



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS
NEGÓCIOS EM CURSO**

Em especial os Efeitos Sobre o Contrato Promessa

Helena Sofia Barros Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS
NEGÓCIOS EM CURSO**

Em especial os Efeitos Sobre o Contrato Promessa

Helena Sofia Barros Cunha

**Dissertação realizada sob orientação da Senhora Professora Doutora
Maria de Fátima Ribeiro**

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

DEDICATÓRIA

Àqueles a quem, quando olho para o céu, peço conforto.

AGRADECIMENTOS

**“Nessa estrada da vida que fascina
Caminha sempre em frente, além dos montes!
Morde os frutos a rir! Bebe nas fontes!
Beija aquelas que a sorte te destina!”**

Florbela Espanca

Aos meus pais que me deram a vida. À minha irmã e aos meus amigos que me deram sempre coragem para buscar a força que tantas vezes precisei. Continuarei a precisar de vocês e do vosso amor. Obrigada.

À Senhora Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro por toda a compreensão e disponibilidade.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa pela contribuição incalculável para a minha formação académica e pessoal.

RESUMO

A entrada em vigor de um novo diploma, nomeadamente o CIRE, determinou a revogação do regime insolvencial existente até então e com ela profundas alterações naquelas que eram as soluções jurídicas que davam resposta às questões que se colocavam com a declaração de falência.

Estas alterações preconizadas pelo CIRE revelaram-se proeminentes no âmbito dos efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso.

Neste sentido e, pese embora, decorridos já 18 anos desde a sua entrada em vigor e muita tinta tenha já corrido acerca destas alterações, revela-se de máxima importância perceber com precisão as soluções apresentadas por este diploma que continuam a não reunir consenso doutrinal.

Assim, pretendemos oferecer uma visão geral relativamente aos efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso, com as limitações naturalmente inerentes a um trabalho deste tipo.

Começando pelo “Princípio geral”, passando pelo artigo 106.º, dando relativo destaque ao problema da constituição de sinal e terminando com a questão do direito de retenção, pretendemos expor várias interpretações e mostrar aquela que fazemos.

Palavras-chave: CIRE; Processo de insolvência; Declaração de insolvência; Efeitos da declaração de insolvência; Negócios em curso; Direito de retenção;

ABSTRACT

The entry into force of a new diploma, namely the CIRE, led to the revocation of the insolvency regime existing until then and with it deep changes in the known legal solutions.

These alterations set out by the CIRE were prominent in the scope of the effects of the declaration of insolvency in the ongoing businesses.

In this sense, and despite the fact that 18 years have passed since the CIRE came into force and a lot of ink has already been spilled over this adjustments, it is of major relevance to understand the solutions presented by this diploma that continues not to assemble doctrinal agreement.

Therefore, we intend to offer an overview of the effects of the declaration of insolvency on ongoing businesses, with the naturally inherent limitations to a work of this type.

Starting with the "General Principle", going through article 106, giving relative emphasis to the problem of signal constitution and ending with the issue of the right of retention, we intend to expose several interpretations and show the one we make.

Keywords: CIRE; Insolvency process; Declaration of insolvency; Effects of the declaration of insolvency; Ongoing businesses; Right of retention;

ÍNDICE

<i>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</i>	9
<i>INTRODUÇÃO</i>	10
<i>CAPÍTULO I - OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS NEGÓCIOS EM CURSO NA VIGÊNCIA DO CIRE</i>	12
O ARTIGO 102.º DO CIRE COMO PRINCÍPIO GERAL	12
<i>CAPÍTULO II –OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA SOBRE O CONTRATO PROMESSA</i>	22
CONSIDERAÇÕES GERAIS	22
O PROBLEMA DA CONSTITUIÇÃO DE SINAL.....	29
<i>CAPÍTULO III - O DIREITO DE RETENÇÃO</i>	37
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	48

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

al. – Alínea

Art.º - Artigo

CC – Código Civil

Cfr. - Confrontar

CIRE– Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência

Ed. – Edição

N.º

–

Número

Ob. Cit. – Obra citada

P. (pp.) – Página(s)

ROA– Revista da Ordem dos Advogados

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Vd. – *Vide*

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) foi aprovado a 15 de Setembro de 2004 pelo Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março, sendo certo que a sua aprovação veio substituir o até então Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril. A entrada em vigor deste diploma, não tão bem recebida por todos, e nitidamente influenciado pela Lei Insolvencial Alemã, foi por JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO retratada como um “grande abalo”¹, sendo certo que, tal como descrito no próprio preâmbulo do Decreto-Lei, o legislador pretendeu uma “*ampla reforma*”. Desta forma, esta ampla reforma refletiu-se em várias modificações de regime.

