



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Hipoteca e a sua relação com o processo de insolvência

Mariana Ribeiro Ferreira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Hipoteca e a sua relação com o processo de insolvência

Mariana Ribeiro Ferreira

Orientador: Prof. Dra. Isabel Menéres Campos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

“Os temas mais complexos podem ser explicados ao menos inteligente dos homens, caso ele ainda não tenha uma ideia formada sobre eles; mas o assunto mais banal não pode ser esclarecido ao mais inteligente dos homens caso ele esteja convencido de que já conhece sem sombra de dúvida o que tem diante de si”

Tolstoi

Agradecimentos

Termino este percurso com a plena convicção de que existem pessoas que nos inspiram a seguir o caminho e outras que nos mantêm inteiros enquanto o percorremos. É agora o momento para agradecer a essas minhas pessoas.

Aos meus avós, a eles tudo lhes devo. Ao meu avô, por me ter ensinado que sempre serei o que quiser, mas tenho que querer o que for mais do que qualquer outro.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional demonstrado em todas as fases da minha vida, por me deixarem seguir o meu caminho sem nunca esperarem nada em troca. Estarei realizada se um dia conseguir ser, pelo menos, metade daquilo que vocês são aos meus olhos.

Ao meu irmão, pela transparência e frontalidade, por se ter inesperadamente tornado no meu melhor amigo, por todos os momentos em que fez com que a vida fosse mais fácil de levar, por ser a combinação única entre loucura e inteligência.

Aos meus amigos, aqueles que sempre me deram um lugar para onde voltar e aqueles que chegaram de repente e me deram a melhor experiência acadêmica possível. À Marta, por ter tornado este percurso um bocadinho menos solitário, pela constante verificação da minha sanidade mental, por continuar, a cada dia que passa, a mostrar-me um mundo novo.

Ao João Jorge, que há sete anos é o antídoto ideal para todas as minhas revoltas, por ser o equilíbrio e a paciência que me falta, por se ter tornado família.

À Carolina, por ser a companheira de todas as horas, por ser a energia que por vezes me falta, pela forma única com que contagia todos à sua volta e me continua a contagiar a mim.

Ao João, por toda a compreensão, por todo amor e toda a amizade. Para ele, nem todas as palavras do mundo seriam suficientes.

Por último, mas não menos importante, à Prof. Dr. Isabel Menéres Campos por toda a disponibilidade demonstrada, mas acima de tudo pela orientação de excelência que me proporcionou. É, sem dúvida, um privilégio enorme ser acompanhada por alguém que admiramos tanto.

Resumo

Em caso de incumprimento, a hipoteca atribui ao credor a possibilidade de ser pago pelo valor da coisa que onera, com prevalência relativamente aos demais credores.

Estando o devedor insolvente, estará com toda a certeza em incumprimento perante o credor hipotecário, o que confere a este último uma posição privilegiada no âmbito de processo de insolvência. O credor será considerado um credor garantido, pelo que, dentro do leque de credores da insolvência pertence aqueles que serão pagos em primeiro lugar.

Não obstante a posição de primazia que ocupa, o credor titular de hipoteca poderá não obter a satisfação do seu crédito, uma vez que apenas será pago depois de pagas as dívidas da massa insolvente e depois de pagos os credores titulares de eventuais garantias prevalecentes, como os privilégios imobiliários especiais e o direito de retenção.

Palavras-chave: credor; garantia; hipoteca; incumprimento; insolvência; pagamento; prevalência.

Abstract

In case of default, the mortgage assigns to the mortgagee the possibility of being paid for the value of the thing that charges, with prevalence in relation to other creditors.

If the debtor is insolvent, he will be in all likelihood in default to the mortgage lender, which gives the latter a privileged position in insolvency proceedings. The creditor will be considered a secured creditor, so within the range of insolvency creditors he belongs to those who will be paid first.

Although the primacy position that occupies, the mortgagee may not obtain the satisfaction of his credit, as it he will only be paid after the payment of the debts of the insolvent mass and after the payment of creditors holding any prevailing guarantees, such as special real estate privileges and right of retention.

Key words: creditor; guarantee; mortgage; default; insolvency; payment; prevalence.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	9
Introdução	11
1. Noções gerais	12
2. Caracterização.....	13
3. Hipoteca e as suas fragilidades	18
3.1. Conflito com o direito de retenção	19
3.2. Conflito com os privilégios creditórios	22
3.3. Hipoteca e o direito do arrendatário	25
4. A insolvência e o credor hipotecário	27
4.1. A situação de insolvência	28
4.2. O processo de insolvência	29
4.3. Sentença de declaração de insolvência.....	30
4.4. Posição processual do credor hipotecário.....	33
5. Reclamação, verificação e graduação de créditos.....	35
6. Liquidação e pagamento	38
6.1. Liquidação e venda.....	38
6.2. Pagamento aos credores.....	40
Conclusão.....	44
Bibliografia	46

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – acórdão

Acs. – acórdãos

Al. – alínea

Art. – artigo

Arts. – artigos

AUJ – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Coord. – coordenação

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRPredial – Código de Registo Predial

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

Ed. – edição

Ex. – exemplo

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

Nº - número

Op. cit. – obra citada

P. – página

PP. – páginas

SS. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP- Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

Introdução

Tendo surgido com o desígnio de conferir uma maior segurança ao tráfego jurídico, a hipoteca caracteriza-se por atribuir ao credor a possibilidade de, em caso de incumprimento por parte do devedor autor da hipoteca, ser pago pelo valor de determinado bem, imóvel ou equiparado, com preferência relativamente aos eventuais restantes credores do mesmo devedor.

Nas mais das vezes, esta figura contrapõe posições totalmente desequilibradas, pois será muito frequente encontrarmos de um lado, um devedor que necessita de crédito à habitação e, por outro, uma instituição de crédito que exige a constituição de hipoteca para assegurar esse crédito.

Encontrando-se o devedor insolvente, encontrar-se-á também, com toda a probabilidade em incumprimento perante o credor hipotecário, permitindo que este ative a sua garantia e satisfaça o seu crédito através do produto da venda do bem. Apesar de deter uma posição privilegiada no âmbito do processo de insolvência, o credor hipotecário nem sempre conseguirá ver o seu crédito satisfeito.

Devido à fragilidade dos interesses em questão, mas sobretudo à pertinência do tema nos tempos em que vivemos, o presente estudo tem como intuito analisar criticamente a referida posição do credor hipotecário, bem como as vantagens e lacunas das soluções existentes. Nesse sentido, começaremos por um breve enquadramento jurídico da garantia hipotecária e correspondente caracterização, não deixando de confrontar esta garantia com outras figuras que poderão influenciar a satisfação do seu titular. Posto isto, passaremos a analisar as diversas fases do processo de insolvência, sempre com a tónica colocada na posição do credor hipotecário.

Não esquecendo a posição particularmente frágil na qual se encontra o devedor insolvente autor da hipoteca, interessa-nos delimitar a posição ocupada pelo credor titular de hipoteca. O seu crédito deve imediatamente ser satisfeito ou, ao invés, razões existem para os seus interesses serem preteridos?

1. Noções gerais

A hipoteca surge regulada no CC^{1 2}, no livro II relativo ao Direito das Obrigações, mais concretamente na Secção V, respeitante às garantias especiais das obrigações. Nesse sentido, importa que o enquadramento no nosso ordenamento jurídico seja feito.

As garantias apresentam como característica comum o facto de assegurarem um crédito, sendo mesmo de afirmar que existe uma relação de dependência entre ambos³. Esta funcionalidade relativamente ao crédito permite encarar as garantias não só como um meio de pressão para que o devedor cumpra, mas também atribuem ao credor a possibilidade de, na hipótese de incumprimento da obrigação, exigir judicialmente a satisfação do seu crédito.

Decorre do art. 601º CC a existência de uma garantia geral das obrigações que consiste no “conjunto de bens penhoráveis que compõem o património do devedor”⁴. Na hipótese de o devedor contrair obrigações para com diversos credores, à partida, estes encontram-se, assim, em posição de igualdade face ao seu património. Não sendo este suficiente para a satisfação integral de todos os créditos, os credores serão pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, nos termos do art. 604º CC.

O credor que não queira estar sujeito a este rateio e queira reforçar a proteção do seu crédito terá que recorrer às garantias especiais que atribuem aos seus titulares uma posição privilegiada, através da proteção que lhes conferem no cumprimento futuro de obrigações⁵.

Para ANTUNES VARELA⁶ estas garantias consistem mesmo num “reforço” do crédito ou numa “via de privilégio” em detrimento dos outros créditos sobre o mesmo devedor, que apenas serão satisfeitos através da garantia geral.

¹A regulamentação desta figura não se esgota com as disposições presentes no CC, existindo diversa legislação complementar, como por ex. o CRPredial (aprovado pelo DL 224/84, de 06 de Julho) ou CCom (aprovado pelo DL 76-A/2006, de 29 de Março).

²Aprovado pelo DL 47344/66, de 25 de Novembro.

³CORDEIRO, António Menezes (2015) - *“Tratado de Direito Civil X - Direito das Obrigações, Garantias”*, Coimbra, Almedina, pp. 169-171. O autor afirma ainda, que apenas a existência de uma relação de dependência justifica que se possa afirmar uma figura como “garantia” de outra.

⁴VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019) - *“Direito das Garantias”*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, p. 48.

⁵PROENÇA, José Carlos Brandão (2017) - *“Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações”*, 2ª ed., Universidade Católica Editora Porto, p. 530.

⁶VARELA, João de Matos Antunes (1997) - *“Das Obrigações em Geral”*, Vol. II, 7ª ed. reimpressão de 2003, Coimbra, Almedina, p. 419.

A generalidade da doutrina⁷ divide as garantias especiais em garantias pessoais e garantias reais⁸.

Respeitando esta dicotomia, as garantias pessoais caracterizam-se por existir uma junção do património do devedor a um ou mais patrimónios alheios⁹. Isto é, a satisfação do credor é assegurada não só pelo património do devedor, como também por um ou mais patrimónios que, sem esta garantia, não responderiam por tal incumprimento.

Por outro lado, as garantias reais estabelecem uma ligação a uma coisa determinada, estas atribuem ao credor a possibilidade de executar o bem, em caso de incumprimento, sendo que este irá ver o seu crédito satisfeito com preferência relativamente aos outros credores do mesmo devedor.

Feitas estas considerações iniciais, importa referir que a hipoteca se insere no leque das garantias reais, sendo a mais frequente na prática negocial. Tal explica-se pois, através da afetação de um bem específico ao pagamento de uma determinada dívida¹⁰, nas mais das vezes, esta garantia assegura um crédito à habitação.

2. Caracterização

A hipoteca tem a natureza de um direito real de garantia^{11 12}. Nesse sentido, apresenta como características designadamente a sequela e prevalência. Em termos que não pretendem ser exaustivos, tal traduz-se na possibilidade de o credor acompanhar a

⁷PROENÇA, José Carlos Brandão (2017), op. cit., pp. 530-531.

⁸VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., pp. 63-64, considera que esta classificação não inclui as novas garantias que surgem no tráfego comercial e acaba por descurar quer o regime executivo, quer o regime insolvencial das garantias especiais. Esta última é a principal crítica apresentada pelo autor, para quem não faz sentido estudar a matéria das garantias sem analisar o seu regime insolvencial, pois se a garantia não proteger o credor em sede de insolvência acaba por perder o seu sentido útil, uma vez que não será utilizada no âmbito da concessão de crédito.

⁹Art.627º CC, relativo à fiança.

¹⁰CAMPOS, Isabel Menéres (2003) - *“Da hipoteca - caracterização, constituição e efeitos”*, Coimbra, Almedina, pp. 10 e ss. Note-se que, tal como a autora demonstra, apesar de a execução começar por este bem, não fica a ele limitada. Não sendo o valor do bem objeto de hipoteca suficiente para satisfazer o credor garantido, o credor irá concorrer pelo remanescente, com os credores comuns.

¹¹CORDEIRO, António Menezes (2015), op. cit., pp. 614-615, define estes direitos como “(...) permissões normativas específicas de aproveitamento de uma coisa corpórea, em termos de assegurarem o cumprimento de uma obrigação.”

¹²VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., p. 217. Note-se que, quando o direito real de garantia resulta de contrato, também é possível designar de hipoteca o próprio contrato emergente desse direito.

coisa hipotecada onde quer que ela esteja, inclusive em eventuais posteriores alienações ou onerações¹³ e também no facto de a hipoteca prevalecer sobre direitos reais posteriormente constituídos¹⁴. A preferência aqui atribuída resulta, não da causa do crédito, mas sim, da prioridade na constituição, aferida pela prioridade do registo¹⁵.

