, do CPEREF, impôs como regra a sua extinção, salvaguardando, contudo, a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido, ou requerer a execução específica da promessa, se o contrato o permitir. Caso não fizesse essa opção, deixando extinguir o contrato-promessa, a massa falida teria que restituir em dobro o sinal recebido, ou perder o sinal entregue, indemnizando assim a contraparte pelo não cumprimento do contrato.*

*Uma solução que não se afastava, nas suas linhas mais significativas, da regra geral contida no revogado artigo 1197.º, do C.P.C., nem dos princípios comuns que a doutrina retirava das diferentes disciplinas que se encontravam já previstas na redacção original do CPEREF.*

(...)

*Aliás, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) actualmente vigente, aprovado pelo Decreto-lei n.º 53/2004, de 18 de Março, o qual revogou o CPEREF, que combinou a técnica legislativa seguida pelo regime da falência do C.P.C. de 1939 com a do CPEREF, enunciando em primeiro lugar regras gerais aplicáveis aos contratos bilaterais do falido “pendentes” à data da falência (artigo 102.º) e especificando depois regras próprias para diversos tipos contratuais (artigos 103.º e segs.), também manteve, em termos muito semelhantes, a solução adoptada pelas legislações anteriores para o destino dos contratos-promessa sem eficácia real celebrados pelo falido e ainda não cumpridos à data da declaração de falência (artigo 102.º e 106.º, n.º 2, do C.I.R.E.).*

*A recorrente questiona a constitucionalidade da interpretação do artigo 164.º-A, n.º 1, do CPEREF, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 315/98, de 20 de Outubro, com o sentido que a declaração de falência faz extinguir os direitos estabelecidos no artigo 830.º do Código Civil apenas quanto à parte não falida, podendo o Liquidatário exercer esses direitos, relativamente a contrato-promessa de alienação de bem imóvel pertencente ao património do falido, outorgado por este antes da declaração de falência.*

(...)

*Reconhecendo-se ao legislador ordinário uma ampla margem de liberdade no exercício da sua actividade de emissão normativa, na previsão das medidas de prevenção, coerção e sancionamento da inadimplência contratual, haverá de aceitar-se que este possa discriminar o acesso à execução específica de um contrato-promessa entre os contraentes. Necessário é, que se surpreendam motivos razoáveis para o estabelecimento da diferenciação, o que o mesmo é dizer que o diverso tratamento não resulte de um mero e injustificado arbítrio.*

*Ora, conforme já acima adiantámos, a concessão da possibilidade do liquidatário poder optar entre o cumprimento do contrato-promessa, com recurso, se necessário, à sua execução específica, e o seu não cumprimento, sem que a contraparte tenha a possibilidade de, por sua vez, obter a sua execução específica, tendo apenas direito a uma indemnização no caso do liquidatário optar pelo seu não cumprimento, visou defender o interesse colectivo do conjunto dos credores do falido de verem minorado o sacrifício dos seus créditos, através da protecção do activo do falido.*

*Na verdade, a possibilidade do liquidatário optar entre o cumprimento ou incumprimento do contrato-promessa outorgado pelo falido antes da declaração de falência, permite-lhe optar pela solução que melhor valorize a massa falida. No caso de se tratar de um contrato-promessa de venda de bem que integrava o património do falido, como sucede no caso sub iudice, o liquidatário deverá ponderar a eventual diferença entre o preço acordado e o valor real de mercado desse bem, assim como o valor do sinal já recebido, para adoptar o comportamento contratual donde resulte um maior incremento do activo a distribuir por todos os credores.*

*Caso se atribuísse ao contraente não falido igual possibilidade de requerer a execução específica do contrato-promessa, ele veria o seu crédito ser satisfeito por inteiro, com a consequente retirada da massa falida do bem que era objecto do contrato prometido, com eventual prejuízo para os restantes credores, os quais poderiam ver diminuído o património a liquidar para satisfação dos seus créditos.*

*Foi esta situação que o legislador visou evitar ao não atribuir ao contraente não falido a possibilidade de requerer a execução específica do contrato-promessa celebrado com o falido, não deixando de lhe reconhecer, contudo, um direito de indemnização pelo incumprimento do contratado, integrando este crédito, se reclamado, o conjunto de créditos a satisfazer pela liquidação da massa falida, na medida do possível.*

*A discriminação realizada não é, pois, arbitrária, correspondendo ao sacrifício do direito de um credor à execução específica de um contrato-promessa, com o objectivo de garantir a observância dos princípios que devem presidir a uma liquidação falimentar, não deixando os direitos contratuais daquele credor de estarem acautelados através da atribuição de um direito de indemnização pelo incumprimento do contrato-promessa.*

*A ocorrência duma situação de falência determina necessariamente o sacrifício dos interesses individuais dos credores, importando assegurar que esse sacrifício atinja na mesma proporção todos os credores, em igualdade de circunstâncias, pelo que, visando o sacrifício daquele direito precisamente a satisfação do interesse colectivo de todos os credores do falido, a discriminação existente encontra-se justificada e, como resulta do que ficou escrito até aqui, revela-se adequada e proporcionada.*

*Do exposto se conclui que a interpretação normativa questionada não viola o princípio constitucional da igualdade, assim como os restantes parâmetros constitucionais invocados pela recorrente”.*

Ora, é por a entrada em funcionamento do artigo 102º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, decidindo a extinção do direito à execução específica dos promitentes-compradores, não produzir efeito similar sobre o direito que lhes é reconhecido pela alínea f), do n.º 1, do artigo 755º do Código Civil, que se torna indispensável recorrer, em hipóteses como aquela que se considera, ao instituto da consolidação.

