

*Conhecer não é demonstrar
nem explicar. É aceder
à visão. A. Saint-Exupéry*

2017, ANO V, N.º 7

AB INSTANTIA

REVISTA DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

DIRECTOR Ricardo Costa

CONSELHO EDITORIAL

Ana Manuela Barbosa, Miguel Teixeira de Abreu,
Paulo de Tarso Domingues, Paulo Teixeira Pinto

REGULAMENTO GERAL DE PROTECÇÃO DE DADOS

Direitos de personalidade e responsabilidade civil; Direito ao esquecimento; Privacidade; § PRIVADO Dupla descrição predial – STJ, 23.02.2016; Resolução de contrato de agência e interesse contratual positivo – Relação de Lisboa, 20.12.2017; PERSI e pagamento de dívida; § INSOLVÊNCIA Isenção de IMT e transmissão de imóveis – STA, 29.03.2017; Empresas locais; Direito de retenção e consumidor; § PROPRIEDADE INDUSTRIAL Marcas sensoriais; Confusão entre marcas; § ARBITRAGEM Estatuto de partes não signatárias; § CONCORRÊNCIA Corrupção no sector privado; § ESTUDO Mercado de valores mobiliários em Angola; § RECENSÃO Direito penal e o terrorismo.

O DIREITO DE RETENÇÃO E O CONCEITO DE CONSUMIDOR

MARTA FERNANDES DOS RAMOS*

No âmbito de um processo de insolvência, foi proferida sentença de graduação e verificação de créditos, a qual homologou a lista de créditos a que alude o artigo 129.º do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE). Na graduação de créditos, o Tribunal de 1.ª Instância graduou como crédito garantido por direito de retenção: i) o crédito de R e E, sob condição do cumprimento do contrato-promessa, no que diz respeito ao bem imóvel, correspondente à verba n.º 14 do auto de apreensão e arrolamento; e ii) o crédito da Credora T, relativamente ao bem imóvel descrito no mesmo auto sob a verba n.º 18. O crédito da Credora M, garantido por hipoteca sobre a verba n.º 18, foi graduado imediatamente após o crédito da Credora T, sociedade comercial por quotas.

No que tange à verba n.º 16 do auto de apreensão e arrolamento, a credora hipotecária M ficou graduada prioritariamente. Sucede que, sobre esta verba n.º 16, a Credora C (sociedade comercial por quotas) arrogou-se detentora de um crédito garantido por direito de retenção. O Tribunal da Relação, considerando que a sentença recorrida não tinha feito constar qualquer justificação quanto à classificação de crédito garantido, graduou-o como crédito comum, relativamente ao bem imóvel descrito, sob a verba n.º 16.

Quid juris?

1. Súmula

A análise¹ cinge-se ao crédito graduado como crédito comum da Credora C, mas que pretendeu a graduação do seu crédito à frente do crédito hipotecário da credora M. Restringiremos, também, as apreciações em relação à Credora T, cujo crédito foi reconhecido como garantido com direito de retenção e, consequentemente, graduado à frente do crédito hipotecário da Credora M. Assim, a resolução dirige-se aos pontos comuns entre as Credoras C e T, ou seja: serem pessoas coletivas; os seus créditos, alegadamente, revestirem a natureza garantida por via do direito de retenção; a graduação dos respetivos créditos à frente do crédito garantido por hipoteca da credora M.

* Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Advogada AB

¹ Baseada no Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães de 23.02.2016 (Processo n.º 4247/11.6TBBRG-B.G1, www.dgsi.pt).

A *situação-tipo* é a do promitente-vendedor que foi declarado insolvente, tendo as sociedades comerciais promitentes-compradoras celebrado contratos promessa de compra e venda, sendo que os contratos, aquando da declaração de insolvência, não estavam resolvidos, nem existia incumprimento definitivo.

A questão que se discute é saber *se na situação-tipo pode ser reconhecido o direito de retenção a uma pessoa coletiva, considerando a aplicabilidade do conceito de consumidor*, nomeadamente tendo presente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) n.º 4/2014, de 22 de Maio de 2013.

