

**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Processo nº 10078/2006-6**

**Relator:** PEREIRA RODRIGUES

**Sessão:** 14 Dezembro 2006

**Número:** RL

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** APELAÇÃO

**Decisão:** CONFIRMADA A DECISÃO

## DIREITO DE RETENÇÃO

### Sumário

I. Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor, prevalecendo, neste caso, o direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

II. Deste modo, em face de concurso de créditos garantidos, respectivamente, por direito de retenção e por hipoteca, sobre a mesma coisa imóvel, o crédito que goza de direito de retenção é graduado com preferência sobre o crédito garantido por hipoteca.

III. O direito de retenção passou a prevalecer sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, em face do regime estabelecido pelo DL 236/80, de 18 de Julho, que veio conceder ao promitente-comprador, no caso de ter ocorrido tradição da coisa objecto do contrato definitivo, o direito de retenção sobre a mesma coisa, pelo crédito resultante do incumprimento.

### Texto Integral

#### **ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA:**

##### **I. OBJECTO DO RECURSO.**

No Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, por apenso à execução, com processo ordinário, intentada por A contra B a C..., reclamou, com vista ao seu reconhecimento e graduação, um crédito no valor de € 425.000,00.

Alegou, em síntese, que:

Celebrou com B um contrato de abertura de crédito e prestação de garantias, até ao montante de Esc. 570.000.000\$00, tendo, naquela data, sido entregue à mutuária a quantia de Esc. 2.900.000\$00 e por esta utilizado, nos termos previstos no contrato, a quantia de Esc. 280.481.414\$00;

Para garantia de todas as obrigações emergentes do referido contrato, foi constituída hipoteca sobre um lote de terreno para construção, sito na ..., com a área de 5.518 m<sup>2</sup>, descrito na CRP de ... .

Nos termos do contrato celebrado, o capital mutuado venceria juros e seria amortizado em 4 prestações semestrais de capital e juros, vencendo-se a primeira 30 meses após a data da celebração do contrato;

O empréstimo referido encontra-se em situação de incumprimento desde 22/11/97, situação que se mantém actualmente, tendo o incumprimento tornado vencida toda a dívida e sendo a responsabilidade actual da mutuária para com a Reclamante de € 1.203.506,91 (664.218,60 de capital, € 539.121,47 e juros vencidos, calculados à taxa de 11,45%, acrescida da sobretaxa de 4%, e 166,84 de despesas, incidindo sobre o total dos juros que vierem a ser cobrados o respectivo imposto de selo, de 4%).

Concluiu, declarando que, sem renunciar ao seu crédito ou à respectiva garantia ou redução desta, restringe a presente reclamação ao valor de € 425.000,00, neste se incluindo todos os juros vencidos cobertos pela hipoteca.

A reclamação foi liminarmente admitida, notificando-se da mesma a exequente e os executados, para, querendo, procederem à sua impugnação no prazo legal.

Estes nada disseram.

Prosseguindo os autos os seus termos, foi proferida sentença de graduação de créditos, a reconhecer o crédito reclamado pela C..., no valor de € 425.000,00 e a determinar que, pelo produto da fracção autónoma penhorada, sejam pagos com a seguinte preferência: 1º o Crédito exequendo; 2º o crédito reclamado pela C....

**Inconformada com a decisão, veio C... interpor recurso para este Tribunal da Relação, apresentando duntas alegações, com as seguintes CONCLUSÕES:**

- a. A recorrente reclamou, sobre a fracção penhorada nos autos, o montante parcial (estimado pelo valor comercial da dita fracção) de um crédito, garantido por hipoteca constituída sobre esse imóvel e outros, e registada em 24.10.95.
- b. Pela sentença recorrida, foi tal crédito graduado em segundo lugar, atrás do crédito exequendo, garantido por direito de retenção reconhecido por decisão de 27.5.00, transitada em julgado.
- c. A recorrente não foi citada para os autos onde foi reconhecido tal direito.
- d. O direito de retenção é juridicamente incompatível com o direito do credor hipotecário, já que, nos termos do art. 759º/2 do CC, o seu reconhecimento destrói o cerne deste direito que é o do respectivo titular ser ressarcido pela venda do imóvel com prioridade sobre os demais credores sem garantias reais anteriormente registadas.
- e. Assim, na medida em que a recorrente não é terceiro juridicamente indiferente relativamente à dita sentença, esta não constitui caso julgado face à ora recorrente (neste sentido, Prof. Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, 1976, pág. 308), e, dessa inoponibilidade, decorria a impossibilidade de ser o crédito subjacente ao direito de retenção graduado com prevalência sobre o crédito da ora recorrente (neste sentido, Ac. ST J de 8.7.03, em WWW.dgsi.pt).
- f. A garantia da recorrente sobre a fracção penhorada nos autos foi registada em 24.10.95, pelo que, à data da constituição da hipoteca, a recorrente não podia prever quaisquer causas para o posterior reconhecimento de um direito de retenção sobre aquela fracção. Aliás, na presente data, desconhece ainda a relação jurídica subjacente ao reconhecimento de tal direito,
- g. O art. 759º/2 do CC (na redacção introduzida pelo DL 379/86 de 11/11), tem por ratio proteger a parte mais fraca no mercado do imobiliário, face ao elevado número de casos em que os promitentes-compradores são prejudicados e enganados pelos diversos agentes do ramo imobiliário, e faz impender sobre os credores hipotecários, mormente as instituições bancárias, o dever de se informarem sobre a idoneidade dos mutuários.
- h. Porém, tal dever sempre existiu, como decorre do art. 227º do CC.
- i. Sendo certo que esse mesmo dever também impende sobre o consumidor de diligência média, na aquisição de um imóvel; não é um exclusivo da banca.