## **B. O fenómeno da consolidação**

I. O direito de propriedade é o direito real *maior ou máximo*. Esta asserção, recorrente, funda-se ao menos em duas ordens de razões:

- Primeiro, o direito de propriedade é o direito real *maior* na medida em que nenhum outro oferece ao seu titular tão vasto conjunto de poderes e faculdades. O que significa que os restantes direitos reais são, por comparação, *menores* ou *limitados*.
- Segundo porque, assim sendo, o direito de propriedade é a *matriz*<sup>14</sup> dos demais direitos reais, pois estes vão, tipicamente, buscar o seu fundamento àquele. Por isso eles são, em geral, *direitos sobre coisa alheia (iura in re aliena)*.

Nos *iura in re aliena* incluem-se tanto os direitos reais de gozo, como os direitos reais de garantia, como (para quem admita a categoria) os direitos reais de aquisição.

São direitos de gozo aqueles que autorizam o desfrute das utilidades proporcionadas por uma coisa.

São direitos de garantia os que afectam ao respectivo titular o valor de troca da coisa sobre a qual incidem.

São direitos de aquisição os que permitem ao seu titular a obtenção de outro direito (habitualmente, de gozo ou de garantia) sobre a mesma coisa.

Todos eles terão natureza real desde que o respectivo título aquisitivo seja oponível a terceiros.

No que toca aos direitos de garantia, alguns existem (designadamente, os privilégios creditórios gerais) que, sendo garantias reais, não são, em simultâneo, direitos reais de garantia. Não é, de todo o modo, o caso do direito de retenção.

---

<sup>14</sup> Há quem considere, particularmente a propósito do disposto no artigo 62º da Constituição que a locução «propriedade» aí empregue abrange qualquer direito de natureza patrimonial, seja real ou não, seja sobre uma coisa ou contra uma pessoa (por exemplo, para as chamadas servidões administrativas, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 594/93, 329/94, 800/93, 405/94, 438/94, 657/94, 71/95, 72/95, 112/95, 142/95, 154/95, 173/95, 192/95, 230/95, 250/95, 391/95, 588/95, 665/95, 174/96 e 299/97).

II. Inexiste no nosso Direito positivo qualquer regra similar àquela que surge contida no § 889 do Código Civil alemão: “o direito sobre um prédio pertencente a outrem não se extingue em virtude de o proprietário o adquirir ou em virtude de o seu titular adquirir a propriedade”<sup>15</sup>.

Acresce, que é o que importa assinalar, que nem sequer faz sentido, *em geral*, considerar a existência de direitos reais menores (de qualquer espécie) sobre coisa própria, pois os poderes contidos do direito menor estão também incluídos, por definição, no direito maior<sup>16</sup>.

É esta, aliás, a justificação para que a *consolidação*<sup>17</sup> seja um modo normal de extinção de direitos reais. Há na realidade uma regra básica, no que à titularidade de direitos reais respeita<sup>18</sup>, segundo a qual a reunião, na mesma pessoa, da titularidade de dois (ou mais) direitos<sup>19</sup> sobre a mesma coisa, provoca a extinção de um deles através precisamente da referida consolidação<sup>20</sup> [artigos 1476º, n.º 1, alínea b), 1536º, n.º 1, alínea d) e 1569º, n.º 1, alínea a), todos do Código Civil]. Em geral, esta regra é, até certo ponto, de senso comum: não faz sentido supor, por exemplo, que o proprietário seja arrendatário, usufrutuário ou titular de uma hipoteca<sup>21</sup> sobre coisa que lhe pertence.

---

<sup>15</sup> “Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt”.

<sup>16</sup> “Los derechos reales en cosa ajena se extinguen ... por *consolidación*, que es la reunión de la propiedad e del derecho real en cosa ajena de que se trate, en una misma persona. En efecto, si ambas titularidades coinciden en una sola mano, se extingue, como poder autónomo, el derecho limitativo del dominio, y su contenido de facultades pasa a engrosar el poder total que sobre la cosa pertenece al dueño (así, C.c., arts. 513,3º, 546,1º, etc.). Todo ello de forma automática. Ello porque el propietario, por ser tal, tiene poder pleno sobre la cosa, salvo que otros tengan poderes sobre ella que reduzcan el suyo; ahora bien, si estos poderes de otros van a manos del propietario, o si la propiedad va a manos de quien tienen aquéllos, desaparece el *poder de otro* sobre la cosa nuestra, puesto que ... sobre lo que nos pertenece en propiedad tenemos poder total, de que por sí engloba las facultades que correspondían al derecho que, mientras que fue de otro, constituyó un señorío parcial separado del dominio” (Manuel Albadalejo, *Curso de Derecho Civil Español*, vol. III, *Derecho de Bienes*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 149”).

