

A insolvência e a tutela do direito de retenção Em especial os casos do promitente comprador e do (sub)empreiteiro - Uma perspetiva prática

BRUNO OLIVEIRA PINTO *

Sumário

- * introdução – o direito de retenção*
- * a declaração de insolvência e o direito do administrador a optar pelo não cumprimento*
- * a tutela dos direitos do promitente comprador enquanto consumidor*
- * o acórdão de fixação de jurisprudência de 20/03/2014*
- * os problemas advindos da não constituição da propriedade horizontal*
- * a tutela dos créditos do (sub)empreiteiro*
- * da não correspondência entre o crédito do (sub)empreiteiro e o preço da empreitada*
- * conclusão – em defesa dos direitos de retenção do promitente comprador enquanto consumidor e do (sub)empreiteiro*

Prólogo

Depois de já termos pronto e enviado para publicação o presente texto, o STJ proferiu o acórdão uniformizador de jurisprudência de 20/03/2014, relatado pelo Conselheiro Távora Victor, publicado no DR, Iª Série, de 19/05/2014, págs. 2882-2894.

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 81-100.

* Juiz de Direito.

Num primeiro momento, pareceu-nos que a utilidade do presente texto poderia estar em causa, uma vez que a situação em análise no mesmo estaria consolidada num determinado sentido pelo referido acórdão.

No entanto, como resultará evidente da leitura do presente artigo, não só a decisão jurisprudencial referida apenas abarca uma parte da problemática contemplada neste texto, como também a leitura do citado aresto suscita dúvidas e interrogações que, não obstante o sentido da decisão, com o qual genericamente concordamos, devem ser ponderadas, posto que se nos afigura que a fundamentação dessa decisão deixa algum campo para crítica, como, de resto, logo se infere da profusão de declarações de voto que acompanham o mencionado acórdão.

Assim, a par da exposição da nossa orientação sobre a matéria relativa ao direito de retenção do promitente comprador perante a insolvência do empreiteiro, que já constituía parte importante do presente texto, o mesmo passará também a incluir uma breve incursão crítica pela fundamentação do acórdão uniformizador, a qual sempre se imporá em função do entendimento por nós perfilhado a propósito do tema, corporizado no texto que já se encontrava produzido.

1. Introdução – o direito de retenção

O presente texto, cujo conteúdo surge intimamente ligado à nossa atividade profissional quotidiana, visa acima de tudo proporcionar uma visão de carácter prático sobre questões que têm gerado grande controvérsia ao longo do tempo na doutrina e na jurisprudência (sendo esta, também por isso, alvo de atenção mais detalhada), mas que são, simultaneamente, matéria cuja ponderação a prática repetidamente suscita e que se reveste de inegável interesse para a comunidade jurídica e a sociedade em geral.

O direito de retenção vem consagrado no art.º 754º do Código Civil, segundo o qual o devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.

A ideia subjacente a este instituto consiste em proporcionar a quem é devedor e simultaneamente credor um meio de garantia em relação às despesas efetuadas por causa da coisa que é objeto da prestação de entrega a que esse devedor está adstrito. Ou seja, este devedor goza da faculdade de reter a coisa até que o seu crédito seja pago. Só então estará plenamente obrigado a entregar a coisa ao credor.

Como refere Almeida Costa,¹ o facto de o direito de retenção apenas poder ser exercido sobre bens suscetíveis de penhora, nos termos do art.º 756º, al. c) do Código Civil, faz avultar a ideia da sua configuração como uma verdadeira garantia real, e não apenas como simples meio de constranger o devedor ao cumprimento.

O art.º 755º do Código Civil consagra vários casos especiais de direito de retenção, nomeadamente o do transportador, sobre as coisas transportadas, pelo crédito do transporte, o do albergueiro, sobre as coisas que as pessoas tenham trazido para a pousada, pelo crédito da hospedagem, o do mandatário, sobre as coisas que lhe tiverem sido entregues para a execução do mandato, pelo crédito resultante da sua atividade, o do gestor de negócios, sobre as coisas que tenha em seu poder para a execução da gestão, pelo crédito proveniente desta, o do depositário e do comodatário, sobre as coisas que lhes tiverem sido entregues em consequência dos respetivos contratos, pelos créditos deles resultantes, e o do beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.º 442º do Código Civil.

Não obstante o que se acaba de referir, convirá ter presente que, em muitos dos casos, não estamos verdadeiramente perante uma retenção física da coisa, mas apenas perante uma preferência de pagamento em sede de graduação de créditos, nos termos do art.º 759º do Código Civil, na medida em que, em muitas situações, não é sequer possível a ocorrência da efetiva retenção física.

No processo de insolvência, nomeadamente, uma vez proferida a sentença declaratória da insolvência, procede-se à imediata apreensão dos bens, nos termos dos art.ºs 149º e 150º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), pelo que a questão de que cuidamos é verdadeiramente de apurar se o crédito garantido por direito de retenção goza, ou não, de preferência de pagamento.

2. A declaração de insolvência e o direito do administrador a optar pelo não cumprimento²

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 que a opção do administrador de insolvência por não cumprir esses contratos é legítima, em face do disposto do art.º 102º do CIRE.

¹ *Direito das Obrigações*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1994, pág. 854.

² A matéria tratada neste ponto e no que se lhe segue foi escrita antes da publicação do acórdão uniformizador de jurisprudência de 20/03/2014, e traduz o entendimento por nós perfilhado, em função da análise da doutrina e jurisprudência até então produzidas.

O caso particular dos contratos promessa encontra-se previsto no art.º 106.º do CIRE, que, sob a epígrafe “promessa de contrato”, regula as situações em que um dos intervenientes em contrato promessa é declarado insolvente.