j. Essa opção legislativa foi tomada em detrimento da confiança do credor hipotecário na garantia constituída a seu favor e na prioridade do registo, não ter sido acompanhada de qualquer medida que visasse restringir a margem de acção dos operadores iníquos do mercado imobiliário.

k. Nessa medida, pela opção tomada, a responsabilidade destes, na prática, como que se transferiu, em grande parte, para o património dos credores hipotecários, normalmente instituições bancárias.

l. É incontornável a quantidade de processos judiciais, posteriores à entrada em vigor da actual redacção do art. 759º/2, do CC, em que foram forjados contratos- promessa simplesmente para destruir o efeito de uma hipoteca, sendo conhecidas as dificuldades inerentes à prova, pelo credor hipotecário, da simulação de um tal contrato.

m. Daqui decorre que a alegada necessidade de defesa dos interesses do consumidor, em detrimento de um milenar instituto do comércio jurídico, como a hipoteca, veio, na prática, institucionalizar os princípios da desconfiança e insegurança no mercado do imobiliário.

n. Esta questão, conhecida de todos, é, aliás, e sob reserva de melhor entendimento, demonstrativa de que, pela alteração da realidade socio-económica, posterior à entrada em vigor daquela norma - que, em casos como o dos autos esvazia o conteúdo do direito do credor hipotecário -, a mesma passou a comportar uma violação desproporcionada, intolerável e clamorosa da confiança e segurança jurídicas, emanações do próprio princípio do Estado de Direito (art. 2º da CRP).

o. Pelo exposto, deverá ser declarada a inconstitucionalidade, nos termos do art. 204º da CRP, do art. 759º, n.º 2, do Código Civil, por violação dos arts. 2º e 18º/2 da Lei Fundamental, recusando-se, em conformidade, a sua aplicação ao caso em apreço.

Termos em que deverá o presente recurso merecer provimento.

O exequente contra-alegou, pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

Admitido o recurso na forma, com o efeito e no regime de subida devidos, subiram os autos a este Tribunal da Relação, sendo que nada obstando ao conhecimento do mesmo, cumpre decidir.

A questão essencial a resolver é a de saber se deverá ser declarada a inconstitucionalidade, nos termos do art. 204º da CRP, do art. 759º, n.º 2, do Código Civil, por pretensa violação dos arts. 2º e 18º/2 da Lei Fundamental, recusando-se, em conformidade, a sua aplicação ao caso em apreço.

|

## **II. FUNDAMENTOS DE FACTO.**

|

## **III. FUNDAMENTOS DE DIREITO.**

Como decorre da factualidade descrita, no processo executivo, a que os presentes autos de reclamação de créditos se encontram apensos, foi penhorada, para garantia de satisfação do crédito exequendo, a fracção autónoma designada pela letra Z, correspondente ao 5º andar direito do prédio urbano descrito na CRP de ... cuja aquisição se encontra registada a favor do executado, encontrando-se esta penhora registada com data de 23/07/2001.

O crédito reclamado pela C..., encontra-se garantido por uma hipoteca que se encontra registada a favor desta credora sobre o imóvel penhorado no processo executivo desde 24/10/1995.

Nos termos do art. 686º/1 do Cód. Civil, a hipoteca confere ao credor a faculdade de ser pago com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.

Por seu lado, o crédito exequendo beneficia da penhora efectuada nos autos, a qual, em face do estatuído no art. 822º/1 do Cód. Civil, confere ao exequente o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior.

