

DA RETENÇÃO DO PROMITENTE NA VENDA EXECUTIVA

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

I — O DIREITO DE RETENÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE

§ 1.º As reformas do Código Civil (breve nota)

I. O Código Civil conheceu, em 1980 e em 1986, respectivamente, duas reformas relativas ao contrato-promessa (¹). Trata-se de matéria muito conhecida pelo que faremos, aqui, apenas uma referência breve: ela será necessária para expor, com mais clareza, a temática relativa à retenção.

II. Em 1980, o País debatia-se com taxas elevadas de inflação, dobradas por uma subida acentuada do valor da propriedade imobiliária. Esses dois factores conjugados tornaram num bom negócio para os construtores a prática de não cumprir contratos-promessas antes celebrados: podiam restituir em dobro, os sinais

(¹) Sobre essa matéria permitimo-nos remeter para os nossos estudos *O novo regime do contrato-promessa*, BMJ 306 (1981), *A excepção do cumprimento do contrato-promessa*, TJ 27 (1987) e *O novíssimo regime do contrato-promessa*, CJ XII, 2 (1987); estes escritos foram incluídos em MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, vol. 1.º (1987), 11-94. Elementos mais recentes podem ser confrontados em ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed. (1994), 321 ss. e *Contrato-promessa / Uma síntese do regime actual*, 5.ª ed. (1998).

recebidos e vender, depois, a terceiros, a preços actualizados, com grande lucro.

Estas decorrências eram socialmente nocivas. Não só privavam pessoas de casa própria, por vezes, mesmo, já paga e isso numa altura em que a sua aquisição parecia segura, como, ainda, conduziam *a deixar sem lar famílias inteiras*.

III. O Governo entendeu dever agir, fazendo-o por via legislativa: tal a origem da reforma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 16 de Julho. Em traços muito largos, este diploma veio alterar o Código Civil, pela forma seguinte:

- veio requerer determinados formalismos, quanto à celebração de contratos-promessas relativos a edifícios ou suas fracções, para prevenir construções clandestinas;
- veio alterar o regime do sinal, de modo que o promitente alienante faltoso não se liberasse com o mero pagamento do sinal dobrado: ele teria, antes, de pagar uma indemnização equivalente ao valor da coisa;
- veio modificar a possibilidade de execução específica, tornando-a obrigatória.

Estas modificações seriam justificadas no tocante aos contratos-promessas cuja crise motivara a reforma: os contratos-promessas relativos a edifícios e suas fracções autónomas. Porém, o legislador introduziu-as em preceitos gerais do Código Civil, atingindo, com isso, *todos* os contratos-promessas.

Houve, assim, o movimento generalizado *tendente a restringir o alcance da reforma*: ficou claro, pela *occasio legis*, que o legislador disse mais do que pretendeu: não estava em causa o contrato-promessa em geral mas, tão-só, determinados contratos-promessas.

IV. As tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de restringir o âmbito da reforma ocasionaram diversas querelas. O legislador decidiu intervir novamente, de modo a esclarecer o âmbito das alterações. Assim surgiu o Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro. Sem entrar em pormenores, poderemos dizer que esta

segunda reforma — o novíssimo regime do contrato-promessa — tomou, essencialmente, duas atitudes:

- restringiu, de certo modo, as modificações introduzidas àquilo que, inicialmente, era a verdadeira intenção do legislador: acautelar a posição dos promitentes compradores em prédios urbanos;
- acolheu diversas sugestões feitas aquando das querelas causadas pela reforma de 1980.

V. Como conclusões relevantes, no tocante aos dispositivos vigentes, no domínio do contrato-promessa, ficam-nos, desde logo, as seguintes:

- o regime de 1980, sobretudo quando se optasse pela eficácia lata das alterações por ele introduzidas, contrariava diversos princípios civis; *logo, era razoável e mesmo necessário restringir, na medida do possível, o alcance da reforma;*
- o regime de 1986 traduziria, contudo, uma descompressão; designadamente no sector da *habitação própria*, ele *apenas veio dar corpo a normas de protecção idóneas* e, como tais, merecedoras de *aplicação plena*.