Aliás, nos termos do art. 687º CC, não sendo a hipoteca registada esta não produz efeitos, nem sequer entre as partes¹⁶. A inscrição no registo visa dar publicidade às situações jurídicas que lhe subjazem, sendo, neste caso, condição de oponibilidade da hipoteca quer em relação a terceiros, quer em relação às próprias partes.

Para além da preferência a que o registo conduz, este estabelece também que, uma vez registada a hipoteca, vigorará a favor do titular inscrito no registo uma presunção¹⁷ de que o direito existe e pertence precisamente ao titular aí inscrito¹⁸. Na nossa opinião¹⁹, esta segurança atribuída pelo registo funciona não só a favor do seu titular, mas também protege os demais credores. Uma vez que esta publicidade origina fé pública registal, qualquer interessado pode ter conhecimento da verdadeira situação jurídica dos prédios e assim celebrar negócios jurídicos apenas com os titulares que figurarem no registo, com mais certeza jurídica²⁰.

¹³Ao contrário do penhor de coisas, a hipoteca não implica o desapossamento do seu autor, nem tampouco impede que este, posteriormente à constituição da hipoteca, aliene ou onere o bem hipotecado (art. 695º CC).

¹⁴Veremos que não é uma prevalência absoluta, pois cede perante os privilégios imobiliários especiais (art. 751º CC) e perante o direito de retenção (art. 759º, nº2), mesmo que posteriormente constituídos.

¹⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2016) – “*Garantias das obrigações*”, 5ª ed., Coimbra, Almedina, p. 203.

¹⁶Na mesma linha, o art. 4º, nº2 CRPredial sujeita a eficácia da hipoteca, mesmo entre as partes, à inscrição no registo. Apesar da existência destes normativos, a doutrina diverge quanto à natureza do registo. Na sua maioria, quer a doutrina, quer a jurisprudência portuguesas entendem que o registo é constitutivo, quer se trate de uma hipoteca voluntária, legal ou judicial. CORDEIRO, António Menezes (2015), op. cit., pp. 706-728.

Por outro lado, há autores que defendem (com os quais tendemos a concordar) que o efeito constitutivo do registo da hipoteca se dá nas hipotecas legais e judiciais, mas já não nas voluntárias. Estas, em respeito pelo princípio da consensualidade, já existem e são válidas antes do registo, mas os seus efeitos encontram-se paralisados, ou seja, o registo é condição necessária para adquirirem eficácia absoluta. A hipoteca existe e é válida, mas necessita de um evento exterior (o registo) para que os seus efeitos se produzam na totalidade. CAMPOS, Isabel Menéres (2003), op. cit., pp. 182 e ss.

¹⁷CORDEIRO, António Menezes, op. cit., pp. 718-720.

¹⁸Art. 7º CRPredial.

¹⁹A mesma lógica é apresentada pela jurisprudência, veja-se por ex. o Ac. do STJ de 11-04-2019 (Tomé Gomes), disponível em www.dgsi.pt, assim como todos os Acs. que se seguem sem indicação da fonte. No Ac. mencionado esclarece-se que, uma vez existindo registo, os terceiros não podem alegar o desconhecimento da situação jurídica dos prédios, pois sempre tiveram a possibilidade de o obter, isto é, os elementos inscritos no registo permitem que o terceiro tenha conhecimento absoluto dos direitos, ónus ou encargos que recaiam sobre o bem, conferindo dessa forma a segurança necessária à contratação.

²⁰FERNANDES, Luís A. Carvalho, (2010) – “*Lições de Direitos Reais*”, 6ª ed. (reimpressão), Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, pp. 128-130.

Atentando, a partir de agora, no conceito propriamente dito de hipoteca, o art. 686º, nº1 CC dispõe o seguinte: “1. A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.”

Assim sendo, e em linha com o que foi dito anteriormente relativamente às garantias reais, o credor hipotecário tem a possibilidade de, em caso de incumprimento executar o bem, vendê-lo e satisfazer o seu crédito através do produto da venda, sendo que se encontra numa posição de primazia relativamente aos demais credores do mesmo devedor que não gozem de melhor garantia²¹.

Note-se que a satisfação do credor terá sempre que se realizar através do produto da venda do bem, isto é, o credor não pode, sem mais, fazer sua a coisa hipotecada. Esta proibição decorre do art. 694º CC que fere de nulidade a convenção pela qual o credor, em caso de incumprimento do devedor, fará sua a coisa onerada.

A proibição do pacto comissório que aqui é estabelecida visa proteger o devedor, que pressionado pela necessidade de obter crédito aceitaria tal convenção e acabaria por sair fortemente prejudicado, dada a diferença que pode existir entre o valor do bem dado em garantia e o montante da dívida²².

O recurso necessário à ação executiva para que o credor veja o seu crédito satisfeito é corolário da hipoteca existir para assegurar um crédito, conduzindo-nos a uma outra característica importantíssima da hipoteca, a acessoriedade.

Esta característica de construção doutrinal²³ espelha precisamente a função principal da hipoteca de colocar o seu titular numa posição privilegiada através do reforço que acaba por conferir à garantia geral das obrigações.

A acessoriedade traduz-se no facto de o direito hipotecário apenas existir enquanto o crédito garantido existir²⁴, isto é, se o crédito se extinguir ou for por alguma razão

²¹Importa referir que o credor hipotecário apenas pode ver o seu crédito satisfeito em processo executivo.

²²COSTA, Salvador da, (2015) – “*O concurso de credores – Áreas comum, fiscal e da insolvência*”, 5ª ed., Coimbra, Almedina, pp. 81-82; CORDEIRO, António Menezes (2015), op. cit., pp. 762-769.

²³CAMPOS, Isabel Menéres (2003), op. cit., p. 86; CORDEIRO, António Menezes (2015), op. cit., pp. 172-183.

²⁴Art. 730º, al. a) CC.

considerado nulo, a hipoteca extinguir-se-á também ou será considerada nula. Note-se que o contrário não acontece, a extinção da hipoteca não implica a extinção do crédito, mas seria errado dizer que não tem qualquer influência sobre o mesmo. Efetivamente, a garantia hipotecária permite ao seu titular um tratamento diferenciado ao permitir que a sua satisfação seja feita com prevalência em relação aos demais credores²⁵.

Outra especificidade da hipoteca aparece regulada no art. 696º CC, artigo este que estabelece a indivisibilidade da garantia, salvo convenção em contrário. Tal significa que a hipoteca irá abranger toda a coisa objeto de garantia, todas as suas partes²⁶ e, ainda, irá subsistir por inteiro se esta abranger uma pluralidade de coisas²⁷.

Como vimos anteriormente, resulta da noção de hipoteca que esta apenas pode ter por objeto coisas imóveis ou equiparadas²⁸. A doutrina não é unânime, contudo, concordamos com Isabel Menéres Campos²⁹ quando a autora afirma que os imóveis, em comparação com bens móveis, apresentam um risco menor, são de difícil desaparecimento, apresentam baixas oscilações de valor e, por isso, atribuem ao credor uma garantia mais forte do que qualquer outra.

Tendo como critério o facto de os bens puderem ou não ser alienados e penhorados, o legislador estabeleceu no art. 688º CC um elenco taxativo de quais os bens suscetíveis de hipoteca, tendo sido excluídos todos aqueles que pela sua natureza sejam do domínio público ou que não permitam apropriação individual.

²⁵Mesmo não sendo uma preferência absoluta, se o credor hipotecário não tivesse esta garantia iria ser tratado como um credor comum, o que terá grande influência, como veremos, na possibilidade de ver o seu crédito satisfeito.

²⁶Assim sendo, na hipótese de ser constituída hipoteca sobre várias frações autónomas de um mesmo prédio, o credor tem a possibilidade de executar a hipoteca sobre qualquer uma delas. Da mesma forma, constituída hipoteca sobre prédio em que, *a posteriori*, for constituída a propriedade horizontal, cada fração irá responder pela totalidade da dívida garantida pela hipoteca. COSTA, Salvador da, op. cit. p. 83.

²⁷CAMPOS, Isabel Menéres (2003) op. cit., p. 136; CORDEIRO, António Menezes (2015), op. cit., pp. 754-756.

²⁸A lei admite a hipoteca de fábricas (art. 691, nº2 e 3 CC), de automóveis (DL 54/75, de 12 de Fevereiro), navios (arts. 584º e ss. CCom) e aeronaves.

²⁹CAMPOS, Isabel Menéres (2003), op. cit., pp. 10 e ss.

Continuando o nosso breve percurso sobre a garantia hipotecária, importa mencionar o art. 703º CC. Este divide as hipotecas em legais, judiciais³⁰ ou voluntárias³¹.

As hipotecas legais resultam imediatamente da lei³², o que significa que uma vez previstas basta que o credor leve a cabo o registo da hipoteca para que se constituam e assumam relevância jurídica. A sua existência é assim independente da vontade do titular do bem hipotecado.

O art. 705º CC estabelece o leque de credores titulares de hipoteca legal, estando esta atribuição feita tendo em conta a qualidade de certos credores, como por exemplo, o Estado, autarquias locais ou a Segurança Social, e a necessidade de assegurar o cumprimento de certos créditos considerados sensíveis³³, como seja o crédito por alimentos.

Note-se que as hipotecas legais cujo registo tenha sido requerido nos dois meses que antecedem a declaração de insolvência e que sejam acessórias de créditos do Estado, das autarquias locais ou da Segurança Social, extinguem-se com a declaração de insolvência, nos termos do art. 97º, nº1, al. c) CIRE³⁴.

Por outro lado, a hipoteca judicial tem origem processual, sendo que o título hipotecário consiste numa sentença³⁵, mesmo que ainda não tenha transitado em julgado, que condena o devedor à realização de uma prestação a favor do credor, seja em dinheiro ou noutra coisa fungível.

Quanto a esta modalidade importa referir, por se aproximar do tema central da nossa exposição, que a preferência por si conferida não é substancial, isto porque, em

³⁰VARELA, Antunes (1997), op. cit., p. 558 e ss. Quer as hipotecas legais, quer as judiciais podem ser de título geral, isto é, podem incidir sobre quaisquer bens do devedor que não “excedam manifestamente o valor do crédito”. Quanto às hipotecas voluntárias, a lei considera que são nulas aquelas que incidirem sobre todos os bens do devedor, sem proceder à especificação dos mesmos (art. 716º CC).

³¹Para mais desenvolvimentos: CORDEIRO, António Menezes (2015), op. cit., pp. 738-740; VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., pp. 218-224; CAMPOS, Isabel Menéres (2003), op. cit., pp. 139 e ss.

³²PRATA, Ana (coord.) (2019) – “*Código Civil Anotado Vol. I (arts. 1º a 1250º)*”, 2ªed., Coimbra, Almedina, p. 924. Pela leitura do art. 704º CC a hipoteca legal resulta imediatamente da lei. No entanto, tal como já foi referido anteriormente, as hipotecas legais (e as judiciais) apenas se constituem com o registo, pelo que a doutrina tem interpretado este preceito no sentido de que a lei apenas confere o direito à constituição destas hipotecas.

³³CORDEIRO, António Menezes (2015), op. cit., pp. 748-750.

³⁴Todos os arts. sem indicação de diploma pertencem ao CIRE, aprovado pelo DL 53/2004, de 18 de Março.

³⁵Art. 710º CC. Na mesma lógica das hipotecas legais, também aqui a sentença apenas atribui ao credor o direito de constituir a hipoteca.

caso de insolvência, não é atendida aquando do momento da graduação dos diversos créditos em processo de insolvência³⁶ (art. 140º, nº3).

Por último, a hipoteca voluntária³⁷, das hipotecas a mais recorrente, nasce por vontade das partes, quer seja através de um contrato, ou de uma declaração unilateral³⁸, declaração essa que pode mesmo ser um testamento. Ao contrário das hipotecas já mencionadas, a hipoteca voluntária não tem a sua origem na lei, pelo que é exigido que o ato de constituição da mesma conste de escritura pública (art. 714º CC). Esta modalidade de hipoteca pode ser constituída quer pelo próprio devedor quer por terceiro³⁹.

3. Hipoteca e as suas fragilidades

Tal como referimos anteriormente, o credor hipotecário tem a faculdade de, em sede de incumprimento, ver o seu crédito satisfeito com prioridade relativamente aos demais credores.

Não sendo esta preferência absoluta, existem outras garantias reais que prevalecem sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido anteriormente registada. É o caso do direito de retenção sobre coisas imóveis (art. 759º, nº2 CC) e dos privilégios imobiliários especiais (art. 733º CC). Em sede de execução e uma vez incidindo a penhora sobre bens imóveis, tal significará que a graduação dos créditos⁴⁰ deverá ser feita da seguinte forma: em primeiro lugar, os privilégios imobiliários especiais, de seguida o direito de retenção e só depois a hipoteca e restantes garantias⁴¹.