Nos termos do respetivo nº 1, no caso de o contrato promessa ter eficácia real e ter havido tradição da coisa, o administrador está obrigado à celebração do contrato definitivo.

Os problemas colocam-se no caso de o contrato promessa não gozar de eficácia real e de ter havido tradição da coisa.

Neste campo tem havido uma acentuada divergência a nível doutrinal e jurisprudencial.

Por um lado, alguma jurisprudência vem admitindo que, no caso de insolvência do promitente vendedor, assiste ao promitente comprador direito de retenção em caso de incumprimento do contrato promessa relativamente ao imóvel prometido vender, caso tenha havido tradição da coisa.

Esta jurisprudência apela, nomeadamente, a uma ideia de imputabilidade reflexa em relação ao incumprimento do contrato, na medida em que, gerando a insolvência uma impossibilidade objetiva e superveniente de cumprimento do contrato por parte do promitente vendedor insolvente, este seria de todo o modo responsável por se ter deixado colocar em situação de insolvência. Neste sentido, podem ver-se os Acs. STJ de 19/09/2006³ e 22/02/2011,⁴ embora consideremos que semelhante fundamentação não é inteiramente convincente.

Efetivamente, em especial no segundo dos citados arestos (posto que o primeiro ainda foi tirado ao abrigo do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência – CPEREF), não nos parece ter sido tida na devida conta a possibilidade de o administrador de insolvência poder licitamente optar pelo não cumprimento do contrato.

Refira-se ainda, a propósito, o Ac. STJ de 28/05/2002,⁵ igualmente na vigência do CPEREF, onde se defendia o direito de retenção sem mais e de forma inquestionável, não obstante se considerar igualmente a impossibilidade de cumprimento não imputável ao promitente vendedor mas à própria declaração de insolvência em si. Nesse aresto colocava-se, em primeira linha, a questão de salvaguarda, ou não, da

³ Relatado pelo Cons. Sebastião Póvoas, acessível em www.dgsi.pt.

⁴ Relatado pelo Cons. Azevedo Ramos, disponível no mesmo endereço eletrónico.

⁵ Relatado pelo Cons. Faria Antunes, também em www.dgsi.pt.

retenção física da coisa, que o Supremo negou, conquanto admitisse a existência de preferência de pagamento.

Posteriormente, e num litígio em que o cerne da questão residia precisamente na existência da preferência de pagamento, o mesmo relator veio sustentar fundamentação de sentido contrário. Efetivamente, no Ac. STJ de 16/03/2004;⁶ defende-se que nestes casos não existe qualquer direito de retenção, uma vez que a impossibilidade de cumprimento decorreria da sentença declaratória de falência (também aqui se estava ainda no campo do CPEREF), não havendo culpa do promitente vendedor, requisito imprescindível para a existência de direito de retenção.

Mais recentemente vem sendo reforçada a ideia de que, atento o disposto no art.º 119º do CIRE, que confere carácter imperativo às normas que o antecedem, não pode ser postergado o direito/dever do administrador de insolvência de decidir se opta pelo cumprimento do contrato promessa ou não (sempre, repita-se, nos casos em que o contrato promessa tem eficácia meramente obrigacional).

Refira-se, de passagem, que, neste ponto, concordamos com a ideia, por alguns expressa, de que a mera inclusão na lista de créditos reconhecidos (nos termos do art.º 130º do CIRE) do crédito resultante do incumprimento do contrato como crédito comum consubstanciará já recusa tácita do cumprimento do contrato.

Deste modo, impondo a lei ao administrador a obrigação de tomar uma decisão, que pode ir no sentido do não cumprimento do contrato, não existirá incumprimento culposo do contrato promessa, requisito indispensável para efeitos de se reconhecer ao promitente comprador o direito de retenção.

Ou seja, para esta corrente, sendo lícito ao administrador de insolvência recusar o cumprimento do contrato, falece o requisito de imputabilidade consignado nos art.ºs 442º e 755º, n.º 1, al. f) do Código Civil, que é pressuposto da concessão ou reconhecimento do direito de retenção.

Como tal, se este direito beneficia o promitente comprador em caso de incumprimento culposo do promitente vendedor (ou, para utilizar a perfeita expressão do art.º 755º do Código Civil, “incumprimento imputável à outra parte”), se o incumprimento não for imputável a esse promitente vendedor, não pode haver direito de retenção.

Consideramos que este entendimento será tecnicamente mais correto do que o anteriormente exposto, enquadrando de forma mais adequada na economia dos regimes

⁶ Relatado igualmente pelo Cons. Faria Antunes, no mencionado endereço eletrónico.

do contrato promessa e da insolvência o tratamento a dar aos contratos não cumpridos em que houve tradição da coisa.

Nesta corrente jurisprudencial podemos citar, a título de exemplo os Acs. da Relação do Porto de 11/10/2011⁷ e da Relação de Coimbra de 18/10/2011.⁸

Desenvolvendo com bastante pormenor e pertinência a perspetiva de que a recusa do administrador de insolvência em cumprir o contrato promessa não configura incumprimento imputável à parte que ocupa a posição de promitente vendedor para efeitos de ser reconhecido ao promitente comprador direito de retenção, pode ver-se igualmente na doutrina Nuno Pinto Oliveira e Catarina Serra,⁹ constituindo uma síntese perfeita desta posição.

Aí se refere, nomeadamente, que o princípio *par conditio creditorum* acarreta uma limitação generalizada dos direitos “naturais” dos credores e corresponde a uma exigência de justiça distributiva, de distribuição do sacrifício, de “comunhão de perdas” ou de “comunhão no risco”.