<sup>17</sup> Há quem recorra à expressão «consolidação» tendo em vista com ela abarcar exclusivamente os direitos reais de gozo, reservando a locução «confusão» para qualquer outra hipótese. Parece preferível, no entanto, falar em consolidação também sempre que, pelo menos, estejam em causa direitos reais de garantia, quanto mais não seja em virtude de muitos deles (como a consignação de rendimentos, o penhor ou o direito de retenção) atribuírem, ou poderem atribuir, poderes de gozo sobre uma coisa. Na verdade, a distinção entre direitos de gozo, de garantia e de aquisição é de natureza funcional e não estrutural.

<sup>18</sup> Expressa, a propósito das servidões prediais, através do brocardo *nemini res sua seroit*.

<sup>19</sup> De igual ou de diferente espécie, já que o fenómeno da consolidação é obviamente extensível à contitularidade.

<sup>20</sup> O que significa que a utilização do termo “consolida” no texto do artigo 1442º do Código Civil é muitíssimo imprópria.

<sup>21</sup> “La hipoteca se extingue cuando se reúnen en una misma persona el dominio del inmueble gravado y la titularidad del derecho de hipoteca (cf. arts. 513.3º, 546.1º CC y 107.1º LH). La consolidación puede producirse bien porque el propietario gravado adquiera la titularidad del crédito garantizado (como sucede en los casos de pago del tercer poseedor o del hipotecante tercero

III. Exceptuando, como se disse, a propriedade, todos os restantes tipos ou classes de direitos reais são direitos menores e, usualmente, *iura in re aliena* <sup>22</sup>.

Saliente-se, porém, que esta última ideia apenas serve para retratar a normalidade das situações. Não é, de facto, inconcebível a existência, nem mesmo a constituição, de direitos reais sobre coisa sem dono <sup>23</sup> ou sobre coisa própria <sup>24</sup>.

E há situações, na realidade, em que não se mostra razoável extrair todas as consequências lógicas que comporta a aplicação do instituto da consolidação. Radicam-se, genericamente, na demonstração da existência de *interesse prático* na manutenção das titularidades separadas (artigo 871º, n.ºs 2 a 4, Código Civil). O que acarreta assim, *grosso modo*, a possibilidade de surgimento de um direito real menor na titularidade da mesma pessoa a quem o direito real maior pertence.

III.I. Para começar, a servidão predial pode ser constituída entre dois prédios (ou entre duas fracções) do mesmo proprietário, sempre que sobre um deles (ou uma delas) tenha sido constituído um direito a favor de terceiro (um usufruto, por exemplo) que impeça o proprietário de, na sua vigência, retirar da coisa que lhe pertence a utilidade que pretende.

Por outro lado, tão-pouco se pode considerar inteiramente actual, em toda a sua extensão e automatismo <sup>25</sup>, a fórmula *nemini res sua servit*. De facto, e apenas por exemplo, a existência de uma servidão sobre coisa própria – *servidão de proprietário* <sup>26 27</sup> – pode constituir uma assinalável mais valia para o caso, *v.g.*, de o prédio dominante ser alienado (pois, caso contrário, ou se verificam os pressupostos da destinação do pai de família – artigo 1549º do Código Civil – ou então o adquirente fica, em geral, dependente de consentimento do alienante

---

com subrogación en el crédito), bien porque sea el acreedor quien adquiera la finca gravada, por ejemplo, porque se la adjudique en la subasta a que diera la ejecución de la hipoteca en cuestión o porque se la adjudiquen en la ejecución instada por un acreedor posterior, lo que determinaría la extinción por consolidación de la hipoteca anterior constituida a su favor” (*Tratado de los derechos de garantía*, Carrasco Perera – Cordero Lobato – Marín López, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 655).

<sup>22</sup> Cf., por exemplo, Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, Princípiã, 2002, Cascais, pág. 19.

<sup>23</sup> *V.g.* usufruto sobre coisa móvel *nullius*.

<sup>24</sup> Por exemplo, hipoteca de proprietário; ver, a propósito, Wolff – Raiser, *Sachenrecht*, tomo III, vol. II, trad. esp. de González – Alguer (*Derecho de Cosas*), Barcelona, Bosch, 1971, págs. 297 e segs.. Cf. igualmente a hipótese prevista no n.º 5 do artigo 27º da Lei n.º 2.030 de 22/06/1948.

<sup>25</sup> Cf. o artigo 735 do Código Civil suíço: “1. Lorsque les deux fonds sont réunis dans la même main, le propriétaire peut faire radier la servitude. 2 La servitude subsiste comme droit réel tant que la radiation n’a pas eu lieu”. Para o Direito suíço há um ponto suplementar que, no entanto, carece de explicação: é que aí, em geral, o registo predial tem carácter constitutivo tanto para que se produza a aquisição de um direito (através da “inscription”), como para a ocorrência da sua extinção (por meio da “radiation”).

