

Universidade do Minho
Escola de Direito

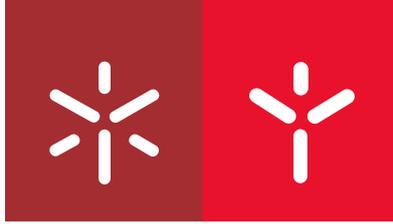
Catarina Agostinho Roriz Ferreira Fernandes

**Contributo para o estudo da Tutela
do Promitente – Comprador**

Catarina Agostinho Roriz Ferreira Fernandes **Contributo para o estudo da Tutela do Promitente – Comprador**

UMinho | 2015

janeiro de 2015



Universidade do Minho
Escola de Direito

Catarina Agostinho Roriz Ferreira Fernandes

**Contributo para o estudo da Tutela
do Promitente – Comprador**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

janeiro de 2015

DECLARAÇÃO

Nome: Catarina Agostinho Roriz Ferreira Fernandes

Endereço eletrónico: catarina_roriz@hotmail.com

Bilhete de Identidade/Cartão do Cidadão: 12608471

Título da dissertação: Contributo para o estudo da Tutela do Promitente - Comprador

Orientador:

Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

Ano de conclusão: 2015

Mestrado em Direito Judiciário

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 08/01/2015

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, irmão e avó,
Pelo refúgio de bem-querer

RESUMO

Com a presente dissertação pretende analisar-se a tutela do promitente-comprador.

O contrato-promessa suscita questões várias com amplitude e repercussão diversas, todas de assinalável relevo. A doutrina tem debatido o tema de forma acentuada, a jurisprudência, por sua vez, tem sido chamada a intervir frequentemente. Abordaremos ambas, embora se conceda particular realce às decisões dos nossos tribunais, em razão do sentido prático que aspiramos conferir a este trabalho.

Perscrutando as vicissitudes que podem suceder ao contrato promessa visamos apurar o espaço de intervenção desenhado para o promitente-comprador no regime civilista, em geral, e no regime insolvencial, em particular.

Referimo-nos, em concreto, à inobservância dos requisitos formais exigidos para a celebração do contrato, passando pelo inadimplemento na execução do mesmo (imputável à contraparte). Sem olvidar, o recente Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 20 de Março de 2014 e a problemática existente em torno da regulamentação do direito de retenção do beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à contraparte nos termos do art.442.º do CC.

Como teremos oportunidade de demonstrar, a atribuição do direito de retenção, art. 755.º, n.º1, al. f) do CC, atenta a regulamentação própria deste (ou seja, a prevalência sobre a hipoteca mesmo anteriormente registada, art.759.º do CC) tem granjeado verrosas da generalidade da doutrina.

A investigação aponta no sentido de fundamentar a solução legal, nos moldes em que se encontra definida, seja por leitura focada aos fundamentos aduzidos no AUJ citado, seja por visão abrangente do sistema global.

Assim, propomo-nos a centrar a razão de ser do direito de retenção do promitente-comprador que obteve a *traditio* da coisa no contrato-promessa sinalizado, estendendo a sua operacionalidade para o domínio insolvencial, em prol de unidade legislativa e justiça material.

Palavras-Chave: Contrato-Promessa. Sinal. Direito de retenção. Processo de Insolvência

ABSTRACT

This research intends to examine the authority of the promissory buyer.

The promissory contract raises several questions with different amplitude and impact, all of notable relief. The doctrine has debated the subject sharply, jurisprudence, in turn, has been asked to intervene frequently. We will cover both, although be given particular emphasis to the decisions of our courts, because of the practical sense we aspire to give to this work.

Peering into the events that can befall, we aim to determine the preliminary contract intervention space designed for the promissory buyer in the civil law system in general and in the insolvencial regime in particular.

We refer, in particular, to the failure to comply with formal requirements for the conclusion of the contract, through the breach in its implementation (attributable to the counterparty). Without forgetting the recent Jurisprudence Standardizing Judgment of 20 March 2014 and the existing problems on the regulation of the lien of the transmission promise beneficiary or constitution of right which got the tradition of the thing referred to the contract promised by the credit resulting from non-compliance attributable to the counterparty under the art.442.º CC.

As we shall demonstrate, the assignment of the lien, art. 755.º, paragraph 1) of the CC, alerts to his own regulation (ie, the prevalence on the mortgage even previously registered, art. 759.º CC) has garnered harsh reviews in the generality of the doctrine.

The research points towards substantiating the legal solution, in the way it is set, either by reading focused to submissions made in the AUJ, either comprehensive view of the overall system.

Thus, we propose to focus the purpose of the promissory buyer's lien that got *traditio* in the signaled promissory contract, extending its operation to insolvencial domain, towards legislative and material justice unit.

Keywords: contract as promise, lien, insolvency proceedings

ÍNDICE

Agradecimentos.....	iii
Resumo.....	v
Abstract	vii
LISTA DE ABREVIATURAS	xiii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO LEGAL	5
1. Da negociação pré-contratual à formação contratual	5
2. Noção.....	7
3. Modalidades de contrato-promessa	8
3.1. Promessa unilateral	8
3.2. Promessa bilateral	9
3.3. Promessa bilateral assinada por um só dos promitentes	10
4. Alcance da promessa	15
4.1. A promessa com eficácia obrigacional	15
4.2. A promessa com eficácia real	17
CAPÍTULO II – REGIME LEGAL	23
1. Nota introdutória.....	23
2. Disposições legais relativas ao contrato prometido.....	24
3. Disposições legais relativas à forma.....	25
3.1. Forma específica de certas promessas	25
4. As disposições que pela sua razão de ser não devam considerar-se extensivas ao contrato-promessa	29
CAPÍTULO III – INCUMPRIMENTO TEMPORÁRIO DO CONTRATO PROMESSA.....	31
1. Execução específica do contrato.....	31
2. Evolução de regimes.....	31
3. Âmbito de aplicação do instituto da execução específica	32
4. Requisitos da ação de execução específica.....	33

4.1. Mora no cumprimento do contrato	33
4.2. A inexistência de convenção em contrário	34
4.3. A natureza da obrigação assumida.....	35
4.4. A particularidade da exceção de não cumprimento do contrato,art.830.º n.º5 do CC36	
5. Efeitos da ação de execução específica	36
6. A improcedência da ação.....	37
CAPÍTULO IV – INCUMPRIMENTO DEFINITIVO DO CONTRATO	39
1. O não cumprimento em geral	39
2. As especificidades do contrato-promessa.....	40
2.1. Perda de interesse do credor na prestação do contrato, na sequência de mora.....	40
2.2. Interpelação admonitória para o cumprimento	42
2.3. Recusa séria e categórica de cumprimento	43
3. Promessa com prazo certo de cumprimento	44
CAPÍTULO V – O SINAL COMO INDEMINIZAÇÃO POR INCUMPRIMENTO DEFINITIVO	47
1. A mora e o incumprimento definitivo no regime do sinal.....	47
2. A constituição do sinal	48
3. O sinal nos contratos em geral e no contrato promessa em especial.....	49
3.1. A presunção de sinal	50
3.2. Significado da coisa entregue em sede de contrato promessa	51
4. A legitimidade para constituir o sinal.....	52
5. Consequências da existência de sinal	53
5.1. O Sinal no cumprimento	53
5.2. O sinal no incumprimento <i>bilateral</i> da promessa	54
5.3. O sinal no incumprimento unilateral (o receptor do sinal)	55
6. Natureza do sinal no contrato-promessa.....	58
6.1. Sinal penitencial.....	59
6.2. Sinal confirmatório	59
7. A admissibilidade da redução equitativa do sinal	60
8. Outra(s) Indemnização(s)	61

8.1. A indenização derivada de estipulação em contrário.....	61
8.2. A cláusula penal	62
CAPÍTULO VI – DIREITO DE RETENÇÃO	65
1. Direito de Retenção – Função de coerção e garantia.....	65
2. Mecanismo de tutela do direito de retenção	66
3. O Direito de retenção do no regime insolvencial	67
3.1. Efeitos do processo de insolvência no contrato-promessa.....	68
3.2. O direito de retenção do promitente-comprador no regime insolvencial.....	69
4. Os fundamentos do AUJ nº 4/2014	70
4.1. Da lacuna ao lugar paralelo.....	71
4.2. A imputabilidade reflexa.....	73
4.3. A noção de consumidor	77
5. Uma perspectiva abrangente	79
5.1. A <i>traditio</i> e a expectativa consolidada.....	79
5.2. A primazia da tutela da confiança, uma ordem de prevalência	80
5.3. A contratação em massa – uma inegável fragilidade.....	82
5.4. A justiça social e legislativa.....	83
CONCLUSÕES.....	85
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	93
BIBLIOGRAFIA.....	99
ANEXO I.....	109

LISTA DE ABREVIATURAS

AAFDUL – Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

AEDUM – Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho

Ac. – Acórdão

AUJ – Acórdão Uniformizador de Jurisprudência

art. – Artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CDP – Cadernos de Direito Privado

Cf. – conferir

Cfr. - confrontar

CJ – Coletânea de Jurisprudência

CJSTJ – Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto de Lei

EIDC – Estudos do Instituto de Direito do Consumo

ob. cit. – obra citado

p. (pp.) – página (s)

RAU – Regime Arredamento Urbano

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RTDPC - Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RTDciv – Revue trimestrielle de droit civil

ss – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

*Homem livre, tu sempre
gostarás do mar.*

*Charles
Baudelaire*

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto complexo de normas de conduta dirigidas a uma sociedade que visa regular, recebe ecos de princípios e valores fundamentais tidos por adequados a cada era do avanço civilizacional. Na qualidade de saber vivo reclama dedicação constante, não devendo nunca perder de vista os pressupostos em que assenta a sua legitimação, nem as demandas do corpo social, a que se destina.

Neste contexto, da pertinência jurídica à consideração da realidade social, vislumbramos a tutela do promitente-comprador revestida de interesse, e atualidade, na vida jurídica portuguesa.

Não obstante os imensos estudos que rodeiam o tema do Contrato-Promessa, ao que sabemos, poucos há que perpassem, de forma abrangente e prática, o tema que nos propomos tratar, vulgo, *Contributo para o estudo da Tutela do Promitente-Comprador*.

Crê-se, por isso, que o presente trabalho, no âmbito do Mestrado em Direito Judiciário, no qual se dará primazia à vertente jurisprudencial, se revele pleno de sentido.

Especificamente, este estudo pretende contribuir para uma compreensão mais ampla da tutela do promitente-comprador, com especial enfoque para as vicissitudes que podem atingir o contrato-promessa.

Desiderato que não prescinde, no entanto, de uma alusão às modalidades do contrato-promessa (art.410.º,411.º,413.ºdo CC) e de um certo aprofundamento sobre o regime e função do sinal (art.442.ºdo CC). Tanto mais que existe uma ligação entre este – sinal – e a indagação qualitativa do incumprimento (definitivo) do contrato, seja no seu tipo comum (incumprimento unilateral), seja no alargamento à casuística da recusa categórica de cumprimento.

A patologia de vinculação, pondo em crise o contrato-promessa, assume na promessa de transmissão ou constituição de direito real, contornos específicos. A função do tipo contratual (afirmado que está o princípio de equiparação) origina uma regulamentação com maiores exigências formais (art.410.º n.º3 do CC), pelo direito à execução específica (art.830.ºn.º3 e 4 do CC) ou por uma indemnização garantida (art. 442.ºcc e 755.º, n.º1, al.f) do CC)

A existência de uma convenção paralela (*traditio*) cuja entrega (material ou simbólica) da coisa concretiza torna mais complexo apurar, em sede liberatória, se a restituição da prestação busca fundamento na mera resolução ou em causa própria. Conquanto se reconheça

que em função da expectativa criada (estabilidade do negócio) a *traditio* assegura uma proteção mais eficaz à promessa é inegável que a tal solução legal contende com um outro ponto capital. Precisamente, o direito de retenção (art. 755.º, n.º1, al. f) do CC) e a virtualidade da sua extensão ao processo insolvencial.

Desde logo, diremos que os promitentes se obrigam em quadro de convenções e vínculos destinados à celebração de um outro contrato cujo conteúdo essencial é definido, *a priori*, pelo contrato-promessa. A vontade negocial vertida na promessa encerra, em simultâneo, um acordo quanto ao contrato que antecipa. Dupla vinculação. A tal constatação normativa acresce o facto de, não raro, a promessa respeitar à celebração de contrato oneroso sobre edifício ou fração autónoma dele, já construído ou a construir. Não é duvidosa a afirmação de que o equilíbrio contratual encontrado supôs uma necessidade aumentada de proteção do beneficiário da promessa.

Ademais, o momento atual assenta em duas premissas, dignas de menção.

A defesa dos interesses do promitente-comprador vulgo consumidor representará matéria a não descuidar, num estudo dirigido a abordar um certo inter-relacionamento, entre a sua posição jurídica e os respetivos mecanismos legais de tutela.

Do ponto de vista económico-social, a conjectura económico-financeira imprevisível para a generalidade dos consumidores atingiu, sem precedentes, o sector imobiliário e o da construção civil. Empresas da especialidade, muitas das quais vinculadas por contratos-promessa, desaguaram em situação de insolvência. Destarte, impõe-se considerar numa alusão ao sistema insolvencial, em geral, e aos negócios em curso, em particular, os interesses legislativos inerentes àquele regime.

Por tudo o já demonstrado, a nossa investigação atesta uma proficiência prática inegável.

No presente estudo, entre outras indagações, questionamo-nos acerca das opções indemnizatórias de que dispõe o promitente fiel e de como se articulam as soluções elencadas no art. 442.º do CC com a teoria do incumprimento das obrigações. Averiguamos em que consiste o direito de retenção no contrato promessa, pois, cercou-nos a dúvida de saber se o regime geral civilista é ou não válido em matéria de insolvência. Perscrutamos ainda sobre a qualificação da recusa de cumprimento da promessa por banda do administrador de insolvência, para efeitos de graduação de crédito. Destaque-se que propugnamos, para uma correta equação e entendimento dos problemas assinalados, aprender o horizonte em que se desenvolve o contrato-promessa. Aludimos, ao regime geral do contrato, por um lado, e às

específicas adversidades, por outro, enquanto critérios de valor indispensáveis à abordagem do estudo.

À motivação desta reflexão não foram indiferentes duas ordens de razão.

A primeira, a atualidade do tema. Assiste-se, a um ativo debate doutrinal em torno do contrato-promessa, tendo por desígnio debelar algumas injustiças sociais que uma interpretação meramente literal do seu regime jurídico pudesse propiciar.

A segunda, o relevo jurídico do tema. O Acórdão Uniformizador de 20 de Março de 2014 - opera profunda alteração ao nível da tutela dos interesses do promitente-adquirente (consumidor) nomeadamente sobre o direito de retenção (art. 755.º n.º 1 al. f) do CC).

Por uma questão de método, e atendendo aos objetivos e aos contornos da investigação, entendemos dividir este estudo numa sequência de capítulos que se pretende funcionalmente compreensiva, sendo inegável que, apesar de não se abandonarem os limites em que se pauta a nossa temática, vão volutear questões de natureza mais global.

O primeiro capítulo debruça-se sobre a noção de contrato-promessa e suas modalidades tendo como critério o número de sujeitos (promessa unilateral vs promessa bilateral) e o alcance da sua oponibilidade – relativa (eficácia obrigacional) e absoluta (eficácia real).

O segundo capítulo faz incursão sobre o regime jurídico do contrato e disposições legais aplicáveis num diálogo pautado pelo princípio de equiparação e respetivas exceções.

O terceiro capítulo acolhe a mora; enquanto requisito necessário à admissibilidade da ação de execução específica (art. 830.º do CC). Remédio legal para o incumprimento temporário da promessa.

O quarto capítulo – antecedendo o regime do sinal como solução indemnizatória do incumprimento definitivo, matéria do quinto capítulo – teoriza o incumprimento das obrigações na sua aplicação à promessa, tomando, sobretudo, em conta a fonte unilateral do inadimplemento.

O sexto incide sobre o direito de retenção, sua amplitude à luz da promessa com tradição de coisa, objeto de contrato prometido de alienação. Neste âmbito, abrimos espaço à prática judiciária a qual reveste, nas palavras de Esser, o papel de “*motor de atualização do Direito*”.

Terminamos o estudo formulando sinopse em forma de síntese de algumas das reflexões que materializam as problematizações suscitadas ao longo da investigação.

Cingir-nos-emos, no entanto, ao direito Português, deixando em aberto outras perspectivas, como a do Direito comparado.

Dadas as múltiplas contendas jurídicas – de que são baluarte as díspares posições doutrinárias e jurisprudenciais que o contrato-promessa contempla, por certo, muito ficará por resolver.

A complexidade da problemática e a sua amplitude jurídica impossibilitarão, atendendo aos parâmetros da presente exposição, uma incidência em toda a sua dimensão¹.

Almejamos, não obstante, contribuir para o progresso do desenvolvimento científico na temática objeto de estudo.

¹ Em paralelo literário, permitam-nos invocar as palavras de Mário Cesariny, *Pena Capital*: “*Promessa que se cumpre, que alimenta o mundo, olhos a exigir uma floresta*”.

CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO LEGAL

1. Da negociação pré-contratual à formação contratual

A figura jurídica apresentada arroga suma importância, quer teórica, quer prática. É uso corrente do domínio económico-comercial o encetar de negociações para a conclusão de um certo contrato a realizar posteriormente.

A multiplicidade de interesses e a relevância do objeto negociado pressupõem, com frequência, a existência de um intervalo, por vezes longo, entre a organização e a negociação entre as partes. Como aquiesce Galvão Telles ²: “ *Quase sempre a celebração de um contrato é antecedida de negociações preliminares a que se pode chamar fase pré-contratual. Os futuros contraentes avizinham-se, sondam-se reciprocamente, manifestam as suas intenções, discutem, procurando chegar a acordo.* “

Ao lado de vasta panóplia de atos materiais (de que são exemplo reuniões e missivas), assomam amiúde acordos de carácter preliminar e instrumental, designados *pré-contratuais*. As declarações das partes apontam então para a *constituição de um dever de negociar*.³

Os acordos não contratuais⁴ constituem: “*instrumentos jurídicos, destituídos de natureza contratual, auxiliares da negociação de um dado contrato, que servem essencialmente para determinar a forma como as negociações entre as partes contratantes se processarão ou para cristalizar o estado dessas negociações em determinado momento*”⁵. Do simples arquivo de negociações, à consignação e registo do acordo, sobre alguns ou todos os seus elementos, a amplitude é variável⁶.

Estes acordos, não são, no entanto, contratos, não geram obrigações contratuais, mas têm por efeito o dever de negociar e, a sua violação injustificada despoleta responsabilidade

² Com esse mesmo título, publicado na CJ, VI, 3, pp. 5 e ss, em que reproduz o n.º 80 do seu *Manual dos Contratos em Geral* (ver p. 11-nº16).

³ Apud Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 1º Edição, 2011, p. 254.

⁴ Contratos mitigados na expressão de Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, p. 313 e de Januário Costa Gomes, *Contratos Comerciais*, Almedina, p. 37.

⁵ J. Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 1997; também C. Ferreira de Almeida, *Contratos*, I, Almedina, 2013. Mencionem-se as chamadas cartas de intenção ou acordos de princípio (letters of intent) que, na maioria dos casos, constituem meros acordos de negociação, e os acordos de base (heads of agreement) que servem essencialmente para registar e consagrar os consensos que vão sendo obtidos sobre pontos essenciais do negócio.

⁶ A conclusão e respetiva celebração dependem, então, apenas de determinadas condições a verificar posteriormente. A aprovação pelos membros da administração da sociedade, a obtenção de uma autorização administrativa. Cfr. Menezes Leitão, *Negociação e responsabilidade pré-contratual*, ROA 60, I, 2000, pp. 58 e 59.

civil pré-contratual (art. 227º do CC), dada a relevância jurídica que possuem, enquanto manifestação do *princípio da boa-fé*⁷.

Caso as partes logrem aí assentimento sobre o conteúdo negocial, avançam até ao *acordo pré-contratual final*, que patenteia o consenso material, integral e certo.

Ainda em sede pré-contratual, mas dando salto qualitativo de relevo, perpassam os negociantes a fase de (mera) negociação para a de formação, domínio por excelência de acordos contratuais, vocacionados a compor e auxiliar a celebração de determinado contrato, de que é modelo o contrato-promessa.

As declarações das partes apontam então para o dever de concluir o negócio jurídico.

Determinado o conteúdo do acordo em toda a extensão surge o contrato. Diferencia-se dos anteriores atos que incorporam o *iter negotii* (munidos de relevância jurídica, mas desprovidos de eficácia contratual própria) por ser, em si mesmo, um contrato, gerador de direitos e obrigações⁸.

O contrato-promessa é, no ordenamento jurídico português, autónomo face ao contrato-definitivo. Revelando uma atuação ético-jurídica específica e funcionalmente adequada a materializar as mais distintas composições de interesses - segundo fonte unilateral ou bilateral - e a antecipar os efeitos do contrato prometido.

Em jeito de parémia, poderíamos vislumbrar o contrato-promessa como uma espécie de antecâmara, onde se erige o consenso e a vinculação. Espaço independente mas interligado funcionalmente a um contrato futuro que executará o já determinado.

As partes alcançam acordo quanto ao respetivo conteúdo mas ao invés de celebrarem *in loco* o contrato definitivo, optam pelo compromisso de efetivação futura.

Por algum motivo os promitentes não podem ou não querem proceder, de imediato, à celebração do contrato prometido. As razões, para este hiato contratual que separa a promessa do contrato futuro, são díspares. Antunes Varela identifica alguns exemplos: *a falta dos documentos necessários; a impossibilidade de disposição do capital financeiro; porque estão*

⁷ Atos preparatórios, típicos de qualquer processo negocial. Não obstante esses trâmites poderem fundamentar a responsabilidade pré-contratual, não possuem relevância contratual específica; ver Mário Júlio Almeida e Costa, *Responsabilidade civil pela rutura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra Editora, 1084, p. 65.

Neste sentido, Ac. do STJ de 09-11-2004, processo nº 04A3348, Relator Faria Antunes, “*O direito ao cumprimento, que nasce de um contrato válido e eficaz, é diferente do direito à indemnização com matriz na conduta deficiente adoptada ao longo da relação jurídica pré-contratual que dá origem a deveres de vária índole, como os de informar convenientemente, de lealdade e de comportamento de acordo com a boa-fé*” disponível in www.dgsi.pt

⁸ O que o afasta do pacto de opção.

*em curso formalidades burocráticas para regularizar o direito do vendedor; porque o imóvel ainda não concluído*⁹.

Existe à data certo obstáculo, material ou jurídico, que inviabiliza a celebração definitiva.

Neste contexto, as partes definem os pontos basilares à determinabilidade do objeto¹⁰ mediante uma vinculação de *segurança* ou *garantia*¹¹ corporalizada no contrato-promessa, quedando, apenas, por determinar os elementos suscetíveis de serem preenchidos, *a posteriori* por acordo¹².

2. Noção

O contrato é um acordo vinculativo que resulta do encontro de duas ou mais declarações de vontade – a *proposta* e a *aceitação* – contrapostas, mas que se harmonizam em ordem a obter uma composição unitária de interesses¹³. Configura, desta forma, um *instrumento de satisfação recíproca de interesses*¹⁴.

⁹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Março de 2013. Existe à data certo obstáculo material ou jurídico que inviabiliza a celebração definitiva.

¹⁰ Sem os quais, o contrato definitivo, que lhe sucede, será inválido por indeterminabilidade nos termos do artigo 280.º do CC.

¹¹ Os contraentes preparam e garantem, o contrato definitivo assegurando-o Passim, Calvão da Silva, ob. cit., p. 19.

¹² Ou pelo tribunal, mediante recurso às regras de interpretação, elencadas no art.236.º e ss do CC. O art.236º consagra, no seu nº1, a doutrina da impressão do destinatário, uma modalidade das doutrinas objetivistas, com a limitação constante do seu nº2 *falsa demonstratio non nocet*. Acolhendo a doutrina da impressão do destinatário, o critério estabelecido no art.236.º, n.º1 do CC, coloca o intérprete na posição de um declaratório normal. A essa luz, na interpretação da declaração negocial relevam, segundo Manuel de Andrade, “*os termos do negócio, os interesses em jogo, a finalidade do declarante, as negociações prévias, as relações negociais anteriores entre as partes, os hábitos do declarante, os usos da prática (comuns, gerais, especiais) e o modo de observância do negócio concluído*”.

Ac. do STJ de 2-2-2006, Proc. 05B3578 Rel. Araújo Barros: “*I - O contrato-promessa, ainda que encarado como um contrato preliminar de outro contrato, definitivo, é sempre ele mesmo um contrato definitivo que se completa com as declarações de vontade nele expressas, de que resultam para as partes obrigações concretas de facere: a emissão das declarações de vontade tendentes à realização do contrato prometido. II - Na interpretação dos contratos, prevalecerá, em regra, a vontade real do declarante, sempre que for conhecida do declaratório. Faltando esse conhecimento, a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante. III - Convencionado num contrato-promessa que : a) - a promitente-vendedora promete vender à promitente-compradora ou a quem esta indicar, uma área de terreno de determinado prédio, livre de quaisquer ónus, encargos ou responsabilidades; b) - que, para possibilitar a concretização da venda ora prometida, aquela promitente-vendedora compromete-se a liberar o prédio do arrendamento que o onera, relativo ao contrato para exploração de massas minerais no seu subsolo, pela forma que entender, o mais tardar até 1/7/2000 e sem qualquer encargo para a promitente-compradora; c) - e que a escritura do contrato definitivo será celebrada no prazo máximo de 120 dias a contar da data em que a promitente vendedora obtenha a cessação do arrendamento do subsolo que onera o prédio, mas sempre até 1/7/2000, não estamos perante um contrato-promessa sujeito a condição suspensiva, antes em presença de um contrato-promessa no qual, como dever acessório da obrigação principal, a promitente-vendedora assumiu uma obrigação concreta, no interesse da promitente-compradora que era também o seu, só de si própria dependente, que se traduz numa verdadeira obrigação de resultado*”.

” disponível in www.dgsi.pt
Ac. do STJ de 12-6-2012, Proc.14/06.7TBCEMG.G1.S1-6º Relator Nuno Cameira: “*I - O apuramento da vontade real das partes, no quadro da interpretação dos negócios jurídicos, apenas constitui matéria de direito – sujeita ao controle do STJ – quando, sendo ela desconhecida, devam seguir-se, para o efeito, os critérios fixados nos arts. 236º a 238º do CC.*) II - *As regras constantes dos arts.236º a 238º CC. constituem diretrizes que visam vincular o intérprete a um dos sentidos propiciados pela atividade interpretativa, e o que basicamente se retira do art.236º é que, em homenagem aos princípios da proteção da confiança e da segurança do tráfico jurídico, dá-se prioridade, em tese geral, ao ponto de vista do declaratório (recetor). No entanto, a lei não se basta com o sentido realmente compreendido pelo declaratório (entendimento subjetivo deste) e, por isso, concede primazia àquele que um declaratório normal, típico, colocado na posição do real declaratório, depreenderia (sentido objetivo para o declaratório)*” disponível in www.dgsi.pt.

¹³ Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10ª Edição, 212.

¹⁴ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 5ª Edição., p. 215, como observa Mariana Fontes da Costa, *O dever pré-contratual de informação*, RFDUP, ano IV, Coimbra Editora, 207, p. 377 (final do 1º par.) e p. 391, último par.

O art. 410.º, n.º 1 do CC define o contrato-promessa como a convenção pela qual ambas as partes, ou apenas uma delas (art. 411.º do CC), se obrigam a celebrar determinado contrato.

Resulta do exposto que o contrato-promessa é a «convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo negócio jurídico¹⁵».

Noção com que se abrange - à luz do princípio da autonomia da vontade art.405º do CC¹⁶ - tanto os negócios bilaterais, como sejam os contratos, como os negócios unilaterais¹⁷.

Do contrato-promessa emerge uma *obrigação de prestação de facto positivo*, a obrigação de emitir a declaração de vontade correspondente ao negócio cuja e conteúdo realização pretendem firmar, o negócio prometido preliminarmente convencionado¹⁸.

Os promitentes assumem, por regra, entre si¹⁹, a obrigação de concluir no futuro o contrato prometido. Vinculam-se os promitentes a transformar o projeto de convenção futura em futura convenção. Obrigação que astrite, pelo menos, um dos sujeitos (promessa unilateral) ou ambos (promessa bilateral).

3. Modalidades de contrato-promessa

3.1. Promessa unilateral

Nos negócios jurídicos unilaterais - sujeitos ao princípio da tipicidade ou *numerus clausus* estabelecido no art.457.ºdo CC - há uma só declaração de vontade - ou várias, mas paralelas (v.g., procuração, testamento, renúncia à prescrição).

¹⁵ “Poder de cada indivíduo criar direito, de cada indivíduo criar a sua lei, para gerir autonomamente a sua esfera de interesses, sob a sanção do ordenamento jurídico em vigor.” Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano (1ª turma) do Curso Jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra 1981, pp. 15-16. É o instrumento da autonomia privada - Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pp. 68-74.

¹⁶ “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade não só de fixar livremente o conteúdo dos contratos como o de incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” - art. 405º, n.º 1. Por força deste preceito - corolário do princípio da autonomia privada (art. 405º do Código Civil) e com a epígrafe de “liberdade contratual” -, aos particulares em matéria de contratos, é reconhecido (i) o direito de constituir obrigações - direito de contratar - (ii) o direito de escolher o outro contraente e, ainda, (iii) o direito de fixar o conteúdo dos contratos ou “a possibilidade de, na regulamentação convencional dos seus interesses, se afastarem dos contratos típicos, ou paradigmáticos, disciplinados na lei (celebrando contratos atípicos) ou de incluírem, em qualquer desses contratos paradigmáticos, cláusulas divergentes do regulamento supletivo contido no Código Civil”. A regra da livre fixação do conteúdo dos contratos está sujeita a limitações que nas modernas legislações se têm multiplicado de forma acentuada principalmente nos contratos (como o de trabalho, o de arrendamento, o de seguro, os negócios bancários, os transportes, etc.) em que afloram com mais frequência ou intensidade poderosos interesses colectivos ao lado dos meros interesses particulares, ou em que, ao lados dos interesses dos contraentes, importa acautelar legítimas expectativas de terceiros, preservando valores essenciais à vida em relação como o sejam a moral pública, os bons costumes, a segurança no comércio jurídico e a certeza do direito. Todas elas se podem considerar englobadas genericamente nas palavras introdutórias do artigo 405º “dentro dos limites da lei”. Pires de Lima e A. Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 3ª edição, p. 353; Prof. Antunes Varela - *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Volume I, p. 248; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Almedina, pp. 247-248.

¹⁷ Professor J. Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 12ª Edição, 17.

¹⁸ O contrato prometido a celebrar definitivamente em *convenção futura*, neste sentido Galvão Teles, *Manual dos Contratos em Geral, Refundido e Atualizado*, 4ª Edição., Coimbra 2002, p.210.

Em sentido distinto, considerando a promessa como uma primeira fase do contrato-promessa, F. Castro, ob. cit., p.1172.

¹⁹ Nada obsta que do contrato emergja a obrigação de contratar com terceiro, art.443ºcc. ou com pessoa a nomear, art.452ºcc.

A promessa qualifica-se unilateral se apenas uma das partes se encontra adstrita à realização do futuro contrato (art. 411.º do CC²⁰ , v.g. promessa de confirmação de negócio anulável²¹ e promessa de doação).

Tem-se dissertado na doutrina a admissibilidade do contrato-promessa de doação. Para alguns Autores, não seria a promessa de doação um negócio aceitável por se colocar em causa o requisito de espontaneidade, que se pondera dever presidir à doação. A simples obrigação de transferir os bens para outra parte revelaria já uma doação (art.940.º do CC), não sendo, concludentemente, um verdadeiro contrato-promessa, além de que a promessa de doação poderia pôr em causa a proibição da doação de bens futuro (art. 942 do CC).Para a doutrina maioritária, os argumentos apresentados não colhem, considerando possível e válida a promessa de doação²².O contrato prometido não se apresenta como segunda doação, apesar de integrar parte de uma doação cuja causa remonta à promessa celebrada.

Todavia, a querela cede vez à unanimidade no que respeita à impossibilidade de execução específica (art.830ºCC). A espontaneidade que deve acompanhar a doação requer a possibilidade de arrependimento. A ser assim, a natureza da obrigação assumida pelo promitente opõe-se à finalidade da execução específica²³.

3.2. Promessa bilateral

Por contraponto, os negócios são Bilaterais quando há duas ou mais declarações de vontade convergentes, que se ajustam na pretensão comum de produzir um resultado jurídico unitário, embora com um significado distinto para cada parte. Há proposta e aceitação conciliadas num consenso (art. 232ºCC).

A promessa é tida como bilateral²⁴ quando ambas as partes se vinculam à celebração do contrato definitivo, ou quando apenas uma se obriga a celebrar o contrato definitivo e a outra se comprometa a remunerar aquela vinculação²⁵.

²⁰ Fernando Gravato Morais, *Contrato-Promessa em Geral, Contrato Promessa em Especial*, Almedina, 2009, p.33.

²¹ Cfr. Rui Nogueira Lobo de Alarcão, *A confirmação dos Negócios Anuláveis*, Atlântida Editora, Coimbra, 1972, p.102.

²² Cfr. Eridano de Abreu, *Da doação de direitos obrigacionais* em Dir. 84, (1952), pp. 225 e ss, Vaz Serra *Anotação Ac. STJ 18/5/1976* na RLJ 110 (1977), pp 207; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral* Vol I, ob. cit, pp 270 e ss. E Ana Prata *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 305.

²³ «a sua natureza justifica que as partes conservem a possibilidade de desistir do contrato definitivo até à celebração deste, embora incorrendo em responsabilidade pelo incumprimento do contrato promessa», M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, pp. 279. No mesmo sentido, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, p. 286. Pode pois também concluir-se que a natureza da obrigação assumida pelo promitente opõe se pela sua á natureza á execução específica.

²⁴ *O sujeito passivo - devedor - da obrigação constituída através do contrato-promessa denomina-se promitente, ao sujeito activo - credor - chama-se beneficiário da promessa ou promissário, logo, se o contrato é bilateral há duas obrigações.* Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2011, p.256.

²⁵ Promessa unilateral de contratar remunerada. Inocêncio Galvão Teles reflete: “*como correspectivo de contratar a outra parte assume uma obrigação, o contrato torna-se bilateral (imperfeito)*”, *Direito das Obrigações*, 7.º Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 2010, p. 119.

Não obstante a distinção conceptual, na prática, isto é, as mais das vezes, a promessa assume as vestes de um negócio jurídico bilateral²⁶.

Situação paradigmática é a da celebração de um contrato-promessa que tenha por objeto o *contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício ou fracção a construir* (alienação de bens imóveis), temática primeira do nosso estudo e, à qual, cuidaremos especial atenção.

3.3. Promessa bilateral assinada por um só dos promitentes

Uma vez estabelecida a existência de um contrato, corporizado nas declarações das partes, e preenchendo, estas, os elementos essenciais do tipo legal, cumprirá indagar das consequências de um possível vício de forma do contrato na validade/nulidade do negócio.

A promessa bilateral que tem por objeto um acordo – para o qual a lei exige *documento, quer autêntico, quer particular* - deve ser reduzida a escrito e assinada pelas partes, à luz do art. 410.º, nº 2, do CC. Ambas integram no documento as suas declarações de vontade e ambas o subscrevem, assinando-o.

Pode suceder que as duas partes se obriguem, mas apenas uma venha a subscrever o documento^{27 28}. A doutrina e a jurisprudência partilham a conclusão de que, faltando a assinatura de um dos contraentes, o contrato é nulo, por vício de forma (art. 220.º CC). Nulidade que, à falta de disposição expressa em sentido contrário, é de conhecimento oficioso do tribunal²⁹.

Associada a esta problemática e dependente da resposta que se lhe dê, está a amplitude da consequência jurídica daí extraída, leia-se invalidade total – sem possibilidade de aproveitamento - ou invalidade parcial – com eventual conservação da obrigação do promitente subscritor. As implicações mourejam por relevância.

²⁶ À luz da autonomia da vontade as partes podem celebrar um negócio jurídico plurilateral de que é exemplo a promessa de constituição de sociedade, de consórcio ou de associação em participação, quando em causa está a vinculação de mais do que dois sujeitos, neste sentido veja-se Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos II, Conteúdo, Contrato de Troca*, Coimbra 2007, pp.41 e ss.

²⁷ O que não se confunde com o estabelecido no art. 458 do CC relativo à Promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida. Como reflete Inocência Galvão Telles, Ob. cit. *Direito das Obrigações*., p. 108, o art. 458 trata de uma declaração unilateral e não de contrato, e portanto, não se põe sequer o problema da assinatura do destinatário.

²⁸ Conexa mas de ordem distinta apresenta-se a questão de contrato-promessa celebrado através de dois documentos. *Nas promessas bilaterais de compra e venda as assinaturas dos promitentes podem incluir-se em documentos recíprocos ou paralelos, mas para que tal releve é necessário que se alegue no local próprio*, apud Almeida Costa, RLJ Ano 119º, pág. 320; Ac. STJ de 12-03-96, CJSTJ Ano IV, I, p. 141.

²⁹ Neste sentido, aponte-se o Ac. do STJ de 4-12-79, in Boletim do Ministério da Justiça nº. 292, Janeiro de 1980, p. 352 e ss., por semelhante fundamento, ver acórdão do mesmo Tribunal de 25-02-72, in Boletim do Ministério da Justiça nº. 214, Março de 1972, p. 124, e também o Ac. de 03-06-80, in Boletim do Ministério da Justiça nº. 298, Julho de 1980, p. 284. Em aparente desconformidade com o entendimento firmado e pacífico, surge o Ac. do STJ de 29-11-89, Boletim do Ministério da Justiça nº. 391, Dezembro de 1989, p. 616, o qual dispôs "[...] o conhecimento oficioso da nulidade e a declaração desta por forma total [...] ofendem claramente as regras da boa fé que impõe a manutenção do contrato, ainda que reduzido"; claro que, neste aresto, não se trata, propriamente, de negar o conhecimento *ex officio* da nulidade, mas sim de defender a sua subsistência reduzido.

Caso o contrato-promessa seja *parcialmente* nulo, *reduzir-se-á* a contrato-promessa unilateral, nos termos do art 292.º, do CC.

Caso o contrato-promessa seja *totalmente* nulo *converter-se-á* em contrato unilateral, nos termos do art. 293.º, do CC.

Resulta, desta sorte, quer no primeiro, quer no segundo caso, um contrato unilateral em que apenas o subscritor fica vinculado, assumindo aí a vontade conjetural das partes³⁰ a função de critério de aproveitamento - ou não - do contrato.

O art. 292.º, do CC refere o critério da vontade conjetural quando dispõe:” *não há lugar à redução quando se mostre que o negócio jurídico não teria sido concluído*”.

O art. 293.º, do CC alude ao critério da vontade conjetural quando determina:” *só há conversão quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas teriam querido, se tivessem previsto a invalidade*”.

Face à discórdia instaurada, surgiu o Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/89³¹, que dispôs o que passamos a reproduzir: "*No domínio do texto primitivo do n.º 2 do art. 410.º do CC vigente, o contrato-promessa bilateral de compra e venda de imóvel exarado em documento assinado apenas por um dos contraentes é nulo, mas pode considerar-se válido como contrato-promessa unilateral, desde que essa tivesse sido a vontade das partes*".

Da leitura do assento não transparece, inequivocamente, qual a opção legislativa avançada³².

No sulco de que o Assento consagra a tese da redução, pronunciam-se, entre outros, Almeida Costa e Carvalho Fernandes³³.

À luz da tese de redução comum³⁴ o contrato-promessa padece de uma invalidade parcial, conduzindo, em princípio, à conservação da declaração da parte que assinou o documento. Negócio reduzido à, comum, promessa unilateral (art. 292º do C.C).

³⁰ A vontade real das partes é aquela que tiveram, a vontade conjetural ou hipotética, aquela que teriam tido, se houvessem previsto a invalidade. Apud Nuno Manuel Pinto Oliveira, ob. cit., *Princípios de Direito dos Contratos*, p. 260.

³¹ DR. I série, nº 46, de 23 de Fevereiro de 1990 e que teve a montante dois arestos: o Ac. STJ de 24-4-1972, que proclama a validade do contrato promessa assinado por um só contraente, e o Ac. STJ de 28-5-1985, que afirma a nulidade da promessa bilateral de venda de imóvel subscrito por apenas uma das partes, Gravato Moraes, ob. cit, p.43.

³² É a solução defendida por Pires de Lima e Antunes Varela, *Cód. Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição., p. 378; Almeida Costa, em *Contrato-Promessa*, p. 32, em *Direito das Obrigações*, 5ª Edição., p. 317 e em RLJ. Ano 116-373 e 375 e Ano 119-21; Vaz Serra, R.L.J. Ano 106-127, Ano 108-287, Ano 109-72 e Ano 110-245; Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 1ª Edição, p. 31; Ribeiro Faria, *Das Obrigações*, Vol. I, pp. 256 e 258, Pessoa Jorge, *Das Obrigações*, Vol. I, Edição 1972, p. 263.

Neste sentido Ac. do STJ de 25-03-93, AC do STJ de 12-3-1998.

³³ (RLJ. Ano 125-222) e (RDES, 1993, pág. 185) bem como os Ac. do STJ de 3-11-92, Bol. 421-392, 25-3-93, Bol. 425-510, de 9-1-97, Bol. 463-544 e de 12-3-98, Boletim 475-654, entre outros.

³⁴ A bilateralidade do contrato-promessa, se não fundamenta a nulidade completa, faz presumir que o contraente cuja declaração persiste não teria querido o negócio se tivesse previsto a não vinculação do outro sujeito; e, para ilidir a presunção de indivisibilidade do contrato, é necessária a invocação de factos que permitam a contraprova de que, mesmo sem a vinculação do contraente cuja assinatura está em falta, o

A redução supõe, na verdade, que a causa da invalidade alcance uma parte do ato, sendo válida, em si, a parte sobranete. A invalidade resta circunscrita à parte atingida pelo vício. O negócio jurídico preserva-se, ainda que reduzido à parte não viciada. Tal não sucederá, caso o contraente empenhado na invalidade geral,- leia-se nulidade total-, alegar e provar que o negócio não teria sido concluído sem a parte excluída (art. 292.º do CC)³⁵.

O ónus da prova recai sobre a parte interessada na invalidade geral e não sobre quem ambicione a sua utilização parcial³⁶.

No sentido de que o Assento postula a tese da nulidade integral do contrato- promessa, - não obstante a possível conversão em promessa unilateral-, arvoram as vozes de Antunes Varela, Galvão Telles, Menezes Cordeiro, Ana Prata, entre outros.

No que à conversão respeita³⁷, o ato é todo ele nulo ou anulado. A questão centra-se na possibilidade de transformação ou conversão em ato válido doutro género ou, pelo menos, de conteúdo díspar. O ónus de alegação e prova não recai, então, sobre o interessado na invalidade total tida por assente. Este ónus pertence, antes, ao interessado no aproveitamento do ato, a ele competindo invocar e demonstrar os factos que atestem a pretensão de aproveitamento³⁸, o que não se presume e cuja prova se impõe.

Orientação diferente, mais atual, apresenta Victor J. Vasconcelos Raposo R. Calvete, segundo o qual, se apenas uma das partes estiver confiante na validade do contrato, será de

contrato teria sido celebrado e portanto mantido. Donde, o ónus da prova, quanto à manutenção do contrato, recai sobre a parte interessada na validade parcial do negócio, domínio da redução corrigida. Antunes Varela (RLJ. 119-326 de Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 6ª Edição, p. 61, que corrige a tese anterior, afastando o regime geral da redução previsto no art. 292º do CC.

³⁵ Dando eco aos ensinamentos de Calvão da Silva: "a natureza sinalagmática da promessa de compra e venda exarada em documento assinado só pelo promitente vendedor facilita a este a prova de que não teria concluído o contrato sem a parte viciada, mas não o dispensa da respetiva alegação", atenta a natureza bilateral da promessa. Em todo o caso, não se exclui a possibilidade de alegação que o promitente vendedor abusa de direito, por inegabilidade de forma, ao invocar a nulidade", *Sinal e contrato promessa*, ob. cit., p 55.

³⁶ Afinal é a própria lei que erige o princípio do aproveitamento parcial *Utile per inutile non vitiatur*. A redução do negócio funciona como pedra de toque à manutenção de negócio jurídico parcialmente inválido. Desde que, a parte válida possua autonomia e divisibilidade suficiente para subsistir per si. Chame-se à colação, para efeito elucidativo, o contrato, celebrado com cláusulas contratuais gerais parcialmente excluídas, onde a convenção, uma vez expurgada das cláusulas viciadas, subsiste, vide DL n.º 446/85, de 25-10, comumente designado de RJCCG.

³⁷ A tese de conversão comum parte da ideia de invalidade total, mas com a possibilidade de converter o negócio bilateral em negócio unilateral, desde que o interessado na conversão alegue e prove os requisitos respectivos, nos termos do art. 293º do CC. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 6ª Edição., pp. 98 - 99.

³⁸ A conversão pressupõe uma vontade hipotética das partes, aferida de acordo com os ditames da boa-fé e os demais elementos atendíveis, por referência às circunstâncias concretas da celebração do contrato (António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, páginas 885 e 886 e Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, p. 434). "A conversão só se realiza quando (...) seja de admitir que as partes teriam querido o negócio sucedâneo caso se tivessem apercebido da deficiência do negócio principal e não o pudessem ter realizado com a observância do requisito infringido."

Ac. do STJ de 27-01-2010, Relator: Moreira Camilo, Processo 4221/06.4TBALM.S1."Donde, a conversão de um negócio nulo ou anulado tem de ser requerida pelos respetivos interessados, pois que apenas contende com direitos e interesses de ordem particular, que são os daquele a quem a invalidade total do negócio não interessa" disponível in www.dgsi.pt.

Vide, neste sentido, por todos, Ac. TRP de 07-04-2014, Relator Ana Paula Amorim, Processo n.º 1370/10.8TBPFER.P1 "I- Sendo nulo o contrato- promessa bilateral assinado apenas por um contraente se o não subscritor pretender, apesar disso, que o subscritor fique vinculado perante ele, em termos de unilateralidade, terá, então de promover a conversão do contrato sinalagmático, nulo, numa promessa não sinalagmática, válida. II - O interessado na validade terá de alegar e provar os requisitos gerais do art. 293º do CC. e, designadamente, que o fim prosseguido pelas partes permite supor que elas teriam querido uma promessa unilateral, obrigatória apenas para o signatário, se tivessem previsto a nulidade da promessa bilateral entre si celebrada" disponível in www.dgsi.pt.

recorrer à responsabilidade pela culpa *in contrahendo*³⁹, ou à intervenção da figura do abuso de direito, proibindo uma situação de *venire contra factum proprium*. Se pelo contrário, ambas as partes confiam na validade do contrato, a invocação da sua invalidade formal só pode ser paralisada, em casos absolutamente excepcionais, pelo abuso de direito⁴⁰.