Catarina Serra, noutra incursão sobre o tema,¹⁰ desenvolve igualmente esta ideia, partindo da remissão contida no n.º 2 do art.º 106º do CIRE e concluindo na aplicação do regime da venda com reserva de propriedade, para referir, a final, que o crédito em causa é um crédito não garantido, mas comum, estando excluída qualquer possibilidade de o promitente comprador invocar a titularidade de um direito de retenção sobre a coisa objeto de tradição.

Outros autores, nomeadamente, Luís Menezes Leitão,¹¹ defendem que o art.º 106º do CIRE não pode ser interpretado no sentido de que ao administrador é lícito recusar o cumprimento de contratos promessa no caso de haver tradição da coisa, mesmo que o contrato apenas tenha eficácia obrigacional.

Para este autor, nestes casos, o art.º 755º f) do Código Civil atribui ao promitente comprador um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem que ser atendida em sede de insolvência.

⁷ Relatório pelo Des. Henrique Araújo, disponível em www.dgsi.pt.

⁸ Relatório pelo Des. Moreira do Carmo, acessível no mesmo endereço eletrónico.

⁹ *Insolvência e Contrato Promessa: Os Efeitos da Insolvência Sobre o Contrato-Promessa Com Eficácia Obrigacional*, Revista da Ordem dos Advogados, Tomo I/IV - Janeiro/Dezembro 2010 - págs. 395 a 440.

¹⁰ *O Regime Português da Insolvência*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 101 a 107.

¹¹ *Direito da Insolvência*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 191 a 194.

É aqui defendida¹² uma interpretação corretiva do preceito do art.º 106º do CIRE, da qual resulte que o contrato promessa sem eficácia real deve obrigatoriamente ser cumprido pelo administrador no caso de ter havido tradição da coisa, passando a ser este o caso abrangido pelo n.º 1 do dito art.º 106º (já no caso de o contrato promessa ter eficácia real, o mesmo não seria, em caso algum, afetado pela declaração de insolvência).

Como adiante se verá, propendemos a considerar que, não se discutindo o direito do administrador à opção pelo não cumprimento do contrato promessa, pelo menos face à letra do atual art.º 106º do CIRE, são justificadas as objeções que se levantam às consequências que decorrem do entendimento segundo o qual o administrador, podendo não cumprir, simplesmente não incorre em incumprimento culposo para efeitos de aplicação do art.º 442º do Código Civil. E isto porque tal posição, conduzindo ao entendimento de que o promitente comprador não tem direito de retenção, por falta do pressuposto “incumprimento culposo”, deixa este numa posição de tutela demasiado precária, que suscita as maiores reservas.

De onde provém e como se justifica a necessidade dessa tutela, é o que abordaremos a seguir.

3. A tutela dos direitos do promitente comprador enquanto consumidor

No âmbito da discussão a que vimos fazendo referência, merece destaque a posição de Miguel Pestana de Vasconcelos,¹³ que introduz um novo elemento na questão, ao defender que, sem embargo de se poder entender que, efetivamente, o não cumprimento do contrato pelo administrador de insolvência não se traduz em incumprimento culposo¹⁴ ou simplesmente incumprimento imputável ao promitente vendedor, tal incumprimento deve ser tratado do mesmo modo, posto que de contrário se irá prejudicar consideravelmente o promitente comprador, com especial relevo nos casos em que o mesmo deva ser tratado como consumidor, nos termos e para os efeitos do art.º 2.º da Lei 24/96 de 31/07.

Na verdade, o direito de retenção foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 230/80, de 18 de Julho, e reafirmado pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, que deslocou esse direito do art.º 442º para o art.º 755º do Código Civil (como refere Menezes

¹² E também em *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 138 – nota n.º 5 ao art.º 106º.

¹³ *Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência*, in *Cadernos de Direito Privado*, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, n.º 33 (Janeiro/Março de 2011), págs. 3 a 29.

¹⁴ Já agora, faça-se também a precisão de que o incumprimento culposo a que vimos fazendo referência não tem necessariamente de ter qualquer relação com um eventual carácter culposo que venha a ser atribuído à insolvência em sede de incidente de qualificação.

Cordeiro,¹⁵ apenas foi operada uma correção sistemática, transferindo-se esse direito para a sua sede natural). Tal sucedeu em especial homenagem aos direitos dos consumidores, como decorre com clareza do respetivo preâmbulo.¹⁶

Façamos aqui um parêntesis para recordar que a lei de defesa do consumidor (a citada Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, atualmente na redação conferida pela Lei 10/2013, de 28 de Janeiro), define, no seu art.º 2.º, como consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

Tal definição surge na sequência da consagrada no art.º 2.º da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, que anteriormente regulava a defesa do consumidor e que surgiu sensivelmente no mesmo período do referido Decreto-Lei n.º 230/80, de 18 de Julho, época em que a proteção deste tipo de direitos se começou a colocar com especial acuidade, devido à conjuntura económica que então se vivia, com relevo especial para a elevada inflação (que motivava que, muitas vezes, a mera restituição do sinal em dobro se tornasse vantajosa para o promitente vendedor faltoso).

Ora, como refere Pestana de Vasconcelos,¹⁷ mal se compreenderia que, tendo um direito sido criado para salvaguardar os direitos dos consumidores, aliás constitucionalmente consagrados (art.º 60.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa), o mesmo fosse afastado precisamente num dos casos em que estes direitos mais carecem de tutela, como é o caso da existência de incumprimento de contrato promessa e insolvência do promitente vendedor, em que os consumidores que se acham na posição de promitentes compradores se encontram especialmente vulneráveis.

Este autor defende, em consequência, que existe uma lacuna no regime legal e que a alínea f) do n.º 1 do art.º 755.º do Código Civil deve ser analogicamente aplicada a estas situações.

