

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o direito de retenção em Portugal e o exercício do direito de retenção pelo promitente -comprador em Portugal à luz do direito português actual, debruça-se apenas sobre ao direito de retenção atribuído ao promitente-comprador adquirente de habitação própria, tendo presente que o direito de retenção recai apenas sobre coisas.

É extensa a doutrina e a jurisprudência sobre o direito de retenção e nem sempre unânimes como procuro manifestar ao longo do trabalho. Facto que nos leva a reflectir sobre o tema com características próprias, aparentemente simples mas complexo quer para os juristas quer para o consumidor adquirente de habitação própria que por falta de meios económicos recorre à celebração do contrato-promessa de compra e venda, sem procurar inteirar-se do alcance do clausulado do próprio contrato, presume ter acautelado os seus interesses na ânsia da aquisição de habitação e mais tarde, se algo correr menos bem, invocar a falta de leitura ou o facto de ter acreditado de boa-fé na explicação do promitente-vendedor que sempre consideraram pessoa séria.

Este facto determinou que houvesse a necessidade de abordar o contrato-promessa, o sinal, a tradição da coisa, a eficácia do contrato-promessa, a tutela do promitente-comprador cujo regime geral está fixado no Código Civil e o regime estabelecido pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) o direito do consumidor.

A importância do tema impõe uma pequena alusão histórica ao surgimento do direito de retenção em geral e a sua evolução até aos nossos dias, restringindo o trabalho ao direito de retenção do promitente-comprador que foi atribuído pelo legislador na década de oitenta, na tutela dos direitos do consumidor.

Com efeito, o direito de retenção sofreu várias vicissitudes desde o direito romano passando pelo Código de Seabra, o Código Civil de 1966, e as alterações ocorridas em 1980 e 1986, culminando com a diferenciação entre o direito de retenção comum e o direito de retenção atribuído ao promitente-comprador

O direito de retenção atribuído ao promitente-comprador surge com o incumprimento definitivo e não com a mora, reunidos que estejam seguintes pressupostos: ter sido constituído sinal, ter havido tradição da coisa e o incumprimento ser imputável do promitente-vendedor, quer dizer, ser ilícito e culposos.

Sendo de realçar que geralmente o promitente-comprador não atribui eficácia real ao contrato promessa e por outras não se preocupa com a forma do contrato-promessa, nem com a divergência entre a vontade real e a vontade declarada, ou com o licenciamento do bem que pretende adquirir, objecto do contrato prometido, que por vezes tem como consequência a nulidade do contrato-promessa, caso em que as partes ficam obrigadas a restituir tudo o que tiverem recebido, em consequência da nulidade total do contrato.

Uma outra situação que merece atenção é o contrato promessa ter sido celebrado por quem não tenha legitimidade para o acto, como sucede no caso de o contrato promessa ter sido assinado apenas por um dos cônjuges, neste caso fica o promitente-comprador impossibilitado de invocar o direito de retenção.

Para além disso, importância de ter presente que o legislador pretendeu proteger promitente-comprador adquirente de habitação própria, consumidor, com a publicação do Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho e do Decreto-Lei nº. 376/86, de 11 de Novembro, e não outro, como resulta dos preâmbulos destes diplomas e da doutrina, contribuirá para uma melhor análise dos efeitos dos contratos-promessa sinalizados cujo promitente-comprador tenha beneficiado da tradição da coisa, a fim de se aferir da existência ou não do direito de retenção.

Contudo, temos que ter em consideração a validade do contrato-promessa, a posse e o sinal bem como o funcionamento deste que só ocorre em caso de incumprimento definitivo.

O promitente-comprador titular do direito de retenção atribuído por lei, carece de reconhecimento judicial do seu direito a fim de obter um título exequível – sentença – que lhe permita executar o bem de que é retentor, pelo que é insuficiente a invocação do direito de retenção desacompanhado do título.

A relevância do sinal e da tradição da coisa na sequência da celebração do contrato-promessa bem como a relação que o promitente-comprador tem com a coisa entregue – habitação, são factores importantes a serem tidos em consideração no estudo do direito de retenção do promitente-comprador.

O direito de retenção é um direito que tem uma dupla função: a coercitiva e a de garantia cujo fim último é obter o pagamento do crédito resultante do incumprimento imputável à outra parte, de acordo com o regime geral estabelecido no Código Civil, desde que tenha sido constituído sinal e havido a tradição da coisa.

Devendo o promitente-comprador reclamar o seu direito no processo de execução, a fim do seu crédito ser pago com preferência sobre os demais credores reclamantes ainda que titulares de hipotecas registadas anteriormente, e que ocorrendo a venda o seu direito se transfere para o produto da venda.

