

Hélder Tiago Martins Selas

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INSOLVÊNCIA SOBRE O CONTRATO-
PROMESSA**

Porto
2012

Universidade Católica Portuguesa
Escola de Direito do Porto

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INSOLVÊNCIA SOBRE O CONTRATO-
PROMESSA**

Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios

Dissertação realizada sob orientação da
Senhora Professora Doutora Maria do Rosário Epifânio

AGRADECIMENTOS

“Os grandes Homens não nasceram na grandeza, engrandeceram”

Mário Puzzo

Para ti Pai, meu ídolo, que me ensinaste tudo o que sei, que sempre me inculcaste valores, princípios, ideias e ideais, fazendo de ti a pessoa mais genuína, inteligente, verdadeira e com o melhor coração que conheço. Sei que não chegarei aos teus calcanhares, mas farei todos os dias os possíveis para que te orgulhes de mim.

Para ti Mãe, minha protetora, por toda a crença, trabalho e educação que me transmitiste, por limpares as minhas lágrimas quando por vezes chorei e por saber que sempre acreditaste em mim. Peço-te hoje desculpa por todas as palavras menos boas, por todas as ações que não se coadunam com o que me ensinaste e por tudo aquilo que fiz que te deixou mais triste.

Para ti Irmão, em quem tenho uma esperança desmesurada num futuro brilhante, onde sei que vais vingar e engrandecer, fazendo de mim o irmão mais orgulhoso do Mundo. Sei e acredito que a nossa cumplicidade é única, sei que podemos partilhar tudo e sei que um dia já velhinhos continuaremos unidos como nunca. Espero do fundo do coração que sejas melhor do que eu.

Um Obrigado a si Doutora Maria do Rosário Epifânio por ter aceite orientar-me nesta dissertação.

Um agradecimento à Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, por todo o conhecimento e formação adquirido.

ÍNDICE GERAL

Lista de Abreviaturas e Siglas	5
Introdução	6
Capítulo I - O art.º 102.º	7
1. O art.º 102.º do CIRE como princípio geral	7
1.a) Regime jurídico	10
1.b) O princípio <i>par conditio creditorum</i>	15
Capítulo II – Contrato-Promessa	18
2. Promessa de contrato	18
2.a) Contrato-Promessa: problemática da constituição de sinal	23
Capítulo III- Direito de retenção	28
Capítulo IV - Art. º 103. º do CIRE	33
Conclusão	35
Bibliografia	37

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>Ac.</i>	Acórdão
<i>al.</i>	Alínea
<i>Art. °</i>	Artigo
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CEJ</i>	Centro de Estudos Judiciários
	Confrontar
<i>Cfr.</i>	Código da Insolvência e
<i>CIRE</i>	Recuperação de Empresas
<i>CPC</i>	Código de Processo Civil
<i>CPEREF</i>	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
<i>CregP.</i>	Código de Registo Predial
<i>DL</i>	Decreto de Lei
<i>Ed.</i>	Edição
<i>FDUP</i>	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
<i>N.º</i>	Número
<i>Ob. Cit.</i>	Obra Citada
<i>P. (pp.)</i>	Página(s)
<i>R.</i>	Relator
<i>ROA</i>	Revista da Ordem dos Advogados
<i>Ss.</i>	Seguintes
<i>STJ</i>	Supremo Tribunal de Justiça
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i>
<i>Vol.</i>	Volume
<i>TRC</i>	Tribunal da Relação de Coimbra
<i>TRP.</i>	Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

A legislação portuguesa já nos habituou a constantes alterações amiúde, bem como nos obrigou a uma capacidade de adaptação que talvez para muitos fosse desconhecida. A realidade é que nas várias áreas do direito, existe uma presente e continuada modificação, uma eterna tentativa de melhoramento, de aperfeiçoamento, sendo que o Direito de Insolvência não poderia deixar de aqui estar integrado.

Se antes vigorava o CPEREF, posteriormente foi implementado o CIRE, com algumas diferenças de relevo. Se o primeiro assentava na noção de empresa, como se nesta estivesse sempre em causa a falência, o segundo abandona tal ideia, abrangendo na insolvência tanto a pessoa singular como a coletiva. Além disto, o anterior regime aparentava a finalidade da manutenção da empresa, assumindo uma espécie de proteção ao falido, contrastando com a atual legislação, que nos mostra que o interesse na manutenção de empresas viáveis se apaga.¹

“Os Efeitos da Insolvência nos Negócios em Curso”² coloca-nos perante questões que nos levam a um aprofundamento com várias vicissitudes, seja em sede da distribuição justa e coerente do que se deve aos credores, à questão do adiantamento de sinal, terminando com a questão do direito de retenção.

O destino dos negócios em que o insolvente seja parte é alvo de várias dúvidas, tais como a fundamentação para a resolução dos contratos; o problema do incumprimento tardio, total ou parcialmente indemnizável ou a questão da invocação da exceção de não cumprimento do contrato pelo devedor da massa perante o administrador da insolvência.³

¹ Vide. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Insolvência: Os efeitos sobre os negócios em curso*, in: “Themis”, Edição Especial, Almedina, Coimbra, 2005, p. 106.

² Todos os efeitos da declaração de falência são instrumentais ao processo de insolvência devendo servir o seu fim. Destinam-se a tornar mais fácil a satisfação paritária dos interesses dos credores, ou se assim quisermos, para evitar que algum credor obtenha uma satisfação mais eficaz. In, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto Oliveira e SERRA, Catarina: “*Insolvência e Contrato Promessa*”, in: ROA, 2010, p. 7.

³ *Vd.* EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4ª edição, Almedina, Porto, 2012, p. 168.

CAPÍTULO I – O ART.º 102.º do CIRE

1. O art.º 102.º do CIRE como Princípio Geral

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas⁴ no seu título IV engloba os “efeitos da declaração de insolvência”. Contudo, apesar dos vários capítulos que neste título existem vamos apenas centrar-nos nos “efeitos sobre os negócios em curso⁵” que se encontram no capítulo IV do supra referido Código.

O CPEREF contrasta com o regime do CIRE em vários aspetos, desde logo porque este último consagra um princípio geral (art. 102.º do CIRE)⁶ e uma regulamentação casuística (nos artºs 104º a 118º do CIRE)⁷ que acentua a diferença⁸ entre os preceitos legais.⁹

Diferindo do anterior regime, em traços gerais o novo Código prevê uma unificação dos processos especiais, passando a ser mais céleres, dispensando o juiz em casos pontuais, englobando sobremaneira os credores na decisão das finalidades da empresa, acrescida da responsabilização dos seus gerentes. Note-se que estes, poderão

⁴ Doravante designado CIRE aprovado pelo DL nº53/2004 de 18 de Março de 2004.

⁵ No âmbito do CPEREF, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p. 220, definiu relações jurídicas em curso como “relações já constituídas, incumpridas total ou parcialmente por um ou por ambos os titulares, ou mesmo relações jurídicas duradouras (por exemplo o arrendamento, o contrato de trabalho, associação em participação), cujo denominador comum reside na necessidade de um regime falimentar particular (de manutenção, de extinção, ou até de suspensão, de cumprimento integral ou de cumprimento rateado)”.

⁶ Uma disposição deste tipo urgia desde há muito tempo. In SERRA, Catarina, “*O Regime Português da Insolvência*”, Editora Almedina, 5ª Edição, 2012, p. 92

⁷ No CPEREF, “os casos especiais estavam regulados sem nexo aparente nem subordinação a um princípio comum, sendo o destino dos negócios gerido pelo liquidatário judicial..” In SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 93.

⁸ “Por força do art. 151º, nº2 do CPEREF, na data da sentença da declaração de falência cessava a contagem de juros ou de outros encargos sobre as obrigações do falido. A cessação da contagem de juros ou de outros encargos permitia não só apurar o passivo do devedor falido, como também impedir que ele sofresse qualquer aumento relacionado com a aplicação de uma taxa de juro, para além de igualmente assegurar que os créditos que não estivessem sujeitos à aplicação de uma taxa de juro não sofressem um tratamento desigual e mais desfavorável do que aqueles créditos que beneficiam dessa aplicação (princípio da igualdade dos credores concursais)”. Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*” *Ob. Cit.*, nota de rodapé nº 528.

⁹ *Vd.* EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência*”, *Idem Ibidem*, p. 168.

ter como imposição o afastamento da empresa, podendo ser obrigados ao pagamento de indemnizações fruto da sua atividade ilícita.¹⁰

No regime do artº 102 do CIRE encontramos um princípio aplicável aos negócios em curso, isto é, “a qualquer contrato bilateral¹¹ em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte”.¹² Este princípio, considerado geral, tem na sua epígrafe a indicação de “princípio geral” indo de encontro aos negócios ainda não cumpridos, e apesar de haver doutrina que alarga o seu campo de aplicação aos contratos unilaterais, ele aplica-se aos contratos bilaterais.

Neste seguimento, quanto ao facto de estarmos perante contratos bilaterais como princípio geral, vem reiterar PESTANA DE VASCONCELOS a ideia que do princípio geral presente no artº 102º, não poderá constar, ou não deverá ter relevância nos negócios e contratos unilaterais¹³, nos contratos bilaterais imperfeitos, bem como nos contratos bilaterais em que já se tenha verificado o cumprimento por uma das partes.¹⁴

MENEZES LEITÃO retém uma ideia diferente. Para este autor, a norma não será aplicável a todos os contratos bilaterais, porque haverá contratos que estarão excluídos. Acrescenta ainda o pensamento de que uma norma sobre contratos bilaterais terá dificuldade em atingir o princípio geral defendido, porque os contratos com reciprocidade entre as partes (sinalagmáticos) ficarão excluídos, não se verificando regime específico sobre os mesmos.¹⁵

¹⁰ Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa*, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Anteprojecto de Código Que Acompanhou A Proposta De Lei De Autorização, Coimbra Editora, 2004, p. 105.

¹¹ Quanto à noção de contratos bilaterais, atente-se a VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª Edição, 6ª Reimpressão da edição de 2000, Coimbra, 2009, p. 396. Contratos bilaterais serão aqueles em que “não só nascem obrigações para ambas as partes, como essas obrigações se encontram unidas uma à outra por um vínculo de reciprocidade ou interdependência. O vínculo que, segundo as intenções dos contraentes, acompanha as obrigações típicas do contrato desde o nascimento deste (sinalagma genético) continua a refletir-se no regime da relação contratual, durante todo o período de execução do negócio e em todas as vicissitudes registadas ao longo da existência das obrigações (sinalagma funcional).”

¹² Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*” *Ob. Cit.*, p. 169.

¹³ Quanto a esta definição, VARELA, João de Matos Antunes, *Ob. Cit.*, p. 396. diz-nos que contratos unilaterais são aqueles em que se verifica obrigações para uma das partes.

¹⁴ Vd. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda*, in: “*Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*”, Ano III – 2006, FDUP, Coimbra Editora, p. 537.

¹⁵ Vd. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Os Efeitos da declaração de Insolvência sobre os negócios em curso*, in: “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 63.

Por outra banda, autores existem defendendo uma tese que não se coaduna com o que já referimos, ou seja, defendem que o art.º 102.º à imagem do que sucede com os contratos bilaterais, deveria abranger por analogia os negócios jurídicos unilaterais.¹⁶⁻¹⁷ É o caso de OLIVEIRA ASCENSÃO que refere que em caso de insolvência num negócio jurídico unilateral o regime a aplicar será a suspensão. “ Se o que se assegura é um tempo de espera, em que se pondera se o cumprimento é ou não benéfico para a situação decorrente da insolvência, então do mesmo modo parece aqui conveniente a suspensão. A comum natureza de negócio jurídico, associada à ratio legis, ampara bem esta solução. Mas a aplicação será analógica, uma vez que não há razão para pretender que o legislador disse menos do que queria.”¹⁸

A aplicação daquele princípio não parece assim abranger os negócios jurídicos unilaterais, pressupondo desta forma que apenas os negócios bilaterais são abrangidos. No âmbito dos negócios bilaterais na declaração de insolvência, teremos de atender ao interesse da massa insolvente para satisfação dos seus credores, parte interessada no cumprimento dos seus créditos. Por sua vez, nos contratos unilaterais, tal não se processa de igual forma, porque apenas ao insolvente lhe seria de exigir, uma vez que a parte não insolvente não teria qualquer obrigação, de tal forma, que haveria um benefício de um determinado credor, ficando os demais prejudicados.

Portanto, três importantes pontos nos cumpre reter.