É certo que devem ser considerados de peso os argumentos que já referimos e que alguma doutrina¹⁸ utiliza, nomeadamente quando argumenta com o princípio *par conditio creditorum*, o qual exigiria a compressão da posição do promitente comprador, no sentido de que esta cederia perante a prevalência do tratamento igualitário do conjunto de credores, com a consequente comunidade de sacrifícios.

¹⁵ *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, págs. 87 e 88.

¹⁶ Vd. Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 5ª Edição, Coimbra, 1996, pág. 127, classificando esta concessão como “generosa”.

¹⁷ Estudo citado, pág. 28.

¹⁸ Vd. Pinto de Oliveira e Catarina Serra, *ob. e loc. cit.*.

Admite-se, efetivamente, que o argumento tem algum sentido, porquanto se, em sede de uma normal execução, é possível razoavelmente supor que o devedor pode ter outros bens, aptos a satisfazer eventuais créditos detidos por outros credores (de acordo com o princípio inserto no art.º 601º do Código Civil), em sede de insolvência assiste-se a um concurso universal de credores, apresentando-se todos com vista à satisfação dos seus créditos através da liquidação do acervo de bens apreendidos para a insolvência (e que, em princípio, esgotarão o ativo atacável do devedor).

Não deixa, contudo, de ser verdade que o direito, a par dos grandes princípios gerais que enformam os diversos ordenamentos jurídicos, é feito também de opções de carácter jurídico, consagrando determinados entendimentos jurisprudenciais e doutrinais em detrimento de outros e mesmo opções políticas julgadas preferenciais e que, não raras vezes, fundamentam a ação do legislador.

Se atentarmos, designadamente, na resenha histórica levada a cabo por Luís Menezes Leitão,¹⁹ facilmente constataremos que, ao longo do tempo, o legislador tem oscilado entre soluções ideológicas diversas, quando não diametralmente opostas, tendo passado de um sistema de *falência-liquidação* para um sistema de *falência-saneamento*, retornando com o CIRE ao sistema de *falência-liquidação*, entretanto já mitigado com a entrada em vigor das normas reguladoras do processo especial de revitalização (art.ºs 17º-A a 17º-I).

Esta flutuação em termos ideológicos conduziu, em concreto, a relevantes diferenças nas soluções adotadas em termos legislativos. Recorde-se, a título de exemplo, a supressão dos privilégios creditórios do Estado, operada pelo art.º 152º do CPEREF, cujo intento consistia em incentivar os representantes do mesmo, *maxime* o Ministério Público, a batalharem pela salvação das empresas recuperáveis, objetivo confesso do diploma, que de todo desapareceu com o surgimento do CIRE, cuja filosofia vai no sentido oposto, conferindo-se prevalência à liquidação.

Carvalho Fernandes e João Labareda²⁰ classificaram esta inovação como uma das mais – se não mesmo a mais – significativas inovações introduzidas pelo CPEREF, salientando a necessidade de os credores cujo privilégio deixava de existir se envolverem na salutar colaboração em medidas de recuperação da empresa, uma vez que os seus créditos já não seriam pagos “à cabeça”. Por outro lado, realçavam a extensão ao Estado e a outras entidades abrangidas dos deveres sociais de solidariedade económica e social exigíveis à generalidade dos credores, chamando-os a “dar exemplo de participação no sacrifício comum”.

¹⁹ *Direito da Insolvência, cit.*, págs. 51 a 82.

²⁰ *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 2ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 1995, pág. 381.

Vemos, assim, como uma mera opção de política legislativa alterou decisivamente o rumo da legislação falimentar e as soluções a dar aos casos concretos, com diferenças importantes em termos de graduação dos créditos em sede de falência.

Ora, uma outra dessas opções politico-legislativas, como acima se referiu, visou, a seu tempo, consagrar a existência de um direito de retenção do promitente comprador em caso de não cumprimento do contrato promessa, cuja justificação histórica já acima afluamos.

Significa isto que, embora o princípio *par conditio creditorum* seja uma trave mestra do direito falimentar, não é um instituto que deva ser considerado isoladamente, prevalecendo em qualquer circunstância sobre tudo o mais.

Creemos mesmo que a sua aplicação não impede sequer a adequada tutela dos direitos do promitente comprador nos casos de que nos ocupamos.

Na verdade, os credores nunca estão, ou só muito raramente estão realmente em situação de igualdade no concurso para a satisfação dos respetivos créditos: a verdadeira igualdade reside na possibilidade que a todos é dada de concorrerem, de acordo com as mesmas regras, para a satisfação dos seus créditos. Já a medida dessa satisfação vai depender de forma considerável das opções que ao longo do tempo foram sendo tomadas na salvaguarda de determinados credores ou determinados tipos de créditos, necessariamente em detrimento de outros.

Portanto, não se nos afigura que seja a especialidade do processo de insolvência que justifica que se olhe para o direito de retenção de uma forma diferente daquela através da qual o mesmo é visto nos termos gerais.

Por isso, se dirá²¹ que, se é lícito ao administrador de insolvência optar pelo não cumprimento do contrato promessa em caso de insolvência do promitente vendedor, e se essa opção não é considerada incumprimento imputável à parte para efeitos de reconhecimento do direito de retenção ao promitente comprador, deve ser tratada como se o fosse, precisamente para efeitos de reconhecimento do direito de retenção ao promitente comprador que obteve a tradição da coisa, desde que este se possa arrojar da posição de consumidor, de acordo com a definição que do mesmo faz a respetiva lei.