2. Do crédito comum da Credora C

Relativamente à sociedade comercial C, a sentença de graduação e verificação de créditos não mencionou nem graduou o seu crédito como garantido, pelo direito de retenção. Motivo pelo qual, veio a referida Credora C pedir a reforma da sentença, a qual foi indeferida por o Juiz de 1.ª Instância considerar que a pretensão de C não se limitava a corrigir um mero lapso ou omissão, mas antes à apreciação de um juízo formulado na sentença e, nessa medida, considerou esgotado o seu poder jurisdicional.

Inconformada com o despacho de indeferimento, veio a sociedade comercial C interpor recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães, pugnando pela sua inclusão na sentença de graduação de créditos, uma vez que o seu crédito havia sido reconhecido por despacho com trânsito em julgado a 2014.

Acresce que, na lista de créditos elaborada nos termos do artigo 129.º do CIRE, o Administrador da Insolvência (AI) havia reconhecido tal crédito como garantido com direito de retenção. Deste modo, pretendeu a sociedade comercial C que o seu crédito fosse graduado em conformidade, ou seja, como um crédito garantido por direito de retenção e, conseqüentemente, graduado à frente do crédito hipotecário.

Acontece que, em nosso entendimento, *a sentença de verificação e graduação de créditos não padecia do invocado lapso/omissão pela Credora C, nem se afigurava nula*, devendo *manter-se a graduação dos créditos, no que tange ao bem imóvel descrito na verba n.º 16 do auto de apreensão de bens*. Acresce que a sede própria para a sociedade C ter invocado a nulidade da sentença de verificação e graduação de créditos era através de recurso dessa mesma sentença, nos termos conjugados dos artigos 616.º, n.º 2 e 617.º, n.º 6 do CPC, sendo certo que há muito se encontrava ultrapassado o prazo de recurso.

Subidos os autos ao Tribunal da Relação de Guimarães, este não deu provimento ao recurso da Credora C, entendendo que o despacho transitado em julgado “*não tomou posição sobre o direito de retenção*”. Além disso, “*não tinha o Tribunal a quo de se debruçar sobre essa questão em concreto, porque a sede própria para a apreciar e decidir em definitivo era a sentença de verificação e graduação*

de créditos, uma vez que a ordem de pagamento é estabelecida segundo a sua natureza, de acordo com as classes constantes do art.º 47.º do C.I.R.E., sendo que, *in casu*, a integração do crédito da Apelante no conceito de “crédito garantido” dependia do julgamento que se fizesse sobre a existência do direito de retenção, mas, sobretudo, da sua eficácia nesta sede de processo de insolvência”.

É precisamente a eficácia do direito de retenção da sociedade comercial C o ponto crítico do concreto processo de insolvência, chegando-se, assim, ao ponto em comum com a sociedade comercial T.

3. Do crédito garantido da Credora T

No que concerne à Credora T, diferentemente do que sucedeu com a C, aquela viu o seu crédito graduado à frente do crédito hipotecário da Credora M, uma vez que o mesmo havia sido reconhecido como garantido com direito de retenção, na lista de créditos elaborada nos termos do artigo 129.º do CIRE.

A Credora hipotecária, não se conformando com a referida graduação, interpôs recurso de apelação, entendendo que o crédito da sociedade T não devia ser graduado à sua frente, por esta não se enquadrar no conceito de consumidor, para efeitos de reconhecimento do direito de retenção. Além disso, o imóvel sobre o qual foi primeiramente graduada era uma fração autónoma destinada a habitação, para uso pessoal, privado e familiar. Logo, e em virtude da atividade comercial que a referida Credora T desenvolvia (dedicava-se à instalação de canalizações, utilizando a Classificação Portuguesa das Atividades Económicas (CAE) 43221), tal fração só podia ser destinada a uso profissional e, nessa medida, não se enquadrava no conceito de consumidor, condição imprescindível para que seja reconhecido o direito de retenção.

4. Do direito de retenção e a noção de consumidor: a jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça

A jurisprudência e a doutrina têm preconizado uma interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do Código Civil (CC), afastando do âmbito do direito de retenção os promitentes-compradores que não sejam consumidores.

