

Inês Alves Machado

O direito de retenção e o direito hipotecário no processo de insolvência do promitente-vendedor



CARLOS PINTO DE ABREU
E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Inúmeras são as situações de processos de insolvência de sociedades construtoras de imóveis em que instituições bancárias beneficiam de uma hipoteca sobre o imóvel ao mesmo tempo que um promitente-comprador desse mesmo imóvel reclama créditos emergentes do incumprimento do contrato-promessa, onde pagou parte ou a totalidade do preço, tendo-lhe sido entregue o imóvel antes da declaração de insolvência. Ou seja, temos de um lado as instituições bancárias a tentarem recuperar o crédito concedido, garantido pela hipoteca e, por outro lado, os promitentes-compradores, com sinal pago e com as chaves do imóvel na mão. Perante estes casos questionámo-nos se o promitente-comprador, a quem foi transmitido o imóvel, objeto do contrato meramente obrigacional, gozará do direito de retenção sobre esse imóvel para pagamento do seu crédito, prevalecendo sobre o crédito hipotecário.

A declaração de insolvência produz diversos e distintos efeitos, afetando designadamente os negócios do devedor que se encontrem em curso. Nesta sede assume especial interesse o contrato-promessa sinalizado e com tradição da coisa, em que é insolvente o promitente-vendedor.

A insolvência do promitente-vendedor tem como consequência que todos os bens que integrem o património da empresa passem a integrar a massa insolvente. É nomeado um administrador de insolvência pelo tribunal que será investido de poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente. Depois da apreensão de todos os bens da empresa em questão, o administrador de insolvência vai proceder à respetiva venda. Após esta fase, o administrador procede ao pagamento dos credores com o dinheiro obtido na venda de acordo com a respetiva prioridade e graduação.

A verificação e graduação de créditos é uma fase e um incidente declarativo do processo de insolvência, que corre por apenso a este, que tem lugar após a sentença de declaração de insolvência. Os credores que pretendam obter pagamento dos respetivos direitos de crédito no âmbito do processo de insolvência têm que apresentar a sua reclamação de créditos. Esta última deve ser apresentada no prazo fixado na sentença de declaração de insolvência, o qual não poderá exceder os 30 dias a contar da sentença. Os

credores abrangidos são os titulares de créditos de natureza patrimonial constituídos em data anterior à data da sentença de declaração de insolvência. Depois da apresentação de todos os requerimentos de reclamação de créditos o administrador de insolvência apreciá-los-á e elaborará duas listas: uma lista dos créditos reconhecidos e dos créditos não reconhecidos. No que se refere aos créditos emergentes de contratos-promessa que, à data da insolvência, se encontrem ainda em situação de poderem ou não ser cumpridos, convém desde logo ter presente a opção do administrador de insolvência por não cumprir esses contratos, em face do disposto do art.º 102º do CIRE.

No desenrolar deste processo, caso haja conflito entre credor hipotecário e o promitente-comprador fiel ao contrato-promessa, pode acontecer uma de duas coisas consoante seja um negócio revestido de eficácia real ou obrigacional. Na primeira hipótese, o administrador da insolvência tem de cumprir o contrato-promessa. No segundo caso, pode optar por cumprir ou não. Porém, o acórdão uniformizador de jurisprudência nº4/2014 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) veio dar guarda à posição do promissário dos contratos-promessa revestidos apenas de eficácia meramente obrigacional onde tenha-se dado a *traditio* da coisa. Por sua vez, os negócios em curso ficam suspensos, até que o administrador da insolvência declare optar pelo cumprimento ou não dos mesmos, atendendo aos interesses do processo.