§ 2.º O direito de retenção do promitente-adquirente

I. O direito de retenção tinha uma configuração clássica e tradicional, no nosso Direito civil. Ele permitia — tal como resulta, ainda hoje, do artigo 754.º do Código Civil — à pessoa que, estando obrigada a entregar determinada coisa, e tê-la, na hipótese de, contra o credor da entrega, ter um crédito resultante de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados. Havia, depois, situações típicas de retenção, das quais as mais sugestivas eram os direitos de retenção do transportador, do albergueiro e do mandatário, sobre as coisas que, pelo exercício das actividades respectivas, lhes tivessem sido entregues e pelos créditos resultantes dessa mesma actividade — cf. artigo 755.º/1, *a)*, *b)* e *c)*.

O retentor de coisa móvel era equiparado ao credor pignoratício e o de imóveis ao hipotecário — artigos 758.º e 759.º/1. Nesta

última hipótese, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que registada anteriormente — artigo 759.º/2.

II. O direito de retenção assegurava as suas funções de garantia por uma dupla via:

- efeito compulsório;
- efeito de realização pecuniária.

O *efeito compulsório*, ao qual a doutrina atribuía um especial relevo, resultava da pressão psicológica que a situação jurídica da retenção exercia sobre o dono da coisa ⁽²⁾.

A *realização pecuniária* tinha a ver com as faculdades executivas, com pagamento preferencial pelo valor das coisas, nos termos reconhecidos ao credor pignoratício e ao credor hipotecário.

III. O Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, veio atribuir o direito de retenção ao promitente-adquirente, através da redacção dada ao n.º 3 do artigo 442.º do Código Civil:

No caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, o promitente-comprador goza, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor.

O Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, sensível a críticas sistemáticas ⁽³⁾, veio colocar a regra em causa, com melhorias de redacção, no artigo 755.º/1, f), do Código Civil.

IV. O direito de retenção do promitente-adquirente que tenha recebido a coisa, por *traditio*, é *qualitativamente diferente* do direito de retenção comum.

Na retenção comum, a coisa retida responde por débitos que, em regra, representam *uma pequena percentagem do próprio valor da coisa*. Pense-se no direito de retenção do transportador, do gara-

⁽²⁾ Cf. os nossos *Direitos Reais*, 2.º vol. (1979), 1100-1101.

⁽³⁾ Cf. CALVÃO DA SILVA, *Contrato-promessa / Análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80*. BMJ 349 (1985), 53-113 (89).

gista, do albergueiro ou do mandatário. A eficácia compulsória da medida é, pois, intensa: ninguém vai abrir mão dum objecto valioso, para não pagar uma pequena despesa.

Na retenção do promitente, a coisa retida responde por débitos que se *aproximam do próprio valor dela*: basta recordar que o sinal é substituído pelo valor da coisa, nos casos aqui considerados. Nestas condições, compreende-se que a *eficácia compulsória da medida desapareça*: afinal, confrontado com a necessidade de pagar algo que se aproxime do valor da coisa, o promitente faltoso poderá, muito simplesmente, sucumbir à tentação de deixar a coisa à sua sorte.

V. Quando foi publicado o Decreto-Lei n.º 236/80, chamámos a atenção para alguns aspectos do direito de retenção do promitente-adquirente:

- *o seu alcance social*: a retenção garante que o promitente-comprador nunca poderia ser expulso do local, até à definitiva solução do litígio ⁽⁴⁾;
- *os inconvenientes perante a banca*: prevalecendo sobre hipotecas anteriormente registadas, a retenção do promitente-adquirente representava um especial atentado ao crédito bancário hipotecário ⁽⁵⁾.

Tudo isto foi ponderado, aquando da reforma de 1986. O legislador optou por dar a *primazia aos aspectos sociais* ⁽⁶⁾. E assim manteve o direito de retenção do promitente-adquirente.

VI. O direito de retenção do promitente-adquirente, na análise aqui efectuada, permite duas conclusões:

- trata-se dum direito que *perde a dimensão compulsória*, a favor da realização directa do interesse do comprador;

⁽⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, BMJ 306, 41 = *Estudos de Direito Civil* cit., 24.