Primeiramente, nos artigos posteriores nenhuma regulação especial deve existir. Em segundo lugar, devemos estar efetivamente perante um contrato bilateral. Por último, mas não menos importante, teremos de estar perante um não cumprimento, isto é, nem o insolvente nem qualquer outra parte pode ter cumprido.¹⁹

Atentos ao cerne do artigo, damo-nos conta que o mesmo refere que à data da declaração de insolvência se não se tiver verificado o cumprimento por nenhuma das partes, ou seja, nem pelo insolvente nem pela contraparte, o cumprimento ficará suspenso até que o administrador da insolvência decida optar pela execução ou recusa

¹⁶ *Vd. ASCENSÃO, José de Oliveira, Ob. Cit., p. 111 e 112.*

¹⁷ *Vd. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito da Insolvência, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 179.* O autor não concorda com a analogia que ora expusemos, e opõe-se com o argumento referido. Também neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, reimpressão, (inclui notas de atualização dos diplomas publicados até Agosto de 2009), Quid Juris Editora, 2009, p. 389, n.º 5.

¹⁸ *Vd. ASCENSÃO, José de Oliveira, Idem Ibidem., p. 111.*

¹⁹ *Vd. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, Ob. Cit., p. 535.*

do cumprimento.²⁰ Referência para o facto de no anterior regime tal situação se passar de diferente forma, uma vez que no CPEREF, o vendedor poderia completar a sua prestação. Com o novo preceituado legal, no limite, o vendedor pode conceder-lhe um prazo razoável para o cumprimento do devido, mas nada mais que isso.²¹

No fundo, de todo o exposto verificado, chegamos à conclusão que a suspensão do negócio em caso de insolvência é do interesse da massa insolvente e não um fim em si mesmo. De tal modo, nos contratos bilaterais a obrigação deve ser cumprida pela outra parte.²²

Uma vez verificado todo este regime, atente-se agora para a jurisprudência existente acerca do artº 102º CIRE que nos indica a suspensão²³ do contrato quando estamos perante o incumprimento de ambos os contraentes.²⁴⁻²⁵ Não nos olvidemos que “o direito de escolha ou de opção do administrador da insolvência²⁶, foi-lhe atribuído enquanto instrumento especialmente adequado à situação de insolvência”.²⁷⁻²⁸⁻²⁹ Outrossim, o processo de insolvência deve procurar uma satisfação coletiva,

²⁰ Este direito de escolha do administrador da insolvência, vem também previsto na lei alemã, uma vez que a sua lei é homóloga à nossa, tendo até a mesma epígrafe. *In*, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 2.

²¹ *Vd.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Ob. Cit.*, p. 536.

²² Depois da declaração de insolvência, a massa insolvente apodera-se de todo o património do devedor, incluindo os bens e direitos adquiridos na pendência do processo. *In*, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*, p. 235.

²³ No entanto, parafraseando ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ob. Cit.*, p. 118., “a suspensão nunca é por si solução”(…) “não é mais que um *statu quo*, que haverá que transcender”.

²⁴ *Ac.* Tribunal da Relação de Coimbra de 01-07-2008, P.63/07.8TBMGR-M.C1, R ARTUR DIAS: “A declaração de insolvência tem efeitos sobre os negócios em curso do insolvente, estabelecendo o artº 102º do CIRE o princípio geral da suspensão do cumprimento quanto a negócios ainda não cumpridos até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.” *In*, www.dgsi.pt.

²⁵ *Ac.* Tribunal da Relação do Porto de 14-01-2008, P.0756532, R.ABÍLIO COSTA: “Em matéria de efeitos da insolvência sobre os negócios em curso, o princípio geral é o de que o cumprimento fica suspenso até que o administrador da Insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento (artº 102º CIRE).” *In*, www.dgsi.pt.

²⁶ Quando verificamos a recusa por parte do administrador da insolvência, estamos perante um ato lícito e com a finalidade de ir ao encontro com as traves mestras do Direito da Insolvência. *In*, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina. *Ob. Cit.* p. 8

²⁷ *Vd.* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Idem Ibidem*, p. 8.

²⁸ No antigo regime do CPEREF, “Casos há em que se justifica uma ponderação casuística dos interesses implicados na manutenção ou extinção do negócio. Por assim ser, a declaração de falência apenas atribui ao liquidatário judicial um poder (potestativo), dependendo da sua decisão o destino do negócio. FERNANDES, Luís Carvalho, “*Efeitos substantivos da declaração de falência*”, in: *Direito e Justiça*, 1995, volume IX, Tomo 2, p. 46.

²⁹ O administrador deve optar pela solução que melhor servir as finalidades do processo de insolvência, fazendo jus ao direito potestativo que lhe advém. *Cfr.* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 8. Neste sentido também, SERRA, Catarina, “*O Regime Português da Insolvência...*” *Ob. Cit.*, p.94. O administrador deve decidir no sentido de servir as finalidades do processo de insolvência, satisfazendo os credores. SERRA, Catarina, “*O Regime Português da Insolvência...*” *Ob. Cit.*, p.94.

manifestando-se aqui o princípio *par conditio creditorum*, para uma satisfação justa e saudável dos credores, ao invés de uma satisfação individual.

Ao administrador da insolvência não se lhe exige declaração expressa nem tão pouco uma forma especial, daí advém a ideia que se aplicam os princípios da liberdade criativa do artº 217º do Código Civil e da liberdade de forma do artº 219º do mesmo preceito legal. Portanto, se do comportamento do administrador for possível retirar a ideia de quem tem a intenção de recusar o cumprimento, essa recusa deve ter-se por declarada.³⁰

Quando verificarmos o não cumprimento pelos contraentes envolvidos na sua totalidade, diremos que o princípio geral é aplicável. Portanto, “se apenas o contraente insolvente tiver cumprido totalmente, então resta ao administrador da insolvência reclamar o crédito do outro contraente, pois o crédito integra a massa insolvente (artº46 do CIRE); se apenas o contraente in bonis cumpriu, restar-lhe-á reclamar o seu crédito face ao insolvente no processo de insolvência, ficando o devedor impedido de satisfazer este crédito”.³¹

Contudo, teremos de ressaltar o facto de a necessidade deste princípio geral não ter sido completamente novo³², isto porque já anteriormente o Código de Processo Civil consagrava este princípio, encontrando-se presente no artº 1197º, nº1³³ do Código de Processo Civil.³⁴⁻³⁵

³⁰ No mesmo sentido vão a doutrina e a jurisprudência alemãs. Michael Huber, “gegenseitige verträge”, in PETER GOTTWALD, *Insolvenzrechts-handbuch*, Munchen, CH. Bech, 2006, p. 570. Apud, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 8.

³¹ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*, p.170.

³² Neste sentido, FERNANDES, Luís António Carvalho e LABAREDA, João, “*Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência, Efeitos Substantivos Privados da Declaração de Insolvência*”, Quid Juris Editora, Lisboa 2009, p. 211.

³³ *Vd.* O artigo supracitado não transitou para o CIRE, uma vez que este faz um tratamento casuístico da matéria. FERNANDES, Luís Carvalho, *In*, Revista “*Direito e Justiça*”, Vol. IX, Tomo 2, 1995, p.48. Em relação a este artigo, além da referência aos contratos bilaterais, faziam-se referências muito sumárias aos contratos de alienação de coisa determinada com reserva de propriedade, aos contratos de locação financeira e de arrendamento. *Vd.* FERNANDES, Luís A. Carvalho /LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, *Ob. Cit.*, p. 388/389.

³⁴ “A declaração de falência não importa a resolução dos contratos bilaterais celebrados pelo falido, incluindo os contratos de alienação de coisa determinada com cláusula de reserva de propriedade e os contratos de locação financeira, que serão ou não cumpridos, consoante, ouvido o síndico, for julgado mais conveniente para a massa; no caso de se optar pelo não cumprimento, o administrador deve notificar o outro contraente, a quem fica salvo o direito de exigir à massa, no processo de verificação de créditos, a indemnização pelos danos sofridos”. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*” *Ob. Cit.*, nota de rodapé nº 531.

³⁵ O princípio geral referido apenas se aplica aos contratos bilaterais em que o insolvente seja parte. No entanto, a formulação não é feliz, bastando verificar que a norma não se iria aplicar à maioria dos

1.a) Regime Jurídico

Quanto ao regime jurídico dos negócios em curso, teremos de ter em conta os seus pressupostos, e se há o seu efetivo cumprimento ou não. No campo da responsabilidade, se houver falta de cumprimento das obrigações emergentes da lei ou dos contratos, estamos em face da responsabilidade contratual. Por outra banda, se o incumprimento derivar da violação de direitos absolutos ou onde se verifique o prejuízo para outrem, estamos perante a responsabilidade extracontratual.³⁶

Havendo preenchimento dos supra referidos pressupostos, o cumprimento fica suspenso, tomando todo o poder o administrador da insolvência no sentido de optar pela execução³⁷ ou recusa do cumprimento, tal como já fizemos menção (artº 102, nº1 do CIRE).³⁸ A decisão deve ser bem ponderada, analisando os prós e contras e tomando sempre em conta os interesses dos credores.³⁹⁻⁴⁰ Porém deverá obedecer a um “limite intransponível: a opção pela execução é abusiva se o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente improvável (n.º 4 do art.º 102.º).⁴¹⁻⁴² No caso de execução, o crédito do contraente é convertido em crédito da massa insolvente nos termos do artº 51º, nº1, al. f).⁴³

contratos bilaterais, porque é rara a situação em que nenhum das partes executa o contrato no momento da insolvência. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Anotado, Editora Almedina, 2004, p. 107.

³⁶ Vd. VARELA, João de Matos Antunes, *Ob. Cit.*, p. 519 e 520.

³⁷ A execução origina que a suspensão fique sem efeito e não haja consequências nomeadamente ao nível de juros ou indemnizações. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ob. Cit.* p. 118 e 119.

³⁸ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ob. Cit.* p.125. A opção de executar ou suspender deve ser vista como uma reconfiguração da relação.

³⁹ O administrador da insolvência tem um determinado prazo para decidir, se assim não fosse poderia tornar-se demasiado moroso. Falamos neste sentido num prazo razoável, cabendo ao promitente não insolvente a sua estipulação, com a ressalva de não se verificando recorrer às instâncias superiores. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ob.Cit* p. 119. Neste sentido também, FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, reimpressão, (inclui notas de atualização dos diplomas publicados até Agosto de 2009), Quid Juris Editora, 2009, p. 389, n.º 6.

⁴⁰ Ac. STJ DE 14-06-2011, (Fonseca Ramos), *In: www.dgsi.pt* “ Compete assim ao administrador da insolvência, no interesse dos credores da insolvência, decidir se é mais vantajoso o cumprimento ou incumprimento, e logo aqui se pode entrever a afloração de uma diferente filosofia em razão do fim primordial do regime da insolvência; enquanto no precedente CPEREF se visava a recuperação do falido, no CIRE, pese embora esse objetivo não ter sido desconsiderado, o interesse que emerge como principal, é o da proteção dos credores afetados com a declaração de insolvência.

⁴¹ Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*, p. 170.

No caso da recusa por parte do administrador da insolvência foquemo-nos no artº 102º nº3 do CIRE. Aqui, compreendemos depois de uma breve leitura, que mesmo que haja recusa, a outra parte pode receber uma indemnização no caso de haver prejuízo. No entanto, esta indemnização encontra-se “limitada” pelas subalíneas dentro da alínea d) do já referido artigo. Percecionamos também que nenhuma das partes terá direito à restituição do que prestou,⁴⁴ tal como vem plasmado nos termos do art.º 102.º, n.º 3, al. a).⁴⁵⁻⁴⁶

Na alínea b) por seu lado, deparamo-nos com os direitos da massa insolvente (artº 46º CIRE)⁴⁷, que nos dá indicação que a outra parte terá um direito correspondendo ao “valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor”.⁴⁸ Pode a massa não ter direito algum, no caso de o devedor não ter efetuado qualquer prestação.

Na breve análise a este artigo, verificamos na alínea c)⁴⁹⁻⁵⁰ a possibilidade de existência de um crédito sobre a insolvência⁵¹. “O credor possui portanto direito à diferença (se positiva) entre os valores das prestações devidas, acrescido ou deduzido da diferença de valor entre as prestações já realizadas.” Se lermos com atenção, compreendemos que estamos perante a teoria da diferença⁵². Segundo PESTANA DE

⁴² Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, neste ponto refere um “dever de recusar o cumprimento”, *Ob. Cit.*, p. 119.

⁴³ *Vd.* EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência*”..., *Ob. Cit.*, p. 170.

⁴⁴ O mesmo refere a alínea a) do artº 102 nº3 do CIRE.

⁴⁵ *Vd.* EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Idem Ibidem*, p. 170.