A questão da validade (e da cominação legal da promessa bilateral assinada por um só contraente) revela-se um antigo quesito que tem dividido autores, mesmo antes da publicação do sobredito Assento. Questão que no fundo se mantém – daí o interesse deste apontamento – como se constata pela divergência que ainda grassa. Nesta medida, qualquer que seja a interpretação que possa ser feita, ela denota um índice seguro da autonomia da promessa como categoria *per se*⁴¹.

Ante a leitura extraída do Assento o nosso entendimento propende a aceitar a tese da redução do contrato-promessa. O argumento sistemático e teleológico da lei assim o parecem aconselhar, como, *infra*, se demonstrará.

Atentemos ao disposto no n.º2 do art. 410.º do CC, em particular, e ao regime jurídico do contrato promessa, em geral.

Não vislumbramos disposição que proíba a divisibilidade de um contrato em partes objetivas e independentes entre si.

Outrossim, é o próprio ordenamento jurídico que prevê expressamente a figura dos contratos-promessa unilaterais, onde apenas uma das partes se obriga, mediante a aposição de assinatura, ao cumprimento de certa prestação.

³⁹ *Culpa in contrahendo* é expressão de Lehning, autor da teoria assim denominada que constitui a base para a consagração legal da responsabilidade pré-contratual - *Pulcra quaestio* - assim referida no Ac. do STJ de 13-3-2007, CJ (STJ), XV, 1, pp. 118 e ss.

O art. 227º, nº1. do CC subordinado à culpa *in contrahendo* determina que quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. A responsabilidade prevista no art.227º, nº1, CC. depende dos seguintes requisitos: - uma ação ou omissão dum dos sujeitos da relação jurídica constituída com a assunção de negociações para a conclusão dum contrato; - que essa ação ou omissão íntegra ou represente uma violação de deveres pré-contratuais; - que esse ilícito - violação de deveres pré-contratuais – seja causa adequada da verificação dum dano. No fundo é reconduzível aos pressupostos da responsabilidade civil em geral -contratual - art.798º - e extracontratual - art.483º, ambos do CC.

O art.227º, enquanto expressão ou manifestação concreta dos princípios da confiança e da boa-fé, teve por fonte o art.1337º do CC. italiano, de que o art. 1338º constitui aplicação específica ao determinar que o contraente que conhece (ou devia conhecer) a existência de causa de invalidade do contrato está obrigado a dá-la a conhecer à outra parte no contrato.

V. Ac. do STJ de 6-11-2012, Proc. 4068/06.8TBCSC. LI.S1- 6º Rel. Nuno Cameira, in www.dgsi.pt:

I “- Ao impor a boa-fé como regra de conduta, o art.227º, nº 1, CC., respeitante à culpa na formação dos contratos, estabelece como pressuposto da responsabilidade pelos danos culposamente causados à outra parte, isto é, da obrigação de indemnizar, uma atuação violadora de tal regra, a qual abarca um conjunto de deveres que inclui, entre vários outros, os de informação, de proteção e de lealdade. II - Na previsão desta norma incluem-se, quer a ruptura de negociações, quer a conclusão dum contrato ineficaz, quer ainda proteção face a contratos “indesejados”, designadamente a celebração de um contrato não correspondente às expectativas devido ao fornecimento pelo parceiro negocial de informações erradas ou à omissão do esclarecimento devido”.

⁴⁰ Parafrazeando o autor: "as teses da transformação de um contrato-promessa bilateral, inválido por falta da assinatura de um dos contraentes, em unilateral, quebrando o sinalagma existente entre as suas vinculações, são uma solução parcial num duplo sentido, por um lado, não abrangem todas as implicações do problema (deixando de fora os casos de incumprimento imputável a quem o não assinou); por outro tomam partido a favor de uma das partes contra a outra (uma vez que quem não subscreveu o contrato fica na privilegiada posição de não poder ser obrigado a cumpri-lo — nem a indemnizar por isso — embora possa forçar a fazê-lo quem o assinou — ou possa reclamar dele uma indemnização no caso de não cumprimento)".

⁴¹ Em detrimento da tese autonómica de H. Degenkolb que considerava não existir interesse relevante para justificar a promessa, pois o escopo podia ser conseguido com a inclusão de cláusula acessória.

A tipicidade⁴² não constituirá, por isso, embaraço à teoria da redução, dado que o contrato validado se reduz, nos exatos termos, ao art. 411.º do CC. O que não renuncia, sublinhe-se, à necessidade de consentimento de ambos os contraentes, somente sendo diferente (e, sem dúvida mais oneroso) o *onus probandi* em relação ao contraente vinculado (a outra parte permanece, tão-somente, adstrita a uma opção)⁴³.

Só assim não será se o subscritor não interessado na validade parcial demonstrar que, à falta de vinculação mútua, jamais o ato teria sido concluído⁴⁴.

Desta forma, respeitar-se-ão os critérios de interpretação e integração jurídica previstos no art. 239.º do Código Civil, por um lado, sem menosprezar o princípio da conservação do negócio jurídico, por outro.⁴⁵

Porventura, o pensamento tradicional não concebia um contrato sem surgirem pelo menos duas vontades interpenetradas diante um dado objeto. A hermenêutica clássica doutrina o contrato como negócio jurídico necessariamente - e ao menos - bilateral, com conteúdos distintos, no limite até opostos, mas que se afinam ou coadunam reciprocamente⁴⁶.

Hoje afigura-se incontornável a existência de contratos (-promessa) de natureza bilateral, não obstante qualquer das declarações negociais que o formam constituírem objeto de negócio jurídico autónomo.

A tese que expomos parece-nos, por tudo, a única capaz de abrir solução à razão mais reta que o problema admite - pragmatismo que reluta ao teórico, mas que não pode deixar desinteressado o aplicador do direito. Negá-la será escancarar argumentos ao cariz conceptualista - de raiz positivo-voluntarista, que fez carreira em Savigny⁴⁷ – enclausurando, conseqüentemente, um pensamento referenciado a uma realidade concreta, de prevalência do válido, ainda que parcial, pelo inválido, sistemático.

Donde, devemos anuir a noção de nulidade parcial do contrato-promessa bilateral, por falta de assinatura de um contraente, enquanto conclusão de duas premissas: (i) a

⁴² O princípio da tipicidade relativo aos negócios unilaterais constituiu, para doutrinas passadas, um obstáculo à admissão da conversão e redução por falta de forma. Vide Ac. do STJ de 2-07-74, RLI, ano 108, 1975/1976.

⁴³ A promessa unilateral atribui ao não promitente uma pretensão de celebrar o contrato prometido, ao passo que o pacto de opção deriva um direito potestativo à aceitação e manutenção da proposta contratual. O pacto de opção é um contrato atípico, sem regulamentação específica no código civil, apresentando, não obstante, algumas similitudes com a promessa unilateral, ora em análise. Assim, apenas o concedente se vincula à obrigação de contratar (tal como o obrigado em sede de promessa unilateral), do lado oposto, o optante (e o promissário) dispõe de plena liberdade quanto à decisão de celebrar, ou não, o contrato.

Porém, para a conclusão do contrato optativo é apenas necessária a aceitação pelo optante (já a realização do contrato prometido não prescinde de duas declarações negociais). Em caso de incumprimento do pacto de opção, não lhe serão aplicáveis a execução específica, tampouco o regime do sinal. Ver Tiago Soares da Fonseca, *Do contrato de Opção*. Esboço de uma teoria geral, Lisboa, 2001, pp.46 ss.

⁴⁴ Passim, Fernando Gravato Morais, *Contrato Promessa em Geral, Contrato Promessa em especial*, Ob. cit. p.51.

⁴⁵ Ac. do STJ de 21-11-2006, Relator Borges Soeiro: "a lei Portuguesa reconhece o favor contractus e assim o princípio da conservação do negócio jurídico, enfatizando a preferência legal pela validade, mesmo parcial de um ato jurídico, à sua invalidade" disponível in www.dgsi.pt.

⁴⁶ Assim ensina M. Andrade *Teoria Geral de Relação Jurídica*, II Volume p. 38.

⁴⁷ Vide Baptista Machado *Introdução ao direito e discurso legitimador*; e *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10ª Edição Karl English.

independência entre os negócios, manifesta no tipo contratual; (ii) mera afetação, pelo vício, da base volitiva – e não qualquer outro elemento intrínseco ou substancial – da declaração⁴⁸. Ademais, e não de somenos importância, só uma visão alicerçada na validade parcial possibilita a articulação diametral da promessa com o regime do *sinal*,⁴⁹

Aqui chegados, somos a enquadrar a problemática no art. 292.º, do CC, em ordem a enfatizar uma presunção legal de redução do negócio jurídico com inversão do ónus da prova (art. 342.º, n.º 2 e art. 350.º, n.º1, do CC)⁵⁰. Com recurso aos ditames da boa-fé (na esteira de Victor Calvete) como orientador de eventuais correções, afinal, a redução é em último reduto uma questão de integração, com aplicação do art. 239º, do CC.

4. Alcance da promessa

4.1. A promessa com eficácia obrigacional

De acordo com o princípio da *relatividade dos contratos* expresso no art. 406.º, n.º2 do CC, os efeitos contratuais estão, por via de regra, limitados às partes⁵¹, não sendo possível os opor eficazmente perante terceiros.

O contrato-promessa não contraria o regime-regra, revestindo, na esmagadora maioria dos casos, eficácia meramente obrigacional, ainda que seja distinta a natureza do contrato definitivo. A comprová-lo, atentemos à sua previsão.

A promessa obrigacional encontra-se regulada para múltiplas situações, como resulta da interpretação à *contrario sensu* do art. 413.º, do CC.

A eficácia obrigacional da promessa traduz-se, assim, na possibilidade de *execução específica* (art. 830º, do CC) do contrato, por banda do promitente não faltoso, caso se constate uma situação de incumprimento temporário⁵².

⁴⁸ “Não é de excluir à priori, automática e sistematicamente, a possibilidade de o contrato querido como bilateral valer como promessa unilateral do promitente que assina, pois a não obediência de forma atinge só a declaração negocial do outro contraente- o que acarreta como consequência direta, imediata e necessária, apenas a nulidade de vinculação deste a contratar”, apud Calvão da Silva, *Sinal e contrato Promessa*, ob. cit., pp.50 e ss.

⁴⁹ Assim também Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, Ob. cit. pp.222 a 224

⁵⁰ Na esteira de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Ob. cit. p. 391 e ss.; Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 1990, pp. 257, Fernando Gravato Morais.

⁵¹ AC de RE de 21-01-88 “Em todo o caso, o contrato-promessa impõe-se erga omnes, no sentido de que todos têm de reconhecer a sua eficácia entre as partes”, *CJ 1988*, I, p. 260.

⁵² Temática que desenvolveremos adiante, ver Capítulo II.

A tutela obrigacional não protege o promitente de uma venda posterior a terceiro, ou seja, o ato de disposição não é afectado pela existência de promessa. No limite, será o promitente indemnizado⁵³.

Todavia, acionada a *execução específica*, não se obriga, ainda assim, o promitente a celebrar o contrato prometido, tampouco se verificando o efeito real da transferência da propriedade: obtém-se, antes, uma sentença que substitui a vontade negocial do faltoso⁵⁴.

A esta hipótese acresce uma eventual indemnização moratória⁵⁵. A haver incumprimento definitivo⁵⁶ opera o regime do *signal*, além de outras indemnizações, se porventura existir convenção nesse sentido.

O contrato-promessa é um facto constitutivo de uma relação obrigacional que vincula os promitentes a emitir uma declaração de vontade correspondente ao contrato prometido⁵⁷. O direito de crédito do promitente abrange, em primeira linha, o cumprimento em espécie do contrato e, em segunda ordem, o cumprimento sucedâneo. Noutros termos, a realização da prestação obrigacional a que as partes se vincularam - a celebração do contrato definitivo a que se comprometeram - ou a sua substituição pelo valor indemnizatório⁵⁸.

O promitente-comprador (ou beneficiário da promessa de venda) é, portanto, titular do direito, de natureza creditícia, à outorga do contrato pela outra parte.

De acordo com o princípio da *relatividade dos contratos* expresso no artigo 406.º, n.º2 do CC. os efeitos contratuais estão, por via de regra, limitados às partes⁵⁹ não sendo possível os opor eficazmente perante terceiros.

O contrato-promessa não contraria o regime-regra, revestindo na esmagadora maioria dos casos, eficácia meramente obrigacional, ainda que seja distinta a natureza do contrato definitivo. A comprová-lo, atentemos à sua previsão.

⁵³ A haver celebração de dois contratos-promessa - prevalece aquele que primeiramente for cumprido.

⁵⁴ Concretizando, a promessa anterior com venda posterior a terceiro confere direito a indemnização, mas não a sequela: logo, o ato de alienação não é afetado pela existência da promessa. Perante a celebração de dois contratos-promessa prevalece aquele que primeiramente for cumprido.

⁵⁵ Desde que, alegada e provada a existência de danos provocados pelo atraso na execução do contrato, art. 798º e ss do CC

⁵⁶ AC do STJ de 13-09-2012, Relator Serra Baptista: *A resolução do contrato-promessa, por via da lei, só poderá ocorrer se estivermos perante uma impossibilidade culposa do cumprimento da prestação ou se houver um incumprimento definitivo (art. 808.º e 801.º, n.º 2 do CC). Não podendo, assim, o credor resolver o contrato em consequência da simples mora do devedor. 2. Haverá incumprimento definitivo, além do mais, por via dos mecanismos previstos no art. 808.º do CC, ou seja, pela ultrapassagem do prazo suplementar razoável fixado na interpelação admonitória feita pelo credor da prestação em falta ou pela perda objetiva do interesse, por banda deste, na celebração do contrato prometido, em consequência da mora do faltoso. 3. Não obedecendo a determinação da perda do interesse do credor a qualquer normativo legal, não tendo a mesma de ser feita na base de uma norma de direito aplicável, mas sim com apelo à valoração efetuada pelo homem comum, pelo comum das pessoas, constitui a mesma determinação da matéria de facto., in www.dgsi.pt, consultado em 24-10-2014.*

⁵⁷ Os efeitos decorrentes da promessa arrogam, sempre, natureza obrigacional, mesmo quando aquela seja tida como real Oportunamente debruçar-nos-emos sobre a distinção conceptual.

⁵⁸ O direito é concedido para garantia do crédito daquele contraente mas o seu crédito abrange quer a prestação que não foi cumprida - que ele pode e deve exigir através da execução específica - quer a indemnização monetária que ele pode preferir e que funciona de sucedânea daquela.

⁵⁹ AC de RE de 21-01-88: "Em todo o caso, o contrato-promessa impõe-se erga omnes, no sentido de que todos têm de reconhecer a sua eficácia entre as partes", in *CJ 1988*, 1, p. 260.

A promessa obrigacional encontra-se regulada para múltiplas situações, como resulta da interpretação à *contrario sensu* do art. 413.º do CC.

A eficácia obrigacional da promessa traduz-se, assim, na possibilidade de execução específica (art. 830.º do CC) do contrato, por banda do promitente não faltoso, caso se constate uma situação de incumprimento temporário⁶⁰.

A tutela obrigacional não protege o promitente de uma venda posterior, a terceiro, ou seja, o ato de disposição não é afetado pela existência de promessa. No limite será o promitente indemnizado⁶¹.

Todavia, acionada que seja a *execução específica*, não se obriga, ainda assim, o promitente a celebrar o contrato prometido, tampouco se verifica o efeito real da transferência da propriedade: obtém-se, antes, uma sentença que substitui a vontade negocial do faltoso⁶².

A esta hipótese acresce uma eventual indemnização moratória⁶³. A haver incumprimento definitivo⁶⁴ opera o regime do *signal*, e outras indemnizações se porventura existir convenção nesse sentido.

4.2. A promessa com eficácia real

4.2.1. Requisitos substanciais e formais

As partes podem atribuir eficácia real à promessa de transmissão ou constituição de direitos reais - de gozo ou de garantia⁶⁵ - sobre bens imóveis ou bens móveis sujeitos a registo mediante declaração expressa.

⁶⁰ Temática que desenvolveremos adiante, ver Capítulo II.

⁶¹ A haver celebração de dois contratos-promessa - prevalece aquele que primeiramente for cumprido.

⁶² Concretizando, a promessa anterior com venda posterior a terceiro confere direito a indemnização, mas não a sequela: logo, o ato de alienação não é afetado pela existência da promessa. Perante a celebração de dois contratos-promessa prevalece aquele que primeiramente for cumprido.

⁶³ Desde que, alegada e provada a existência de danos provocados pelo atraso na execução do contrato, art. 798º e ss do CC.

⁶⁴ AC do STJ de 13-09-2012, Relator Serra Baptista: “A resolução do contrato-promessa, por via da lei, só poderá ocorrer se estivermos perante uma impossibilidade culposa do cumprimento da prestação ou se houver um incumprimento definitivo (arts. 808.º e 801.º, n.º 2 do CC). Não podendo, assim, o credor resolver o contrato em consequência da simples mora do devedor. 2. Haverá incumprimento definitivo, além do mais, por via dos mecanismos previstos no art. 808.º do CC, ou seja, pela ultrapassagem do prazo suplementar razoável fixado na interpelação admonitória feita pelo credor da prestação em falta ou pela perda objetiva do interesse, por banda deste, na celebração do contrato prometido, em consequência da mora do faltoso. 3. Não obedecendo a determinação da perda do interesse do credor a qualquer normativo legal, não tendo a mesma de ser feita na base de uma norma de direito aplicável, mas sim com apelo à valoração efetuada pelo homem comum, pelo comum das pessoas, constitui a mesma determinação da matéria de facto”, in www.dgsi.pt, consultado em 24-10-2014.

⁶⁵ *Direito real como um direito absoluto e inerente a uma coisa corpórea, que permite ao seu titular determinada forma de aproveitamento jurídico desta.* Matéria que extravasa o nosso objeto de estudo vide para o efeito Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 2013,4.ª Edição, Almedina.

Direitos Reais de gozo: a propriedade (e propriedade horizontal), o usufruto, o uso e a habitação, o direito de superfície, servidões, direito real de habitação periódica. Direitos reais de garantia: o penhor, a hipoteca, o direito de retenção.

Em prol da certeza e segurança jurídica exige-se uma declaração expressa (art. 413.º n.º1 do CC), não relevando, para o efeito, qualquer manifestação tácita, nos termos do art. 217.º do CC.⁶⁶

À redução a escrito cumula-se a necessidade de formalismo adicional - no caso de promessa respeitante à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir. Que conste de escritura pública ou de documento particular autenticado (art.413.º,n.º2,1ª parte do CC) - salvo o estipulado em lei especial.

Quando não se exija essa forma para o contrato prometido será suficiente o documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante o contrato seja unilateral ou bilateral, respetivamente (art. 413.º n.º2,do CC).⁶⁷

Ademais, soma outra exigência, a inscrição da promessa em registo (art. 413º n.º1do CC), enquanto *consolidativo* nos termos gerais ⁶⁸, para efeitos de publicidade (art. 413.º,n.º1 do CC).

⁶⁶ São múltiplos os meios admitidos para a declaração negocial, leia-se, qualquer processo de expressão direta ou indireta de vontade é, em tese geral, relevante. Todos os meios de comunicação do pensamento são admitidos como forma de manifestação do consentimento Apud, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I.

Entende-se por declaração negocial o comportamento que, exteriormente observado cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial, art.217.º do CC Expressa a declaração que tem por fim a comunicação de um certo conteúdo. Por sinal oposto, há declaração tácita quando está implícita num determinado comportamento.

v.g., Ac do STJ de 22-9-2005, Proc. 05B2177, Relator Oliveira Barros: “I - *As declarações expressas, finalisticamente dirigidas à expressão ou à comunicação de um certo conteúdo, são meios diretos de expressão, enquanto as declarações tácitas, como compreensão de um sentido ou de um conteúdo implícito num comportamento, são meios indiretos de expressão. II - Quando a lei obriga a uma declaração expressa é, em geral, de entender que quis referir-se a uma declaração que não se preste a dúvidas, ou seja, particularmente explícita e segura. III - A subscrição e entrega de cheque não integra ou constitui meio direto - frontal, imediato - de expressar outra qualquer vontade que não seja a de assumir a obrigação cambiária assim titulada - não também a de o subscritor se obrigar pessoalmente para além disso mesmo*” disponível in www.dgsi.pt.

AC do STJ de 22-6-2006, Proc. 06B1272, “I - *Desaparecido o promitente-vendedor, deixando a obra parada e por concluir a fração objeto de contrato-promessa de compra e venda, ainda quando aceite a marcação da escritura sem a licença de habitabilidade (que só poderia ser emitida depois da conclusão do prédio), essa marcação seria absolutamente inútil. II - É de entender como recusa de cumprimento atitude inequivocamente demonstrativa de que não se pode, ou não se quer, cumprir; e a recusa de cumprimento equivale a incumprimento definitivo. III - Não concluído o prédio no prazo por fim indicado pelos promitentes-compradores, o facto de o promitente-vendedor ter deixado a obra parada e ter desaparecido constitui comportamento que revela recusa de cumprimento, que, por sua vez, importa incumprimento definitivo do contrato. IV - Só assim não sendo quando a lei exija para esse efeito o recurso a juízo, como faz, v.g. , em relação ao contrato de arrendamento urbano (cfr. art.63º, n.º2º, RAU), para que se opere a resolução do contrato, basta simples declaração à contraparte nesse sentido, conforme art.436º, n.º1º, CC. V - Dado que exigência do sinal ou da indemnização atualizada constitui declaração tácita de resolução do contrato-promessa, a própria citação para ação em que tal se peça envolve necessariamente declaração de resolução do contrato por parte do demandante. VI - Por consequência, seja essa exigência extrajudicial ou judicial, e mesmo que, neste último caso, só se mostre levada ao conhecimento da contraparte com a citação para a ação, não caberá, propriamente, ao tribunal declarar a resolução do contrato-promessa, mas sim, e apenas, apreciar a validade e eficácia da resolução operada pela parte mediante comunicação efectuada, quando não antes disso, ao menos com a citação para a ação, ou com notificação nela realizada” disponível in www.dgsi.pt*

⁶⁷ Se, por seu turno, o contrato for particular basta a “*indicação feita pelo signatário, do número, data e entidade emitente do respectivo bilhete de identidade ou documento equivalente emitido pela autoridade competente de um dos países da União Europeia ou do passaporte*”, art. 2º do DLn.º 250 n/96 de 24 de Dezembro.

⁶⁸ O Professor Menezes Leitão entende o contrato promessa com eficácia real sujeito a uma forma mais solene, uma vez que é exigida escritura pública e o respectivo registo. Neste sentido, Oliveira Ascensão, *Reais*, pág.562-563.. Cfr. art.2º., n.º1, al.f) CRP “ está sujeita a registo a promessa de alienação ou oneração se lhe tiver sido atribuída eficácia real”.

AC. do STJ de 15-10-1998, proc. 618/98, in SATJ, ano 1998: O registo provisório tem um período de vida limitado, nos termos do preceito contido no n.º4 do art.92º CRP. Convertido que seja, em definitivo, conserva a prioridade que tinha como provisório – n.º2 do art. 6º. Mas expirado que seja esteja aquele prazo, sem se ultrapassarem em, em termos de regras de registo, as dificuldades ou dúvidas então existentes, ele caduca, por força daquele n.º4.

A inobservância - de um - dos requisitos elencados despoleta a invalidade, *maxime* inexistência, do contrato-promessa com eficácia real. Valendo, em princípio, como promessa com eficácia obrigacional.⁶⁹

4.2.2. Significado da promessa real

Os direitos de crédito, nascidos do contrato-promessa, vêm - com a inscrição no registo - a eficácia ampliada. São oponíveis *erga omnes*⁷⁰. Direitos que semelham, no essencial, aos que derivam da promessa obrigacional mas com a singularidade, substancial, de a respetiva inscrição se impor a terceiros (art. 406.º, n.º 2 do CC)⁷¹.

A promessa real atribui aos promitentes uma tutela reforçada que se traduz na primazia sobre todos os demais direitos - pessoais ou reais, respeitantes ao mesmo objeto - não registados previamente⁷². Tudo se passando como se a alienação ou oneração se tivesse efetuado na data em que a promessa foi registada⁷³.

A aquisição feita por terceiro será, portanto, ineficaz - ineficácia relativa⁷⁴ - em relação ao promissário, que pode exigir o cumprimento (execução) específico do seu direito à celebração do contrato prometido, nos termos do art. 830º do CC.

A execução específica, art. 830.º do CC), consiste numa sentença judicial que substitui a declaração negocial do promitente faltoso⁷⁵. No plano funcional equivale a uma ação de cumprimento, não obstante, enquanto esta se dirige à condenação do devedor no adimplemento da prestação, aquela, produz, imediatamente, os efeitos da declaração negocial.

É a execução funcional da promessa, o resultado prático do cumprimento - independente e mesmo contra a vontade do devedor.

⁶⁹ Calvão da Silva, ob. cit. *Sinal e contrato promessa*, pág.21.

Neste sentido Ac do TRC de 15-01-2013, Relator. Henrique Antunes, Proc. 511/10.0TBSEI-E.C1, disponível in www.dgsi.pt
⁷⁰ cfr., art. 5.º do CRP. O mesmo não se estatui para o registo provisório por natureza, art.47º n.º3 CRP e art.92º, n.º 1, al. G) CRP, a menos que, este se converta em definitivo. Conservando, assim, a prioridade que tinha como provisório, nos termos do art.6.º, nº 1 e 3 CRP.

⁷¹ Sobre o conceito de terceiro, ver Vaz Serra, *Efeitos dos Contratos*, n.º2 (Bol., n.º74).

⁷² Ver sobre o ponto Almeida Costa, Anotação ao AUJ n.º4/98, de 5/11, RLJ, ano 131º, p. 244.

⁷³ À contrario, o registo anterior sobre o mesmo objecto é oponível ao promissário real posterior.

⁷⁴ Cfr. art.º 6 do CRP. A ineficácia opera para o futuro.

⁷⁵ AC. do STJ 02-04-2014, relator Alves Velho, proc. 360/09.8TCGMER.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 28-10-2014:
O efeito jurídico típico da acção é, conforme estabelece a norma de direito substantivo que reconhece o direito (art. 830º-1 C. Civil), a obtenção de sentença que produza os efeitos da declaração negocial do contraente faltoso, em execução específica ou forçada da obrigação de celebrar o contrato, gerada pelo contrato-promessa, ou seja, no caso, sentença em que o juiz, substituindo-se ao contraente incumpridor, declare vendidos a quem encabece a titularidade dos direitos do promitente-comprador os bens que constituem o objecto mediato do contrato-promessa. Esta declaração tem, porém, um conteúdo e âmbito pré-definidos, que não-de corresponder, naturalmente, ao das obrigações livremente assumidas no contrato-promessa cuja execução forçada se peticona. O direito de ação/legitimidade substantiva da execução específica cabe, em princípio, ao outorgante do contrato-promessa que se confronta com a falta de cumprimento espontâneo da outra parte, em quem se radica a legitimidade passiva.

O direito à celebração do contrato definitivo logra, assim, exercício através de uma ação declarativa constitutiva, cujo afastamento - seja por convenção expressa ou tácita (*sinal e cláusula penal*)⁷⁶ - se revela impossível, sob pena de nulidade⁷⁷.

Ademais, a alienação da coisa não obsta o recurso à execução, em ordem a prevalecer o direito do promitente-comprador sobre a aquisição de terceiro⁷⁸.

4.2.3. Natureza da promessa real

Em caso de incumprimento da promessa de oneração ou alienação - a mais comum das promessas - por banda do alienante, cumpre perguntar se assistirá ao promitente um direito real efetivo, com soberania e sequela, sobre a coisa objeto do contrato prometido. Ou, ainda, se o seu poder assenta no direito de natureza creditória inicial com eficácia expandida face à resultante de relação obrigacional.

A doutrina não é unânime quanto à forma de exercício e natureza do direito derivado de uma promessa dotada de eficácia real.

Grande parte da doutrina nacional - entre muitos Mota Pinto⁷⁹ - entende tratar-se de um direito real de aquisição, o direito do promissário convertido num direito real (de aquisição) que lhe permite obter junto do Tribunal uma sentença constitutiva que preencha a declaração do promitente faltoso.

Em abono da tese, aponte-se a impossibilidade de afastamento da execução específica, não tolhida ante a promessa sinalizada, nem mediante a estipulação de cláusula penal. Com efeito, esse direito- o do promissário - mantém-se mesmo quando o promitente onera ou aliena a coisa a outrem. É este poder imperativo arvorado pelos efeitos reais a que muitos autores concedem a natureza de *ius in re*⁸⁰.

Distintamente, outros Autores, não reconhecem à execução específica, ainda que imbuída da amplitude que o art.º 413º, do CC atribui, a virtualidade de direito real.

⁷⁶ Passim, Gravato Morais, ob. cit., *contrato-promessa em geral* (...), p.60.

⁷⁷ Haverá execução específica mesmo que exista sinal passado ou cláusula penal. Henrique Mesquita, ob. cit. p. 242.

⁷⁸ Somos a concordar com Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ônus*, e Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa* no entendimento de que o promissário deve instaurar ação contra o promitente, a execução específica da promessa, opondo ao terceiro adquirente o direito real que o contrato prometido lhe confere. Em coligação contra o promitente e o terceiro adquirente, Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações. Introdução da Constituição das Obrigações* 11ª Edição, Coimbra, 2014, p. 221.

⁷⁹ Na mesma senda, Galvão Teles, *Obrigações*, P. 149, Oliveira Ascensão, *Reais*, p. 567, Menezes Cordeiro, *Obrigações*, 2ª Edição, p.475 e Carvalho Fernandes, *Direitos Reais*, p.169.

⁸⁰ Galvão Teles, Ob. cit. p. 132.

O direito do promissário conserva a natureza creditícia, com a especificidade de uma oponibilidade estendida a outros direitos, com ele incompatíveis e de data posterior à sua inscrição no registo, assim considera Antunes Varela⁸¹.

Os considerandos desta posição passam, no essencial, pela certeza de o registo não possuir efeito constitutivo de direito mas de mera oponibilidade. Logo, a inscrição não atesta, só por si, a qualificação de um direito registado como real.

A distinção conceptual ultrapassa o mero interesse teórico, assumindo relevância prática de sumo interesse. Senão vejamos.

Assumir a eficácia real da promessa como um direito real de aquisição - na esteira de Mota Pinto - significa, por consequência, cunhar sob o signo de invalidade ou ineficácia todos os negócios celebrados em oposição à promessa.

Pelo contrário, se vislumbrarmos a eficácia real como domínio da oponibilidade, só a retroatividade que a eficácia real confere à eventual execução específica da promessa pode afetar o efeito daqueles atos jurídicos posteriores ao registo.

Em nosso entendimento, a promessa dotada de eficácia real não reveste a natureza de *direito real* (de aquisição). Não nos repugna que o sentido basilar da promessa real seja garantir o direito do promissário contra atos de oneração ou alienação da coisa a favor de terceiro. Só assim se compreenderá, com evidência, que a execução específica, uma vez registada a promessa, subsista para lá dessa oneração ou alienação.

Todavia, não colhe aceitação o enquadramento conceptual da figura, ora em análise, no regime dos direitos reais.

O direito que nasce, com a eficácia real, é simplesmente o de obter - sempre - o cumprimento coercitivo do contrato prometido através de uma decisão do tribunal. Mediante a *execução específica*, o promissário não se arroga titular de um *ius res* (incidente sobre a coisa), mas de uma prestação devida (incidente sobre um sujeito contratual)⁸².

O registo não transfigura direitos, apenas lhes ampliando os efeitos.

Os contratos dotados de eficácia real (art 413.º, do CC) constituem uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos, insito no art 406.º, do CC. Nesta situação, o próprio conteúdo do contrato é oponível a terceiros sem que com isso se esteja perante um direito real,

⁸¹ Antunes Varela, *Contrato-Promessa*, p. 61, Almeida Costa, *Obrigações*, pp. 129 e 412, Pessoa Jorge, *Obrigações I*, p. 1856, Henrique Mesquita, *Obrigações Reais*, p. 252 e ss. e Santos Justo, *Direitos Reais*, pp. 455-456.

⁸² Henrique Mesquita, *Contrato Promessa com eficácia real modo de exercício e natureza jurídica do direito do Promissário*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer- Correia, II, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Número especial, Coimbra, 1989, pp. 792 e ss.

sob pena de invertermos os alicerces de um sistema de direitos reais alicerçado na usucapião, e não no registo⁸³.

Por tudo, o direito do promissário real tem natureza creditícia, mas com uma eficácia *equiparada à dos direitos reais*⁸⁴.

⁸³ Como ilustra Oliveira Ascensão: “A usucapião constitui o fundamento primário dos direitos reais na nossa ordem jurídica, não podendo esquecer-se que a base de toda a nossa ordem imobiliária não está no registo mas na Usucapião.”

⁸⁴ Henrique Mesquita, *Obrigações e ónus Reais*, Ob. cit. pp. 253, n°189.

CAPÍTULO II – REGIME LEGAL

1. Nota introdutória

O contrato-promessa remonta já ao Código de Seabra, art.1548.º do mencionado livro de Leis. Contudo, à data, o seu regime jurídico estava circunscrito a promessas mútuas de compra e venda, situação que a própria realidade cuidou desenvolver.

A reiterada utilização do contrato-promessa, motivou a consagração, no CC de 1966, de um regime geral para o negócio jurídico em estudo. O qual, não tardou a ser alvo de alterações legislativas, fruto da necessidade de proteção e tutela de promitentes-compradores.

Recorrendo aos ensinamentos de Calvão da Silva: *“O panorama económico e social caracterizava-se por um pico na construção de habitação e na subida das taxas de inflação, o que gerou um aumento exponencial de construções clandestinas. Acresce que, os promitentes-vendedores, após entrega de sinal e traditio da coisa para os beneficiários das promessas, incumpriam os contratos-promessa, obrigando famílias inteiras a abandonar a imóvel objeto da promessa⁸⁵”*.

Destarte, impunha-se, como inadiável, uma reforma legislativa ao regime do contrato-promessa, o que veio a suceder com o DL n.º 236- 80, de 18 de Julho, cuja finalidade maior passou por redefinir o equilíbrio contratual das partes, com enfoque para o promitente-adquirente reduzir as construções clandestinas e colocar um freio à então tendência de resolução destes contratos se puramente especulativos.

En passant, mencionaremos algumas das linhas de regulamentação legal, cujo conteúdo se analisará, doravante:

O contrato promessa encontra-se hoje regulado nos arts. 410.º a 413.º, 441.º, 442º, 755.º, n.º1, al) f), e art. 830.º, todos do CC. Pese embora a inegável autonomia entre os dois contratos em apreço (contrato promessa e contrato prometido),- autonomia confirmada pela eficácia obrigacional que, por regra apresenta, mesmo quando é real⁸⁶, a eficácia do contrato definitivo - a lei sujeitou o contrato promessa ao regime do contrato prometido, consagrando o denominado *princípio da equiparação* (art. 410.º n.º1 do CC).

⁸⁵ Ob. cit., *Sinal e Contrato-Promessa*, pp. 218 e ss.

⁸⁶ De que são exemplo a compra e venda, trespasse, cessão de quotas - ou meramente obrigacional - locação, sociedade, mandato, trabalho.

2. Disposições legais relativas ao contrato prometido

Nos termos do art. 410º, n.º 1 do CC: “À *convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, excetuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa*”.

Eis o *princípio da equiparação* ou o *princípio da correspondência* entre o contrato promessa e o contrato prometido.

A realidade prática é composta, na sua esmagadora maioria, por promessas de celebração de um contrato. O que por si justifica a formulação genérica, voltada para a regra, que o preceito transcrito apresenta. O regime do contrato-promessa será, por via de regra, o do contrato prometido. Pelo que, ser-lhe-ão aplicáveis, as regras gerais dos contratos e as normas específicas do contrato definitivo, os seus requisitos e efeitos⁸⁷.

Das regras dos contratos, em geral, aplicáveis ao contrato-promessa, destacam-se as relativas à liberdade contratual (art. 405.º do CC), à liberdade de forma (art. 219.º do CC), à capacidade, aos vícios da vontade, aos requisitos do objecto - possibilidade, legalidade, licitude, determinabilidade (art. 280.º do CC), à interpretação e à integração, ao cumprimento, à mora e ao incumprimento.

Das normas específicas do contrato prometido aplicáveis, por exemplo, à promessa de venda, salientam-se as que na compra e venda se referem à venda da coisa ou direito litigioso (art. 876.º do CC), à determinação do preço (art. 883.º do CC) à redução do preço (art. 884.º do CC), à venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição (arts. 887.º e ss do CC.), à venda de coisas oneradas (arts. 905.º e ss. do CC), à venda de coisas defeituosas (arts. 913º e segs do CC.), à venda de coisas futuras (arts. 880.º e 893.º do CC) e à venda do direito de habitação (arts. 1484.º e 1488.º do CC).

A extensão de regime, operada pelo princípio da equiparação, não é, contudo, absoluta, ostentando duas relevantes exceções: i) As disposições relativas à forma e ii) As disposições que pela sua razão de ser não devam considerar-se extensivas ao contrato-promessa;

⁸⁷ “I - Sendo inquestionável que o preço é um elemento essencial do contrato de compra e venda - Cfr. art. 874.º, n.º 1, do CC. -, e portanto, também, da promessa unilateral de venda, já a cláusula relativa à fixação do preço não é elemento essencial, nem daquele contrato nem do correspondente contrato-promessa. A própria lei admite a indeterminação do preço na compra e venda, posto que o mesmo seja determinável (art. 280.º, n.º 1, do CC)” – Ac. do STJ 13-12-2007, P.º 07A3708, Relator Rui Maurício, www.dgsi.pt

3. Disposições legais relativas à forma

No que à primeira exceção comporta (art. 410.º, n.º 2 do CC) nem sempre os requisitos de forma da promessa semelham aos do contrato definitivo⁸⁸.

O contrato promessa está sujeito ao regime geral da liberdade de forma, ínsito no princípio da *consensualidade* (art. 219º do CC). Donde, o contrato é válido independentemente da constatação de quaisquer formalidades.

Não obstante, quando a lei estipula a observância de forma escrita, *maxime* documento particular ou autêntico⁸⁹ para o contrato definitivo, a promessa só será válida se constar de documento escrito assinado pela parte que se vincula (promessa unilateral) ou, por ambas (promessa bilateral). A exigência da assinatura constitui uma imposição legal para o contraente que se vincula à celebração do contrato definitivo, bastando uma manifestação informal por banda do promissário⁹⁰.

Ou seja, exigindo a lei documento para o contrato definitivo, a promessa apenas valerá se for, também ela, documentada.

Ainda que, saliente-se, a natureza do documento não seja par.

A título de exemplo indicamos a mais comum das situações - promessa de venda de imóvel – a qual constitui, uma exceção à *consensualidade* regra. A lei sujeita a documento autêntico o contrato definitivo (escritura pública de venda, art. 410.º n.º 2 do CC) que fora prometido em documento particular.

O que por si só permite ostentar, de forma nítida, o carácter distinto da *promessa* face ao seu objecto (a convenção prometida).

3.1. Forma específica de certas promessas

3.1.1 A solenidade acrescida prevista no art. 410.º n.º 3 do CC

⁸⁸ AC da RG de 18-10-2007, P.1511/2007, CDJ., 2007, IV 295” IV- *Atento o princípio da equiparação do contrato-promessa ao contrato prometido, o promitente-comprador pode cumular o pedido de execução específica com o pedido de eliminação de vícios da coisa objeto da promessa.*

Se não requerer a execução específica não pode exigir a reparação de defeitos” disponível in www.dgsi.pt
AC da RP de 13-01-1998, BMJ 473-560:”*O contrato promessa de compra e venda de parte especificada de fracção autónoma não é nulo por força do disposto nos art.280º, n.º1 e 401º,n.º 1, do CC, em virtude de se tratar de mera promessa de venda a que não é aplicável a proibição legal própria do contrato prometido, por ser possível obter autorização administrativa e dos condóminos para aquela desanexação*” disponível in www.dgsi.pt

⁸⁹ O código do Notariado (art.35º) fornece a noção de documentos autênticos, autenticados e particulares. Os primeiros são os documentos exarados pelo notário nos respectivos livros, ou em instrumentos avulsos, e os certificados, certidões e outros documentos análogos por ele expedidos. Todos os demais, incluindo os autenticados, são particulares – sendo os autenticados os documentos particulares confirmados pelas partes perante os notários.

⁹⁰ Formalidade *ad substantiam* cuja a sua falta acarreta nulidade (art.220º do CC).

Pode aferir-se, que o sistema normativo atual é composto por duas promessas, funcional e estruturalmente diferentes, estando uma delas, com cunho de simplicidade formal – a promessa (*legalmente*) *típica ou pura e (socialmente) atípica*⁹¹ com marca de provisoriedade e solução indemnizatória rígida (art.410.º n.º2, art.441.º, art. 830.º n.º1 e 2 e 442.ºn.º2, todos do CC).

Outra, é a promessa (*legalmente*) *atípica ou impura e (socialmente) típica*, é regulada em atenção ao escopo normativo que corporiza, com acentuadas exigências formais (art.410.º, n.º3 do CC) garantida pelo direito à execução específica (art.830.º,n.º3 e 4, art.755º,n.º1,al) f) e art. 562.ºdo CC).

O art. 410.º, n.º3 do CC consagra um regime especial, no que à forma importa, só aplicável a certos contratos-promessa, conformes aos requisitos do n.º2, art.410º do CC e do n.º3.

Se em causa estiver contrato promessa relativo à celebração de *contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real*⁹² sobre o *edifício*⁹³ (ou de fracção autónoma), já construído em vias de construção ou que vier a ser a construído⁹⁴, o documento escrito necessita de ter o reconhecimento presencial⁹⁵ das assinaturas, bem como a certificação⁹⁶ notarial da existência de licença de utilização ou de construção⁹⁷, nos termos do n.º 3, do art. 410.º do CC.

Assim, por força do art. 220.ºdo CC, o contrato-promessa é, à partida, nulo por falta de forma.

⁹¹ Cfr. José Carlos Brandão Proença, *Do incumprimento o contrato-promessa bilateral, a dualidade execução específica – resolução*, 2ª edição, Coimbra 1996, Almedina, pp. 55.

⁹² Nuno Manuel Pinto Oliveira doutrina uma interpretação extensiva ou uma extensão teleológica, por forma, a subsumirem-se também, os contratos promessa de modificação ampliativa de duração de direitos reais temporários, de que são exemplo o usufruto e o direito de superfície, Ob. cit, p. 265.

⁹³ “*Edifício é uma construção constituída por paredes que delimitam o espaço por todos os lados e por uma cobertura superior (telhado ou terraço) e, normalmente, por paredes interiores*”, Fernando Andrade Pires de Lima, João de Matos Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 1985, p. 195.

⁹⁴ Face os princípios da coisificação e da atualidade, tratando-se de edifícios ainda não concluídos ou de parte deles, só é possível celebrar contratos com eficácia real diferida, ou seja, condicionada ao surgimento físico do imóvel e à individualização jurídica das fracções, Cfr. Art.1º nº 2 do DL n.º281/990, de 26/7.

⁹⁵ O art.º 153º do Código Notariado divisa o reconhecimento simples do reconhecimento com menções especiais. Nos termos do n.º2, o reconhecimento simples é relativo à letra e à assinatura, ou à assinatura do signatário do documento; nos termos do n.º3, o reconhecimento com menções especiais inclui, por exigência da lei ou a pedido dos interessados, a menção de qualquer circunstância especial que se refira a estes, aos signatários ou aos rogantes e que seja conhecida do notário ou por ele verificada em face dos documentos exibidos e referenciados no termo. E ao passo que os reconhecimentos simples são sempre reconhecimentos presenciais, os reconhecimentos com menções especiais podem ser presenciais ou por semelhança, n.º4.

⁹⁶ Cujá falta determina uma invalidade insanável, por oposição à falta de licença de construção ou de utilização do edifício que acarreta uma invalidade sanável.

⁹⁷ Assento de 21-07-1987 (in www.dgsi.pt, consultado em 27-10-2014): “*No domínio de vigência do DL. N.º 46673, de 29 de Novembro de 1965, a falta de licença de loteamento não determina a nulidade dos contratos de compra e venda de terrenos com ou sem construção, compreendida no loteamento*”.

A nulidade por falta de licença de construção ou de utilização é suscetível de sanção ou confirmação, pela posterior exibição. Neste sentido, AC. do STJ 28-02-2008: a nulidade deve considerar-se sanada se não existia à data do CP, mas foi emitida antes da instauração da ação em que se pede a declaração de nulidade do contrato, visto não se mostrem afetados os interesses de terceiros nem o interesse geral de combate à construção clandestina.

As normas que demandam forma solene para a concretização dos contratos revestem interesse público. Pelo que, em abono da segurança do tráfego jurídico, não serão atendíveis negócios efetuados ao arrepio da forma exigida por lei.

Todavia, é hoje pacificamente acolhida a eventual paralisação da invalidade, desde que, o desvio se alicerce no princípio da boa-fé, por forma a evitar um eventual abuso de direito⁹⁸.

O “*modelo da tutela da confiança* enquanto matriz das “*inalegabilidades formais*” consente, tal exceção, ou seja, a constatação de uma atuação ingénua, atuação confiante, por justaposição a uma atuação oportunista, atuação contraditória e atuação dolosa⁹⁹.

A montante pontuam os requisitos gerais, *maxime*, a *situação de confiança*, *justificação para a confiança*, *investimento na confiança*, *imputação da confiança*. A jusante desaguam os específicos requisitos das designadas “*inalegabilidades formais*”.

3.1.2 Cominação da inobservância legal – a nulidade atípica

A inobservância do disposto no art. 410.º n.º3, do CC acarreta a nulidade do negócio jurídico, em concordância com o disposto nos arts. 290.º e 294.º, do CC cuja invocação pertence apenas ao promitente adquirente¹⁰⁰, não sendo de conhecimento oficioso¹⁰¹.

A consequência derivada é uma nulidade *atípica*¹⁰², também designada de *híbrida* ou *mista*, que se mantém à margem - porque mais restritiva - do regime geral plasmado no

⁹⁸ Vide Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, p. 437, Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Edição da AAFDL, II, 92, Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, pág. 532, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 619, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, 2005, I, Tomo IV, p.311, Gravato de Moraes, *Contrato-Promessa em Geral, Contrato-Promessa em Especial*, p. 280. Nos Tribunais, entre outros, os Acs. do STJ de 27-05-2010, processo n.º 148/06.8TBMCN.P1.S1, 29-11-2011, processo n.º 2632/08.0TVLSB.L1, 28-2-2012, processo n.º 349/06.8TBOAZ.P1.S1 e 4.6.2013, processo n.º 994/05.0TBCTNT.C1.S1).