O princípio estruturante indissociável ao novo regime passa a ser a satisfação dos interesses do credor, partindo da recuperação das empresas apenas como veículo condutor para alcançar esse objetivo final, diferentemente daquilo que acontecia no âmbito do CPEREF, cujo núcleo do regime se concentrava na recuperação das empresas.

A substancial alteração ao regime vigente anteriormente, determinou um corte com o regime tal como ele se apresentava e a adoção de novas soluções que eram então necessárias.

O presente trabalho tem subjacente a intenção de um, ainda que pequeno, contributo, no sentido do aprofundamento do conhecimento das opções e soluções legais decorrentes deste diploma. Neste sentido, propomo-nos a fazer uma análise, não a todo o regime insolvencial vertido no CIRE, mas antes ao regime previsto para os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso, nomeadamente aos efeitos que são produzidos com a declaração de insolvência nos negócios que nesse momento não estejam ainda cumpridos.

¹ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, in Themis, 2005, edição especial, Almedina, Coimbra, p. 105

Tal como reproduzido no preâmbulo do diploma sobre o qual nos debruçaremos, “*o capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo do CPEREF*”.

Também de acordo com PESTANA DE VASCONCELOS, a matéria dos negócios em curso foi das matérias relativamente às quais mais fortemente se sentiram as alterações introduzidas pelo CIRE e relativamente à qual mais se nota a influência do Direito da Insolvência Alemão.

Neste sentido, e tendo em consideração o atual contexto económico-social que, desafortunadamente, desencadeia e continuará a desencadear elevados números de processos de insolvência, esta pesquisa e reflexão revela-se importante.

Neste contexto, começaremos por uma abordagem ao atual regime dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso, analisando com relativo detalhe o disposto nos termos do artigo 102.º do CIRE, designado como “princípio geral”. Neste, colocamos em análise o seu âmbito de aplicação e questionamos se poderemos mesmo falar de uma generalidade da mesma

Seguidamente, passaremos ao estudo concreto dos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato promessa – sendo este o objeto do presente trabalho – com algumas considerações gerais, o aprofundamento do regime especial previsto no artigo 106.º - a eventual aplicação do artigo 102.º a estes negócios, terminando este capítulo com o problema da constituição de sinal e a apreciação crítica à jurisprudência produzida no âmbito desta temática. Por fim, culminamos com uma análise aos contornos do direito de retenção neste âmbito.

CAPÍTULO I - OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS NEGÓCIOS EM CURSO NA VIGÊNCIA DO CIRE

O ARTIGO 102.º DO CIRE COMO PRINCÍPIO GERAL

No título IV do capítulo IV do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas encontramos aqueles que são os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso. Após a declaração de insolvência é natural existirem ainda negócios que não foram cumpridos por uma das partes ou situações que, por força de determinadas características, perduram no tempo. O CIRE disciplina nos arts.102.º e ss. essas situações e estabelece logo nos termos do 102.º um principio geral, sendo certo que a introdução desta norma afigura-se como uma inovação face ao regime existente anteriormente.

Desde logo, parece interessante fazer uma breve distinção entre os negócios passados, em curso e os futuros.

Naturalmente, serão considerados negócios futuros todos aqueles que tiverem lugar posteriormente à declaração de insolvência. Por outro lado, tanto nos negócios passados como nos negócios em curso, ambos têm a sua origem no passado, ou seja, antes da declaração de insolvência. Deste modo, aquilo que distingue um negócio passado de um negócio em curso é, precisamente o facto de o cumprimento estar ou não concluído. Se o negócio não está cumprido, então trata-se de um negócio em curso, se o está, trata-se de um negócio passado².

Como já referido, diferentemente daquilo que acontecia com o CPEREF, no regime do CIRE o legislador qualificou o art.102.º como um princípio geral.

No que respeita à disciplina sobre os negócios em curso, determina o nº 1 do artigo102.º do CIRE:

² Ascensão, José de Oliveira – “*Insolvência: Efeitos sobre os negócios em curso*”, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), 2005. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/jose-de-oliveira-ascensao-insolvencia-efeitos-sobre-os-negocios-em-curso-star/> consult. em 20/Abr/2022.

“Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento”.

O art.102.º do CIRE surge como princípio geral transversal aos negócios jurídicos em curso no âmbito de uma declaração de insolvência, não obstante a regulação especial de alguns deles, com a regra da suspensão do cumprimento até que o administrador de insolvência declare optar pela execução ou pela recusa do cumprimento.

Portanto, coloca-se a questão de saber se estaremos verdadeiramente perante um princípio geral aplicável a todos os negócios jurídicos não cumpridos à data da declaração de insolvência, pressupondo que o legislador disse menos do que queria dizer ou se, por outro lado, o legislador disse exatamente aquilo que pretendia³.