Nos casos em que se trata de uma promessa com eficácia meramente obrigacional com tradição do imóvel antes da data da declaração da insolvência, Luís Menezes Leitão defende que “(...) o contrato-promessa sem eficácia real não poderia ser objeto de recusa do cumprimento se o beneficiário tiver obtido a tradição da coisa (...)”. Este autor afirma que o contrato-promessa obrigacional não pode ser objeto de recusa do cumprimento se o beneficiário tiver obtido a tradição da coisa, sendo esta a hipótese contemplada no artigo 106º nº1 Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE). Luís Menezes Leitão defende que o art.º 106º do CIRE não pode ser interpretado no sentido de que ao administrador seja lícito recusar o cumprimento de contratos-promessa no caso de haver tradição da coisa, mesmo que o contrato apenas tenha eficácia obrigacional.

O legislador entendeu que nos contratos-promessa de compra e venda de um imóvel em que tenha havido entrega (*traditio*) da coisa e incumprimento

imputável ao promitente-vendedor, o promitente-comprador pode usufruir do direito de retenção para garantir o seu crédito relativo ao sinal em dobro ou de requerer a execução específica. O acórdão de fixação de jurisprudência de 20/03/2014 veio fixar que *“no âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755º, nº 1, alínea f) do Código Civil”*. Este acórdão, proferido pelo STJ, entende que no processo de insolvência do promitente-vendedor, no caso de contrato-promessa com eficácia obrigacional, com entrega da coisa e após pagamento do sinal:

- O promitente-comprador que seja consumidor goza do direito de retenção sobre o imóvel. O direito de retenção, regulado nos artigos 754º e seguintes do CC, consiste no direito atribuído ao credor, que se encontra na detenção de uma certa coisa pertencente ao devedor, não só recusar a sua entrega enquanto o devedor não cumprir as obrigações a que se encontra adstrito, mas também de a executar e pagar à custa do seu valor, com preferência sobre os demais credores. Com efeito, o direito de retenção concedido ao promitente-comprador, que obteve a tradição da coisa na sequência da celebração de um contrato-promessa sinalizado, observa-se com grande frequência e assume um forte impacto social e económico.
- A hipoteca é também uma garantia real que concede aos credores o direito a serem pagos pelo valor de certos bens, em regra imóveis do devedor, estando os seus créditos devidamente registados. Por seu turno, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido registada anteriormente, devido à necessidade de proteção do promitente-comprador, sobretudo quando está em causa a habitação do mesmo e onde aí investiu as suas economias confiando na solvabilidade do promitente-vendedor, sendo que a publicidade é direta e visível, uma vez que resulta do uso do próprio imóvel;

Da análise conjunta dos argumentos do acórdão produzido pelo STJ é possível concluir que a tese seguida é a de que, concorrendo o direito de retenção com uma hipoteca, mesmo que registada anteriormente, deve dar-se prevalência ao

primeiro, por ser essa a decisão que melhor tutela os interesses da parte mais fraca, não havendo qualquer hesitação na concessão de um direito de retenção, sempre que se verifique o incumprimento de uma promessa sobre imóvel com tradição do mesmo para o promitente-adquirente.

Quando o retentor tem na sua mão, de forma lícita, coisa imóvel pertencente ao seu credor, vai mesmo equiparado por lei ao credor hipotecário, nos termos do 759º CC, na medida em que pode executar a coisa para pagamento do seu crédito e tem direito a ser pago com preferência em relação aos demais credores do devedor.

À luz do regime atual, os pressupostos cumulativos para o exercício deste direito de retenção são:

- Ser beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de um direito real;
- Haver *traditio* da coisa a favor do promitente-adquirente;
- Ser o beneficiário da promessa titular de um crédito sobre a contraparte, decorrente do incumprimento definitivo do contrato-promessa, a esta imputável;