Em suma, entendemos que, quando o promitente comprador é um consumidor, ao administrador de insolvência é lícito recusar o cumprimento do contrato promessa,

²¹ Em qualquer das perspectivas apontadas, seja por via de interpretação corretiva, como sustenta Menezes Leitão – *ob. e loc. cit.* – seja por recurso à integração de lacuna legal, conforme defende Pestana Vasconcelos – *ob. e loc. cit.*

mas tal situação tem de ser tratada como se houvesse um incumprimento imputável ao promitente vendedor, para efeitos de se reconhecer ao promitente comprador a existência de direito de retenção, se tiver havido tradição da coisa.

Esta síntese, de encontro à posição que defendemos, encontra-se igualmente plasmada no Ac. STJ de 14/06/2011,²² cuja jurisprudência, como decorre do que se disse aplaudimos (muito embora nessa decisão se tenha negado o reconhecimento do direito de retenção, por se considerar não estarem reunidos os pressupostos para tal).

Aí se refere, nomeadamente, que a recusa do administrador em executar o contrato não exprime incumprimento mas “reconfiguração da relação”, não sendo aplicável o conceito do art.º 442º, nº 2 do Código Civil, “incumprimento imputável a uma das partes”, com o inerente juízo de censura. Todavia, se for um consumidor, o promitente comprador não insolvente tem direito de retenção em homenagem à tutela da posição do consumidor, que se verifica com especial acuidade no processo de insolvência, face à possibilidade lícita de o administrador entender que não pretende cumprir o contrato promessa.

4. O acórdão de fixação de jurisprudência de 20/03/2014

O acórdão de fixação de jurisprudência de 20/03/2014 veio fixar jurisprudência no sentido de que, *no âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com **tradição**, 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.*

A análise deste acórdão permite-nos perceber que no mesmo se adota a tese da “imputabilidade reflexa”, apelando a um conceito centrado na culpa do insolvente enquanto tal. Trata-se de uma ideia segundo a qual o insolvente, ao deixar-se cair na situação de insolvência, faz recair sobre si a culpa no não cumprimento do contrato promessa. Daqui parte-se para a consideração da necessidade da tutela investida no consumidor como justificativa desse juízo de culpa e conclui-se que, quando o empreiteiro entra em insolvência incumpe culposamente o contrato promessa, pelo que a necessidade de garantia dos direitos dos consumidores fundamenta a concessão aos mesmos de direito de retenção em casos em que o contrato promessa não tem eficácia real.

Ora, como de algum modo se intui do que já atrás expusemos, esta posição é passível de crítica por duas ordens de razões:

²² Relatado pelo Cons. Fonseca Ramos, acessível em www.dgsi.pt.

A primeira reside na circunstância de, efetivamente, o juízo de culpa em causa poder ser de todo impossível de formular. Por um lado, porque a lei considera, pelo menos em certos casos, lícito o não cumprimento do contrato pelo administrador de insolvência. Por outro, porque a própria insolvência pode ser de todo fortuita, tornando-se logicamente complicado justificar como se considera o incumprimento culposo em caso de insolvência, quando a própria insolvência pode ser fortuita e não culposa. Ou seja, uma insolvência não culposa fundamenta um incumprimento culposo, o que se afigura algo incongruente.

A segunda razão radica no facto de o entendimento adotado no acórdão uniformizador implicar a desnecessidade do juízo acerca da defesa dos direitos do consumidor que enuncia como postulado fundamental da decisão tomada.

Na verdade, se já temos o incumprimento culposo quando ocorre a insolvência do promitente vendedor, é lógico que se considere desnecessário que o promitente comprador tenha de ser consumidor, posto que a culpa do vendedor logo que se torna insolvente implica que todos os promitentes compradores fiquem na mesma posição, devendo beneficiar de direito de retenção, independentemente de serem consumidores ou não. Esta situação justifica a profusão de votos de vencido no sentido de que a referência aos consumidores no segmento uniformizador é desnecessária, bastando que se considere que o promitente comprador nestas situações tem direito de retenção, independentemente da sua categoria de consumidor ou não.²³

Em nosso entender, é de seguir a posição expressa na declaração de voto do Conselheiro Fonseca Ramos,²⁴ no sentido de que a recusa do administrador de insolvência em cumprir o contrato promessa não exprime incumprimento do contrato, mas, numa manifestação de especificidade do processo insolvencial, uma reconfiguração da relação, deixando de ser aplicável o segmento normativo do art.º 442º, nº 2 do Código Civil, relativo ao “incumprimento imputável a uma das partes”, considerando-se (mesmo que tenha de se ficcionar) que a decisão lícita do administrador de não cumprir o contrato se reconduz a incumprimento suscetível de fundar a atribuição de direito de retenção ao promitente comprador. Mas tal só sucederá quando este se revista da condição de consumidor.

É aqui que reside a necessidade de fazer apelo à defesa dos direitos dos consumidores e respetiva tutela e é por isto que se justifica a introdução nesta problemática do conceito de promitente comprador que é simultaneamente consumidor.

²³ De que são exemplo os votos dos Conselheiros Abrantes Gerales e Pires da Rosa.

²⁴ Que já subscrevera o acórdão de 14/06/2011, a que acima nos referimos.

Por isso se reitera que aqui falha o citado acórdão, ao prescindir do dito juízo de reconfiguração da relação e exigir que o promitente comprador tenha a natureza de consumidor, quando já estabelece um juízo de culpa em face do qual essa natureza é prescindível (não se entrando sequer na problemática, abordada nos mencionados votos de vencido, de no caso concreto que originou o acórdão não estar sequer assente a natureza de consumidor do promitente comprador).

5. Os problemas advindos da não constituição da propriedade horizontal

Ocorre frequentemente que a insolvência apanhe o insolvente e seus credores no decurso da construção de um ou vários imóveis destinados, nomeadamente, a habitação.