⁴⁶ “Este artigo carece de uma interpretação restritiva para que só se aplique à restituição em espécie, prevista, por exemplo, nos casos de resolução pelo art.º 289.º do CC por remissão do art.º 433.º também do CC.” E acrescenta a autora, “ seria incoerente excluir o direito à restituição em valor na al. a) e readmiti-la na al. c) através da atribuição do direito à diferença de valor entre as prestações na parte em que não tenham sido cumpridas.” SERRA, Catarina, “*O Regime Português da Insolvência...*”, *Ob. Cit.* p. 95.

⁴⁷ Cfr. .A definição é-nos dada pela doutora EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*” *Idem Ibidem.*, p. 235.

⁴⁸ Artº 102º nº 3 alínea b) do CIRE.

⁴⁹ *Vd.* O regime do CPEREF (artº 161º nº1 e 2) era diferente, o vendedor não tinha direito a receber o valor da prestação do devedor.

⁵⁰ Esta alínea consagra três princípios sobre a recusa do cumprimento: o primeiro é o de que a contraparte adquire um direito de crédito por causa do não cumprimento; o segundo, é o de que o conteúdo do direito de crédito deve aproximar-se do conteúdo do direito de indemnização cumulável com a resolução do contrato; por último e em terceiro lugar, o conteúdo do direito cumulável deve determinar-se conforme a teoria da diferença. SERRA, Catarina, “*O Regime Português da Insolvência...*”, *Idem Ibidem.*, p. 96.

⁵¹ “Corresponderá ao valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido da contraprestação correspondente que ainda não tinha sido realizada.” Artº 102º nº 3 al. c).

⁵² *Vd.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda...*”, *Ob. Cit.*, p. 540.

VASCONCELOS, cabe ao vendedor provar o montante dos danos sofridos, sob pena de perder a indemnização pelos prejuízos sofridos com o incumprimento.

A teoria da diferença que acabamos de assinalar, é a “indemnização pecuniária que deve manifestamente medir-se por uma diferença (por id quod interest) (...) pela diferença entre a situação (real) em que o facto deixou o lesado e a situação (hipotética) em que ele se encontraria sem o dano sofrido.”⁵³ Alertamos para o facto de haver uma diferença desta teoria no Código Civil e no CIRE. Se o primeiro que vem previsto nos artºs 801.º e 802.º do CC resulta de uma decisão do credor, no CIRE, resulta de uma decisão da lei. Acresce ainda o fato de no regime insolvencial, a indemnização ser calculada de acordo com o método da sub-rogação, que inclua todo o valor da prestação efetuada pelo credor.⁵⁴

Olhemos com atenção também à alínea d) do artº 102º, nº 3 do CIRE, ela apresenta-nos um direito à indemnização (que tem carácter de crédito sobre a insolvência). O incumprimento causa prejuízo com direito à indemnização, mas esta mostra-se demasiado restritiva⁵⁵⁻⁵⁶ para o não insolvente, uma vez que os prejuízos podem ser bastante avultados. Outrossim, como este crédito é sobre a insolvência não goza das vantagens dos créditos sobre a massa, pelo que aquilo que se apura no processo de insolvência servirá para satisfação das dívidas.⁵⁷ Os prejuízos não abrangidos pelo direito de crédito emergente do cumprimento, serão regulados por esta alínea d)⁵⁸, calculados nos termos da alínea anterior.⁵⁹

Além disto, poderá acontecer o caso de os danos superiores serem provados pela outra parte, razão pela qual se retirará a quantia obtida através da diferença ao montante indemnizatório.(artº 102, nº 3 al d), ii) do CIRE).⁶⁰ O autor mencionado, indica-nos que

⁵³ *Vd. VARELA, João de Matos Antunes, Ob. Cit., p. 907.*

⁵⁴ *Vd. PINTO, Paulo Mota, Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol.II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs 1643, nota 4726.*

⁵⁵ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ob. Cit., p.127.*

⁵⁶ *Cfr. SERRA, Catarina, “O Regime Português da Insolvência...”. Ob. Cit., p. 183.*

⁵⁷ *Vd., ASCENSÃO, José de Oliveira, Idem Ibidem, p.127.*

⁵⁸ O direito à indemnização dos prejuízos causados pelo incumprimento na supracitada alínea, é apresentado de forma muito restrita. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Idem Ibidem, p. 127.*

⁵⁹ *Vd. SERRA, Catarina, “O Regime Português da Insolvência...”, Idem Ibidem, p. 96.*

⁶⁰ *Cfr. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda” Ob. Cit., p. 540.*

no caso do insolvente nada ter prestado, a outra parte não terá direito a receber indemnização.⁶¹

Para finalizar e atendendo uma vez mais a PESTANA DE VASCONCELOS, o mesmo transmite-nos a ideia de a indemnização pode ter como limite “o valor da obrigação imposta à outra parte nos termos da alínea b) do n.º3 do art.º 102.º CIRE.”⁶²

1. b) O princípio *par conditio creditorum*

O direito da insolvência versa de modo geral a situação do devedor insolvente, bem como os esquemas de agressão patrimoniais, o reconhecimento e graduação de dívidas, a execução patrimonial e o pagamento aos credores.⁶³ Além disso, o processo de insolvência⁶⁴ tem como finalidade a tentativa de recuperação da empresa, mas no caso de tal não ser possível, terá de recorrer-se à liquidação do património do devedor insolvente e à repartição do produto pelos credores.⁶⁵ É ainda um processo concursal, universal e de natureza mista.⁶⁶

Em primeiro lugar é um processo concursal,⁶⁷ porque todos os credores são chamados ao processo para reclamar os seus créditos,⁶⁸ não se olhando ao valor do

⁶¹ *Vd.* ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ob. Cit.*, p. 128.

⁶² Ter em atenção neste ponto, que só se verifica o dito, se antes da declaração de insolvência, tenha existido o cumprimento parcial por parte do devedor, sem haver no entanto contraprestação do vendedor. Trata-se portanto de uma obrigação eventual. *In*, VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda...*”, *Ob. Cit.*, p. 541.

⁶³ Antigamente, a falência era um instituto privativo dos comerciantes e à integração da matéria no direito comercial. Assim, considerava-se que “a insuficiência do ativo em face do passivo não constitui, de per si, uma perturbação do mecanismo económico. Há a somar o ativo crédito pessoal, tantas vezes de um valor igual ou superior ao ativo patrimonial.” SERRA, Catarina, “*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*”, Coimbra Editora, 2009, p. 236.

⁶⁴ Até há bem pouco tempo, o CPC estabelecia dois processos diferentes: o processo de insolvência (art.º 1131.º, n.º1 do CPC) e o processo de falência (art.º 1135.º, n.º 1 do CPC), que em si eram diferentes, tanto a nível de regime como dos destinatários. Serra, Catarina, “*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito...*”, *Ob. Cit.*, p.236.

⁶⁵ *Cfr.* Art.º 1.º n.º 1 do CIRE, Luís M. Martins, Editora Almedina, 2ª Edição, 2012.

⁶⁶ *Vd.* EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*, p.11.

⁶⁷ O regime italiano elucida-nos dos cinco momentos da atuação da concursalidade: o ónus de reclamação dos créditos e da restituição e da separação de bens; a impossibilidade de fazer seguir ações executivas singulares; a perseguição dos atos prejudiciais aos credores; a pós eficácia da *par conditio creditorum* e a tutela penal. *In*, SERRA, Catarina, “*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito...*”, *Ob. Cit.*, p.157.

crédito prioritariamente, mas de forma simplista à sua satisfação. Inerente ao princípio referido, atente-se também a uma questão de justiça e proporcionalidade, porque mesmo que o património não seja capaz de cobrir tudo o que está em dívida, o que existe será repartido proporcionalmente pelos credores, tal como vem indicado no art.º 176.º do CIRE.⁶⁹

Em segundo lugar, diz-se que é um processo universal. Esta universalidade prende-se com o facto de todos os bens serem susceptíveis de apreensão para depois se liquidarem, tendo apenas como requisito, que os bens sejam penhoráveis ou que não sejam absolutamente impenhoráveis, e que tenham sido apresentados de forma voluntária pelo devedor como nos termos do art.º 46.º do CIRE vem descrito.⁷⁰

O último dos processos supracitados, é o processo de natureza mista. Tal processo tem esta denominação, porque primeiramente vai-se avaliar a situação de insolvência surgindo como processo declarativo, para posteriormente ter natureza executiva, já que se fará a apreensão e consequente liquidação do património para integral pagamento aos credores.⁷¹

Todos os efeitos da declaração de insolvência⁷² são instrumentais ao processo de insolvência, devendo portanto servir o seu fim. Desta forma, haverá uma maior e mais completa satisfação dos credores⁷³, o que equivale a afirmar também, que posteriormente nenhum credor possa vir a retirar uma melhor satisfação do que os restantes credores.⁷⁴⁻⁷⁵ A isto denominamos *par principio creditorum*, sinónimo de

⁶⁸ Os trabalhadores do insolvente gozam de privilégio mobiliário geral e privilégio imobiliário especial sobre bem imóvel do empregador em que prestam a sua atividade. Tais créditos terão a denominação de privilegiados e garantidos. Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 5.

⁶⁹ Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.* p.12.

⁷⁰ Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Idem Ibidem.*, p.12 e 13.

⁷¹ Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*” *Idem Ibidem.*, p. 13.

⁷² A declaração de insolvência tem como efeitos a suspensão de todas as diligências executivas que foram requeridas pelos credores, tal como vem plasmado no art.º 88.º, n.º 1 do CIRE. No entanto, deve salvaguardar-se que as ações já propostas não ficarão sem nexos, determinando a lei a apensação ao processo das mesmas, se tal for requerido. Neste sentido, o art.º 85.º n.º1 do CIRE. In, CUNHA, Paulo Olavo, “*Lições de Direito Comercial*”, Editora Almedina, 2010, p. 134.

⁷³ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 4ª Edição, 2012, p. 180. “A concessão deste direito de opção ao administrador da insolvência resulta do facto de a insolvência consistir numa impossibilidade geral de cumprimento das obrigações, que justifica a adoção de medidas em defesa dos credores. Se o insolvente se visse forçado a cumprir os negócios em curso, os pagamentos que efetuasse beneficiariam alguns credores em detrimento de outros, sendo, por isso, que a lei estabelece que os credores perdem, com a declaração de insolvência, a possibilidade de exigir autonomamente os seus créditos.”

⁷⁴ Os credores na fase antecedente à sentença de declaração de insolvência só podem intervir no processo como requerentes, visto que por força do artº 37º do CIRE, a sua citação é posterior, porque até aí o

satisfação de todos os credores⁷⁶ de igual forma, com uma satisfação repartida. Deste modo, este princípio deverá ter uma “justiça distributiva”, de “distribuição do sacrifício”, de “comunhão de perdas” ou de “comunhão do risco”⁷⁷, integrando o “interesse público na justa composição de conflitos”.⁷⁸ Mas, por outro prisma, para existir uma satisfação dos credores⁷⁹, eles têm o ónus de reclamar (art.º 128.º CIRE), considerando-se claro está como partes integrantes do processo.⁸⁰

Quando falamos de processo de insolvência, mais não é do que chegarmos à conclusão que o devedor se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, que à partida, não há por parte do insolvente meio de cobrir as suas dívidas, de responder de forma eficaz às suas obrigações, originando o incumprimento das mesmas, tal como vem plasmado no art.º 3.º n.º1 do CIRE.

Portanto, os credores deixam de ter um papel para passar a ter obrigatoriamente outro, em vez de partilharem o risco económico que advém da sua posição, terão de assumir as consequências do processo em si, facto esse que nasce da responsabilidade patrimonial do devedor que foi incumprida.⁸¹⁻⁸² O legislador coloca de parte a visão

processo é do exclusivo conhecimento do sujeito que o requer. In, SERRA, Catarina, “*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito...*”, *Ob. Cit.* p.390.

⁷⁵ Portanto, a dimensão coletiva vai sobrepor-se à individual. In, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 17. Neste sentido, diremos que o verdadeiro interesse do legislador da insolvência é fugir do esquema da justiça comutativa e resolver a justiça distributiva, visto serem duas visões distintas e que não se complementam. O princípio comutativo exigiria o pagamento integral dos credores à medida dos seus créditos, por sua vez, o distributivo origina a restituição do que receberam como forma de uma redistribuição proporcional. Apud, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, In, PAJARDI, Piero, *Manuale di diritto fallimentare* (a cura di Manuela Bocchciola e Alida Paluchowski), Milano, Giuffrè, 2002, p. 11.

⁷⁶ Fala-se portanto do princípio da proporcionalidade, visto que a satisfação dos credores passará pela repartição dos bens de uma forma justa, seguindo as traves mestras do dito princípio. In, SERRA, Catarina, “*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*”, *Ob. Cit.*, p.153.