⁹⁹ Pais de Vasconcelos, *Ob. cit.*, p. 620 e ss. Na esteira de Menezes Cordeiro, a imputação da situação de confiança à pessoa a responsabilizar e dificuldade em assegurar o investimento na confiança por outra via.

¹⁰⁰ Ac. do STJ de 29-11-2011 Processo: 2632/08.0TVLSB.L1, Relator Nuno Cameira, disponível em www.dgsi.pt : “I - A falta de reconhecimento presencial das assinaturas dos outorgantes em contrato-promessa a que alude o art. 410.º, n.º 3, do CC., acarreta a invalidade do negócio, sujeita embora a um regime especial que permite qualificá-la como uma nulidade atípica ou mista, invocável a todo o tempo, em regra apenas pelo promitente-comprador – não o é por terceiros nem de conhecimento oficioso pelo tribunal – e susceptível de ulterior sanção ou convalidação. II - A parte final do art. 410.º, n.º 3, do CC. – que diz expressamente que o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão do requisito apontado quando a mesma tenha sido culposamente causada pela contraparte – permite que o promitente-vendedor demonstre a existência duma situação de abuso do direito de arguir a nulidade do contrato-promessa por inobservância das formalidades legais não apenas quando a falta tenha sido intencionalmente causada pelo promitente-comprador que a invoca em juízo, mas também quando o comportamento deste posterior à conclusão do contrato tenha sido de molde, por um lado, a não pôr em questão a validade do negócio e, por outro, a criar na contraparte a fundada confiança de que ele seria integralmente cumprido. III - Comete abuso do direito, sob a forma de *i contra factum proprium*, a promitente-compradora que ao longo de vários meses, até à propositura da causa, agiu sempre como se o contrato fosse inteiramente válido, jamais dando a entender à contraparte, fosse por que modo fosse, que iria servir-se da irregularidade formal do negócio para, com base nela, obter a sua anulação”.

¹⁰¹ Assento de 1-2-1995, publicado em diário da república de 22-04-95: no domínio do n.º3 art. 410.º do CC (redação do DL 236/80): “a omissão das formalidades previstas nesse número não pode ser oficiosamente conhecida pelo tribunal”.

¹⁰² Porquanto, a invalidade mista vislumbra-se como uma espécie combinada, reportada àquelas e não um *tertium genus* apud, Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Professor J.J Ribeiro, Coimbra, III Iurídica, 1983, *Sobre a invalidade do negócio jurídico*. Em sentido distinto, Pires de Lima e Antunes Varela concebem um regime que individualiza, ao lado da nulidade versus anulabilidade, modalidade portadora de laivos comuns a ambas, mas autónoma, a designada invalidade mista.

art.286.^{o103} do mesmo código ¹⁰⁴. O art. 286.º do CC postula que “ *a nulidade do negócio jurídico pode ser arguida por qualquer interessado*”, abrangendo assim, quer os sujeitos da relação contratual - partes - quer os sujeitos estranhos à relação contratual - terceiros.

A nulidade típica configura uma invalidade *automática* (operante *ipse iure*), *absoluta* (invocável entrepartes e por terceiros), insanável (não pode o negócio ser convalidado), ao passo que a anulabilidade típica corresponde a uma invalidade não automática, relativa e sanável.

Pese embora a categorização, no rigor conceptual, nem o carácter absoluto, insanável e automático se assume como imperativo constante da nulidade, nem a feição relativa, sanável e não automática, se reconduz sempre à anulabilidade.

Coexistem, no mesmo código, nulidades sanáveis e anulabilidades insanáveis.

A eficácia, a legitimidade de arguição e o modo de declaração não arrogarão, por isso, a qualidade de elementos *essenciais* ou *estruturais* do instituto.

Com efeito, se a estrutura da nulidade comum denota uma tríplice pureza - arguível a todo tempo, por qualquer interessado, conhecida oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º do CC) - na nulidade *atípica*, não se vislumbram estas notas absolutas, antes apresentando uma certa dualidade – se nos é permitido dizer - que a aparta da nulidade típica para junto do regime da mera anulabilidade.

É o que sucede, na aplicação do art. 410.º n.º3, do CC: a *nulidade* é estabelecida no *interesse do promitente adquirente* - e apenas - e *só por ele arguível*¹⁰⁵ e não por qualquer outro – mas *a todo tempo*. Somos a considerá-la uma anulabilidade (legitimidade e interesse) com caracteres de nulidade (tempo de arguição)¹⁰⁶.

¹⁰³ Por tudo, José Lebre de Freitas, *O conceito de interessado no art. 286º do CC e a sua legitimidade Processual*, in Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pp. 363-386.

¹⁰⁴ Ac do STJ de 14-03-2002, Relator Ferreira de Almeida: “I-*Constituem formalidades “ad substantiam” a necessidade de, num contrato-promessa de compra e venda do prédio destinado à habitação, reconhecimento presencial das assinaturas dos promitentes, bem como a certificação notarial da respetiva licença de utilização ou de construção. II -Isto com vista à proteção da boa-fé do promitente-comprador e ao combate à construção clandestina. III - Só ao promitente-comprador cabe o direito de invocar a perfeição do negócio, não podendo a omissão daquelas formalidades ser invocada por terceiro nem ser oficiosamente conhecida pelo tribunal. IV -Tal preterição integra uma nulidade mista, sui generis ou atípica que tem na base a tutela do específico interesse da proteção do promitente-comprador, cujo regime se aproxima do da mera anulabilidade, designadamente no que respeita ao limite do prazo de arguição*”, in www.dgsi.pt.

¹⁰⁵ Todavia, caso a preterição das formalidades tenha sido culposamente causada pelo promitente-adquirente, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito pode arguir a nulidade do contrato, com fundamento na atuação culposa da outra parte. O texto da lei não distingue o grau ou espécie de culpa, pelo que, é de inferir que qualquer modalidade - negligência ou dolo - pode servir de base à arguição, neste sentido, Almeida Costa in Ob. cit., p. 400 e ss.

¹⁰⁶ Problema distinto é o de cláusula de renúncia prévia à invocação de nulidade. É prática comum a introdução de cláusula com o seguinte teor: “as partes desde já declaram que renunciam a invocar a nulidade decorrente da inobservância das formalidades especiais do n.º3 do art.410º. C”. Cfr. Calvão da Silva, ob cit., p. 77: “*é irrelevante o facto de, previamente ao ato de assinatura dos contratos, as partes por mútuo acordo, dispensarem as formalidades, pois seria nula a cláusula pela qual o promitente-comprador renunciasse antecipadamente, ao direito de invocar a nulidade, para salvaguarda da ordem pública de proteção ou ordem pública social que ditou a norma legal, ou seja, para proteger da própria fraqueza e inexperiência, ligeireza e inadvertência na tomada de decisão temporã, em branco. Estaria aberta a porta para os promitentes-vendedores incluírem nas promessas uma cláusula de estilo e assim sabotar o sentido e fim de uma norma de proteção da parte mais fraca, o consumidor.*”. Sem olvidar, por coerência de sistema, o art. 830º, n.º3 do CC impõe a irrenunciabilidade antecipada do direito de exigir a execução específica.

4. As disposições que pela sua razão de ser não devam considerar-se extensivas ao contrato- promessa

A segunda exceção (art. 410.º, n.º 1, in fine, do CC) demanda uma tarefa interpretativa do regime do contrato prometido, requerendo a análise de suas disposições e a determinação do âmbito respetivo. Uma vez munidos de tal conhecimento sobre o contrato prometido, compreenderemos se estamos em condições de afastar, ou não, a sua aplicação ao contrato-promessa.

A celebração de um contrato-promessa de compra e venda faz surgir um feixe de obrigações para o promitente e promissário. Todavia, esta celebração não transmite a propriedade do objeto sobre que incide. A transferência só ocorrerá - quando e por força da outorga do negócio prometido, a prometida compra e venda - ou pela execução específica da promessa de venda, onde a sentença substitui a declaração de venda¹⁰⁷. Assim, são inaplicáveis à promessa de venda, enquanto não translativa de propriedade, as normas da compra e venda relativas à eficácia real translativa (art. 879.º, al. a), do CC):

O mesmo valerá para a distribuição do risco (art. 796.º, do CC)¹⁰⁸ ou para o afastamento do direito de resolução do contrato por falta de pagamento do preço (art. 886.º, do CC).

Por igual bitola, o facto de o contrato-promessa não produzir efeitos translativos não lhe torna aplicáveis as proibições da alienação de coisa alheia (arts. 892.º e 939.º, do CC) ou parcialmente alheia (arts. 902.º e 939.º do CC) e da venda de coisa comum (indivisa) por um só dos comproprietários (arts. 1405.º e 1408.º do CC)¹⁰⁹.

Outrossim, e por análogo alicerce, não se estende à promessa de venda de bens imóveis, feita por um dos cônjuges sem o consentimento do outro, o disposto no art. 1682.º - A, do CC, que determina: *carece do consentimento de ambos os cônjuges, salvo se entre eles*

O que não é compaginável com a situação de o Promitente-comprador tendo sugerido ao promitente-vendedor a dispensa de formalidades, invocar, mais tarde a sua omissão para arguir a nulidade do contrato. Atuação abusiva, nos termos do art.334.º do CC., exercício ilegítimo de um direito por manifestamente o seu titular exceder os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou fim social ou económico desse direito.

¹⁰⁷ Ac. do STJ 26-06-2014, processo. 2889/08.6TBCSC-B.L1.S1, Relator Granja Fonseca: “*Ainda que o contrato promessa seja com tradição, a aquisição do direito de propriedade pelos mandatários não importa ipso facto a aquisição da posse pelo mandante, já que este apenas não adquire um direito real, mas apenas de crédito*”, in www.dgsi.pt, consultado em 24-10-2014.

¹⁰⁸ A regra consagrada no artigo 796º CC faz coincidir o risco com a transmissão de propriedade e não, portanto, com a entrega da coisa devida. Januário Costa Gomes considera, no entanto, que o artigo 796 é afastado pelo art. 3º, 1, do DL nº 67/2003 que dispõe: “*O vendedor responde perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem lhe é entregue*”. Âmbito da Venda de Bens de Consumo e das Garantias a ela relativas. Ver “*Ser ou não ser conforme, eis a questão. Em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo*”, in CDP, n.º21, 2008, p.15

¹⁰⁹ AC do STJ de 26-05-2009, proc. n.º 97/09.8YFLSB: “*I- A Promessa de venda de coisa alheia é válida, visto o promitente não alienar e apenas se obrigar.*”

vigorar o regime de separação de bens: a) a alienação, oneração, arrendamento ou constituição de outros direitos pessoais de gozo sobre imóveis próprios ou comuns, b) a alienação, oneração ou locação de estabelecimento comercial, próprio ou comum¹¹⁰.

Como analisa Antunes Varela¹¹¹, o contrato-promessa celebrado apenas por um dos cônjuges só vincula este cônjuge a realizar o contrato prometido. E justamente porque o outro cônjuge não se obrigou a nada, nunca estará em falta quanto à declaração de venda, assim, não deve ser obrigado a ressarcir qualquer espécie de dano que resulte, para o promitente-comprador, da não realização do contrato prometido.

Logo, impossível se revela o recurso à execução específica em que o tribunal se substitua ao cônjuge que não assinou, pois a nada se vinculara. Neste sentido, não pode ser considerado um contraente faltoso, para todos os legais efeitos.

De modo par, a proibição de venda a filhos e netos, feita sem o consentimento dos outros filhos ou netos, nos termos do art.877º, do CC, não colhe junto da promessa de venda.

Afinal, em todos os casos existe tão-somente a obrigação de celebrar o contrato definitivo - prestação de facto jurídico - cujo cumprimento pode vir, ainda, a ser possível no tempo devido. Referimo-nos aos casos em que o promitente obtém a coisa ou o necessário consentimento - ou o seu suprimento judicial - indispensável à realização do negócio translativo (definitivo).

A maior celeridade que a promessa imprime é, em certa medida, acompanhada pelo menor leque de efeitos imediatos que produz, dado estarmos perante negócio não translativo de direitos, mesmo quando formalizado (mais) solenemente (art.413.º, do CC)¹¹².

¹¹⁰ Ac. do S.T.J. de 18.1.1996, publicado na *Coletânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)*, 1996, tomo I, p. 46-52: “Tem sido geralmente aceite que o simples contrato-promessa de alienação - que não transmite o direito real sobre o bem - não carece do consentimento de ambos os cônjuges; diz-se que esta regra que impõe a intervenção de ambos para a alienação propriamente dita é uma daquelas que “por sua razão de ser” não devem ser aplicadas ao contrato-promessa (art. 410 º)”.

AC da R.E de 2.11.1995, publicado na *Coletânea de Jurisprudência*, 1995, tomo V, p. 279-282: “Como é sabido, nos regimes matrimoniais da comunhão geral e da comunhão de adquiridos, a lei faz depender do consentimento de ambos os cônjuges a venda de determinados bens - designadamente imóveis - quer sejam comuns, quer sejam próprios do marido ou da mulher (art. 1682º-A). Mas nada impede que um dos cônjuges assumisse validamente em contrato - promessa, sem o consentimento do outro, a obrigação de vender bens do casal de que não tem a livre disponibilidade. Uma coisa, com efeito, é a venda, que opera, de modo direto e imediato, a transferência do direito de propriedade; outra, assaz distinta, é a obrigação de vender, que apenas vincula o respetivo devedor a realizar o correspondente contrato de compra e venda. Se aquele que, através de um contrato-promessa, se obrigou a vender determinada coisa carecer de legitimidade para realizar a venda, ou para a realizar só por si, terá de diligenciar, por força da obrigação que validamente assumiu, no sentido de obter a cooperação da pessoa ou das pessoas sem cujo consentimento a alienação não pode efetuar-se. Sempre que, portanto, um dos cônjuges, quando o regime de bens seja a comunhão geral ou a comunhão de adquiridos, se obrigue a vender algum dos bens mencionados no referido artigo 1682º-A, a obrigação é válida, mas só poderá ser cumprida com a cooperação do outro cônjuge. Caso este recuse o seu consentimento, à situação daquele que se obrigou a vender aplicar-se-á o regime do não cumprimento, com todas as consequências daí decorrentes”.

AC da RC de 30-01-2001, R. 3133/00, CJ., 2001,I, 24: “ é válido o contrato promessa de venda de imóveis comuns, celebrado apenas pelo R. marido, não casado em separação de bens, sem consentimento da mulher, já que não se trata ainda, de uma venda, mas de mero compromisso de celebração de escritura respetiva. Não obstante não é admissível a execução específica do contrato, caso o cônjuge não empresário nem promitente vendedor, se recuse a assinar a escritura de compra e venda de prédio comum prometido”.

¹¹¹ *Das Obrigações em Geral*, ob. cit, 9ª Edição, p. 336.

¹¹² Remetemos para o Capítulo I, Subsecção II, a pp. 20 e ss.

CAPÍTULO III – INCUMPRIMENTO TEMPORÁRIO DO CONTRATO PROMESSA

1. Execução específica do contrato

Não logrado o cumprimento voluntário da promessa, que materializaria um novo acordo, deparamo-nos com uma opção reintegradora do direito do promitente insatisfeito, mediante alternância entre o direito de resolução (adiante se desenvolverá) ou de obtenção de um equivalente legal, previsto no art.830.º, do CC, que é a execução específica¹¹³. Segundo o disposto neste artigo, se o promitente não celebrar o negócio definitivo cabe à outra parte a faculdade de obter sentença que produza os efeitos da declaração do promitente faltoso. A execução específica emerge como um efeito natural, que não incidental, da celebração de um contrato-promessa¹¹⁴, apesar de assumir, em regra, natureza supletiva.

O que pressupõe, em conformidade com a respetiva disciplina legal, a compatibilidade entre a substituição da declaração negocial e a natureza da obrigação assumida¹¹⁵.

2. Evolução de regimes

Na versão originária do normativo, a execução específica presumia-se afastada pelos contraentes se houvesse entrega de sinal e qualquer deles podia deixar de cumprir a promessa feita, sujeitando-se: *i*) à perda do sinal, caso o faltoso fosse o contraente que o prestou; *ii*) à restituição do sinal em dobro, quando o faltoso fosse quem o recebeu.

O DL. n.º 236/80, de 18 de Julho operou relevantes e profundas alterações naqueles normativos¹¹⁶, com o intento de tutelar os interesses do promitente-comprador contra “os

¹¹³ Assento de 19 de Dezembro de 1989 (in BMJ 392 e DR I, de 23.2.1990): “No domínio dos artigos 442.º, n.º 2, e 830.º, n.º 1, do CC, com a redação introduzida pelo DL n.º 236/80, de 18 de Julho, o direito à execução específica não depende de ter havido tradição da coisa, objeto do contrato-promessa, para promitente-comprador”.

¹¹⁴ Pedro Paes de Vasconcelos, *O efeito externo da obrigação no contrato-promessa*, in Scientia Jurídica, tomo XXXII, pág.103. Com entendimento diverso, Ana Maria Correia Rodrigues Prata, *Contrato-Promessa e o seu regime civil*, Coimbra, 1994 (2ª reimpressão, Coimbra 2006), pp.286 ss.

¹¹⁵ A ação de execução específica de contrato-promessa com eficácia real deve ser proposta contra o promitente. Com o entendimento de que a ação de execução específica com que o promissário exerce o seu direito é uma ação de reivindicação, devendo ser proposta só contra o terceiro adquirente da coisa objeto do contrato prometido teoriza António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações* vol. I, AAFDUL, Lisboa 2001 (reimpressão, p.475. Com o argumento de que é uma ação judicial atípica devendo ser proposta contra o promitente e contra o terceiro adquirente da coisa, escreve Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol.I, - Introdução. Da constituição das obrigações, cit.p.248

¹¹⁶ (redação que passou a aplicar-se aos anteriores contratos-promessa cujo incumprimento se verificasse na sua vigência – art. 2º)

abusos reprováveis da desistência ou resolução da promessa de contratar por parte do promitente que recebeu o sinal”.

O promitente-comprador fiel passou, desde então, a ter o direito de exigir a restituição do sinal em dobro ou o valor da coisa entregue, ao tempo do incumprimento do contrato-promessa, ou, em alternativa, o direito de requerer a sua execução específica.

Entretanto, “*mantendo embora a ideia mestra do diploma de 1980*”, mas com o desígnio de suprimir os desacertos nele cometidos, surgiu o DL nº 379/86, de 11 de Novembro, que volveu a considerar a constituição do sinal, na maioria dos contratos-promessa, como presunção de exclusão do recurso à execução específica, acautelando, todavia, os contratos-promessa de compra e venda de prédio urbano já construído, em construção ou a construir.

Para estes últimos contratos ficou intercetada às partes a possibilidade de, mesmo em convenção expressa, excluírem o direito à execução específica (art. 830.º, nº 3, do CC). Eis a imperatividade da execução específica, com a sequente nulidade da cláusula em contrário¹¹⁷.

3. Âmbito de aplicação do instituto da execução específica

A questão da extensão da execução específica não reúne consenso.

Vaz Serra¹¹⁸ considera que a regra do art. 830.º, nº1, do CC “*é suscetível de interpretação extensiva, de maneira a ser aplicável também a outros casos abrangidos pelo seu espírito seria estranho e injustificável que só na hipótese de promessa de um contrato fosse permitido ao credor obter a sentença que esse artigo menciona. Dada a identidade de razão, é legítima a interpretação extensiva do preceito do art. 830.º do CC a lei diz menos do que o que queria dizer*”.

Também aprovam a aplicabilidade, por analogia, da execução específica prevista no art. 830, do CC à obrigação resultante do mandato sem representação, por exemplo, Castro Mendes¹¹⁹, Januário Gomes e Ana Prata¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr. Calvão da Silva, ob. cit., p. 101.

¹¹⁸ R.L.J., Ano 100 – 194.

¹¹⁹ *Lições de Processo Civil*, I, 1980, nota 1; Contrato de Mandato, *Direito das Obrigações*, Lições Coordenadas por Menezes Cordeiro, Vol. III, 1991, 403; O Contrato Promessa e seu Regime Civil, 1999, págs 899/900. Respectivamente.

¹²⁰ Calvão da Silva não toma uma posição peremptória sobre a aplicabilidade do regime da execução específica a outros casos em que se verifique o dever de contratar, para além dos de incumprimento de contrato promessa. Na obra citada (pp. 500 e 501), escreve: “*estender o âmbito de aplicação da execução específica prevista no art. 830.º, se não mesmo de jure constituto – solução que não nos choca apesar da história e da letra do artigo - pelo menos de jure condendo indo mais longe do que, por cautela, parece ter querido ir o legislador de 1996. Se ao tempo a inovação já era importante, dada a tradição do nosso sistema jurídico, tem de reconhecer-se que ficou muito aquém das*

No campo oposto, sustentando que a execução específica do art. 830.º, do CC é uma providência excepcional, que não pode ser usada fora do domínio do contrato promessa, vão, por exemplo, Antunes Varela¹²¹ e Pires de Lima.

No mesmo sulco, sustenta Galvão Telles¹²² que a execução específica se aplica somente ao contrato promessa, a que a lei a associa. É no nosso sistema jurídico, claramente, uma providência excepcional e, por isso, não pode ampliar-se a outras situações, ainda que análogas ou dalgum modo análogas.

4. Requisitos da ação de execução específica

4.1. Mora no cumprimento do contrato

A mora constitui fundamento necessário à ação de execução específica.

A inexistir atraso não se preenche um dos pressupostos exigidos para a procedência da mesma. Pelo contrário, o incumprimento definitivo aponta sentido outro (resolução), que não se compadece com a obtenção de uma sentença que produza a declaração do promitente faltoso.

Porquanto, a ação de execução específica assenta no atraso, virtualidade desaparecida aquando do incumprimento definitivo. Se não há mora (cuja indemnização moratória supõe), ainda não pode haver execução específica. Se há incumprimento definitivo (cuja indemnização de sinal requer), já não poderá haver indemnização específica.

Ou seja, *“a lei não se revela de modo inequívoco mas é no sentido do mero atraso que ela deve ser interpretada”*¹²³

Parte da doutrina defende, no entanto, que pode haver lugar à execução específica na hipótese de declaração antecipada de não cumprir por parte do promitente vendedor.

Com efeito, no caso desta declaração de *não querer ou não poder cumprir* demonstrar certeza, segurança e seriedade, por forma inequívoca, configura uma situação de

necessidades práctico-jurídicas e que urge, por isso, ampliar o perímetro do preceito, abrangendo as situações em que alguém esteja obrigado, por lei ou convenção, a emitir uma declaração de vontade – regra ampla do art. 894.º do CPC alemão e do art. 641.º do CPC brasileiro“. Mas conclui dizendo que, “enquanto este alargamento não for introduzido ou não for admitido por aplicação análoga senão mesmo extensiva, o credor poderá propor uma ação de condenação do devedor no cumprimento do dever de contratar ou de emitir uma declaração de vontade, não abrangida pelo art. 830 do CC, requerendo que a sentença seja seguida de sanção pecuniária compulsória adequada, dado estar em causa uma prestação de facere infungível não atinente a direitos de personalidade, não suscetível de execução sub-rogatória“.

¹²¹ *Das Obrigações em Geral*, 4ª Edição., p. 82, em nota Cód. Civil Anotado, Vol. II, 3ª Edição., p. 108).

¹²² *Direito das Obrigações*, 6ª Edição., p. 118, nota 1

¹²³ Cfr. Henrique Mesquita, *Obrigações e ónus reais*, ob. cit.p.233,nota 160. Com o mesmo entendimento – maioritário – Calvão da Silva, *Sinal e Contrato Promessa*, ob. cit., p.154 e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, ob. cit., p. 227.

incumprimento definitivo (como no capítulo seguinte se revelará), sendo dispensável, e até escusado, forçar o promitente-comprador a interpelar o devedor para converter a mora em incumprimento definitivo

Destarte, e apesar de o promitente vendedor se defrontar com uma situação de incumprimento definitivo, poderá ainda o promitente-comprador ter interesse na realização da prestação devida, pelo que lhe assistirá o direito de recorrer à execução específica ou de optar pela resolução do contrato, assim se desvinculando do contrato, sem recurso ao previamente estatuído no art. 808.º, do CC¹²⁴.

4.2. A inexistência de convenção em contrário

O art. 830.º, do CC reconhece ao promissário o direito de execução (específica) do contrato, o qual pode ser excluído por *convenção* entre as partes ou pela *natureza* das coisas. Assim não será o caso de contrato-promessa dirigido à conclusão de contrato oneroso de transmissão ou de constituição de um direito real sobre edifício (ou fração autónoma de um edifício) já constituído, em construção ou a construir, *maxime* art. 410.º, n.º3. Por força do art. 830.º, n.º3, do CC, o direito à execução específica não é aí excluído por convenção.

O art. 830º, n.º2, do CC consagra a presunção de que a *cláusula penal* ou a *cláusula de sinal* é uma convenção em contrário. O raciocínio exposto advoga, porém, uma interpretação restritiva para que a ele não se subsuma uma cláusula penal e/ou um sinal confirmatório, no rigor dos conceitos. Enquanto instrumentos de vinculação¹²⁵ - a *cláusula penal* e o *sinal confirmatório* – não revelam oposição à convenção em contrário.

Deve, pois, entender-se que o corolário do artigo se dirige, antes, à *cláusula penitencial* e ao *sinal penitencial*. Enquanto instrumentos de desvinculação representam o propósito de esmorecer ou fragilizar o direito do credor ao cumprimento¹²⁶.

Donde, instaurada que seja a ação de execução específica de contrato-promessa, compete ao promitente alegar e provar que o sinal é penitencial, despoletando a presunção plasmada no art. 830º, n.º2, do CC¹²⁷.

¹²⁴ Vide nesse sentido José Carlos Brandão Proença, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, Coimbra, 1987, p. 115. Ensina o Ilustre autor: “dissemos, na altura, que a execução específica surge como *prima ratio* e que a pretensão em que ela assenta pressupõe naturalmente a mora no cumprimento da promessa ou um incumprimento definitivo na forma de recusa categórica e inequívoca. A resolução ... é, assim, um *ultimum subsidium* ou um remédio excepcional, ligado como está, em regra, ao incumprimento definitivo e à impossibilidade de cumprimento (por violação ou não do contrato), com um escopo essencialmente liberatório e de exercício pelo contraente legitimado”.

¹²⁵ Cfr. António Pinto Monteiro *Cláusula Penal e Indemnização*, pedra toque para o estudo do tema, constituindo “*las nuevas bases de la responsabilidad contractual*”, apud Fernando Pantaléon, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1719-1745.

¹²⁶ Cfr. António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra 1990, p. 186; João Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, ob. cit. p. 156.

4.3. A natureza da obrigação assumida

O direito de execução específica pode, ainda, ser excluído pela sua incompatibilidade com a *natureza da obrigação assumida*, ou seja, quando a (hipotética) substituição de declaração negocial do promitente conduz a um contrato (definitivo) ferido de invalidade ou ineficácia¹²⁸.

É o que sucede nos contratos reais *quoad constitutionem* (em que a entrega da coisa é elemento constitutivo do negócio jurídico. Se à celebração do contrato é necessário extra que não o (mero) mútuo consenso, a sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso é analogamente insuficiente para a perfeição do contrato pois não entrega a coisa.

Em geral, pode constar-se que a inviabilidade da execução específica sobrevém quando, pela sua construção, formalismo ou intuito *personae*, o negócio prometido não possa -ou não deva -ser concluído por uma sentença.

A título exemplificativo, refira-se o contrato-promessa de trabalho (art. 8.º, n.º 3, da Lei do Contrato Individual de Trabalho), o acordo parassocial de voto (art. 17.º do Código das Sociedades Comerciais), a promessa de venda de bens imóveis feita por um dos cônjuges sem o consentimento necessário do outro (art. 1682º-A, do CC)¹²⁹, a promessa de venda ou locação de coisa alheia, já que, sendo o contrato-promessa ineficaz para o titular da coisa, não consegue o tribunal suprir o consentimento deste¹³⁰.

¹²⁷ Requisito adicional de admissibilidade da ação de execução específica consiste na inexistência de ónus e encargos sobre o objeto da promessa. Cfr. AUJ n.4/98 de 5-11-98 publicado no Diário da República de 18-12-1998 :”*Pressupondo que o contrato definitivo apenas será realizado quando o objeto prometido estiver livre de ónus ou de encargos a manutenção destes (vg. hipoteca, penhora) inviabiliza a obtenção de sentença que substitua a declaração do promitente faltoso.*

Direito acessório da execução específica: 830.º, n.º 4 do CC o pedido de condenação no pagamento da quantia necessária para expurgação dos ónus e dos juros respetivos, quando o adquirente tem direito a essa expurgação nos termos do art. 721.º CC, art.830.º, n.º 4 do CC.

¹²⁸ Caso da venda de coisa alheia no seguimento de promessa de venda alheia, art. 892º- nula, caso da venda segundo o regime do art.1682º, anulável.

¹²⁹ Ac. do STJ de 03-11-2011, Relator Álvaro Rodrigues, Proc.850/2001.C1.S1:” *I - O contrato-promessa celebrado para a alienação de bens comuns do casal é válido, ainda que celebrado por apenas um dos cônjuges sem a intervenção do outro. II - Segundo a mais aplaudida doutrina, tal contrato-promessa é válido, porquanto nele o promitente vendedor não emite uma declaração de alienação do bem, mas apenas se limita a prometer realizar, no futuro, o contrato-prometido, cabendo-lhe envidar os esforços para que na data da realização do acto negocial de compra e venda o outro cônjuge venha a prestar o seu consentimento. III - É de referência o estudo dos Professores Antunes Varela e Henrique Mesquita, em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Outubro de 1993 (Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3385, p. 296 e ss) em que aqueles Ilustres Civilistas assim consideram: «Nos casamentos cujo regime de bens seja a comunhão geral ou a comunhão de adquiridos, nenhum dos cônjuges pode alienar bens imóveis, próprios ou comuns, sem o consentimento do outro (artº 1682º-A). Mas nada impede que qualquer dos cônjuges assuma, em contrato-promessa, a obrigação de alienar bens desta natureza – assim como nada obsta a que, por exemplo, um comproprietário assuma, sozinho, a obrigação de alienar a coisa comum ou parte especificada dela, ou que alguém assuma a obrigação de alienar coisa alheia» IV - Porém, a execução específica do contrato-promessa de compra e venda não é possível se o cônjuge do promitente vendedor não se tiver obrigado conjuntamente com ele, ainda que este venha a falecer, pois tal execução seria uma violência contra a vontade e contra o livre exercício do direito de propriedade do cônjuge supérstite, violência inadmissível na ordem jurídica que nos rege”.*

¹³⁰ Execução específica é juridicamente impossível por colidir com outras disposições legais: Ac.. da RC de 13-10-87, CJ 4, 77 - promessa de venda de coisa alheia; RL de 23/2/89, CJ 1, 133 - venda a terceiro, em contrato-promessa sem eficácia real; Ac. da RE de 18-5-89, CJ 3, 271 - promessa de trespasse por um só cônjuge; Ac. da RP de 61-87, CJ 1, 191; STJ de 2-10-90, BMJ 400, 598 - promessa de venda por um único cônjuge.

4.4. A particularidade da exceção de não cumprimento do contrato, art. 830.º n.º 5 do CC

A exceptio non (et non rite) adimpleti contractus constitui exceção material em sentido específico, pelo que pertence a cada contraente a faculdade de a invocar, ou não. Só a devendo o tribunal conhecer quando suscitada por um dos contraentes.¹³¹.

O escopo finalístico do mencionado normativo é o de evitar que, nos contratos sinalagmáticos, uma das partes não esteja habilitada a invocar a exceção de não cumprimento¹³² (art. 428.º, n.º 1, do CC). Esclarece o professor Nuno Pinto Oliveira que a remissão para o art. 428.º, do CC pressupõe que o n.º 5 do art. 830.º, do CC só deva aplicar-se caso o contrato prometido seja “*bilateral, perfeito ou sinalagmático*”, em que não haja prazos diferentes para o cumprimento (realização da prestação)¹³³.

Não remanescem dúvidas quanto à admissibilidade de execução específica em contratos cuja sinalagmaticidade é ostensiva, ou seja, em contrato-promessa de compra e venda de imóvel, de quotas ou de estabelecimento comercial¹³⁴.

5. Efeitos da ação de execução específica

O efeito instantâneo da procedência de ação de execução específica do contrato-promessa é a conclusão do negócio jurídico prometido¹³⁵.

Por esta via, o credor obtém as mesmas consequências que decorreriam da regular emissão de uma declaração de vontade, “*independentemente e mesmo contra a vontade do promitente faltoso*”¹³⁶. Como evidencia Henrique Mesquita “*não se trata portanto de um direito que incida sobre uma coisa, mas antes de um direito destinado a tornar mais*

¹³¹ Escreve a este respeito o Prof. Almeida Costa, *Contrato-Promessa - Uma Síntese do Regime Vigente*, 6ª ed. Revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 1999, p. 56: “O n.º 5 do art. 830.º do CC merece alguma atenção. Com efeito, a exceção do não cumprimento do contrato, não é do conhecimento oficioso.

Em sentido oposto (considerando implicitamente a qualificação da exceção como *geral* e portanto de conhecimento oficioso) cfr. Ac do STJ de 30-10-2003, Relator Ferreira de Almeida: “*O pedido de fixação de prazo para a efetivação do depósito pode ser espontaneamente deduzido ou solicitado por qualquer das partes ou determinado “ex-officio” pelo juiz do processo, neste último caso perante a suscetibilidade abstrata da invocação da “exceptio non adimpleti contractus”.*”

¹³² Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª ed., p. 109: Se, se trata, por exemplo, duma promessa de compra e venda, o tribunal não pode lavrar sentença de venda, sem que o promitente-comprador deposite o preço no prazo que lhe for fixado, para não acontecer que o promitente vendedor fique despojado da coisa sem o recebimento simultâneo do preço”.

¹³³ Ob. Cit. pág. 283-284, Bol. 384-607)

¹³⁴ Passim, Fernando Gravato Moraes, ob. cit., p.143.

¹³⁵ Quando o contrato prometido não esteja sujeito a formalidades o promissário pode instaurar a ação de execução específica sem necessidade de formalidade adicional. Assento de 30 de Janeiro de 1985 (in BMJ 343): “*O contrato-promessa de compra e venda de imóveis que conste de documento particular assinado pelos promitentes, é suscetível de execução específica, nos termos do artigo 830.º, n.º 1, do CC, na redação anterior ao DL n.º 236/80, de 18 de Julho*”. O contrato prometido está sujeito a formalidades, o promissário só poderá instaurar a competente ação se preencher os requisitos prescritos à conclusão do contrato definitivo Calvão da Silva exemplifica: “*nos contrato-promessas de compra e venda de prédios urbanos a ação de execução específica do contrato só procederá se o promissário fizer prova da existência da licença de utilização do prédio urbano e da ficha técnica de habitação*”, in ob. cit. Sinal, p.162 e 163.

¹³⁶ Calvão da Silva, ob. cit., p.109.

consistente uma prestação creditória, possibilitando a satisfação in natura sem a cooperação do devedor”¹³⁷.

A declaração de vontade do promissário advém do pedido de execução específica, a vontade negocial do promitente deriva da sentença que a substitui. Porquanto, o contrato-promessa que tenha por objeto a compra e venda de imóvel, por efeito da decisão fica celebrado o contrato definitivo.

Desenvolvido que foi o princípio de equiparação, importa agora atentar na sua concretização.

As eventuais omissões, de que possa padecer o contrato, serão solucionadas, *prima facie*, à luz dos critérios gerais ínsitos nos arts.232.º e ss do CC e aos preceitos próprios constantes dos art. 539.º,543.º e art.883.º todos do CC, conducentes à interpretação e integração de lacunas

O registo da ação até então provisório converte-se assim em definitivo com a decisão favorável¹³⁸ Atuando a oponibilidade a terceiros desde a data da sua inscrição

6. A improcedência da ação

A doutrina e jurisprudência não são unânimes quanto à interpretação da expressão “ a ação improcede”.

De um lado, todos aqueles que atribuem à consignação em depósito o sentido de condição ou requisito da decisão de mérito (de execução específica). O autor teria assim o ónus de consignar em depósito o montante antes de o tribunal proferir decisão. Tal é o entendimento do Prof. Galvão Telles de acordo com o qual: “*Tendo em conta o facto de a execução específica investir logo as partes nos direitos próprios do contrato definitivo, houve o legislador por bem mandar fazer o depósito da contraprestação ainda na pendência do processo em 1ª instância. Esse depósito deverá ser efectuado antes do juiz proferir a sentença sobre a existência ou inexistência do alegado direito à execução específica e dentro do prazo que ele fixar (art. 830.º, nº 5 do CC). A fixação de tal prazo não significa pré-julgamento, não*

¹³⁷ Obrigações reais e ónus reais, ob. cit., p.234.

¹³⁸ Cfr.art.3.º,n.º1,c) e art.101.º,n.º2, b) CRP. E em homenagem ao princípio da prioridade do registo, entendemos como prevalente, o direito do promitente-comprador quando em confronto com direito de terceiro a quem a coisa foi posteriormente alienada, não tendo, porém, este registado a aquisição. Vide em sentido contrário ao nosso entendimento o AUJ n.º4/1998, de 5-12-1998 (Sousa Inês), www.dgsi.pt

quer dizer que o juiz vá reconhecer o direito à execução específica, pois tem sempre lugar, qualquer que seja o conteúdo ou decisão da sentença que venha a proferir”¹³⁹.

Em sentido oposto, vai a teoria que repugna considerar a consignação em depósito como um pressuposto da apreciação do mérito da ação. Assim, por exemplo, ecoando as palavras do Prof. Almeida Costa: *“Se a exceção proceder, o juiz deverá - mas só na decisão final que decreta a execução específica - tornar esta dependente da consignação em depósito, dentro do prazo que fixe, da contraprestação cuja falta se demonstre. Não se afigura aceitável, na verdade, entender que o legislador tenha pretendido transformar a consignação em depósito num pressuposto de apreciação do mérito do pedido de execução específica. A seguir-se a opinião contrária, correr-se-ia o risco de o tribunal ordenar a consignação em depósito, por admitir que se estava perante um contrato que permitia invocar a exceção de não cumprimento, e o autor ver a ação julgada improcedente pela simples falta dessa consignação, sem que fossem apreciados os fundamentos da execução específica”¹⁴⁰.*

Somos a aceitar o último entendimento. O tribunal deve proferir decisão sobre o mérito. A ser procedente a ação de execução específica os seus efeitos estarão subordinados à consignação em depósito, sob pena de ineficácia. O que melhor se compreende quando lido em consonância com o disposto no art. 830.º, n.º5 do CC

A finalidade da exceção é garantir - protegendo a corresponsabilidade das prestações – o sinalagma. Só assim se alcança a finalidade do preceito, que de outro modo podia até beliscar a justiça material. Pense-se nos casos em que o promitente – comprador se veria obrigado a encetar diligências para obter a quantia devida (crédito bancário, por exemplo, com respetivos juros e garantia) quando a final a sentença logra resultado distinto do pretendido. O prazo assim fixado estabelece o limite para o depósito, ou seja, o momento até ao qual poderá satisfazer o requisito constitutivo do seu direito de execução específica. O depósito é, pois, um elemento constitutivo do direito invocado. Não estamos perante um prazo processual, mas perante um prazo substantivo que, a não ser cumprido, dá lugar ao incumprimento da obrigação e que conduz, no caso concreto, à improcedência do respetivo pedido¹⁴¹.

¹³⁹ Direito das Obrigações”, 6ª Edição, p. 120. Na mesma esteira Ac. do TRL de 10-01-2008, Relator Rui da Ponte Gomes: *“A exigência de consignação em depósito estabelecida no art. 830º, nº 5 do CC, tem de ser interpretada, expressis et apertis verbis, como uma determinação legal incontornável, não facultativa, cominatória para a parte não observante, buscando a sua razão de ser na responsabilidade pública do Tribunal na substituição de uma das partes quando emite uma declaração negocial em falta por sentença independentemente de influir ou não no exame ou decisão da causa”.*

¹⁴⁰ AC. do STJ de 01-07-2004: *“Não é aceitável transformar-se a consignação em depósito num pressuposto de apreciação do mérito do pedido de execução específica, uma vez que tal prazo é meramente acessório da pretensão de execução específica. O prazo estabelecido pelo juiz de 1ª instância para a consignação em depósito conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão final que dê ganho de causa ao autor, o que poderá vir a acontecer apenas nos tribunais superiores”.*

¹⁴¹ É uma situação semelhante à prevista no art. 777.º, nº 2, do CC., também de natureza substantiva e cujo prazo igualmente decorre de fixação pelo tribunal.

CAPÍTULO IV – INCUMPRIMENTO DEFINITIVO DO CONTRATO

1. O não cumprimento em geral

Ao invés do constatado no cumprimento, em que o código civil adianta a sua definição no art. 762.º do CC “*O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado*”, o incumprimento não acolhe definição legal. Somos levados a encontrar a sua noção por antinomia ao disposto em sede de cumprimento.

Quando o devedor não realiza a prestação a que está vinculado não cumpre a obrigação.

O conceito de não cumprimento apresentado é abrangente, incluindo várias modalidades de não realização da prestação. À luz do entendimento anunciado por Menezes Leitão¹⁴² o “*não cumprimento será a não realização da prestação devida, por causa imputável ao devedor, sem que se verifique qualquer causa de extinção da obrigação*”; o que por si só, permite afastar do âmbito do conceito todas aquelas causas de incumprimento que não podem ser atribuíveis à conduta do devedor, *maxime*, a impossibilidade objetiva da prestação que constitui causa de extinção, nos termos do art. 790.º, n.º1, do CC.

Situação factual, mais rara, em que a causa do incumprimento surge dissociada da vontade das partes, assentando – se nos é permitido apontar - numa esfera neutral (vg. cataclismos naturais, expropriação de terrenos¹⁴³). Eficácia repristinatória que compreende o sinal prestado em resultado da aplicação conjunta do art.442.º e art.289.º do CC.

O incumprimento do contrato-promessa, desenvolvido que foi o princípio de equiparação, é alvo das mesmas perturbações que são apanágio de qualquer tipo contratual. Daí decorre a necessidade de ver testada a teoria do incumprimento das obrigações junto da promessa.

O inadimplemento pode ser aferido na fase de desenvolvimento contratual, mediante violação sintomática de cláusulas contratuais (vg. a inobservância de preceitos atinentes ao

¹⁴² Vide *Direito das Obrigações*, Volume II, pp. 223 e ss.

¹⁴³ Cfr. Baptista Machado, ob. cit., *Pressupostos da resolução*, pág.367. Autores italianos têm ultrapassado o problema da natureza indivisível do objeto mediato da promessa aplicando (por analogia), à impossibilidade parcial, o art.1464.º do Códice, equivalente ao art.793.º do CC português, apud D. Rubino, ob.cit. pp. 30 e ss..

sinal, à não entrega do imóvel, à omissão de apresentação dos documentos necessários) ou por *declaração categórica e inequívoca de incumprimento*.

No que à fase de execução contratual respeita o incumprimento tem a ver com uma mora convertida em incumprimento definitivo ou por uma impossibilidade de incumprimento *tout court*, quando exista prazo absolutamente fixo, ou ainda por uma semelhante recusa de cumprimento (já aludida).

Hipóteses, estas, de desvinculação determinante de uma libertação recíproca, que encontram previsão no art.442.º do CC.

Não obstante, a especificidade contratual da promessa e uma rigidez de soluções legais suscitam algumas dificuldades para se delimitar, em certas conjeturas, a fronteira entre o incumprimento temporário e o incumprimento definitivo, bem como, conexamente, para se precisar do conteúdo e extensão da indemnização.

2. As especificidades do contrato-promessa

Os ilícitos idóneos a desvanecer o fim negocial, como já indiciado, pertencem à teoria geral sobre o incumprimento das obrigações. Alerta-se, no entanto, que a sua aplicação à promessa bilateral é mais ténue dado o prazo de cumprimento ser, por regra, estipulado em favor de ambos os promitentes, e não existindo terá que ser assentado via judicial, não despoletando o regime de obrigações puras.

Delimitado sucintamente o espaço próprio do incumprimento definitivo, há que esquadriñar agora as suas causas.

2.1. Perda de interesse do credor na prestação do contrato, na sequência de mora

Prescreve o n.º 1 do art.808.º do CC que: *“se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação”*.

Segundo o citado normativo, a mora converte-se em incumprimento definitivo, pela perda do interesse (objetivamente apreciado) do credor.

Esta perda de interesse deverá, por imposição legal, ser apreciada objetivamente. Aferindo-se em função da utilidade que a prestação teria para o credor, acatando elementos suscetíveis de serem valorados pelo comum das pessoas e necessariamente à especificidade dos interesses,

em causa, no concreto negócio jurídico. Com apelo a um critério de razoabilidade¹⁴⁴ que numa reflexão integral do facto, pondere a duração da mora, o comportamento do devedor e o propósito subjetivo do próprio credor.

Pretende-se, assim, evitar que o devedor fique sujeito aos caprichos do credor ou à perda infundada do interesse na prestação¹⁴⁵.

À pena de Baptista Machado, o interesse do credor que desapareceu durante a mora liga-se a um fim (*de uso ou de troca*) que não entrou a fazer parte do conteúdo do negócio (nem, por conseguinte, deu corpo a um termo essencial, absoluto ou relativo)¹⁴⁶.

O fim-motivo negocialmente irrelevante pode então relevar dado o inadimplemento. A *unbrauchbarkeit* de que falava Windscheid, originando, como observa Antunes Varela, duas terminações de relevo: i) a perda do interesse na prestação não pode emergir de uma vontade desprovida de qualquer fundamento além do atraso;¹⁴⁷ ii) é sobre o credor que impende o ónus da prova dos factos dos quais possa inferir-se, a perda de interesse na prestação.

De salientar, também que, na opinião de alguma doutrina a resolução consequente à perda do interesse do credor não se produz automaticamente. Na verdade, exige-se ainda, de acordo com o princípio da boa-fé, uma comunicação dirigida pelo credor ao devedor, informando-o da perda do interesse na sua prestação, para acautelar aquelas situações em que nem sempre transparece das circunstâncias do contrato, de modo indubitável, a falta de interesse.

Assim o será nas obrigações pecuniárias cujo retardamento, não obstaculiza o interesse do credor na prestação^{148 149}.

Concretizando, diante um contrato-promessa em que não foi estipulado um prazo absoluto os atrasos que possam porventura suceder não configuram uma situação de mora e

¹⁴⁴Baptista Machado, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 118.º, p. 55, e Almeida Costa, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 124.º, p. 95.

¹⁴⁵ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª edição, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 72)

¹⁴⁶ Baptista Machado, *Pressupostos da Resolução por incumprimento*, Obra dispersa vol.I, Braga, 1991, p.160.