⁽⁵⁾ *Idem*, BMJ 306, 43 = *Estudos de Direito Civil* cit., 25-26. Cf. um caso de aplicação dessa prevalência em STJ 10-Out.-1989 (ELISEU FIGUEIRA), BMJ 390 (1989), 363-367.

⁽⁶⁾ Tudo isto foi ponderado, aquando da reforma de 1986. O legislador optou por dar a *primazia aos aspectos sociais* ⁽⁶⁾. E assim manteve o direito de retenção do promitente-adquirente.

— além disso, ele é dominado por *preocupações de tipo social*, que o levam a preterir posições legítimas de terceiros, *mesmo anteriores*.

Em suma: o direito de retenção do promitente-adquirente traz como que uma pré-aquisição, por parte do promitente, da coisa prometida. Conhecendo todo o historial da matéria, tal medida não surpreende.

§ 3.º A posse do promitente-adquirente

I. Conhecido o regime da promessa acompanhada de tradição de coisa, cumpre precisar a situação do promitente-adquirente.

Tradicionalmente, a promessa obrigacional, mesmo com entrega antecipada da coisa ao promitente-adquirente, não assumia qualquer traço da realidade: a posse do promitente-adquirente seria precária, por falta de título bastante ou — para as concepções subjectivistas — de «animus».

II. A reforma de 1980, consolidada pela de 1986, veio, contudo, alterar qualitativamente a situação do promitente-adquirente: este, tendo havido tradição da coisa, é tido como possuidor legítimo⁽⁷⁾.

Desde logo, há que lhe reconhecer as defesas possessórias, mesmo contra o próprio dono⁽⁸⁾; o promitente pode recusar a entrega da coisa ao dono, paralisando o pedido da entrega⁽⁹⁾; pode usar de restituição provisória, contra o esbulho violento⁽¹⁰⁾; pode recorrer aos embargos de terceiro⁽¹¹⁾.

(7) STJ 18-Nov.-1982 (LIMA CLUNY), BMJ 321 (1982), 387-396 (395), RLx 11-Dez.-1986 (BARROS DE SEQUEIROS), CJ XI (1986) 5, 153-155 e STJ 7-Mar.-1991 (ALBUQUERQUE DE SOUSA), BMJ 405 (1991), 456-464 (464).

(8) STJ 25-Fev.-1986 (GAMA PRAZERES), BMJ 354 (1986), 549-554 (553) = RLJ 124 (1992), 339-343 (342), Anot. ANTUNES VARELA, 343-352 (351-352), concordante quanto aos resultados práticos.

(9) RLx 11-Dez.-1986 cit., CJ XI, 5, 155 e RPt 9-Mar.-1993 (ARAÚJO BARROS), CJ XVIII (1993) 2, 187-191 (191).

(10) RLx 19-Mai.-1987 (FARINHA RIBEIRAS), CJ XII (1987) 3, 86-88 e REV 12-Mar.-1992 (ARAÚJO DOS ANJOS), CJ XVII (1992) 2, 283-285.

(11) RPt 27-Abr.-1993 (METELLO DE NÁPOLES), CJ XVIII (1993) 2, 225-226 (226) e STJ 22-Jul.-1989 (FERREIRA DA SILVA), BMJ 388 (1989), 437-440 (439).

III. Alguma doutrina já tem minimizado a defesa possessória do promitente-adquirente: este disporia, apenas, dum direito real de garantia.

A posse, porém, é um direito de gozo⁽¹²⁾. No caso da posse do promitente-adquirente, que beneficie da tradição da coisa, parece-nos claro que a tutela legal não visa, apenas, garantir, no sentido de realização pecuniária, a sua posição. Não se trata, em suma, de um vulgar penhor ou duma típica hipoteca. *A lei pretende, antes, assegurar o gozo da coisa. O promitente habita no local com a família: a lei pretende dar estabilidade a essa situação.*

IV. Se procurarmos, para além das abstracções legais, surpreender as realidades da vida, veremos que *o promitente-adquirente pode usar e pode fruir a coisa prometida*; nenhum outro retentor tem tal prerrogativa.