Como a penhora é posterior à hipoteca invocada pela credora reclamante, o crédito da reclamante de créditos prevaleceria sobre o crédito da primeira.

Sucede, porém, que, por sentença proferida no processo declarativo principal e que foi dada à execução, foi reconhecido ao exequente o direito de retenção sobre o imóvel penhorado atinente ao crédito exequendo, ao abrigo do disposto no artigo 755º/1/f) do CC, segundo o qual o promitente-comprador de prédio urbano ou fracção autónoma, quando se tenha verificado a tradição, tem direito de retenção.

Tal decisão constitui caso julgado material, o qual tem força obrigatória dentro e fora do processo, impedindo uma nova e diversa apreciação, no mesmo ou em novo processo, da relação ou situação jurídica concretamente apreciada e dirimida.

Ora, estabelece o art. 759º/1 e 2 do Cód. Civil que recaído o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor, prevalecendo, neste caso, o direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

Deste modo, em face de concurso de créditos garantidos, respectivamente, por direito de retenção e por hipoteca, sobre a mesma coisa imóvel, o crédito que goza de direito de retenção é graduado com preferência sobre o crédito garantido por hipoteca.

O direito de retenção passou a prevalecer sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, em face do regime estabelecido pelo DL 236/80, de 18 de Julho, que veio conceder ao promitente-comprador, no caso de ter ocorrido tradição da coisa objecto do contrato definitivo, o direito de retenção sobre a mesma coisa, pelo crédito resultante do incumprimento.

É nesse sentido que Antunes Varela afirma que "basta recordar que o direito de retenção constitui hoje um verdadeiro direito real (não de gozo, mas de garantia), como resulta não apenas da sua implantação sistemática no Código Civil, paredes-meias com o penhor, hipoteca e os privilégios creditórios, mas principalmente do regime traçado na lei, ao equiparar em princípio o titular da retenção ao credor pignoratício (artigos 758º e 759º, n.º 3), e ao colocá-lo expressamente à frente do credor hipotecário, ainda que a hipoteca tenha sido anteriormente registada, na graduação de vários créditos sobre o mesmo devedor (artigo 759º/1 e 2), independentemente do registo desse direito **(1)**."

Em idêntica orientação vai o pensamento de Menezes Cordeiro, quando afirma que o regime dos arts 755, nº1, al. f) e 759, nº2, do C.C., decorrente do Dec.Lei 379/86, funciona perante as hipotecas constituídas após 18 de Julho de 1980, não podendo ser aplicado (da mesma forma que o não podia ser o Dec-Lei 236/80), relativamente às hipotecas constituídas antes dessa data, enfermando de inconstitucionalidade, por violação do art. 62, nº1, da Constituição, uma interpretação no sentido contrário, visto a hipoteca ser um direito patrimonial privado, genericamente garantido e tutelado por aquele

preceito constitucional, não podendo em consequência ser atingido pelo legislador ordinário, sem a atribuição de uma justa indemnização, coisa que aqueles dec-leis não fazem **(2)**.

Também o Supremo Tribunal de Justiça se tem pronunciado, repetidamente, na ideia da efectiva prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido anteriormente registada, conquanto se trate de hipoteca constituída após 18 de Julho de 1980, ou seja, após a data da publicação do citado DL 236/80 **(3)**.

E ainda no sentido de que esta solução legislativa decorrente do art. 759º/2, do C.C. não pode considerar-se arbitrária, nem é susceptível de violar qualquer princípio constitucional, designadamente, o princípio da legítima confiança ínsito no art. 2º da Constituição, por não ferir o cerne ou núcleo essencial dos direitos fundamentais aí consagrados.

Isto por a medida em análise se não justificar exclusivamente pela necessidade de protecção dos consumidores face às instituições de crédito, uma vez que, pela sua generalidade, ela protege não só os consumidores como qualquer promitente-comprador, mesmo que este disponha de poder económico igual, ou superior, ao das instituições de crédito.

Por outro lado, por a solução legislativa poder justificar-se também pela necessidade de dinamizar o mercado de construção, através do reforço da posição dos promitentes-compradores, sem protecção adequada, em caso de falência do construtor, pretendendo-se, assim, tornar mais seguro e confiante o comércio jurídico imobiliário.

Por tais razões, sendo o crédito hipotecário da recorrente posterior à instituição, pelo aludido DL 236/80, do direito de retenção do promitente-comprador que obtenha a tradição da coisa, tinha a mesma recorrente de contar com a possibilidade legal de existência, no futuro, de algum direito de retenção, relativamente a alguma fracção que viesse a ser prometida vender pelo executado, com as consequências e os efeitos que a lei lhe atribui.