¹⁴⁷ Ainda na esteira dos ensinamentos do ilustre Mestre de Coimbra, tal consideração, partilha vai ao encontro da doutrina do Código alemão, do qual resulta que são “de perda absoluta, completa, de interesse na prestação – e não de mera diminuição ou redução de tal interesse – traduzida por via de regra no desaparecimento da necessidade que a prestação visava satisfazer os casos com que os autores ilustram a aplicação prática” do respetivo preceito da lei alemã.

¹⁴⁸ *A defesa do devedor anda ainda de par com o dever imposto ao credor de, segundo os ditames da boa-fé, comunicar imediatamente ao devedor a perda do interesse na “sua” prestação, certo como é que nem sempre das circunstâncias do contrato transparece de uma forma patente a desaparecimento desse interesse*.apud Ribeiro de Faria, obra cit., e ainda Ac. do STJ de 21.5.1998, Relator Silva Paixão, no BMJ 477-460.

¹⁴⁹ Para desenvolvimentos consultar *Cadernos de Direito Privado*, n.º 14, Abril a Junho de 2006, pp. 66 e ss, do Prof. Nuno Manuel Pinto de Oliveira.

daí que uma pretensa perda de interesse neste tipo assume cariz subjetivo, sem cobertura na objetividade plasmada pelo n.º2 do art.808.º do CC¹⁵⁰.

2.2. Interpelação admonitória para o cumprimento

A lei é avessa a situações de incerteza. Concede (o art.808.º n.º1 do CC) a faculdade de o credor definir um prazo adicional que ponha cobro à mora.

Eis a regra da interpelação admonitória, pressuposto dos efeitos constitutivos do direito de resolução contratual. Impõe-se, advirta-se, a verificação de certos requisitos: i) a intimação para o cumprimento; ii) a fixação de um prazo peremptório, razoável e exato; iii) a declaração de que findo o prazo sem que haja execução o contrato considera-se definitivamente incumprido¹⁵¹.

A interpelação admonitória constitui *uma ponte essencial de passagem do atravessadouro (lamacento e escorregadio) da mora para o terreno (seco e limpo) do não cumprimento definitivo da obrigação*¹⁵².

O prazo limite - agora perentório - é por regra fixado aquando da interpelação, apesar de nada impedir que possa ser clausulado no contrato em moldes certos, indubitáveis e inequívocos com menção expressa da cominação decorrido que seja aquele termo.

A título de exemplo, convencionado que o incumprimento pelo promitente-vendedor, consubstanciado na omissão de tradição da fração predial prometida vender para o promitente-comprador, por via da celebração do contrato prometido no prazo de três anos contado da data do contrato-promessa, conferia ao último o direito de resolver o contrato e de exigir o sinal dobrado, deve aquele *termo* ser tido por *essencial*. Por via da referida cláusula, decidindo o conceito, de incumprimento definitivo, as partes referiram-se, não à faculdade de interpelação instrumental em relação à declaração de resolução do contrato-promessa, mas ao direito do promitente-comprador de o resolver¹⁵³.

¹⁵⁰ Ac. do STJ de 15-01-2015, Relator Tavares de Paiva, proc. 473/12.9TVLSB.L1.S1

¹⁵¹ Brandão Proença, ob. cit., p. 119.

¹⁵² Antunes Varela RLJ ano 128, p.112, comentando favoravelmente Ac. do STJ, de 2-11-89, na mesma Revista, ano 104 para a redação do art. 442º do CC, anterior ao DL n.º 379/86, de 11 de Novembro.

¹⁵³ Ac. do STJ de 27-5-2008, Proc.08B1085,Relator Salvador da Costa:” *Convencionado que o incumprimento pelo promitente-vendedor, consubstanciado na omissão de tradição da fração predial prometida vender para o promitente-comprador, por via da celebração do contrato prometido no prazo de três anos contado da data do contrato-promessa, conferia ao último o direito de resolver o contrato e de exigir o sinal dobrado, deve aquele termo ser tido por essencial.3. Por via da referida cláusula, definindo o conceito de incumprimento definitivo, as partes referiram-se, não à faculdade de interpelação instrumental em relação à declaração de resolução do contrato-promessa, mas ao direito do promitente-comprador de o resolver. 4. Incumpriu definitivamente o contrato-promessa o promitente-vendedor que omitiu, por factos a si imputáveis, em quadro de censura ético-jurídica, a marcação da escritura de compra e venda até ao referido termo essencial”.*

2.3. Recusa séria e categórica de cumprimento

A recusa de cumprimento expressa em vontade séria, categórica e inequívoca de não outorgar o contrato prometido equivale ao não cumprimento definitivo¹⁵⁴. O alargamento da casuística do incumprimento à recusa inequívoca de cumprimento não suscita dúvida, não obstante, a falta de autonomização da figura em normativo próprio.

O “*repudiation of a contract*” de que mencionam os autores ingleses ou “*riffuto di adimpieri*” de que falam os juristas italianos.

O que o direito da “*common law*” chama de “*anticipatory breach of contract*”, ou “*repudiation of a contract*” terá de ser expresso e – enfatize-se – por forma a entender-se ser “*a clear and absolute refusal to perform*” e que “*the party is unwilling*”. É esta a posição da nossa mais abalizada doutrina, como se acolhe, inter alia, da transcrição de uma breve passagem da lição de Brandão Proença: “*impõe-se que o renitente emita uma declaração séria, categórica e que não deixe que subsistam quaisquer dúvidas sobre a sua vontade (e propósito) de não outorgar o contrato prometido*”¹⁵⁵.

A problemática em apreço assume contornos mais delicados quando a promessa esteja sujeita a prazo de cumprimento. A peleja que ora surge é o de saber se a declaração tem eficácia pronta e imediata ou pelo contrário é reputada para o momento da exigibilidade.

Certa corrente¹⁵⁶ entende porém que, mau grado aquela declaração antecipada (em regra o promitente-vendedor anuncia “já não vendo”). é necessário, como requisito adicional à configuração do inadimplemento, interpelar a outra parte para o cumprimento.

Assim não o certifica a corrente majoritária¹⁵⁷.

Com efeito, a declaração, por parte do devedor, de não pretender ou não poder cumprir corresponde ao incumprimento *ipso facto*, podendo validar, logo, a resolução. Motivada que seja por uma violação antecipada do direito mediante vontade *certa e categórica* de não cumprimento.

Destarte, vislumbramos certa, a desnecessidade em onerar o credor com uma espera (escusada e infrutífera) pela data do vencimento para fazer operar a desvinculação contratual¹⁵⁸. Se o devedor comunica ao credor a vontade de não cumprir, fica imediatamente

¹⁵⁴ Ac. do STJ de 28-6-2011, Proc. 7580/05.2TBVNG.P1.S1 e Ac. S.T.J. de 9-3-2010, Proc. 5647/06.6TVLSB:La.S1.

¹⁵⁵ Brandão Proença, *Do incumprimento do Contrato Promessa Bilateral*, ob. cit., p. 90.

¹⁵⁶ Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações*, p. 226.

¹⁵⁷ Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 5ª Edição, p. 225 e Almeida e Costa, *Direito das Obrigações*, 6ª Edição, p. 921.

¹⁵⁸ Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 140 e ss.

em falta, o que torna desnecessária a sua interpelação para cumprimento ou a fixação de prazo suplementar¹⁵⁹.

Apreciou o Supremo Tribunal de Justiça¹⁶⁰ uma cláusula com o seguinte teor:

“É que tendo já recebido o preço da segunda outorgante, o referido preço, comprometem-se a legalizar este contrato, logo que lhe seja exigido, sob pena de cumprirem todas as obrigações impostas por lei” – os promitentes-vendedores comprometeram-se a *“legalizar este contrato, logo que lhes seja exigido”*. Tendo os promitentes-compradores interpelado os sucessores dos promitentes-vendedores para *“legalizarem”* o contrato-promessa que haviam celebrado, entendeu o Tribunal por seguro que esta interpelação vale como uma cominação para outorga no contrato definitivo de compra e venda, devendo a recusa ser tida como recusa (peremptória e definitiva) de incumprir o acordo que havia sido celebrado e que constava do contrato ajuizado.

3. Promessa com prazo certo de cumprimento

Para que ocorra uma situação modificadora da posição jurídica estabelecida num contrato, a lei exige a eclosão de um estado patológico da relação contratual que torna inexecutável a continuação do sinalagma que se havia constituído entre os sujeitos.

Além, das situações analisadas, da impossibilidade da prestação, de perda do interesse do credor ou de recusa de cumprimento arts. 801.º, n.º 1, e art. 808.º do CC, o incumprimento definitivo do contrato promessa pode resultar da não observância de prazo fixo absoluto, de um termo certo e final contratualmente estipulado.

O inadimplemento unilateral sucede em regra com o vencimento da obrigação.

Cumprir tecer ponto breve sobre a condicionalidade temporal do incumprimento da promessa.

É prática frequente o incluir no contrato uma cláusula termo, determinada, em regra, em favor de ambos os contraentes, o que faz incidir sobre os promitentes um dever de cooperação para a fixação da data e em simultâneo uma presunção de culpa no incumprimento.

¹⁵⁹ Ac. do STJ de 28-10-2014, Relator Gabriel Catarino proc. 197/08.1TBMTR.P1.S1 disponível in www.dgsi.pt

¹⁶⁰ Ac. do STJ de 28-10-2014, Relator Gabriel Catarino proc. 197/08.1TBMTR.P1.S1 disponível in www.dgsi.pt

Sem abarcarmos grandes desenvolvimentos, que ficarão para outros momentos, a convenção de prazo não configura um elemento essencial do contrato, e como tal, acessória, pode ser feita verbalmente pelos contraentes¹⁶¹.

A determinação do cariz essencial ou não essencial do termo depende da essência do negócio ou da interpretação da vontade das partes¹⁶².

O prazo constante em contrato promessa para a celebração do contrato definitivo pode ser absoluto ou relativo¹⁶³.

A essencialidade do termo é *expressa* – se a essencialidade é expressamente (passo a redundância) clausulada. A essencialidade é *tácita* – se a essencialidade deriva de especiais circunstâncias do contrato, conhecidas de ambas as partes.

A *essencialidade* pode ser *absoluta*¹⁶⁴ – no caso de o termo fixado constituir o prazo-limite, improrrogável, para o adimplemento, implicando a sua não observância o incumprimento definitivo da obrigação, fundamento imediato da resolução. Sucede nos negócios cujo decurso do tempo origina a caducidade contratual¹⁶⁵, visto a finalidade pretendida não poder (já) ser atendida com prestação subsequente. Eis o *prazo fatal*, a *decadenza absoluta* de Simonetto¹⁶⁶.

A essencialidade será *relativa*¹⁶⁷ – se o desrespeito do termo constitui apenas fundamento do direito de resolução para o credor, que pode recusar a prestação ou exigir o cumprimento retardado. Exige-se então a interpelação admonitória do devedor para cumprir sabido que é que o retardamento não inviabiliza a prestação. Permanecendo o devedor obrigado à satisfação da prestação¹⁶⁸.

Na dúvida, quanto à qualificação do tipo de prazo, a jurisprudência dominante e reputada doutrina, consideram que o mesmo se deve entender como relativo ou incerto¹⁶⁹.

¹⁶¹ Passim, Gravato Moraes, ob. cit., contrato-promessa em geral, p.182.

¹⁶² Ac. STJ de 12-7-2001, Relator Araújo Barros, Proc.2111/00, CJ (STJ), IX, 3, 30- III (v.33, 2ª col.).

¹⁶³ Da fixação de um prazo para a celebração de um contrato não decorrem sempre os mesmos efeitos, como salienta o Prof. Vaz Serra: “A estipulação de um prazo para a execução de um contrato não tem sempre o mesmo significado. Pode querer dizer que, decorrido o prazo, a finalidade da obrigação não pode já ser obtida com prestação ulterior, caducando por isso o contrato; mas pode também ser apenas uma determinação do termo que não obste à possibilidade de uma prestação ulterior, que satisfará ainda a finalidade da obrigação, caso em que o termo do prazo não importa a caducidade do contrato, mas tão-somente a atribuição ao credor do direito de resolve-lo. Na primeira hipótese estamos perante um negócio fixo absoluto. No segundo estamos perante um negócio fixo, usual, relativo ou simples.” In RLJ, ano 110.º, p. 326.

¹⁶⁴ Ac. STJ de 09-02-2010, processo nº 2265/06.5TVSLB.L1.S1): “1 – O prazo de 45 meses aposto num contrato-promessa de compra e venda como sendo o prazo limite para o promitente-vendedor outorgar a escritura pública de compra e venda, sob pena de incumprimento, não pode deixar de ser considerado como sendo um prazo absolutamente fixo. Estamos, pois, perante um «prazo fatal», cuja inobservância gera impossibilidade definitiva de cumprimento e a consequente resolução”.

¹⁶⁵ Termo usado por Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, ob. cit., II, p.40.

¹⁶⁶ Apud, E. Simonetto, Termine Essenziale e identità dell'oggetto della prestazione, R.T.D.P.C.,1981, p.1048.

¹⁶⁷ “usual ou simples”, como escreve Vaz Serra, RLJ, ano 110, p. 327.

¹⁶⁸ Passim, Baptista Machado, obra dispersa, ob. cit., p.187

¹⁶⁹ Calvão da Silva, ob. cit., p. 144.

CAPÍTULO V – O SINAL COMO INDEMINIZAÇÃO POR INCUMPRIMENTO DEFINITIVO

1. A mora e o incumprimento definitivo no regime do sinal

A expressão “*não cumprimento*” vertida no art. 442.º do CC é suscetível de ser interpretada por uma de duas formas. Em sentido restrito ou em sentido amplo.

Considerarmos a mora como requisito bastante para a aplicação do art.442.º, n.º 2 e 3 do CC, pressupõe acatar tal normativo como *especial* face à regra do art.808.º do CC.O direito à indemnização pelo aumento do valor da coisa ou do direito constitui-se com a mora e por maioria de razão assim também a indemnização pelo dobro do sinal¹⁷⁰.

Percepcionamos o não cumprimento definitivo como essencial ao art.442.º n.º 2 e 3 do CC, demanda conceber uma *complementaridade*¹⁷¹ entre o art.442.º e art. 808.º do CC.

O incumprimento do contrato-promessa, enquanto premissa da aplicação das consequências previstas no n.º 2 do art. 442.º do CC, fez raiar duas interpretações no que respeita à modalidade do inadimplemento (temporário ou definitivo) a observar.

Uma tese configura suficiente a simples mora para que o promitente fiel possa exigir a indemnização pelo *sinal* (seja a perda ou a restituição em dobro), ou a indemnização correspondente ao valor atualizado¹⁷².

De modo distinto, outros arautos consideram necessário proceder à compatibilização entre o n.º 2 do art. 442.º e o n.º 1 do art. 808.º do CC. O que equivale a erigir como pressuposto, das cominações ali previstas, a conversão da mora em incumprimento definitivo.

Flui com toda a clareza, para nós, que só o incumprimento definitivo do contrato-promessa origina as sanções elencadas no n.º 2 do artigo 442º, do CC. Parece-nos, ser esta a solução que melhor se compagina com o regime geral de incumprimento das obrigações (arts. 798.º e 801.º, n.º 2, do CC). Porquanto, nada fundamenta se divise o contrato-promessa do regime geral aplicável à generalidade dos contratos.

Regime que vai ao encontro do interesse do credor - pode ainda lograr a satisfação da prestação, sob pena de, a não suceder, resolver o contrato - e do devedor. O qual, fica

¹⁷⁰ Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela (com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita), *código civil anotado*, vol.1, ob. cit, p. 423.

¹⁷¹ Cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Ensaio sobre o Sinal*, Coimbra Editora, p. 178.

¹⁷² Vide, entre muitos, Ac. do STJ de 21-01-2003 e de 08-03-2005.

garantido que o credor não desencadeará contra ele nenhuma das providências de não-cumprimento, enquanto lhe não der uma restante oportunidade de extravasar a mora em que se encontra.

Ademais, inverter tal regime, equivaleria a desvirtuar o próprio direito de resolução consagrado nos art. 432.º do CC¹⁷³.

A resolução é um direito potestativo extintivo que carece ser fundamentada com *o facto do incumprimento ou a situação de inadimplência*¹⁷⁴.

Donde, as sanções do art. 442.º do CC, conduzem à resolução contratual e respetiva desvinculação à promessa, pressupondo, por isso, o «juízo de inadimplemento» e não o simples retardamento.

2. A constituição do sinal

A patologia da vinculação (que o incumprimento pressupõe) assumida por ambos os contraentes postula para o promitente fiel uma *dualidade eletiva*¹⁷⁵ - a execução específica em caso de mora; a resolução em situação de incumprimento definitivo; e a opção por um dos instrumentos quando haja a recusa categórica de cumprimento e a violação da promessa com eficácia real.

O sinal¹⁷⁶ apresenta-se na prática jurídica como coisa que um dos contraentes entrega ao outro, aquando da celebração do contrato ou em momento subsequente¹⁷⁷.

Estipula o artigo 440.º do CC que: *”Se ao celebrar-se o acordo ou em ato posterior, um dos contraentes entrega, ao outro, coisa que coincida, no todo ou em parte, com a prestação a que fica adstrito, é a entrega havida como antecipação total ou parcial do cumprimento, salvo se as partes quiserem atribuir à coisa o carácter de sinal”*.

O sinal surge associado a quatro designações distintas: ato jurídico; ato material (entrega); teor do ato jurídico (cláusula ou convenção) e uma coisa. A natureza do ato

¹⁷³ O legislador consagrou expressamente o direito à resolução, nomeadamente, nos arts.270.º, 437.º, 891.º, 966.º, 1140.º, 1150.º e 2248.º, todos do CC. Nos quais se incluem as de impossibilidade definitiva da prestação imputável ao devedor, no âmbito de contratos bilaterais.

¹⁷⁴ Passim, Baptista Machado, *Pressupostos de resolução por incumprimento*, *Obra Dispersa*, vol. I, 1991, pp. 129 a 131

¹⁷⁵ H. Weitnauer, *Die Elektive Konkurrenz*, *Festschrift für W.Hefermehl*, 1976.

¹⁷⁶ Saliente-se que conquanto o estudo do sinal em matéria de contrato promessa é essencial pela relevância que aí assume, dele nitidamente se divisa. Pode haver contrato promessa sem constituição de sinal, e pode o sinal respeitar a um contrato definitivo que não a promessa.

¹⁷⁷ Vide, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, ob. cit., p. 311.

material –entrega- é definida pelo conteúdo do ato jurídico-negocial. A cláusula de sinal contém em si a finalidade prosseguida pelo negócio jurídico¹⁷⁸.

A doutrina portuguesa tende a considerar o sinal, enquanto acordo de declarações de vontade, como cláusula acessória de um negócio jurídico, unidade contratual, por oposição à tese que o vislumbra como um negócio jurídico autónomo, coligado ou unido ao principal¹⁷⁹.

A consequência é de relevo, como Antunes Varela evidencia, à luz do art. 232.º do CC (critério de conclusão de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral): “*a falta de acordo das partes em todas as cláusulas inviabiliza a conclusão do contrato*”. A entender-se o sinal como cláusula acessória a ausência de acordo sobre mesmo frustra a realização do negócio jurídico, maxime, não se conclui o contrato promessa.

A semelhança estrutural, entre o sinal e a cláusula penal, em prol de uma unidade sistemática jurídica parece favorecer o primeiro entendimento, sob pena de, beliscarmos a coerência na interpretação normativa.

3. O sinal nos contratos em geral e no contrato promessa em especial

Os arts. 440.º, 441.º, 442.º e 830.º n.º 2 do CCizam, no seu conjunto, o regime do sinal.

Nos contratos em geral, o sinal apenas o será se as partes lhe imputarem tal significado artigo 440.º do CC, neste sentido, a entrega é havida como mero princípio de pagamento da prestação (antecipação parcial ou total).

No contrato-promessa presume-se (art. 441.º do CC, presunção *juris tantum*, ilidível mediante prova em contrário, nos termos do art. 350.º, n.º 2 do CC, que tem carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que, de puro adiantamento parcial do pagamento total do preço se tratar¹⁸⁰. Regime especial.

A existência de sinal constitui, em simultâneo, uma presunção contrária à execução específica de qualquer contrato promessa. Porém, à promessa de “*celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício ou fração autónoma*”

¹⁷⁸ Apud, Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol.I, Almedina, Coimbra 1972. O que vai ao encontro da ilação retirada por Antunes Varela do artigo 440.º: o primeiro elemento de cariz real, constituído pela entrega, e o segundo de carácter psicológico, qualificar a entrega como antecipação ou sinal, e a ser sinal, qual o seu sentido – penitencial ou confirmatório.

¹⁷⁹ Em França o acordo sobre a constituição de sinal é tido como *contrat particulier*”, cfr Robert Joseph Pothier, *Traité du contrat de vente et des retraits*, in *Oeuvres de Pothier*, tomo III, M. Siffrein, Paris, 1821, p. 297 e ss.

¹⁸⁰ Ac. do STJ de 9.10.2003, Araújo Barros, na Col. Jur. 2003-III, pp. 99 e ss.” *A presunção de sinal constante do art. 441º do CC é aplicável a todos os contratos-promessa que tenham por objecto a celebração de qualquer contrato oneroso alienatório do direito de propriedade, designadamente do contrato de trespasse*”.

dele, já construído, em construção ou a construir”, disciplinado no art. 410.º n.º3 do CC não lhe é aplicável a presunção do art. 830.º n.º2 do CC. Regime especial da especialidade.

3.1. A presunção de sinal

Consagra o art.440.º do CC, uma regra geral de antecipação de cumprimento. Estabelece o mencionado preceito: ” *se ao celebrar o contrato ou em momento posterior, um dos contraentes entregar ao outro coisa que coincida no todo ou em parte, com a prestação a que fica adstrito, é a entrega havida como antecipação total ou parcial de cumprimento*”. Salvo se, as partes, hajam dado à entrega da coisa o *carácter de sinal*, sendo esta uma.

Construção válida para todos os contratos, que não os promessa.

Consagra o art. 441.º do CC um desvio à regra geral, supra citada, de antecipação de pagamento. Estabelece o normativo: ”*No contrato-promessa de compra e venda presume-se que tem carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação de ou princípio de pagamento de preço*”.

A presunção *juris tantum* extraída - todas as quantias entregues, seja a pioneira ou o seu reforço, assumem o cariz de sinal em sede de promessa, de compra e venda- desvenda fundamentação no facto de, nesse quadro negocial, tal corresponder à vontade normal das partes.

Tempos houve em que imperou um entendimento restritivo do preceito, instituído à laia de argumento literal, em ordem a fazer prevalecer a letra da lei que expressamente subsumiu a presunção, apenas e só, ao contrato-promessa de compra e venda¹⁸¹. Para todos os demais casos, que não os de promessa de venda, valeria a regra que aprecia a entrega de uma parte da prestação como antecipação do cumprimento, (art.440.ºdo CC).

Com sentido, diametralmente oposto, alguns autores sustentaram a aplicação analógica da disposição do art. 441.ºdo CC a quaisquer contratos-promessa, onerosos, e não somente aos de compra e venda. O teor do art. 939.º do CC¹⁸², que determina que *as normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas*, assim o estimula.

¹⁸¹ “nos demais contratos (que não o contrato-promessa de compra e venda) a existência de sinal não é presumida”) Calvão da Silva, *Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 1995, pág. 281. “Sanção Pecuniária Compulsória”, Coimbra, 1995, p. 281.

¹⁸² Abel Pereira Delgado, *Do Contrato-Promessa*, Lisboa, 1978, p. 174. AcS do STJ de 13-07-2010.

Assemelha-se-nos a melhor solução interpretativa a que vai ao encontro da extensão da presunção do art. 441.º do CC a todos os contratos-promessa que, análogos da compra e venda, possuam por objecto a celebração de contrato oneroso, alienatório, do direito de propriedade e de que são exemplo, o de trespasse e o de troca.

3.2. Significado da coisa entregue em sede de contrato promessa

A doutrina majoritária considera o sinal como a coisa entregue por um dos contraentes ao outro ao tempo da conclusão do contrato ou em momento ulterior. A entrega da coisa é característica essencial do mesmo, pese embora, a dependência funcional ao contrato em que se insere enquanto cláusula acessória de que faz parte.

Conquanto não seja frequente que, o sinal cubra a totalidade do preço, note-se que a letra do normativo não deixa espaço à dúvida, fazendo presumir, como sinal, todo o valor entregue, pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor.

Não erigindo a lei limite, de qualquer espécie, pode “*o sinal ser inferior, igual ou superior à prestação*”¹⁸³.

Se em moldes gerais, o sinal consiste numa quantia pecuniária¹⁸⁴, devemos atentar às hipóteses particulares de entrega de coisa diversa, do dinheiro.

Assim por exemplo, na esteira de Ana Coimbra o que sucede no caso de uma joia valiosa, um quadro¹⁸⁵. Ou por exemplo, com Abel Delgado o caso da entrega de um cheque - ainda que este venha a não ter provimento¹⁸⁶.

Da análise do regime legal não vislumbramos óbice a revestir qual quantia e assim ser havida como sinal o sinal a entrega de outra coisa, pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor.

¹⁸³ Abel Pereira Delgado, *Do Contrato – Promessa*, página 179. Com igual entendimento, Ac. do STJ de 08-05-2013, proc.6686/07.8TBCSC.L1.S1: “*o promitente vendedor que incumpriu o contrato promessa, deve devolver o sinal recebido em dobro nos termos do art.442.º do CC. O mediador imobiliário que, com negligência, contribuiu para a celebração daquele contrato, responde, a título de responsabilidade civil solidariamente com o promitente-vendedor até ao valor do sinal em singelo. A letra da lei é taxativa quando, no art.441º, faz presumir como sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente -vendedor. Pelo que, não importa, por isso, que o sinal seja inferior, igual ou superior à prestação*”.

¹⁸⁴ Segundo a orientação dominante trata-se de uma obrigação pecuniária, de quantidade, à qual se emprega o princípio nominalista ou de não atualização, Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 428. Perante uma situação de mora, serão devidos juros pelo atraso de pagamento desde o momento da citação para a contestação da ação. Data essa, em que surge uma nova obrigação – a reparação dos prejuízos causados, passim, Januário Gomes “*Exigência do Sinal em dobro e juros moratórios*, Tribuna de Justiça, p. 7.

¹⁸⁵ Cfr. *O sinal: Contributo para o estudo do seu conceito e regime* - O Direito, ano 90,III-IV, p. 654.

Com entendimento semelhante, na jurisprudência, entre outros, ver Ac do STJ de 25-10-2012,Processo: 1993/09.8TBVCT.G1.S1 Relator Azevedo Ramos” I- *Num contrato promessa de compra e venda, não obsta à qualificação de “sinal” a circunstância de se provar que o respetivo valor corresponde a um crédito que o promitente-comprador tem sobre um dos promitentes-vendedores. II - A entrega do “sinal” não deve ser encarada de modo limitado, correspondendo a uma deslocação física de dinheiro, devendo antes ser considerada na sua real dimensão de enriquecimento.*” Nestes casos, atribui-se à coisa entregue um dado valor, por forma a aplicar o disposto no n.º2 do art. 440.º do CC.

¹⁸⁶ Abel Delgado, *do Contrato Promessa*, ob. cit., p. 174 e ss. Parece partilhar opinião Calvão da Silva, *Sinal e contrato promessa*, ob. cit. p.100.

Posto isto, partimos para a natureza da coisa diversa.

O Código Civil português, à semelhança do alemão e ao contrário do italiano, não diz se a coisa entregue deve ser ou não (in) fungível. A doutrina não é uniforme.

Uns apelam a interpretação restritiva do art. 440.º do CC, por forma, a exigir a fungibilidade da coisa prestada¹⁸⁷, ao passo que outros têm opinião antagónica, arvorando uma interpretação implícita de constituição de sinal, por entrega de coisa fungível ou infungível, dada a ausência de menção expressa em sentido contrário¹⁸⁸.

O sinal em princípio é constituído por coisa fungível, embora, não demonstre tal constatação, uma regra imperativa insuscetível ao desvio, pela infungibilidade.

Ana Prata, em assomo literário traduz, aquele que reputamos como o melhor entendimento, sobre a questão: “o art.442.º do CC é insuficiente para afirmar que a coisa objeto do sinal há-de ser sempre uma coisa fungível, suficiente para fundar o entendimento de que o sinal deva em regra ser constituído por coisa fungível”¹⁸⁹

4. A legitimidade para constituir o sinal

É ponto inquestionável que o regime do *sinal* pressupõe a existência de obrigações que vinculam as partes e cujo incumprimento acarreta a perda da coisa entregue (por quem o efetivou) e a restituição em dobro (por quem o recebeu), nos termos do disposto no art. 442.º n.º 2 do CC¹⁹⁰.

O sujeito que constitui o sinal deve ser o devedor (da obrigação) e aquele que o recebe o seu credor. Destarte, e em primeira leitura, o regime do sinal, existe enquanto modo de compelir as partes ao cumprimento, quedando sentido (aparente) à prestação realizada por terceiro.

Eis a função de “garantia” privativa de um sujeito contratualmente vinculado¹⁹¹.

No entanto, não se questiona, tão pouco se recusa que, em benefício do devedor, um terceiro acorde, validamente, com o credor a constituição de um sinal a produzir efeitos entre as partes.

¹⁸⁷ Passim, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 1997, pp.125 e ss. No mesmo sentido Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária*, ob. cit., p. 280.

¹⁸⁸ vide António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 163 e ss..

¹⁸⁹ *O contrato-Promessa e o seu regime civil*, ob. cit., p. 762 e ss..

¹⁹⁰ Não obstante a bilateralidade constituir a regra, expressa na letra legal, cremos nada coibir a que o sinal também possa ser estabelecido em contrato unilateral, funcionando como garantia da obrigação da parte que o institui. Em sentido contrário, Ac. do STJ de 16-12-99.

¹⁹¹ Assim também, Ac. do STJ 8.4.2008, Relator Alves Velho, no P.º 07A381, “*Há-de haver uma obrigação sinalizada, naturalmente pelo respectivo devedor*”.

É sabido, o sinal é: “*uma convenção que não pode subsistir autonomamente a uma obrigação de que dependa*”¹⁹². Porém, pode surgir por cunho de convenção que associe um terceiro à obrigação de que aquele faz parte.

Escudamos, para o efeito, o nosso entendimento na percepção do sinal sob o prisma de dimensão real de enriquecimento do património, em cumprimento de um possível acordo, celebrado entre os promitentes e terceiro¹⁹³.

5. Consequências da existência de sinal

A haver sinal a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação se revelar impossível (art. 442.º, n.º1, 1º e 2º parte do CC, respetivamente).

O sinal opera, desde logo, como um impedimento (suprível) à execução específica do contrato, nos termos do art.830.º, n.º1 e n.º 2 do CC.

Em sede de incumprimento definitivo do contrato, imputável a uma das partes, o sinal, conforma uma disciplina específica, com repercussão ao nível da indemnização (art. 442.º, n.º 2 e n.º3 do CC).

A todos estes efeitos cuidaremos desenvolver.

5.1. O Sinal no cumprimento

Aqui volvidos, auscultemos o estatuído no n.º 1 art. 442.ºdo CC, preceito válido para qualquer contrato e não exclusivamente para o contrato-promessa.

Cumprindo-se a obrigação contratual, a quantia pecuniária entregue, a título de sinal é orçada na prestação devida, demandando, desta sorte, uma operação de simples cálculo aritmético para especificar o montante (ainda) em dívida.

Quando o *sinal* prestado não se trate de quantia pecuniária mas antes uma coisa (em sentido amplo, fungível ou infungível) será necessário atribuir-lhe um dado valor para viabilizar a sua imputação na prestação devida.

¹⁹² Idem, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, ob. cit., p. 764.

¹⁹³Vide Ac. do STJ de 09-03-2010, proc. 10633/05.3 TBMTS.S1, Relator Salazar Casanova.

¹⁹³ A não existir constituição de sinal a indemnização queda-se pelo regime geral, havendo sinal mas sem *a traditio* o promitente-comprador vê a sua tutela limitada ao poder de exigir, a título de indemnização, o dobro do sinal.

Caso a imputação se revele impossível e, efetuada que seja, a prestação devida pelo *tradens*, impõe-se a restituição da mesma, sob pena de contemplarmos um enriquecimento sem causa¹⁹⁴ por parte do *accipiens*.

5.2. O sinal no incumprimento *bilateral* da promessa

O incumprimento não imputável, a nenhuma das partes, dá lugar à restituição do sinal-singelo, por aplicação do art.289.º do CC¹⁹⁵.

Mencionadas as causas de incumprimento unilateral¹⁹⁶, cuidemos sobre o tratamento jurídico das situações de incumprimento conjunto - ou bilateral na terminologia de Brandão Proença.

A constatação desta origem partilhada requer desenvolvimentos que remetemos para outro trabalho com maior sopro. No entanto, podemos introduzir que a extensão do inadimplemento e a gradação da culpa são os desafios que se deparam ao aplicador do direito em equação com o tipo de obrigação existente. Quando o incumprimento for imputável a ambas, nos termos do art. 570.º do CC, o grau de culpa constituirá o critério de restituição. Operação calculada em proporção direta entre a contribuição da culpa, de cada uma das partes, para o incumprimento¹⁹⁷.

Portanto, face ao não cumprimento imputável e sendo iguais as culpas e as consequências delas resultantes, deve excluir-se a indemnização correspondente ao sinal em dobro tendo em conta o disposto no art. 570.º do CC. Haverá, simplesmente, lugar à restituição em singelo, que nesse caso não adota natureza indemnizatória e é antes uma mera

¹⁹⁴ Ac. STJ 23-03-1999, CJSTJ, I, p. 172 - "A intervenção ou ingerência na esfera jurídica alheia pode ser facto constitutivo de responsabilidade civil, segundo os critérios gerais do artigo 483º do CC. O enriquecimento por intervenção, que constitui uma categoria autónoma do enriquecimento sem causa, surge quando alguém obtém um enriquecimento através de uma ingerência em bens alheios, traduzida, designadamente, no uso e fruição dos mesmos. Mesmo que o proprietário, se acaso não tivesse ocorrido tal intromissão ou interferência, nenhum proveito tirasse dos bens, sempre o intrometido estará obrigado a indemnizá-lo do valor dos frutos que obteve à custa desses bens ou do valor do uso que deles fez, restituindo-lhe, pois, o valor de exploração".

Ac. STJ 02-10-2014, processo 294/11.6T2ILH.C1.SI, relator Maria dos Prazeres Beleza - "A obrigação de restituir com fundamento em enriquecimento pode ocorrer, nomeadamente quando o objeto de se trate for indevidamente recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou".

¹⁹⁵ Ac. STJ de 24-5-2011, Proc.3310/07.2TVLSB.L1.S1 - 1ª Relator. Alves Velho: "I - Celebrado contrato-promessa tendo por objeto a realização de um contrato de compra e venda cujo objeto mediato, uma loja com arrecadação, não consta do projeto aprovado, não pode, por força de impossibilidade física originária, ser transmitido, por indisponível pela promitente-vendedora nos termos convencionados, por isso não podendo também ter-se como validamente concluído tal contrato-promessa. III - À obrigação de restituição fundada em nulidade do negócio é aplicável o disposto nos arts.1269º e ss do CC., como determina o nº 3 do seu art.289º do CC.IV - Consequentemente, a obrigação de restituir o dinheiro entregue a título de sinal incluirá a obrigação de juros, como seus frutos civis, desde o momento da cessação da posse de boa-fé da quantia a restituir."

¹⁹⁶ Vide capítulo precedente.

¹⁹⁷ Problemática relacionada com o designado *tu quoque* contratual, ou seja, com o adágio que a parte infiel não pode derivar direitos da violação contratual praticada pela contraparte.

Vide, na jurisprudência, Ac. do STJ de 11-09-2012, processo 3026/05.4TBSTS.P1.S1, Relator Fonseca Ramos: "A questão da concorrência de culpas surge com mais frequência no domínio da responsabilidade extracontratual, mas a norma do art. 570º, nº 1, do Código Civil aplica-se também à responsabilidade civil contratual, postulando aqui uma mais exigente conceituação do nexo de causalidade e do padrão de atuação do lesado à luz do paradigma do *bonus pater familiae* e da atuação que seria de exigir no caso concreto. Sendo de imputar, em igual medida de censura e responsabilidade, a não celebração dos contratos prometidos a ambas as partes, devem elas ser restituídas ao status quo ante, não funcionando as regras do incumprimento ligadas ao mecanismo do sinal que tenha sido passado - art. 442º, nº2, do CC".

consequência da extinção do contrato com o fim de colocar as partes na situação em que estariam se ele não tivesse sido concluído.

5.3. O sinal no incumprimento unilateral (o receptor do sinal)

O artigo 442.º do CC tem sido, de modo quase uniforme, interpretado no sentido de que os seus efeitos apenas se aprontam em caso de incumprimento definitivo do contrato-promessa imputável a uma das partes.

Nesta sede, a de incumprimento imputável, as consequências eduzidas alternam consoante a promessa seja, ou não, sinalizada.

A não existir sinal, o contraente fiel dispõe da faculdade, após resolver o contrato, de exigir ao faltoso o pagamento de uma indemnização fixada nos termos gerais da responsabilidade civil. A indemnização rege-se pelos princípios gerais de incumprimento das obrigações e tende a cobrir, por isso, os danos efetivos¹⁹⁸.

Não assim, a haver sinal prestado. Um feixe de possibilidades se patenteia, então, ao promitente fiel.

5.3.1. O dobro do sinal

A consequência do incumprimento definitivo imputável ao autor do sinal é a sua perda. A esse valor não acresce outra indemnização, salvo se existir convenção para esse efeito, nos termos do art.442.º n.º4 do CC.

Resulta do art.442.º n.º2 do CC a consequência singular para a promessa em que não se verifica a entrega da coisa, por incumprimento imputável a quem recebeu o sinal.

Pode o promitente que constitui o sinal exigir o dobro do valor prestado. Cominação de simples cálculo aritmético.¹⁹⁹ Determina o n.º 2 do art. 442.º 1ªp do CC que ao promitente fiel assiste o direito de fazer seu o sinal recebido ou de exigir a sua restituição em dobro, consoante incumprimento seja imputável à parte que o entregou ou à parte que o recebeu²⁰⁰.

¹⁹⁸ Vide M.J. Almeida Costa, ob. cit. p. 389. Problemática diversa, a centrada na possibilidade de o contraente fiel, com *traditio* mas sem sinal, exigir o valor da coisa ao tempo do incumprimento, 442º, nº 2.do CC No sentido afirmativo Galvão Telles *Obrigações*, p. 138 e Januário Gomes *Em Tema*, p. 62. Contra, Menezes Cordeiro *Estudos*, p. 54 e Almeida Costa *Obrigações*, p. 339.

¹⁹⁹ De que é exemplo as promessas de usufruto ou promessa de direito real de habitação (periódica ou turística).

²⁰⁰ Quanto à responsabilidade do cônjuge de comerciante pela restituição em dobro do sinal, consulte-se o Assento STJ nº 4/94 de 26/1/994, no DR I, de 23-3-94: “A dívida de restituição do sinal em dobro, por incumprimento de contrato-promessa de compra e venda de coisa imóvel, celebrado por um dos cônjuges, comerciante, no exercício da sua atividade comercial, como promitente vendedor, é da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos e com as ressalvas previstas no art. 1691º, nº 1, al. d), do CC.”.

Conforme Calvão da Silva a obrigação de restituição do sinal constitui dívida pecuniária sujeita ao princípio nominalista (art.550.º do CC) e à aplicação do art.806.º do CC em caso de mora.

5.3.2. A opção entre a indemnização correspondente ao dobro do sinal e a indemnização pelo valor atualizado

A ter ocorrido a entrega da coisa, objeto do contrato prometido, à possibilidade de sinal em dobro, junta o constituinte do sinal, a opção de exigir o seu valor (da coisa ou direito) atualizado, art.442.º, n.º2, 3º parte do CC.

Para tanto, é necessária a verificação de dois requisitos cumulativos:

- a existência de sinal, enquanto alternativa daquela, a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido.

Advirta-se, a bem da precisão, a entrega pode ser material ou meramente simbólica (v.g. *a entrega da chave no imóvel, entrega dos documentos no automóvel*²⁰¹). Relevante será a possibilidade de fruição e uso da coisa graças à *traditio*. O ónus da prova sobre a sua verificação recai, nos termos gerais, art.342.º do CC, sobre o promitente fiel que pretenda aplicar o regime vertente.

A indemnização pelo aumento do valor da coisa prometida vender consiste na faculdade de exigir o seu valor - ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela - determinado objectivamente²⁰² à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado²⁰³, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte e a parte do preço que tenha pago²⁰⁴.

A indemnização assim determinada obstaculiza eventuais intuitos fraudulentos (especulativos) em que o contraente que promete constituir ou transmitir o direito possa ser tentado a incorrer quando a coisa prometida haja já sido entregue.

O interesse prático da indemnização pelo valor atualizado (da coisa ou direito) põe-se essencialmente quando exista um aumento considerável do valor da coisa e o sinal entregue ser diminuto.

²⁰¹ Passim, Gravato Morais, ob. cit., p. 207.

²⁰² Valor objectivo da coisa em oposição ao valor afectivo, ver Calvão da Silva, ob. cit. p.104. Preço do mercado à data do não cumprimento.

²⁰³ Em situações de preço de favor e perante o incumprimento apelamos ao preço do mercado como referência sob pena de assistirmos a um injusto locupletamento do promitente faltoso, e por justaposição, um empobrecimento infundado da outra parte. Calvão da Silva, *Sinal e contrato-promessa*, ob. cit., p.108.

²⁰⁴ $VI = (VOC - PC) + S + PP$, em que VI= valor da indemnização; VOC= valor objectivo da coisa à data do incumprimento definitivo; PC=preço convencionado; S= sinal; PP= parte do preço, apud Gravato Morais, ob. cit., p. 209.

O que permite conjecturar a seguinte formulação: o valor da coisa atualizada deve ser proporcionalmente inverso ao valor do sinal prestado. Quanto maior a atualização e menor o sinal mais apelativa se revela tal indemnização.

5.3.3. A exceção de cumprimento do contraente faltoso – o art.442.º n.º 3 do CC

A opção do promissário por a indemnização pelo aumento do valor faz incidir sobre o promitente uma exceção, ou contra direito, designado pela doutrina *como exceção de cumprimento*²⁰⁵.

Confere o normativo, em apreço, um mecanismo de oponibilidade à pretensão da contraparte. Esgrimam-se interesses.

De um lado, o interesse do promitente fiel à indemnização pelo valor atualizado. Do outro, o direito do promitente faltoso a não ver sobrecarregado o seu dever com uma indemnização elevada.

Acolhendo – como acolhemos – a tese de aplicação do regime legal sinal e da alternativa pelo aumento do valor apenas se aplica em caso de resolução por incumprimento definitivo - e não no caso de simples retardamento – vislumbra-se delicada a tarefa de determinar o sentido e alcance a atribuir à 2.ª parte do n.º 3 do art. 442.º do CC.

Com efeito, pressupondo a resolução do contrato-promessa, por banda do promitente-comprador, que este tenha perdido objetivamente interesse na prestação, ou que tenha convertido a mora em incumprimento definitivo, nos termos do art. 808.º do CC, mostra-se desconexo que o promitente vendedor ainda se possa oferecer para cumprir um negócio já resolvido.

A doutrina não colhe unanimidade.

Antunes Varela evidencia que ²⁰⁶“a ressalva final do n.º3 do art.442.º revela claramente que a lei impõe a sanção de pagamento do valor da coisa ou do direito logo que o *accipiens* do sinal tenha ocorrido em mora”.

M. J. Almeida Costa, em revista de posição anterior entendeu que: “*a manutenção do interesse do credor não é forçosamente incompatível com o incumprimento definitivo. Pode o credor embora subsista o seu interesse na prestação, apreciado com a interferência dos elementos objetivos (art.808.º, nº2 do CC) por quaisquer razões, designadamente especulativas, preferir, ainda nessa hipótese, a resolução do contrato. A parte interessada*

²⁰⁵ Vide António Menezes Cordeiro, *A exceção de cumprimento do contrato-promessa*, ob. cit., p. 52.

²⁰⁶ *Sobre o Contrato Promessa*, p.149.

uma vez verificada a mora, pode prevalecer-se das consequências desta ou exercer o direito potestativo de transformá-la, de imediato, em não cumprimento definitivo, sem observância de qualquer dos pressupostos indicados no n.º1 do art. 808.º do CC”.

Calvão da Silva²⁰⁷ não divisa utilidade ao preceito, advogando para o efeito, uma interpretação abrogante, dando por não escrita a 2ª parte do n.º3 do art.442.º do CC, manifesta a contradição entre o incumprimento definitivo, existente, e a opção de cumprimento, pretendida.

A chave para se encontrar uma saída coerente parece encontrar esteio normativo na distinção conceptual entre *incumprimento fraco* e *incumprimento forte*.

M. Januário Gomes elucida²⁰⁸ que *”a ressalva do art. 808.º do CC não significa que o direito de pedir a indemnização pelo aumento do valor da coisa possa ser exercido em estado de mora, significa antes que o legislador encontra no ar.808ccº um sentido útil e lógico, enquanto limite ou ressalva, pese embora a ocorrida conversão da mora em incumprimento definitivo.”*

Delimita assim em assomo literário o *incumprimento fraco* - o promitente-vendedor recusa-se a cumprir, mas o cumprimento é ainda possível - do *incumprimento forte* -o promitente-vendedor recusa-se a cumprir, mas cumprimento já não é possível.

O interesse do credor pode subsistir ao incumprimento definitivo, sempre que este se alcance por via da interpelação admonitória. E então a designada *exceção de cumprimento* vale em pleno.

Estruturadas as coordenadas de aplicação do regime, permitimo-nos a acrescentar duas notas finais.

A *exceção de cumprimento*, tal qual apresentada, parece repriminar o efeito que se obteria com a execução específica, com diferença a relevar., Nesta sede, é o promitente faltoso quem se oferece a cumprir.

A letra da lei compacta, desta feita, o direito de escolha do promitente fiel, dada a possibilidade de oposição ao seu exercício mediante a assinalada exceção.

6. Natureza do sinal no contrato-promessa

²⁰⁷ ob. cit. p.132.

²⁰⁸ Em tema de contrato-promessa, ob. cit., p.13.

6.1. Sinal penitencial

A coisa entregue a título de sinal penitencial manifesta uma antecipação da indenização, cuja cominação por retratação, se encontra à *priori* definida. A *medida da responsabilidade debitória* do contraente inadimplente²⁰⁹ é pré-determinada, fixando o *quantum respondeatur*, independentemente do montante ou até da existência de dano efetivo²¹⁰.

O regime que decorre do art. 441.º do CC em promessas de venda que não tenham por *objeto a constituição, transmissão ou a constituição de edifício, ou de fracção autónoma dele*, art.410.º, n.º3 do CC parece revestir tal fisionomia.