Aqui, coloca-se o problema de não haver, por vezes, sequer propriedade horizontal constituída.

Deste modo, estando em construção um edifício não submetido ao regime da propriedade horizontal (devendo sê-lo), é evidente que existirão problemas aquando da efetivação da tutela do promitente comprador, desde logo pela razão singela de que pode não ser possível definir qual o objeto do respetivo direito de retenção.

Nalguns casos ocorre até que frações construídas e acabadas, com o decurso do tempo são objeto de atos de vandalismo, que vão fazendo desaparecer alguns traços de acabamento que contribuem para definir a fração enquanto tal, como sejam, portas, janelas ou equipamentos de cozinha ou casa de banho.

Em primeiro lugar, a este propósito, não poderá olvidar-se que constitui jurisprudência obrigatória a de que o direito de retenção do promitente comprador não é afetado pela circunstância de o edifício em que se insere a fração prometida vender não estar ainda submetido ao regime da propriedade horizontal.²⁵

Assim, o direito de retenção a reconhecer ao promitente comprador beneficiário da tradição da coisa não pode ser afetado pela falta de conclusão do prédio e falta de constituição da propriedade horizontal.

Contudo, subsiste o problema da determinação do exato montante do crédito sobre o qual incidiria o direito de retenção, atento o que acima se disse.

²⁵ Fixada através do Ac. STJ de 12/03/1996, publicado no DR, IIª Série, de 08/06/1996, igualmente acessível em www.dgsi.pt.

Tendo o promitente comprador direito à devolução do sinal em dobro, nos termos do art.º 442º do Código Civil, face ao não cumprimento do contrato promessa, o seu crédito só deverá ser garantido por direito de retenção até ao limite do preço convencionado.

Na verdade, não havendo propriamente uma fração a vender (problema que se agudiza nos citados casos em que, com o passar do tempo, os sinais que a distinguem, como portas e janelas, foram desaparecendo), haverá, em cada caso, que calcular quanto valeria a fração prometida vender no conjunto do prédio, assim se apurando necessariamente o respetivo preço.

Só será possível atender-se ao montante do sinal em dobro caso este não exceda o preço da fração prometida vender, posto que de contrário estar-se-á a afetar o equilíbrio entre o valor dessa fração e o do resto do prédio.

Apenas se justificará diferente procedimento nos casos em que exista realmente uma fração individualizada a vender. Aí, consoante o que vier a ser o produto da venda poder-se-á pagar tudo, até ao limite do sinal em dobro (note-se que também pode acontecer que a fração seja vendida por um valor inferior ao do sinal em dobro ou mesmo do preço acordado, o que é um risco que correrá por conta do promitente comprador/credor, uma vez que apenas lhe assiste o direito a ser pago com privilégio pelo produto da venda da fração que prometeu comprar).

Ou seja, o crédito existe na totalidade pelo sinal em dobro, mas só será garantido pelo direito de retenção no montante correspondente ao preço da fração, que traduz o seu valor proporcional em face do valor total de venda do prédio em que a fração se insere.

É a solução que se nos afigura mais equitativa e equilibrada e capaz de salvaguardar a justiça do caso concreto (por analogia com o princípio contido no art.º 566º, n.º 3 do Código Civil).

6. A tutela dos créditos do (sub)empreiteiro

Em sede de insolvência de empresas de construção, é também bastante comum a ocorrência de créditos cujos titulares são outras empresas de construção civil, que assumem quanto ao insolvente a posição de subempreiteiros em diversos contratos que se encontram em curso (por vezes a insolvência sobrevém a um período que já era de inatividade, ao passo que noutros a insolvência interrompe trabalhos em curso e, noutros ainda, ocorre subsequentemente a um período mais curto de inatividade, que já de si se seguia à interrupção de algumas obras que se estavam a realizar e se quedaram inacabadas).

O já atrás citado art.º 754º do Código Civil consagra a existência, em geral, de direito de retenção em favor de todos os que disponham de um crédito contra o seu credor e estejam obrigados a entregar certa coisa, na medida das despesas feitas por causa dessa coisa (ou dos danos por ela causados).

A existência, ou não, de direito de retenção irá depender, neste campo, da interpretação que se der ao segmento do texto legal onde se menciona a “medida das despesas feitas por causa dessa coisa”.

Também aqui a doutrina e a jurisprudência vêm evidenciando ao longo do tempo algumas divergências.

O Código Civil de 1867 não regulava a matéria numa divisão especial, referindo-se casuisticamente ao direito de retenção, o que motivava a discussão sobre se este direito tinha um caráter genérico ou apenas existia nos casos expressamente previstos na lei.²⁶

Vaz Serra, no seu projeto,²⁷ defendia a consagração de um direito de retenção por parte do empreiteiro sobre coisas móveis e imóveis, o que não veio a ter acolhimento, conforme adiante melhor se referenciará.

A consagração no Código Civil de 1966 do direito de retenção como instituto de âmbito geral veio superar a referida divergência doutrinal e jurisprudencial, mas, do mesmo passo, suscitou novas questões, de entre as quais avulta precisamente a da consagração legal de direito de retenção a favor do empreiteiro.

O Acórdão do STJ de 08/04/1997²⁸ rejeita expressamente a existência de direito de retenção para garantia do pagamento do preço da coisa retida e a entregar, apenas admitindo o exercício da exceção de não cumprimento.