<sup>26</sup> Ver, por exemplo, Manuel Albadalejo, *Curso de Derecho Civil Español*, vol. III, *Derecho de Bienes*, págs. 344/345.

<sup>27</sup> Podem obter-se resultados práticos semelhantes àqueles que resultam da admissão da servidão de proprietário através da constituição sob condição suspensiva de qualquer servidão entre dois imóveis do mesmo dono, embora assim não se evite ainda, todavia, a extinção por consolidação [artigo 1569º, n.º 1, alínea a), Código Civil].

para o efeito<sup>28</sup>). Embora possa não parecer (dado que enquanto ambos os prédios pertencem ao mesmo dono, a respectiva utilização se funda na propriedade e não na servidão), a admissão da servidão de proprietário potencia importantes consequências jurídicas. Por exemplo, no caso “d’una hipoteca imposada sobre un dels predis mentre un mateix subjecte era titular de dues finques entre les qual s’havia establert una relació aparent d’utilitat i servei: si s’entén que la servitud preexistia (dominis reunits), l’execució de la finca hipotecada no comportarà l’extinció de la servitud, cosa que succeirà en el cas d’entendre que la servitud només podia sorgir quan es produís la separació de propietats”<sup>29</sup>.

Admite-se, igualmente<sup>30</sup>, a constituição de servidão a favor ou contra prédio em compropriedade, pertencendo o outro prédio, exclusivamente, a um dos comproprietários do primeiro.

III.II. A propósito da hipoteca podem surgir outras tantas hipóteses de direito real menor sobre coisa própria.

Uma vez que a constituição da hipoteca não implica a atribuição da posse da coisa ao credor hipotecário, sobre a mesma coisa pode incidir um número potencialmente infinito de hipotecas (hierarquizadas através do registo – artigo 6º, Código do Registo Predial). Ora, quando uma delas se extinga, são teoricamente admissíveis duas soluções: *i*) ou o lugar do respectivo titular fica vago; *ii*) ou todas as hipotecas posteriores avançam um grau. Por força do disposto no artigo 713º, no Código Civil perfilhou-se a segunda solução. Mas, a disposição em causa pode ser interpretada restritivamente. Torna-se de facto injustificável beneficiar os credores subsequentes, quando a extinção da hipoteca anterior se deva à ocorrência de um facto cuja verificação não possa ser esperada (por exemplo, a renúncia do credor hipotecário anterior). Daí que, nessas situações, se deva encarar o lugar como existente mas desocupado.

A hipoteca sobre coisa própria constitui, nalguns casos, a solução mais sensata para o efeito<sup>31</sup>. Por exemplo: sempre que existam diversas hipotecas sobre a mesma coisa, a extinção da anterior por força de um facto não expectável pelo titular da posterior (*v.g.* a renúncia) não deve implicar o avanço deste em um grau para a frente. Em tal caso, o lugar (grau) da hipoteca anterior deve

---

<sup>28</sup> Foi esta razão, entre outras, que levou a Llei (catalã) 13/1990, de 9 de juliol, de l’acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veinatge, a declarar no seu artigo 17º que “la servitud no s’extingeix pel sol fet que s’arribin a reunir en una sola persona les propietats dels predis dominant i servent”, bem como a estabelecer no artigo 7º que “l’existència d’un signe aparent de servitud entre dues finques pertanyents a un únic propietari no es considera, si se’n transmet una, títol suficient perquè la servitud continui si en l’acte d’alienació no es disposa així” (o que significa que, existindo a dita convenção em contrário, a servidão continua).

<sup>29</sup> Ivan Mateo Borge, *Notes sobre la supressió de la constitució de servituds per la «destinació del pare de família» i la seva possible relació amb la servitud de propietari*, pág. 4, in [www.civil.udg.es/WEBTOSSA98/PONCOMUN.htm](http://www.civil.udg.es/WEBTOSSA98/PONCOMUN.htm).

<sup>30</sup> Pires de Lima – Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. III, 2ª edição, pág. 617.

<sup>31</sup> Sobre o assunto ver Wolff – Raiser, *Sachenrecht*, tomo III, vol. II, págs. 297 e segs.

conservar-se vago, na disponibilidade do autor da hipoteca<sup>32</sup>. Registralmente, isto deveria traduzir-se num averbamento à inscrição de tal hipoteca que referisse a situação<sup>33</sup>.

Quando o “lugar fica vago” em consequência da extinção da hipoteca anterior, poderá constituir-se nova hipoteca que ocupe esse “sítio”, com o exacto conteúdo<sup>34</sup> daquela que se extinguiu, se algum credor nisso tiver interesse. O que quer dizer que, se tal não suceder, os credores hipotecários posteriores acabarão por progredir, de facto, um grau.

Este avanço nunca se verificará, no entanto, quando o crédito garantido, ou apenas a hipoteca, tenha sido adquirido/a pelo autor da hipoteca<sup>35</sup>. Aqui, na realidade, se a extinção da hipoteca se verificasse, o respectivo autor ficaria injustificadamente prejudicado perante os credores hipotecários posteriores. Pelo que, neste caso, a hipoteca deve manter-se, pese embora ela entrar na titularidade daquele que já é titular do direito por ela onerado<sup>36</sup>.