Com todo o respeito pela opinião inversa, parece-nos que o promitente-adquirente tem uma posse mais rica do que a pressuposta por uma simples garantia. A sua posse assegura-lhe um gozo legítimo da coisa. Embora, globalmente tomada, a situação seja pessoal, ela compreende, pelo menos, esse elemento real de gozo: uma posse própria e legítima.

II — A VENDA EM HASTA PÚBLICA

§ 4.º O dispositivo geral; A) O problema causado pela reforma civil de 1930

I. O artigo 824.º do Código Civil, epigrafiado «venda em execução», vem dispor:

1. A venda em execução transfere para o adquirente os direitos do executado sobre a coisa vendida.
2. Os bens são transmitidos livres dos direitos de garantia que os onerarem, bem como os demais direitos reais que

(12) Cf. os nossos *Direitos Reais*, 2.º vol. cit., 874 ss. e, por último, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais* (1997), 163 ss..

não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, com excepção dos que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independente de registo.

3. Os direitos de terceiro que caducarem nos termos do número anterior transferem-se para o produto da venda dos respectivos bens.

Trata-se dum preceito com interessantes antecedentes, cujo conhecimento é útil, para a sua interpretação.

II. Na origem do preceito transcrito, do Código Civil vigente, encontramos a Lei Hipotecária de 1 de Julho de 1863. Aí, a propósito da execução hipotecária, podia ler-se, no seu artigo 169.º:

Os onus que tiverem sido registados em data posterior à da transmissão não acompanham o prédio.

§ único. Os mesmos onus registados em número posterior ao da hypotheca, sómente acompanham o predio e determinam a deducção de que tracta o artigo antecedente, quando depois de pagos todos os creditos hypothecarios anteriores, houver excedente no valor do predio; e n'este caso determinam a deducção até á concorrência d'esse valor.

No Código de Seabra, de 1867, na versão original, cumpre consignar os seguintes preceitos ⁽¹³⁾:

Art. 1021.º A arrematação, adjudicação, ou transmissão de algum predio, por qualquer modo feita, não prejudica os privilegios mobiliarios especiaes, que a esse tempo se achem constituídos sobre fructos, rendas ou moveis do predio arrematado, adjudicado ou transmitido.

Art. 1022.º Os onus reaes, com registo anterior ao da hypotheca de que resultou a expropriação, ou ao da transmis-

⁽¹³⁾ Cf., sobre estes preceitos, DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. II, 2.ª ed. (1895), 267-268.

são mencionada no artigo antecedente, acompanham o predio alienado, e do seu valor é deduzida a importancia dos onus referidos.

Art. 1023.º Os onus reaes, com registo posterior ao da hypotheca ou da transmissão, não acompanham o predio.

§ unico. Exceptuam-se da disposição d'este artigo os onus reaes constituídos antes da promulgação d'este codigo, que forem registados dentro do prazo de um anno, contado desde a mesma promulgação.

O esquema, era, pois, o seguinte: perante a venda executiva:

- conservam-se os «ónus reais» com registo anterior ao da hipoteca;
- conservavam-se os «privilégios mobiliários especiais» que se encontrem constituídos ao tempo da transmissão.

Havia, ainda, um regime transitório.

III. Entretanto, no *Código de Processo Civil de 1876* ocupava-se da matéria o seu *artigo 856.º*, nos seguintes termos:

Os bens serão arrematados livres dos onus reaes que não tiverem registo anterior ao de qualquer penhora, arresto ou hypotheca, salvos contudo os onus reaes que, tendo sido constituídos em data anterior, subsistirem sem registo.

A reforma do Código Civil, aprovada pelo Decreto n.º 19:126, de 16 de Dezembro de 1930, veio alargar a dispensa do artigo 1021.º, aos privilégios imobiliários.