No mesmo sentido vão Pires de Lima e Antunes Varela,²⁹ utilizando, por um lado, o argumento de que as expressões legais “despesas feitas por causa da coisa” ou “danos causados pela coisa” não respeitam a créditos típicos do empreiteiro, visto que o crédito deste tem por objeto o preço da empreitada e, por outro, a circunstância de a disposição que, no anteprojeto do Código Civil elaborado por Vaz Serra, abarcava o direito de retenção do empreiteiro ter sido suprimida na segunda revisão

²⁶ Vd. Almeida Costa, *ob. cit.*, pág. 851 e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 1987, pág. 773.

²⁷ *Empreitada*, in BMJ nº 145 (1965), pág. 185.

²⁸ Relatado pelo Cons. Herculano Lima, cujo sumário se encontra acessível em www.dgsi.pt.

²⁹ *Código Civil Anotado*, vol. II, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1986, pág. 799 e ss.

ministerial (o art.º 749º proposto consagrava, na respetiva alínea c), a existência de direito de retenção *quando os dois créditos se fundem na mesma relação jurídica*, sendo que o direito de crédito do empreiteiro relativo ao preço da obra era tido como o exemplo típico do campo de aplicação desta disposição).

O Acórdão da Relação de Lisboa de 19/05/1992³⁰ apenas admite a existência de direito de retenção relativamente a despesas que o empreiteiro tenha feito e não em relação a todo o preço da empreitada. Em sentido não tão claro, o Acórdão da Relação do Porto de 16/10/1995³¹ fala no pagamento do que o empreiteiro despendeu na execução da obra.

Outros acórdãos defendem a existência de direito de retenção para pura e simples garantia do pagamento do preço da obra. São os casos dos Acs. STJ de 14/12/1994,³² 03/06/2008³³ e 29/01/2014³⁴ e Relação de Lisboa de 09/05/1996³⁵ e 14/06/2007³⁶ e, finalmente, Relação de Évora de 15/09/2010³⁷).

No mais recente dos referidos arestos, o Ac. STJ de 29/01/2014, refere-se que, de acordo com a definição do artigo 1207.º do Código Civil, a empreitada pressupõe a realização de “certa obra”. A intervenção do empreiteiro é, assim, mais profunda do que a vulgar situação em que se fazem despesas “por causa da coisa” ou de “danos por ela causados”. Merece, por aí, maior proteção garantística. Nomeadamente, mal se compreenderia que assistisse ao que leva a cabo benfeitorias na coisa este direito e ele fosse recusado ao que a cria.

Neste sentido aparenta igualmente dirigir-se Carvalho Fernandes,³⁸ atento o exemplo que aí é dado.

Refere este autor a possibilidade que ocorre no âmbito de um contrato de prestação de serviços em que o dono de uma oficina de reparação de automóveis procede à reparação de uma viatura alheia, tendo a obrigação de entregar o automóvel, uma vez reparado. Contudo, enquanto o dono do veículo não pagar o preço da reparação, o mecânico pode recusar-se a fazer a entrega.

³⁰ Relatado pelo, então, Des. Sousa Inês, disponível, apenas em sumário, em www.dgsi.pt.

³¹ Relatado pelo Des. Ribeiro de Almeida, igualmente apenas acessível em sumário, no endereço eletrónico mencionado.

³² Relatado pelo Cons. Cardona Ferreira, sumariado no mesmo local.

³³ Relatado pelo Cons. Cardoso de Albuquerque, em texto integral em www.dgsi.pt.

³⁴ Relatado pelo Cons. João Bernardo, disponível no mesmo endereço eletrónico.

³⁵ Relatado pelo Des. Campos Oliveira, sumariado em www.dgsi.pt.

³⁶ Relatado pela Des. Fernanda Isabel Pereira, acessível em www.dgsi.pt.

³⁷ Relatado pelo Des. Bernardo Domingos, disponível no mesmo endereço eletrónico.

³⁸ *Lições de Direitos Reais*, 3ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2001, pág. 155.

Na esteira destas posições, regista-se igualmente a sustentada por Romano Martinez.³⁹ Este autor defende que o crédito do preço resulta de despesas feitas por causa da coisa.

Tendemos a não concordar inteiramente com esta corrente de pensamento. E isto porque a lei claramente refere *despesas feitas* e não o preço ou valor da coisa. Note-se que, por exemplo, a Relação de Évora (em Acórdão de 12/01/2005⁴⁰) já defendeu que o próprio lucro inerente se engloba nas despesas com a execução da obra.

Entendemos que, efetivamente, a margem de lucro não está incluída nas despesas feitas com a execução da obra. De acordo com as regras da experiência comum, tais despesas são tendentes a obter um lucro futuro, mas com o mesmo obviamente não se confundem.

Consideramos que a posição que sustenta que o crédito do empreiteiro é apenas o que concerne ao preço é algo reducionista, sendo que deve, como adiante se verá, ser feito um esforço para distinguir aquilo que na empreitada corresponde a despesas feitas pelo empreiteiro com vista à obtenção de um lucro e esse mesmo lucro, sendo que o preço abrange estas duas realidades.

A previsão do Código Civil apenas consagra a tutela da primeira delas. Ou seja, perante uma situação de crise de determinado contrato de empreitada, o empreiteiro verá garantida por direito de retenção a sua posição, no que concerne às despesas que fez para a execução da obra. Não há, assim, uma tutela da sua margem de lucro, mas evita-se que o mesmo, podendo não ganhar, perca todo o investimento que fez.

7. Da não correspondência entre o crédito do (sub)empreiteiro e o preço da empreitada

Na sequência do que se referiu, entendemos, pois, que para apuramento do montante do crédito do subempreiteiro sobre o empreiteiro insolvente que haverá de ter-se por garantido por eventual direito de retenção há que descontar ao crédito reclamado a provável margem de lucro.

No apuramento das possíveis margens de lucro, como é evidente, é bastante complicado calcular uma margem de lucro média, mesmo que restrita a um determinado ramo de atividade.