⁷⁷ Vd. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina *Ob. Cit.*, p. 7.

⁷⁸ (...) Por força da boa-fé, o devedor deveria abster-se de dar tratamento preferencial a alguns credores e proceder a uma execução rateada de todas as obrigações. Apud, SERRA, Catarina, “*A falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito...*”, 2009, nota de rodapé 1012, *Idem Ibidem.*, p. 392.

⁷⁹ A satisfação coletiva e paritária deve prevalecer sempre no processo de insolvência visto que o grande objetivo é a satisfação de todos os credores. In, SERRA, Catarina, “*O Valor do Registo Provisório da Aquisição na Insolvência do Promitente – Alienante*”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 38, Abril/Junho 2012, p. 59.

⁸⁰ No regime Português, este princípio, obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objetivas (Cfr. n.º1 do art.º 194.º do CIRE). In, SERRA, Catarina, “*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito...*”, *Idem Ibidem.*, p.392.

⁸¹ Vd. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Idem Ibidem.*, p. 7.

⁸² Neste sentido, chamamos a atenção para não se fazer confusão entre o princípio da concursualidade e o par conditio creditorum. “O primeiro respeita à razão de ser do concurso entre os titulares de direitos de crédito, e o segundo é só um dos modos possíveis de realização do concurso”. In, SERRA, Catarina, “*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito...*” *Idem Ibidem.*, p.156.

única que outrora retinha do credor individual/devedor individual, para passar a uma realidade diferente, “uma realidade plurisubjetiva caracterizada por relações intersubjetivas de solidariedade e de complementaridade perante um único sujeito contraposto, abandonando a ideia de uma mera justiça.”⁸³

No entanto, também este princípio tem as suas vicissitudes. Se é verdade que tem como prioridade a satisfação de todos os credores de igual forma, não é menos verdade que aqueles credores que são detentores de garantias, exigirão ver os seus créditos satisfeitos antes dos demais.

CAPÍTULO II – CONTRATO-PROMESSA

2. Promessa de Contrato

O Contrato-Promessa é a convenção pela qual uma ou mais partes, se obrigam futuramente a celebrar determinado contrato, tal como resulta do disposto do art.º 410.º do Código Civil⁸⁴⁻⁸⁵, podendo também dar-se o nome de contrato prometido. O contrato-promessa existe em duas modalidades, nomeadamente de forma bilateral e unilateral (art.º 410.º e 411.º ambos do CC respectivamente).⁸⁶

Quando estamos perante a promessa de contrato várias questões pertinentes se levantam em face dos negócios em curso⁸⁷.

⁸³ Vd. SERRA, Catarina, “A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito, *Ob. Cit.*, p. 396.

⁸⁴ Vd. VARELA, João de Matos Antunes, *Ob. Cit.* 308 e 309.

⁸⁵ No anterior regime insolvencial, fazia-se a distinção entre contrato-promessa com eficácia real e sem eficácia real (art.º 164.º-A, n.º2, do CPEREF e art.º 164.º, n.º2, do CPEREF, respectivamente). In, VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Contrato Promessa e falência/insolvência*, Cadernos de Direito Privado n.º24, Out./Dez. 2008, p 57.

⁸⁶ Neste sentido também MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa em Geral, Contrato-Promessa Em Especial*, Edições Almedina, 2009, pp. 24 e ss.

⁸⁷ Atentos ao Ac. STJ de 27-01-2004 (FARIA ANTUNES), In: www.dgsi.pt “Tendo os rés prometido comprar ações de uma sociedade que entretanto foi declarada falida por sentença transitada em julgado, sem se provar que tiveram culpa nessa falência, tornou-se impossível a execução específica do respetivo contrato-promessa, com efeitos retroativos extensivos ao pedido de capital e dos juros. Mantendo a sociedade falida personalidade jurídica apenas para efeitos de liquidação, não faria sentido obrigar os réus, promitentes adquirentes de ações da falida, a comprar e pagar, com juros, parte do capital da sociedade já dissolvida”.

Só no contrato promessa com eficácia real (art. 413.º do Código Civil) acompanhado de tradição o administrador da insolvência do promitente-vendedor não pode recusar o cumprimento (art. 106.º, n.º 1),⁸⁸ logo, o promitente-comprador conserva o direito de exigir à massa insolvente (promitente-vendedor; administrador da insolvência) a celebração do contrato prometido ou a execução específica da promessa.⁸⁹

Segundo os ensinamentos de CATARINA SERRA, se estivermos perante um contrato-promessa com eficácia obrigacional⁹⁰, teremos de ter noção que mesmo havendo tradição da coisa,⁹¹ a recusa do administrador é uma possibilidade.⁹² A autora acrescenta também que o exposto resulta inequivocamente do artº 106º nº1 *a contrario*⁹³⁻⁹⁴ do CIRE.⁹⁵

⁸⁸ Ac. STJ de 12-05-2011(Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) In: www.dgsi.pt: "O administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de um contrato-promessa de compra e venda com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa para o promitente-comprador."

⁸⁹ No mesmo sentido, se estivermos perante um contrato com eficácia real, verificando-se a tradição da coisa, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento do contrato-promessa. SERRA, Catarina, "*O Regime Português da Insolvência...*", *Ob. Cit.*, p. 102.

⁹⁰ Para haver contrato com eficácia real, exige-se primeiramente a transmissão e a constituição de direitos reais. Para estarmos perante esta eficácia real, só os bens registáveis são válidos, excluindo-se os que aqui não se enquadram. Quanto à eficácia obrigacional, apenas se limita às partes, não havendo oponibilidade a terceiros. In: MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa Em Geral, Contrato-Promessa Em Especial*, Editora Almedina, 2009. Acrescentamos as sábias palavras de VARELA, João Matos Antunes, *Ob. Cit.* p. 329., referindo que "para ter eficácia real tem de ser celebrado por escritura pública ou documento particular com reconhecimento de assinatura."

⁹¹ Quando não se estipula eficácia real, ao administrador da insolvência é concedido o ónus de recusar ou cumprir o contrato, independentemente da tradição da coisa. FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, "*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado...*", *Ob. Cit.*, p. 400 n.º 5.

⁹² No mesmo sentido vão SILVA, João Calvão da, FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, e FREITAS, José Lebre de.

⁹³ Esta interpretação não permite a recusa do cumprimento apenas quando estejam reunidos três requisitos: o contrato promessa tenha eficácia real, o promitente vendedor seja o insolvente e tenha havido tradição a favor de terceiro. Nos restantes casos aplica-se o nº2 do artº 106. In, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 9.

⁹⁴ *Vd.* Ac TRP de 26-05-2011, P31/10.2TBAMM-B.P1,R.FILIPPE CAROÇO: "II- Os contratos-promessa, quer com eficácia real, quer com eficácia obrigacional, em que tenha havido tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, conferem ao promitente comprador o direito de retenção sobre essa coisa pelo crédito resultante do não cumprimento imputável ao promitente-vendedor, sendo que tratando-se de contrato promessa com eficácia real, o cumprimento não pode ser recusado por força do artº 106º, nº1 do CIRE." e Ac TRC de 01-07-2008, p.63/07.8 TBMGR-M.C1, R. ARTUR DIAS: III-"Relativamente à promessa de contrato prevê o artº 106º, nº1 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. Acórdãos retirados de www.dgsi.pt.

⁹⁵ *Vd.* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 9.

Neste sentido, a aplicação do artº 106º provoca alguma divergência doutrinal. MENEZES LEITÃO refere que o contrato promessa com eficácia real⁹⁶ não poderá sofrer consequências devido à declaração de Insolvência, ao que acrescenta que não havendo eficácia real, “não poderia ser objeto de recusa do cumprimento se o beneficiário tiver obtido a tradição da coisa, sendo tal hipótese prevista no artº 106.º n.º1.”⁹⁷ Refere que mesmo havendo eficácia obrigacional, a transmissão da posse fará funcionar o artº 755.º nº 1 al. f) do Código Civil.⁹⁸ Já para PESTANA DE VASCONCELOS esta posição seria válida de *iure constituendo* mas não de *iure constituto*.⁹⁹

Porém, juntando-se a Catarina Serra, também MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO diverge da opinião de MENEZES LEITÃO. Assim, também a autora refere que não houve nenhuma omissão por parte do legislador, mas sim uma intenção clara de excluir os demais casos que não cumpram aqueles três requisitos.¹⁰⁰

Discordando do autor quando refere que a transmissão da posse da coisa fazia funcionar o direito de retenção, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA e CATARINA SERRA afirmam que a lei subsidiária ao CIRE é o Código de Processo Civil e dá exemplos como é o caso do artº 903º CPC. Os autores querem com isto reforçar a sua ideia, no sentido que se o Código Processo Civil é subsidiário ao Código da Insolvência, igualmente deve ser o seu texto. Portanto, o administrador fica sem o poder de recusar o cumprimento, com a consequência de o promitente-adquirente celebrar o contrato e adquirir o bem.¹⁰¹⁻¹⁰²

⁹⁶ Quando estamos perante um contrato-promessa com eficácia obrigacional, apenas tem efeitos entre as partes. Querendo atribuir oponibilidade a terceiros celebra-se contrato com eficácia real. Esta atribuição de eficácia real origina que a promessa enquanto não revogada, prevalecerá sobre todos os direitos que posteriormente se constituam. In, COSTA, Mário Júlio de Almeida, Contrato-Promessa: *Uma síntese do Regime Vigente*, 9ª Edição, Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2007, p. 51.

⁹⁷ Apud, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Manual de Direito da Insolvência...”, *Ob. Cit.*, p.175.

⁹⁸ Parafrazeando o autor, “o promitente-comprador torna-se titular de um direito de retenção, que constituindo garantia real, não pode deixar de ser atendida em sede de insolvência”. In, LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, “Direito da Insolvência...” *Ob. Cit.*, p. 181 e 182.

⁹⁹ O autor afirma que no contrato-promessa com eficácia real, sendo insolvente o promitente-vendedor e se tiver havido tradição da coisa, o administrador da insolvência não poderá recusar o cumprimento. Mas já o pode fazer, numa solução que merece as maiores reservas, mesmo tendo o contrato eficácia real, se não tiver havido tradição da coisa. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Jan./Mar. 2011, p. 11. Neste sentido, FERNANDES, Luís Carvahø e LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3ª Ed. (2ª Reimpressão), Quid Juris, Lisboa, 2000, pp. 428 e ss.

¹⁰⁰ *Vd.* EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Manual de Direito da Insolvência...”, *Ob. Cit.*, p. 175.

¹⁰¹ *Cfr.* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina *Ob. Cit.*, p. 9.

CATARINA SERRA, levanta também uma questão em torno do registo provisório de aquisição, no sentido de saber se aquele pode impedir o administrador da insolvência de exercer o direito de recusa de cumprimento, quando não existe eficácia real. A autora não apoia a ideia da tradição como forma de vinculação, devendo para o efeito constituir-se eficácia real.¹⁰³

Neste seguimento, a autora refere também que se assim não fosse, estar-se-ia a violar os princípios da insolvência e mais concretamente o princípio da igualdade entre os credores, uma vez que o promitente-comprador teria o dom de prevalecer sobre os interesses dos restantes credores. A única exceção que deve relevar, vai de encontro ao registo provisório de aquisição a favor de pessoa diversa do insolvente, de resto, o administrador da insolvência pode optar por não cumprir o contrato-promessa.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Cumpre-nos ora fazer uma abordagem do artº 106º nº2, que em ligação com o art.º 102.º do CIRE atribui ao administrador da insolvência um direito potestativo de recusa de cumprimento do contrato-promessa.¹⁰⁶

Para assim compreendermos a presente lei, não podemos deixar passar em claro o anterior regime. No CPEREF¹⁰⁷⁻¹⁰⁸, nos termos do art.º 164.º-A, nº1,¹⁰⁹ “o contrato

¹⁰² A lei portuguesa permite o registo provisório da aquisição com base em contrato promessa, isto é, o registo do direito antes de titulado o contrato prometido, do direito futuro (Cfr. art.º 47.º, nº 3 e art.º 92.º nº1, alínea g) e n.º4 do CregP). In, SERRA, Catarina, “*O Valor do Registo Provisório da Aquisição na Insolvência do Promitente-Alienante*”, Cadernos de Direito Privado n.º 38, Abril/Junho 2012, p. 61.

¹⁰³ *Vd.* SERRA, Catarina, “Cadernos de Direito Privado, nº38, Abril/Junho...” *Ob. Cit.*, p.65.

¹⁰⁴ *Vd.* SERRA, Catarina, “Cadernos de Direito Privado, nº38, Abril/Junho...” *Idem Ibidem* p.66.