Perante o citado artigo 856.º do Código de Processo Civil de 1876, perguntava-se o que eram «ónus reais». O artigo 949.º/2 do Código de Seabra, na versão original, *enumerava os ónus reais*: servidão e compáscuo, uso, habitação e usufruto, enfiteuse e sub-enfiteuse, censo e quinhão, dote, certos arrendamentos e consigna-ção de rendimentos. A reforma de 1930 veio, contudo, alterar esse esquema. O novo artigo 949.º passou a distinguir direitos reais e ónus reais: os *direitos reais* eram o domínio e as diversas «propriedades imperfeitas» — § 1.º; os *ónus reais* vinham enumerados

como as hipotecas, a penhora e o arresto, o penhor em créditos hipotecários, o dote, o arrendamento por mais de um ano, a consignação de rendimentos e a adjudicação de rendimentos — § 2.º. Esta alteração, como bem se compreende, viria a provocar dúvidas na interpretação do artigo 856.º do Código de Processo Civil de 1876, dúvidas essas que, curiosamente, ainda se mantêm.

IV. Efectivamente, perante o final do artigo 856.º do Código de Processo Civil de 1876 («Os bens serão arrematados livres (...) salvos contudo os onus reaes que, tendo sido constituídos com data anterior, subsistirem sem registo») ficava-se sem saber se «ónus» eram, apenas, direitos reais de gozo — artigo 949.º/2 do Código de Seabra, versão original — ou antes (ou também?) os de garantia — artigo 949.º § 2, do mesmo Código, versão 1930.

Pensamos que o direito de retenção tinha uma solução clara, à margem das confusões relatadas. Adiante procuraremos expor o raciocínio em que se baseia essa asserção.

§ 5.º Continuação; B) O Código de Processo Civil de 1939

I. O Código de Processo Civil de 1939 intentou clarificar as dúvidas acima relatadas. Assim, o seu artigo 907.º, sob a epígrafe «caducidade dos direitos reais e cancelamento dos registos», veio dispor:

1. Os bens são transmitidos livres dos direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou hipoteca, salvos os que, tendo sido constituídos em data anterior, produzam efeito em relação a terceiros independentemente de registo.

2. Em seguida ao pagamento do preço e da sisa são mandados cancelar os registos dos direitos reais que devam caducar, assim como os registos de quaisquer direitos reais de garantia, transferindo-se para o produto da venda os direitos dos respectivos credores.

Tomando a palavra, pouco depois da publicação do Código de 1939, FERNANDO OLAVO vem defender que o n.º 1 citado não

abrange os direitos reais de garantia: estes transferem-se para o produto da venda dos respectivos bens, nos termos do n.º 2, *in fine* (14).

II. Opinião diversa parece ser a de EURICO LOPES CARDOSO (15). Este Autor começa por explicar que a expressão «direitos reais», usada no artigo 907.º do Código de Processo Civil de 1939, não pode ter o significado restritivo do artigo 949.º, § 1.º, do Código Civil, versão 1930: ela abrangeria, antes, tanto os «ónus reais» como os «direitos reais», do Código Civil. Porém, chegado aos direitos de garantia — ou «ónus reais de garantia», LOPES CARDOSO parece concluir que eles caducam sempre, na venda executiva (16): tal resultaria da 2.ª parte do artigo 907.º/2 do Código de 1939: os respectivos registos deveriam ser cancelados.

ALBERTO DOS REIS opina noutro sentido (17): a expressão «direitos reais» do artigo 907.º/1 abrangeria os direitos reais de gozo e, ainda, os «ónus reais» do dote e do arrendamento, de modo a abranger as hipóteses do artigo 949.º, § 1.º, do Código de Seabra, e as do § 2.º, alíneas *d*) e *e*) do mesmo artigo; a expressão «direitos reais de garantia» reportar-se-ia às três primeiras alíneas do artigo 949.º, § 2.º: hipotecas, penhora e arresto e penhor em créditos hipotecários. As conclusões práticas, no tocante aos direitos reais de garantia são, porém, similares: eles caducariam, uma vez que o artigo 907.º/2 manda cancelar os respectivos registos (18).

III. Aparentemente, FERNANDO OLAVO, LOPES CARDOSO e ALBERTO DOS REIS depunham, todos, no sentido da caducidade dos direitos reais de garantia, na venda executiva. Faziam-no, porém, com a razão explícita de que a lei *mandava cancelar os respectivos registos*.

(14) FERNANDO OLAVO, *Caducidade dos direitos reais de gozo; concorrência dos direitos reais de garantia / Interpretação do artigo 907.º do Código de Processo Civil*, ROA 1, 2.º vol. (1941), 450-456 (454).