No que concerne à alegada inconstitucionalidade das normas dos artigos 755º/1, al. f) e 759º/2, do C.C, o Tribunal Constitucional, pelo Acórdão de 15-05-04, também já se pronunciou no sentido de considerar que ela se não verifica, aduzindo o seguinte:

"Como resulta do preâmbulo dos dec-leis nºs 236/80 e 379/86, o objectivo prosseguido pela solução agora impugnada é a tutela de defesa do consumidor

e das expectativas da estabilização do negócio (muitas vezes incidente sobre a aquisição de habitação própria permanente) decorrentes da circunstância de ter havido tradição da coisa, através da viabilização de ressarcimento adequado e efectivo da frustração culposa de tais expectativas.

Não se trata, pois, de questão idêntica à subjacente aos casos que já foram objecto de jurisprudência do Tribunal Constitucional (nomeadamente os que dizem respeito à tutela de créditos de entidades públicas, mediante outorga de privilégios imobiliários gerais, sem qualquer conexão com os imóveis por eles abrangidos - referidos no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 498/2003).

Com efeito, o direito de retenção, associado à tradição da coisa, implica uma conexão com o imóvel ou fracção objecto da garantia real, que não existe, por via de regra, nos privilégios creditórios gerais.

Na apreciação da questão de constitucionalidade suscitada nos presentes autos, é decisiva a circunstância do regime impugnado já se encontrar em vigor no momento em que a hipoteca foi constituída.

Em face de tal circunstância não se pode concluir, desde logo, pela violação do princípio da confiança relativamente a expectativas anteriormente firmadas.

Para além disto, é ainda de referir que a norma em apreciação no presente recurso opera meramente uma ponderação adequada do interesse das instituições de crédito detentoras de créditos hipotecários na protecção da confiança inerente ao registo predial e do interesse dos consumidores na protecção da confiança relativa à consolidação dos negócios jurídicos, notando-se que os mesmos respeitam, em muitos casos, à aquisição de habitação própria e permanente.

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

Em face do que ficou exposto, não se verifica, portanto, a inconstitucionalidade da norma apreciada” **(4)**.

Apenas seria diferente e haveria inconstitucionalidade se estivéssemos na presença de uma situação em que o direito de retenção prevalecesse sobre uma hipoteca constituída antes da mencionada data de 18-07-80.

Pelo que fica mencionado, só pode concluir-se que, in casu, não padece de inconstitucionalidade a aplicação do art. 759º/2, do C.C., onde se prevê a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido anteriormente registada, pois a hipoteca de que beneficia a recorrente foi constituída posteriormente à mencionada data de 18-07-80.

Saliente-se que não tem qualquer relevo para o caso em discussão o invocado prejuízo que a recorrente alega sofrer, nem que à data da constituição da hipoteca não podia prever a existência do direito de retenção sobre a fracção em causa, pois que, como se viu, a recorrente não podia desconhecer essa eventualidade.

Sem necessidade de mais considerações se conclui que não deve ser declarada a inconstitucionalidade, nos termos do art. 204º da CRP, do art. 759º, n.º 2, do Código Civil, por pretensa violação dos arts. 2º e 18º/2 da Lei Fundamental, não podendo recusar-se, conseqüentemente, a sua aplicação ao caso em apreço.

**Improcedem, por isso, as conclusões do recurso, sendo de manter a decisão recorrida.**

|

#### **IV. DECISÃO:**

**Em conformidade com os fundamentos expostos, nega-se provimento à apelação e confirma-se a decisão recorrida.**

**Custas nas instâncias pela apelante.**

Lisboa, 14 de Dezembro de 2006.

FERNANDO PEREIRA RODRIGUES

FERNANDA ISABEL PEREIRA

MARIA MANUELA GOMES

---

**1.**-In Das Obrigações em geral, Vol. II, pg. 589.

**2.**-In Estudos de Direito Civil, 1º-89 e Col. Jur. 1897, II, págs 5 a 18.

**3.**-Ac. S.T.J de 11-5-95, in Col. Ac. S.T.J., III, 2º, 81; Ac. S.T.J. de 6-11-01, rec. 214/01, da 6ª Secção; Ac. S.T.J. de 20-10-02, no rec. nº 2752/02, da 1ª secção; Ac. S.T.J. de 30-1-03, no rec. 273/02 e AC do S.T.J. de 07-04-2005, acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj>.

**4.**-publicado no D.R. de 28-6-04, 2ª série e acessível também em <http://www.dgsi.tc.pt>.