³⁹ *Contrato de Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994, pág. 85.

⁴⁰ Relatório pelo Des. Mata Ribeiro, acessível em www.dgsi.pt.

Na nossa prática processual, procurando aproximar a decisão daquela que é a realidade dos sujeitos envolvidos, entendemos útil pesquisar, designadamente com recurso à internet, cálculos e estimativas já efetuados por associações do setor da construção (por exemplo, as estimativas feitas pela Associação Nacional de Construtores de Casas dos Estados Unidos da América – National Association of Home Builders,⁴¹ tendo já acedido a uma estimativa de margens de lucro dos empreiteiros na ordem dos 12%).

Neste campo, cremos que é mais aproximado à realidade e mais justo não renegar as dificuldades da estimativa das margens de lucro e recorrer, tendo por base os dados obtidos, designadamente da forma já exposta, a um juízo de equidade que permita uma aproximação o mais rigorosa possível ao montante das despesas do (sub)empreiteiro que devam considerar-se efetuadas por conta da obra realizada para o insolvente.

A esta indemnização podem obstar alguns fatores excecionais, como sejam o abandono da obra pelo (sub)empreiteiro.

Esta é uma invocação comum nos processos em que se discutem créditos por empreitadas ou subempreitadas e, numa situação de insolvência, levanta problemas particulares, posto que a própria cessação de atividade do empreiteiro vai, naturalmente, acarretar dificuldades para a conclusão das obras por parte do subempreiteiro.

Neste ponto, haverá que compreender se esse abandono efetivamente acontece ou se o próprio subempreiteiro se vê forçado a refrear as diligências a realizar no âmbito da obra devido às vicissitudes que a própria situação do empreiteiro insolvente lhe levanta.

Entendemos aqui oportuno referir a jurisprudência do Acórdão da Relação de Lisboa de 02/06/2009⁴² que (ainda que adote um critério diferente do por nós perfilhado para o cálculo das despesas do empreiteiro e inerente montante a reter) refere que o abrandamento da intensidade dos trabalhos pelo empreiteiro, devido, por exemplo, a incumprimento de pagamentos pelo dono da obra não integra o conceito de abandono, o qual para existir pressuporia a cessação voluntária dos trabalhos por parte do empreiteiro com intenção de não os retomar.

A própria experiência comum diz-nos que o que é normal é que o empreiteiro, com o passar do tempo, não se sinta constrangido a manter o seu material imobilizado

⁴¹ Que lográmos consultar em:

http://seattletimes.nwsourc.com/html/localnews/2003265139_inprices19.html

⁴² Relatado pelo Des. José Aveiro Pereira, acessível em www.dgsi.pt.

numa determinada obra à espera que lhe paguem e a mesma possa recomeçar, já para não falar na própria possibilidade de subtração de material por parte de terceiros.

8. Conclusão – em defesa dos direitos de retenção do promitente comprador enquanto consumidor e do (sub)empreiteiro

Em conclusão, não será demais realçar o inegável relevo prático das questões que abordámos, bem como a controvérsia que ao longo do tempo as mesmas vêm gerando na doutrina e na jurisprudência, sinal de que, porventura, ainda estamos longe de respostas definitivas.

Pela nossa parte, reafirmaremos que, nos casos de insolvência de empreiteiro, gozam de direito de retenção, por um lado, o beneficiário de promessa de compra e venda (sem eficácia real) que assuma a natureza de consumidor e nos casos em que tenha havido tradição da coisa e, por outro, o subempreiteiro, pelo crédito decorrente das despesas que tenha feita com a realização da obra, descontada a sua provável margem de lucro.

Tal entendimento funda-se, no primeiro caso, na emergência da tutela dos direitos dos consumidores, constitucionalmente consagrada, e, no segundo, na necessidade de garantir de algum modo, mesmo que só em parte, o direito de quem afinal constrói a coisa que irá ser objeto de liquidação e cuja venda gerará um produto pelo qual os credores se pagarão.

Por último, refira-se ainda que, na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional,⁴³ a atribuição de direito de retenção com prevalência, nomeadamente, sobre garantia hipotecária registada mesmo anteriormente à tradição da coisa não implica uma interpretação dos art.^{os} 755º, n.º 1, al. f) e 759º, n.º 2, ambos do Código Civil em sentido inconstitucional.

Como tal, nos termos destas disposições, estes créditos são pagos com prevalência sobre os hipotecários, embora atrás dos garantidos por privilégio imobiliário especial (art.º 751º do Código Civil).

⁴³ Vd., por exemplo, o Ac. n.º 256/2004, de 19/05/2004 - DR, IIª Série, 28/06/2004, pág. 9641 e ss.

Bibliografia

- Adriano Vaz Serra, *Empreitada*, Boletim do Ministério da Justiça nº 145, 1965.
- António Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987.
- Catarina Serra, *O Regime Português da Insolvência*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- Catarina Serra e Nuno Pinto Oliveira, *Insolvência e Contrato-promessa: Os Efeitos da Insolvência Sobre o Contrato-promessa Com Eficácia Obrigacional*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Tomo I/IV (Jan/Dez 2010), págs. 395 a 440.
- Fernando Pires de Lima e João Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra, 1987, e vol. II 3ª Edição, Coimbra, 1986.
- João Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-promessa*, 5ª Edição, Coimbra, 1996.
- Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 3ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2001.
- Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 2ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 1995.
- Luís Menezes Leitão, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- Luís Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011.
- Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1994.
- Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito de Retenção, contrato-promessa e insolvência*, Cadernos de Direito Privado, nº 33, Janeiro/Março de 2011, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, págs. 3 a 29.
- Pedro Romano Martinez, *Contrato de Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994.