Esta doutrina só vale, contudo, se o promitente-comprador for também consumidor. Ora, segundo a Lei nº24/96, de 1 de Julho “*consumidor é todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”. Assim, no contrato-promessa, consumidor há-de ser a pessoa que adquire a casa para seu uso privado, com vista a satisfazer as suas necessidades pessoais e familiares. O promitente-comprador para que possa beneficiar do direito de retenção sobre o imóvel destinado a garantir o seu crédito sobre o valor do sinal em dobro irá ter que alegar e provar os factos constitutivos do conceito legal de consumidor. A recusa pelo administrador da insolvência em cumprir o contrato-promessa de compra e venda só é lícita quando o promitente-comprador não é consumidor, sendo apenas um credor comum da insolvência. No caso do promitente-comprador tradicionalmente ser um consumidor, aqui, goza do direito de retenção e tem direito a receber o dobro do sinal prestado. O STJ reconhece ao beneficiário da promessa o direito ao valor do sinal entregue, garantido especialmente por direito de retenção sobre

a coisa objeto do contrato prometido. Conclui este tribunal que o art.106.º n.º 2 CIRE fica reservado para as promessas obrigacionais sem *traditio* da coisa e que optando o administrador da insolvência pelo incumprimento da promessa, o crédito do beneficiário do contrato-promessa tem a sua proteção assegurada pelo art.102.º n.º 3 al. c) do CIRE.

No segmento desta posição, temos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/07/2006, Processo n.º 06B2106, que afirma “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. A entrega dos bens do falido ao liquidatário judicial não corresponde a um facto extintivo do direito de retenção. 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”. Ainda, do mesmo Tribunal, o acórdão de 26/06/2001, Processo n.º 01A1843: “IO 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. A apreensão judicial da coisa não extingue o direito de retenção”.

Em contraposição, os defensores da prevalência da hipoteca defendem que não faria sentido proteger o direito de retenção, visto que estar-se-ia a fazer tábua rasa da proteção conferida pelo registo predial da hipoteca, com a inerente publicidade, obrigando-a a ceder perante um contrato mais ou menos oculto, que pode propiciar a situações de fraude, criadas apenas para frustrar o crédito hipotecário. Ou seja, o credor hipotecário que regista a sua garantia, facilmente conhecida por qualquer interessado na aquisição do imóvel, deixaria de ter depois qualquer tipo de controlo no seu crédito. Maria Isabel Meneres Campos refere que o regime adotado (a prevalência do direito de retenção sobre o crédito hipotecário) prejudica, diretamente, as instituições de crédito prevendo-se que as mesmas dificultem a concessão de créditos aos construtores e estabeleçam exigências contratuais para obstar à tradição dos imóveis. Neste sentido, também Pires de Lima chama atenção que a solução legal consagrada, por afetar a segurança do crédito hipotecário bancário, vai dificultar a obtenção do mesmo pelos construtores.

Conclui-se, após o exposto, que perante o processo de insolvência da contraparte, o promitente-comprador tem de analisar se o contrato-promessa

ainda está em vigor, ou seja, se ainda é possível assegurar o seu cumprimento, ou não. Um contrato suscetível de ser considerado já resolvido (por incumprimento definitivo), ou em que uma das partes já realizou a sua prestação integral, não preenche o requisito do artigo 102º do CIRE, pois não é um negócio em curso. Poder-se-á concluir que, na sua vertente de garantia, o direito de retenção de coisas imóveis prevalece sobre a hipoteca, ainda que registada anteriormente (759º nº2 CC). Tal preferência justifica-se no facto do retentor não poder impedir face aos demais credores do titular do direito real sobre a coisa retida, a execução desta e ainda no facto de garantir créditos relacionados com a coisa objeto da garantia, que beneficiam o seu proprietário e mesmo os credores deste (com particular incidência nas hipóteses em que se efetuaram despesas de conservação ou melhoramento da coisa retida). *“Neste caso o promitente-comprador que recebe a coisa e a usa como se fosse sua praticando sobre ela os atos materiais correspondentes ao exercício de propriedade é um verdadeiro possuidor em nome próprio, daí a concessão e prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca que recaia sobre a fração autónoma”*.

Sempre que haja sinal e tradição do imóvel a favor do contraente consumidor, tenha ou não o contrato-promessa eficácia real, o administrador da insolvência está obrigado a cumpri-lo. Se esse cumprimento não é consumado pelo administrador, o promitente-comprador fiel tem à sua disposição a ação de execução específica.

Francisco Morais Coelho

Inês Alves Machado