¹⁰⁵ O Ac. STJ de 12.05.2011(MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), reforça de certa forma a ideia da autora, porque “a inscrição no registo (provisório) da aquisição por força do contrato-promessa (...), não pode ter a virtualidade de se substituir a uma eficácia que a lei exige que decorra de um acordo expresso e formal. Caso contrário, um ato unilateral seria suficiente para alterar os efeitos do contrato e para ultrapassar exigências de forma que são impeditivas. In: www.dgsi.pt.

¹⁰⁶ *Vd.* OLIVEIRA, Nuno Manuela Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 13.

¹⁰⁷ Tal como no CIRE se fala num prazo razoável, também no CPEREF relativamente à compra e venda se fixava um prazo para o liquidatário, no sentido de exercer a sua opção. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*Contrato Promessa e Falência/Insolvência*”, Cadernos de Direito Privado, n.º24...”, *Ob. Cit.*, p. 59.

¹⁰⁸ *Vd.* No CPEREF, mesmo o liquidatário decidindo não cumprir o contrato, a sua decisão seria lícita. Tratar-se-ia de uma faculdade concedida pela lei, em abono da massa falida, com o intuito de no final haver uma distribuição pelos credores, naturalmente parte interessada. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*Contrato Promessa e Falência/Insolvência*,” Cadernos de Direito Privado, n.º24..., *Ob. Cit.* p. 59.

¹⁰⁹ A propósito do cumprimento do contrato, deveremos ter em atenção o anterior regime, que difere do atual. No âmbito do CPEREF, “o contrato-promessa extinguiu-se com a declaração de insolvência, com perda do sinal entregue, ou restituição em dobro do sinal recebido, como dívida da massa, consoante os casos”. O liquidatário poderia, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato ou requerer mesmo a execução específica do contrato-promessa. Cfr. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*Contrato-Promessa e Falência/Insolvência*”, in: Cadernos de Direito Privado, n.º24..., *Ob.*

não se extinguiu de imediato com a declaração de falência, produzindo-se apenas esse efeito se o liquidatário não optasse pela sua conclusão. O liquidatário querendo, e ouvida a comissão de credores poderia concluir o contrato, o mesmo que nunca se extinguiu.” Em abono daquela interpretação, caso fosse o falido o comprador, a contraparte após a declaração de falência, podia vender o bem a melhor preço do que o inicialmente estipulado, não estando com isso a cometer qualquer ato ilícito ou culposo.

Por sua vez, ROSÁRIO EPIFÂNIO, diz-nos que o liquidatário judicial deverá optar pela manutenção do contrato sempre que os interesses da massa falida determinem tal solução. O liquidatário optará pela celebração do contrato se o contraente o celebrar voluntariamente. Por outro prisma, verificando-se pelo não insolvente pouca abertura para celebrar o contrato prometido, assistiremos a uma atitude diferente pelo liquidatário, caso o contrato o permita, isto porque derivado de tal comportamento, deverá ser intentada uma ação de execução específica.¹¹⁰

Atualmente, no CIRE, por remissão do art.º 106, n.º 2, é aplicável o art.º 105.º, n.º 4 da venda com reserva de propriedade, quanto à limitação de indemnização, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador, quer ao promitente-vendedor¹¹¹, reconduzindo ainda para o regime geral dos efeitos da recusa de cumprimento, o n.º3 do art.º 102.º, abrangendo também o seu n.º 2.¹¹² Estamos perante um crédito sobre a insolvência, visto que o não insolvente quer normalmente cumprir o contrato, devendo ser indemnizado pelos prejuízos sofridos.

Por fim, CATARINA SERRA levanta uma problemática pertinente. O que acontece ao sinal, se esta questão não é contemplada nem na norma do n.º 5 do art.º 104.º nem no art.º 102.º, n.º3, al. c)? Segundo a autora, a constituição da sinal é uma prestação de coisa, ao passo que a prestação devida por causa do contrato-promessa é

Cit., p.58. No mesmo sentido, FREITAS, José Lebre de, *Estudos Sobre o Direito Civil e Processo Civil*, Volume II, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2009, p. 508 e 509.

¹¹⁰ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Os Efeitos Substantivos da Falência...*”, *Ob. Cit.*, p. 290 e 291.

¹¹¹ Esta disposição omite, porém, a hipótese muito frequente de o beneficiário da promessa de venda sem eficácia real se encontrar na posse da coisa, caso em que o art. 755º f) CC lhe atribui um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem que ser atendida em sede de insolvência. Para além disso, a estipulação de sinal e o direito ao aumento do valor da coisa não podem ser nesse caso afetados por esta recusa de cumprimento do administrador, pelo que a solução deste artigo é dificilmente compreensível. LEITÃO, Luís M. T. Menezes, “*Direito da Insolvência*”, p. 181/183.

¹¹² Verificando-se o não cumprimento do estipulado, a contraparte intenta ação de execução específica tendo em vista a obtenção da prestação em falta. Se houver recusa lícita por parte do administrador da insolvência, tal situação não é procedente. SILVA, João Calvão da, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13ª Edição - Revista e Aumentada, Edições Almedina, 2010, p.162.

uma prestação de facto jurídico. Acrescenta que este facto será qualificado como uma lacuna, e por isso a contraparte terá direito além da restituição em valor daquilo que prestou, à diferença de valor entre as prestações. Esclarece também que se esta lacuna não se integrasse por aplicação do art.º 102.º, n.º 3, al. c) do CIRE, iria atingir-se semelhante resultado com a aplicação do princípio geral do enriquecimento sem causa que vem previsto no art.º 473.º do CC, mais particularmente do seu n.º 2: “a obrigação de restituição tem por objeto o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou.”¹¹³

2.a) Contrato-Promessa: Problemática da constituição de sinal

A constituição do sinal, foi a par de outras, uma das muitas alterações que o CIRE implementou, divergindo de forma inequívoca do anterior regime, o CPEREF¹¹⁴. Neste, frisamos que quando se verificasse sinalização no contrato, a contraparte teria direito ao dobro do sinal.¹¹⁵⁻¹¹⁶

Indo ao encontro do CIRE, folheando todo o seu regime, apercebemo-nos que o mesmo não nos mostra a diferença do contrato promessa sinalizado e não sinalizado. O regime presente no art.º 441.º do CC, representa a vontade das partes, daí, os mesmos poderem qualificar como sinal a coisa entregue. A natureza de sinal no contrato promessa abrange diversos tipos, nomeadamente sinal penitencial; sinal confirmatório-penal; sinal confirmatório-penal e sinal penitencial.

¹¹³ Vd. SERRA, Catarina, “*O Regime Português da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*, p.104 e 105.

¹¹⁴ O acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, de 17/04/2007, Paulo Tavora Vítor (Relator) refere “O contrato-promessa sem eficácia real 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, consoante os casos”(…)”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”. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*Cadernos de Direito Privado nº24...*”, *Ob. Cit.*, p. 49 e 50.

¹¹⁵ Não nos olvidemos que neste regime, além do mencionado seria possível também a perda do sinal. Seria portanto uma utilização do que vem previsto no artº 442º nº2 do Código Civil.

¹¹⁶ Pronunciam-se também sobre este artigo: SILVA, João Calvão da Silva, *Ob. Cit.* pág 105 e ss. Também no mesmo sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida, “*Contrato Promessa: Uma síntese do Regime Vigente...*”, *Ob. Cit.*, pág 73 e ss.

O penitencial assume carácter de antecipação da indemnização, portanto toda a quantia entregue em sede de contrato-promessa é vista como sinal, presumivelmente. Já o sinal confirmatório-penal, só pode ser exigido pela contraparte havendo incumprimento definitivo da outra parte. Por último o sinal confirmatório-penal e sinal penitencial, atua desta forma quando reveste a situação de arrependimento, atuando como indemnização.¹¹⁷

Posto isto, em volta de diferentes problemáticas nos cingiremos. Se por um lado podemos estar perante a insolvência do promitente adquirente, por outro pode suceder que seja o promitente vendedor, possuindo ambos os casos questões que passaremos a explicar. É de todo importante ressaltarmos, que toda esta problemática é acompanhada pela questão do sinal¹¹⁸⁻¹¹⁹, isto é, a sua constituição vai estar sempre presente neste regime do contrato-promessa.

A questão mais pertinente, prende-se com o facto de sabermos se o promitente não insolvente será indemnizado caso o administrador da insolvência recuse o cumprimento.¹²⁰ Teremos aqui de lembrar que o regime do CIRE difere de outros preceitos legais. Dando como exemplo o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, e focando-nos neste último, quando

¹¹⁷ Cfr. MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa Em Geral Contratos-Promessa Em Especial*, Editora Almedina, 2009, p.68 e 69.

¹¹⁸ O regime do sinal vem previsto no artº 442º do Código Civil. Atentos ao cerne do artigo é fácil compreender como funciona. Querendo adquirir alguma coisa e constituindo-se sinal para a mesma, se verificarmos um não cumprimento, a parte que recebe o sinal tem o direito de ficar com o mesmo. No entanto, caso seja a parte que iria ficar sem a coisa que não cumpre, quem fez o sinal tem o direito de adquirir o sinal em dobro. Porém, caso haja tradição, pode em alternativa adquirir o valor da coisa ao tempo do incumprimento, podendo beneficiar da maior valorização da coisa. Por último, além de tudo o que foi referido, se preferir, pode ainda avançar para a execução específica nos termos do artº 830º do Código Civil. Neste sentido LIMA, Fernando Andrade Pires de, e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, 4ª edição Revista e Actualizada (Reimpressão), Coimbra Editora, 2011, pp. 419 e ss.

¹¹⁹ Se porventura houver sinal e tradição da coisa, aquele que constitui o sinal tem o direito para optar entre o pedido do “duplum” ou de ver uma indemnização a seu favor segundo a parte final do nº2 do artº442 nº2 do CC. PROENÇA, José Carlos Brandão, “*Lições de Cumprimento e Não Cumprimento*”, O Não Cumprimento das Obrigações, Coimbra Editora, 2011, p. 339.

¹²⁰ À *contrario*, uma questão levanta Catarina Serra e Nuno Pinto Oliveira. Quando há recusa do administrador da insolvência para cumprir o contrato-promessa, será válido assumir-se o direito de receber o sinal em dobro pelo promissário-comprador? Os autores dizem que não. Primeiro porque tal direito iria “contra” o regime do sinal confirmatório presente no artº 442ºnº2 do CC, e secundariamente pelo conflito que adviria com o regime dos arts. 102º a 118º do CIRE, tal como vem previsto no artº 119 do CIRE. In, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 12.

estivéssemos perante uma promessa sinalizada, a contraparte do insolvente tinha logo direito ao dobro do sinal.¹²¹

Como é sabido e como já *sub iudice* mencionamos, o CIRE não nos mostra, nem tão pouco distingue a diferença entre contrato promessa sinalizado e não sinalizado, não estando presente no art.º 104.º n.º 5 nem no art.º 103 n.º 2 al. c), advindo daí toda esta dúvida acerca do artº 442º nº2 do Código Civil e da indemnização calculada em abstrato.¹²²

CATARINA SERRA e NUNO OLIVEIRA dizem-nos que o administrador de insolvência tem possibilidade de rejeição¹²³ do cumprimento do contrato promessa, portanto isto por si só é motivo para a inaplicabilidade do artº 442º do Código Civil.¹²⁴ Existindo a possibilidade de recusa, não haverá por certo um dever de cumprir, nem haverá ilicitude nem tão pouco culpa.¹²⁵-¹²⁶ Mais nos ensinam os supracitados autores, que “entre o direito de recusa do cumprimento do contrato-promessa e o direito subjetivo propriamente dito à restituição do sinal¹²⁷ em dobro¹²⁸ há uma autêntica contradição teleológica.”¹²⁹

¹²¹ *Vd.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado nº24...”, *Ob. Cit.*, p. 62.

¹²² No entanto, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos logo refere que aquando da constituição do sinal, a parte que não o insolvente, obterá como crédito (comum ou garantido) o sinal em dobro. *Cfr.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “*Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência*”, Cadernos de Direito Privado nº33, Janeiro/Março de 2011, p. 15.

¹²³ Se dúvidas houvesse acerca da inaplicabilidade do artº 442º do CC à recusa do cumprimento pelo administrador, as mesmas ficariam dissipadas pelo artº 119 do CIRE. *In*, SERRA, Catarina, “*O Regime Português da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*, p.104, nota de rodapé nº 168.

¹²⁴ Neste sentido uma aplicação analógica do artº 442º do CC deve relevar. Isto porque há uma lacuna que advém da recusa do administrador da insolvência em cumprir o contrato em que o promitente vendedor seja insolvente, sendo certo que esta situação deveria estar regulada, daí a aplicação analógica. *In*, VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado nº 33...”, *Ob. Cit.*, p. 19.