³⁶Em consequência, o credor titular da hipoteca judicial será considerado um mero credor comum e não um credor garantido (veremos que tal terá grande influência na possibilidade de satisfação desse mesmo credor).

³⁷Art. 712º CC.

³⁸A doutrina discute se a declaração unilateral de concessão de hipoteca deve ou não ser considerada receptícia. CAMPOS, Isabel Menéres (2003), op. cit., p. 161, esta declaração é receptícia, isto é, torna-se eficaz com a chegada ao poder ou ao conhecimento do destinatário (art. 224º, nº1 CC).

³⁹Uma vez constituída por terceiro, este não terá direito ao benefício da excussão prévia. Tal significa que a execução irá sempre começar pela coisa hipotecada, quer esta pertença ao devedor ou a um terceiro. Na hipótese de ser executada coisa pertencente a terceiro, este fica sub-rogado nos direitos do credor perante o devedor, nos termos do art. 592º CC (art. 717º CC).

⁴⁰Iremos voltar a este tópico mais à frente. No entanto, é para já de referir, que na eventualidade do devedor ser declarado insolvente, a posição do credor hipotecário poderá ser diferente e mais reforçada. Tal é assim, tendo em conta o regime insolvencial dos privilégios creditórios especiais acessórios dos créditos do Estado e das autarquias locais. Estes, se se tiverem vencido há mais de doze meses antes do início do processo de insolvência extinguem-se, nos termos do art. 97º, nº1, al. b).

⁴¹VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., p. 247.

Motivados pela influência que tais preferências podem ter no crédito hipotecário em sede de insolvência e pela divergência doutrinal que têm vindo a originar, consideramos importante analisar de forma breve estes regimes.

3.1. Conflito com o direito de retenção

O direito de retenção, tal como aparece regulado no art. 754º CC, é um direito real de garantia que permite que o credor (retentor) mantenha a posse da coisa, enquanto o devedor não cumprir a sua prestação⁴², mas tem o seu âmbito de aplicação limitado apenas aos casos em que o crédito tenha resultado de despesas feitas por causa da coisa ou por danos por ela causados. A publicidade deste direito é assim assegurada pelo posse ou detenção da coisa, não existindo necessidade de registo para que o direito de retenção seja oponível *erga omnes*.

Esta garantia real das obrigações pode ter por objeto coisas móveis ou imóveis, sendo que neste último caso o retentor é equiparado ao credor hipotecário (art. 759º, nº1 CC)⁴³.

Não obstante esta equiparação, sempre que o direito de retenção tiver por objeto imóveis, nos termos do art. 759º, nº2 CC, este irá prevalecer sobre qualquer hipoteca, mesmo que esta tenha sido registada anteriormente⁴⁴. A razão de ser desta preferência reside no facto de o retentor, em sede de execução, não conseguir invocar o seu direito contra os restantes credores, mas também na convicção de que se as despesas realizadas não o tivessem sido, a coisa poder-se-ia ter deteriorado de tal forma que nem o dono da mesma, nem o credor hipotecário, nem os restantes credores conseguiriam ver o seu crédito satisfeito⁴⁵. Acresce ao exposto, o facto de as despesas mencionadas terem por

⁴²VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., pp. 386-410.

⁴³Por outro lado, estando em caso um bem móvel, o titular do direito de retenção é equiparado ao credor pignoratício (art. 758º CC).

⁴⁴Esta preferência é excluída no âmbito dos créditos hipotecários regulados no DL 59/2006, de 20 de Março que regula o regime aplicável às obrigações hipotecárias e às instituições de crédito hipotecário.

⁴⁵CAMPOS, Isabel Menéres (2009) – “*Dois questões sobre a efetividade prática da hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. I, Coimbra, 309-331, pp. 322-323.

objeto, nas mais das vezes, quantias de pequeno montante cujo pagamento não colocará, à partida, em causa a satisfação do credor hipotecário⁴⁶.

Esta solução é alvo de duras críticas pela doutrina, principalmente quando está em causa o direito de retenção do promitente-comprador, regulado no art. 755º, nº1, al. f) CC. Atribuindo o direito de retenção ao promitente-comprador que obteve tradição da coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte⁴⁷, este normativo surge precisamente com o objetivo de proteger estes contraentes, mais concretamente, proteger os particulares no mercado de habitação.

Em consequência, este regime legal acaba por prejudicar os credores hipotecários, nas mais das vezes, instituições de crédito, que acabam por limitar a concessão de crédito apenas aos casos que exista mais certeza da solidez financeira dos seus clientes⁴⁸.

Esta intenção legislativa de proteção da parte mais débil acaba por ter resultados práticos desastrosos, pois é atribuída a uma expectativa de aquisição de um direito real⁴⁹ uma posição jurídica mais forte do que o próprio direito em si. O terceiro que adquire um imóvel hipotecado terá que suportar a preferência que é atribuída ao credor hipotecário, mas aquele que apenas prometeu comprar já será graduado de forma preferencial quanto ao crédito indemnizatório⁵⁰.

Com o objetivo de resolver este diferendo surge o AUJ 4/2014, de 20 de Março de 2014, que estabelece o seguinte: “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 vem circunscrever o direito de retenção do promitente-comprador apenas aquele que detenha simultaneamente a qualidade de consumidor. Esta limitação

⁴⁶ANDRADE, Margarida Costa (2014) – “*Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução*”, in *Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais* nº2, Coimbra Editora, 39-83, pp. 56-58.

⁴⁷VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2011) – “*Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)* nº33, 3-29, pp. 4-8.

⁴⁸ALVES, Natália Garcia e , MARQUES, Vera Santos (2014) – “*Direito de retenção em insolvência: nova posição do STJ*”, in *AB Instantia: Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano II nº3, 157-189, pp. 188-189.

⁴⁹Aquela que é detida pelo promitente-comprador.

⁵⁰CAMPOS, Isabel Menéres (2009), op. cit., p. 326.

encontra a sua razão de ser no facto de o consumidor constituir a parte mais débil, em comparação com o credor hipotecário e de, muitas vezes, o primeiro ter investido todas as suas poupanças num imóvel que se destina à sua própria habitação.

Visto que o STJ não uniformizou o conceito de consumidor⁵¹ (nem mesmo por alusão a uma das várias normas espalhadas em legislação avulsa relativas a este tema⁵²) e o objetivo é primordialmente proteger aquele que tem a expectativa de adquirir um imóvel para habitação, poderíamos ser tentados a concordar com GRAVATO MORAIS, quando o autor afirma que seria muito mais rigoroso se o direito de retenção fosse atribuído apenas ao retentor habitacional⁵³. Para nós, esta afirmação não respeita a natureza do próprio direito de retenção, pois este não atribui ao retentor o direito à propriedade da coisa, apenas lhe garante a possibilidade de ser indemnizado face ao incumprimento do promitente-vendedor.

Pese embora, ter sido uniformizada jurisprudência nesse sentido as dúvidas continuam a existir. Pelo que, talvez a solução mais adequada fosse a proposta por ISABEL MENÉRES CAMPOS anos antes deste AUJ ser proferido, de que fosse alterada a redação do art. 759º, nº2 CC para uma que apenas atribuísse prevalência aos casos em que existisse tradição da coisa antes da constituição da hipoteca⁵⁴. Nestes casos, no momento de tradição do imóvel, encontrando-se este desonerado, o promitente-comprador cria legítimas expectativas de que virá a adquirir o bem, não estando ao seu alcance antever a oneração do bem, concordamos que este promitente-comprador deve ser protegido e, por isso, graduado com prevalência relativamente ao credor hipotecário. Por outro lado, constituindo-se a hipoteca antes da tradição da coisa, o desconhecimento da oneração do bem por parte do promitente-comprador a ele próprio se deve, não devendo por isso ser protegido⁵⁵.

⁵¹Tanto é assim, que logo no mesmo ano surgem outros acórdãos do mesmo tribunal a tentar proceder ao enquadramento da figura (por ex., o Ac. do STJ de 25-11-2014 (Fernandes do Vale)), mas só em 2019, com o AUJ 4/2019, de 25 de Julho é que se procede à uniformização do conceito nos seguintes termos: “Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do STJ, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de tradição, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa”.

⁵²Veja-se por ex. o art. 2º da Lei de Defesa do Consumidor (aprovada pela Lei 24/96, de 31 de Julho) ou o art. 4º, nº1, al. a) da Lei do crédito ao consumo (aprovada pelo DL 133/2009, de 2 de Junho).

⁵³MORAIS, Fernando de Gravato (2014) – “*Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-comprador: AUJ 4/2014 de 20-03-2014, Proc. 92/05*”, in CDP nº45 a 48, 32-56, pp. 52-56.

⁵⁴CAMPOS, Isabel Menéres (2009), op. cit., p. 331.

⁵⁵É aqui de destacar o Ac. do STJ de 09-07-2015 (Abrantes Geraldés), no qual foi graduada primeiro hipoteca legal que garantia um crédito a alimentos, constituída anteriormente, e só depois o direito de retenção sobre um imóvel que não se destinava a habitação. A prevalência atribuída no âmbito do art. 759º,

3.2. Conflito com os privilégios creditórios

Os privilégios creditórios, atribuídos por lei tendo em conta ou a qualidade dos credores ou a natureza do crédito, conferem ao seu titular a faculdade de ser pago com preferência relativamente aos restantes credores (art. 733º CC).

Dividindo-se em privilégios mobiliários ou imobiliários⁵⁶, consoante o seu objeto seja, respetivamente, um bem móvel ou um bem imóvel, e em gerais ou especiais se incidirem sobre um conjunto de bens ou sobre um bem determinado⁵⁷, a nossa atenção prende-se com os privilégios imobiliários especiais. Pese embora, tenhamos que fazer uma breve referência aos privilégios imobiliários gerais do Estado e da Segurança Social.

Discutia-se, se a estes privilégios se deveria aplicar o art. 751º CC conferindo-lhes eficácia perante terceiros e prevalência relativamente a outras garantias, como a hipoteca, mesmo que constituídas anteriormente, ou se ao invés, seriam reconduzidos ao âmbito de aplicação do art. 749º CC, não podendo ser oponíveis a terceiros adquirentes de direitos sobre os bens imóveis do devedor. A controvérsia culminou no surgimento de dois Acs. do TC⁵⁸ a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da aplicação do regime do art. 751º CC aos privilégios imobiliários gerais mencionados. O TC fundamentou a sua decisão com base na violação do princípio da confiança que a solução contrária acarretaria, isto é, os demais credores, como o credor hipotecário, iriam ser prejudicados devido a uma garantia da qual não tinham como ter conhecimento, uma vez que estes privilégios não estão sujeitos a qualquer forma de publicidade⁵⁹. Para além disso, o princípio da confidencialidade tributária impede que os particulares tenham acesso às dívidas que outros tenham para com a Segurança Social, tornando ainda mais difícil o conhecimento destes privilégios⁶⁰.

Atualmente, a questão já não se coloca no âmbito da lei civil, uma vez que a letra do art. 751º CC foi alterada, passando a prever expressamente que o mesmo art. só se

nº2 CC surge numa altura de forte desvalorização da moeda, na qual o promitente-comprador era forçado a prestar sinais de elevado montante e em que se considerava que o titular de hipoteca seria uma instituição financeira dotada de todos os mecanismos para proteger a sua garantia. No caso em concreto, o tribunal ponderou os interesses em questão, justificando a sua decisão na evolução do sistema normativo ocorrida, mas também no crédito particularmente sensível garantido por hipoteca legal, o crédito a alimentos.

⁵⁶FERNANDES, Luís A. Carvalho (2010), op. cit., pp. 161-162.

⁵⁷VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., pp. 423-425.

⁵⁸Ac. do TC 362/2002 e Ac. do TC 363/2002 ambos de 17/09/2002, disponíveis em: www.dre.pt.

⁵⁹PIRES, Miguel Lucas (2015) – “*Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*”, 2ª ed. (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, pp. 103-106.

⁶⁰VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., p. 438.

aplica aos privilégios imobiliários especiais. Não obstante esta alteração, a controvérsia continua a subsistir devido ao surgimento noutras diplomas de normas determinando a prevalência de privilégios creditórios gerais sobre outros direitos reais de garantia, ainda que de constituição anterior. Falamos dos arts. 204º e 205º do Código Contributivo⁶¹, que constituem a favor da Segurança Social, respetivamente, um privilégio mobiliário geral aos créditos por contribuições, quotizações e correspondentes juros de mora, prevalecente sobre todo e qualquer penhor, ainda que de constituição anterior e um privilégio imobiliário geral sobre todos os bens imóveis existentes no património do contribuinte à data de instauração do processo executivo.