Esta interpretação restritiva foi acolhida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) n.º 4/2014, de 22 de Maio de 2013², que uniformizou e fixou jurisprudência nos seguintes termos: “No âmbito da graduação de créditos em

² Revista n.º 92/05.6TYVNG-M.PL.S1 (publicado no DR, 1ª Série, n.º 95, de 19.05.2014).

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 de insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755º n.º 1 alínea f) do Código Civil”. Assim, “a qualidade de consumidor assume um verdadeiro elemento constitutivo do direito de retenção”³.

A Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96 de 31/7, retificada pela Declaração de retificação nº 16/96, de 13/11, alterada pela Lei nº 85/98, de 16/12, e pelo DL nº 67/2003, de 8/4), no n.º 1 do artigo 2.º define o *consumidor* como “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 actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Nestes termos, “o conceito operativo de consumidor postula (...) a verificação de quatro elementos: o elemento subjectivo (“todo aquele”), o elemento objectivo (“a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos direitos”), o elemento teleológico (“destinados a uso não profissional”) e o elemento relacional (“pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”)”⁴. A referida Lei de Defesa do Consumidor adota a “noção estrita de consumidor, a mais relevante no Direito Comunitário, como a pessoa singular que adquire um bem ou serviço para uso não profissional, ou seja, uso privado, *com vista à satisfação das necessidades pessoais ou familiares, ou seja, com um fim alheio ao âmbito da sua actividade profissional*, sendo que a contraparte do consumidor será sempre pessoa singular ou colectiva que exerce, com carácter empresarial, uma actividade económica”⁵.

Recentemente, o Acórdão do STJ de 16.02.2016 faz notar que a noção de consumidor adotada pelo Supremo “acentua a qualidade de sujeito final na transacção do bem, excluindo apenas os comerciantes e aqueles que destinam o imóvel a revenda para obtenção do lucro”, constando do sumário que “a qualidade de consumidor refere-se ao utilizador final dos imóveis, que faz deste uso próprio, ao qual é alheio o escopo de revenda, mas não implica que o prédio seja urbano e se destine a habitação permanente do promitente-comprador”⁶. Em suma: o conceito de consumidor encerra em si *a tutela da parte mais débil*.

³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03.11.2015 (Processo n.º 452/13.9TBCBR.Cl, disponível em www.dgsi.pt).

⁴ Acórdão citado do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03.11.2015.

⁵ Ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03.11.2015. No mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08.09.2015 (Proc. n.º 2806/11.6TBVIS-C.Cl., disponível em www.dgsi.pt).

⁶ Processo n.º 135/12.7 TBMSF.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

No plano europeu, o consumidor é definido como “qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”: Directiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10.2011.

Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, aditou à lista dos titulares do direito de retenção “o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido” – alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do CC. Todavia, é no preâmbulo do mencionado Decreto-Lei que se encontram os motivos para o reconhecimento do direito de retenção aos promitentes-compradores, sendo eles a “tutela dos particulares” e a “lógica da defesa do consumidor na compra da habitação”. Pretendeu, assim, o legislador, proteger o direito à habitação dos promitentes-compradores, enquanto pessoas singulares⁷.

Do exposto, resulta que, para que seja reconhecido como crédito garantido pelo direito de retenção, nos termos previstos na al. f) do n.º 1 do art.º 755.º do Código Civil, é imprescindível que o Credor assuma a qualidade de consumidor.

5. A decisão

Nem a Credora C, nem a Credora T se enquadram no conceito de consumidor na aceção definida. Quer uma, quer outra, são sociedades comerciais que têm, necessariamente, por objeto a prática de atos de comércio.

Ademais, é notório que a fração objeto do contrato de promessa de compra e venda só pode ser destinada para habitação, logo, sendo a referida Credora uma sociedade comercial, não fará dela uso pessoal ou a sua habitação própria e permanente, podendo apenas destiná-la a uso profissional. Assim, não revestindo a Credora T a qualidade de consumidor, não pode ver o seu crédito como garantido pelo direito de retenção, previsto no artigo 755.º, n.º 1, al. f) do CC.