(15) EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da acção executiva*, 3.ª ed. (1964), 621 ss.. As posições de LOPES CARDOSO constavam, já, das edições anteriores, razão pela qual as vemos criticadas por ALBERTO DOS REIS, em obra abaixo referenciada.

(16) LOPES CARDOSO, *Manual*, 3.ª ed. cit., 625.

(17) ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, vol. 2.º (1943), 395 ss. (399).

(18) *Idem*, 404 ss..

Não analisavam a hipótese de haver direitos reais de garantia constituídos em data anterior ao de qualquer arresto, penhora ou hipoteca e que produzissem efeitos em relação a terceiros, independentemente de qualquer registo ⁽¹⁹⁾.

IV. No entanto, o Direito vigente ao tempo do Código de Seabra conhecia uma situação do direito real de garantia que sobrevivia: a dos *privilégios mobiliários e imobiliários*, nos termos expressos do já transcrito artigo 1021.º do Código de Seabra. LOPES CARDOSO ainda opinou pela revogação desse preceito; assentava, para tanto, na sua particular noção de «direito real» ⁽²⁰⁾, que já vimos ser contraditada por ALBERTO DOS REIS ⁽²¹⁾. Mas não: o artigo 878.º do Código de Seabra consignava, genericamente, os privilégios creditórios como produzindo efeitos *independentemente do registo*. Logo, é lógica a solução do artigo 1021.º: os *privilégios creditórios sobreviviam à arrematação porque produziam efeitos independentemente do registo*. E assim sendo, eles não caíam na alçada do artigo 907.º/2 do Código de Processo Civil, pela razão muito simples de que, aqui, *não há qualquer registo que se possa, sequer, mandar cancelar*.

V. Finalmente, temos o direito de retenção. O Código de Seabra não tratava, em termos gerais, o direito de retenção; este era, assim, analisado a propósito de diversas figuras singulares. GUILHERME MOREIRA, perante o direito de retenção puro — portanto: aquele que não se reporte a um crédito privilegiado — conclui que ⁽²²⁾

(...) o credor a quem é atribuído esse direito [de retenção] pode oppor-se a que os outros credores do devedor exer-

⁽¹⁹⁾ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, vol. 2.º cit., 401, conclui que os direitos reais que produzem efeitos em relação a terceiros, independentemente de registo, seriam os enumerados no artigo 274.º do (então) Código do Registo Predial: 1.º domínio adquirido por usucapião; 2.º transmissão de bens indeterminados; 3.º posse; 4.º determinados direitos anteriores a 1 de Abril de 1867; 5.º servidões aparentes. Não haveria, no Direito então em vigor, outros casos.

⁽²⁰⁾ LOPES CARDOSO, *Manual*, 3.ª ed. cit., 622, citando, mesmo, um acórdão do Supremo.

⁽²¹⁾ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, vol. 2.º cit., 397.

⁽²²⁾ GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português* — vol. 2.º — *Direito das Obrigações* (1911), 533.

cam os seus direitos sobre a coisa retida, enquanto não pagarem o seu credito ou garantirem esse pagamento.

A solução parece razoável. De todo o modo, não encontramos, na doutrina da época, contradita.

Fica uma conclusão: *não corresponde, de todo, à verdade histórica a afirmação de que, antes do Código Civil de 1966, o direito de retenção caducava, quando houvesse hasta pública.*

De facto, o direito de retenção não é uma mera garantia abstracta que se possa exprimir (apenas) em graduações de créditos: ele implica, estruturalmente, uma *retenção material* que não pode desaparecer *ad nutum*.

§ 6.º O Código Civil de 1966

I. O artigo 824.º/2 e 3 do Código Civil, acima transcrito, respondeu à transposição, para a lei substantiva, do dispositivo do artigo 907.º do Código de Processo Civil (23). Não houve — tanto quanto nos foi dado apurar — qualquer intenção de modificar, neste ponto, o regime pré-vigente.