As disposições mencionadas levam a que se aplique a privilégios creditórios gerais, um regime muito semelhante ao previsto no art. 751º CC, solução com a qual não podemos deixar de discordar, pois como vimos, o legislador quis limitar o regime aí previsto aos privilégios imobiliários especiais, os únicos considerados verdadeiras garantias reais⁶². Por contraposição, os privilégios imobiliários gerais não incidem sobre bens certos e determinados, nem tampouco se encontram previstos pela lei geral civil, o que nos leva a ser da opinião de que estes privilégios, carecidos da característica da especialidade, não dotados de seqüela sobre os bens que oneram, não se encontram sob a alçada do art. 751º CC, mas antes do art. 749º CC.

Os privilégios gerais traduzem-se em meras preferências de pagamento, não conferindo ao seu titular nenhum direito sobre os bens do devedor individualmente considerados, pelo que consideramos que apenas devem prevalecer relativamente aos credores comuns e não aos credores titulares de garantias reais sobre os mesmos bens.

Em concordância, decorre do art. 751º CC, em conjunto com o art. 686º CC que apenas os privilégios imobiliários especiais preferem à hipoteca⁶³, mesmo que esta tenha sido registada anteriormente⁶⁴, fator que não deixa de causar alguma estranheza na doutrina.

⁶¹Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei 110/2009, publicado em DR nº180/2009, Série I, de 16-09-2009.

⁶²PIRES, Miguel Lucas (2015), op. cit., p. 102.

⁶³Estes privilégios também preferem relativamente a outras garantias, como a consignação em rendimentos ou o direito de retenção, mas a nossa análise limita-se à preferência sobre a hipoteca.

⁶⁴Os privilégios mobiliários especiais, salvo convenção em contrário, apenas preferem sobre garantias reais que tenham sido posteriormente constituídas (art. 750º CC).

Tem vindo a ser discutido se os privilégios creditórios dos trabalhadores se incluem neste leque de privilégios imobiliários especiais. Segundo o art. 333º, nº1, al. b) do CT⁶⁵, os créditos dos trabalhadores “emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação” gozam de privilégio imobiliário especial sobre bem imóvel do empregador insolvente no qual o trabalhador preste a sua atividade. A proteção aqui conferida corresponde ao imperativo constitucional presente no art. 59º, nº3 CRP, de que os salários devem gozar de garantias especiais, mas também tem como desígnio garantir o direito a uma existência condigna de todos os trabalhadores, sendo mais relevante a dimensão social ou alimentar que o salário representa e não tanto numa lógica retributiva⁶⁶. A redação do preceito em análise levanta algumas dúvidas sobre quais os imóveis abrangidos por este privilégio imobiliário especial, tendo vindo a ser entendimento da jurisprudência de que se devem considerar todos os imóveis da entidade patronal afetos à atividade empresarial, independentemente da localização do posto de trabalho do trabalhador⁶⁷.

Ao invés do que acontece com a hipoteca, os privilégios creditórios produzem efeitos independentemente da sua inscrição no registo, o que, para além de possibilitar a existência de conflitos entre credores, também suscita incertezas quanto à solvabilidade do devedor⁶⁸. Esta falta de publicidade dos privilégios assume maior relevância no confronto com outras garantias reais como seja a hipoteca, uma vez que estes vão preferir relativamente à última, que apenas produz efeitos (mesmo entre as partes) após o seu registo (art. 751º CC). Consequentemente, terceiros de boa fé que contratam com o devedor podem ver as suas expectativas defraudadas devido a uma garantia oculta, da qual não tinham como ter conhecimento.

Esta situação geradora de incerteza e insegurança tem sido alvo de muitas críticas, sendo quase todas no sentido da supressão ou pelo menos limitação dos privilégios creditórios no nosso ordenamento jurídico.

Na nossa opinião, e à luz do que já acontece no direito alemão, a solução passaria por substituir os privilégios por hipotecas legais que permitam que todos os interessados

⁶⁵Aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro.

⁶⁶A este propósito ver a fundamentação de direito presente no Ac. do STJ de 18-06-2019 (Raimundo Queirós).

⁶⁷A lógica que aqui defendemos é a apresentada nos Acs. do STJ de 30-05-2017 (Ana Paula Boularot) e de 27-11-2019 (Assunção Raimundo) e o Ac. do TRP de 09-05-2019 (Joaquim Correia Gomes), entre outros.

⁶⁸PIRES, Miguel Lucas (2015), op. cit., p. 74.

tenham conhecimento das garantias que incidem sobre a coisa. Na hipótese de estas hipotecas puderem incidir sobre todos os bens do devedor elas seriam gerais, se apenas puderem incidir sobre algum deles, seriam especiais, em respeito pela distinção já existente entre privilégios gerais e especiais⁶⁹. Esta alteração permitiria que, em concurso de credores, a preferência entre credores garantidos fosse apenas aferida tendo em conta a prioridade de registo.

Por último, tal como já mencionamos anteriormente, em sede de insolvência, a preferência atribuída aos privilégios imobiliários especiais assume menos importância, isto porque, nos termos do art. 97º, nº1, al. b), os privilégios creditórios especiais que sejam acessórios de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais ou da Segurança Social, que se encontrem vencidos há mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência, extinguem-se.

3.3.Hipoteca e o direito do arrendatário

Tal como referimos anteriormente, o credor hipotecário apenas consegue ver o seu crédito satisfeito através da venda em execução da coisa (art. 824º, nº1 CC).

A venda executiva transmite para o adquirente os direitos que caberiam ao executado, sendo que a doutrina a tem encarado como uma aquisição derivada, isto é, o direito tem um titular anterior e tem o seu fundamento na existência deste⁷⁰. Os bens que são por esta via transmitidos, tal como prescreve o art. 824º, nº2 CC, devem sê-lo livres de quaisquer ónus ou direitos reais que os onerem.

Cumpramos agora perceber se o disposto no art. 824º, nº2 CC se estende ao contrato de arrendamento, isto é, se em venda da coisa hipotecada, o contrato de arrendamento posteriormente constituído se mantém, ou se, ao invés, caduca⁷¹.

Tal como já mencionamos anteriormente, a hipoteca não implica o desapossamento do devedor. Porém, o proprietário da coisa tem a obrigação de conservar

⁶⁹PIRES, Miguel Lucas (2015)p, op. cit., pp. 78-81.

⁷⁰CAMPOS, Isabel Menéres (2009), op. cit., p. 310.

⁷¹Iremos apenas analisar o arrendamento constituído posteriormente, isto porque, quanto ao arrendamento constituído anteriormente à hipoteca, arresto ou penhora, não parecem existir dúvidas de que este subsiste, sendo oponível ao credor hipotecário. Tal é assim, pois o credor hipotecário, no momento em que concede o crédito tem hipótese de conhecer a verdadeira situação locatícia do imóvel.

o bem em condições tais que o crédito hipotecário mantenha o seu valor⁷². Assumindo que o prédio hipotecado valerá menos do que valeria sem o arrendamento, o credor hipotecário poderá ver as suas expectativas frustradas devido a um arrendamento constituído em data posterior à sua garantia. Tal solução acabaria por prejudicar seriamente os credores hipotecários que, mais uma vez, iriam dificultar o acesso a crédito exigindo ainda mais garantias.

Contudo, o direito do locatário é considerado um direito pessoal de gozo⁷³, pelo que, à partida, ficaria excluído do âmbito de aplicação do art. 824º, nº2 CC. Recorrendo a uma interpretação extensiva do art. mencionado, a jurisprudência⁷⁴, bem como a doutrina, têm defendido o contrário, ou seja, que o art. 824º, nº2 CC se aplique a todos os direitos de gozo, sejam eles de natureza pessoal ou real, desde que tenham eficácia perante terceiros e assim tem vindo a ser admitido que o arrendamento deve caducar com a venda executiva.

É ainda de mencionar que não é aqui descurado o facto de, nas mais das vezes, o arrendatário ser considerado a parte mais débil e esta caducidade o prejudicar especialmente. No entanto, sendo o arrendamento posterior à constituição da garantia, o arrendatário tem a possibilidade de conhecer a realidade do prédio e, dessa forma, ter conhecimento de que sobre ele recai um ónus hipotecário⁷⁵.

Tendo em conta o exposto, consideramos que a aplicação do disposto no art. 824º, nº2 CC ao contrato de arrendamento constituído posteriormente à hipoteca, é aquela que mais se identifica com a prática negocial, devendo este caducar aquando da venda executiva.

Este é igualmente o entendimento maioritário da jurisprudência. Veja-se a este propósito o Ac. do TRP de 25 de Setembro de 2018 cuja relatora foi Anabela Tenreiro⁷⁶. Através de uma análise focada na *ratio legis* do art. 824º, nº2 CC e não na natureza jurídica do arrendamento, este tribunal pugna pela caducidade em venda executiva do

⁷²CAMPOS, Isabel Menéres (2009), op. cit., p. 317.

⁷³PRATA, Ana (coord.) (2019), op. cit., pp. 1285-1286. Apesar de não ser unânime na doutrina, trata-se de um direito pessoal de gozo, na medida em que permite que o seu titular retire vantagens de algo, através de uma prestação da contraparte.

⁷⁴Ver Acs. do STJ: de 5-02-2009 (Oliveira Rocha); de 15-11-2007 (Pereira da Silva); de 22-10-2015 (Pires da Rosa); de 31-10-2006 (Urbano Dias).

⁷⁵CAMPOS, Isabel Menéres (2009), op. cit., p. 318.

⁷⁶Note-se que existem muitos outros Acs. no mesmo sentido do referido. A escolha por este prende-se com a simplicidade e pertinência dos conceitos aí referidos.

direito do arrendatário, constituído depois do registo da hipoteca. O mesmo Ac. acrescenta ainda que, sendo o elenco das causas de caducidade do arrendamento previsto no art. 1051º CC um elenco meramente exemplificativo, o contrato de arrendamento pode conhecer outras causas de caducidade, como a venda judicial de imóvel hipotecado, nada impedindo que se preveja expressamente no art. mencionado esta causa de caducidade⁷⁷.

4. A insolvência e o credor hipotecário

Tal como mencionamos anteriormente, a garantia hipotecária confere ao seu titular a possibilidade de agir judicialmente, com preferência relativamente a outros credores, uma vez confrontado com o incumprimento por parte do devedor.

Afigurando-se a situação de insolvência como a impossibilidade de o devedor cumprir com as suas obrigações vencidas (art. 3º, nº1), esta é considerada por diversos autores como o “teste decisivo” de qualquer garantia⁷⁸, pois, se a garantia não proteger o credor em sede de insolvência perde o seu efeito útil, pelo que deixa de se recorrer à mesma para efeitos de concessão de crédito. A garantia hipotecária, bem como todas as outras, deve consistir num meio eficaz de tutela do credor face ao principal risco que este corre, a insolvência do devedor.

Na nossa opinião, um estudo correto das garantias, mais concretamente da garantia hipotecária, não pode olvidar o seu regime insolvencial, uma vez que este pode importantes implicações na possível satisfação dos credores, *maxime* do credor hipotecário⁷⁹, pelo que a nossa exposição passará a partir de agora pelo estudo do processo de insolvência, direcionado para a influência que o mesmo poderá exercer sobre a garantia hipotecária.

⁷⁷ Em sentido contrário de destacar o Ac. do STJ de 19-01-2004 (Afonso Melo) e um mais recente do TRL de 30-04-2019 (Rijo Ferreira) considerando que no confronto de interesses do credor hipotecário com o do inquilino de direito à habitação, inexistem razões que justifiquem a prevalência do primeiro sobre o segundo.

⁷⁸VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019), op. cit., pp. 31 e 57.

⁷⁹Veja-se por ex. as hipóteses das alíneas c) e e) do art. 121º, nº1, que sujeitam à resolução em benefício da massa insolvente as garantias reais constituídas pelo devedor quanto a obrigações preexistentes ou outras que as substituam, nos 6 meses anteriores à data do início do processo de insolvência e as garantias reais constituídas pelo devedor em simultâneo com as obrigações garantidas, nos 60 dias anteriores à data do início do processo de insolvência, respetivamente.

4.1.A situação de insolvência

A situação de insolvência é definida no art. 3º, nº1 como a impossibilidade de o devedor cumprir com as suas obrigações vencidas⁸⁰. O devedor está impossibilitado de cumprir com as obrigações às quais está adstrito, mas trata-se de uma impossibilidade reiterada, que se prolonga no tempo sem o devedor conseguir obter, nem junto a terceiros, os meios necessários para efetuar tal cumprimento⁸¹. Não releva aqui um incumprimento de parte insignificante das suas obrigações vencidas, mas sim um que evidencie a “impotência para o obrigado de continuar a satisfazer a generalidade dos seus compromissos”⁸².