No caso concreto, o conceito de consumidor não é aplicável às pessoas coletivas, logo não lhes pode ser reconhecido o direito de retenção e, consequente-

⁷ Ressalva-se que o facto da noção de consumidor abranger apenas as pessoas singulares não significa que a estas é conferido de modo automático o reconhecimento do direito de retenção, na aquisição de um imóvel prometido. Por exemplo, se o promitente-comprador é uma pessoa singular e o imóvel prometido for adquirido com a finalidade de obter lucro (por exemplo, para arrendamento ou para revenda), entendemos que, embora seja pessoa singular, fica afastada a proteção e a tutela que o legislador quis conferir ao consumidor. Pois, na verdade, o que legislador pretendeu foi proteger o direito à habitação, ao uso pessoal, privado, familiar e doméstico, na aquisição do imóvel. A este propósito, v. CALVÃO DA SILVA, *Vendas de Bens de Consumo – DL n.º 67/2003, de 8 de Abril | Directiva n.º 1999/44/CE – Comentário*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 44. Em sentido contrário ao aqui defendido, v. o citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.02.2016.

Ainda a propósito, ensina JORGE MORAIS CARVALHO que “tem-se assistido, em alguns domínios, a um fenómeno de equiparação das empresas, nomeadamente, as microempresas, aos consumidores para efeitos de protecção”; no entanto, afirma convictamente que “essas pessoas não são (...) qualificadas como consumidores” (*Manual de Direito do Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, págs. 24 e ss).

mente, não podem os respectivos créditos serem graduados à frente do crédito hipotecário.

O Tribunal da Relação de Guimarães pronunciou-se perentoriamente: deve ter-se por “inequívoco que o AUJ n.º 4/2014, do STJ, no âmbito da graduação de créditos em insolvência, apenas se refere ao consumidor, que se identifica com a pessoa singular, ou ‘sujeito final na transação de bens’ (para usar a expressão do STJ, sem margem para dúvida, às pessoas coletivas não é reconhecido o direito de retenção, consagrado na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do C.C., ainda que sejam promitentes-compradoras retentoras”. Concluiu: “no âmbito da graduação de créditos não lhe pode ser reconhecido o invocado direito, com o que o seu crédito não tem a natureza de crédito garantido”.

Deste modo, considerou a Relação que à Credora T, por ser uma sociedade comercial por quotas, não lhe assistia direito de retenção e, conseqüentemente, o seu crédito não gozava de prioridade de pagamento em relação ao crédito hipotecário.

Quanto à Credora C entendeu que o Tribunal de 1.ª Instância não havia tomado posição sobre o direito de retenção e que o seu “crédito garantido dependia do julgamento que se fizesse sobre a existência do direito de retenção, mas, sobretudo, da sua eficácia nesta sede de processo de insolvência”. Entendeu-se que a eficácia do reconhecimento do direito de retenção, no concreto processo de insolvência, depende diretamente da qualidade de consumidor. Ora, seguindo essa linha de fundamentação, sendo a Credora C uma sociedade comercial por quotas, também a esta não poderia ser reconhecido o direito de retenção, por não revestir a qualidade de consumidor.

É certo que o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (AUJ) veio pôr cobro à graduação de créditos em processos de insolvência que estejam em causa o direito de retenção de um consumidor promitente-comprador. Contudo, esta “decisão uniformizadora não resolveu totalmente o problema existente em torno do tema do direito de retenção”. O AUJ trata apenas de uma situação-tipo e é precisamente nas diversas situações que se afastam da situação-tipo que a jurisprudência e a doutrina encontrarão os maiores desafios na interpretação e aplicação do referido aresto uniformizador.⁸

⁸ Assim, a este propósito, v. NATÁLIA GARCIA ALVES/VERA SANTOS MARQUES, “Direito de retenção em insolvência – Nova posição do STJ”, *AB INSTANTIA – Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano II, N.º 3, 2014, págs. 188-189.