Vejam. O afastamento da execução específica, art. 830.º, n.º2 do CC, por um lado, a liquidação antecipada da indemnização, art.442.º,n.º2 do CC, por outro, não permite dúvida quanto à possibilidade de arrependimento e ao valor da indemnização que lhe está associado.

O sinal figura então como um *instrumento de desvinculação*²¹¹.

6.2. Sinal confirmatório

Para alguns autores esta é a natureza que melhor se compagina com o contrato-promessa.

Mais do que um preço de arrependimento, atesta a seriedade do desígnio negocial, por garantir uma atuação conforme ao cumprimento. Assim o entende Menezes Leitão²¹².

Somos a considerar a natureza confirmatória do sinal quanto às promessas do art.410.º n.º3 do CC, as quais, não obstante a presunção de sinal, não se pode obstar à execução específica das mesmas, dada a imperatividade do art.830.º, n.º3 do CC²¹³.

O sinal e o seu eventual reforço são acessórios, pois que limitados a provar a celebração do contrato, estabelecendo em simultâneo uma garantia de cumprimento, dada a liquidação antecipada dos prejuízos.

É a concretização do risco que o contraente faltoso corre se decidir não cumprir.

É um *instrumento de vinculação*²¹⁴.

²⁰⁹ Ana Prata, *O Contrato-promessa e o seu Regime Civil*, 1999, p. 797.

²¹⁰ Calvão da Silva, ob. cit., p. 150.

²¹¹ Carlos Martínez de Aguirre Y Aldaz, *Comentario (a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 1992 “A ideia de liberação, de arrependimento lícito, o exercício de um direito.”)*. Vide para mais desenvolvimentos, Miguel Royo Martínez, *Notas sobre la función de las arras en la contratación*, ob. cit., p.129.

²¹² *Direito das Obrigações*, I, ob. cit. p.224.

²¹³ Passim, Gravato Morais, ob. cit. p. 70.

²¹⁴ Carlos Martínez de Aguirre Y Aldaz, *Comentario (a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 1992)*, pág. 854. “*a violação de um dever, o não cumprimento ilícito*”.

7. A admissibilidade da redução equitativa do sinal

O sinal assume amiúde as vestes de uma sanção predeterminada para o incumprimento do contrato, em moldes próximos aos da cláusula penal. O que tem motivado parte da doutrina e certa jurisprudência a desencadear a aplicação do mecanismo da redução equitativa da cláusula penal de montante excessiva consagrado no art. 812.º do CC ao contrato-promessa com sinal emitido.

Para António Pinto Monteiro²¹⁵ a similitude da situação justifica a redução em ambos os casos. De forma análoga entendem Vaz Serra²¹⁶, Almeida Costa²¹⁷, Brandão Proença²¹⁸ e Vasco Lobo Xavier²¹⁹. Brandão Proença tende a aceitar a redução de sinal quando este ascenda a montantes exorbitantes, sob pena de a *retratação* deixar de funcionar²²⁰.

A todos os doutrinadores é comum o argumento da semelhança substancial entre os institutos, formas de compelir ao cumprimento, garantindo-o, sem necessidade de prova quanto aos danos efetivos.

Para outros arautos - Antunes Varela, João Calvão da Silva²²¹ - a questão não se levanta de todo. Releva, por isso, analisar alguns dos argumentos construídos. A natureza real do sinal porque contraposta à consensual da cláusula penal aparta a possibilidade de analogia. Ademais, só muito dificilmente concebem um sinal excessivo cujo limite não ultrapassa o preço, não assim com a cláusula, à qual desconhecem limite. Ana Prata, por seu turno, afasta a eventual redução quando o sinal for *penitencial*, ponto que a diversidade funcional presente não permite aí a analogia²²².

Propendemos a sustentar a admissibilidade da redução equitativa do sinal – seja em caso de restituição do sinal em dobro, seja na perda do sinal.

Posição que propugna a solução mais justa, impedindo desproporcionalidade ou abusos por via de enriquecimento de uma parte à custa da outra.

²¹⁵ António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 195 e ss..

²¹⁶ Anotação ao AC. ST de 21 de Dezembro de 1973” RLJ, ano 108, pp.10 e 11.

²¹⁷ *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 204.

²¹⁸ *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral*, ob. cit., pp.134 e ss.

²¹⁹ *Contrato Promessa- parecer*, CJ, 1983, IV, p. 27.

²²⁰ José Carlos Brandão Proença, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, pp. 128 a 137.

²²¹ Antunes Varela, ob. cit., *Das Obrigações*, página 370, João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, p. 303.

²²² *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, pp. 790 e ss.

É incontestável que entre o regime legal do sinal e o regime legal da cláusula penal sucedem diferenças jurídicas. O primeiro só o é com a entrega da coisa, a segunda decorre de mera convenção, sendo que o primeiro é bilateral ou recíproco, enquanto que a segunda só visa onerar um dos contraentes.

Todavia, o sinal e a cláusula penal arrogam um desígnio finalístico comum, ou seja, ambos se concretizam em meios compulsórios de cumprimento e de fixação prévia da indemnização. A tese por nós defendida representa a superação da diversidade genética em prol de uma identidade reflexa.

Continua a reforçar-se a aptidão análoga para assegurar o cumprimento da prestação.

Sem descuidar, o sinal e a cláusula penal estavam formatizados nos trabalhos preparatórios frente a frente. Tendência, esta, a de aplicar os normativos da cláusula penal ao sinal, com eco além-fronteiras em dados do direito comparado.

Donde, sinal e da cláusula penal não legitimam diverso tratamento de situações, afinal, se o artigo 812.º, n.º 1, do CC veicula um princípio geral que também emana de outros normativos²²³ mostra-se recetiva a redução de uma avaliação indemnizatória excessiva, mediante o recurso aos mesmos critérios que auxiliam a fixação de montante equitativo.

8. Outra(s) Indemnização(s)

8.1. A indemnização derivada de estipulação em contrário

Não fica esgotada - muito pelo contrário - o acervo de problemáticas que a função indemnizatória na promessa origina. São múltiplas as razões que reclamam um suplementar indemnizatório ao regime do sinal.

Em atenção aos princípios gerais, é possível a cumulação do sinal com a eventual **indemnização por responsabilidade contratual**. Verificados os pressupostos há obrigação de ressarcir os danos existentes.

Em distinta ordem de razões, é sabido, com efeito, que ao lado das obrigações principais, decorrentes da celebração de contratos, raiam ou podem raiar outras obrigações, sejam elas resultantes de *deveres laterais* ou *acessórios*, de puras expectativas, de direitos potestativos, sujeições ou ónus jurídicos.

²²³ Ac. do STJ, de 8-3-77, BMJ, n.º 265, p. 210) – Ac. do STJ de 18-11-2003Relator Salvador da Costa de, Pº 04B3837.

As *obrigações laterais* ou acessórias” surgem-nos como o resultado do comprometimento das partes e ligadas ao cumprimento das obrigações principais, com estas coenvolvidas, estando muitas vezes na base de todo o desenvolvimento negocial, quiçá erigindo-o ²²⁴.

Não colhe dificuldade ou divergência a possibilidade de o credor exigir indemnização por incumprimento de uma **obrigação acessória**, desde que, esse inadimplemento provoque prejuízos autónomos dos, eventualmente, resultantes do (in) cumprimento da obrigação principal.

8.2. A cláusula penal

Situação paradigmática assume a de fixação de montante de indemnização através de cláusula penal para o incumprimento definitivo.

A cláusula penal, como é admitida pela doutrina e aceite pela jurisprudência, pode revestir três modalidades: *cláusula com função moratória ou compensatória*, dirigida à reparação de danos mediante a fixação antecipada da indemnização em caso de não cumprimento definitivo ou de simples mora do devedor. Tal constatou o Ac. do STJ de 26-04-2007²²⁵, no caso decidido deu-se nota de cláusula inserida em contrato-promessa com o seguinte teor:

“A omissão pela promitente-vendedora da entrega aos últimos do referido armazém até ao dia 31 de Dezembro de 2002, implicaria que ela lhes pagasse, a título de penalização, € 2 493,99 por cada mês de atraso”. A condenação no pagamento do montante pressupôs o atraso de cumprimento – cláusula penal moratória.

Cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita, em que a sua estipulação substitui o cumprimento ou a indemnização, não acrescentando a nenhum deles²²⁶.

E *cláusula penal de natureza compulsória*, em que há uma pena que acresce ao cumprimento ou que acresce à indemnização pelo incumprimento, sendo a finalidade das

²²⁴ Antunes Varela, obra cit., p. 73, Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé*, I, p. 73, Mário Júlio Almeida Costa, obra cit., p. 63, Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, p. 337, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª Edição, 2009, p. 218, Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, p. 443, e *Contrato e Deveres de Proteção*, pp. 36 e ss, e António Pinto Monteiro, *Erro e Vinculação Negocial*, p. 48.

²²⁵ Relator Salvador da Costa, disponível in www.dgsi.pt

²²⁶ Passim Gravato Morais, ob. cit., p.154.

partes, nesta última hipótese, a de pressionar o devedor a cumprir, e já não a de substituir a indemnização²²⁷.

Evidencia Almeida Costa, “*as partes pretendem que a pena acresça à execução específica ou à indemnização calculada nos termos gerais*”.

Logo, o regime do art.812.º do CC só alcança sentido se excluirmos do seu teor a figura compulsória²²⁸. Sem dúvida pois que, estando de todo apartado da pena compulsória qualquer desígnio indemnizatório, em caso algum ela constituirá a liquidação de um dano.

O Supremo Tribunal de Justiça²²⁹ qualificou de natureza exclusivamente compulsória a pena, inserida em cláusula de contrato-promessa de cessão de quotas, nos termos da qual se determinara: “*Para além do legalmente previsto no caso de incumprimento do contrato, aquele que se negar ao cumprimento do mesmo ou alguma das suas cláusulas terá de pagar ao outro o triplo do valor total do contrato, o que estabelecem e aceitam como cláusula penal*”.

A garantir o crédito indemnizatório emergente do não cumprimento imputável à outra parte, e como adiante se desenvolverá, o art. 755.º n.º 1 alínea f) do CC atribui ao beneficiário da promessa de transmissão ou de constituição de direito real, que obteve a tradição da coisa, um direito de retenção sobre a coisa objeto do contrato prometido.

²²⁷ Ac. do STJ 16-04-2013, Relator Nuno Cameira, proc.2044/08.5TBPVZ.P1.S1VI: “- A presunção legal do art. 830.º, n.º 2, do CC, é ilidível, nos termos do art. 350.º, n.º 2, do mesmo Código. VII - Se, em concreto, as partes fixaram uma cláusula penal para o caso de incumprimento da promessa, mas ao mesmo tempo estipularam expressamente a sua submissão ao regime da execução específica, este facto não consente outra interpretação que não seja a de que livremente ilidiram a presunção a que a lei alude: se fixaram uma cláusula penal indemnizatória não obstante terem pactuado a execução específica, tem de entender-se que não quiseram prescindir desta, seja funcionando em alternativa à cláusula penal, seja cumulativamente com ela. VIII - Se a pena foi estabelecida para o caso da falta definitiva de cumprimento e não para o atraso na prestação, trata-se duma pena compensatória, proibindo a lei (cf. art. 811.º, n.º 1, do CC) o cúmulo do cumprimento e da cláusula penal compensatória, mas não do cumprimento e da cláusula penal moratória.

²²⁸ “A cláusula compulsória deve ser acordada como um plus, como algo que acresce à execução específica ou à indemnização pelo não cumprimento”, apud António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1999, p. 486.

²²⁹ Ac. do STJ de 27-09-2011, Relator: Nuno Cameira, Processo 81/1998.C1.S1: “II Em primeiro lugar, dado o seu elevado valor, correspondente ao triplo do valor do contrato, que mostra ter sido intenção dos interessados assegurar-se de que o contrato prometido seria de facto concluído; em segundo lugar, por resultar das demais cláusulas do contrato – nas quais ficou convencionado que a quantia de 10 000 000\$00 entregue pelo autor aos réus o foi a título de “sinal e princípio de pagamento” e que a execução específica da promessa poderia ser sempre acionada – que foi intuito das partes, mediante a estipulação duma pena de tão avultado montante, retirar-lhe o carácter de antecipação da indemnização devida em caso de incumprimento, sublinhando com nitidez o seu carácter compulsório, isto é, de pressão ao cumprimento. III - O regime dos arts. 810.º e 811.º do CC não se aplica às cláusulas penais compulsórias, mas apenas às de natureza indemnizatória, como logo se pode inferir da conjugação do texto do n.º 1 do art. 810.º com o n.º 3 do art. 811.º. Estando de todo ausente da pena exclusivamente compulsória qualquer intuito indemnizatório, em caso algum ela poderá constituir, segundo a vontade das partes, a liquidação de um dano, o que permite afirmar que ela extravasa do âmbito definido pelo art. 810.º, n.º 1 do CC, e balizado, depois, no art. 811.º do CC. IV - Todavia, tal não quer dizer que a norma do art. 812.º do CC não possa e até deva aplicar-se às cláusulas penais compulsórias, desde logo porque o preceito não faz qualquer distinção entre os diversos tipos de cláusulas, não se vendo nenhuma razão de ordem material, substantiva, para que o intérprete a faça, já que o excesso manifesto, a evidente desproporção, único fundamento que justifica a intervenção do tribunal em nome da equidade, é susceptível de ocorrer em todos os tipos de cláusulas penais, quicá até com maior premência nas de natureza compulsória; depois, porque este artigo encerra um princípio de alcance geral, destinado a corrigir abusos no exercício da liberdade contratual, sempre possíveis em razão da ligeireza, da precipitação ou da menor reflexão com que as partes atuam, males estes não raro induzidos pela pressão que a escassez de tempo para bem decidir coloca sobre os contraentes. V - Decretada judicialmente a redução equitativa da cláusula penal compulsória, não há lugar à dedução (subtração) do sinal entregue pelo contraente faltoso nos termos da cláusula referida em II: a parte cumpridora, nesse caso, tem o direito de fazer seu o sinal prestado e, além disso, de exigir a entrega da cláusula penal já objeto da redução operada”.

CAPÍTULO VI – DIREITO DE RETENÇÃO

1. Direito de Retenção – Função de coerção e garantia

A lei consagra o direito de retenção no art.754.º do CC, elencando no art.755.º do CC um rol de situações em que tal direito se constitui.

Todas reconduzíveis à observância de três requisitos cumulativos: a) o crédito a garantir resultar das despesas feitas por causa da coisa retida ou por danos por ela causados; b) a coisa ser detida licitamente - poder de facto sobre a coisa. A qual é condição necessária mas não bastante para a retenção²³⁰; c) o devedor da entrega da coisa ser simultaneamente credor daquela a quem ela é devida²³¹.

As garantias especiais de prestações podem operar por uma de duas vias: a pessoal ou a real. Quando, com vista a assegurar certo crédito se procede à afetação de coisas corpóreas, temos uma garantia real. Inclui-se nesta categoria o direito de retenção artº 754.º do CC.

O direito de retenção consiste num direito real de garantia e ao mesmo tempo um modo de compelir o devedor ao cumprimento²³².

Por um lado, possibilita ao seu titular que não entregue a coisa a quem a ela tem direito, enquanto este não cumprir uma obrigação que tem para com ele (carácter compulsório). Faculdade negativa de defesa, que comporta uma certa autotutela.

A consistência económica-jurídica do vínculo obrigacional é desta feita reforçada com a retenção da coisa.

Por outro, permite-lhe, em caso de venda do bem em execução, ser pago pelo seu valor com preferência a qualquer outro credor art.758.º e art.759.º do CC, do mesmo devedor que não disponha de privilégio imobiliário sobre ela²³³. Advirta-se que representa uma afetação jurídica - e não necessariamente a um gozo material, que pode até nem existir – cuja

²³⁰ O momento da entrega não equivale ao momento de constituição da garantia, terá que existir uma situação de incumprimento. Casos há em que o direito de retenção pode ser prévio ao vencimento da obrigação assumida, atentemos às situações da perda de benefício de prazo, previstas no art.780º, C.C.

²³¹ Dando eco às palavras de *Guilherme Moreira*: “O direito de Retenção é uma garantea que recae sobre um objecto determinado, de que está de posse o credor. Essa garantia anular-se-ia, porém, completamente, se não podesse ser oposta tanto contra o devedor como contra terceiros”, ob. cit., p. 236. Sobre o direito de Retenção ver: L. Menezes Leitão, *Garantia das Obrigações*, ob. cit., p. 239; Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, vol. II, ob. cit., p. 357; A .Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit. Pág1099; L. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit. pág. 163 e ss.

²³² Ver Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Direito de Retenção*, BMJ, n.º65,1957, p. 102

²³³ Acentuando que, a evolução da figura, propendeu em particular no ordenamento português, a colocar a tónica nesta função de garantia, Júlio Vieira Gomes, *Do Direito de Retenção (arcaico mas eficaz)*, CDP, 2005, p. 6.

publicitação (através da posse) possibilita a preferência do retentor aos demais credores. Este poder *direto, imediato e exclusivo*²³⁴ assume, em princípio, duas finalidades: a de coerção²³⁵ e a de garantia, numa dupla vertente: *compulsória e pecuniária*²³⁶. Quanto mais útil a coisa se apresentar, maior garantia a retenção assumirá.

É da precisa intercepção do valor com a utilidade – existindo proporcionalidade direta entre o valor da coisa e a sua utilidade - que emerge a presente garantia de cumprimento.

2. Mecanismo de tutela do direito de retenção

O art. 755º do CC prevê uma panóplia específica de situações em que a conexão, entre o crédito do retentor e a coisa retida, emerge de uma relação contratual, *maxime* contrato-promessa sinalizado, art.755º, nº.1, al. f) do CC

O beneficiário da promessa, titular do direito de retenção pode usar as ações destinadas à defesa da posse contra qualquer ato de esbulho, ainda que seja contra o próprio dono, art. 670.º, art. 758.º e 759.º do CC, para além de poder executar a coisa retida e de poder ser pago com preferência²³⁷ sobre os demais credores do devedor²³⁸.

Resulta daqui quedada a garantia do credor hipotecário, mesmo se anteriormente registada²³⁹.

A qual, será graduada atrás - seja na execução singular, seja na insolvência – do crédito do promitente-comprador. O que tem granjeado acérrimas críticas e verrinosas posições doutrinárias²⁴⁰.

²³⁴ Carneiro Pacheco (1911), ob. cit., p. 40.

²³⁵ Ver, J. Calvão da Silva

²³⁶ Assim, Menezes Cordeiro (1997), ob. cit. p. 550. Alguns autores mencionam uma terceira função: cautelar ou conservatória, cfr. Lina Bigliazzi Geri, *Profili Sistematici dell'Autotutela Privata*, vol.I, Giuffrè Milano, 1971, p. 88.

²³⁷ *No nosso sistema legislativo, onde há preferências especiais há direitos reais de garantia*, Paulo Cunha, ob. cit., 1939, p. 117.

²³⁸ Ora, conforme o art. 670º al. a) do CC “*Mediante o penhor, o credor pignoratício adquire o direito: a) de usar, em relação à coisa empenhada, das ações destinadas à defesa da posse, ainda que seja contra o próprio dono.*” Esta tese que nos parece pacífica toma-se evidente no exemplificativo acórdão do STJ, inserido no complemento do art. 759º do CC anotado de Abílio Neto que reforça este direito de retenção como direito real de garantia absoluta que vale *erga omnes*, mesmo contra o novo proprietário. *No contrato-promessa a “tradição da coisa” confere ao promitente-comprador o direito de retenção sobre ela pelo crédito (sinal em dobro, valor da própria coisa) que este eventualmente possa vir a ter contra o promitente-vendedor, em caso de incumprimento deste. O direito de retenção constitui o promitente-comprador na posse legítima da coisa transmitida pelo menos enquanto não for pago o crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa, funcionando como lima espécie de penhora legal. Como garantia real, não está sujeito a registo e vale erga omnes, garantindo ao credor o direito de sequela sobre o objecto; e como verdadeiro direito absoluto, onera a coisa qualquer que seja o seu proprietário. Pode, consequentemente, ser defendido por meio de acção possessória mesmo contra o novo proprietário – arts. 759º, nº 3 e 670º, al. a) do CC”.*

²³⁹ Citando Mónica Jardim (2013): “*sempre que a preferência de uma garantia real dependa de registo, o mesmo é dizer, sempre que o grau de garantia seja fixado pela data de inscrição registal, não se pode dizer que a garantia existe, é oponível erga omnes e que apenas não viu consolidada tal oponibilidade. Na verdade, em virtude de a preferência da garantia real depender do registo, a própria garantia depende dele. Ou se já, antes do registo não há preferência e sem preferência não há oponibilidade erga omnes, portanto, antes do registo não há direito real de garantia*”. Registo como vinculador de segurança jurídica e certeza assente no brocardo *prior in tempore, potior in iure* é tolhido pelo regime de uma garantia legal.

²⁴⁰ Pela prevalência da hipoteca, não gozando até o promitente-comprador, no caso de incumprimento do contrato promessa, direito de retenção, à luz do novo CIRE, poderão ver-se a nível das Relações, os Acs. da RG de 14-12-2010 e RP de 13-12-2012. Na doutrina, Maria da Conceição da Rocha Coelho in *O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção* Tese de mestrado Universidade Católica Portuguesa,

Não obstante, a jurisprudência constitucional ter reafirmado em sucessivos acórdãos, a constitucionalidade da solução legal (porque não contrária ao *princípio da proporcionalidade*, tampouco ao da *proteção da confiança*)^{241 242}.

Antes de respondermos a esta e outras questões até porque se trata de efetivo ponto prévio, há que debruçar sobre os trâmites gerais do processo de insolvência, pois a invocação do direito de retenção ocorre, precisamente, aí para efeitos de graduação de créditos,

3. O Direito de retenção do no regime insolvencial

As raízes do direito de retenção remontam à Roma Antiga tendo na sua essência a, então, designada *exceptio doli* que configura um mecanismo que procurava garantir ao possuidor de boa-fé o ressarcimento das despesas tidas com a coisa objeto de reivindicação²⁴³.

Em Portugal a figura recua ao tempo das Ordenações Filipinas cuja importância crescente é manifesta nas inúmeras alterações legislativas de que fora alvo e que culminam em 1980²⁴⁴ com o reconhecimento do direito de retenção ao beneficiário de promessa com *traditio rei*.

A lei portuguesa concede, no caso objeto de estudo, o direito de retenção a um sujeito que não estaria obrigado à restituição, ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa.

A hipótese mais útil (*situação típica*²⁴⁵) em tal domínio é a do promitente-comprador de um edifício ou fração autónoma deste para fim habitacional que obteve a tradição da coisa.

Por isso, sobre ele atentaremos doravante.

2011, pp. 39 e ss. Cfr. ainda as considerações de Cláudia Madaleno in *A Vulnerabilidade das Garantias Reais*, Coimbra Editora 2008 pp. 262 e ss; João Maldonado *O Direito de Retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca*, Tese de Mestrado in Revista Julgar. Salvador da Costa *O Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra 3ª Edição, *maxime* pp. 220 e ss. – nomeadamente levantando reservas à concessão do “direito de retenção” com prejuízo da hipoteca em caso de incumprimento do contrato promessa; Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 243, nota 552.

Em sentido contrário e conforme com o entendimento maioritário jurisprudencial, Pestana de Vasconcelos *Direito de Retenção Contrato Promessa e Insolvência*, in *Cadernos de Direito Privado* n.º 33, pp. 3 e ss; Luís Manuel Telles de Menezes Leitão, já no *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Anotado, 6ª Edição.

²⁴¹ Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela (com a colaboração de Henrique Mesquita), *código civil anotado*, Vol. I, cit.pág.778, A. Menezes Cordeiro, *O novíssimo regime do contrato-promessa*, in *Estudos do Direito Civil*, vol.I, Almedina, Coimbra, 1991, p. 87, A. Luís Gonçalves, *O direito de Retenção e a sua aplicação aos contratos-promessa*, RDES, 1988, p. 281.

²⁴² Cfr. Ac. do TC 22/04 de 14 de Janeiro de 2004 Relator Maria Helena Brito e Ac. do TC 698/05 de 14 de Dezembro de 2005 Relator Pamplona de Oliveira consultados in www.dgsi.pt.

²⁴³ Teresa Echevarria de Rada, en torno al *Derecho de Retención*, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Professor Luyis Díez-Picazo*, Thomson/Civitas, Madrid 2003, Tomo II, p. 1766.

²⁴⁴ O Direito de Retenção do Promitente-comprador foi oferecido pelo DL n.º236/80 de 18 de Julho que dispôs “ *no caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, o PC, goza, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente vendedor*”, leia-se, pelo sinal em dobro ou o aumento do valor da coisa nos termos previstos no art. 442.º n.º2 do CC.

²⁴⁵ Consideração destacada por A. Menezes Cordeiro que após dedicado estudo sobre a matéria concluiu “ a quase totalidade dos casos que chegam aos nossos Tribunais tem a ver com contratos-promessa relativos à habitação própria”, vide *Tratado de Direito Civil*, II, *Direito das Obrigações*, Tomo II, *Contratos, negócios unilaterais*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 401.

3.1. Efeitos do processo de insolvência no contrato-promessa

O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência²⁴⁶ foi revogado pelo art. 10.º do Decreto-Lei n.º53- 2004, de 18 de Março (alterado pelo DL n.º200-2004, de 18 de Agosto), que aprovou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

Os efeitos da insolvência sobre contratos-promessa em curso à data da declaração daquela encontram-se regulados no art 102.º e o art. 106.º do CIRE²⁴⁷.

Emanam deste último preceito, próprio do contrato-promessa de venda e de outros contratos onerosos, de que a compra e venda é paradigma, duas ilações indicáveis: só o contrato-promessa com eficácia real, regulado no art. 413.ºdo CC acompanhado de *traditio rei* veda a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência art. 106.º, n.º1 do CIRE.

Desta sorte, o promitente-comprador conserva o direito, em tal enquadramento, de exigir à massa insolvente a celebração do contrato prometido ou a execução específica da promessa²⁴⁸.

Em todas as demais configurações, de contratos-promessa não abrangidos pela hipótese precedente, seria válida a regra geral do art. 102.º que confere ao administrador da insolvência a opção entre celebrar o contrato prometido ou recusar o cumprimento da promessa, art.102.º, n.º 1 do CIRE.

Os efeitos da recusa do cumprimento pelo administrador de insolvência emanam do art. 102.º, n.º3, por remissão do disposto no n. 5 do art. 104.º do CIRE. Nesta medida, a contraparte do insolvente, fica impossibilitada de pedir o cumprimento ou a execução

²⁴⁶Na vigência do CPEREF - artigo 164º-A - o contrato-promessa que se encontrasse por cumprir à data da falência cessaria, com perda de sinal entregue ou restituição do sinal recebido Não obstante, o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores poderia “*optar pela conclusão do contrato-prometido ou requerer a execução específica da promessa que lhe seja facultada*”. Previa-se igualmente no nº 2 que “*tratando-se de promessa com eficácia real, o promitente adquirente poderá exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou recorrer à execução específica que lhe seja facultada; sendo o falido promitente-adquirente, ao liquidatário cabe decidir sobre a conveniência da execução do contrato satisfazendo a execução convencional*” Cfr. Maria do Rosário Epifânio *Os efeitos substantivos da falência*, Porto, 2000, Universidade Católica pp. 290 e ss; Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, Quid Iuris 3ª Edição pp. 428 e ss.

²⁴⁷ Atila-se, a bem da precisão, caso a declaração de insolvência ocorra depois da extinção da promessa, não há lugar à aplicação do artº 106 do CIRE, que, por se referir aos negócios em curso, pressupõe, natus, que o cumprimento das obrigações dela emergentes ainda se mostra possível: se o contrato se mostrar definitivamente incumprido, o promitente adquirente pode reclamar, na insolvência, o seu crédito e atuar o direito de retenção que o garante. Maneira que se o contrato promessa tiver sido resolvido antes da declaração de insolvência, não estamos face a um negócio em curso – mas perante um crédito integrado na massa insolvente; neste caso, verificando-se os pressupostos do direito de retenção, o crédito deve ter-se por garantido, ou, no caso inverso, será tratado, na ausência de garantia real de outra espécie, como comum.

²⁴⁸ Esclarecendo que se trata de um direito efetivo do promitente-comprador Cfr. Oliveira Ascensão *Insolvência: Efeitos Sobre os Negócios em Curso*, in Revista Themis, 2005.

específica da promessa, mesmo se em causa estiver uma promessa com eficácia real sem *traditio rei*, assim confinada a um crédito indemnizatório²⁴⁹.

Dúvidas não podem subsistir, no sentido de que não ocorrendo a entrega da coisa ao administrador cabe ponderar e decidir pelo (in) cumprimento do mesmo^{250 251}.

3.2. O direito de retenção do promitente-comprador no regime insolvencial

A questão central diz pois respeito à qualificação do crédito resultante do contrato-promessa com eficácia obrigacional e *traditio* para efeitos de graduação de crédito na situação de insolvência do promitente-vendedor.

Estará em causa um mero crédito comum ou crédito garantido?

O problema não é recente, na verdade, já no domínio do anterior Código Especial de Recuperação de Empresas e Falência era o mesmo alvo de querelas.

Alguns autores negaram à data a existência de direito de retenção nos casos de promessa com eficácia obrigacional e tradição da coisa. A base do entendimento passava por considerar o crédito como comum²⁵² ou por deixar de se poder qualificar o direito à restituição do sinal em dobro como “*crédito resultante do não cumprimento imputável à contraparte*”, que é predicado de aplicabilidade do art. 755º, nº1, al. f) do CC²⁵³.

Outros, porém, propendiam a admiti-lo²⁵⁴.

Em face do atual CIRE, a questão continua controvertida, certa corrente doutrinal manifesta-se no sentido da inadmissibilidade do direito de retenção²⁵⁵. Outra porém, acolhida pelo AUJ n.º4-2014²⁵⁶, consentem-no, como instrui Gravato de Morais^{257 258}.

²⁴⁹ Passim, Prof. Calvão da Silva, *Sinal e Contrato Promessa*, 12.ª Edição., p.164.

²⁵⁰ Salvo duas exceções: se alguma das partes cumpriu na íntegra a sua obrigação, ou havendo incumprimento definitivo.

²⁵¹ Sob pena de, caso o administrador não o cumpra, celebrando o contrato definitivo em conformidade, o promitente-comprador lançar mão da execução específica de harmonia com o estatuído nos artigos 827º, 830º e 442º nº 3, CC. Idem, Ac. do STJ de 20-10-2011 “*No caso de existir tradição da coisa para o promitente-comprador, que já cumpriu, totalmente, a sua contra-prestação, a recusa do cumprimento do contrato-promessa, na hipótese de insolvência do promitente vendedor, por parte do administrador de insolvência, já se não afigura possível, independentemente de o contrato-promessa ter ou não eficácia real. A recusa de cumprimento dos contratos a que se refere o art. 102 n.º 1 do CIRE não exige declaração expressa, nem forma especial, aplicando-se-lhe os princípios dos artigos 217º e 219º do CC*”, in www.dgsi.pt

²⁵² Rosário Epifânio, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Porto, 2000, p. 292.

²⁵³ Catarina Serra, *Efeitos da Declaração de Falência sobre o Falido*, 1998, p. 304. Luís Carvalho Fernandes/João Labareda, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, (Atualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º282/2007), *Procedimento de Conciliação Anotado, Legislação complementar, índices Ideográfico e Sistemático*, Lisboa, Quid Iuris, 2008 e *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado* (2ª edição atualizada de acordo com as leis n.ºs 16/2012 e 66B/2012 e o Código de Processo Civil de 2013).

²⁵⁴ Assim, se decidiu no Acórdão do S.T.J. de 28-5-02 (acessível em www.dgsi.pt), que, embora afirme que a: “*impossibilidade de cumprimento não é imputável à promitente alienante, mas à declaração da falência, defende a subsistência do direito de retenção em favor do promitente-comprador*”.

²⁵⁵ Cfr. Catarina Serra, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2008 e *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre os negócios em curso — em busca dos princípios perdidos*, in Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2013, p. 200.

²⁵⁶ Publicado no Diário da República, 1.ª Série, de 19/05/2014.

²⁵⁷ Vide, *Promessa Obrigacional de Compra e Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente Vendedor*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 29, p. 9 e ss. o qual apenas dela se distancia se entendida como restringindo-se apenas à posição do promitente-

Adiantando, a posição que reputamos por mais consentânea com a justiça social cumpre referir que o retentor não pode opor-se à execução, singular ou universal, movida por outros credores, mas é-lhe assegurada a posição preferencial que legitima a recusa em abrir mão da coisa até ao pagamento do seu crédito, faculdade que não desaparece pela accidental circunstância de o devedor se tornar insolvente ou haver um processo de falência²⁵⁹.

4. Os fundamentos do AUJ nº 4/2014

O Acórdão de 22 de Maio de 2013, anulado por decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Janeiro de 2014, veio uniformizar jurisprudência nos seguintes termos:” no âmbito de graduação de créditos em insolvência o promitente -comprador em contrato, ainda que com eficácia obrigacional com *traditio*, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento por parte do administrador da insolvência, goza de direito de retenção nos termos do estatuído no art.755.º, n.º1, f), do CC”. *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 al. f) do Código Civil”.*

comprador consumidor, o que, na sua lição, consubstancia um entendimento redutor dos correspondentes textos legais (DD. LL. n.ºs 236/80, de 18.07 e 379/86, de 11.11, incluindo os respetivos Preâmbulos). No entanto, em tudo o mais relevante aquele insigne civilista se mostra em harmonia com a sobredita uniformização.

²⁵⁸Ac. do STJ de 10-10-2014 Proc. 986/12.2TBFAF-G.G1.S1,Relator João Camilo, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 20-11-2014: “I - A verificação do direito de retenção previsto na al. f) do n.º 1 do art. 755.º do CC, basta-se com um contrato-promessa em que haja uma tradição da coisa prometida meramente simbólica. II - Para a mesma verificação, exige-se, porém, que o detentor no contrato promessa em causa revista a qualidade de consumidor”²⁵⁸ prevista no n.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31-07”.

Ac. do STJ de 19-04-2001 que transcrevemos dada a clareza de exposição: “A tradição da coisa exprime, na disciplina dos direitos reais, a transmissão da detenção de uma coisa entre dois sujeitos de direito, sendo constituída por um elemento negativo (o abandono pelo antigo detentor) e um elemento positivo, a tradicionalmente chamada *apprehensio* (ato que exprime a tomada de poder sobre a coisa). A al. b) do art. 1263.º do CC, na esteira de uma velha tradição romanista, confere igual valor à tradição material e à tradição simbólica. A tradição é material quando, p. ex., o livreiro entrega em mão o livro ao comprador, ou o vendedor de uma casa leva o comprador a entrar nela, abandonando-a, em seguida; será simbólica quando o vendedor de uma quinta entrega ao comprador os títulos ou os documentos que justificavam o seu direito, ou como nos antigos costumes, lhe entregava uma porção de terra do prédio ou, p. ex., uma cepa de uma vinha. A tradição material é, portanto, a realizada através de um ato físico de entrega e recebimento da própria coisa; a tradição simbólica é o resultado do significado social ou convencional atribuído a determinados gestos ou expressões. A relevância atribuída à tradição simbólica foi a natural consequência de nem sempre a *apprehensio* poder ser materialmente realizada, por impossibilidade objectiva ou subjetiva, mas o seu uso generalizou-se e diversificou-se de acordo com as necessidades do comércio jurídico. O valor simbólico de um ato depende, naturalmente, do tipo de coisa que se transmite, como supra ficou exemplificado e explicado. Mas também a *traditio* material varia de configuração e intensidade, de acordo com a natureza da coisa alienada. A chamada *traditio longa manu* ou *traditio oculis et affectu*, que exprimiam o consenso das partes junto das coisas transmitidas, com o significado de abandono e *apprehensio* sofreu, nos direitos romano e comum, uma evolução no seio da tradição material, para formas atenuadas de transmissão da coisa. A *traditio* material, suposta pelo legislador, não implica, portanto, um acto plasticamente representável, de largar e tomar, bastando-se com a inequívoca expressão de abandono da coisa e a consequente expressão de tomada de poder material sobre a mesma, por parte do beneficiário”.

²⁵⁹ Idem, Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp. 339 e ss.; Vaz Serra, *Direito de Retenção*, in *BMJ* 65º, pp.103 e ss.

Posteriormente, foi publicado o Acórdão de Uniformização de jurisprudência de 20 de Março de 2014²⁶⁰. O sentido da decisão precedente mantém-se, em geral, inalterado, envolvendo, no entanto, uma limitação no que ao alcance da mesma respeita.

Só os promitentes-compradores *consumidores* beneficiarão do direito de retenção. Saber se no quadro normativo do atual CIRE o crédito do promitente-comprador com *traditio* goza de direito de retenção é questão cuja resposta deverá ser dada essencialmente em função do nosso posicionamento aos argumentos aduzidos no AUJ n.º4 de 2014.

Nos dizeres de Holmes, “*a lei só será totalmente coerente quando estiver morta*”. O direito vigente é fruto de aprendizagem e busca contínua por aperfeiçoamento e adequação, e o Acórdão em apreço é seu apanágio.

4.1. Da lacuna ao lugar paralelo

A lei não aclara qual a consequência extraída da recusa de cumprimento nos casos em que o contrato-promessa (com *traditio*) reveste eficácia obrigacional.

A lacuna foi superada, pela jurisprudência, com apelo ao “*lugar paralelo*²⁶¹” resultante da conjugação dos arts. 106.º n.º 2 e 104.º n.º 1 do CIRE. As razões determinantes do que ali vem exposto (compra e venda com reserva de propriedade) são idênticas às que a promessa regula, o que validou, acertadamente, a sua aplicação, a ambas as situações²⁶².

Se atentarmos aos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso sem dificuldade se inferirá a proximidade do contrato promessa ao regime da compra e venda com reserva de propriedade. Pese embora, a reserva de propriedade e o contrato promessa com *traditio* serem institutos distintos, é irrecusável uma certa similitude entre o comprador e o promitente-comprador, motivando, em ambos os casos, medidas de tutela para uma análoga debilidade.

Tanto no primeiro, como no último, o sujeito aproveita as utilidades, virtualidades da coisa mas não possui possibilidade de liquidar à data o preço.

Tratando-se da venda com reserva de propriedade, a declaração de insolvência (do vendedor) permite à contraparte (comprador) exigir o cumprimento do contrato desde que a

²⁶⁰ Em breve súmula, o recorte factual não é difícil de apresentar. O contrato-promessa de alienação de frações prediais tem eficácia obrigacional, houve tradição, o promitente-vendedor foi declarado insolvente e o administrador recusou o cumprimento. O STJ declara que o crédito derivado do incumprimento, deve ser graduado à frente do crédito hipotecário que incide sobre as ditas frações. Cfr. ANEXO I

²⁶¹ Cfr. AUJ n.º4/2014.

²⁶² Na mesma esteira Ac. do STJ de 20-10-2010, Revista nº 273/05.2TBGVA.C1.S1, Relator Hélder Roque. Para um estudo aprofundado consultar: *A Reserva de Propriedade: Do Vendedor ao Financiador*, Maria Isabel Helbling Menéres Campos, Coimbra Editora, Almedina, 2013.

coisa lhe haja sido entregue, art.104.º n.º1 do CIRE. A venda pelo vendedor e a entrega da coisa constituem os requisitos necessários à recusa de cumprimento.

A expectativa de aquisição do comprador é aí tão consolidada que obstaculiza, sem mais, o direito de escolha do administrador de insolvência.

Acompanhando a teleologia subjacente a esta solução, qualificar a posição do promitente-comprador com tradição como menos vigorosa, parece desprovido de razão.

. A vontade das partes, na promessa e quanto ao contrato definitivo está, no geral, formada. Sá assim se entende a regra da imperatividade da execução específica nestas situações. A real motivação que encaminha à utilização do contrato promessa- não parece assentar, porventura só pontualmente, numa vontade efémera ou num vínculo enfraquecido. Só revela sentido, com os dizeres pertinentes de Pessoa Jorge²⁶³ *que o devedor tem liberdade psicológica na opção entre cumprir ou pagar a indemnização, mas não pode dizer-se que tenha a liberdade ético-jurídica de o fazer*".

Tratando-se de contrato-promessa com eficácia obrigacional, a declaração de insolvência do promitente-vendedor não logra fixar o montante indemnizatório.

Se durante a vigência do CPEREF a norma contemplada no art. 164.º-A,n.º1²⁶⁴, previa o regime de indemnização em termos parificados aos da solução civilista, art.442.º do CC²⁶⁵, no CIRE a norma não especifica, tampouco revoga. Não estando agora a disciplina expressamente prevista não pode deixar de aplicar-se o regime base²⁶⁶. O que permite concluir que, ao nível das consequências do incumprimento do contrato-promessa, o CIRE não operou modificação legislativa. E a ser assim, mantém-se aquele regime como matriz do preceito.

No entanto, à luz de uma interpretação literal do CIRE, a recusa de cumprimento do contrato-promessa com *traditio* pelo administrador de insolvência acarretaria o seguinte: - nenhuma das partes possuiria direito à restituição do que prestou, art. 102.º, n.º 3, al. a)) e por força do art. 104.º, n.º5 do CIRE, o promitente-comprador teria direito como indemnização a receber a diferença, se positiva, entre o valor da coisa objeto do contrato-prometido, na data da recusa, e o montante do preço que ainda teria que pagar, a qual constitui crédito sobre a insolvência.

²⁶³ ob. cit. p. 53.

²⁶⁴ Cfr. José Lebre de Freitas, *Aplicação no tempo do art.164º-A do Código de Falência – Anotação ao Acórdão do STJ de 09-05-2006*, Ver 827/06, in CDP,2006, n.º16.

²⁶⁵ Remetemos para o capítulo precedente.

²⁶⁶ L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Contrato Promessa e Insolvência – Ac. do TRC de 17-04-2007, Agravo 65/03*, CDP, 2008, n.º24, p. 62.

Qualquer que seja o mérito e o verdadeiro alcance destas formulações, questionamos se não será estranha a consignação de uma solução que representa um retrocesso do princípio geral do sinal, tal como estava anteriormente consagrado. Traduzindo uma afetação inadmissível dos direitos do promitente, o qual, não poderia recorrer à execução específica, art. 830.º do CC, nem solicitar o pagamento do sinal em dobro, art. 442.º, n.º2 do CC.

Parece-nos, não pode ter estado no espírito do legislador, sob pena de contradição, conceder uma fórmula indemnizatória contrária à base do preceito. A necessidade de uma sintonia entre os preceitos, ora em análise, implica resultado distinto, pois não se descortinam razões que fundamentem um tratamento de desfavor do promitente-comprador.

Desta sorte, só à luz de uma interpretação restritiva do art. 106º, nº2, do CIRE, estreitando o seu âmbito às promessas não sinalizadas, logramos unidade com o regime do sinal.

Devendo aplicar-se às demais (sinalizadas) – a disciplina civilista do art. 442º, nº2 do CC.²⁶⁷.

4.2. A imputabilidade reflexa

O administrador de insolvência substitui, automaticamente, o insolvente nas ações patrimoniais²⁶⁸ em que este seja parte (à laia da apensação do processo e acordo da parte contrária)^{269 270}. Sucede-lhe, portanto, na gestão do património e atua de acordo com o que

²⁶⁷ Idem, Gravato Morais, *Promessa Obrigacional de Compra e Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente Vendedor*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 29, pp. 8 e ss.

²⁶⁸ Com exclusão dos atos processuais próprios e, bem assim, das ações que versem sobre direitos de Natureza pessoal. Neste sentido AC. do TRL de 13-09-2011, Relator Paulo Barreto: “*A constituição de arguido e o termo de identidade e residência constituem atos processuais com carácter próprio e pessoal tão acentuado que a sua aceitação, em representação do insolvente exorbita a natureza eminentemente patrimonial das funções do administrador de insolvência*”.

²⁶⁹ “*As ações relativas a bens que integrem o acervo da massa insolvente intentadas contra o devedor ou terceiro e as ações de feição patrimonial, intentadas pelo devedor, poderão ser apensadas ao processo insolvencial, a pedido do seu administrador com fundamento na conveniência. A apensação vigora à pendência do processo, encerrado que seja, a ação é desapensada e remetida para o Tribunal competente (art.233.º, nº4). À data de declaração de insolvência as ações pendentes contra o devedor assumirão uma de duas vias: são apensas ao processo, nos exatos termos descritos, são suspensas ou extinguem-se.*”, ob. cit., Coimbra Editora, 1999, p. 512.

²⁷⁰ Questão pertinente - e que não colhia unanimidade Jurisprudencial - é a de saber qual o destino de uma ação declarativa pendente, não apensa, para efeitos de reconhecimento do crédito. O Supremo Tribunal de Justiça vinha firmando Jurisprudência em prol da extinção por inutilidade superveniente da lide. Às palavras de José Lebre de Freitas: “*A impossibilidade superveniente da lide dá-se quando, por facto ocorrido na pendência da instância, a pretensão do autor não se pode manter, por virtude do desaparecimento dos sujeitos ou do objeto do processo, ou encontra a extinção fora do esquema da providência pretendida, a solução do litígio deixa de interessar por impossibilidade de atingir o resultado visado; aqui por ele já ter sido atingido por outro meio*”, apud João Rendinha, Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I.

O Ac. do STJ número 1 de 2014, publicado em D.R., 1ª série de 25 de Fevereiro de 2014 uniformizou jurisprudência: “*Transitada em julgado a sentença que declara a insolvência, fica impossibilitado de alcançar o seu efeito útil normal a ação declarativa proposta pelo credor contra o devedor, destinada a obter o reconhecimento do crédito peticionado, pelo que cumpre decretar a extinção da instância, por inutilidade superveniente da lide nos termos da alínea e) do art.287º. do C.P.C.*”

Neste sentido, entre muitos, o Ac. do STJ de 20-09-2011 Relator Garcia Calejo, e o Ac do mesmo Tribunal datado de 2-03-2010. Sob a argumentação de que a posição inversa abriria espaço a situações de conluio e favorecimento entre credores específicos ou falsos credores. Com entendimento distinto, os Acs do TRP 17-12-2008 Relator Maria Catarina, TRP de 22-09- 2009 Relatora Ana Lucinda Cabral, Ac. do TRP de 2-03-2010 Marques de Castilho e Ac. do TRL de 15-02-2011.

seja mais benéfico para a massa. De um lado, os interesses da massa insolvente, do outro, o interesse do credor (promitente).

O legislador para fazer face a este estado de coisas em que uma igualdade abstrata impera concedeu ao administrador de insolvência uma dualidade eletiva – a execução do contrato ou a recusa do seu cumprimento.