¹²⁵ A recusa que falamos do administrador da insolvência não é um não cumprimento ilícito, no entanto se o fosse, não seria de todo aplicado ao devedor. O devedor não cumpriria “salvaguardado” pelo artº 81º nº1 do CIRE, e o administrador não tem a necessidade de cumprir por causa dos artºs 102º e 106º do CIRE. Portanto, a ligação destes dois dá-lhe o direito potestativo de recusa. *In*, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 13.

¹²⁶ Nunca é demais referir que se o não cumprimento for imputável ao devedor, o credor só terá direito a indemnização se verificarmos o princípio da ilicitude e o da culpa. *In*, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto Oliveira, e SERRA, Catarina, *Idem Ibidem.*, p. 13.

¹²⁷ Como qualificaremos o sinal? Como confirmatório ou penitencial? À primeira vista diríamos que o sinal seria penitencial, a julgar pelo que resulta do artº 830 nº2 do Código Civil que nos elucida que o sinal é uma convenção em contrário do direito de execução específica. No entanto, para os contratos-promessa previstos no artº 410º nº 3 e 810º nº3 do CC tal argumento não é válido, isto porque nos casos referidos a execução específica é imperativa, o sinal será assim nestes casos confirmatório. *In*, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, *Idem Ibidem.*, p.12.

¹²⁸ O promitente-comprador estará numa posição privilegiada já que o recurso ao sinal em dobro o favorece, além de que não tem de provar danos sofridos, podendo até ser superior a eles. *Cfr.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado, nº33”, *Idem Ibidem.*, p.16.

¹²⁹ *Vd.* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, *Idem Ibidem.*, p. 12.

Outros autores se pronunciam acerca desta questão em torno do artº 442.º do CC, como é o caso de GRAVATO MORAIS. Este faz ênfase às posições tomadas por outros autores, nomeadamente MENEZES LEITÃO e PESTANA DE VASCONCELOS, mas deixa bem vincado que a aplicação do artigo mencionado deve prevalecer.¹³⁰ Neste seguimento justifica a sua posição afirmando que o art.º104º n.º5 do CIRE se aplica às situações de recusa do administrador, e conclui mostrando que no fundo estar-se-ia “a aplicar uma regra que pressupunha a não entrega da coisa a um caso em que na verdade já houve entrega da coisa (a título de sinal)”.¹³¹

GRAVATO MORAIS entende que perante a recusa do administrador da insolvência e havendo sinal prestado não será procedente a indemnização prevista no artº 104º nº5 ex vi artº 106, nº2, já que a al. a) do nº3 do artº 102º do CIRE não determina a restituição do que foi prestado.¹³² Porém, não nos esqueçamos que não faz muito sentido o promitente-alienante obter de forma simultânea a indemnização prevista no nº5 do artº 104º “ex vi” do nº2 do artº 106º do CIRE, verificado que está que o nº4 do artº 442º do CC o exclui.¹³³

Assim, verificamos que no seguimento dos ensinamentos de GRAVATO MORAIS, o artº106º nº2 só será aplicado aos contratos promessa em que não houve sinalização, nos demais casos, isto é, havendo sinal, a regra será a utilização do artº 442º nº2 do Código Civil.¹³⁴⁻¹³⁵

Segundo PESTANA DE VASCONCELOS, o promitente-vendedor é dono e senhor de uma “posição privilegiada” isto porque, no caso de insolvência tendo havido sinalização, verificada a recusa do administrador em cumprir o contrato, ficará com a

¹³⁰Vd. MORAIS, Fernando de Gravato, *Promessa Obrigacional de Compra e Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente-Vendedor*, Cadernos de Direito Privado nº29, Janeiro/Março 2010, p.8.

¹³¹ Vd. MORAIS, Fernando de Gravato Morais, “Cadernos de Direito Privado, nº29”, *Ob. Cit.*, p. 9.

¹³² Vd. MORAIS, Fernando de Gravato Morais, “Cadernos de Direito Privado, nº29”, *Idem Ibidem.*, p. 9.

¹³³ Cfr. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *A cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência. Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, P. 901 e 902, n. 1669.

¹³⁴ Vd. MORAIS, Fernando de Gravato, “Cadernos de Direito Privado, nº 29...”, *Idem Ibidem* p.9.

¹³⁵ Vd. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado nº33...”, *Ob. Cit.*, p. 15. O autor é apologista do uso deste artigo, referindo que “ dita a coerência interna da própria figura que, se a disciplina da recusa de cumprimento por parte do administrador, sendo insolvente o promitente-comprador, se reger pelo sinal, o mesmo deve suceder na hipótese inversa, ou seja, se o insolvente for o promitente vendedor”.

coisa sem ter de submeter-se ao “processo insolvencial”.¹³⁶ Acresce ainda o facto da indemnização prevista pelo artº 104 nº5 do CIRE, estar limitada aos casos em que não tenha havido constituição do sinal, constituindo crédito sobre a insolvência.¹³⁷

No entanto, valora-se de certa forma o lado do promitente-comprador que tenha efetuado sinal, justificando que não tem de provar os danos, podendo receber uma “fatia” maior do que eventualmente a que estaria à espera, e eventualmente pode ser considerado um meio para fazer alguma pressão na outra parte no sentido do efetivo cumprimento.¹³⁸

Voltando ao supracitado autor e seu ensinamento, e no seguimento do que vínhamos escrevendo acerca do artº 442º do CC, olhemos para o facto de PESTANA DE VASCONCELOS nos dizer que há uma grande diferença no n.º2 do artigo. Isto porque se outrora era claro (no CPEREF), agora não o é, tendo de fazer-se uma avaliação criteriosa. Assim, o sinal em dobro é questionável, porque para existir teria de haver um incumprimento imputável à outra parte. Mas, esta imputabilidade não é real, uma vez que não é o insolvente que não quer cumprir o contrato, mas sim o administrador da insolvência¹³⁹, visto que hipoteticamente a aceitação ou não do cumprimento é uma faculdade do administrador no interesse da massa insolvente.¹⁴⁰⁻¹⁴¹

Ainda em torno desta questão, quando não se tenha verificado constituição de sinal, a contraparte do insolvente verá a sua posição ser fixada de forma mais simples e rápida pela lei. Portanto, aplicar-se-á o regime da promessa sinalizada, ponto é, como se referiu, que o art.º 442.º n.º 2 do CC possa funcionar.¹⁴²

Uma pequena referência em relação ao promitente-adquirente nos cumpre fazer. Quando não há cumprimento pelo promitente-vendedor, dir-se-á que a contraparte

¹³⁶ Além disso goza de uma posição favorável perante os demais credores. Mesmo havendo vontade de cumprir pelo administrador ele adquire o seu direito. *In*, VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado nº33”, *Ob. Cit.*, p. 13.

¹³⁷ *Vd.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado nº33...”, *Ob. Cit.*, p. 13.

¹³⁸ *Vd.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado nº33...”, *Idem Ibidem.*, p. 16, nota de rodapé nº 48.

¹³⁹ O direito de escolha do administrador da Insolvência resulta expressamente do artº 102.º nº1. *In*, MORAIS, Fernando de Gravato, Cadernos de Direito Privado nº19, Janeiro/Março de 2010, p.7.

¹⁴⁰ *Vd.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado, nº24...”, *Ob. Cit.*, p 62.

¹⁴¹ Uma vez verificada a insolvência, quem gere o património é o administrador, atuando claro está no interesse da massa e dos credores. No entanto esta situação de insolvência deve-se ao promitente-vendedor. *In*, MORAIS, Fernando de Gravato, “Cadernos de Direito Privado, nº29...” *Ob. Cit.*, p. 7.

¹⁴² *Vd.* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, “Cadernos de Direito Privado nº24”..., *Idem Ibidem.*, p.63.

detém um crédito sobre a insolvência. E é neste sentido que a diferença entre crédito sobre a insolvência e crédito sobre a massa se identifica em sentido contrário. Ao passo que os créditos da massa são créditos prioritários sendo imputados aos rendimentos da massa, os créditos sobre a insolvência só terão o seu efetivo pagamento apenas quando houver sentença transitada em julgado (art.º 173.º CIRE), sendo que se destacam no seu seio “os créditos garantidos” (art.º 174.º n.º1 CIRE).

Por fim, teremos de concordar com a tese defendida por PESTANA DE VASCONCELOS, pois nos parece a mais acertada bem como a mais plausível. Assim, a aplicação do art.º 442.º n.º2 do CC será a mais correta, até porque se assim não fosse o promitente-adquirente seria sobremaneira prejudicado, originando até “um incentivo para o administrador optar pela recusa”¹⁴³, advindo como consequência caso o promitente-adquirente tivesse constituído sinal ficar numa posição debilitada. O supra citado autor, acrescenta ainda, e a nosso ver bem, que “não bastaria o prejuízo de se tratar de um crédito comum, porque virá a ser satisfeito rateadamente (art.º176.º CIRE), mas ainda se diminuiria o montante desse crédito”.¹⁴⁴

CAPÍTULO III - Direito de Retenção

Acerca desta questão do direito de retenção e do sinal, algumas questões dentro da jurisprudência foram levantadas no sentido da sua inconstitucionalidade. No entanto, a jurisprudência com algumas das suas decisões mostra que tal fundamento não é procedente.

“ Os falados normativos, não são organicamente inconstitucionais¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ porque os Direitos, Liberdades e Garantias, cuja competência para legislar pertence

¹⁴³ Vd. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado, nº24...”, *Ob. Cit.*, p. 62, n. 18.

¹⁴⁴ Vd. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de Pestana de Vasconcelos, “Cadernos de Direito Privado”, nº24...”, *Ob. Cit.*, p. 63, n. 18.

¹⁴⁵ A questão da inconstitucionalidade das normas dos DL. 236/80, de 18.7 e do DL 397/86 que alteraram a redação do art. 442º do Código Civil já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional que nos Acórdãos nºs. 374/2003, 594/2003, 22/2004 e 446/2004 entenderam que as intervenções legislativas das quais decorreu a norma da 2ª parte do nº2 deste art. 442.º “não podem ser consideradas como atingindo o núcleo essencial do direito de propriedade privada, na dimensão que o torna análogo aos direitos, liberdades e garantias, em termos tais que justifique a extensão do regime orgânico típico destes”, ferindo

exclusivamente à Assembleia da República não têm a ver com garantias patrimoniais, mas com garantias, liberdades e direitos pessoais.”¹⁴⁷

O direito de retenção é considerado um direito real de garantia, e permite a quem detenha esse direito a não entrega da coisa enquanto não houver cumprimento da obrigação que se lhe encontra adstrita.¹⁴⁸ Aquele¹⁴⁹ vem previsto no art.º 755.º n.º1 al. f), sendo alvo de inúmeros posições por parte da doutrina e da jurisprudência, à imagem do que vem sucedendo com toda a matéria já aqui discutida.

Se enveredássemos pela não aplicação do art.º 442.º n.º2 do CC, ficaria afastada a aplicação do direito de retenção, isto porque apesar de existir tradição da coisa, não vislumbrávamos o outro requisito importante, “o de o crédito garantido pelo direito de retenção resultar do não cumprimento imputável à outra parte”.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

CATARINA SERRA e NUNO OLIVEIRA argumentam que ao promitente adquirente não lhe é “concedido” direito de retenção porque mesmo existindo o direito ao dobro do sinal¹⁵², o não cumprimento não era imputável à outra parte, porque esta imputabilidade¹⁵³ é do desígnio do administrador da Insolvência. Porém, entre a situação de recusa de cumprimento e a norma do art.º 755.º CC n.º 1, al. f.) há uma

de inconstitucionalidade orgânica do DL n.º 379/86, de 11-11, que a editou. No sentido da constitucionalidade material da mesma norma, o Acórdão n.º 359/2005 daquele Tribunal.

¹⁴⁶ O Supremo Tribunal já, repetidamente, se pronunciou pela não inconstitucionalidade material das normas do art. 442º, nº2, e al. f) do nº 1 do art. 755º do Código Civil, considerando que não violam os princípios da proporcionalidade, da proteção da confiança e segurança do comércio jurídico imobiliário e do direito de propriedade privada, ínsitos nos arts. 2º, 18º, nº 1 e 62º, da Lei Fundamental.

¹⁴⁷ Apontamentos do Curso de Preparação ao CEJ, p. 158.

¹⁴⁸ Vd. MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa Em Geral, Contrato-Promessa em Especial*, Editora Almedina, 2009, p. 230.