III.III. Ainda pelo menos numa outra situação se tem levantado a hipótese de diferentes direitos sobre a mesma coisa na titularidade da mesma pessoa. É o que sucede sempre que o titular de um direito real onera, a favor de terceiro, uma “parte” dos seus poderes, os quais, caso estivessem na titularidade de outrem, seriam verdadeiros direitos reais.

Seja *A*, proprietário do imóvel *x*, que pretende hipotecar a favor de *B* uma quota de 50% sobre o mesmo; seja *C*, proprietário do prédio *y*, que pretende hipotecar a favor de *D* o usufruto do mesmo<sup>37</sup>. Não se podem levantar dúvidas acerca da admissibilidade destes actos. A dificuldade está na sua explicação construtiva.

Como a constituição imediata das onerações em causa não desempenha, contudo, qualquer função útil, parece mais ajustado considerar que a eficácia constitutiva daqueles actos fica implicitamente sujeita a condição suspensiva. Os referidos direitos apenas se constituirão, assim, quando (e se) se vier a realizar, nos exemplos, a sua alienação judicial<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> Existirão várias explicações, mas a mais adequada consistirá em considerar que a hipoteca em causa está sujeita a condição suspensiva: (re)constituir-se-á quando (e se) voltar a existir um crédito do qual seja acessória.

<sup>33</sup> Já, ao invés, se, por exemplo, o crédito hipotecário se transmite, juntamente com a hipoteca (artigo 582º, Código Civil), para o autor da hipoteca, sendo este terceiro, o caso, embora continue a ser de hipoteca sobre coisa própria, não apresenta qualquer especialidade, substantiva ou registal, dado que o autor da hipoteca (v.g. o proprietário) será, necessária e simultaneamente, credor hipotecário e, por isso, o registo da referida transmissão far-se-á nos termos gerais.

<sup>34</sup> Portanto, para garantir o crédito nos *limites* da anterior garantia.

<sup>35</sup> É claro que se o devedor for o autor da hipoteca somente a primeira hipótese é verificável (artigo 727º).

<sup>36</sup> Sobre a hipoteca de proprietário, cf. Wolff – Raiser, *Sachenrecht*, vol. II, págs. 307 e segs.

<sup>37</sup> Acerca deste exemplo, ver Paolo Grossi, *Il Dominio e Le Cose*, Milano, Giuffrè, 1992, págs. 597 e segs.

<sup>38</sup> Há, portanto, analogia com o disposto no n.º 2 do artigo 688º do Código Civil.

IV. Não é o que se passa, todavia, no caso do direito de retenção quando o promitente-comprador haja adquirido, em venda judicial, o imóvel retido. Não se vislumbra qualquer razão que possa impedir a eficácia típica da consolidação: extinção do direito de retenção por reunião, na mesma pessoa, da sua titularidade conjuntamente com a titularidade do direito de propriedade. Ao invés, somente se vislumbram razões para sustentar precisamente a verificação da eficácia típica da consolidação, como de seguida se descreve.

Com a formalização da referida aquisição, o direito de propriedade em causa transferiu-se [alínea a), artigo 879º, Código Civil] para o retentor. Consequentemente, o direito de retenção extinguiu-se, *automaticamente*, nesse preciso instante. E isto por se tornar inconcebível, como antes se disse, um direito de real de garantia (de retenção ou de outra espécie) sobre coisa própria: a caracterização deste direito como *iura in re aliena* típico determina a sua necessária extinção no instante<sup>39</sup> em que o credor obtém a propriedade da coisa sobre a qual ele incidia.

Ainda se poderia pensar na subsistência do direito de retenção, por analogia com aquelas hipóteses relativas à hipoteca (acima referidas), para a eventualidade de o seu aniquilamento por consolidação poder acarretar algum prejuízo para o credor (ou seja, para o promitente-comprador). Todavia, o direito de retenção concedido pela alínea f) do n.º 1 do artigo 755º do Código Civil tem em vista a tutela do promitente-comprador contra a inexecução do contrato-promessa imputável ao promitente-vendedor. Ora, a extinção por consolidação do direito de retenção a que alude aquele preceito, é insusceptível de acarretar qualquer prejuízo ao promitente-comprador, quando este haja obtido (por via de venda judicial), *directamente*, a partir do *mesmo promitente-vendedor*, o objecto desde sempre pretendido<sup>40</sup>.

A entrada em funcionamento do disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 755º do Código Civil pressupõe que o contrato-promessa tenha sido resolvido, com a consequente atribuição ao promitente-comprador dos direitos que lhe são reconhecidos pelo n.º 2 do artigo 442º do mesmo diploma. Ainda que exista

---

<sup>39</sup> Sobre o carácter automático da extinção por consolidação cf., por exemplo, o acórdão da Relação do Porto de 02/03/2000, R. 126/2000, Col. de Jur., 2000, II, 179: “I – Extinto o usufruto, a elasticidade característica do direito de propriedade manifesta-se imediatamente, regressando à sua plenitude pela reunião dos três característicos poderes que integram o seu conteúdo: «jus utendi», «jus fruendi» e «jus alutendi». II – Consolidado o direito de propriedade com a extinção do usufruto, se se der o caso de, no momento dessa extinção, o usufrutuário ser titular de um crédito constituído em função e por causa da coisa, essa titularidade transmite-se ao proprietário, não porque ele fique constituído na mesma posição jurídica do usufrutuário, mas porque, por força da elasticidade ou expansão automática do direito de propriedade, é ele o sucessor no gozo, isto é, no uso o fruição da coisa”.