Limitado, teoricamente, o espaço próprio de atuação do administrador de insolvência, há que indagar, sobre o significado da *recusa*, da *culpa* e da *imputabilidade reflexa*. O conflito que aqui se estabelece, haja ou não direito de retenção, é entre o sentido que tais conceitos revestem no direito de insolvência.

Impõe-se um afinamento conceptual

A recusa não é um ato da contraparte do promitente-comprador, nem a mesma deve ser tida como culposa (mera possibilidade de que o administrador tem para exercer em prol da massa).

O acórdão mencionado assaca o incumprimento do insolvente mediante uma *imputabilidade reflexa*²⁷¹

A imputabilidade deve ser entendida, neste particular, como *ter dado causa a, ter motivado*²⁷².

Em última análise, deve considerar-se que o promitente deu causa à situação, desde logo, por uma eventual inércia em preparar o cumprimento²⁷³. O próprio art. 20.º.nº1 do CIRE estabelece factos índices cujo teor deixa já transparecer essa mesma “*imputabilidade*”.

Não pretendemos, frise-se, associar a culpa, enquanto pressuposto de incumprimento, à insolvência. O conceito de insolvência culposa (incidente) não coincide com a noção de culpa civilista.

No rigor dos conceitos, concebemos que a insolvência nem sempre significa incumprimento das obrigações, porquanto a insolvência pode ter sido fortuita, art.185.º e art. 189.º,n.º1 do CIRE.

Mau grado, há uma obrigação, um credor, um devedor e uma prestação não realizada e que pode *reflexamente* ser imputada à atuação do devedor²⁷⁴ visto o sinalagma funcional

²⁷¹ Ac. do STJ de 19-09-2006 relator Sebastião Póvoas: “a falência gera uma situação de impossibilidade objectiva e superveniente de cumprimento por parte do promitente-vendedor falido, a quem essa impossibilidade é imputável por se ter colocado em situação que não lhe permite satisfazer pontualmente as suas obrigações”, in www.dgsi.pt

²⁷² Passim, Gravato Morais, *Promessa Obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*, p. 8.

²⁷³ Brandão Proença, *do incumprimento do contrato-promessa bilateral*, ob. cit., p. 89.

²⁷⁴ Cfr. Menezes Leitão, *Direito de Insolvência*, 2ª Edição, Coimbra, 2009.

persistir mesmo em situação de insolvência ²⁷⁵. Uma “*imputabilidade reflexa*” causal da insolvência, considerando o comportamento do promitente vendedor na fonte refletida do processo falimentar.

Voltando ao círculo de casos e implicações práticas que a posição contrária –à por nós defendida e adotada no AUJ – traduz, esboçaremos quadro sinóptico, tendo por referência os seus argumentos .

Fosse o contrato resolvido antes da declaração de insolvência o credor poderia reclamar o seu crédito titulado com o direito de retenção, art.47.º, n.º4 al. a) do CIRE e o art.755 ºn.º1, al. f) do CC

Se tiver sido declarada a insolvência sem que tenha havido ainda incumprimento definitivo da promessa e se o administrador optar pelo cumprimento e depois não cumprir, a outra parte poderá resolver o contrato e exigir o sinal em dobro.

De forma distinta, a recusa de cumprimento conduziria, nos termos do art.106.º n.º2 do CIRE, à aplicação do art.104.ºn.º5 do CIRE onde se contempla a indemnização pela diferença, sendo que este remete, com a especialidade vertida, para o art.102.ºn.º3 do CIRE.

Uma dúvida metódica nos cerca, a de saber se tal não constitui um certo, contributo (patológico) para que os devedores relegassem ao domínio insolvencial a satisfação do (s) crédito (s) Sendo sabido de antemão que o montante indemnizatório assumiria aí valor inferior. Sendo certo que, a situação configura um recorte próximo ao do incumprimento definitivo do contrato, o qual, resulta de uma impossibilidade não muito apartada da espera de atuação, ora do PV, ora do Administrador de Insolvência.

Ainda em raciocínio hipotético: ficcionando não existir lacuna teleológica, atentemos ao suposto alcance do art.106 do CIRE, permanecendo, para o conseguir, espartilhados ao dogma e à solução imediata que resulta da lei na leitura superficial e não integrada da mesma.

Isto posto, o promitente-comprador que prestou sinal terá que abandonar o imóvel, onde porventura viverá, passando a ser credor comum de uma indemnização calculada nos termos do art.106ºdo CIRE e que pode estar limitada ao valor do sinal. De que viria a obter, em rateio geral, eventualmente, uma mera porção.

Aceitar (aparente) contradição valorativa entre a finalidade legal e a sua aplicabilidade prática é desvirtuar, parece-nos, o objetivo primordial: a proteção do interesse do adquirente cumpridor²⁷⁶ em prol de um conceptualismo desprovido de justiça material.

²⁷⁵ Cfr. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *O novo regime insolvencial de compra e venda*, in revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, III, 2006, p. 527.

A importância económica do contrato, a que uma frequência prática crescente corporiza, articulada à feição, por regra, assumida pelo promitente adquirente (vulgo consumidor) abrem caminho à solução mais justa que o problema exige. Repudiar a sua utilidade é tolher a realidade, constringendo concomitantemente os instrumentos jurídicos que devem estar ao serviço dos contraentes para melhor tutela de seus interesses.

Somos, por isso, conduzidos a uma interpretação restritiva do art.106.º, n.º2 do CIRE, retirando do seu âmbito a promessa sinalizada. Resulta da análise dos regimes civil e insolvencial a falta de regulamentação da situação da recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência no contrato-promessa sinalizado em que o promitente-vendedor (empreiteiro, mediador imobiliário) seja insolvente. Eis uma lacuna teleológica cujo suprimento requer o recurso à analogia. A qual, por sua vez, leva à aplicação do art.442.º do CC^{277 278}

Por outro lado, a teleologia radicada na concessão do direito de retenção ao beneficiário de promessa, art.755.n.º1, al f) do CC – em domínio de extra processo insolvencial, encontra justificação plena – e quiçá necessidade maior – após a declaração de insolvência.

Logo, a posição do promitente-comprador na promessa com eficácia obrigacional sinalizada e em que tenha ocorrido tradição, se o administrador recusar o cumprimento, consiste no crédito do direito à restituição do sinal em dobro (por uma imputabilidade reflexa como requisito de incumprimento) garantido por um crédito de retenção,

A graduação de créditos é geral para os bens da massa insolvente e especial para os bens a que respeitam direitos reais de garantia e privilégios creditórios gearis, art.140.º, n.º2 CIRE.

Logo, para o bem objeto da garantia.

Ou seja, se em tempo útil o credor garantido propuser a aquisição do bem, por preço superior ao da alienação prevista, o administrador de insolvência se recusar a proposta, fica vinculado a colocar o credor na situação que decorreria da alienação a esse montante, se vier a concretizar-se por preço inferior.

²⁷⁶ Gravato Morais, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente – vendedor*, Anotação Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º4/2014, Cadernos de Direito Privado (CDP), n.º46º, Abril-Junho 2014.

²⁷⁷ Idem, Calvão da Silva, ob.cit. Sinal, 12º Edição, p. 164 e ss.

²⁷⁸ A solução não é inovadora. O código civil de Macau, tendo por base, segundo Almeno de Sá a “*lógica do princípio da efetividade dos direitos do credor*”, alude a uma indemnização suplementar se o dano for consideravelmente superior ao valor do sinal, admitindo a redução judicial caso o valor fira a equidade”, in *Traços Inovadores do Direito das Obrigações* no Código Civil de Macau - o princípio de efetividade dos direitos credor, in BFD,LXXXV,1999, p. 558.

Por esta via, se permite, ao promitente garantido, que venha a adquirir o bem objeto de retenção²⁷⁹

*Expulsa pela porta principal a justiça ela acaba por regressar por outras vias*²⁸⁰ ., assim sucedeu, com o quadro gizado pelo AUJ n.º4-2014

4.3. A noção de consumidor

Toda a disciplina jurídica deve ser integrada no sistema a que pertence.

Os interesses do promitente-adquirente beneficiam de uma tutela especial na legislação portuguesa, dada a concessão de um direito de retenção nas promessas que envolvam a tradição do objeto prometido.

Como já referimos, a al. f) do n.º 1 do art. 755.º do CC não existia na versão primeira do diploma, tendo sido introduzida pelo Decreto-Lei 236/80, de 18 de Julho²⁸¹. Contudo, o preceito não divisa a categoria de promitente-comprador vulgo consumidor.

A inovação legislativa permitiu reforçar a posição jurídica do promitente-comprador, na medida em que a constituição de sinal e a *traditio* terem “subjacente uma forte confiança na firmeza ou concretização do negócio”.

Associada a esta querela e, independente da solução atingida, está o alcance da disposição em sede de processo de insolvência. Considerando os aspetos de natureza substancial. Uma vez declarada a insolvência existe uma natural reponderação de interesses mediante *reconfiguração da relação. no propósito de conciliar quanto possível as finalidades da insolvência com a situação da contraparte*²⁸² .

Nenhum interesse assume feição absolutista – é certo – mas questionamos a possibilidade de comprimir os (interesses) dignos de tutela reforçada (retentor) ao ponto de os relegar para a natureza de (credor) comum. Limitação que se nos vislumbra desadequada ao fim visado.

Vejamos.

²⁷⁹ Apud, J.C. Brandão Proença, Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes –adquirentes de bens imóveis(máxime, com fim habitacional), ob. cit., p. 8.

²⁸⁰ José Oliveira Ascensão, *O direito. Introdução e teoria geral, uma perspectiva luso brasileira*, 11.ª Edição., Almedina Coimbra, 2001, p. 49.

²⁸¹ interpretação restritiva do preceito é sustentada por Menezes Leitão.

Segundo o ilustre autor, o direito de retenção, tal como consagrado, só justifica existência na eventualidade de o promitente-comprador optar por uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, por ser esta a alternativa que melhor expressa a ligação do crédito com a coisa retida. A opção pelo sinal em dobro estaria afastada. É inegável que o direito de retenção surge por justaposição ao sistema do sinal, do art.442.º do CC. Todavia, não vislumbramos índice seguro, nem mesmo dúvida metódica que permita enquadrar a intenção do legislador naquele sentido L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol.I, ob. cit., p. 251. Partilhada por A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II, Direito das Obrigações*, Tomo II, contratos, negócios unilaterais, ob. cit., p. 401.

²⁸² Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Insolvência : efeitos sobre os negócios em curso*, ob. cit., p. 24.

Da leitura dos preâmbulos²⁸³ raia uma certeza, a ratio legislativa pautou-se pela tutela do promitente-comprador, por forma a fazer prevalecer o seu crédito quando em concurso com o hipotecário. No entanto, a referência feita, em mais de que um lugar, aos particulares parece permitir desde logo, completar o regime aberto com a noção de consumidor, parte *mais débil*, que a lei pretende tutelar²⁸⁴. É sabido, não existe um conceito único de consumidor, e por não haver uma referência expressa nem implícita deste conceito no art. 755º, nº, 1, al. f) do CC, temos de nos socorrer da Lei da Defesa do Consumidor, por tal diploma incorporar os princípios gerais do direito do consumo.

O conceito de consumidor²⁸⁵ vem definido no artº 2º, nº 1, da Lei nº47/2014, de 28/07: *”Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”*²⁸⁶.

Trata-se de uma pessoa figurada como uma entidade não profissional e, que se assume como parte mais fraca. O anteprojeto do Código do Consumidor, por seu turno, postula também uma noção restrita contemplada no art.10.º, permitindo no seguinte art.11.º, ampliar em certa medida, esse regime às pessoas coletivas (“se provarem que não dispõem nem deveriam dispor de competência específica para a transação em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade”) e às outras pessoas singulares (“que atuem na prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua atividade profissional”)²⁸⁷.

Entendemos ser esta a solução, ponderada, para o litígio em questão, constituindo a bitola do intérprete na concretização do consumidor, para efeitos de direito de retenção.

Partir do núcleo restrito do conceito, de consumidor, ampliado, em certos termos, quando a equidade o exigir, às pessoas coletivas, configura resultado equilibrado e consentâneo com a *ratio* legislativa

Protegendo quem efetivamente precisa de tutela – os consumidores.

²⁸³ “Ora o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, art.759.º, n.º2 do CC. Logo, não faltarão situações em que a preferência dos beneficiários de promessas de venda prejudique o reembolso de tais empréstimos. Neste conflito de interesses, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares” Preâmbulo do DL n.º379/86, de 11 de Novembro.

²⁸⁴ Cfr. A. Menezes Cordeiro, *Da retenção do promitente na venda executiva*, ROA, 1997. M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 432; J. C. Brandão Proença *Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)*, ob. cit., p. 14.

²⁸⁶ Para atingir o escopo do preceito, em apreço, invocamos os ensinamentos da mais balizada doutrina, a qual parte de quatro elementos, ínsitos no artigo 2º n.º 1 da Lei n.º 24/96 de 31 de Julho: *elemento subjetivo, elemento objetivo e um elemento teleológico*.

“O elemento subjetivo (“todo aquele”) parece aludir, numa primeira abordagem, a todas as pessoas, físicas ou jurídicas. Pese embora, a restrição que o elemento teleológico faz operar O elemento objetivo, por sua vez, possui alcance expressivo, englobando, todas as relações contratuais estabelecidas entre as partes. O elemento teleológico também consta da definição Sendo que o melhor critério para determinar se se trata de uma relação de consumo parece consistir no uso predominante dado ao bem”, Cfr, Carvalho, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito Nova de Lisboa, 2011, Lisboa, p. 25.

²⁸⁷ L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 2ª Edição., Almedina, 2013, p. 376.

A acompanhar a necessidade de tutela especial invocamos a proteção constitucional, máxime, a sua caracterização como um direito fundamental.

O art. 60.º da CRP consagra os direitos dos consumidores, segundo Vieira de Andrade os direitos dos consumidores têm de ser entendidos como direitos *formalmente fundamentais*,” incluídos no conjunto formal dos direitos mais importantes atribuídos às pessoas”, que integram o conjunto dos *direitos de terceira geração* (direitos económicos e sociais).

Com Cannaris, assomamos “*é o juiz que se esforça por evitar as contradições de valores ou de princípios, através de uma interpretação criativa do Direito*”, interpretação essa que AUJ em questão soube cuidar.²⁸⁸

5. Uma perspetiva abrangente

5.1. A *traditio* e a expectativa consolidada

Subjacente a esta tomada de posição está a forte expectativa que a *traditio* criou no promitente-comprador.

Do contrato promessa de compra e venda emergem simples prestações de facto jurídico positivo²⁸⁹ obrigação de emitir, no futuro, as declarações de vontade integrantes do contrato definitivo prometido.

Não entrevemos qualquer tipicidade de contratos com eficácia possessória, nada estorvando, à inclusão no contrato promessa, de uma cláusula que materialize a tradição da coisa, ou à celebração, paralela ao contrato promessa, de uma segunda convenção, que tradite a coisa prometida.

Independente da qualificação do promitente como possuidor ou mero detentor (objeto que extravasa a nossa exposição)²⁹⁰ a *traditio* exigida para que se constitua o direito de retenção reclama apenas a detenção material lícita da coisa, criando uma forte expectativa de estabilização do negócio e uma situação de facto socialmente atendível (celebração do negocio definitivo).

²⁸⁸ Cfr. Claus –Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, A. Menezes Cordeiro (tradução), Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 207 e ss.

²⁸⁹ Capítulo I do presente estudo.

²⁹⁰ A solução não é absoluta mas diferenciada erigindo a vontade das partes como critério definidor. Concluindo-se, v.g., que a *traditio* visou antecipar a realização das prestações objecto do contrato definitivo, o que sucederá, por exemplo, quando o preço está pago na totalidade ou em grande parte, e o promitente adquirente exerce sobre a coisa poderes de facto correspondentes ao direito real de propriedade, haverá posse nos termos deste último direito real.

Embora exista para garantir o promitente-comprador contra o incumprimento da outra parte, entende-se que o direito real de garantia se constitui e está latente a partir do momento em que tem lugar a tradição que é seu pressuposto, "*manifestando a sua plena utilidade e força*" quando o beneficiário dispõe do crédito por incumprimento da outra parte "sem necessidade de declaração prévia do tribunal"²⁹¹.

Estar-se-á, perante uma constituição de garantia de obrigação futura determinável²⁹².

Por tudo, o promitente-comprador no âmbito do contrato-promessa com tradição, goza, desde então, da proteção jurídica relativamente aos direitos emergentes do contrato, com uma retenção legítima sobre a coisa, enquanto não for pago o crédito (em sede singular ou universal - insolvencial)²⁹³.

Viabilizado a interpretação a que acima fizemos referência no tocante ao art.442.ºcc e art.755,n.º1, al. f) do CC ²⁹⁴.

5.2. A primazia da tutela da confiança, uma ordem de prevalência

O direito de retenção traduz-se na garantia de ver o crédito satisfeito com prevalência sobre os demais (*maxime* hipoteca anteriormente registada), não impossibilitando a apreensão da coisa que constitui objeto da massa. Talvez pudéssemos questionar a ordem de graduação, devendo alterar a regra quando o registo da hipoteca é anterior. Vários arautos doutrinários assim o clamam.

Porém, o legislador permanece indiferente aos argumentos apresentados, não introduzindo mudança de qualquer espécie ao sistema vigente.

A jurisprudência constitucional é unânime quanto à bondade da solução legal.

²⁹¹ Ac. do STJ de 24-4-2002, in ITIJ, proc. n.º 02B1136).

²⁹² Ac. do STJ de 10-02-2000, Relator Sousa Inês, CJ/STJ VIII-I-82.

²⁹³ Como se julgou no AC. do STJ de 04-10-2005, Relator Alves Velho, disponível in www.dgsi.pt – "*desde que o credor tenha um crédito relacionado, nos termos legalmente previstos, com a coisa retida, reconhece-se-lhe o direito de garantia, válido erga omnes e atendível no concurso de credores. Com efeito, o retentor não pode opor-se à execução, singular ou universal, movida por outros credores, mas é-lhe assegurada a posição preferencial que legitima a recusa em abrir mão da coisa até ao pagamento do seu crédito, faculdade que não desaparece pela accidental circunstância de o devedor se tornar insolvente e/ou haver um processo de falência.*" E cita em abono deste entendimento os Profs. Calvão da Silva ("*Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*", 339) e Vaz Serra ("*Direito de Retenção*", BMJ 65-103). A al. f) do nº 1 do artigo 755º do CC garante o direito de retenção ao beneficiário do contrato-promessa que obteve a tradição da coisa prometida, retenção que sobre ela incide, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável ao outro promitente, nos termos do artigo 442º. Pressupostos desta retenção são a tradição da coisa objecto do contrato-promessa e o incumprimento por parte do promitente alienante dessa coisa, tendo sido passada qualquer quantia a título de sinal. Trata-se de um direito "ope legis", que não precisa de ser declarado ou reconhecido pelo tribunal para operar, o que acontece automaticamente com oferta de proteção jurídica ao credor enquanto este não vir satisfeito o seu crédito. (cf., vg, os Acs. do STJ de 10-02-2000– CJ. /STJ VIII-I-82 e de 24-04-2002 – 02B1136).

²⁹⁴ Vide a este respeito Menezes Leitão, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Anotado, Almedina 6ª Edição, 2012, em anotação ao art. 106º; e ainda mesmo A. *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 181 e ss.

A norma do art. 759.º, n.º2 do CC quando interpretada no sentido de que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca anteriormente constituída e registada, não padece de inconstitucionalidade material, arts.2.º,13.º,18.º, n.º2,20.n.º1 e 165.º al. b), da CRP.

Por forma muito simplista e, em abono da construção de um raciocínio sedimentado em razão prática, somos levados a considerar que, por regra, havendo concurso entre credores, o credor hipotecário mantém a garantia e poderá ainda (porventura) ser satisfeito no seu crédito.

Pelo contrário, perdida a garantia do credor -promitente (como parte da doutrina pretende sustentar) será relegado o seu crédito para a categoria comum com improvável possibilidade de satisfação.

Incluir o promitente adquirente com *traditio* na classe de credores comuns seria inverter todo um regime que o legislador consagrou, sem alterar.

Por último, a não registabilidade do direito de retenção de que beneficia o promitente-comprador de um imóvel, por ter havido *traditio*, não exprime a existência de ónus oculto, em contraponto com o regime da hipoteca voluntária que tem necessariamente de ser levada ao registo²⁹⁵.

Reproduzindo os ensinamentos, pela clareza de exposição, de Galvão Teles: “os credores não podem queixar-se pelo facto de o direito de retenção não estar sujeito a registo.

Em primeiro lugar porque o registo não é aplicável a todas as coisas. Inclusive a todos os imóveis (pense-se nos privilégios creditórios). Depois, e esta é uma ideia relevante: o direito de retenção envolve por si publicidade de facto. Os credores hipotecários só têm que averiguar quem na realidade habita ou tem a posse do prédio. Não se diga que estão em causa direitos fundamentais, que não é o caso. Nem se pode falar de direitos análogos a direitos, liberdades e garantias. Está em causa apenas a organização económica dos bens. Não se vê que a concessão do direito de retenção ao promitente-comprador viole qualquer desses direitos dos credores hipotecários.

A diferença entre o regime do direito de retenção e a hipoteca é, portanto, inegável.

Não obstante, não é caso isolado.

Outrossim, no seio de outras garantias, que as não as criadas com cunho de autonomia privada – hipoteca judicial, privilégios creditórios do Estado, da segurança social e autarquias, art.97º. n.º1, do CIRE, a regulamentação, também, diverge. Com efeito, os privilégios

²⁹⁵ Ac. do STJ de 18-09-2007, Relator Fonseca Ramos, disponível in www.dgsi.pt

creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social denotam um regime particular.

Invocar o princípio *par creditoris* como fundamento de incursão por um entendimento contrário, ao ora exposto, assume contornos arriscados em domínio – se nos é permitido afirmar - tão rendilhado e díspar.

A igualdade *creditoris* sobrevém de uma certa aparência em processo marcado por níveis distintos de credores - *credores da massa, credores da insolvência que se subdividem em credores garantidos, credores privilegiados, credores comuns e credores subordinados*- cada um submetido a tratamento específico.

Sem olvidar, e se assim não se entender, o princípio *par creditoris* pode, excecionalmente, ser sacrificado em prol da tutela da confiança.

Referimo-nos àquelas situações em que a confiança das partes face ao contrato assume manifestações visíveis. Em particular, nos casos em que foi transferida a posse como sucede. no caso vertente, em que o promitente realça a convicção de que o contrato produzirá os seus efeitos em pleno.

5.3. A contratação em massa – uma inegável fragilidade

A natureza preliminar da promessa e eficácia obrigacional dota o contrato de uma inegável vulnerabilidade, fragilidade que um hiato considerável entre a conclusão e a celebração do contrato definitivo não é despiciendo, despoletando risco maior de incumprimento e insolvência.

As alterações legislativas fizeram-se acompanhar de um reforço da tutela dos promitentes-adquirentes de direitos reais sobre edifícios autónomos, quer no plano formal, mediante a exigência de requisitos²⁹⁶, dotando a promessa de uma maior segurança, quer através da concessão de mecanismos para debelar eventuais incumprimentos (execução específica imperativa, indemnização pelo aumento do valor atualizado, direito de retenção).

A correta interpretação do direito de retenção requer uma análise mais ampla ancorando teor sobre a *teleologia* do preceito²⁹⁷. A medida legislativa, assim delineada, inspira fundamento na proteção do promitente-comprador Avivamos a preocupação em conferir

²⁹⁶ Licença de construção, ficha técnica de habitação, Cfr DL N.º68/2004 de 25/3

²⁹⁷ Não constituindo, o estrutura gizada, novidade do direito português. A título de exemplo, no direito francês consagrou-se a atribuição do direito de livre resolução do promitente –adquirente. Poder unilateral mais próximo da revogação unilateral de que da resolução contratual. Vide, F. Gravato Morais, *O Direito de Revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, in SI, n.º307, 2006, p. 457.

especial tutela ao promitente que assume as vestes de *consumidor*. A tal, circunstancialismo soma um outro, de cariz contemporâneo.

Na esmagadora maioria de casos o contrato-promessa surge como preliminar de um contrato de compra e venda de unidade habitacional.

De um lado, o adquirente (consumidor), do outro o vendedor (empresário especializado), vinculados ao teor de minutas padrão, “*manifestação jurídica da moderna vida económica*”²⁹⁸, de que fazem parte as cláusulas contratuais gerais²⁹⁹.

Cláusulas, essas, redigidas genericamente para regularem todos os contratos singulares a celebrar em moldes típicos dos denominados *contratos de adesão*. Expressão que denota a situação da contraparte - mera aderente - como também, o sentido do consentimento - mera adesão.

O “*qui dit contractuel, dit juste*”³⁰⁰ parece, por isso, limitado de sentido ante a (vasta) contratação em massa. As particularidades narradas, como o desequilíbrio negocial, representam perigos potenciais para o aderente, que vê assim a sua liberdade negocial, e operacionalidade, diminuídas significativamente. A esta luz se alcança que, com Lacordaire se assevere, “*entre o forte e o fraco é a lei que liberta e a liberdade que oprime*”, atuando o legislador para impossibilitar que a liberdade contratual, de um, se transfigurasse em instrumento de opressão e de injustiça, de outro.

É a relevância social, presente a este tipo de contratos e por nós realçada, que abona a proteção traçada.

5.4. A justiça social e legislativa

O contexto em que se insere o quesito, em apreço, e a demanda de uma harmonia legislativa, conduzem-nos impreterivelmente, a pensar, que o direito de retenção do promissário deve colher ali aplicação em sede insolvencial.

²⁹⁸ Carlos Mota Pinto, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Coimbra, 1973, pp. 119 e ss.

²⁹⁹ As três características básicas das cláusulas contratuais gerais (CCG) são: a) a *pré-elaboração*; b) a *rigidez* ou inalterabilidade por via negocial; e, al. c) a *generalidade*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, pág.364; Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 6.ª Edição, p. 75.

O artigo 16º do mesmo diploma estatui que, “*na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado*”.

Vide António Pinto Monteiro - *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*, in ROA, Ano 62 - Vol. I - Jan. 2002.

³⁰⁰ “*Quem diz contratual, diz justo*”, de Fouillé (1838-1912).

Desiderato a tomar como ponto de partida e chegada na conciliação da unidade jurídica³⁰¹.

A inviabilidade de se poder recorrer mecanicamente a qualquer remédio metodológico que não com expressão literal, não impede, que reforçemos a ideia de que o legislador deveria ter ido mais longe, acudindo aos interesses subjacentes à promessa com *traditio rei* e à ratio legal do direito de retenção³⁰².

Com efeito, uma solução aparentemente correta, como a que decorre de uma mera interpretação literal do CIRE, pode syndicar repercussões nefastas às pretendidas pela intenção normativa.

Não deve então o intérprete deixar de ponderar³⁰³, em prol de juízos justos³⁰⁴.

A dilucidação desta problemática depende no essencial de uma meditação dos valores e interesses legítimos vigentes, na sociedade, em determinado momento histórico.

A indispensabilidade de escoltar a evolução económica e social, solicitada pela natureza prática do direito, é condição fundamental a uma correta percepção e discernimento dos problemas e, portanto, a uma solução apropriada às demandas práticas da vida, e logo à justiça material.

O resultado, a que chegamos, comporta, para nós – após cuidada reflexão e ponderação- sentido determinante da materialidade jurídica³⁰⁵.

³⁰¹ Por semelhante preocupação, correção da rigidez legal, foram plasmados outros instrumentos, de que são baluarte - a aplicação de o ideário de boa-fé sob as vestes de abuso de direito, a alteração anormal das circunstâncias enquanto revisora do contrato, art.437.ºcc – entendemos perspetivar o problema num horizonte mais vasto, em ordem a fazer prevalecer um regime de justiça material para o promitente com *traditio*, e no qual o direito de retenção se possa apresentar como real garantia.

³⁰² Afinal, “*O ciel du droit de rétion n’est guère serein aujord’hui*” – Pierre Crocq, *Sûretés et publicite foncière*, RTDciv,2004, p. 324 e ss .Não obstante, tal, não encontramos obstáculo para uma interpretação ampla do mesmo. *En passant*, avivamos a querela de há uns tempos sobre a retenção de coisa construída pelo empreiteiro. É hoje pacífico que o empreiteiro é titular de um direito de retenção, para obter o pagamento do preço do contrato, não obstante não ser referido no art. 755.º do CC.

³⁰³ A António Pinto Monteiro, *Contratos de Agência, de concessão e de franquia*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia, III, BFD, 1984, p. 303.

³⁰⁴ Com Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1988, p. 410: “*Juiz espera da lei, é-lhe lícito esperá-lo, que possibilite de modo geral uma resolução justa ou pelo menos plausível sob o ponto de vista da justiça. Caso seja defraudado nessa expectativa, isso é motivo suficiente para pôr em questão e examinar de novo a solução que seja a única justa. Mas existem resoluções que são de modo evidentes injustas. Se lhe for necessária uma determinada interpretação para emitir uma tal resolução tal tem para o juiz o significado de um sinal de alarme. O juiz perguntar-se-á então nas premissas por ele aceites não se terá acoitado algures um erro, e encontrará regra geral melhor via*”.

³⁰⁵ António Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, BFD, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 203 e ss.

CONCLUSÕES

É chegado o momento de tecermos algumas considerações finais a propósito do estudo que concretizamos ao longo destas páginas, sintetizando os resultados de investigação.

Experimentamos, em imagem metafórica, uma sensação um tanto ou quanto semelhante à que Micromégas³⁰⁶ terá sentido quando se deitou ao comprido nos Alpes. Misto de completude e concretização.

Múltiplas foram as questões doutrinárias encontradas em complexa problemática que a jurisprudência nem sempre logra uniformizar. Tentaremos condensar as reflexões feitas, pese embora, o destaque que merecerá o quesito mais controverso, ou seja, a qualificação do crédito resultante do contrato-promessa (com eficácia obrigacional e *traditio*) para efeitos de graduação de crédito na situação de insolvência do promitente-vendedor.

Adiantando, a posição que reputamos por mais consentânea com a justiça social cumpre referir que o retentor (promissário) não pode opor-se à execução, singular ou universal, movida por outros credores, mas é-lhe assegurada a posição preferencial que legitima a recusa em abrir mão da coisa até ao pagamento do seu crédito, faculdade que não desaparece pela acidental circunstância de o devedor se tornar insolvente ou haver um processo de falência.

Nos dizeres de Holmes, *a lei só será totalmente coerente quando estiver morta*.

O direito vigente é fruto de aprendizagem e busca contínua por aperfeiçoamento e adequação, e o AUJ em apreço parece apanágio de tais valores e princípios.

No domínio do CIRE, a lei não aclara qual a consequência extraída da recusa de cumprimento, por parte do administrador de insolvência, nos casos em que o contrato-promessa (com *traditio*) reveste eficácia obrigacional. A lacuna foi superada, pela jurisprudência, com apelo ao “*lugar paralelo*” resultante da conjugação dos arts. 106.º n.º 2 e art. 104.º ns.º 1 do CIRE. As razões determinantes do que ali vem exposto (compra e venda a com reserva de propriedade) são idênticas às que a promessa regula, o que validou, acertadamente, a sua aplicação, às duas situações³⁰⁷.

Se atentarmos aos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso sem dificuldade se inferirá a proximidade do contrato promessa ao regime da compra e venda

³⁰⁶ Voltaire, 1752

³⁰⁷ Na mesma esteira, Ac. do STJ de 20-10-2010, Revista nº 273/05.2TBGVA.C1.S1, Relator Hélder Roque. Para um estudo aprofundado consultar *A Reserva de Propriedade: Do Vendedor ao Financiador*, Maria Isabel Helbling Menéres Campos, Coimbra Editora, Almedina, 2013.

com reserva de propriedade. Pese embora, a reserva de propriedade e o contrato promessa com *traditio* serem institutos distintos, é irrecusável uma certa similitude entre o comprador e o promitente-comprador, motivando, em ambos os casos, medidas de tutela para uma análoga debilidade.

Tanto no primeiro, como no último, o sujeito aproveita as utilidades, virtualidades da coisa mas não possui possibilidade de liquidar à data o preço.

Tratando-se da venda com reserva de propriedade, a declaração de insolvência (do vendedor) permite à contraparte (comprador) exigir o cumprimento do contrato desde que a coisa lhe haja sido entregue, art.104.º n.º1 do CIRE. A venda pelo vendedor e a entrega da coisa constituem os requisitos necessários à recusa de cumprimento. A expectativa de aquisição do comprador é aí tão consolidada que obstaculiza, sem mais, o direito de escolha do administrador de insolvência.

Acompanhando a teleologia subjacente a esta solução, qualificar a posição do promitente-comprador com tradição como menos vigorosa, parece desprovido de razão.

A vontade das partes, na promessa e quanto ao contrato definitivo está, no geral, formada. Só assim se entende a regra civilista da imperatividade da execução específica, para casos como o vertente. A real motivação que encaminha à utilização do contrato-promessa não sugere assentar, numa vontade efémera ou num vínculo enfraquecido. Revelam sentido os dizeres pertinentes de Pessoa Jorge que: *“O devedor tem liberdade psicológica na opção entre cumprir ou pagar a indemnização, mas não pode dizer-se que tenha a liberdade ético-jurídica de o fazer”*³⁰⁸. Voltando à sequência gizada.

Tratando-se de contrato-promessa com eficácia obrigacional e *traditio*, a insolvência do promitente-vendedor, não permite ao promitente-comprador exigir o cumprimento do contrato.

Se durante a vigência do CPEREF a norma contemplada no art. 164.º-A, n.º1³⁰⁹, previa o regime de indemnização em termos parificados aos da solução civilista, art.442.º do CC³¹⁰, no CIRE a norma não específica, tampouco revoga. Não estando agora a disciplina expressamente prevista não pode deixar de aplicar-se o regime base³¹¹. O que permite

³⁰⁸ Ob. cit., p. 53.

³⁰⁹ Cfr. José Lebre de Freitas, *Aplicação no tempo do art.164º-A do Código de Falência – Anotação ao Acórdão do STJ de 09-05-2006*, Ver 827/06, in CDP,2006, n.º16.

³¹⁰ Remetemos para o capítulo precedente.

³¹¹ L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Contrato Promessa e Insolvência – Ac. do TRC de 17-04-2007, Agravo 65/03*, CDP, 2008, n.º24, p. 62.

concluir que, ao nível das consequências do incumprimento do contrato-promessa, o CIRE não operou modificação legislativa.

E a ser assim, mantém-se aquele regime como matriz do preceito.

Pelo que, à luz de uma interpretação literal do CIRE, a recusa de cumprimento do contrato-promessa com *traditio* pelo administrador de insolvência acarretaria o seguinte: -por força do art. 104.º, n.º5 do CIRE, o promitente-comprador teria direito como indemnização a receber a diferença, se positiva, entre o valor da coisa objeto do contrato-prometido, na data da recusa, e o montante do preço que ainda teria que pagar, a qual constitui crédito sobre a insolvência.

Qualquer que seja o mérito e o verdadeiro alcance destas formulações, questionamos a estranheza de uma solução que representa um retrocesso do princípio geral do sinal, tal como estava anteriormente consagrado. Traduzindo, essa solução, uma afetação inadmissível dos direitos do promitente, o qual, além de não poder recorrer à execução específica (art. 830.º do CC) também não obtém o pagamento do sinal em dobro (art. 442.º, n.º2 do CC).

Não pode ter estado, parece-nos, no espírito do legislador, sob pena de contradição, conceder uma fórmula indemnizatória contrária à base do preceito. A necessidade de uma sintonia normativa, ora em análise, implica resultado distinto, pois não se descortinam razões que fundamentem um tratamento de desfavor do promitente-comprador. Senão vejamos. Em raciocínio hipotético: ficcionando não existir lacuna teleológica, atentemos ao suposto alcance do art.106.º do CIRE, permanecendo, para o conseguir, espartilhados ao dogma e à solução imediata que resulta de leitura superficial e não integrada da lei. Isto posto, o promitente-comprador que prestou sinal terá que abandonar o imóvel, onde porventura viverá, passando a ser credor comum de uma indemnização calculada nos termos do art.106.º do CIRE e que pode estar limitada ao valor do sinal. De que viria a obter, em rateio geral, eventualmente, uma mera porção.

Aceitar a consequência (nefasta) que advém do regime é desvirtuar o objetivo primordial do tipo contratual: a proteção do interesse do adquirente cumpridor. A importância económica do contrato, a que uma frequência prática crescente corporiza, articulada à feição, por regra, assumida pelo promitente adquirente (vulgo consumidor) abrem caminho à solução mais justa que o problema exige.

Somos, por isso, conduzidos a uma interpretação restritiva do art.106.º, n.º2 do CIRE, retirando do seu âmbito a promessa sinalizada. Resulta da análise dos regimes civil e

insolvencial a falta de regulamentação da situação da recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência no contrato-promessa sinalizado em que o promitente-vendedor (empreiteiro, mediador imobiliário) seja insolvente. Eis uma lacuna teleológica cujo suprimento requer o recurso à analogia. A qual, por sua vez, leva à aplicação do art.442.º do CC.³¹²

O acórdão mencionado assaca o incumprimento do insolvente mediante uma “*imputabilidade reflexa*”³¹³ A imputabilidade deve ser entendida, neste particular, como “*ter dado causa a*”, “*ter motivado*”³¹⁴. Uma “*imputabilidade reflexa*” causal da insolvência, considerando o comportamento do promitente vendedor na fonte refletida do processo falimentar.

Neste sentido, deve considerar-se que o promitente deu causa à situação, desde logo, por uma eventual inércia em preparar o cumprimento³¹⁵. O próprio art. 20.º.nº1 do CIRE estabelece factos índices cujo teor deixa já transparecer essa mesma “*imputabilidade*”.

Não pretendemos, frise-se, associar a culpa, enquanto pressuposto de incumprimento, à insolvência. O conceito de insolvência culposa (incidente) não coincide com a noção de culpa civilista. No rigor dos conceitos, concedemos, a insolvência nem sempre significa incumprimento das obrigações, porquanto a insolvência pode ter sido fortuita, art.185.º e 189.º,n.º1 do CIRE.

Mau grado, há uma obrigação, um credor, um devedor e uma prestação não realizada e que só pode *reflexamente* ser imputada à atuação do devedor, visto o sinalagma funcional persistir mesmo em situação de insolvência³¹⁶. Com efeito, a situação parece configurar um recorte próximo ao do incumprimento definitivo do contrato, o qual, resulta de uma impossibilidade não muito apartada da espera de atuação, ora do PV, ora do Administrador de Insolvência. Observada que está a imputabilidade e o respetivo regime aplicável atentemos agora ao direito de retenção

A teleologia imanente à concessão do direito de retenção ao beneficiário de promessa, art. 755. n.º1, al f) do CC – em domínio de extra processo insolvencial, encontra justificação

³¹² A solução não é inovadora. O código civil de Macau, tendo por base, segundo Almeno de Sá a “*lógica do princípio da efetividade dos direitos do credor, alude a uma indemnização suplementar se o dano for consideravelmente superior ao valor do sinal, admitindo a redução judicial caso o valor fira a equidade*”, in Traços Inovadores do Direito das Obrigações no CC de Macau -o princípio de efetividade do s direitos credor, in BFD, LXXXV, 1999, p. 558.

³¹³ Ac. do STJ de 19-09-2006 Relator Sebastião Póvoas: “*a falência gera uma situação de impossibilidade objectivae superveniente de cumprimento por parte do promitente-vendedor falido, a quem essa impossibilidade é imputável por se ter colocado em situação que não lhe permite satisfazer pontualmente as suas obrigações*”, in www.dgsi.pt.

³¹⁴ Passim, Gravato Morais, *Promessa Obrigacional* de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor, p. 8.

³¹⁵ Brandão Proença, ob. Cit., *do incumprimento do contrato-promessa bilateral*, ob. cit, p. 89.

³¹⁶ Cfr. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *O novo regime insolvencial de compra e venda*, in revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, III, 2006, p. 527.

plena – e quiçá necessidade maior – após a declaração de insolvência. Como já referimos, a al. f) do n.º 1 do art. 755.º do CC não existia na versão primeira do diploma, tendo sido introduzida pelo DL 236/80, de 18 de Julho. A inovação legislativa permitiu reforçar a posição jurídica do promitente-comprador, de forma a evitar o prejuízo que poderia decorrer da prevalência do crédito hipotecário sobre o crédito do promitente. Sobrepondo os interesses em conflito propendemos a pender a balança para a tutela do promitente-comprador. Da leitura dos preâmbulos³¹⁷ raia uma certeza, a ratio legislativa pautou-se pela tutela do promitente-comprador, no entanto, a referência feita, em mais de que um lugar, aos *particulares* aponta sentido à noção de consumidor, enquanto parte *mais débil*, que a lei pretende tutelar.

É sabido, não existe um conceito único de consumidor, e por não haver uma referência expressa nem implícita deste conceito no art. 755.º, n.º, 1, al. f) do CC temos de nos socorrer da Lei da Defesa do Consumidor, por tal diploma incorporar os princípios gerais do direito do consumo. O conceito de consumidor³¹⁸ vem definido no art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º47/2014, de 28/07: *”Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”*³¹⁹.

Concretamente, trata-se de uma pessoa figurada como uma entidade não profissional e, que se assume como parte mais fraca. O anteprojeto do código do consumidor³²⁰, por seu turno, postula também uma noção restrita que o art.10.º contempla, permitindo no seguinte art.11.º, ampliar em certa medida, esse regime às pessoas coletivas (*“se provarem que não dispõem nem deveriam dispor de competência específica para a transação em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade”*) e às outras pessoas singulares (*“que atuem na prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua atividade profissional”*)³²¹.

³¹⁷ *“Ora o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, art.759.ºcc, n.º2 do CC. Logo, não faltarão situações em que a preferência dos beneficiários de promessas de venda prejudique o reembolso de tais empréstimos. Neste conflito de interesses, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares”* Preâmbulo do DL. n.º379/86, de 11 de Novembro.

³¹⁹ Para atingir o escopo do preceito, em apreço, invocamos os ensinamentos da mais balizada doutrina, a qual parte de quatro elementos, ínsitos no artigo 2.º n.º 1 da Lei n.º 24/96 de 31 de Julho: *elemento subjetivo, elemento objetivo e um elemento teleológico.* *“O elemento subjetivo (“todo aquele”) parece aludir, numa primeira abordagem, a todas as pessoas, físicas ou jurídicas. Pese embora, a restrição que o elemento teleológico faz operar O elemento objetivo, por sua vez, possui alcance expressivo, englobando, todas as relações contratuais estabelecidas entre as partes. O elemento teleológico também consta da definição Sendo que o melhor critério para determinar se se trata de uma relação de consumo parece consistir no uso predominante dado ao bem”,* Cfr, Carvalho, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito Nova de Lisboa, 2011, Lisboa, p. 25.

³²⁰ Cfr. Anteprojeto do *Código de Consumidor – Comissão do Código de consumidor*, Março 2006, disponível in www.acra.pt

³²¹ L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 2ª Edição, Almedina, 2013, p. 376.

Entendemos ser esta a solução, ponderada, para o litígio em questão, constituindo a bitola do intérprete na concretização do consumidor, para efeitos de direito de retenção. Partir do núcleo restrito do conceito, de consumidor, ampliado, em certos termos, quando a equidade o exigir, às pessoas coletivas, configura resultado equilibrado e consentâneo com a *ratio* legislativa. Protegendo quem efetivamente precisa de tutela – os consumidores.

A disposição do art.755,º, n.º1 do CC arvora-se então como princípio material de proteção do consumidor. O que permite restringir a sua interpretação à tutela que corporiza. A acompanhar a necessidade de tutela especial invocamos a proteção constitucional de que o consumidor beneficia, isto é, a sua caracterização como um direito fundamental, nos termos do disposto no art.60.º da CRP..

A tal, circunstancialismo soma um outro, de cariz contemporâneo.

Na esmagadora maioria de casos o contrato-promessa surge como preliminar de um contrato de compra e venda de unidade habitacional. De um lado, o adquirente (consumidor), do outro o vendedor (empresário especializado), vinculados ao teor de minutas padrão, “*manifestação jurídica da moderna vida económica*”³²², de que fazem parte as cláusulas contratuais gerais³²³. Cláusulas, essas, redigidas genericamente para regularem todos os contratos singulares a celebrar em moldes típicos dos denominados *contratos de adesão*. Expressão que denota a situação da contraparte - mera aderente - como também, o sentido do consentimento - mera adesão.

O “ *qui dit contractuel, dit juste* ”³²⁴ mostra compressão de sentido ante a (vasta) contratação em massa. A esta luz se alcança que, com Lacordaire se assevere, “ *entre o forte e o fraco é a lei que liberta e a liberdade que oprime* “, atuando o legislador para impossibilitar que a liberdade contratual, de um, se transfigurasse em instrumento de opressão e de injustiça, de outro. É a relevância social, presente a este tipo de contratos e por nós realçada, que abona a proteção traçada.

³²² Carlos Mota Pinto, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Coimbra, 1973, pp. 119 e ss

³²³ As três características básicas das cláusulas contratuais gerais (CCG) são: a) a *pré-elaboração*; b) a *rigidez* ou inalterabilidade por via negocial; e, c) a *generalidade*. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, pág.364; Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 6.ª edição, p. 75.

O artigo 16º do mesmo diploma estatui que, “*na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado*”.

Vide António Pinto Monteiro - *O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*, in ROA, Ano 62 - Vol. I - Jan. 2002.

³²⁴ “*Quem diz contratual, diz justo*”, de Fouillé (1838-1912).

Em suma, uma solução aparentemente correta, como a que decorre de uma mera interpretação literal do CIRE, pode syndicar repercussões nefastas às pretendidas pela intenção normativa. Não deve então o intérprete deixar de ponderar, em prol de juízos justos³²⁵.

A atitude descodificadora não é, pois, estranha ao sistema quando princípios mais altos se levantam. Buscando aí os fundamentos primeiros da vontade legislativa. A dilucidação desta problemática depende no essencial de uma meditação dos valores e interesses legítimos vigentes, na sociedade, em determinado momento histórico.

A indispensabilidade de escotar a evolução económica e social, solicitada pela natureza prática do direito, é condição elementar a uma correta percepção e discernimento dos problemas e, portanto, a uma solução apropriada às demandas práticas da vida, e logo à justiça material. Sob pena, de darmos corpo – e perdoem-nos o paralelismo – à personagem nascida à pena de Horácio³²⁶, o qual, em nome do rigor formal, planeava em projeto detalhado produzir ânforas mas daí só resultando marmitas, porque o molde do plano não servia ao modelo que possuía, na realidade.

O resultado, a que chegamos, comporta, para nós – após cuidada reflexão e ponderação-sentido determinante da materialidade jurídica³²⁷ *expulsa pela porta principal a justiça ela acaba por regressar por outras vias*³²⁸.