Porém, ocorrendo a insolvência e não tendo contrato-promessa eficácia real, permite o artº. 102º., nº. 1 do CIRE que o administrador possa recusar o cumprimento do contrato-promessa que esteja em curso. Este facto levou a que surgissem divergências doutrinárias e jurisprudenciais relativamente ao reconhecimento do direito de retenção e ao pagamento do sinal em dobro ou do valor da coisa ao tempo da recusa deduzido o preço convencionado, acrescendo-se à diferença o valor do sinal e do preço pago, uma vez que o administrador da insolvência só não pode recusar o cumprimento dos contratos-promessa que gozem de eficácia real e o promitente-comprador se encontre na posse da coisa, nos termos do artº. 106º. nº. 1 do CIRE.

Uma vez recusado o cumprimento pelo administrador da insolvência, a questão centra-se em saber se promitente-comprador titular de um contrato-promessa obrigacional que se encontre na posse da coisa goza ou não do direito de retenção. A resposta a esta questão dividiu a doutrina e a jurisprudência, entendendo uma parte da doutrina que neste caso o promitente-comprador não tinha direito de retenção, como é defendido pelo Professor Doutor Calvão da Silva, um outra parte da doutrina entendia que por haver posse da coisa deveria ser reconhecido o direito de retenção ao promitente-comprador por ser um direito real de garantia, não podendo o administrador recusar o cumprimento por ser um dos pressupostos do artº. 106º. nº. 1 do CIRE, como é defendido pelos Professores Doutores Menezes Leitão, Luís Carvalho Fernandes e João Labareda e por fim pelo Professor Doutor L. Miguel Pestana de Vasconcelos defende que deve ser reconhecido o direito de retenção ao promitente-comprador consumidor, com recurso à analogia, bem como jurisprudencialmente Fonseca Ramos, que acompanha parcialmente o entendimento de pelo Professor Doutor L. Miguel de Vasconcelos Pestana tendo presente a *ratio* teleológica da lei de defesa do consumidor materializada no artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, porque o legislador sempre quis proteger o promitente-comprador enquanto consumidor e o CIRE é omissivo relativamente a essa proteção tutelando antes do interesses dos credores, de acordo com as referências feitas ao longo do trabalho.

Subsequentemente, a esta última perspectiva suscitou-se uma outra que é a de saber da susceptibilidade da aplicação directa do preceituado no artº. 442º. nº. 2 do Código Civil ao CIRE, e verifica-se que tal não é possível, porque o CIRE afastou o regime geral previsto no Código Civil, deixando de haver culpa e ilicitude no acto de recusa do administrador da insolvência, por ser um direito potestativo atribuído por lei.

A proteção do promitente-comprador consumidor no processo insolvencial vai resultar da integração de lacuna nos termos do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil, atenta à omissão e ao disposto no artº. 60º. da Constituição da República Portuguesa e à *ratio* teleológica da lei, uma vez que o legislador no CIRE pretendeu afastar o regime geral do Código Civil reconhecido ao promitente-comprador e o exercício por este do direito de retenção, atento à norma imperativa que é o artº. 119º. do CIRE.

Assim sendo o promitente-comprador consumidor e não outro pode exercer o direito de retenção em caso de recusa do administrador da insolvência, nos termos das disposições do CIRE, enquanto que o promitente-comprador não consumidor terá um tratamento como credor comum nos termos do artº. 104º. nº. 5 do CIRE, não lhe sendo reconhecido o direito de retenção.

Face à teleologia da lei na tutela do promitente-comprador consumidor, parece ser esta última concepção a que mais se aproxima, assegurando o exercício do direito de retenção pelo promitente-comprador consumidor.

Também no processo insolvencial o promitente-comprador exerce o seu direito apresentando a reclamação tempestiva do seu crédito, gozando do direito de ser pago preferencialmente aos demais credores inclusive dos credores hipotecários, sem que isso

viole o princípio da segurança e da confiança *das expectativas firmadas* subjacente ao artº. 2º. da CRP¹ como já foi constitucionalmente reconhecido, por diversos acórdãos do Tribunal Constitucional.

A preocupação com todas as questões acima referidas conduziram-me a uma reflexão que procurei materializar neste trabalho recorrendo à doutrina e à jurisprudência, ficando a sensação de que muito mais haverá a dizer sobre o tema, de modo a melhor defender os interesses e direitos do promitente-comprador mais vulnerável.

¹ SILVA- João Calvão da – Sinal de contrato –promessa. 13ª. ed. rev. e aum. Coimbra:Almedina. 2010,p. 191.