<sup>40</sup> A situação não se equipara, portanto, àquela outra que foi decidida pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/01/2003, Processo n.º 02B4471, no seguinte sentido: “1 – Mantém o direito de retenção o promitente-comprador que mais tarde adquire o prédio objecto do contrato a quem o adquirira em execução, se assim for do seu interesse. 2 – Não se verifica confusão, uma vez que há hipotecas, podendo a titular do direito de retenção ser prejudicada caso se entendesse que o seu direito se extinguiu”.

alguma divergência, doutrinária e jurisprudencial, relativamente a este ponto, somente faz sentido que a resolução em causa suceda com fundamento em não cumprimento definitivo (pois, não tendo havido interpelação admonitória, como é que se pode resolver um contrato se a prestação permanece possível e o credor não perdeu interesse na sua execução? <sup>41</sup>). Ora, poder-se-á dizer, quando o promitente-comprador acabe por ir à venda judicial fazer a melhor proposta, que perdeu o interesse na realização do contrato-promessa?

V. Aliás, mesmo entendendo-se que a relação jurídica emergente do contrato-promessa e aquela outra que deriva da venda judicial são inteiramente independentes e desconexas, e que o promitente-comprador somente adquiriu o mesmo exacto imóvel por pura casualidade, pretendendo com isso sustentar-se a manutenção do crédito ao dobro do sinal e, coerentemente, a permanência do direito de retenção, encontrar-se-á ele decerto a incorrer em exercício abusivo (artigo 334º, Código Civil), na hipótese típica de *exercício manifestamente desequilibrado*, pois a sua actuação gera “desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem” <sup>42</sup>. Efectivamente, se persistir a reclamação do promitente-comprador ao dobro do sinal, com a conseqüente manutenção do direito de retenção associado, ele estará, no fundo, a financiar a compra que outorgou com o promitente-comprador (através do liquidatário judicial) aproveitando-se da quantia que obteve a partir deste a título de restituição do referido sinal em dobro. E esta será devida, na perspectiva do promitente-comprador, à falta de transmissão do direito de propriedade sobre a fracção. A verdade, no entanto, é que este lhe foi transmitido e, mais, por quem devia realmente fazê-lo!

VI. A jurisprudência existente sobre esta matéria convém que seja rigorosamente entendida, tendo em vista prevenir extrapolações arriscadas.

Diz-se, por exemplo, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/07/2006, Processo n.º 06B2106, que “I – O art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC, interpretado no sentido de que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que com registo anterior, não padece de inconstitucionalidade material ou orgânica. II – A entrega dos bens do falido ao liquidatário judicial não corresponde a um facto extintivo do direito de retenção. III – Para efeitos de graduação de créditos, o crédito hipotecário deve ser pago após o garantido por direito de retenção, mas à frente dos créditos comuns”. Ou, do mesmo Tribunal, o acórdão de 26/06/2001, Processo n.º 01A1843: “II – O credor que goza de um direito de retenção sobre a coisa apreendida judicialmente só tem o direito de reclamar o seu crédito e fazer, aí, valer a sua garantia real. III – A apreensão judicial da coisa não extingue o direito de retenção”.

O que está aqui em conta, contudo, é a causa de extinção específica do direito de retenção (e também do penhor – artigo 677º, Código Civil) estabelecida pelo artigo 761º do Código Civil: “O direito de retenção extingue-se ... pela

<sup>41</sup> Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 108 a 127.

<sup>42</sup> Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1985, págs. 857 e segs.

entrega da coisa”. Ora, não se duvida que a referida entrega, não constituindo desapossamento voluntário, não pode, só por si, determinar a cessação da retenção<sup>43</sup>. Não é o caso, todavia, que se considera na presente hipótese.