³²⁵ Com Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1988, p.410:

“Juiz espera da lei, é-lhe lícito esperá-lo, que possibilite de modo geral uma resolução justa ou pelo menos plausível sob o ponto de vista da justiça. Caso seja defraudado nessa expectativa, isso é motivo suficiente para pôr em questão e examinar de novo a solução que seja a única justa. Mas existem resoluções que são de modo evidentes injustas. Se lhe for necessária uma determinada interpretação para emitir uma tal resolução tal tem para o juiz o significado de um sinal de alarme. O juiz perguntar-se-á então nas premissas por ele aceites não se terá acoitado algures um erro, e encontrará regra geral melhor via”.

³²⁶ Quinto Horácio Flaco, *Sermonum Liber Primus*, apud Victor Hugo, *Nossa Senhora de Paris*.

³²⁷ António Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, BFSO, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 203 e ss.

³²⁸ José Oliveira Ascensão. *O direito. Introdução e teoria geral, uma perspectiva luso brasileira*, 11ª Edição, Almedina Coimbra, 2001, p. 49.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

2015

Ac. STJ, de 15-01-2015 (Tavares de Paiva), www.dgsi.pt

2014

Ac. TRP, de 07-04-2014 (Ana Paula Amorim), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 02-04-2014 (Alves Velho), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 26-06-2014 (Granja Fonseca), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 04-02-2014 (Alves Velho), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 28-10-2014 (Gabriel Catarino), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 02-10-2014 (Maria dos Prazeres Beleza), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 10-10-2014 (João Camilo), www.dgsi.pt

Ac. STJ, número 1 de 2014, D.R, 1º série de 25 de Fevereiro de 2014

2013

Ac. TRC, de 15-01-2013 (Henrique Antunes), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 08-05-2013 (Bettencourt de Faria), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 16-04-2013 (Nuno Cameira), www.dgsi.pt

2012

Ac. STJ, de 12-6-2012 (Nuno Cameira), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 6-11-2012 (Nuno Cameira), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 13-09-2012 (Serra Baptista), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 27-11-2012 (Mário Mendes), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 25-10-2012 (Azevedo Ramos), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 11-09-2012 (Fonseca Ramos), www.dgsi.pt

2011

Ac. STJ, de 29-11-2011 (Nuno Cameira), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 05-05-2011 (João Bernardo), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 12-07-2011 (Nuno Cameira), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 03-11-2011 (Álvaro Rodrigues), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 28-6-2011 (Sebastião Póvoas), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 24-5-2011 (Alves Velho), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 27-09-2011 (Nuno Cameira), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 20-10-2011 (Helder Roque), www.dgsi.pt
Ac. TRL, de 13-09-2011 (Paulo Barreto), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 20-09-2011 (Garcia Calejo), www.dgsi.pt

2010

Ac. STJ, de 27-01-2010 (Moreira Camilo), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 9-3-2010, (Moreira Alves), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 27-05-2010 (Custódio Montes), www.dgsi.pt
Ac. STJ de 09-02-2010 (Urbano Dias), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 09-03-2010 (Salazar Casanova), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 20-10-2010 (Hélder Roque), Revista nº 273/05.2TBGVA.C1.S1
Ac. TRP de 2-03-2010 (Marques de Castilho), www.dgsi.pt

2009

Ac. STJ, de 26-05-2009 (Azevedo Ramos), www.dgsi.pt
Ac. TRP, de 22-09-2009 (Ana Lucinda Cabral), www.dgsi.pt

2008

Ac. STJ, de 28-02-2008 (Azevedo Ramos), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 27-5-2008 (Salvador da Costa), www.dgsi.pt
Ac. STJ, de 8-4-2008, (Alves Velho), www.dgsi.pt
Ac. TRP, de 17-12-2008 (Maria Catarina), www.dgsi.pt

2007

Ac. STJ, de 18-09-2007 (Fonseca Ramos), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 13-3-2007 (Urbano Dias), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 13-12-2007 (Rui Maurício), www.dgsi.pt

Ac. TRG, de 18-10-2007, P.1511/2007, Col. De Jur., 2007,IV 295

2006

Ac. STJ, de 2-2-2006 (Araújo Barros), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 21-11-2006 (Borges Soeiro), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 22-6-2006 (Oliveira Barros), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 19-09-2006 (Sebastião Póvoas), www.dgsi.pt

2005

Ac. STJ, de 22-9-2005 (Oliveira Barros), www.dgsi.pt

Ac. TC, de 14-12-2005 (Pamplona de Oliveira), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 04-10-2005 (Alves Velho), www.dgsi.pt

2004

Ac STJ, de 09-11-2004 (Faria Antunes), www.dgsi.pt

Ac.TC, de 14-01-2004 (Maria Helena Brito), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 01-07-2004 (Ferreira de Almeida), www.dgsi.pt

2003

Ac. STJ, de 30-10-2003 (Ferreira de Almeida), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 9-10-2003, (Araújo Barros), Coleção Jurídica 2003-III-99

Ac. STJ, de 18-11-2003 (Salvador da Costa), www.dgsi.pt

2002

Ac. STJ, de 14-03-2002 (Ferreira de Almeida), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 24-4-2002 (Nascimento Costa), www.dgsi.pt

2001

Ac. TRC, de 30-01-2001, Coletânea de Jurisprudência, 2001,I, 24.

Ac. STJ, de 12-7-2001 (Araújo Barros), CJ (STJ), IX, 3, 30- III (v.33, 2ª col.)

Ac. STJ, de 19-04-2001, R.L.J., N.º 133.º, PP.367 E SEGS

2000

Ac. STJ, de 10-02-2000 (Sousa Inês), CJ/STJ VIII-I-82

1999

Ac. STJ, de 23-03-1999, CJSTJ, I, p. 172

1998

Ac. STJ, de 12-3-1998, Bol. 475-654

Ac. STJ, de 15-10-1998 (Roger Lopes), www.dgsi.pt

Ac. TRP, de 13-01-1998, Bol. Mint. Justiça 473-560

Ac. STJ, de 21-5-1998 (Silva Paixão), www.dgsi.pt

1997

Ac. STJ, de 9-1-1997, Bol. 463-544

1996

Ac. STJ, de 18-1-1996, Coletânea de Jurisprudência

1995

Ac. TRE de 2-11-1995, Coletânea de Jurisprudência, 1995, tomo V, p. 279-282.

Assento nº 3 de 1995, de 1-2-1995, D.R., n.º 95, de 22/04/95

Assento de 1-2-1995, DR de 22-04-95

1994

Assento nº 15 de 1994, de 28-6-1994, D.R., n.º 236, de 12/10/94

Assento STJ, de 26-1-1994 (Martins da Costa), www.dgsi.pt

1993

Ac. STJ, de 25-03-1993 (Miranda Gusmão), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 25-3-1993 (Miranda Gusmão), Bol. 425-510

Ac. TRL, de 04-11-1993, Coletânea de Jurisprudência 93-V-115

1992

Ac. STJ, de 3-11-1992 (Ramiro Vidigal), Bol. 421-392

1991

Ac. STJ, de 14-11-1991 (Tato Marinho), www.dgsi.pt

1989

Ac. STJ, de 21-2-1989 (José Calejo), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 2-11-1989 (Fernando Fugas), www.dgsi.pt

Ac. STJ, de 29-11-1989 (Castro Mendes), www.dgsi.pt

1988

Ac. TRE, de 21-01-1988, Coletânea de Jurisprudência 1988, 1, pág. 260.

1987

Assento de 21-07-1987 (Alcides de Almeida), www.dgsi.pt

1979

Ac. STJ, de 4-12-1979, (Corte Real), www.dgsi.pt

1977

Ac. STJ, de 8-3-1977, BMJ, n.º 265, pág. 210

1974

Ac. STJ, de 2-07-1974 (Arala Chaves), www.dgsi.pt

1972

Ac. STJ, de 25-02-1972 (João Moura), www.dgsi.pt

BIBLIOGRAFIA

ABREU, ERIDANO DE

— Da doação de direitos obrigacionais em Direito, Separata da revista O direito, 1953, pp. 217 a 235

ALARCÃO, RUI NOGUEIRA LOBO DE

— A confirmação dos Negócios Anuláveis, Atlântida Editora, 1972

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE

— Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação, Almedina, 2013

— Contratos II – Conteúdo. Contrato de Troca, Almedina, 2007

— Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Volume I, Almedina, Coimbra 1972

— Direito do Consumo, Almedina, 2005

— Orientações de política legislativa adotadas pela Diretiva 1999/44/CE sobre venda de bens de consumo. Comparação com o Direito português vigente, Themis, Volume. II, n.º 4, 2004

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

— Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Estudos de Direito do Consumidor, Volume 5, Coimbra, 2003

ANDRADE, MANUEL DE

— Teoria Geral da Relação Jurídica – Volume II– Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, Almedina, 2003

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA

— Direito dos Contratos Comerciais, Almedina, 1997

ASCENSÃO, OLIVEIRA

— Insolvência: Efeitos Sobre os Negócios em Curso, Revista Themis, 2005

— O Direito. Introdução e Teoria Geral, uma perspetiva luso brasileira, Almedina, 11ª Edição, 2001

— Teoria Geral do Direito Civil Volume III, Almedina, 2013

— Direito Civil – Reais, Almedina, 2012

CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÈRES

A Reserva de Propriedade: Do Vendedor ao Financiador, Almedina, 2013

CANARIS, CLAUS-WILHELM

— Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, A. Menezes Cordeiro (tradução), Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

CARVALHO, JORGE MORAIS

— Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito Nova de Lisboa, 2011

— Manual de Direito do Consumo, Almedina, 2ª Edição, 2014

— Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, Coleção Teses, Almedina, 2012

CARVALHO, ORLANDO DE

— Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, 2012

COELHO, MARIA DA CONCEIÇÃO DA ROCHA

— O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção - Tese de mestrado Universidade Católica Portuguesa, 2011

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

— Estudos do Direito Civil, Volume I, Almedina, 1991

— Da Boa Fé no Direito Civil, Almedina, 2013

— Direitos Reais, Lex-Edições Jurídicas, 1993

— Tratado de Direito Civil I, Almedina, 2005

— Direito das Obrigações, Volume II, reimpressão, AAFDL, 2001.

COSTA, MARIANA FONTES DA

— O dever pré-contratual de informação, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, pp. 367 a 394

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA

— Direito das Obrigações, Almedina, 2014

- Contrato-Promessa – Uma Síntese do Regime Vigente, Almedina, 9ª Edição, 2007
- RLJ, ano 124, p. 95
- Anotação ao AUJ n.º4/98, de 5/11, RLJ, ano 131, p. 244
- RLJ, Ano 116-373 e 375 e Ano 119-21
- RLJ, Ano 119, p. 320
- Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, Coimbra Editora, 1984
- COSTA, SALVADOR DA**
- O Concurso de Credores, Almedina, 3ª Edição, 2009
- DELGADO, ABEL PEREIRA**
- Direito do Contrato-Promessa, JDF, Lisboa, 1974
- ENGLISH, KARL**
- Introdução ao Pensamento Jurídico, Fundação Calouste Gulbenkian, 10ª Edição, 2010
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO**
- Os efeitos substantivos da falência, Porto, Universidade Católica, 2000 pp. 290 e ss
- FARIA, RIBEIRO**
- Direito das Obrigações – jVolume I, Almedina, 2003
- FERNANDES, L. CARVALHO**
- Lições de Direitos Reais, Quid Juris, 2009
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO E LABAREDA, JOÃO**
- Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência – Anotado, Quid Iuris, 3ª Edição, 2000
- Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado (Atualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º282/2007), Lisboa, Quid Iuris, 2008
- FREITAS, JOSÉ LEBRE E RENDINHA, JOÃO E PINTO, RUI**
- Código de Processo Civil Anotado, Volume I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008
- FONSECA, TIAGO SOARES DA**
- Do contrato de Opção. Esboço de uma teoria geral, Lisboa, 2001

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA

— Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Almedina, 2007

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE

— O conceito de interessado no art. 286.º do Código Civil e a sua legitimidade Processual, Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, 2007, pp. 363 - 386

— Anotação ao Acórdão do STJ de 09-05-2006, Ver.827/06, CDP, 2006, n.º16

GERI, LINA BIGLIAZZI

— Profili Sistematici dell'Autotutela Privata, Volume.I, Giuffrè Milano, 1971

GOMES, JOSÉ OSVALDO

— Loteamento – Promessa de compra e venda – Terreno sem alvará, ROA, Ano 41, n.º III, pp. 775 e ss

GOMES, JÚLIO VIEIRA

— O Direito de Retenção (arcaico mas eficaz), CDP, 2005, 11: 3 - 25

GONÇALVES, A. LUÍS

— O direito de Retenção e a sua aplicação aos contratos-promessa, RDES, 1988

GOMES, JANUÁRIO

— Em Tema e Contrato Promessa, AAFDL, 1990

— Contratos Comerciais, Almedina, 2012

JORGE, PESSOA

— Direito das Obrigações - Volume I, AAFDL, Lisboa, 1976

— Forma da cláusula compromissória – Incumprimento do contracto-promessa, RFDUL, 172

JUSTO, SANTOS

— Direitos Reais, Almedina, 4ª Edição, 2012

LARENZ, KARL

— Metodologia da ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1988

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES

— Direitos Reais, Almedina, 4.ª Edição, 2013

— Direito das Obrigações. Introdução da Constituição das Obrigações, Almedina, 11ª Edição, 2014

— Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado, Almedina, 7ª Edição, 2013

— Direito de Insolvência, Almedina, 2ª Edição, 2009

— Garantias das Obrigações, Almedina, 2006

— O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática, EIDC, Volume I, Almedina, 2002

— Negociação e responsabilidade pré-contratual, ROA 60, I, 2000

LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE E VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES

— Código Civil anotado, Volume I, Coimbra Editora, 4ª Edição, 1985

— Código Civil Anotado, Volume II, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 1987

MACHADO, BAPTISTA

— Introdução ao direito e discurso legitimador, Almedina, 2014

— Pressupostos de resolução por incumprimento, Obra Dispersa, Braga, vol. I, 1991, pp. 129 - 131

— RLJ, ano 118, p. 55

— Direito das Obrigações – Volume I, AAFDUL, Lisboa 2001

MADALENO, CLÁUDIA

— A Vulnerabilidade das Garantias Reais, Coimbra Editora, 2008, pp. 262 e ss

MALDONADO, JOÃO

— O Direito de Retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca, Tese de Mestrado, Revista Julgar, 2010

MARTÍNEZ, MIGUEL ROYO

— Notas sobre la función de las arras en la contratación, EDELCE, SE, 1949

MENDES, CASTRO

— Teoria Geral do Direito Civil, AAFDL, II, 92, Hörster, A Parte Geral do Código Civil Português, 1998

MESQUITA, HENRIQUE

— Obrigações Reais e Ónus, Almedina, 2003

— Contrato Promessa com eficácia real modo de exercício e natureza jurídica do direito do Promissário, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferreira Correia, II, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Número especial, Coimbra 1989, pp. 792 e ss

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO

— Cláusula Penal e Indemnização, Almedina, 1990

— Contratos de Agência, de concessão e de franquia, Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia, III, BFD, 1984

— O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais, ROA, Ano 62, Volume I, Janeiro 2002

— Erro e Vinculação Negocial, Almedina, 2002

MORAIS , FERNANDO GRAVATO

— Contrato-Promessa em Geral, Contrato Promessa em Especial, Almedina, 2009

— Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor, Anotação Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º4/2014, CDP, n.º 46, Abril-Junho 2014

— O Direito de Revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão, SI, n.º 307, 2006, pp. 457

— Promessa Obrigacional de Compra e Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente Vendedor, Cadernos de Direito Privado, nº 29, 2011, pp. 8 e ss

— Liber Amicorum Mário Frota – A causa dos direitos dos consumidores, A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa como contrato de compra e venda, Almedina,2012.

MOTA DE CAMPOS

— Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia, 6ª Edição, Coimbra Editora, Março 2010

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

— Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1993

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO

— Princípios de Direito dos Contratos, Coimbra Editora, 1º Edição, 2011

— Ensaio sobre o Sinal, Coimbra Editora, 2008

— Cadernos de Direito Privado, n.º 14, Abril a Junho de 2006

— Direito dos Contratos Civis, AEDUM, 2006

OLIVEIRA, FERNANDO BAPTISTA DE

— O conceito de consumidor – Perspectiva Nacional e Comunitária, Almedina, 2009

PANTALÉON, FERNANDO

— Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 1719 - 1745

PIERRE CROCQ

— Sûretés et publicite foncière , RTDciv, 2004, pp. 324 e ss

PINTO, CARLOS MOTA

— Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica, RDES, Coimbra, 1973, pp. 119 ss

— Cessão da Posição Contratual, Almedina, 2003

— Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 4.^a Edição, 2012

PRATA, ANA

— O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil, Almedina, 2006

POTHIER, ROBERT JOSEPH

— Traité du contrat de vente et des retraits, in Oeuvres de Pothier, tomo III, M. Siffrein, Paris, 1821, pp. 297 e ss

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO

— Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, Almedina, 1996

RADA, TERESA ECHEVEARRIA DE

— Derecho de Retención, Estudios Jurídicos en Homenaje al Professor Luyis Díez-Picazo, Thomson/Civitas, Madrid 2003, Tomo II, p. 1766

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ

— Anotação ao Ac. STJ 18/5/1976, RLJ 110, 1977

— Direito de Retenção, Separata do BMJ, n.º65, 1957, pp. 102 e ss

— RLJ, ano 110, pp. 326

— Efeitos dos Contratos, Separata do BMJ, n.º 74, 1958

— RLJ, Ano 106-127, Ano 108-287, Ano 109-72 e Ano 110-245

— Anotação ao Ac. STJ de 21 de Dezembro de 1973, RLJ, ano 108, pp. 10, 11

SERRA, CATARINA

— O novo regime português da insolvência — Uma introdução, Coimbra, Almedina, 2008

— Efeitos da Declaração de Insolvência sobre os negócios em curso – em busca dos princípios perdidos, Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 200

— Efeitos da Declaração de Falência sobre o Falido, 1998, pp. 304

— Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado (2ª edição atualizada de acordo com as leis n.ºs 16/2012 e 66B/2012)

— Promessa Obrigacional de Compra e Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente Vendedor, Cadernos de Direito Privado, nº 29, pp. 9 ss

SILVA, JOÃO CALVÃO DA

— Sinal e Contrato-Promessa, Almedina, 12ª Edição, 2010

— Sanção Pecuniária Compulsória, Almedina, 1995

SIMONETTO, E.

— Termine Essenziale e identità dell'oggetto della prestazione, RTDPC, 1981, p. 1048

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO

— Manual dos Contratos em Geral, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2010

— Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 7.º Edição, 2010

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES E LIMA, PIRES DE

— Código Civil – Anotado – Volume I, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2010

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES

— Das Obrigações em geral – Volume I, Almedina, 10ª Edição, 2013

— Das Obrigações em geral – Volume II, Almedina, 10ª Edição, 2013

— RLJ, Ano 119º, pp. 345

— Sobre o Contrato-Promessa, Coimbra Editora, 1989

VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE

O novo regime insolvencial de compra e venda, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, III, 2006, pp. 527

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE

— Contratos Atípicos, 2ª edição, Almedina, 2009

— Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2014

VASCONCELOS, PESTANA DE

— Direito de Retenção Contrato Promessa e Insolvência, CDP n.º 33, 2011, pp. 3 e ss

— Direito de Retenção em Contrato-Promessa e Insolvência, CDP, n.º 33, Janeiro/Março 2011

WEITNAUER, H.

— Die Elektive Konkurrenz, Festschrift für W.Hefermehl, 1976

ANEXO I

AUJ N.º 4 /2014

Processo 92/05.6TYVNG-M.P1.S1- 7.ªSecção Relator Távora Vítor

Uniformização de Jurisprudência

Descritores: Insolvência. Graduação de créditos. Contrato promessa de compra e venda. Incumprimento. Consumidor. Tradição da coisa. Sinal. Administrador de Insolvência. Direito de Retenção

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.

Decisão Texto Integral:

1. RELATÓRIO.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça em plenário das Secções Cíveis.

Na sequência da sentença que declarou a Sociedade Construções AA Lda. em estado de insolvência foram reclamados vários créditos entre os quais o de BB no montante de € 108.488,54 e o da Caixa Geral de Depósitos no valor inicial de € 3.489.328,30 entretanto reduzido para € 3.333.736,38.

Foi igualmente junto parecer pelo Exmo. Administrador de Insolvência, segundo o qual todos os créditos reclamados estão devidamente fundamentados.

A sentença que procedeu à graduação dos créditos reconheceu ao crédito reclamado por BB, o “direito de retenção” no tocante às frações prediais I e X, apreendidas para a massa, graduando-o antes do da Caixa Geral de Depósitos, garantido por hipoteca.

Desta decisão recorreu a Caixa Geral de Depósitos pedindo a revogação da mesma, de molde a que o seu crédito fique graduado acima do do reclamante cujo direito de retenção até questiona.

O Tribunal da Relação na procedência da apelação, revogou, na parte impugnada, a decisão da 1ª instância e determinou que, com o produto da venda das frações I e X do apenso de apreensão de bens, sejam pagos os créditos graduados segundo a seguinte ordem:

1º As dívidas da massa insolvente saem precípuas, na devida proporção, do produto da venda de cada bem imóvel;

2º Do remanescente, dar-se-á pagamento ao crédito hipotecário da Caixa Geral de Depósitos, S.A.;

3º Do remanescente, dar-se-á pagamento ao restante crédito privilegiado do Instituto de Segurança Social, I.P.;

4º Do remanescente dar-se-á pagamento aos créditos comuns (nos quais se inclui o do credor BB);

5º Do remanescente, dar-se-á pagamento aos créditos subordinados, caso existam, pela ordem prevista no artigo 48º.

Por seu turno inconformado, recorreu de revista BB, tendo pedido que se revogue o decidido na parte que a ele concerne, proferindo-se acórdão que consagre a decisão da 1ª instância. Ainda antevendo a hipótese de o julgamento levar à possibilidade de vencimento de solução

jurídica oposta à sua tese, no domínio da mesma legislação, requereu pois, nos termos do artigo 732º-A do Código de Processo Civil, o julgamento com a intervenção do Plenário de secções cíveis por forma a assegurar a uniformidade de jurisprudência.

Apresentou as seguintes,

Conclusões.

1) O ora recorrente veio, no âmbito do processo de insolvência de Construções AA Lda., reclamar, na qualidade de promitente comprador das frações I e AX um crédito na importância de 108.488,54 € correspondente ao preço integral das ditas frações, pago a título de sinal ao longo da relação contratual estabelecida, invocando o direito de retenção a que indubitavelmente tinha direito.

2) O seu crédito foi qualificado como privilegiado, não tendo sido impugnado pela credora hipotecária CGD.

3) A final foi lavrada sentença pelo Tribunal de Comércio de Vila Nova de Gaia, que reconheceu o crédito do recorrente como privilegiado, garantido pelo privilégio do direito de retenção sobre as frações em questão.

4) Inconformada com tal decisão veio a CGD interpor recurso para o Tribunal da Relação do Porto, que proferiu Acórdão em sentido contrário à primeira instância, abordando primeiro o instituto do direito de retenção considerando que o beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido goza de direito de retenção de acordo com a alínea f) do nº 1 do art.º 755º do Código Civil,

5) Acrescentando ainda que, atentando no disposto no art.º 604 nº 2 do CC verifica-se que no concurso de créditos e na presença de legítimas causas de preferência, a par da hipoteca, só existem os privilégios e os que conferem direito de retenção, mas havendo concurso do direito de retenção com a hipoteca, prefere o credor que tem aquela garantia real, sempre que a um credor for conferido o direito de retenção sobre uma coisa imóvel, o seu crédito fica graduado antes do crédito hipotecário - art.º 759º nsº 1 e 2 do CC. (sic).

6) Seguidamente, e no sentido de dar o seu cunho pessoal relativamente à apreciação das normas legislativas em questão, afirma que não se percebe porque é que para o legislador o beneficiário de promessa de transmissão a quem haja sido entregue o bem prometido merece mais proteção que o titular do bem ou do direito, de modo que quem tiver constituído hipoteca está sujeito a ver a sua garantia esfumar-se na execução hipotecária, para finalmente rematar e concluir que enquanto tal mudança legislativa não sucede o direito de retenção continuará a prevalecer sobre a hipoteca.

7) Relativamente ao contrato promessa com eficácia meramente obrigacional, no que aqui nos interessa, o Mto. juiz ad quem conclui que o cumprimento do contrato fica suspenso até que o administrador de insolvência declare optar pela execução ou recusa do cumprimento invocando o art.º 102º nº 1 do CIRE, que em si pode configurar-se como uma causa de justificação legal do não cumprimento, fazendo uma específica e restritiva interpretação do mencionado artigo por forma a dele extrair a conclusão de que, no âmbito da insolvência, não é de aplicar o art.º 442º do Código Civil à recusa de cumprimento do contrato promessa pelo AI, considerando que a inaplicabilidade deste artigo afasta o direito de retenção previsto no art.º 755º nº 1 al. f) do CC, ou seja, o crédito do reclamante/aqui recorrente tem que ser tratado como crédito comum.

8) O Tribunal considera que não pretendendo, expressa ou tacitamente o AI cumprir o contrato, não se lhe aplicam as consequências do art.º 442º do Código Civil alegadamente porque no âmbito da especificidade do processo de insolvência não seria aplicável o conceito civilista de incumprimento imputável a uma das partes. Como não existe um dever de cumprir, a ilicitude e a culpa, como pressuposto do funcionamento do art.º 442º do CC, seriam excluídas.

9) Para concluir e retirar ao aqui recorrente o privilégio que a lei confere ao promitente-comprador de fração imóvel em que haja tradição da coisa.

10) O recorrente discorda frontalmente desta construção jurídica em virtude dos artigos mencionados do CIRE - artigos 102º e 119º não excluírem simplesmente o referido privilégio - a determinação da fixação e da valorização dos créditos não se encontra aí especificamente regulamentada,

11) E parece fazer crer que hipoteticamente uma determinada entidade, promitente compradora ou vendedora, incumpra sistematicamente o contrato, torna-o impossível de facto, bastando apresentar-se à insolvência para que os efeitos do incumprimento contratual sejam lavados e ultrapassados - ora tal é insustentável.

12) O art.º 119º do CIRE diz-nos apenas que qualquer convenção das partes não pode excluir, ou limitar as normas anteriores (não existe aqui qualquer convenção) e o art.º 102º n.º 3 al. e) nada refere ou limita quanto ao crédito e inequivocamente não exclui o privilégio.

13) O CIRE tem uma norma clara e expressa que trata sobre os efeitos da insolvência quanto à extinção dos privilégios e garantias - art.º 97º e nele não está incluída a garantia de que beneficia o recorrente, não exclui nem colide com o privilégio atribuído ao recorrente. Aliás nenhuma norma do CIRE o faz, apenas o Mto. juiz ad quem o fez.

14) Todos os requisitos do direito de retenção previstos no art.º 755 n.º 1 alínea f) do CC são observados e cumpridos pelo aqui recorrente: é beneficiário de promessa de transmissão sobre uma coisa; obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, exercendo sobre ela um verdadeiro direito de propriedade, agindo como se dono dela fosse (pagando os respectivos consumos de água, luz, condomínio, fruindo sem reservas das suas frações, inclusivamente chegou a efetuar o pagamento do IMT nas Finanças conforme consta dos autos), e um crédito formado nos termos do art.º 442º do CC resultante do incumprimento do contrato promessa imputável ao promitente transmitente

15) A jurisprudência dominante vai no sentido de entender que o regime legal que atribui ao beneficiário de promessa de transmissão da propriedade de imóvel que obteve a tradição deste, tem direito de retenção pelo crédito derivado de incumprimento pelo promitente vendedor, prevalecendo esse direito sobre a hipoteca tendo como finalidade a tutela dos direitos e expectativas do consumidor no caso de aquisição de habitação, sendo a circunstância deste regime legal ter na sua base a tutela e segurança dos direitos dos consumidores, manifestando a prevalência, para o legislador, do direito dos consumidores à proteção desses seus específicos interesses, que legitima a restrição à confiança e segurança associadas ao registo predial, face ao disposto nos arts.º 60 e 65º da CRP.

16) Não podendo por isso considerar-se inconstitucional o facto de a sentença ter graduado o crédito do aqui recorrente à frente do credor hipotecário, como privilegiado por se entender tratar-se de um consumidor, como de facto o é, ao contrário do pretendido pela recorrida CGD.

17) Ainda relativamente à eventual inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 442º e 755º, ambos do Código Civil, há que tecer as seguintes considerações: o próprio Supremo Tribunal já repetidamente se pronunciou pela não inconstitucionalidade material das normas atrás mencionadas, nomeadamente no Acórdão de 18/09/2007 que refere que tais normas, especialmente o n.º 2 do artigo 442º e n.º 1 alínea f) do artigo 755º não violam os princípios da proporcionalidade, da proteção da confiança e segurança do comércio jurídico imobiliário e do direito de propriedade privada, ínsitos nos artigos 2º, 18º n.º 1 e 62º da Lei Fundamental uma vez que a concessão do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador não viola qualquer desses direitos fundamentais dos credores hipotecários, podendo entender-se mesmo que não estamos perante direitos fundamentais.

18) Mais ainda, relativamente às normas do CIRE - artigos 102.º n.º 2 e 119.º vem o Acórdão do Supremo de 27/11 /2007 afirmar que a recusa do cumprimento do contrato promessa pelo

AI provoca a extinção do contrato e essa recusa equivale a um incumprimento do insolvente Já que foi o insolvente que deu causa á insolvência, conclusão prevista no art.º 20.º do CIRE.

19) Essa mesma recusa gera um crédito sobre a insolvência previsto também no art.º 104.º n.º 5 específico para vendas com reserva de propriedade que pressupõem a não entrega de um bem, sendo por isso inaplicável ao caso dos autos, pois neste foi entregue uma coisa e houve pagamento substancial a título de sinal.

20) Ora não sendo aplicável in casu o n.º 5 do art.º 104º também não o é a remissão para o art.º 102º n.º 2 porquanto o art.º 119º apenas atribui natureza imperativa às normas dos arts.º 102.º ao 118.º, sempre do mesmo diploma legal, quanto a convenções das partes que pretendam excluir ou limitar o alcance de tais normas, mas já não quanto a outras normas jurídicas, não admitindo a letra do preceito outra interpretação.

21) Dada a impossibilidade de uma interpretação extensiva de tais normas acima mencionadas, sempre ter-se-á que aplicar o regime previsto para o incumprimento contratual dos contratos promessa previsto no art.º 442º do CC, sendo este incumprimento somente imputável ao insolvente, que se colocou em posição de não poder cumprir, que claramente é o caso dos autos, resultando tal previsão do art.º 799º n.º 1 do CC.

22) Importante será reter que o regime regra do art.º 759º do CC não é alterado pelo processo de insolvência e de toda a forma o art.º 102.º do CIRE nada diz acerca das garantias dos créditos, aplicando-se assim o n.º 2 do art.º 759 do CC que estipula claramente que o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, mesmo que esta tenha sido registada anteriormente, não permitindo a letra da lei outras interpretações.

23) Ainda que possam surgir posições em sentido contrario, nomeadamente o Acórdão do Supremo de 14/06/2011, mesmo assim sempre se esclarece que não terão aplicação neste caso concreto porquanto o mesmo prevê que o direito de retenção só tutela o promitente adquirente quando este for um consumidor, sendo que a norma do art.º 755 n.º 1 alínea f) do CC é uma norma material e excecional de proteção do consumidor e deve ser interpretada restritivamente para o beneficiar somente a ele.

24) Essa carência de proteção, essa necessidade de tutela do promitente adquirente/consumidor que a norma visa conceder verifica-se com maior acuidade ainda nos processos de insolvência face ao incumprimento, quer do próprio insolvente, quer do administrador de insolvência quando recusa o cumprimento do contrato prometido.

25) No caso em apreço dúvidas não restam que o aqui promitente-comprador/recorrente é um cidadão individual, um consumidor com cerca de 70 anos de idade que investiu as poupanças de uma vida nas frações que habita com o seu agregado familiar, tem a posse das mesmas, não é um comerciante ou profissional do ramo imobiliário,

26) Ao longo do tempo fez tudo o que estava ao seu alcance para outorgar escritura de compra e venda e só não atingiu os seus objetivos por culpa da insolvente, não tendo reclamado mais do que o sinal em singelo prestado, estando assim em condições de beneficiar, e merecer, toda a proteção que a lei lhe concede, devendo o seu crédito ser qualificado como privilegiado e à frente do credor hipotecário CGD, derivado do direito de retenção que indubitavelmente beneficia.

Contra-alegou a Caixa Geral de Depósitos pugnando pela confirmação do decidido terminando por propor que se negue a revista, mantendo-se a decisão recorrida e firmando-se jurisprudência no sentido de que: “No Domínio dos negócios em curso à data da declaração de insolvência um promitente-comprador de fração de edifício com traditio, cujo contrato-promessa (com eficácia meramente obrigacional não foi cumprido pelo administrador da insolvência não goza do direito de recebimento do sinal em dobro e da qualificação do seu crédito como garantido por via do direito de retenção”.

Entendendo o Sr. Presidente deste Supremo Tribunal de Justiça tudo indicar que a questão que nos ocupa nos presentes autos possa vir a surgir em vários outros determinou, ao abrigo do artigo 732º nº 1 do Código de Processo Civil, que se proceda a julgamento ampliado com vista a uniformização de jurisprudência, tal como havia sido requerido.

A Sra. Procuradora Geral Adjunta emitiu douto Parecer no sentido de que se profira decisão onde se consigne que “no âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador, ainda que com eficácia meramente obrigacional, com tradição que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador de insolvência, goza do direito de retenção nos termos do disposto no artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil, devendo o seu crédito ser graduado como privilegiado em confronto com o crédito hipotecário ainda que anteriormente constituído”.

A Caixa Geral de Depósitos fez juntar aos autos douto Parecer dos Profs. CC e DD em abono da tese que defende.

Cumpridas as formalidades legais, cumpre decidir.

*

2. FUNDAMENTOS.

O Tribunal da Relação deu como provados os seguintes,

2.1. Factos.

2.1.1. BB reclamou da massa falida o crédito de € 108.488,54.

2.1.2. No mapa a que se refere o artigo 129º, nº 2, do CIRE, junto a fls. 13/14, a Ex.^a Administradora de Insolvência reconheceu esse crédito, fazendo constar no espaço destinado à natureza do crédito: "Direito de Retenção".

2.1.3. Esse credor veio mais tarde, cumprindo despacho judicial, indicar que "as frações autónomas sobre as quais goza de direito de retenção são:

– Fração I destinada a habitação, localizada no 2º andar direito da Rua 25 de Abril, nº 255, Madalena, Vila Nova de Gaia, com lugar de garagem localizada na cave do mesmo prédio;

- Fração X, destinada a arrumos. Localizada na cave do prédio anteriormente descrito.

2.1.4. As frações em causa têm a descrição 00900/ 030894, freguesia da Madalena, da 1ª Conservatória do Registo Predial de Vila Nova de Gaia".

2.1.5. Por seu turno, a Caixa Geral de Depósitos reclamou o crédito de 3.489.328,30 €, entretanto reduzido para 3.333.736,38 € (cfr. fls. 59), também reconhecido e garantido por hipoteca.

*

2.2. O Direito.

Nos termos do preceituado nos arts.º 660º nº 2 e 684º nº 3 do Código de Processo Civil, e sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha, as conclusões da alegação de recurso delimitam os poderes de cognição deste Tribunal. Nesta conformidade e considerando também a natureza jurídica da matéria versada, cumpre focar os seguintes pontos:

- O direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato-promessa. Enunciado e estado da problemática.

- Direito de retenção e hipoteca: razões de uma atribuição e conseqüente prevalência.

- O contrato-promessa de compra e venda de imóveis no âmbito do CIRE. Incumprimento.

- Análise crítica dos momentos mais relevantes da tese contrária.

- Implicações constitucionais desta problemática.

+

2.2.1. O direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato-promessa; Enunciado e Estado da problemática.

Tendo sido decretada a Insolvência da Sociedade Construções AA Lda. e aberta a fase da reclamação e verificação de créditos, vários foram reclamados, entre os quais o da Caixa Geral de Depósitos e o de BB. O crédito da primeira beneficia de hipoteca, onerando os

prédios I e X, sendo certo que o credor supra-apontado foi indicado como gozando igualmente do “direito de retenção” sobre os mesmos para o pagamento da referida importância de 108.488,54, emergente do incumprimento de um contrato-promessa de natureza obrigacional reportado aos prédios acima identificados. Este último credor havia obtido a tradição dos imóveis em causa.

Está em causa saber se em contrato promessa incumprido pela promitente vendedora insolvente, o promitente-comprador que seja consumidor e a quem foram transmitidos os imóveis objeto do contrato meramente obrigacional, goza do “direito de retenção” sobre os mesmos para pagamento dos seus créditos, prevalecendo assim sobre o crédito hipotecário da Caixa Geral de Depósitos que sobre eles incidia. Tal análise será levada a cabo à luz do ordenamento civil vigente e do direito constitucional.

A problemática explanada não obteve resposta uniforme das instâncias. Efetivamente a 1ª instância reconheceu ao crédito do reclamante BB o “direito de retenção” e conseqüente prevalência perante o hipotecário; já a Relação, partindo do princípio de que estando em causa um crédito emergente de um contrato-promessa, sustenta que haverá que fazer, em sede geral, a destriça consoante o contrato tenha eficácia real ou meramente obrigacional; tratando-se da primeira hipótese - sendo pois a promessa oponível a terceiros, nos termos do artigo 413º nº 1 do Código Civil e se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador - o administrador da insolvência não poderá negar o cumprimento do contrato de harmonia com o estatuído no artigo 106º nº 1 do CIRE; caso contrário sujeitar-se-á às conseqüências previstas no artigo 104º nº 5 do mesmo Diploma Legal. Na segunda hipótese - que é aliás a do caso sub iudice - estando em causa um contrato-promessa com eficácia apenas obrigacional em que o promitente-comprador obteve a tradição da coisa, o Acórdão que analisamos revogou o decidido em 1ª instância, propendendo para a prevalência da hipoteca face ao crédito do reclamante, conferindo assim na graduação de créditos prioridade ao direito da Caixa Geral de Depósitos.

A Jurisprudência produzida sobre esta matéria mostra-se dividida, mau grado opte, maioritariamente, nestes casos pela concessão do “direito de retenção” e assim pela prevalência do crédito provido com tal direito sobre a hipoteca desde que haja tradição do objeto e ainda que o contrato tenha eficácia meramente obrigacional[1]. Também a Doutrina não congrega unanimidade face à problemática em análise, registando-se até de alguns setores propensão para a prevalência da hipoteca excluindo o “direito de retenção” do promitente-comprador maxime quando o contrato-promessa não tem efeito real e ainda que tenha havido tradição da coisa que a que se reporta[2].

2.2.2. Direito de retenção e hipoteca; razões de uma atribuição e prevalência.
O caso em análise.

O “Direito de retenção” regulado nos artigos 754º ss do Código Civil “consiste na faculdade que o devedor de uma coisa possui de a não entregar enquanto não for pago do crédito que por sua vez lhe assiste”[3]. Por seu turno a hipoteca é também uma garantia real que concede aos credores o direito a serem pagos pelo valor de certos bens em regra imóveis do devedor, estando os seus créditos devidamente registados[4]. O DL 379/86 de 11/11 alargou o “direito de retenção” a vários casos entre os quais nos cabe destacar o da alínea f) do nº 1 do artigo 755º quando estatui que goza de tal direito “o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte nos termos do artigo 442º”. Dispõe este normativo legal no seu nº 2 “Se quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente a faculdade de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou, ou, se houve tradição da coisa a que se

refere o contrato prometido, o seu valor, ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objetivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago”.

No caso em análise, o Administrador da Insolvência reconheceu ao reclamante, ora recorrente, o direito de retenção sobre as frações que foram objeto do contrato-promessa com tradição referidos nos autos. A 1ª instância entendeu que “a constituição de sinal e a tradição da coisa têm subjacente uma forte confiança na firmeza e concretização do negócio. Daí que se imponha com particular acuidade defender o mais possível o exato cumprimento do contrato e que a execução específica não resulte inoperante mercê da alienação da coisa a terceiro, quando a promessa se encontre destituída de eficácia real. Nessa mesma linha se concede o direito de retenção sobre ela. (...) Pode admitir-se que há transmissão da posse do promitente vendedor para o promitente-comprador, não por via do contrato-promessa mas por força do acordo negocial da traditio e da efetiva entrega da coisa. Neste caso o promitente-comprador que recebe a coisa e a usa como se fosse sua praticando sobre ela os atos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade, é um verdadeiro possuidor em nome próprio”; daí a concessão e prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca que recaía igualmente sobre as frações”.

A Relação optou por posição divergente, nos termos já antes referidos.

A súmula das posições baliza a problemática cabendo optar por uma delas; e inclinando-nos pela concessão e consequente prevalência do “direito de retenção” face à hipoteca, procuraremos justificar essa tomada de posição, cotejando-a com a tese segundo a qual a hipoteca prefere ao crédito do reclamante.

O DL nº 236/80 de 18 de Julho veio reforçar a posição jurídica do promitente-comprador nomeadamente no âmbito das transações de imóveis para habitação, conferindo-lhe em caso de incumprimento da outra parte e em alternativa ao direito ao sinal em dobro, também o valor da coisa desde que a mesma lhe tivesse sido transmitida encontrando-se pois em seu poder. Tal desiderato surge corporizado na alteração então introduzida ao nº 2 do artigo 442º do Código Civil. Por seu turno, o DL 379/86 de 11-11, além de haver modificado o normativo em análise veio ainda, coerentemente com tal alteração, elencar no âmbito dos titulares do “direito de retenção” a que se reporta o artigo 755º do Código Civil, o do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição do direito sobre a coisa a que se reporta o contrato prometido, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte de harmonia com o artigo 442º (então modificado)[5]. O Diploma de 1986 explica as razões que estiveram na base da alteração introduzida. A opção legislativa no conflito entre credores hipotecários e os particulares consumidores, concedendo-lhes o “direito de retenção” teve e continua a ter uma razão fundamental: a proteção destes últimos no mercado da habitação; na verdade, constituem a parte mais débil que por via de regra investem no imóvel as suas poupanças e contraem uma dívida por largos anos, estando muito menos protegidos do que o credor hipotecário (normalmente a banca) que dispõe regra geral de aconselhamento económico, jurídico e logístico que lhe permite prever com maior segurança os riscos que corre caso por caso e ponderar uma prudente seletividade na concessão de crédito[6]. Justificou-se destarte que na linha de orientação que vinha já do DL 236/80, a que acima fizemos referência, o mais recente Diploma que alterou o regime do contrato-promessa, tenha vindo balizar o âmbito e o funcionamento do “direito de retenção” nestes casos.

A Ré Caixa Geral de Depósitos - cuja tese obteve no geral o apoio da 2ª instância - discordando da solução que concede e faz prevalecer o direito do reclamante acima do crédito hipotecário, chama desde logo à colação o que entende genericamente ser “a injustiça de tal solução legal”. Aduz em abono da sua tese, que à publicidade da hipoteca, materializada pelo respetivo registo, se contrapõe o cariz oculto do “direito de retenção”, sendo de impossível

previsão precisamente por não gozar da publicidade que necessariamente acompanha a primeira. Um processo negocial oneroso, maduramente ponderado, pode soçobrar perante um expediente oculto, havendo ainda a possibilidade de através dele se propiciarem situações de fraude ao titular da hipoteca, dificultando ou impedindo o respetivo credor de ver pagos os seus créditos, já que, desde logo, este não pode impedir ulteriores vendas acordadas em termos que lhe podem ser intencionalmente lesivos[7]. Esta objeção, apesar de alertar para hipóteses que podem verificar-se, não tem, salvo o devido respeito, o relevo que lhe é dado. Começaremos por referir que o “direito de retenção” é apenas uma dentre outras garantias (v.g. os privilégios creditórios) de igual ou maior gravosidade com que se poderá defrontar o credor hipotecário no âmbito de um processo de insolvência[8]; e a sua inserção valorativa no seio do ordenamento jurídico é tão só o resultado de uma ponderação de interesses que a conjuntura social motivou no legislador graduar de uma determinada forma, acautelados os limites constitucionais. A tudo acresce que o “direito de retenção” é ainda, acima dos não registáveis, o mais transparente, já que tem, na generalidade dos casos, uma faceta visível em resultado da sua própria natureza; a do uso do objeto sobre que recai (na maioria imóveis para habitação) o que implica naturalmente, dada aquela compleição, a publicidade, que quase sempre funciona como aviso aos restantes credores em ordem a melhor poderem acautelar-se antes de optarem pela concessão de um crédito que comporta sempre certa álea de risco[9]. Aliás a proteção ao promitente-comprador que o legislador tem seguido nos termos apontados, também não pretende ver postergados os legítimos interesses do credor hipotecário, que tendo investido, por via de regra, capitais avultados financiando a construção do imóvel quer ver assegurado o respetivo retorno, acrescido dos juros devidos. Assim se compreende que a alínea f) do artigo 755º nº 1 seja entendida restritamente de molde a que se encontre a coberto da prevalência conferida pelo “direito de retenção” o promissário da transmissão de imóvel que obtendo a tradição da coisa seja simultaneamente um consumidor[10].

+

2.2.3. O contrato-promessa de compra e de imóvel no âmbito do CIRE. Incumprimento.

A declaração de insolvência provoca, como é sabido, efeitos nas relações jurídicas subsistentes a essa data. Quanto aos negócios não cumpridos, estatui o artigo 102º do CIRE: 1 – Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.

2 – A outra parte pode, contudo, fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este exercer a sua opção, findo o qual se considera que recusa o cumprimento.

3 – Recusado o cumprimento pelo administrador da insolvência, e sem prejuízo do direito à separação da coisa, se for o caso:

- a) Nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou;
- b) A massa insolvente tem o direito de exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor, na medida em que não tenha sido ainda realizada pela outra parte;
- c) A outra parte tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada;
- d) O direito à indemnização dos prejuízos causados à outra parte pelo incumprimento:
 - i) Apenas existe até ao valor da obrigação eventualmente imposta nos termos da alínea b);
 - ii) É abatido do quantitativo a que a outra parte tenha direito, por aplicação da alínea c);
 - iii) Constitui crédito sobre a insolvência;
- e) Qualquer das partes pode declarar a compensação das obrigações referidas nas alíneas c) e d) com a aludida na alínea b), até à concorrência dos respetivos montantes.

4 – A opção pela execução é abusiva se o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente improvável”.

Para a hipótese do contrato promessa, rege o artigo 106º o qual estatui que “1 – No caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador.

2 – À recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador da insolvência é aplicável o disposto no nº 5 do artigo 104º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor”.