II. Se atentarmos *na letra* do artigo 824.º/2, logo verificamos que a excepção, consignada no seu final («... *com excepção... data anterior... independentemente de registo*»), se reporta, *sem distinção*, a tudo o que a antecede. E portanto: tanto há excepções quanto à extinção de direitos reais de garantia como quanto à de direitos reais de gozo: basta, para tanto, que sejam anteriores a qualquer arresto, penhora ou garantia e produzam efeitos independentemente do registo.

III. É certo que PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, no *Código Anotado*, afirmam que os direitos de garantia caducam todos (24). Porém, trata-se duma asserção que não vem justificada

(23) Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II vol., 3.ª ed. (1986), 99; quanto aos antecedentes legislativos, cf. RODRIGUES BASTOS, *Das obrigações em geral*, vol. VI (1973), 142 ss..

(24) *Idem*, 99.

ou desenvolvida e que se explica por uma especial transposição da doutrina de ALBERTO DOS REIS, acima examinada, fora do contexto em que ela surgiu, como vimos. Salvo o devido respeito, parece-nos que é possível procurar melhor solução.

III — RETENÇÃO DO PROMITENTE E VENDA EXECUTIVA

§ 7.º O regime vigente

I. Os elementos anteriormente coligidos permitirão, segundo se pensa, ponderar a questão fundamental deste estudo: a do comportamento do direito de retenção do promitente, perante a venda executiva.

A jurisprudência maioritária tem entendido que o direito de retenção em causa caduca, na venda executiva, visto o disposto no artigo 824.º/2, do Código Civil (25).

II. Porém, é também certo que existem decisões dos tribunais superiores que deixam alguma margem para uma reflexão suplementar. Assim:

- a retenção prevalece sobre a hipoteca; no entanto, ela não obsta à penhora da coisa *desde que não prejudique o retentor* (26);
- havendo venda, nos termos do artigo 824.º/2 do Código Civil, o direito de retenção caduca uma vez que, perante o terceiro adquirente, que não é devedor, *ele já não teria alcance compulsório* (27);

(25) Assim: RLx 17-Dez.-1992 (AFONSO DE MELO), CJ XVII (1992), 5, 160-162 (162), RPt 21-Out.-1993 (RIBEIRO DE ALMEIDA), CJ XVIII (1993) 5, 102-103 (103) e RLx 11-Mai.-1995 (MORERA CAMILO), CJ XX (1995), 3, 102-104 (104); este último caso, porém, terá justificado a decisão por uma outra circunstância que — essa sim — temos por decisiva: foram os próprios retentores que adquiriram a coisa... Ora, nessa conjuntura, a retenção extingue-se, de facto, mas por confusão.

(26) STJ 13-Out.-1993 (DIONÍSIO DE PINHO), CJ/Supremo I (1993) 3, 60-61 (61, 1.ª col.).

(27) RLx 14-Out.-1993 (RIBEIRO DE ALMEIDA), CJ XVIII (1993) 5, 102-103.

- *idem*, numa solução que derivaria do artigo 907.º do Código de Processo Civil de 1961 ⁽²⁸⁾;
- o direito de retenção é um *direito de garantia e não de gozo*: ele não obsta à penhora da coisa ⁽²⁹⁾.

Pois bem: perante estes casos, parece legítimo ponderar:

- se, em concreto, a retenção é, ou não, relevante para a defesa do promitente-adquirente;
- se a retenção do promitente-adquirente, ao contrário do que sucede com a retenção comum, não transcende o mero nível compulsório; vimos, acima, que tal aspecto é, aqui, secundário;
- se a retenção do promitente-adquirente não faculta uma posse dirigida para o gozo da coisa e não (apenas) à garantia.

III. Salvo o devido respeito pela jurisprudência citada, aliás manifestamente influenciada pelo *Código Anotado*, parece-nos que tudo está em aberto para o repensar do problema.

De facto, a letra do artigo 824.º/2 do Código Civil não é conclusiva. Pelo contrário: ela deixa em aberto a hipótese de excepcionar, à caducidade, as garantias não sujeitas a registo. Aliás, este entendimento parece resultar, ainda que incidentalmente, do acórdão do Supremo, de 28-Mar.-1995 ⁽³⁰⁾.