O legislador, ao definir este critério geral não considerou relevante a existência de uma manifesta superioridade do passivo do devedor relativamente ao seu ativo, mas já o fez quanto a pessoas coletivas e patrimónios autónomos pelos quais não responda pessoal e ilimitadamente nenhuma pessoa singular. Nos termos do art. 3º, nº2, se estes entes apresentarem um passivo manifestamente superior ao seu ativo encontrar-se-ão em situação de insolvência. Nestes casos, o devedor ainda consegue obter crédito e cumprir com as suas obrigações vencidas, mas tal irá deteriorar (ainda mais) a sua situação patrimonial e colocar o credor num risco excessivo, pelo que o legislador pretende evitar esse resultado⁸³, considerando o primeiro insolvente.

A breve referência que aqui fazemos à definição da situação de insolvência prende-se com o facto de, nos termos do art. 780º, nº1 CC, mesmo que ainda não tenha sido judicialmente declarada, a mera situação de insolvência implica a perda do benefício do prazo, permitindo ao credor exigir o cumprimento imediato da obrigação, pese embora

⁸⁰FERREIRA, Manuel Requincha (2011) – “Estado de Insolvência”, in Direito da Insolvência Estudos (coord. Rui Pinto), Coimbra Editora, 131-386, pp. 168-172. Embora apresentado alguns desvios, a definição da situação de insolvência, bem como de muitos outros aspetos do Direito da Insolvência português, apresenta uma clara influência do direito alemão. Neste ordenamento jurídico, o legislador estabeleceu o estado de insolvência, o *Zahlungsunfähigkeit*, como aquele em que o devedor não consiga cumprir com as suas obrigações pecuniárias exigíveis. Trata-se de uma incapacidade patrimonial solutória prolongada no tempo, não basta que o devedor se atrase no pagamento ou que o seu incumprimento seja considerado insignificante. Por outro lado, quanto às pessoas coletivas por cujas dívidas não responda pessoalmente nenhuma pessoa singular, o critério utilizado é o do déficit patrimonial líquido ou sobreendividamento, a *Überschuldung*.

⁸¹MARTINS, Alexandre de Soveral (2020) – “Um Curso de Direito da Insolvência”, 2ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, pp. 47-50.

⁸²Excerto retirado do Ac. do TRP de 24-11-2020 (Vieira e Cunha). No mesmo sentido: Ac. do TRL de 13-07-2010 (Márcia Portela).

⁸³MARTINS, Alexandre Soveral (2020), op. cit., pp. 52-54.

esse prazo tenha sido estabelecido a favor do devedor e não tenha ainda decorrido por completo⁸⁴.

4.2.O processo de insolvência

O processo de insolvência tem como principal finalidade a satisfação dos credores através da recuperação da empresa ou da liquidação do património do devedor e subsequente repartição do produto pelos diversos credores (art. 1º, nº1). Isto vale por dizer, que o processo de insolvência deve ter como principal objetivo a satisfação proporcional de todos os credores, em respeito pelo princípio *par conditio creditorum* (art. 604º CC), mas não pode deixar de ter em conta que alguns credores são titulares de direitos prevaletentes sobre os demais, como o credor hipotecário, e que outros devem ser objeto de um tratamento mais desfavorável⁸⁵, como o credor subordinado.

O art. 1º, nº1 define ainda que este deve ser um “processo de execução universal”⁸⁶, pois afetará todo o património do devedor, na medida em que os seus bens ficam adstritos à satisfação do interesse dos credores. Por esse motivo, a partir do momento em que é declarada a insolvência, ao devedor, bem como aos seus administradores, deixa de ser permitida a prática de quaisquer atos de disposição e administração dos bens que integram a massa insolvente⁸⁷ (art. 81º, nº1), que passam a competir ao administrador da insolvência⁸⁸.

Com o desígnio de evitar a diminuição das garantias dos credores e assegurar a liquidação para pagamento aos mesmos⁸⁹, esta privação dos poderes de administração e disposição dos bens integrantes da massa insolvente, é acompanhada por uma exigência

⁸⁴A perda do benefício do prazo permite que o credor não tenha que aguardar por um incumprimento que com toda a probabilidade ocorrerá, mas não significa que considere sempre a obrigação vencida. O vencimento das obrigações só ocorre quando da efetiva declaração de insolvência (art. 91º, nº1).

⁸⁵CASTRO, Gonçalo Andrade e (2005) – “*Efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos*”, in Revista Direito e Justiça, 263-289, pp. 263-265.

⁸⁶Ao invés da ação executiva que é qualificada como sendo um processo de execução singular.

⁸⁷EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019) – “*Manual de Direito da Insolvência*”, 7ª ed., Coimbra, Almedina, p. 182. A autora denomina este efeito como “congelamento da massa insolvente”, que é constituída por “todo o património do devedor à data da declaração de insolvência” (art. 46º, nº1), com exceção dos bens absolutamente impenhoráveis e dos relativamente impenhoráveis que não tenham sido apresentados voluntariamente pelo devedor.

⁸⁸O administrador da insolvência assume a representação do devedor “para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência” (art. 81º, nº4), mas a intervenção do devedor no processo de insolvência continua a ser assegurada pelo próprio (art. 81º, nº5).

⁸⁹SERRA, Catarina (2010) – “*O Novo Regime Português da Insolvência – Uma introdução*”, 4ª ed., Coimbra, Almedina, p. 111.

de apreensão desses mesmos bens e de todos os elementos da contabilidade do devedor, nos termos dos arts. 36º, nº1, al. g) e 149º.

O já mencionado princípio da igualdade dos credores concede ao processo de insolvência a natureza de um processo concursal, ou seja, um processo ao qual são chamados para reclamar os seus créditos todos os credores do insolvente⁹⁰, sendo-lhes vedada a possibilidade de exercer os seus direitos e ver o seu crédito satisfeito por outra qualquer via que não o processo de insolvência (art. 90º)⁹¹.

O processo de insolvência como processo de execução universal irá afetar todos os credores do devedor insolvente chamando-os ao processo para que possam exigir os créditos que lhe são devidos. A celeridade processual que é imposta a este processo leva a que, segundo o art. 91º, nº1, com a declaração de insolvência se vençam todas as obrigações do insolvente que não estejam subordinadas a condição suspensiva. O legislador pretendeu um certo efeito de “estabilização do passivo”⁹² que se afigura como uma grande vantagem para o credor. Veja-se, por ex., o credor hipotecário apenas poderia exigir a satisfação do seu crédito após o incumprimento por parte do devedor; com o vencimento antecipado das obrigações provocado pela declaração de insolvência, passa a poder exigir o seu crédito mais cedo, sendo dispensada sequer a interpelação, o que se repercutirá na probabilidade de satisfação.

A nossa exposição não esgota, todos os aspetos caracterizadores do processo de insolvência, são apenas aqui enunciados aqueles que consideramos serem mais aptos a influenciar o crédito hipotecário.

4.3.Sentença de declaração de insolvência

O conteúdo da sentença de declaração de insolvência é elencado nas diversas alíneas do art. 36º, nº1. Entre outros elementos ela deve decretar a apreensão de todos os bens do devedor e todos os elementos da sua contabilidade, para imediata entrega ao administrador da insolvência (al. g)); deve estabelecer um prazo, que não pode ultrapassar os 30 dias, para a reclamação de créditos (al. j)); e deve ainda advertir os credores para

⁹⁰O Ac. do TRG de 22-09-2016 (Maria João Matos) esclarece: é assegurada a igualdade aos credores que se encontrem em igualdade de condições, atendendo às classes de créditos que estes invoquem.

⁹¹EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019), op. cit., p. 182. A autora considera que tal é expressão do princípio da exclusividade da instância insolvencial.

⁹²MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., pp. 162-164.

que comuniquem ao administrador de insolvência todas as garantias reais das quais sejam beneficiários (al. 1))⁹³.

Proferida a sentença de declaração de insolvência é necessário que sejam citados e notificados todos aqueles que constam do art. 37º, para que possam exercer os seus direitos correspondentes, eventualmente reagir à sentença e também impor, quer ao administrador da insolvência quer ao devedor, uma atuação conforme ao processo de insolvência⁹⁴.

Nos termos do art. 37º, nº3, os cinco maiores credores⁹⁵ conhecidos, com exceção do requerente, se tiverem residência habitual, sede ou domicílio em Portugal, serão citados pessoalmente⁹⁶. Os restantes credores e interessados apenas serão citados por edital, com prazo de dilação de 5 dias, afixado na sede ou residência do devedor, nos seus estabelecimentos, no tribunal e por anúncio publicado no *Citius* (art. 37º, nº7).

Considerando a liquidação de todo o património do devedor, considerando que a hipoteca consta de registo, não deveria o credor hipotecário ser incluído no leque dos credores citados pessoalmente? A questão afigura-se bastante pertinente uma vez que a citação por edital nem sempre permite o conhecimento do processo.

Dir-se-ia que, nos termos do art. 9º, nº4, a partir do momento da publicação do edital, o credor hipotecário tem-se como citado, dependendo de si agir diligentemente para tomar conhecimento de todas as situações que podem vir a afetar o seu crédito. Quando o credor não seja uma instituição de crédito esta exigência poderá ser excessiva, pois nem todos os particulares conseguirão ter acesso de facto ao local da divulgação. Como tal, consideramos que um recuo à legislação anterior que exigia a publicação de anúncio num jornal diário de grande circulação permitirá um melhor e maior conhecimento por parte de credores incertos ou outros interessados⁹⁷.

⁹³Esta exigência é reforçada no art. 128º, nº1, al. c), pois o credor deve proceder à comunicação de todas as garantias reais das quais seja titular no requerimento para a reclamação de créditos.

⁹⁴LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho (2013) – “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, 2ª ed., Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, p. 272.

⁹⁵LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho (2013), op. cit., p. 273. 363 Os cinco maiores credores são aqueles que tendo em conta os elementos que constam do processo se afigurem como maiores, mas na realidade podem não o ser, isto porque apenas são citados os credores conhecidos à data da sentença de declaração de insolvência.

⁹⁶Na hipótese de a sua residência, sede ou domicílio se encontrar fora de Portugal estes credores serão citados por carta registada (art. 37º, nº1 e 3).

⁹⁷LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho (2013), op. cit., p. 274.

Dir-se-ia também, que o credor hipotecário poderia tentar a via da impugnação da sentença de declaração de insolvência, através da dedução de embargos ou interposição de recurso, mas, a situação do credor hipotecário não é plausível de preencher os requisitos de nenhum destes institutos invocados, isto porque, os factos que poderá alegar não vão “afastar os fundamentos da declaração de insolvência” (art. 40º, nº2) ou demonstrar que a sentença não devia ter sido proferida (art. 42º, nº1).

Ao credor hipotecário resta assim recorrer à verificação ulterior de créditos (art. 146º), que possibilita ao credor que não tenha reclamado atempadamente o seu crédito, nem o tenha visto incluído na lista de créditos reconhecidos pelo administrador da insolvência⁹⁸, intentar uma ação precisamente com o intuito de ver o seu crédito reconhecido. Para tal, é necessário que o credor não tenha sido avisado pelo administrador da insolvência que o seu crédito iria ser incluído na lista de créditos não reconhecidos (art. 129º, nº4) e, cumulativamente, não tenham volvido mais de seis meses desde o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência⁹⁹ (art. 146º, nº2, al. a) e b)). O prazo de seis meses que aqui é estabelecido, embora potencie a estabilização da instância e a celeridade processual, é relativamente curto¹⁰⁰ e deixa igualmente desprotegidos os credores que sejam menos informados.

Concordamos que o ónus de reclamação impende sobre os credores da insolvência, mas consideramos que só o amplo conhecimento da sentença de declaração de insolvência por parte daqueles credores que com mais probabilidade verão o seu crédito satisfeito, respeita a finalidade do processo, de satisfação dos credores. Por essa razão, e uma vez que o art. 17º permite a aplicação subsidiária do CPC¹⁰¹ aos processos de insolvência, em tudo o que não contrarie as disposições do CIRE, sugerimos que aqui se aplique o disposto no art. 786º, nº1, al. b) e nº3 CPC, passando a ser exigida a citação no seu domicílio dos credores titulares de direitos reais de garantia já registados.

Em sentido contrário à lógica que defendemos poder-se-á argumentar que esta solução conduz a uma maior morosidade do processo, incompatível com o carácter de urgência que é associado ao processo de insolvência (art. 9º). Todavia, considerando que

⁹⁸Note-se que segundo o art. 129º, nº1 o administrador de insolvência pode reconhecer créditos que não tenham sido reclamados, mas que cheguem ao seu conhecimento, nomeadamente através dos elementos da contabilidade do devedor.

⁹⁹Quanto a este ponto ver a argumentação de direito presente no já mencionado Ac. do TRG de 22-09-2016 (Maria João Matos).

¹⁰⁰Antes da alteração provocada pela Lei 62/2012, de 20 de Julho este prazo era de um ano.