¹⁴⁹ Cfr. Ac STJ de 26/06/2003 (FARIA ANTUNES), in: www.dgsi.pt: Para que o beneficiário da promessa de transmissão que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido goze do direito de retenção sobre essa coisa, nos termos da alínea f) do nº. 1 do artº. 755º do Código Civil, é necessário que comprove que a não celebração do contrato prometido é objetiva ou causalmente imputável ao promitente vendedor.

¹⁵⁰ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina *Ob. Cit.*, p.18.

¹⁵¹ Neste sentido também SILVA, João Calvão da, “*Sinal e Contrato Promessa...*”, *Ob. Cit.*, p. 319.

¹⁵² Mesmo havendo direito ao dobro do sinal, continuaria a não existir direito de retenção, porque continuaria a não haver imputabilidade à contraparte. Também no Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência assim sucedia. SERRA, Catarina, “*Efeitos da Declaração de Falência Sobre o Falido (após alteração do DL n.315/98 de 20 de Outubro, ao CPEREF)*” SCIENTIA IVRÍDICA, Separata, Jul/Dez 1988, n.ºs 274/276, p. 304.

¹⁵³ Há quem reporte uma ideia diferente, atribuindo a imputabilidade ao insolvente, porque na realidade foi ele que originou a situação de insolvência. “A ideia de imputabilidade deve ser entendida cum granum salis em sede de insolvência, e no sentido de “ter dado causa a”, “ter motivado a “(…), além de que, o que vem previsto no artº 20 do CIRE faz deduzir essa imputabilidade”. MORAIS, Fernando de Gravato, “*Cadernos de Direito Privado, nº29...*”, *Ob. Cit.*, p. 10 e 11.

diferença de grande importância: a causa do incumprimento do contrato-promessa é o ato de recusa do cumprimento. Desta forma considerar-se-á um ato lícito, tal como afirma BRANDÃO PROENÇA e PESTANA VASCONCELOS.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA alertam-nos para o facto do promitente-comprador¹⁵⁶ beneficiar da tutela concedida aos credores garantidos, uma vez que sendo o titular do direito de retenção obteria o pagamento primeiramente que os demais (cfr. 759.º n.º1 do CC).¹⁵⁷ Porém, o objetivo da Insolvência é a satisfação dos credores de igual forma¹⁵⁸, acrescentando ainda o facto de este suposto direito de retenção¹⁵⁹ ser uma garantia “oculta”, além de que a prevalência sobre a hipoteca lhe dá uma relevância extra.

Os supracitados autores, propunham uma interpretação restritiva do art.º 755.º, n.º1 al. f.) do CC, concluindo que uma vez recusado o cumprimento pelo administrador da insolvência do contrato-promessa, e depois de declarado insolvente o promitente-vendedor, verificaríamos que o adquirente seria um credor comum, não se denotando uma prevalência sobre os créditos com garantias reais e nem sequer sobre os bens da massa insolvente.¹⁶⁰

Neste sentido, PESTANA DE VASCONCELOS levanta a dúvida em torno desta questão do direito de retenção, questionando se o promitente-adquirente¹⁶¹ é

¹⁵⁴ Cfr. Apud, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p.18.

¹⁵⁵ A este argumento outros se juntam de forma substancial, mostrando e fortalecendo a tese dos autores supracitados. “Imagine-se que por um instante, que o artº 755º, nº1 al.f) do CC era também aplicável nos casos de recusa de cumprimento pelo administrador da Insolvência, possuindo além do direito de crédito um direito real de garantia, oponível erga omnes”. (...) Tal situação mostraria a possibilidade de constituição de créditos garantidos no curso de processo de insolvência, originando um conflito que tem que ver com a estabilização do passivo restante. OLIVEIRA, Nuno Pinto Oliveira, e SERRA, Catarina *Ob. Cit.* p.18.

¹⁵⁶ A lei portuguesa protege os promitentes-adquirentes de direitos reais sobre edifício ou frações autónomas. Beneficiam de um “acréscimo tutelar de segurança”, posto que está que nos contratos prometidos “possuem” a concessão do direito de retenção. PROENÇA, José Carlos Brandão, *Para a Necessidade de Uma Melhor Tutela dos Promitentes – adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 22, Abr.-Jun., 2008, p. 14 e ss.

¹⁵⁷ Neste sentido, englobar-se-ia aqui os titulares de hipoteca mesmo que registada anteriormente (artº 759º nº2 CC).

¹⁵⁸ Verifica-se a igualdade dos credores apenas no sentido das classes destes, tal como vem descrito no CIRE, mas apenas quando não se verifique a diferenciação entre os mesmos (art.º 47.º do CIRE).

¹⁵⁹ O Anteprojeto de revisão do Código de Processo Civil previa o registo do direito de retenção, bem como a eliminação da prevalência do direito de retenção dos promitentes-compradores sobre a hipoteca. Apud, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, *Ob. Cit.*, p. 19.

¹⁶⁰ Vd. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, *Idem Ibidem.* p. 19.

¹⁶¹ O autor menciona o facto de no caso de insolvência de promitente-comprador, haver uma força extra para a contraparte, isto porque poderá reter o sinal, não estando sujeito a todo o processo de reclamação

efetivamente um credor comum, ou se havendo tradição¹⁶² passará a ser credor garantido em virtude do direito de retenção. Para o autor, “o direito de retenção só tutela o promitente-adquirente quando este for um consumidor”.¹⁶³⁻¹⁶⁴ Acrescenta ainda, que a proteção do promitente-comprador/consumidor¹⁶⁵, num contrato-promessa sinalizado com tradição do edifício ou fração autónoma, não pode ficar dependente de a celebração do contrato definitivo não se vir a realizar pelo facto do administrador da insolvência recusar cumprir.¹⁶⁶

A favor da aplicação do direito de retenção, surge-nos GRAVATO MORAIS. Defende o autor, que o promitente-adquirente não tendo o direito de retenção, ficaria numa posição ingrata¹⁶⁷, uma posição que não deveria à partida ser sua, ainda para mais quando não se encontra da outra parte uma resposta concreta de nenhuma ordem.¹⁶⁸

Por outro prisma, não nos podemos olvidar que o promitente-adquirente tem a ideia firme da aquisição de direitos¹⁶⁹ devido ao pagamento já realizado, daí que a declaração de insolvência origina uma irreversível mudança de planos, nomeadamente:

de créditos e posterior rateio. Pestana de Vasconcelos, *Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência*, Cadernos de Direito Privado, nº33, Jan./Mar. 2011, p. 20.

¹⁶² No sentido da tradição da tradição da coisa, a jurisprudência pronuncia-se. “Das disposições combinadas dos arts. 442º e al. f) do nº 1 do art. 755º decorre linearmente que o promitente-comprador que obtém a tradição da coisa goza do direito de retenção, no caso de incumprimento imputável à outra parte.” Acórdão do STJ de 20-05-2010 (Alberto Sobrinho), in www.dgsi.pt.

¹⁶³ Cfr. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado, nº33”, *Ob. Cit.*, p.21.

¹⁶⁴ O autor refere que há uma proteção ao consumidor. E acrescenta “seria uma forte contradição valorativa que a lei, tendo criado, fora da insolvência, uma disciplina que tutela de forma marcada o promitente-adquirente/consumidor, o deixasse completamente desamparado na insolvência da outra parte, quando essa protecção se torna mais necessária.” VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana, “Cadernos de Direito Privado, nº33...”, *Ob. Cit.*, p.28.

¹⁶⁵ A jurisprudência pronuncia-se acerca desta defesa do consumidor. Ac. STJ de 20-05-2010 (Alberto Sobrinho), in: www.dgsi.pt : “ A alteração legislativa que redundou no aditamento da al. f) do art.º 755.º do CC, foi introduzida tendo em vista a defesa do consumidor, mas visando também em alguma medida, dinamizar o mercado da construção. (...) Depois as normas foram ditadas por necessidade de salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos tal como emerge do art.º 60.º da Constituição ao preconizar que os consumidores têm direito à proteção dos seus interesses económicos, e a que o legislador entendeu dar prevalência ao conferir primazia ao direito de retenção sobre a hipoteca.

¹⁶⁶ Vd. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Cadernos de Direito Privado, nº33” *Idem Ibidem*.,p. 29.

¹⁶⁷ Neste sentido, Brandão Proença refere o facto de nas promessas mais vulgares ser questionável o promitente-comprador chamar a si o direito de retenção. In, PROENÇA, José Carlos Brandão, “*Para a Necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis*” (*maxime, com fim habitacional...*) , In: Cadernos de Direito Privado, nº22, Abr. Jun., 2008, p. 8.

¹⁶⁸ Vd. MORAIS, Fernando de Gravato, “Cadernos de Direito Privado nº29...”, *Ob. Cit.*, p. 11.

¹⁶⁹ Quanto à tutela dos promitentes-adquirentes, uma abordagem diferente é defendida por Brandão Proença, afastando-se do tradicional direito de retenção. Propunha uma cumulação da tradição do imóvel com o registo do contrato e salvaguardar a prioridade do registo da hipoteca relativamente ao registo da promessa com tal cláusula. José Carlos Brandão Proença, *Para A Necessidade de Uma Melhor Tutela dos Promitentes – Adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional...)* *Ob. Cit.*, p. 19-22.

o direito à execução específica; direitos contratuais em geral; o direito de efetuar a interpelação admonitória. Desta forma, o direito de retenção a favor do promitente não insolvente com tradição da coisa, que notoriamente cumpre o acordado, deve ser encarado como uma certeza.

A nosso ver, só assim faz sentido o prévio acordo para a concretização do negócio, caso contrário, eventualmente por virtude de um certo receio de perder os seus direitos, todo aquele que quisesse adquirir um bem pensaria duas vezes acerca do eventual contrato, uma vez que a ideia de justiça que deve pairar no negócio, tal como a boa fé, pode não ser uma realidade como já se enunciou. A aplicação do direito de retenção¹⁷⁰ não pode ser afastada de “ânimo leve”, até porque uma das razões para a utilizarmos tem que ver com o incumprimento do promitente-vendedor.¹⁷¹

Verificamos por tudo o que se disse, que o administrador não pode recusar o contrato promessa quando haja eficácia real¹⁷² juntamente com tradição da coisa, tal como vem plasmado no art.º 106.º n.º1 do CIRE¹⁷³, anulando o princípio geral do art.º 102.º do CIRE, que colocava o administrador na posição de cumprir ou não cumprir. Contudo, falhando algum dos pressupostos do art.º106º n.º1 aplicar-se-á o princípio geral.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵

¹⁷⁰ No regime do CPEREF, caso o liquidatário se opusesse à extinção do contrato, o contraente não falido beneficiaria de uma indemnização que seria calculada de acordo com aquilo que eventualmente tivesse prestado como sinal. Portanto, o direito de retenção do sinal que haja recebido, seria considerado crédito comum, mas também poderia ser o mesmo crédito o direito à restituição em dobro de tudo o que houver prestado. In, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Os Efeitos Substantivos da Falência...*”, *Ob. Cit.*, p. 291.

¹⁷¹ Ao referido, advêm a imputabilidade ao promitente-vendedor, tendo a jurisprudência se manifestado, tal como vem descrito no Ac. STJ de 19-06-2006 (Sebastião Póvoas), in: www.dgsi.pt: “essa extinção é, sem qualquer dúvida imputável ao falido que se colocou em situação de não poder satisfazer pontualmente as suas obrigações. Mas ainda que assim não se entendesse, sempre a impossibilidade de cumprir procederia de sua culpa, “ex vi” do disposto do art.º 799.º n.º 1 do Código Civil.

¹⁷² Fala-se ainda de um reforço conferido aos promitentes-adquirentes quando o contrato possui eficácia real. Lembra-nos que o CPC é a lei subsidiária do CIRE, e portanto o art.º 903.º do CPC vai nesse sentido ao dizer que “Se os bens (...) tiverem sido prometidos vender, com eficácia real a quem queira exercer o direito de execução específica, a venda ser-lhe-á feita diretamente.” SERRA, Catarina, “*O Valor do Registo Provisório da Aquisição na Insolvência do Promitente-Alienante*”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 38, Abril/Junho 2012, p. 60.

¹⁷³ A recusa do administrador da Insolvência existe quando estejam reunidos três pressupostos: o contrato-promessa tenha eficácia real; o promitente vendedor seja o insolvente; e tenha havido tradição a favor do promitente comprador. In, Serra, Catarina, “*O Valor do Registo Provisório da Aquisição na Insolvência do Promitente-Alienante...*”, *Ob. Cit.*, p. 58.

¹⁷⁴Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*, p. 175 e 176.