VII. Mas já, por outro lado, cabe ter em conta o conteúdo dos seguintes acórdãos:

- i) do Supremo Tribunal de Justiça de 25/03/1999, Processo n.º 99B178, Col. de Jur., 1999, 2, 40: *“I – Adquirindo o promitente-comprador a propriedade do bem sujeito ao direito de retenção de que ele próprio era titular extingue-se este por confusão. II – Por conseguinte, sendo essa aquisição efectuada por compra em processo executivo, o adquirente, até então titular do direito de retenção, não pode já fazer valer esse direito para exercer o seu crédito sobre o promitente-vendedor relativamente ao produto da venda do bem em causa. III – Mesmo a entender-se que, simultaneamente à extinção do direito de retenção por confusão, caduca também o mesmo direito nos termos do n.º 2 do artigo 824.º do Código Civil, esse conflito de efeitos jurídicos deve resolver-se pela prevalência do efeito substantivo da confusão”;*
- ii) da Relação de Lisboa de 17/02/2004, R. 8629/2002, Col. de Jur., 2004, I, 120: *“I – Constituído direito de retenção a favor promitente-comprador de uma fracção autónoma, a aquisição da mesma em processo de execução fiscal determina a extinção daquele direito de garantia. II – Ainda que a aquisição seja feita pelo promitente-comprador, a garantia real do seu crédito decorrente do extinto direito de retenção transfere-se para o produto da venda, sendo a preferência considerada na sentença de graduação de crédito”;*
- iii) do Supremo Tribunal de Justiça de 21/06/1994, P. 85.691, Col. de Ju., 1994, 2, 156: *“Adquirido um prédio urbano em hasta pública, a extinção dos ónus que sobre o mesmo incidem abrange o direito de retenção detido por possuidor do mesmo prédio”;*
- iv) do Supremo Tribunal de Justiça de 12/11/2009, P. 574/2009, Col. de Jur., 2009, III, 144: *“I – Declarada falência do promitente-vendedor, o património deste passa a integrar a massa falida encontrando-se vedada a prática, por este, de actos de disposição de bens, pelo que ficou legalmente impedido de cumprir. II – O contrato-promessa, sem eficácia real, que se encontre por cumprir, à data da declaração de falência, extingue-se com esta, ressalvando-se, porém, a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido. III – Extinguindo-se nesse caso, legalmente, o contrato-promessa, uma vez que não pode imputar-se ao promitente-vendedor o incumprimento da promessa, o promitente-comprador que obteve a tradição da coisa não goza de direito de retenção”;*

---

<sup>43</sup> Confira-se, não obstante, o acórdão da Relação do Porto de 24/05/2007, Processo n.º 0732323: *“II – Em caso de incumprimento por parte do promitente-vendedor e com fundamento no direito de retenção de que goza o promitente-comprador a favor de quem houve simultânea tradição da coisa prometida vender e, entretanto, penhorada, pode este último obstar, mediante dedução de embargos de terceiro, à entrega daquela ao fiel depositário para ulterior venda judicial”.*

v) da Relação de Lisboa de 04/03/1997, R. 1473/96, Bol. do Min. da Just., 465, 635: “I – O beneficiário de qualquer contrato promessa, sinalizado e com «*traditio rei*», goza do direito de retenção sobre a coisa objecto do contrato prometido ( neste sentido Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, página 120; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, páginas 826 e seguintes, e acórdãos da Relação de Lisboa de 4 de Novembro de 1993, *Colectânea de Jurisprudência*, 1983, tomo 5º, página 112, e do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 1993, *Colectânea de Jurisprudência*, 1983, tomo I, página 31). II – Adquirido um prédio urbano em hasta pública, a extinção dos ónus que sobre o mesmo incide abrange o direito de retenção detido por possuidor do mesmo prédio – acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1994, *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, tomo 2º, página 156, da Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 1992, *Colectânea de Jurisprudência*, 1992, tomo 5º, página 160, e da Relação do Porto de 17 de Junho de 1996, *Colectânea de Jurisprudência*, 1996, tomo 3º, página 218”.

### C. A subsistência do crédito ao dobro do sinal

I. O direito de retenção deve considerar-se extinto, *automaticamente*, no instante em que o imóvel retido haja sido judicialmente adquirido pelo promitente-comprador também por uma outra razão: em virtude de o *crédito ao dobro do sinal se dever considerar extinto nesse momento*.

Na verdade, se a compra e venda acaba por ser celebrada, verifica-se que verdadeiramente não há incumprimento do contrato-promessa ou, pelo menos, que este, a ter existido, é inteiramente irrelevante. De todo o modo, uma coisa é certa: o promitente-comprador não pode pretender, em simultâneo, a devolução do sinal em dobro e a aquisição da propriedade pela compra e venda, pois então não pagaria o preço na totalidade! Na hipótese que se considera, a compra e venda (judicial) é celebrada por “portas travessas”; mas cabe entender que ela é um sucedâneo da compra e venda prometida, pois, de qualquer maneira, os sujeitos (activo e passivo) são os mesmos e o objecto é igualmente o mesmo (o *montante* do preço, ainda que seja distinto daquele que foi prometido, não é, contudo, um elemento essencial nem do contrato-promessa de compra e venda, nem do contrato de compra e venda – artigo 883º, n.º 1, Código Civil). Tudo se passa, no fundo, como se o contrato-promessa em causa tivesse sido objecto de execução específica nos termos do artigo 830º do Código Civil; e o facto de, na venda judicial, terem existido outros ofertantes é irrelevante dado que não foi a favor de qualquer deles que ela se efectuou.

Ora, nesta sequência, estando o direito de retenção a assegurar o cumprimento de uma obrigação, *extinguindo-se esta, aquele extingue-se também de modo automático* [artigos 761º e 730º, alínea a), Código Civil].