¹⁰¹Aprovado pela Lei 117/2019, de 13 de Setembro.

os titulares de direitos reais de garantia, como o é o credor hipotecário, são simultaneamente titulares de posições privilegiadas aquando do concurso de credores, tendo mais probabilidade de ver os seus créditos satisfeitos quando comparados com os demais, consideramos que esta solução permite que a sentença de declaração de insolvência seja efetiva e mais rapidamente conhecida por aqueles que com mais probabilidade verão os seus créditos pagos através do produto da venda dos bens que os onerem.

4.4. Posição processual do credor hipotecário

No âmbito do processo de insolvência, o legislador dividiu os créditos em créditos sobre a massa e créditos sobre a insolvência, conforme o seu fundamento seja posterior ou anterior à data da declaração de insolvência, respetivamente.

Nos termos do art. 46º, nº1, a massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas todas as suas próprias dívidas. Tal significará, que no momento do pagamento aos credores, em primeiro lugar são pagas integralmente as dívidas da massa (art. 51º, nº1¹⁰²), antes de qualquer pagamento aos credores da insolvência¹⁰³, que só acontecerá a partir do momento do trânsito em julgado da sentença que os verifica (art. 173º).

Os créditos sobre a insolvência, isto é, créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, subdividem-se em créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos subordinados e créditos comuns, sendo que estes últimos serão todos aqueles que não se enquadram em nenhuma das categorias anteriores¹⁰⁴ (art. 47º, nº4).

Olhando apenas para os créditos garantidos¹⁰⁵, estes serão aqueles que beneficiem de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais, sobre os bens que

¹⁰²Este art. apresenta um elenco não exaustivo daquelas que poderão ser consideradas dívidas da massa, sendo que estas serão maioritariamente despesas e encargos da própria massa insolvente.

¹⁰³O exposto será de mais fácil compreensão quando nos debruçarmos sobre a fase processual de pagamento aos credores. Para já só mencionar que o pagamento das dívidas da massa não se cinge aos rendimentos da massa, se estes forem insuficientes, poderá afetar o produto da alienação de outros bens que a integram, com alguma limitação no que ao produto da venda dos bens onerados com garantias reais diz respeito, não podendo exceder 10% deste produto (art. 172º, nº1 e 2).

¹⁰⁴CASTRO, Gonçalo Andrade e (2005), op. cit., p. 266.

¹⁰⁵MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., pp. 278-284, para desenvolvimentos sobre as restantes classificações.

integram a massa insolvente, assim, incluem-se aqui credores titulares de consignação de rendimentos, penhor, direito de retenção e hipoteca¹⁰⁶. Por esse motivo, o regime dos credores garantidos será o decorrente do regime civilista previsto para as garantias das obrigações, sendo a preferência de que gozam limitada aos bens sobre os quais incide a garantia e não a todos os bens existentes no património do devedor.

O credor hipotecário é um credor garantido e, como tal, verá o seu crédito satisfeito precipuamente relativamente aos demais credores privilegiados, subordinados e comuns. Esta hierarquização¹⁰⁷ operada pelo legislador não só promove, a já por várias vezes mencionada, necessária celeridade processual, como confere aos credores garantidos especiais vantagens quer ao longo do processo, quer na fase de pagamento. Veja-se por ex. o art. 174º, nº1, mal sejam pagas as dívidas da massa insolvente, deduzidas as correspondes despesas e, posteriormente, liquidados os bens onerados com garantia real é “imediatamente feito o pagamento aos credores garantidos, com respeito pela prioridade que lhes caiba”.

Aparentemente, o processo de insolvência confere ao credor titular de hipoteca uma posição fortemente tutelada, mas note-se que o credor apenas verá o seu crédito satisfeito depois de pagas as dívidas da massa insolvente¹⁰⁸ e mesmo nesse momento terá que suportar a preferência atribuída a outros créditos garantidos, como sejam os respeitantes a privilégios imobiliários especiais e ao direito de retenção¹⁰⁹, mas sempre com preferência relativamente às demais categorias de créditos.

No âmbito de ação executiva singular, a posição que o credor hipotecário detém, sai ainda mais reforçada. Segundo a lei processual civil, os únicos credores que são convocados para a execução para poderem reclamar os seus créditos, são aqueles que forem titulares de direitos reais de garantia, como a hipoteca, registados e conhecidos

¹⁰⁶LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2013) – “*Direito da Insolvência*”, 5ª ed., Coimbra, Almedina, p. 90. Não se incluem aqui os créditos garantidos por hipoteca judicial, pois a preferência por si atribuída não é atendida no processo de insolvência (art. 140º, nº3). Por essa razão, os credores titulares de hipoteca judicial serão considerados meros credores comuns. No mesmo sentido, os credores garantidos cujas garantias se extinguem por força do art. 97º serão também considerados credores comuns.

¹⁰⁷EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019) – “*Nótula sobre a responsabilidade da massa insolvente pelas suas dívidas*”, in Revista de Direito da Insolvência nº3, Almedina, 54-67, p. 59.

¹⁰⁸EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019) – “*Nótula....*”, op. cit., p. 58. Apenas depois de satisfeitos integralmente todos os créditos sobre a massa é que se inicia o pagamento aos credores da insolvência, que muitas vezes não chegarão a ser pagos. Aliás, se o património do devedor for insuficiente para satisfação das dívidas da massa, a instância insolvencial extingue-se (art. 39º).

¹⁰⁹Ver *supra* p. 7.

(arts. 786º, nº1, al. b) e 788º, nº1 CPC)¹¹⁰. O credor hipotecário não tem aqui que aguardar pelo pagamento das dívidas da massa insolvente, tem apenas que respeitar as prevalências resultantes de eventuais direitos reais de garantia conhecidos que lhe preferiram.

5. Reclamação, verificação e graduação de créditos

A sentença de declaração de insolvência deve fixar prazo para a reclamação de créditos, prazo esse que nunca poderá ultrapassar os 30 dias (art. 36º, nº1, al. j)). No decorrer desse prazo, os credores da insolvência têm o ónus¹¹¹ de reclamar a verificação do seu crédito através de um requerimento dirigido ao administrador da insolvência (art. 128º)¹¹². Devido à classificação do processo de insolvência como um processo de execução universal, a regra será a de que, qualquer credor da insolvência que pretenda obter pagamento do seu crédito, mesmo que este já se encontre reconhecido por decisão definitiva, terá sempre que o reclamar (art. 128º, nº5)¹¹³. No entanto, esta regra não é absoluta, pois a lei atual permite que sejam reconhecidos créditos não reclamados, mas dos quais venha o administrador da insolvência a ter conhecimento através dos elementos da contabilidade do devedor ou que por outra forma cheguem até ao seu conhecimento (art. 129º, nº1, *in fine*)¹¹⁴, e permite ainda a verificação ulterior de créditos¹¹⁵, nos termos dos arts. 146 e ss.

A possibilidade de conhecimento de outros créditos não reclamados por parte do administrador da insolvência a que aludimos anteriormente, não obsta a que ao credor hipotecário, bem como a qualquer outro credor, tenha de fornecer ao administrador da

¹¹⁰FREITAS, Luís Lebre de (2017) – “A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013”, 7ª ed., GestLegal, pp. 350-353.

¹¹¹SERRA, Catarina (2018) – “Lições de Direito da Insolvência”, 1ª ed., Coimbra, Almedina, p. 267. O credor pode optar entre duas condutas, não sendo nenhuma ilícita, mas conduzindo a resultados diferentes. Se o credor não reclama, em princípio, ficará impossibilitado de obter o reconhecimento judicial do seu crédito e, conseqüentemente, impossibilitado de obter o seu pagamento.

¹¹²Estão assim dispensados da reclamação dos seus créditos, os credores da massa e, em princípio, o credor requerente da insolvência.

¹¹³No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 26-01-2021 (Ana Paula Boularot) considera que inexistente um interesse comum a todos os credores, os créditos são créditos autónomos, pelo que o credor que queira obter pagamento através da liquidação dos bens do insolvente terá que vir ao processo reclamar o seu crédito.

¹¹⁴SERRA, Catarina (2018), op. cit., p. 268.

¹¹⁵MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., pp. 313-314. Nos termos dos arts. 146º e ss., o credor que não tenha reclamado atempadamente o seu crédito, pode fazê-lo mais tarde, uma vez cumpridos certos requisitos. Em princípio, apenas podem recorrer a este instituto os credores que não tenham sido avisados pelo administrador da insolvência, nos termos do art. 129º, nº4, ou seja, não se incluem aqui os credores não reconhecidos, os reconhecidos sem que os tenham reclamado e ainda os reconhecidos em termos diversos dos da sua reclamação.

insolvência todas as informações relativas ao seu crédito. Mais se acrescenta, que o credor hipotecário que queira ser classificado como credor garantido tem, necessariamente, que identificar qual o objeto da garantia e a sua identificação registal, sob pena de ser considerado um mero credor comum¹¹⁶, o que influenciará em larga medida a sua possibilidade de satisfação.

Uma vez terminado o prazo para apresentação das reclamações de créditos cabe ao administrador da insolvência apresentar, no prazo de 15 dias, duas listas, uma contendo os créditos reconhecidos e outra relativa aos créditos não reconhecidos, devendo constar desta última os motivos justificativos do seu não reconhecimento (art. 129º, nº3). O administrador da insolvência deve, no mesmo prazo, avisar todos os credores não reconhecidos, os credores reconhecidos em termos diversos da sua reclamação e ainda todos os credores que foram reconhecidos sem terem reclamado os seus créditos, de tal situação, para que estes, querendo, possam impugnar a lista de créditos reconhecidos (art. 129º, nº4).

Na eventualidade de não serem apresentadas quaisquer impugnações, é de imediato proferida sentença de verificação e graduação de créditos (art. 130º, nº3), através da qual o juiz homologa a lista de credores conhecidos e procede à sua graduação tendo em conta o que aí for apresentado¹¹⁷.

Nas mais das vezes, o incidente de verificação e graduação de créditos não se fica por aqui, isto porque, o legislador confere, em regra, um prazo de 10 dias a contar do termo do prazo para apresentação das listas de créditos reconhecidos e não reconhecidos, para que qualquer interessado possa impugnar a lista de credores reconhecidos. Nos termos do art. 130º, nº1, a impugnação, que em termos processuais deve ser encarada como uma oposição de embargos¹¹⁸, apenas pode ter como fundamento a indevida

¹¹⁶O Ac. do STJ de 09-04-2019 (Raimundo Queirós) considerou que o credor que se queira fazer valer pela sua garantia tem que o indicar expressamente no requerimento da reclamação. Não o fazendo apenas resta ao crédito ser classificado como comum, não sendo a via da impugnação possível. A impugnação só pode ter como fundamentos os presentes no art. 130º, não figurando a indicação de elementos novos, como a existência de uma garantia, como um deles. Na mesma linha, o Ac. do STJ de 24-11-2020 (José Rainho), dispõe que não existindo qualquer indicação que o crédito beneficia de garantia, então terá que ser inserido na categoria de créditos comuns, pois, por defeito, todos os créditos assumem essa natureza.

¹¹⁷MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., p. 293. O preceito em análise tem que ser alvo de uma leitura cuidadosa, pois seria estranho que o juiz ficasse limitado apenas ao que o administrador da insolvência faz constar das listas. Na mesma linha do autor, concordamos que não se trata de um dever do juiz, isto é, o juiz tem a faculdade de homologar a lista de créditos reconhecidos e proceder à respetiva graduação, mas pode não o fazer quando entenda que “essa é a maneira adequada de proceder”.

¹¹⁸Tendo em conta o Ac. do TRP de 20-04-2017 (Freitas Vieira), o processo de insolvência configura-se como uma oposição de embargos, cuja decisão será proferida apenas respeitando o que foi alegado no

inclusão ou exclusão de créditos, uma incorreção do montante ou da qualificação do crédito. Assim, o credor hipotecário apenas poderá impugnar a referida lista se reclamou o seu crédito, mas este não foi reconhecido; se foi reconhecido, mas num valor inferior ao reclamado; ou se vir diminuída a probabilidade de ser pago porque outros credores foram reconhecidos¹¹⁹, entenda-se credores titulares de privilégios imobiliários especiais ou de direito de retenção.

A sentença de verificação e graduação de créditos pode ainda ser proferida depois da tentativa de conciliação levada a cabo pelo juiz, quanto aos créditos aí reconhecidos (art. 136º, nº1)¹²⁰, mas sê-lo-á com mais frequência na audiência de discussão e julgamento sobre os créditos (art. 140º, nº1).

O juiz terá um prazo máximo de 10 dias para proferir a dita sentença, na qual deve declarar verificados os créditos reconhecidos e proceder à respetiva graduação, que se considera geral para os bens da massa insolvente no seu conjunto e especial para os bens a que respeitem direitos reais de garantia e privilégios creditórios (art. 140º, nº2)¹²¹.