Na vigência do CPEREF – artigo 164º-A, o contrato-promessa que se encontrasse por cumprir à data da falência extinguir-se-ia, com perda de sinal entregue ou restituição do sinal recebido, conforme os casos, mau grado isso não tivesse lugar de modo necessário, já que o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores poderia “optar pela conclusão do contrato-prometido ou requerer a execução específica da promessa que lhe seja facultada”. Previa-se igualmente no nº 2 que “tratando-se de promessa com eficácia real, o promitente adquirente poderá exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou recorrer à execução específica que lhe seja facultada; sendo o falido promitente-adquirente, ao liquidatário cabe decidir sobre a conveniência da execução do contrato satisfazendo a execução convencionada”[11]. O normativo que no CIRE trata desta matéria é o artigo 106º esclarecendo no seu nº 2 que “no caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador”[12]. Em tal hipótese e caso o administrador não cumpra o contrato celebrando o contrato definitivo em conformidade, poderá o promitente-comprador lançar mão da execução específica de harmonia com o estatuído nos artigos 827º, 830º e 442º nº 3 todos do Código Civil.

No entanto o artigo 106º supracitado não menciona a situação relativamente vulgar em que o contrato-promessa, mau grado de natureza obrigacional, foi acompanhado de tradição da coisa para o promitente-comprador; é também o caso que aqui analisamos. Dúvidas não há, que não se verificando a tradição da coisa e tendo o contrato efeito meramente obrigacional, ao administrador cabe ponderar e decidir pelo cumprimento ou não cumprimento do mesmo; isto só não sucede caso alguma das partes tenha cumprido na íntegra a sua obrigação e havendo incumprimento definitivo[13]. Contudo, havendo tradição da coisa, a norma não esclarece qual a consequência daí resultante; todavia tal omissão é ultrapassada fazendo apelo ao “lugar paralelo” resultante da conjugação dos artigos 106º nº 2 e 104º nsº 1 do CIRE (respeitante à venda com reserva de propriedade) aplicável no caso em análise, já que as razões determinantes do que ali vem exposto quanto ao que lá se regula (compra e venda a prestações) são idênticas às que aqui estão em causa[14]. Subjacente a esta tomada de posição está a forte expectativa que a traditio criou no “promitente-comprador” quanto à solidez do vínculo. Cimentada esta confiança, e “corporizada” destarte a posse, existe, na prática, do lado do adquirente um verdadeiro animus de agir como possuidor, não já nomine alieno mas antes em nome próprio[15]; a partir do momento em que o insolvente entregou as chaves dos prédios ao promitente-comprador, materializou a intenção de transferir para este os poderes sobre a coisa, faltando apenas legalizar uma situação de facto consolidada. Parificada tal situação com as hipóteses do efeito real dos contratos em termos de impedir a resolução respectiva, poderá assentar-se em que o incumprimento dá assim origem ao despoletar do “direito de retenção” a que se reporta o artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil viabilizado pela interpretação a que acima fizemos referência no tocante ao artigo 106º[16], pelo que assim sendo subsiste a preferência a que aludimos.

O Administrador não cumpriu o contrato, como é sabido e tal resulta até do facto de ter reconhecido o crédito no seu parecer junto.

Acrescentaremos, mau grado a questão não seja diretamente colocada em crise, que face ao incumprimento do Administrador, o crédito do reclamante sobre a insolvência tem a sua proteção assegurada no artigo 102º nº 3 alínea c), do CIRE atento o reconhecimento supra-aludido sendo certo que o aquele pede apenas uma quantia em singelo.

+

2.2.4. Análise crítica dos momentos mais relevantes da tese contrária.

O Tribunal da Relação opta, como vimos, por uma visão distinta desta problemática, com reflexos inerentes na solução a conferir-lhe. Na sua tese, declarada a insolvência, o artigo 102º do CIRE confere ao Administrador o direito a não cumprir a obrigação já que “sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que à data da declaração de insolvência não haja total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento”. Destarte, sendo a própria lei a admitir a possibilidade de não cumprimento por parte do administrador, tal significa que não há dever de cumprimento, o que necessariamente afasta a possibilidade de ilicitude e culpa, que supõem uma obrigação prévia de agir de outra forma; a reforçar este entendimento, argumenta ainda a CGD com o estatuído no artigo 119º do CIRE ao salientar nos seus nsº 1 e 2 que “1– É nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas anteriores do presente capítulo.

2 – É em particular nula a cláusula que atribua à situação de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira nesse caso à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos diversos dos previstos neste capítulo”.

Corolário lógico desta argumentação seria assim o afastamento do âmbito do CIRE da aplicabilidade do artigo 442º do Código Civil referente ao incumprimento do contrato promessa; a cominação constante do nº 2 desse normativo está dependente da constatação de culpa da parte não cumpridora. Só que esta, com a declaração de insolvência da Sociedade Construções AA Lda. transmudou-se, não sendo já a entidade que era, estando agora representada pelo administrador. Tal modificação traria consigo a impossibilidade de responsabilizar aquela pelo incumprimento do contrato-promessa, uma vez que já não subsiste juridicamente. Em consequência não haveria direito do promitente-comprador ao dobro do sinal prestado, desaparecendo de igual forma o seu direito de retenção. O respetivo crédito iria assim figurar na graduação com uma natureza meramente comum.

A Doutrina expendida no Douto Parecer junto vem em reforço desta posição.

Com o devido respeito, optamos pela solução contrária. Começaremos por referir que a norma do artigo 102º do CIRE acima transcrito se aplica, como se vê do próprio texto, “sem prejuízo do estatuído nos artigos seguintes”, conferindo de certa forma autonomia ao estatuído no artigo 106º; e aqui a lei é expressa ao referir que “no caso de insolvência do promitente vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador; a isto acresce que nada apontando, a nosso ver, para o facto de ter havido intuito de modificar com a entrada em vigor do CIRE a orientação legislativa ao nível das consequências de incumprimento da promessa do contrato e suprimindo pelo recurso ao regime da compra e venda com reserva de propriedade, a omissão da regulamentação do contrato promessa com efeito obrigacional e tradição do objeto, ficará o nº 2 do artigo 106º aplicável apenas ao contrato promessa com efeito meramente obrigacional e em que não tenha havido aquela tradição ao promitente-comprador[17]. Só aqui, e a menos que uma das partes tenha cumprido integralmente a sua obrigação, poderá o administrador optar por cumprir ou recusar a execução do contrato.

+

Não se aduza ainda, contra o entendimento exposto, que não há imputação de culpa a fazer em caso de insolvência porque com a declaração desta última, a relação jurídica existente, então reconfigurada, não a poderá comportar, já que ao insolvente se substitui e passa a figurar em juízo apenas a massa falida e o administrador; é para nós claro o cariz redutor deste entendimento; a insolvência não surge do nada, radicando antes e à partida no comportamento de uma entidade que se mostrou não ter cumprido as suas obrigações. Nestes casos já foi decidido e bem, neste Supremo Tribunal de Justiça[18], que se verifica uma imputabilidade reflexa considerando o comportamento da insolvente na origem do processo falimentar; acresce que, seria sempre a esta última que cumpriria afastar a culpa, que se presume, em matéria de responsabilidade civil contratual – artigo 799º nº 1 do Código Civil. Por último diremos que o artigo 97º do CIRE que se reporta à extinção de privilégios creditórios e garantias reais, com a declaração de insolvência, não enumera “o direito de retenção” no elenco dos extintos. Adiante-se ainda que, como bem salienta o recorrente, bastaria, caso contrário, que uma empresa promitente vendedora e incumpridora do contrato, se apresentasse à insolvência para evitar as consequências do incumprimento.

Em suma concluímos que não sendo afetado o contrato-promessa, mantêm-se os efeitos do incumprimento a que se reporta o artigo 442º nº 2 do Código Civil. Destarte o crédito pedido do reclamante, valor em singelo no montante de € 108.488,54, mantém a prevalência que lhe é conferida pelo “direito de retenção” tendo sido e bem, graduado acima da hipoteca da CGD.

+

2.2.5. Implicações constitucionais desta problemática.

Entende a CGD que a interpretação segundo a qual o âmbito do artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil se restringirá aos casos em que o promitente-comprador seja um consumidor viola a Constituição da República designadamente os princípios da segurança jurídica ínsito no princípio do Estado de Direito democrático constante do artigo 2º da Constituição da República, igualdade, proporcionalidade e confiança.

No tocante ao princípio da igualdade estatui o artigo 13º nº 1 da Constituição da República que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Mas seria ocioso tecer grandes considerações sobre aquilo que é de há muito um dado adquirido sobre aquele normativo: não se pode tratar de uma forma igual aquilo que à partida é desigual. Ora a dilucidação desta problemática depende essencialmente de uma ponderação dos valores e interesses legítimos vigentes na sociedade num determinado momento histórico. E considerações semelhantes valem também no tocante ao princípio da proporcionalidade, também informador do sistema jurídico; a sua aplicação ao caso concreto terá que fazer-se tendo em vista os valores que se entende constituírem os prevalentes na comunidade, harmonizando-os axiologicamente entre si[19]. Como em muitos outros setores do ordenamento jurídico, também aqui, ao nível do contrato promessa, o legislador no seu poder-dever de corrigir desequilíbrios e tomando em linha de conta os interesses e riscos em presença, entendeu propender para a proteção da parte mais débil, o promitente-comprador, face ao credor hipotecário, desde que aquele tivesse entregue ao outro outorgante o sinal e obtido a tradição do objeto do contrato. Assim e na linha do entendimento do que tem vindo a ser repetidamente decidido por este Supremo Tribunal e ainda pelo Tribunal Constitucional, não vemos que haja qualquer inconstitucionalidade naquela opção legislativa[20]. A acrescer ainda a estas razões, não pode igualmente esquecer-se que no momento em que a garantia hipotecária se constituiu, já estavam em vigor os artigos 755º nº 1 alínea f) e 759º nº 2 do Código Civil, o que reforça a necessidade de o credor hipotecário ter de acautelar-se contra os efeitos para eles possivelmente nefastos daquela preferência[21]. Não se argumente pois de igual modo que os princípios da previsibilidade e segurança seriam afetados pela concessão e prevalência do direito de retenção; trata-se de mais uma escolha do legislador, à semelhança de outras – v.g. créditos de trabalhadores - que evidencia claramente uma ponderação de

interesses em atenção à parte mais fraca no âmbito da relação contratual, o que implica necessariamente compressão de alguns direitos com vista à busca de uma solução mais equitativa; é o que sucede quanto à prevalência excecional do crédito emergente de contrato promessa ainda, que de natureza obrigacional, sobre a hipoteca, desde que se tenha verificado a tradição do respetivo objeto acompanhada pelo pagamento total ou parcial do preço[22]. Poder-se-á dizer, parafraseando um acórdão deste Supremo Tribunal[23], estarem assim presentes, na interpretação exposta das normas aplicadas, os critérios práticos da justa medida, razoabilidade e adequação material ínsitos no princípio da proporcionalidade que temos vindo a comentar.

Equacionada desta forma a problemática, especialmente sob o ponto de vista de ambos os reclamantes apontados no âmbito do processo de insolvência, diremos que a solução obtida encontra no contexto socioeconómico que vivemos, premente atualidade; é que se bem que as normas legislativas pertinentes, maxime as constantes do Código Civil, tenham tido na sua génese, de um modo especial, a inflação que se viveu entre o final da década de 70, aproximadamente até meados dos anos 80 do século passado, não é menos certo que o eclodir da crise económica que atravessamos, inesperada para a generalidade dos consumidores, trouxe consigo um elevadíssimo número de insolvências em que naturalmente se poderão surpreender questões desta natureza. Daí que o entendimento adotado se imponha com força redobrada[24].

Impor-se-á destarte revogar na parte impugnada o Acórdão da Relação, decidindo que em seu lugar fique a vigorar o estatuído em 1ª instância.

*

3. DECISÃO.

Nesta conformidade:

I - Acorda-se em conceder a revista revogando assim na parte impugnada o Acórdão da Relação e decidindo que em seu lugar fique, na parte impugnada, a vigorar o decidido em primeira instância, nos seguintes termos:

Com o produto da venda das frações I e X do apenso de apreensão de bens, sejam pagos os créditos graduados segundo a seguinte ordem:

1º As dívidas da massa insolvente saem precípuas, na devida proporção, do produto da venda de cada bem imóvel;

2º Do remanescente dar-se-á pagamento ao crédito do credor BB.

3º Do remanescente dar-se-á pagamento ao crédito hipotecário da Caixa Geral de Depósitos SA.

4º Do remanescente, dar-se-á pagamento ao restante crédito privilegiado do Instituto de Segurança Social, I.P.;

5º Do remanescente dar-se-á pagamento aos créditos comuns artigo 47º nº 4 alínea c).

6º Do remanescente, dar-se-á pagamento aos créditos subordinados, caso existam, pela ordem prevista no artigo 48º.

Custas pela recorrida.

*

De harmonia com o preceituado no artigo 732º-A do Código de Processo Civil uniformiza-se Jurisprudência nos seguintes termos:

= No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com tradição, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil. =.

Lisboa, 20 de Março de 2014. – Távora Victor (Relator) -Fernandes do Vale (subscrevo a declaração de voto do Exmo. Cons. Fonseca Ramos) - Granja da Fonseca - Fernando Bento - Tavares de Paiva - Silva Gonçalves - Ana Paula Boularot – Maria Clara Sottomayor -

Azevedo Ramos - Moreira Alves (com a declaração de voto que anexo) - Alves Velho (com declaração de voto, que junto) - Sousa Leite – Fonseca Ramos (anexo declaração de voto) – Ernesto Calejo – Helder Roque - Salazar Casanova (com declaração de voto) - Álvaro Rodrigues - Orlando Afonso - Sérgio Poças (Vencido. Acompanho nos seus termos o voto de vencido apresentado pelo colega A. Geraldes) - Gabriel Catarino (Vencido) - João Trindade (Vencido de acordo com a declaração do Conselheiro João Bernardo) - Abrantes Geraldes (com declaração de voto anexa) - Sebastião Póvoas (Vencido nos termos da declaração de voto junta) - Nuno Cameira (Vencido, conforme declaração de voto que junto) - Pires da Rosa (Vencido, conforme declaração que junto) - Bettencourt de Faria (Vencido conforme o voto de vencido do Cons. Lopes do Rego) - Salreta Pereira (Vencido conforme voto junto) - Pereira da Silva (Vencido, consoante declaração de voto que junto) - João Bernardo (Vencido conforme voto que junto) - João Camilo (Vencido) - Paulo Sá (Vencido com declaração que anexo) - Maria dos Prazeres Pizarro Beleza (Vencida, nos termos da declaração junta) - Oliveira Vasconcelos (Vencido, nos termos da declaração do Exmo. Conselheiro Lopes do Rego)- Serra Baptista (Vencido, nos termos da declaração de voto do Exmo. Conselheiro Lopes do Rego) – Lopes do Rego (Vencido, nos termos da declaração de voto junta) - Henriques Gaspar (Presidente)

Declaração de Voto

*

Voto o acórdão, mas não perfilho o paralelismo acolhido entre o Artº 106º nº 2 e 104º nº 1 do C.I.R.E., daí que, salvo melhor opinião, não possa concluir-se pela impossibilidade de o administrador recusar o cumprimento, quando o contrato - promessa é meramente obrigacional, ainda que tenha ocorrido tradição da coisa.

Assim, recusado o cumprimento, aplica-se o regime geral do Artº 102º nº 3, sem prejuízo do direito de retenção, havendo tradição da coisa.

Restringiria, por isso, a garantia ao valor do crédito que resultasse da aplicação do critério definido no citado nº 3 do Artº 102º do C.I.R.E. Lisboa, 13/3/2014

Moreira Alves

Declaração de voto.

Voto o acórdão.

Não acompanho, porém, os seus fundamentos quanto à convocação do “lugar paralelo” a que se refere o art. 104º-1 do CIRE (parte final do ponto 2.2.3) e à interpretação proposta para o n.º 2 do art. 106º do mesmo diploma (2º parágrafo do ponto 2.2.4).

Incluiria também no segmento de uniformização a menção de restrição da garantia do direito de retenção ao valor do crédito resultante da aplicação do disposto no art. 102º-3 do CIRE.

(Alves Velho)

Declaração de voto.

Não acompanho o trecho da fundamentação quando se afirma que, em relação ao promitente vendedor declarado insolvente, “se verifica uma imputabilidade reflexa” causal da insolvência, considerando o comportamento (ilícito) do promitente vendedor na origem reflexa do processo falimentar, porque, desde logo, a insolvência pode ter sido fortuita – arts. 185º e 189º, nº1, do CIRE.

Ligar o incumprimento do contrato promessa à opção (lícita) do administrador da insolvência em cumprir ou não cumprir o contrato em curso, contraria a opção potestativa daquele – art.

102º, nº1 do CIRE – ope legis desligada da actuação do insolvente, não sendo tal opção compaginável com o disposto nos arts. 798º e 799º do Código Civil.

A recusa do administrador da insolvência em executar o contrato promessa de compra e venda em curso de execução, em que era promitente-vendedor o ora insolvente, não exprime incumprimento de tal contrato mas “reconfiguração da relação”, tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo aqui aplicável o normativo do art. 442º, nº2, do Código Civil – “incumprimento imputável a uma das partes” – que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa, neste caso ficcionando que a parte que incumpre seria o administrador da insolvência na veste do promitente ora insolvente.

Fonseca Ramos

O administrador da insolvência pode optar por cumprir ou não cumprir o contrato-promessa em que houve tradição sem eficácia real (artigos 102.º/1 e 106.º/1 do CIRE) salvo se a opção for considerada abusiva (artigo 102.º/4 do CIRE). A opção pelo não cumprimento, em si lícita, radica, porém numa situação de insolvência, não eximindo a responsabilidade em que incorre o promitente que, deixando-se cair em insolvência, perde os poderes de administração e disposição dos seus bens que passam a competir ao administrador da insolvência (artigo 81.º/1 do CIRE).

O não cumprimento é, por conseguinte, imputável ao promitente insolvente, gozando de direito de retenção o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido (artigo 755.º/1, alínea f) do Código Civil).

A limitação do direito de retenção ao beneficiário da promessa que seja consumidor não é determinada pelo regime da insolvência, decorre da interpretação restritiva deste último preceito, afigurando-se-nos que vale para todos os casos em que o mesmo seja aplicável.

Lisboa, 20-3-2014

Salazar Casanova

A minha discordância relativamente ao decidido circunscreve-se apenas à explicitação de que o direito de retenção conferido pelo art. 755º, nº 1, al. f), do CC, apenas pode ser invocado no processo de insolvência nos casos em que o promitente-comprador, titular do crédito reclamado, tem a qualidade de consumidor.

Como decorre dos preâmbulos do Dec. Lei nº 236/80, de 18 de Julho, e do Dec. Lei nº 379/86, de 11 de Novembro, o objectivo fundamental das modificações que foram introduzidas no regime do contrato-promessa de compra e venda, designadamente no que se reporta à atribuição do direito de retenção em situações de traditio do bem, foi o de tutelar os interesses dos promitentes-compradores em geral, sem que o legislador tenha assumido formalmente a aludida limitação subjectiva. Por isso, não encontro motivos para a sua inscrição num acórdão de uniformização de jurisprudência proferido num processo em que, aliás, nem sequer foi discutida a qualidade em que o reclamante interveio no contrato-promessa de compra e venda.

Por conseguinte, além de sustentar a exclusão dessa limitação da fundamentação do acórdão, considero que a súmula jurisprudencial deveria ser a seguinte:

“No âmbito da graduação de créditos em processo de insolvência, o crédito do promitente-comprador emergente de contrato-promessa, ainda que com eficácia meramente obrigacional, em que tenha havido tradição da coisa, goza do direito de retenção, nos termos previstos no art. 755º, nº 1, al. f), do CC”.

Abrantes Geraldés

Declaração de Voto

Não subscrevo o Acórdão ora votado pelas razões que sumariamente (e o tempo disponível não me permite ser mais sucinto) passo a expor:

1. Em 19 de Setembro de 2006 relatei o Acórdão 06 A2335 tendo, além do mais, concluído que: “a falência gera uma situação de impossibilidade objectiva e superveniente de cumprimento, por parte do promitente vendedor falido, a quem essa impossibilidade é imputável por se ter colocado em situação que não lhe permite satisfazer pontualmente as suas obrigações.”

E que “tendo o falido recebido o sinal, a massa fica devedora do seu dobro”.

Finalmente, afirmou-se que “a alínea f) do artigo 755.º do Código Civil garante o direito de retenção – direito de garantia «erga omnes» e atendível no concurso de credores – ao promitente-comprador que obteve a tradição da coisa, pelo crédito do dobro do sinal prestado”.

Assim continuo a entender na vigência do CPEREF, e respectivo artigo 164-A, reportado à extinção dos contratos-promessa, com eficácia meramente obrigacional, não cumpridos mas que, ao tempo da falência, ainda não padecessem de uma situação de incumprimento definitivo.

Mau grado a declaração de falência, mantinha-se a aplicação do artigo 442.º do Código Civil, com o regime do sinal e da execução específica sendo que daí resultava o direito de retenção por força da alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil.

Este direito real de garantia tinha uma natureza atípica por se afastar da conceptualização do artigo 754.º daquele diploma já que o crédito garantido não resultava de despesas feitas com a coisa retida ou de “danos por ela causadas”.

2. Acontece, porém, que actualmente o CIRE, aqui aplicável, alterou toda a dogmática anterior.

Vejam, então.

Como se disse, o n.º 1 do citado artigo 164-A do CPEREF dispunha que o contrato promessa com eficácia meramente obrigacional, “que se encontre por cumprir à data da declaração de falência, extingue-se com esta, com perda do sinal entregue ou restituição em dobro do sinal recebido, como dívida da massa falida consonante os casos”, admitindo-se “a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido, ou requerer a execução específica da promessa se o contrato o permitir.”

O vigente CIRE dispõe, no artigo 102.º, sob a epígrafe “Princípio geral quanto a negócios ainda não cumpridos”:

“1 - Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.

2 - A outra parte pode, contudo, fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este exercer a sua opção, findo o qual se considera que recusa o cumprimento.

3 - Recusado o cumprimento pelo administrador da insolvência, e sem prejuízo do direito à separação da coisa, se for o caso:

a) Nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou;

b) A massa insolvente tem o direito de exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efectuada pelo devedor, na medida em que não tenha sido ainda realizada pela outra parte;

c) A outra parte tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada;

d) O direito à indemnização dos prejuízos causados à outra parte pelo incumprimento:

I) Apenas existe até ao valor da obrigação eventualmente imposta nos termos da alínea b);

II) É abatido do quantitativo a que a outra parte tenha direito, por aplicação da alínea c);

III) Constitui crédito sobre a insolvência;

e) Qualquer das partes pode declarar a compensação das obrigações referidas nas alíneas c) e d) com a aludida na alínea b), até à concorrência dos respectivos montantes.

4 - A opção pela execução é abusiva se o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente improvável.”

E o artigo 106.º, subordinado ao título “Promessa de contrato”:

“1 - No caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador.

2 - À recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador da insolvência é aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 104.º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor.”

Vê-se, pois, ter ocorrido uma profunda alteração quanto aos contratos ainda não cumpridos.

E tal é, expressamente referido, e justificado, no relatório preambular do actual diploma, nos seguintes termos:

“O capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo do CPEREF. Ele é objecto de uma extensa remodelação, tanto no plano da forma como no da substância, que resulta de uma mais atenta ponderação dos interesses em causa e da consideração, quanto a aspectos pontuais, da experiência de legislações estrangeiras. Poucas são as soluções que se mantiveram inalteradas neste domínio. De realçar é desde logo a introdução de um «princípio geral» quanto aos contratos bilaterais, que logo aponta para a noção de «negócios em curso» no âmbito do processo de insolvência: deverá tratar-se de contrato em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento tanto pelo insolvente como pela outra parte. O essencial do regime geral disposto para tais negócios é o de que o respectivo cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento. Vários outros tipos contratuais são objecto de tratamento específico, surgindo diversas e relevantes inovações nos domínios da compra e venda, locação, mandato, entre outros. O capítulo termina com uma importante norma pela qual se determina a nulidade de convenções que visem excluir ou limitar a aplicação dos preceitos nele contidos. Ressalvam-se, porém, os casos em que a situação de insolvência, uma vez ocorrida, possa configurar justa causa de resolução ou de denúncia do contrato em atenção à natureza e conteúdo das prestações contratuais, o que poderá suceder, a título de exemplo, no caso de ter natureza infungível a prestação a que o insolvente se obrigara.”

3. Daí o ser notório que o legislador quis ver excluído o regime do artigo 442.º do Código Civil nos contratos-promessa de compra e venda, ao contrário do que acontecia no diploma anterior.

E, como consequência, deixa de ter aplicação a alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º daquele Código.

Neste segmento acompanhamos o Acórdão do STJ de 14 de Junho de 2011 – 6132/08.OTBBRG-J.G1.S1 – de relato do M.º Conselheiro Fonseca Ramos onde se afirma: “Assim, não sendo aplicável na insolvência o artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil, desde logo não dispõe o promitente-comprador do direito de retenção nos termos do artigo 755.º, n.º 1, f) do Código Civil.”

Porém, o Dr. Gravato de Moraes (in “Promessa Obrigacional de Compra e Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente Vendedor” apud, “Cadernos de Direito Privado”, 29, 9 e ss) aceita, nestes casos, a admissibilidade do direito de retenção.

Mas, e como acenei, o citado n.º 2 do artigo 106.º, do CIRE, com remissão em 2.º grau para o também citado artigo 102.º, estabelece um regime autónomo de regulação das consequências da recusa de cumprimento da promessa de contrato sem eficácia real, “maxime” quanto à indemnização, a tornar inaplicável o artigo 442.º do Código Civil.

4. Por isso entendo que não existe o direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º já que este pressupõe a indemnização/aplicação do último preceito citado.

E ainda perante este quadro, e sob pena de violação do princípio “ubi lex non distinguit...” não pode, como se pretende no aresto votado buscar-se a figura de “comerciante-consumidor” a cujo apelo fazem o Acórdão do STJ de 22 de Fevereiro de 2011 – 1548/06.9TBEPS-D.G1.S1 e o Dr. Pestana de Vasconcelos (Cadernos de Direito Privado, n.º 33 e 41).

5. Razões por que fui vencido.

Sebastião Póvoas

Votei vencido pelos fundamentos expressos na alínea b) da declaração de voto da Cons^a Maria dos Prazeres Beleza e nas alíneas b) e c) da declaração de voto do Cons^o Lopes do Rego, que subscrevo.

Lisboa, 13 de Março de 2014

(Nuno Cameira)

Vencido quanto, e apenas quanto, ao segmento uniformizador do acórdão. Recuperando o meu voto de vencido no acórdão (intercalar) que reconheceu a nulidade do original acórdão proferido nestes autos, anulando-o, direi que a questão colocada perante este Supremo Tribunal não é a da dicotomia consumidor/não consumidor como linha que separa a existência da inexistência do direito de retenção (até porque, reconhecidamente, esse problema se não colocou nas instâncias – veja-se a nota 7 a fls.19 do acórdão onde se escreve « não sofre dúvida que o promitente comprador é in casu um consumidor no sentido de ser um utilizador final com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda »), mas antes a de saber se sim ou não, em processo de insolvência, se mantém vivo o direito de retenção configurado na al. f) do nº1 do art.755º do CCivil, exactamente tal como essa configuração existe e tendo por detrás, naturalmente, as considerações constantes dos preâmbulos dos Decs.leis nºs236/80, de 10 de Julho e 379/86, de 11 de Novembro.

Mas exactamente porque a questão que nos é colocada era esta – a que se descreveu – e não outra, não penso que se possa redigir o segmento uniformizador do acórdão de um modo que não seja circunscrito a isso mesmo, deixando intacta a formulação do direito de retenção constante do artigo. Assim, por exemplo: o direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, inscrito no art.755º, nº1, al. f) do CCivil, permanece qua tale em processo de insolvência.

Aos tribunais, caso a caso, competirá descobrir se se está ou não perante a situação de facto socialmente atendível em que deve nascer um tal direito, o que farão afinando o conceito de tradição até à afirmação de que sem consumo não há tradição. Assim se protegerá o consumidor (art.2º, nº1, da Lei nº24/96, de 31 de Julho) e só o consumidor, cumprindo o desiderato dos diplomas legais referenciados.

(Pires da Rosa)

VOTO DE VENCIDO

Anulado o acórdão proferido na revista nº 92/05.6TYVNG-M.P1.S1, por se ter reconhecido que o segmento uniformizador contradizia a respectiva fundamentação, houve que suprir tal nulidade, pondo termo à reconhecida contradição.

A maioria que fez vencimento decidiu manter a fundamentação do acórdão anulado, alterando o segmento uniformizador, onde passou a constar: "No âmbito da graduação de créditos em processo de insolvência, o promitente-comprador consumidor, em contrato com eficácia meramente obrigacional, em que tenha havido tradição da coisa, goza do direito de retenção, nos termos estatuídos no artº 755º nº 1 al. f), do CC, como garantia do pagamento do seu crédito, no caso do administrador da insolvência optar pelo seu não cumprimento". Quando da discussão e votação do acórdão anulado, foi decidido, por uma quase unanimidade, que qualquer promitente-comprador, com tradição da coisa, goza do direito de retenção para garantia do pagamento do seu crédito, nos termos do disposto no artº 755º nº 1 al. f), do CC. Por outro lado, o DL 379/86, ao alterar a disciplina do contrato-promessa, designadamente os artºs. 410º, 412º, 413º, 421º, 442º, 755º nº 1 al f) e 830º, todos do CC, não restringiu o direito de retenção ao promitente-comprador consumidor. Por último, não está sequer dado como provado nos autos que o recorrente seja um promitente-comprador consumidor. Por estas razões manteria o segmento uniformizador do acórdão anulado e alteraria a respectiva fundamentação, conformando-a com a decisão de que o direito de retenção assiste a todo o promitente-comprador, com tradição da coisa.

Salreta Pereira

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido, tão só no tocante ao segmento uniformizador do acórdão que redigiria nos termos propostos pelo Sr. Conselheiro Pires da Rosa, pelas razões constantes da declaração de voto que subscreveu.

Lisboa, 13 de Março de 2014
as) Pereira da Silva

Votei vencido quanto à inclusão da referência a “consumidor” no texto uniformizador, entendendo que se devia manter a orientação seguida no Acórdão Uniformizador entretanto declarado nulo.

Não vejo no texto da alínea f) do n.º1 do artigo 755.º do Código Civil o mínimo de correspondência verbal ainda que imperfeitamente expresso a que alude o artigo 9.º, n.º2 do mesmo Diploma Legal, no sentido de distinguir os “consumidores” dos “não consumidores”.

Em qualquer caso, entendi que, dos factos provados não resulta que o reclamante seja “consumidor”.

João Bernardo

Voto de vencido:

Entendo que o direito de retenção aqui reconhecido se deve estender, tal como resulta da letra do disposto no art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil, ao credor que se encontre na situação prevista nesta alínea, sem a restrição de ter de revestir a qualidade jurídica de consumidor.

Esta qualidade jurídica de consumidor integra o bem jurídico que o legislador visou proteger ao atribuir o direito de retenção em causa, alterando a redacção primitiva do preceito do art. 755º, nº 1 referido.

Mas essa mesma qualidade não foi querida pelo legislador como elemento constitutivo do direito de retenção em causa.

Assim e em conclusão, votaria o acórdão em apreço com a parte uniformizadora que reconhecesse o direito de retenção em causa sem a restrição de o respectivo titular ter de ser consumidor.

João Camilo

Votei vencido, no essencial, nos termos do voto do Conselheiro Abrantes Geraldês.

Dissocio-me, igualmente, da fundamentação do acórdão, nos termos da declaração de voto do Conselheiro Alves Velho.

Lx, 13 de Março de 2014

(Paulo Sá)

Votei vencida por duas razões:

1ª) Em primeiro lugar, porque teria corrigido a nulidade do acórdão de fls...harmonizando a fundamentação com o segmento uniformizador que votei, e que não incluía a restrição ao promitente-comprador que, simultaneamente, tivesse a qualidade de consumidor.

2ª) Em segundo lugar, porque penso que essa restrição não tem tradução nos preceitos legais relevantes para determinar se, nas condições verificadas no caso presente (contrato-promessa sem eficácia real, declaração de insolvência do promitente-vendedor, opção do administrador da insolvência pela não realização do contrato definitivo), o promitente-comprador que obteve a tradição da coisa goza ou não do direito de retenção, como garantia do crédito resultante do incumprimento imputável à contraparte.

Conforme consta de declaração que juntei ao acórdão anulado, e pelas razões indicadas no acórdão de 12 de Maio de 2011 (proc. nº 5151/06.TBAVR.C1.S1), discordo da interpretação perfilhada para o nº 2 do artigo 106º do CIRE, porque me parece que, se o contrato-promessa não tiver eficácia real, a circunstância de ter havido tradição não afasta a possibilidade de recusa de cumprimento, por parte do administrador da insolvência.

Essa possibilidade, no entanto, não implica a recusa de reconhecimento de uma situação de incumprimento imputável ao insolvente e, conseqüentemente, do direito de retenção, tendo em conta o conceito de imputabilidade perfilhado no acórdão de 22 de Fevereiro de 2011, proc. nº 1548/06.9TBEPS-D.G1.S1, aliás citado no ponto 2.2.4 do acórdão – equivalente a “ter dado causa”, “ter motivado” .

Saliento, ainda, que o reconhecimento do direito de retenção é independente de saber qual o regime aplicável à determinação do montante do crédito assim garantido (cfr. nº 2 do artigo 102º do CIRE e nº 2 do artigo 442º do Código Civil); e que a delimitação subjectiva dos beneficiários do direito de retenção, no âmbito do contrato-promessa, se deve fazer interpretando devidamente o conceito de tradição da coisa que se prometeu vender, como se observa na declaração de voto do Conselheiro Lopes do Rego, assim se cumprindo o objectivo com que a lei estendeu o direito de retenção ao promitente-comprador.

Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Vencido, já que ao suprir a nulidade - que a maioria do Plenário entendeu inquinar o acórdão anteriormente proferido - teria mantido inteiramente a formulação que oportunamente votei para o segmento uniformizador e que não tenho qualquer razão substancial para alterar, ou seja:

No âmbito da graduação de créditos em insolvência o 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.

Concordando, no essencial, com os argumentos expostos na fundamentação do presente acórdão e que consideram aplicável, mesmo no âmbito da insolvência, a garantia real outorgada ao promitente comprador que obteve a tradição da coisa pela alínea f) do nº1 do art. 755º do CC (embora se nos afigure que esta tutela não é equiparável à do titular de um verdadeiro direito real de aquisição, emergente da concessão de eficácia real à promessa de alienação), discordamos que se institua como elemento constitutivo do direito de retenção, quando circunstancialmente invocado em processo de insolvência, a qualidade de consumidor do promitente comprador que obteve a tradição do imóvel.

É que, no nosso entendimento:

a) a questão a dirimir no presente recurso de uniformização de jurisprudência consiste apenas em determinar se a garantia real outorgada ao promitente comprador que obteve a tradição do imóvel pela alínea f) do nº1 do art. 755º do CC (independentemente do valor do crédito resultante do incumprimento, ou seja, de este se calcular pelos critérios específicos consagrados no art. 442º do CC ou antes pelos resultantes das normas do Código da Insolvência) é invocável no âmbito do processo de insolvência.

Ora, afigura-se que o âmbito e os pressupostos do direito de retenção atribuído ao promitente comprador que obteve a tradição da coisa devem ser exactamente os mesmos, verifique-se ou não a situação de insolvência do promitente vendedor – não fazendo sentido admitir que, independentemente da qualidade de consumidor – não prevista como elemento da *fattispecie* daquela norma do CC - , o promitente comprador goze de direito de retenção fora do âmbito do processo falimentar – passando, porém, a exigir-se aquele requisito adicional, restritivo do âmbito da referida garantia real, quando reclame o seu crédito em procedimento de liquidação universal.

Na realidade, não encontramos qualquer apoio que permita considerar que os pressupostos legais da garantia real/ direito de retenção possam ou devam ser diferentes, consoante tal garantia real seja efectivada em acção comum ou no âmbito de um processo de liquidação universal.

b) Isto não significa que se não tenha em consideração que a atribuição do direito de retenção ao promitente comprador nos casos de tradição do imóvel prometido vender - e o regime de prevalência desta garantia real sobre a hipoteca, mesmo que anteriormente registada - não tenha subjacente uma essencial intenção legislativa de protecção do consumidor (aliás claramente explicitada pelo legislador no preâmbulo dos diplomas legais que, nesta sede, alteraram o regime originário do CC): simplesmente, não pode confundir-se a identificação do bem ou interesse jurídico tutelado por certa norma legal com o plano da previsão dos elementos constitutivos do tipo ou *fattispecie* normativa em questão: e, no caso em apreciação, afigura-se que o bem jurídico primacialmente prosseguido (a tutela do consumidor) não foi arvorado pelo legislador em elemento constitutivo do direito de retenção previsto na alínea f) do nº1 do art. 755º do CC, pelo que não terá tal qualidade de ser alegada e provada, como verdadeiro elemento essencial da causa de pedir, pelo reclamante que pretenda efectivar esta garantia real em processo de insolvência.

Saliente-se, aliás, que a orientação ora adoptada pelo Plenário, ao erigir a qualidade de consumidor em verdadeiro elemento constitutivo essencial da garantia real/direito de retenção, impondo, conseqüentemente, ao reclamante o ónus de alegação e prova dos factos em que se consubstancia tal qualidade de consumidor, vem criar uma situação delicada nos processos pendentes, em que o reclamante não curou naturalmente de alegar, em termos processualmente adequados, tal qualidade jurídica, cuja essencialidade não era razoavelmente

previsível – estando ultrapassado o momento processual próprio para completar ou corrigir a petição insuficiente.

c) Na verdade, a ponderação e o relevo a atribuir à dita qualidade de consumidor devem traduzir-se, a nosso ver, no plano de uma correcta interpretação dos pressupostos tipificados na norma constante da alínea f) do nº1 do art. 755º do CC, nomeadamente do sentido a atribuir ao conceito legal de tradição do imóvel, de modo a proceder-se uma interpretação funcionalmente adequada deste verdadeiro requisito ou elemento constitutivo do direito de retenção – excluindo a existência de tradição do imóvel em todos os casos em que se verifique que, afinal, o promitente comprador lhe não deu um uso real, permanente e efectivo, afectando-o a uma satisfação dos seus interesses e necessidades cuja intensidade justifique a tutela reforçada da confiança na estabilidade da sua posição jurídica que resulta da atribuição da garantia real em questão.

Lopes do Rego

[1] De interesse para a análise desta problemática, inclinando-se alguns para a concessão e consequente prevalência do direito de retenção cfr. Acs. deste Supremo Tribunal de 27-11-2007 (Silva Salazar); 7-4-2005 in Revista 487/05 6ª secção (Azevedo Ramos); 11-7-2006 Revista 2106/06, 2ª secção (Duarte Soares); 18-11-2008 in Revista nº 3203 – 2ª Secção (Oliveira Vasconcelos); 12-1-2010 in Revista nº 630/09. 5YFLSB 1ª Secção (Alves Velho); 25-5-2010 in Revista nº 1336/06. 2TBBCCL-G1.S1 7ª Secção; 30-11-2010 in Revista nº 2637/08. 0TBVCT-F - 1ª Secção (Moreira Camilo); 22-11-2011 in Revista nº 1548/06. 9TBEPD-D.S1 – 6ª Secção (Azevedo Ramos); 20-5-2010 in Revista 1336/06.2TBBCCL-G.G1.S1 – 7ª Secção. Nas Relações os Acs. da Rel Coimbra de 15-1-2013 in Apel. 511/10.0TB; Rel Évora s.d. in Ap. 3052/10. 1TBSTR Todos das Bases da DGSI.

Em sentido diverso e pela prevalência da hipoteca, não gozando até o promitente-comprador, no caso de incumprimento do contrato promessa, direito de retenção, à luz do novo CIRE, poderão ver-se a nível das Relações, para além do aresto que ora analisamos, os Acs. da Rel de Guimarães de 14-12-2010 in 6132/08.0TBBERG.G1 e Rel. do Porto de 13-12-2012 in Apelação 1092/10.0TB.LSD-G.P1. Merece ainda relevo pela sua peculiaridade o douto Ac. deste STJ de 14-6-11 (Fonseca Ramos 6132/08).

[2] É o que sucede com Maria da Conceição da Rocha Coelho in “O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção” Tese de mestrado Universidade Católica Portuguesa, 2011, págs. 39 ss. Cfr. ainda as considerações de Cláudia Madaleno in “A Vulnerabilidade das Garantias Reais”, Coimbra Editora 2008 págs. 262 ss; João Maldonado “O Direito de Retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca” Tese de Mestrado in Revista Julgar. Salvador da Costa “O Concurso de Credores” Almedina, Coimbra 3ª Edição, *maxime* págs. 220 ss. – nomeadamente levantando reservas à concessão do “direito de retenção” com prejuízo da hipoteca em caso de incumprimento do contrato promessa; Menezes Leitão “Garantias das Obrigações” Almedina, Coimbra, 2006, págs. 243, nota 552. No entanto em sentido contrário e conforme com o entendimento maioritário jurisprudencial, Pestana de Vasconcelos “Direito de Retenção Contrato Promessa e Insolvência” in Cadernos de Direito Privado nº 33, págs. 3 ss; Luís Manuel Telles de Menezes Leitão, já no “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas” Anotado 6ª Edição.

[3] Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela “Código Civil Anotado” I, em anotação ao artigo 754º; Almeida Costa “Direito das Obrigações”, Almedina, Coimbra, 8ª Edição, págs. 899 ss. Júlio Gomes “Do Direito de Retenção” Arcaico mas eficaz in Cadernos de Direito Privado págs. 3 ss.

[4] Cfr. Pires de Lima “Noções Fundamentais de Direito Civil” I, págs. 336.

[5] Cfr. para um historial breve desta evolução Pires de Lima e Antunes Varela, Ob. Cit. I 4ª Edição, págs. 772 ss em anotação aos normativos ali citados e o Ac. deste STJ de 2-5-2010

proferido na Revista nº 1336/06.2TBBCL.G.G1.S1 (Alberto Sobrinho) in Bases da DGSJ.

[6] Para além dos arestos citados nomeadamente deste Supremo Tribunal refiram-se ainda os de 08-10-1992 in Bol. do Min. da Just., 420, 495.

[7] Dando conta destes riscos aliás inegáveis, cfr. Salvador da Costa in Concurso de Credores, Almedina 3ª Edição pags, 220 que aponta a possibilidade de simulação contratual dos devedores dos bancos com terceiros visando a criação de falsas situações de incumprimento para prejudicar as instituições de crédito; Pires de Lima e Antunes Varela in Ob. Cit e Menezes Cordeiro in “O novíssimo Regime do Contrato-promessa” CJ Ano XII, Tomo II, 1987 págs. 16 chamam a atenção para o retraimento dos bancos na concessão de crédito em resultado do risco corrido com a solução que se propõe.

[8] Cfr. v.g. o Ac. deste STJ de 18-9-2007 in Revista nº 2235/07 – 6ª Edição in Bases da DGSJ

[9] Cfr. neste sentido desde logo o Ac. deste STJ de 30-1-2003 in Proc. 02B4471 in bases da DGSJ.

[10] Cfr. v.g. Miguel Pestana de Vasconcelos “Direito de Retenção Contrato promessa e Insolvência” in “Cadernos de Direito Privado”, 3 págs. 8 ss. Não sofre dúvida que o promitente-comprador é *in casu* um consumidor no sentido de ser um utilizador final com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda.

[11] Não suscitava dúvidas nomeadamente a nível da Doutrina; Cfr. Maria do Rosário Epifânio “Os efeitos substantivos da falência” Porto 2000, Universidade Católica págs. 290 ss; Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado” *Quid Iuris* 3ª Edição págs. 428 s.

[12] Esclarecendo que se trata de um direito efectivo do promitente-comprador cfr. Oliveira Ascensão “Insolvência: Efeitos Sobre os Negócios em Curso in Revista Themis, 2005.

[13] O incumprimento definitivo verifica-se aliás no caso em análise, sendo concludente o comportamento do administrador da insolvência ao mencionar na relação de créditos apresentada o crédito do reclamante com as garantias que entende ser portador – artigo 129º do CIRE; a declaração prestada pelo Administrador leva implícita a existência de incumprimento.

[14] No fundo trata-se da solução já preconizada pelo douto Acórdão deste Supremo Tribunal de 20/10/2010) (Revista nº 273/05.2TBGVA.C1.S1 (Helder Roque).

[15] Aliás em abono do exposto. o preferente BB refere estar paga a totalidade da dívida.

[16] Conf. com interesse, Menezes Leitão in “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas” Anotado, Almedina 6ª Edição, 2012, em anotação ao artigo 106º; e ainda mesmo A. “Direito da Insolvência” Coimbra, Almedina, 2009, págs. 181 ss.

[17] Cfr. para além do citado estudo de Pestana de Vasconcelos, Gravato de Morais in “Cadernos de Direito Privado” nº 29 págs. 3 ss.

[18] Cfr. os doutos Acs. deste Supremo Tribunal de 19-9-2006 (Sebastião Póvoas); os já citados acórdãos proferidos in Revista 1548/04 (Azevedo Ramos) in Bases da DGSJ e ainda Gravato de Morais ob cit. págs. 10)

[19] Genericamente Gomes Canotilho e Vital Moreira Constituição da República in Anotação ao artigo 13º e Bibliografia aí apontada; Gomes Canotilho “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, Coimbra 5ª Edição págs. 413 ss. Ac. do Tribunal Constitucional nº 594/2003 in site respectivo, proporcionalidade);

[20] Cfr. os Acs deste STJ de 18-11-2008 (Oliveira Vasconcelos) in Revista 3203/08, 2ª edição in site da DGSJ.

[21] Salientando este ponto, cfr. Ac. TC 356/04, referindo ainda que “o direito de retenção associado à tradição da coisa implica uma conexão com o imóvel ou fracção objecto da garantia real que não existe por via de regra nos privilégios creditórios gerais”.

[22] Dando conta das implicações sociais da opção legislativa e do equilíbrio a que aludimos cfr. os Acs. do TC 357/2004; nº 594/2003; o entendimento do princípio da proporcionalidade; vincando a desigualdade entre as instituições de crédito detentoras da garantia hipotecária e os particulares consumidores, o Ac TC 374/2003, todos no respectivo site.

[23] Ac. STJ 30-1-2003 – Proc 02B4471 (Nascimento Costa) in Bases da DGSI.

[24] Já o Projecto de Acórdão estava com julgamento agendado foi publicado na Revista de Direito Privado nº 41 págs. 5 ss um estudo de Pestana de Vasconcelos “Direito de Retenção per conditio creditorum” onde se fazem considerações algumas coincidentes com a posição por nós assumida particularmente no que toca à busca da justiça material que o caso impõe.