II. O ponto que cabe sublinhar *intensamente* é o seguinte.

O incumprimento definitivo de uma obrigação pode, em tese geral, fundar-

se em uma de três causas:

- impossibilidade objectiva da prestação (artigo 801º, Código Civil);
- perda de interesse do credor na realização da prestação avaliada objectivamente (artigo 808º, n.º 1, 1ª parte, Código Civil);
- e, por fim, fixação de um prazo peremptório para o oferecimento da prestação em mora através da interpelação admonitória (artigo 808º, n.º 1, 2ª parte, Código Civil).

Não ocorrendo esta última, uma coisa é certa: se o promitente-comprador tivesse perdido o interesse na celebração da compra e venda prometida, não teria surgido, depois, a comprar na venda judicial. Se o faz é certamente por a aquisição do imóvel em causa lhe importar manifestamente.

Daí a razão para entender a venda judicial representa materialmente, *no circunstancialismo* que aqui se leva em conta, uma execução específica do contrato-promessa.

III. Diz-se no sumário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/06/2005, Processo n.º 05A1247, que “I – A aquisição de imóvel por dada pessoa em venda judicial (na qual o seu crédito de retenção) com utilização da faculdade concedida no n.º 2 do artigo 887 C.P.C. não determina a perda daquela e a conseqüente extinção da instância de verificação e graduação de créditos no processo executivo. II – Estamos em presença de uma confusão imprópria em que se reúnem as qualidades de credor e de titular do objecto da garantia”.

E, na sequência, desenvolvendo a ideia: “a questão fulcral e única a decidir é a seguinte, como salienta o recorrido: A aquisição de fracção de imóvel, em hasta pública da venda judicial, em execução na qual o seu crédito e respectiva garantia de direito de retenção haviam sido liminarmente admitidos, com utilização da faculdade disposta no artigo 887 n.º 2 CPC, determina a perda daquela garantia e a conseqüente extinção da instância de verificação e graduação de créditos no processo executivo?”

Decidindo esta questão a 1ª instância entendeu que só lançando mão de uma acção comum contra o promitente vendedor poderá aquele ora recorrido ver satisfeita a sua pretensão – a lógica formal não permite outra saída.

Entendimento contrário teve o Tribunal da Relação no acórdão recorrido.

Ora como muito bem se decidiu no Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça de 16/11/04 Revista n.º 3084/04 desta 6ª Secção: “A nossa lei processual, no artigo 887 C.P.C prevê a possibilidade de um credor adquirir bens na execução, mantendo a garantia real do seu crédito e sendo dispensado de depositar a parte do preço que não seja necessária para pagar a credores graduados antes dele.

A lei adjectiva, ao dispensar o credor de depositar a parte do preço que não seja precisa para pagar aos credores graduados à sua frente, mostra-nos que o credor adquirente de bens na execução, cujo crédito goze de garantia real, vê a sua garantia transmitida para o preço, deixando de pagar a parte deste que lhe caberia na fase do pagamento aos credores, em função da sua graduação no respectivo concurso (artigos 872º e 873º C.P.C.)”.

De salientar também que estamos em presença de uma hipótese de confusão

*imprópria em que se reúnem as qualidades de credor e de titular do objecto da garantia.*

*Tal confusão não prejudica a prevalência da garantia.*

*E isto porque a qualidade jurídica do comprador arrematante não se confunde com a que o mesmo tem como reclamante: sob o ponto de vista jurídico são situações diferentes para todos os efeitos substantivos e processuais, designadamente, dos artigos 824 n.º 3 C.Civ e 887 n.º 3 C.P.C., justificando-se, pois, no caso «sub judice» o ordenado julgamento do concurso de créditos e garantias existentes, entendendo-se que o reclamante de crédito tem uma qualidade e posição jurídica de terceiro face à de comprador.*

*A não a ser assim o credor ver-se-ia despojado da garantia e teria de pagar a totalidade do crédito, o que actuaria como um factor inibitório e gerador de injustiça relativa.*

*Tudo isto a significar que não colhe a tese da recorrente no sentido de que a única solução justa e legal é a de que optando pela aquisição judicial do imóvel o recorrido renunciou tacitamente ao direito de retenção de que era alegadamente titular”.*

No seu artigo 815º, o Código de Processo Civil, estabelece que: “1 - O exequente que adquira bens pela execução é dispensado de depositar a parte do preço que não seja necessária para pagar a credores graduados antes dele e não exceda a importância que tem direito a receber; igual dispensa é concedida ao credor com garantia sobre os bens que adquirir. 2 - Não estando ainda graduados os créditos, o exequente não é obrigado a depositar mais que a parte excedente à quantia exequenda e o credor só é obrigado a depositar o excedente ao montante do crédito que tenha reclamado sobre os bens adquiridos”.

Este preceito legal determina, na verdade, o reconhecimento implícito da subsistência do direito de retenção emergente do não cumprimento do contrato-promessa quando imputável ao promitente-vendedor. E a sua aplicação supõe que o titular da garantia real haja adquirido através da venda judicial a propriedade sobre o bem relativamente ao qual a mantém. Mas isso, por outro lado, subentende a persistência do crédito garantido pelo direito de retenção. O que não pode suceder na hipótese em apreço.