O objetivo primordial desta fase processual consiste em estabelecer prioridades relativamente ao produto dos bens do devedor¹²², o que significa que sendo o crédito hipotecário graduado com prevalência relativamente aos demais, este será satisfeito pelo produto dos bens do devedor com maior probabilidade. Não obstante, não serão aqui atendidas as preferências resultantes de hipoteca judicial ou de penhora, pelo que o credor titular de hipoteca judicial será graduado como um mero credor comum (art. 140º, nº3)¹²³, o que muito provavelmente conduzirá à sua não satisfação, isto porque, nas mais das vezes, o produto da venda dos bens do devedor esgota-se antes de ser iniciado o pagamento destes credores. O mesmo não acontecerá ao crédito garantido por hipoteca legal ou voluntária, que será graduado com primazia em relação aos demais, mas

requerimento de impugnação da lista e na resposta a essa impugnação, uma vez os requerimentos de reclamação de créditos não são presentes a juiz (arts. 128º, nº2 e 132º).

¹¹⁹MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., p. 295.

¹²⁰MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., pp. 298-300. A tentativa de conciliação tem como propósito verificar se os créditos impugnados logram a aprovação de todos os presentes e ainda aqueles que passam sê-lo face aos elementos de prova contidos nos autos (art. 136º, nº5).

¹²¹Ac. do TRP de 14-07-2020 (Rodrigues Pires).

¹²²DUARTE, Rui Pinto (2004) – “*Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projeto do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*”, Ministério da Justiça, Código da Insolvência e Recuperação de empresas - Comunicações sobre o Anteprojeto de Código, Coimbra Editora, 51-60, p. 54.

¹²³Da mesma forma, os privilégios creditórios e as garantias reais que se extinguem por força do art. 97º não serão considerados para efeitos de graduação.

posteriormente aos credores titulares de privilégios imobiliários especiais e de direito de retenção.

Em conclusão, o credor hipotecário que queira com toda a certeza que o seu interesse seja atendido no processo de insolvência tem que reclamar o seu crédito, mas é a sentença de verificação e graduação de créditos que individualiza este crédito e lhe confere o reconhecimento judicial necessário para o habilitar ao pagamento através do produto dos bens do devedor¹²⁴.

6. Liquidação e pagamento

6.1. Liquidação e venda

Transitada em julgado a sentença de declaração de insolvência e após a realização da assembleia de apreciação do relatório (art. 156º, nº1) tem início a fase de liquidação (art. 158º, nº1) que se destina a transformar o património integrante da massa insolvente numa quantia pecuniária passível de, posteriormente, ser distribuída pelos credores¹²⁵. Esta fase processual é o meio através do qual se alcança a finalidade do processo de insolvência, de satisfação dos credores, não se traduzindo exclusivamente na venda de bens¹²⁶. No entanto, e no que à venda dos bens apreendidos para a massa insolvente diz respeito, esta é independente da verificação do passivo, isto é, não é exigido que se aguarde pelo trânsito em julgado da sentença de verificação e graduação dos créditos.

A liquidação é da competência do administrador da insolvência, mas casos existem em que este necessita do consentimento da comissão de credores, ou esta não existindo, da assembleia de credores (art. 161º, nº1). Tal é assim quando estamos perante a prática de atos jurídicos de especial relevo para o processo de insolvência, que se encontram elencados de forma não taxativa no art. 161º, nº3¹²⁷. A exigência do consentimento pode relevar-se importante para o credor hipotecário, pois permite-lhe

¹²⁴SERRA, Catarina (2018), op. cit., p. 272.

¹²⁵EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019), op. cit., p. 257.

¹²⁶MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., p. 319. Na eventualidade de constarem do património do devedor créditos sobre terceiros, a cobrança destes créditos também será considerada um ato de liquidação.

¹²⁷Da leitura deste preceito retiramos que não estão apenas contemplados atos de alienação, mas também de atos de aquisição de imóveis, de constituição de garantias, entre outros.

pronunciar-se sobre atos que podem vir a refletir-se no seu crédito e consequente satisfação¹²⁸.

A posição do credor hipotecário sai igualmente reforçada aquando da alienação dos bens objeto de garantia real. Nos termos do art. 164º, nº1, o administrador da insolvência decide qual a modalidade de alienação dos bens, podendo optar por qualquer uma das modalidades previstas para o processo executivo¹²⁹ ou ainda por uma outra que considere mais conveniente. Pese embora não seja considerado um parecer vinculativo¹³⁰, antes de proceder à alienação o administrador tem sempre que ouvir o credor titular de garantia real sobre os bens a alienar acerca da modalidade de alienação, bem como fornecer-lhe informações relativas ao valor base fixado ou ao preço da alienação projetada a entidade determinada (art. 164º, nº2).

O credor pode sugerir qualquer uma das modalidades previstas¹³¹, mas a lei estabelece como preferencial a venda em leilão eletrónico, para a venda de bens móveis ou imóveis penhorados (art. 837º CPC), que se processa em plataforma eletrónica, criada precisamente para o efeito de liquidação dos bens a vender (art. 20º da Portaria 282/2013, de 29 de Agosto¹³²). A opção de venda em leilão apresenta vantagens claras para os potenciais adquirentes do bem leiloado uma vez que esta favorece a celeridade do processo e potencia uma maior transparência do ato de venda, através da colocação de anúncios em sítio na Internet¹³³ referentes à venda de bens em leilão e das respetivas regras que o regem (art. 21º da Portaria 282/2013).

O credor garantido, como o credor hipotecário, tem o prazo de uma semana após ser notificado nos termos do art. 164º, nº2, ou posteriormente mas em tempo útil, para se quiser propor a aquisição do bem por si ou por terceiro, por preço superior ao da alienação

¹²⁸MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., p. 326.

¹²⁹O art. 811º CPC prevê as modalidades de venda possíveis, entre elas a venda mediante propostas em carta fechada, a venda por negociação particular ou a venda em leilão eletrónico.

¹³⁰LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho (2013), op. cit., p. 651. Não sendo esta uma pronúncia vinculativa, os autores consideram que não será relevante processualmente se este dever de ouvir os credores garantidos for preterido, mas poderá acarretar responsabilidade do administrador e também justa causa de destituição.

¹³¹O Ac. do TRP de 08-03-2019 (Vera Antunes) esclarece precisamente que a venda em leilão eletrónico é preferencial, mas não é obrigatória, podendo ser escolhida qualquer outra modalidade tendo em conta as circunstâncias do caso concreto.

¹³²Concebida para regulamentar vários aspetos das ações executiva cíveis, entre eles a venda em leilão eletrónico, aplicável também ao processo de insolvência.

¹³³O Despacho 12624/2015, publicado no DR, II Série, de 09-11-2015 estabelece como plataforma para a realização dos leilões a www.eleiloes.pt, cuja entidade reguladora será a Câmara dos Solicitadores (ver Ac. do TRP de 08-03-2019 (Augusto de Carvalho) para melhor compreensão destes aspetos).

projetada ou ao valor base fixado (art. 164º, nº3), mediante a entrega de uma caução correspondente a 20% do valor da sua proposta¹³⁴. Por sua vez, o administrador da insolvência tem a faculdade de aceitar ou não tal proposta, mas não o fazendo é obrigado a colocar o credor na situação que decorreria da alienação ao preço proposto, caso ela venha a ser realizada por preço inferior, isto é, o administrador torna-se responsável pela diferença entre o preço oferecido e o preço a que o negócio de facto se realizou.

O atraso na alienação do bem objeto de hipoteca pode causar prejuízos graves para o credor¹³⁵ e, por esse motivo, prevê-se no art. 166º, nº1 que, a partir do momento em que se inicia a fase de liquidação¹³⁶, o credor com garantia real deve ser ressarcido do prejuízo que esse atraso lhe possa causar e que não lhe seja imputável, bem como da eventual desvalorização do bem objeto da garantia resultante da utilização do mesmo “em proveito da massa insolvente”. Para evitar esta solução, o administrador da insolvência tem a faculdade de satisfazer integralmente este crédito à custa da massa insolvente, mesmo antes de ser iniciada a venda (art. 166º, nº2), mas nem sempre será fácil de recorrer a este mecanismo uma vez que é necessário projetar o valor esperado para a venda do bem onerado.

6.2. Pagamento aos credores

Terminada a fase de liquidação é necessário proceder à distribuição do produto da venda pelos credores. Em respeito pelo princípio da igualdade de credores, ou *par conditio creditorum*, postulado no art. 604º CC, não existindo causas legítimas de preferência, o pagamento aos credores deve ser feito proporcionalmente, tendo em conta o princípio da justiça distributiva. Como vimos anteriormente, os credores garantidos são titulares de causas legítimas de preferência, como a hipoteca (art. 604º, nº2 CC), pelo que serão pagos com preferência relativamente aos outros credores da insolvência, mas o

¹³⁴LOUSA, Nuno Ferreira (2016) – “*Os créditos garantidos e a posição dos garantes nos processos recuperatórios*”, in Revista de Direito da Insolvência nº1, Almedina, 147-167, p. 151. A caução a que aqui nos referimos, prevista no art. 164º, nº4 só tem aplicação se o credor garantido tiver proposto a aquisição do bem depois de iniciado o processo de venda. Antes desse momento cabe ao administrador da insolvência averiguar a necessidade ou não da prestação de tal caução.

Tendo surgido com o objetivo de assegurar o pagamento de eventuais credores preferentes, julgamos que o valor desta caução é excessivo, quando comparado com o valor de apenas 5% exigido no âmbito de processo executivo (art. 824º, nº1 CPC).

¹³⁵MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., p. 335.

¹³⁶LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho (2013), op. cit., p. 659. Apenas são de considerar os prejuízos gerados a partir deste momento, pois antes de se poder realizar a venda não se pode falar de “danos suscetíveis de tutela”.

mesmo não se passa em relação aos créditos sobre a massa¹³⁷. As dívidas da massa beneficiam de precipuidade no pagamento, o que a leva a que a satisfação dos credores da insolvência só se inicie depois de satisfeitas as dívidas da própria massa insolvente. Os créditos sobre a massa são pagos no momento do seu vencimento, não sendo exigido, como é para os créditos sobre a insolvência, que já tenha transitado em julgado a sentença de verificação e graduação dos créditos (arts. 172º, nº3 e 173º)¹³⁸.

As dívidas da massa são imputadas, em primeiro lugar, aos rendimentos que a própria massa origina. Na eventualidade de estes rendimentos não serem suficientes, o excedente será imputado ao produto da venda dos bens móveis ou imóveis¹³⁹. Nos termos do art. 172º, nº2, quando estivermos perante bens móveis ou imóveis que estejam onerados com garantia real, como a hipoteca, esta imputação é limitada a 10% do produto da venda desses bens e apenas se essa imputação for indispensável para a satisfação integral das dívidas da massa insolvente e se não prejudicar a satisfação integral dos créditos garantidos¹⁴⁰. Esta limitação confere aos credores hipotecários uma tutela especial, motivada pelo facto de como credores garantidos que são, no seio dos créditos da insolvência serão aqueles que serão pagos em primeiro lugar¹⁴¹. Tal como mencionamos, os créditos da insolvência são pagos depois dos créditos sobre a massa e entre si respeitam uma determinada hierarquia: em primeiro lugar, serão pagos os créditos garantidos, depois os privilegiados, de seguida os créditos comuns e por último, os créditos subordinados.

Importa-nos agora perceber como é realizado o pagamento aos credores garantidos, concretamente o pagamento ao credor hipotecário. Segundo o art. 174º, nº1, depois de liquidados os bens onerados com garantia real e depois de deduzidas as despesas daí decorrentes, efetua-se, desde logo, o pagamento aos credores garantidos que é realizado através dos bens onerados com a garantia real¹⁴². De qualquer forma, não sendo os bens onerados suficientes para satisfação integral do credor, o remanescente será

¹³⁷Ver *supra* p. 21.

¹³⁸EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019), op. cit., p. 61.

¹³⁹MARTINS, Alexandre de Soveral (2020), op. cit., p. 368.

¹⁴⁰EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019), op. cit., pp. 65-67. Este limite que é aqui imposto pode ser ultrapassado em respeito pelos princípios da integralidade e da satisfação imediata inerentes aos créditos sobre a massa, mas também porque os bens onerados com garantia real respondem por todas as despesas tidas com a sua liquidação, o que pode levar a que os 10% mencionados sejam insuficientes.

¹⁴¹LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho (2013), op. cit., p. 681.

¹⁴²O estatuído neste art. apresenta-se como exceção à regra de que o pagamento apenas se deve efetuar no momento do rateio final (arts. 182º e 183º).

incluído nos créditos comuns, ou seja, quanto a este valor o credor hipotecário perde a classificação de credor garantido e concorre em posição de igualdade com os credores comuns nos rateios sucessivos que se realizem (art. 174º, nº1, parte final).