¹⁷⁵ A jurisprudência refere também os casos de contratos com eficácia simplesmente obrigacional além dos já referidos com eficácia real. Neste sentido, atentos ao disposto no Ac. do STJ de 22-02-2011 (Azevedo Ramos), in: www.dgsi.pt, “ (...) Os contratos promessa, quer com eficácia real, quer com eficácia obrigacional, em que tenha havido tradição da coisa, conferem ao promitente-comprador direito de retenção sobre as frações objecto do contrato prometido, nos termos do art.º 755.º n.º 1 al. f) do CC.

CAPÍTULO IV - Art.º 103.º do CIRE

O art.º 103.º do CIRE é visto pela maioria da doutrina, como um artigo difícil de interpretar, carecendo até de argumentos válidos.

OLIVEIRA ASCENSÃO fala de uma imprecisão do artigo, afirmando a discrepância reconhecida à sua epígrafe¹⁷⁶ e à sua hipótese, referindo que o princípio que naquele artigo se verifica é muito duvidoso.¹⁷⁷ Por seu lado, ROSÁRIO EPIFÂNIO, afirma também a discrepância evidente, mostrando que “a epígrafe não corresponde ao seu conteúdo”. Na realidade, parafraseando a autora, “não se trata de prestações indivisíveis, mas sim de prestações divisíveis e de prestações de natureza infungível.”¹⁷⁸

O nº1 do artº 103.º tem no art.º 102.º n.º 3 uma função complementar. Para se compreender melhor, o artigo que referimos primeiro, regula os efeitos da recusa de cumprimento na hipótese específica de prestações indivisíveis. O princípio estabelecido no art.º 102.º em ligação com o regime dos contratos referidos, devem ser divididos em duas hipóteses: “o contraente que tem que realizar as prestações é o contraente in bonis¹⁷⁹ (regulado nos nºs 1,2 e 3) ou é o contraente insolvente¹⁸⁰ (regulada nos artºs 4 e 5).”¹⁸¹

Do exposto, uma questão nos cumpre colocar. O art.º 103.º é aplicável a prestações de facto? CATARINA SERRA, elucida-nos para o facto de o artigo se relacionar com o princípio de que “nenhuma das partes tem direito à restituição em espécie do que prestou” contido no n.º 2 do art.º 102.º, n.º 3, al.a). Acrescenta dizendo,

(...) Mas no caso de direito de retenção, o direito da insolvência não altera o regime civilista resultante do art.º 759.º do CC, cujo preceito já foi submetido à apreciação do Tribunal Constitucional, tendo este sempre decidido pela sua constitucionalidade.(...) A única diferença é que no caso da insolvência do promitente-vendedor, e do contrato ter eficácia real, não pode ser recusado o seu cumprimento, nos termos do art.º 106.º n.º1 do CIRE.

¹⁷⁶ Vd. FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, em análise ao artigo referiam a inadequação da epígrafe. *Ob. Cit.*, p. 392.

¹⁷⁷ Vd. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Ob. Cit.* p. 109.

¹⁷⁸ Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.* P. 171.

¹⁷⁹ O contraente cumprindo a sua prestação pode exigir como crédito sobre a insolvência, a parte da contraprestação em dívida (sobrepondo-se à vontade do administrador). *In*, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, “*Ob. Cit.*”, p. 172.

¹⁸⁰ Se o contraente insolvente for o devedor da prestação, o direito que vem na alínea b) do nº3 do artº 102.º cessa ou é substituído pelo direito à restituição do valor da prestação já efetuada anteriormente à declaração de insolvência, consoante a prestação tenha ou não natureza infungível. *In*, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, *Ob. Cit.*. p. 172.

¹⁸¹ Vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência...*”, “*Idem Ibidem.* P. 171.

que o princípio só deve ser relevante quando estejamos perante prestações de coisas com que possam ser substituídas, não sendo atendível quando não sejam ou não possam ser substituídas. Portanto, o contraente que haja realizado uma prestação com possibilidade de ser substituída, deve ter o direito de ser o próprio a decidir o caminho do contrato. Neste seguimento, caso seja o credor a realizá-la a derrogação do art.º 102.º, n.º 1 e 3, decorre do art.º 102.º, n.º3 al. c), e nº2, se for o insolvente a efetuá-la a derrogação do art.º 102.º, n.º3, al. a), decorre do art.º 104.º¹⁸²

Por outro prisma, o referido art.º 103.º carece de uma autêntica “interpretação corretiva”, porque o legislador onde disse “prestação infungível”, quereria dizer “coisa não facilmente substituível, além de que, comparativamente, “os art.ºs 767.º, 828.º e 829.º-A do CC, referem que prestação não fungível significa prestação que só pode ser realizada pelo devedor, o art.º 103.º, significa como já se referiu coisa que não pode ser substituída, ou prestação de coisa que não pode ser facilmente substituída.”¹⁸³

A norma derivada do art.º 104.º do CIRE, se fosse interpretada de outra forma, a primeira parte do art.º 103.º, n.º 1 aplicar-se-ia às prestações de coisas não substituíveis, quando sejam coisas simples, e a segunda parte às prestações de coisas não ou não facilmente substituíveis, quando sejam coisas compostas.¹⁸⁴

A definição que o art.º 207.º do CC nos dá relativamente a coisas fungíveis e infungíveis é manifestamente diferente daquela que nos dá o art.º 103.º do CIRE de coisas substituíveis ou insubstituíveis. O que vem plasmado no Código Civil, considerar-se-á mais restrito porque é relativo à forma como as coisas intervêm na relação jurídica, já o CIRE é mais amplo porque apenas atende à sua substituíbilidade.¹⁸⁵ Assim, “ uma coisa não fungível por intervir na relação jurídica como determinada in specie, pode não estar sujeita ao regime do art.º 103.º do CIRE por ser substituível.

¹⁸² *Vd. SERRA, Catarina, “O Regime Português da Insolvência...”, Ob. Cit., p.99. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, Ob. Cit., p.11.*

¹⁸³ *Apud, SERRA, Catarina, “O Regime Português da Insolvência...”, Idem Ibidem., p.99.*

¹⁸⁴ *Vd. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, SERRA, Catarina, Ob. Cit., p.11.*

¹⁸⁵ *Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, e SERRA, Catarina, Idem Ibidem., p.11.*

CONCLUSÃO

A dissertação que ora expusemos foi alvo de uma pesquisa bastante atenta e cuidada, fazendo com que o resultado final seja um conjunto das várias opiniões dos vários autores bem como toda a relevância jurisprudencial acerca do tema.

“Os efeitos do contrato-promessa na declaração de insolvência”, tem sempre a sombra do princípio geral presente no art.º 102.º do CIRE, isto é, na data da declaração de insolvência não se tendo verificado o cumprimento por nenhuma das partes, o cumprimento fica suspenso, cabendo o ónus de recusar ou executar esse mesmo cumprimento ao administrador da insolvência. Constatamos desta forma, que o administrador da insolvência é parte fulcral nos negócios não cumpridos, devendo zelar pelos interesse dos credores, para não se denotar uma excessiva espera dos mesmos.

É neste seguimento do supra referido que relembremos o *princípio par conditio creditorum*, melhor identificado no cerne da dissertação. No entanto, distanciando-nos de todo o seu sumo fazendo apenas uma breve menção, dizer que todo ele prima pela satisfação dos credores. Assim, uma distribuição justa, igual e repartida devem ser as características que o devem acompanhar, não devendo existir benefício de uns em prejuízo de outros, mas havendo sempre uma proporcional distribuição dos bens.

Apesar de toda a importância e “poder” que detém o administrador da insolvência, situações existem que fruto da situação o seu poder é notoriamente limitado. Tal como foi devidamente mencionado, no contrato-promessa com eficácia real acompanhado de tradição o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento, não se verificando tal situação no contrato com eficácia obrigacional, como tivemos oportunidade de constatar fruto do disposto do art.º 106.º n.º 1 do CIRE. Por seu turno, o seu nº 2 colocou-nos perante as maiores dificuldades de compreensão e julgamos ser procedente dizer, que é um dos aspetos que mais reticências coloca, bem como é justo indicar que é uma matéria de difícil análise.

A questão do sinal foi um dos pontos que causou mais dúvidas, tendo como seu ponto alto a aplicação do art.º 442.º do Código Civil. A questão em torno do sinal que nos coloca perante a indefinição de saber se a outra parte tem ou não direito ao sinal em

dobro, ou saber se no caso de haver tradição ao tempo do incumprimento poder adquirir o valor da coisa beneficiando porventura de uma maior valorização de mercado. Numa perspectiva de constituição de sinal por parte do promitente-adquirente a aplicação do art.º 442.º n.º2 é a mais correta, de outra forma veríamos que o promitente adquirente sairia prejudicado.

O direito de retenção presente no art.º 755.º n.º 1 al. f) encontra-se em ligação com o art.º 442.º ambos do Código Civil. O direito de retenção não deve ser afastado em relação ao promitente não insolvente que tenha obtido tradição da coisa. Se assim não fosse, poderíamos afirmar que aquele ficaria com uma posição contratual enfraquecida, podendo falar-se inclusive em uma injustiça e em uma perda irreversível de direitos tal como Gravato Morais nos ensinou. A contraparte do insolvente gozará a nosso ver do direito de retenção, podendo vir reclamar o seu crédito em sede própria. Diremos portanto, que a insolvência deverá ser imputável ao insolvente, mesmo que venha a ser considerada culposa.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Insolvência: Os Efeitos Sobre os Negócios em Curso*, in: “Themis”, Edição Especial, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 105-130.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-Promessa: Uma Síntese do Regime Vigente*, 9.^a Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2007.

Cunha, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, Editora Almedina, 2010.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4.^a Edição, Almedina, Porto, 2012.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/**LABAREDA**, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Reimpressão (inclui notas de actualização dos diplomas publicados até Agosto de 2009), Quid Juris Editora, Lisboa, 2009.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/**LABAREDA**, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3.^a Edição (2.^a Reimpressão), atualizada de acordo com o Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro, Quid Juris Editora, Lisboa, 2000, pp. 422-431.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/ **LABAREDA**, João, “*Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência, Efeitos Substantivos Privados de Declaração da Insolvência*”, Quid Juris Editora, Lisboa, 2009.

FERNANDES, Luís A. Carvalho Fernandes, *Efeitos Substantivos da Declaração de Falência*, in: *Direito e Justiça*, 1995, Volume IX, Tomo 2, pp. 18-49.

- FREITAS**, José Lebre de, *Estudos Sobre o Direito Civil e Processo Civil*, Volume II, 2^a Edição, Coimbra Editora, 2009.
- LEITÃO**, Luís M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- LEITÃO**, Luís M. T. de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Anotado, 2004.
- LEITÃO**, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- LIMA**, Fernando Andrade Pires de, e João de Matos Antunes **VARELA**, *Código Civil Anotado*, 4^a Edição Revista e Actualizada (Reimpressão), Coimbra Editora, 2011.
- MORAIS**, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa Em Geral, Contrato-Promessa Em Especial*, Editora Almedina, 2009.
- MORAIS**, Fernando de Gravato, *Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente – vendedor*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 29, Jan./Mar., 2010, pp. 3-12.
- OLIVEIRA**, Nuno Manuel Pinto e **Serra**, Catarina, *Insolvência e Contrato-Promessa*, in: “Revista da Ordem dos Advogados, 2010, pp. 1-19.
- PINTO**, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- PROENÇA**, José Carlos Brandão, *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral, A Dualidade, Execução Específica-Resolução*, Almedina, Coimbra, 1996.

- PROENÇA**, José Carlos Brandão, *Para a Necessidade de uma Melhor Tutela dos Promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 22, Abr.-Jun., 2008, pp. 3-26.
- PROENÇA**, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, O Não Cumprimento das Obrigações, Coimbra Editora, 2011, pp. 328-345.
- SERRA**, Catarina, *O Regime Português da Insolvência: 5.ª Edição*, Almedina, Coimbra, 2012.
- Serra**, Catarina, *O Valor do Registo Provisório da Aquisição na Insolvência do Promitente-Alienante*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 38, Abril – Junho, 2012, pp. 52-67.
- Serra**, Catarina, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito. O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Editora, 2009.
- SERRA**, Catarina, *Efeitos da Declaração de Falência Sobre o Falido*, (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF), Scientia Iuridica, Separata, Jul./Dez., 1998.
- SILVA**, João Calvão da, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.ª Edição - Revista e Aumentada, Almedina, Coimbra, 2010.
- VARELA**, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição Revista e Actualizada, 6ª Reimpressão da Edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2009.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência. Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Contrato-Promessa e Falência/Insolvência*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 24, Out.-Dez., 2008, pp. 43-64.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 33, Jan.-Mar. 2011, pp. 3-29.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda*, in: “Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Ano III – 2006, FDUP, Coimbra Editora, pp. 521-559.