A história do preceito também não depõe no sentido pretendido. Vimos, pelos seus antecedentes, que não se teve em conta a especificidade da retenção, que não tinha um tratamento geral no Código de Seabra.

⁽²⁸⁾ STJ 26-Mai.-1994 (SOUSA MACEDO), CJ/Supremo II (1994) 2, 118-120 (120).

⁽²⁹⁾ RLx 19-Jan.-1995 (DAMIÃO PEREIRA), CJ XX (1995) 1, 92-94 (93, 2.ª col.); num sentido similar: RLx 23-Fev.-1995 (TORRES VEIGA), CJ XX (1995) 1, 138-140 (140).

⁽³⁰⁾ STJ 28-Mar.-1995 (PAIS DE SOUSA), CJ/Supremo III (1995), 1, 147-151 (150, 2.ª col.), onde se lê:

(...) com a arrematação do imóvel em causa, que se tem por legalmente consumada, caducaram todos os direitos de garantia que o oneravam, com excepção dos indicados na parte final do n.º 2 do citado art. 824.º, mas que, de forma alguma, estão aqui em causa.

Pensemos um pouco. Um garagista repara um automóvel, colocando-lhe peças novas e incorporando, nele, o seu trabalho. Tem o direito de retenção. Perde-o, na venda executiva, limitando-se a concorrer, ainda que como credor privilegiado? Não teria razão GUILHERME MOREIRA quando — como vimos — exigiria, aqui, que o adquirente pagasse o arranjo ou caucionasse o seu pagamento?

IV. Se passarmos, agora, para a retenção do promitente-adquirente, tudo isso se agudiza. Nesta hipótese, os aspectos compulsórios são secundários. O objectivo fundamental da lei foi assegurar, aos promitentes-adquirentes com posse da coisa, a estabilidade da habitação. Além disso, é irreal ver, nesta retenção, uma mera garantia: *pretende-se, sim, objectiva e subjectivamente, legítimar o gozo do promitente-adquirente e de sua família.*

V. Através da sua posse, o promitente-adquirente *disfruta do gozo da coisa*; a posse é uma posição real não se esgotando, aqui, num mero direito pessoal de gozo, vista a causa por que opera.

O direito do promitente-adquirente onera fortemente a coisa. Sendo anterior à penhora, *não parece razoável que a coisa possa ser vendida em hasta pública como se estivesse livre: seja como garantia dispensada de registo, seja como direito de gozo anterior e também dispensado de registo, o direito de retenção do promitente-adquirente sobrevive à venda executiva.*

§ 8.º Conclusões

- I. O exposto permite apresentar breves conclusões. Assim:
 - 1.^a O direito de retenção concedido, em 1980 e em 1986, ao promitente-adquirente que tenha recebido a coisa prometida, foi-o fora das suas funções típicas: não se tratou, tanto, de prosseguir finalidades compulsórias e de garantia mas, antes, de assegurar, ao promitente-adquirente, a estabilidade da habitação prometida, desde que paga ou em vias de o ser;

- 2.^a O artigo 824.º/2 do Código Civil, pela sua letra como pelos seus antecedentes, não permite, de modo algum, concluir *ad nutum* que, na venda executiva, caducam todos os direitos de garantia; excepcionam-se os que, sendo anteriores à penhora, sejam oponíveis a terceiros, independentemente de registo;
- 3.^a De todo o modo, ficam ressalvados os direitos de gozo, anteriores, e não registáveis, entre os quais se conta, seguramente, a posse em nome próprio;
- 4.^a A jurisprudência existente no sentido da caducidade, *ex* artigo 824.º/2, da retenção do promitente, sendo significativa e merecendo todo o respeito, não é definitiva nem conclusiva: há múltiplos aspectos, e dos mais relevantes, que não têm sido considerados;
- 5.^a O direito de retenção, pela história como pelas suas características próprias, sendo anterior à penhora ou à situação que o origine, sobrevive, na venda executiva, visto o final do artigo 824.º/2;
- 6.^a Por maioria de razão sobreviverá a retenção do promitente-adquirente: esta, uma vez que visa, também, assegurar o gozo da coisa, tendo natureza real, cai duplamente no âmbito da exceção incluída no final daquele artigo.