A situação que abstratamente descrevemos tem vindo a ser cada vez mais frequente na nossa ordem jurídica, principalmente no âmbito de crédito à habitação. Em contexto de crise, como a vivida no mercado económico e financeiro em 2007/2008 ou como a que possivelmente iremos viver motivada pela pandemia, ocorre uma enorme desvalorização imobiliária, multiplicando-se as situações de incumprimento e, conseqüentemente, as situações em que o valor do imóvel, por sujeito às flutuações do mercado, é manifestamente insuficiente para satisfação da garantia hipotecária. Nestes casos, uma vez que a hipoteca não confere um direito à coisa, mas sim ao valor correspondente, a instituição de crédito, titular de hipoteca sobre o imóvel, tem direito a concorrer com os restantes credores pelo valor remanescente, pelo qual poderá nunca obter pagamento.

Poder-se-ia pensar que o único prejudicado seria a instituição de crédito, protegendo-se o devedor, mas o resultado é precisamente o contrário¹⁴³. As instituições de crédito quando confrontadas com a multiplicação destas situações tornam o acesso a crédito muito mais difícil, prejudicando gravemente a aquisição de habitação. Por essa razão, surgiram dois instrumentos legais europeus sobre o crédito hipotecário, a Diretiva 2014/17 UE relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação¹⁴⁴ e o Regulamento (UE) nº 575/2013¹⁴⁵ relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento. Ambos os instrumentos têm como intuito diminuir a desconfiança entre as partes gerada pelo incumprimento generalizado em épocas de crise, através da criação das condições necessárias para proceder à ponderação do risco aquando da concessão de crédito. Nesse momento, as instituições de crédito devem considerar o valor comercial futuro do bem imóvel, tendo

¹⁴³RAPOSO, João Vasconcelos (2016) – “Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira – A “dação potestativa” como solução?”, Coimbra, Almedina, pp. 49-56.

¹⁴⁴Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 4-02-2014, in JOUE 28-02-2014, transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL 74-A/2017, de 23-06-2017, in www.dre.pt. O art. 16º deste DL exige que antes da celebração do contrato de crédito, a instituição de crédito avalie a solvabilidade do devedor analisando através de diversos fatores a “propensão para o cumprimento do contrato de crédito”.

¹⁴⁵In JOUE 27-06-2013.

em conta critérios de prudência e “considerando aspetos sustentáveis de longo prazo do imóvel”¹⁴⁶ e não apenas o valor comercial que o imóvel apresenta naquele instante.

Motivadas por estas alterações legislativas, a doutrina e a jurisprudência têm discutido se, em situação de crise, é possível saldar a dívida contraída para aquisição de habitação apenas com a entrega do bem imóvel, uma vez que estando o devedor insolvente, a possibilidade de recorrer ao seu restante património é realmente diminuta. Os defensores desta teoria desvalorizam o facto de tal solução ter como efeito a conversão da hipoteca num pacto comissório¹⁴⁷, pois numa situação de crise e de insolvência, o resultado prático será, com toda a probabilidade, o mesmo. No entanto, esta corrente jurisprudencial foi desvalorizada pelos tribunais, que continuam a permitir o prosseguimento da execução para cobrança do eventual remanescente¹⁴⁸.

Em conclusão, o credor hipotecário assume também na fase de pagamento uma posição privilegiada relativamente aos demais credores da insolvência, mas mesmo assim poderá não conseguir ver o seu crédito totalmente satisfeito. Este credor apenas verá o seu crédito satisfeito após serem pagas todas as dívidas da massa e mesmo como credor garantido, terá que suportar as eventuais preferências resultantes de outras garantias, como as que vimos, derivadas de privilégio imobiliário especial ou de direito de retenção. Chegado o momento do seu pagamento, a sua posição de credor garantido é limitada ao valor do bem onerado com hipoteca naquele momento. Na eventualidade do valor do crédito ser superior ao valor do imóvel garantido com hipoteca, o credor hipotecário passa a ocupar a posição de credor comum quanto ao montante restante.

¹⁴⁶Art. 4º, nº1, al. 74) do Regulamento (UE) nº 575/2013.

¹⁴⁷RAPOSO, João Vasconcelos (2016), op. cit., pp. 124-129.

¹⁴⁸Por ex. o Ac. do STJ de 26-01-2021 (Pedro Lima Gonçalves) logo no seu sumário afirma “No sistema português, sendo o património do devedor a garantia geral da obrigação, não obstante a execução da hipoteca, se remanescer a tal execução algum valor em dívida, poderá o credor em princípio prosseguir a execução sobre outros bens, para pagamento do valor remanescente”.

Conclusão

Ao longo deste estudo propusemo-nos a analisar a posição do credor hipotecário no âmbito do processo de insolvência, não descurando a proteção que deve ser conferida ao devedor insolvente autor da hipoteca, uma vez que frequentemente a constituição da garantia é motivada por uma necessidade urgente de obter crédito à habitação, chegando mesmo a ser considerado a principal fonte de endividamento das famílias portuguesas¹⁴⁹.

A necessária ponderação de interesses que é preciso realizar neste campo não pode culminar sem mais num enfraquecimento da posição detida pelo credor hipotecário, isto é, este credor tem de ser titular de uma posição fortemente tutelada, mesmo em sede de processo de insolvência. Caso assim não seja, não tendo o credor hipotecário certezas da sua satisfação em caso de incumprimento por parte do devedor, irá dificultar, ainda mais, o acesso à concessão de crédito ou exigir mais garantias, o que trará consequências trágicas para o tráfego jurídico e acabará por prejudicar gravemente os devedores particulares.

O credor hipotecário é considerado um credor garantido, o que significa que, dentro do leque de credores da insolvência, pertence aqueles que obterão pagamento em primeiro lugar. Por esta razão podíamos ser levados a acreditar que estes credores, titulares da mais importante das garantias das obrigações, teriam sempre certeza do seu pagamento em processo de insolvência. No entanto, aquilo que tentamos demonstrar ao longo do nosso estudo é que nem sempre a situação se afigurará assim tão linear, visto que o credor hipotecário apenas obterá pagamento do seu crédito depois de pagas as dívidas da massa insolvente e, mesmo no seio dos credores garantidos, terá que suportar as eventuais preferências resultantes de privilégio imobiliário especial e de direito de retenção, ambas garantias ocultas das quais só muito dificilmente o credor hipotecário terá conhecimento.

Estando o devedor autor da hipoteca insolvente, não raras vezes o seu património será insuficiente para que o credor hipotecário obtenha a satisfação do seu crédito. Se situações existem em que consideramos que os interesses em questão ditam tal solução, outras existirão em que sugerimos um resultado diferente. Veja-se por exemplo, o capítulo referente ao direito de retenção, no qual, de forma devidamente fundamentada,

¹⁴⁹CARVALHO, Jorge Morais (2018) – “Crédito ao consumo e crédito à habitação”, in Estudos de Direito Bancário I, Coimbra, Almedina, 297-329, p. 317.

tivemos oportunidade de nos expressar sobre o demérito da solução existente, sugerindo que este direito apenas preferisse relativamente à hipoteca nas hipóteses em que tenha havido tradição da coisa, antes da constituição da hipoteca.

Ao longo da nossa exposição debruçamo-nos sobre alguns aspetos importantes do processo de insolvência, tendo concluído que, quando comparado com a posição ocupada pelo credor hipotecário no âmbito de uma execução singular, a posição deste credor sai aqui fragilizada. Na nossa opinião, alimentada pelo facto de a própria lei insolvencial remeter para a lei processual civil (art. 17º), vantagens existiram em, de forma cautelosa, utilizar as soluções aí propostas para colmatar algumas falhas do processo de insolvência, como por ex. aquando da citação dos credores. Como tivemos oportunidade de explicar, consideramos que o modo de citação previsto na lei insolvencial põe em causa o efetivo conhecimento da sentença de declaração de insolvência por parte daqueles que, com maior probabilidade, veriam o seu crédito satisfeito. Pelo que, um recuo à lei processual civil, a qual prevê a citação no domicílio dos credores titulares de direitos reais de garantia já registados, parece-nos ser a melhor das soluções previstas.

O presente estudo não almejava (nem poderia) esgotar toda a disciplina reguladora da relação da garantia hipotecária com o processo de insolvência, mas tinha como objetivo lançar o debate sobre a questão, levantando e analisando criticamente algumas daquelas que consideramos ser as questões mais controversas sobre o tema.

Bibliografia

- ALVES, Natália Garcia e MARQUES, Vera Santos (2014) – “*Direito de retenção em insolvência: nova posição do STJ*”, in *AB Instantia: Revista do Instituto do Conhecimento AB* Ano II, nº2, 157-189.
- ANDRADE, Margarida Costa (2014) – “*Dois questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução*”, in *Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registas nº2*, Coimbra Editora, 39-83.
- CAMPOS, Isabel Menéres (2003) – “*Da hipoteca – caracterização, constituição e efeitos*”, Coimbra, Almedina.
- CAMPOS, Isabel Menéres (2009) – “*Dois questões sobre a efetividade prática da hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção*”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. I*, Coimbra, 309-331.
- CARVALHO, Jorge Morais (2018) – “*Crédito ao consumo e crédito à habitação*”, in *Estudos de Direito Bancário I*, Almedina, 297-329.
- CASTRO, Gonçalo Andrade e (2005) – “*Efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos*”, in *Direito e Justiça Revista*, 2, 263-289.
- CORDEIRO, António Menezes (2015) – “*Tratado de Direito Civil X – Direito das Obrigações, Garantias*”, Coimbra, Almedina.
- COSTA, Salvador da (2015) – “*O concurso de credores – Áreas comum, fiscal e da insolvência*”, 5ª ed., Coimbra, Almedina
- DUARTE, Rui Pinto (2004) – “*Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projeto do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*”, Ministério da Justiça, Código da Insolvência e Recuperação de empresas - Comunicações sobre o Anteprojeto de Código, Coimbra Editora, 51-60.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019) – “*Manual de Direito da Insolvência*”, 7ª ed., Coimbra, Almedina.

- EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2019) – “*Nótula sobre a responsabilidade da massa insolvente pelas suas dívidas*”, in *Revista de Direito da Insolvência* nº3, Almedina, 54-67.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho (2010) – “*Lições de Direitos Reais*”, 6ª ed. (reimpressão), Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora.
- FERREIRA, Manuel Requincha (2011) – “*Estado de Insolvência*”, in *Direito da Insolvência Estudos* (coord. Rui Pinto), Coimbra Editora, 131-386.
- FREITAS, José Lebre de (2017) – “*A ação executiva – À luz do Código de Processo Civil de 2013*”, 7ª ed., Coimbra, GestLegal.
- LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho (2013) – “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, 2ª ed., Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2013) – “*Direito da Insolvência*”, 5ª ed., Coimbra, Almedina.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2016) – “*Garantias das Obrigações*”, 5ª ed., Coimbra, Almedina.
- LOUSA, Nuno Ferreira (2016) – “*Os créditos garantidos e a posição dos garantidos nos processos recuperatórios*”, in *Revista de Direito da Insolvência* nº1, Almedina, 147-167.
- MARTINS, Alexandre de Soveral (2020) – “*Um Curso de Direito da Insolvência*”, 2ª ed. Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina.
- MORAIS, Fernando de Gravato (2014) – “*Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor: AUJ 4/2014 de 20-03-2014, Proc. 92/05*”, in *Cadernos de Direito Privado*, nº45 a nº48, 32-56.
- PIRES, Miguel Lucas (2015) – “*Dos privilégios creditórios: Regime Jurídico e sua influência no concurso de credores*”, 2ª ed., Coimbra, Almedina.
- PRATA, Ana (coord.) (2019) – “*Código Civil Anotado – Vol. I (arts. 1º a 1250º)*”, 2ª ed. Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina.

- PROENÇA, José Carlos Brandão (2017) – “*Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*”, 2ª ed. Revista e Atualizada, Universidade Católica Editora Porto.
- RAPOSO, João Vasconcelos (2016) – “*Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira: a “dação potestativa” como solução?*”, Coimbra, Almedina.
- SERRA, Catarina (2010) – “*O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*”, 4ª ed., Coimbra, Almedina.
- SERRA, Catarina (2018) – “*Lições de Direito da Insolvência*”, 1ª ed., Coimbra, Almedina.
- VARELA, João de Matos Antunes (1997) – “*Das Obrigações em Geral*”, Vol. II, 7ª ed., Reimpressão de 2003, Coimbra, Almedina.
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2011) – “*Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*”, in *Cadernos de Direito Privado*, nº33, 3-29 .
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de (2019) – “*Direito das Garantias*”, 3ª ed., Coimbra, Almedina.