Torna-se ambígua a afirmação do art.102.º como princípio geral, na medida em que no preceito são contemplados os contratos bilaterais, havendo dúvidas quanto aos negócios jurídicos unilaterais e contratos unilaterais⁴⁵.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS refere que, apesar da epígrafe do preceito, não se trata de uma norma geral transversal a todos os negócios jurídicos não cumpridos do insolvente à data da declaração de insolvência, mas apenas aplicável aos contratos bilaterais, deixando-se assim de fora *“os negócios unilaterais, os contratos unilaterais, os contratos bilaterais imperfeitos, assim como aqueles contratos bilaterais sinalagmáticos em que uma das partes já tenha cumprido na íntegra”*. (Vasconcelos, 2006).

³ Luís A. Carvalho Fernandes/ João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, p. 388, referem a *“inadequação”* da epígrafe ao normativo 102.º.

⁴. Os contratos bilaterais ou sinalagmáticos são aqueles em que as obrigações das partes possuem um vínculo correlativo tão forte que a prestação de um depende da do outro, como podemos depreender do artigo 428º CC. Por sua vez, os contratos unilaterais possuem a característica de apenas originarem obrigações para uma das partes (são casos disso o mútuo, comodato e contrato de depósito, como já vimos). Vejamos o artigo 1185º CC e seguintes sobre o contrato de depósito como exemplo.

⁵(Pinto C. A., 2012).

Neste sentido, defende LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO que muito dificilmente uma norma relativa a contratos bilaterais poderá “*ser elevada à categoria de princípio geral*”, isto porque os contratos não sinalagmáticos ficam de fora e no que a estes diz respeito não existe qualquer regime. (Leitão L. M., Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas, 2004).

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, surge a defender a possibilidade de aplicação analógica do regime jurídico do art.102.º do CIRE aos negócios jurídicos unilaterais e mesmo aos contratos unilaterais: “*Supomos que a analogia com o contrato é determinante. 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.*”(Ascensão J. O., 2005)

Sendo certo que a doutrina apresenta divergências, importa tomar uma posição sustentada tendo em consideração a norma, ou seja, a suspensão do cumprimento para que o administrador da insolvência exerça o direito potestativo⁶ de opção.

“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. Ora, se o insolvente se visse forçado a cumprir 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. Correspondendo, no entanto, esse negócio em curso a contratos bilaterais, o sinalagma leva a que a outra parte não seja obrigada a cumprir, se o insolvente não o

⁶O Direito Potestativo caracteriza-se por ser um direito exercido pelo seu titular por sua exclusiva vontade, desencadeando efeitos na esfera jurídica de outrem independentemente da vontade deste último. Portanto, o direito potestativo é o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto, de poderes atribuídos ao beneficiário através do intermédio de normas permissivas, o poder que a lei confira ao titular é visto como um bem, que ele aproveitará, ou não, como quiser.

fizer. Ora, como o cumprimento desses contratos pode ser conveniente aos interesses da massa, concede-se ao administrador a possibilidade de optar entre o cumprimento do contrato e a sua recusa”(Leitão L. M., Direito da Insolvência , 2009)

Assim sendo, parece-nos que a aplicação analógica do n.º1 do art.102.º aos negócios jurídicos e contratos unilaterais não procede, na medida em que a suspensão prevista nos termos do n.º1 do art.102.º funciona como um mecanismo que pretende permitir ao administrador da insolvência avaliar a conveniência do cumprimento ou não do negócio em causa.

Tratando-se de um contrato bilateral a massa insolvente poderá, efetivamente, ter interesse no cumprimento do contrato, nomeadamente quando a prestação da outra parte beneficia a massa insolvente.

Por outro lado, quando esteja em causa um negócio jurídico ou contrato unilateral em que a obrigação recai sobre a outra parte, entramos no âmbito de aplicação do art.91.º. Tratando-se de um negócio jurídico ou contrato unilateral relativamente ao qual a obrigação recai sobre o insolvente parece pouco provável uma situação em que o cumprimento beneficie a massa insolvente, uma vez que a outra parte não está obrigada ao cumprimento de qualquer obrigação. Sem prejuízo, evidentemente, da possibilidade de o credor reclamar o seu crédito em sede do processo de insolvência.

Portanto, não obstante aparentemente tratar-se de um princípio geral aplicável a todos os negócios não cumpridos à data da declaração de insolvência, aplica-se efetivamente aqueles que reúnem determinadas características. Essas características são, como fomos enunciando, tratar-se de um contrato sinalagmático, não integralmente cumprido por nenhuma das partes e ausência de regulação especial nos artigos posteriores ao art.102.º.

No âmbito de um processo de insolvência, a massa insolvente apodera-se de todo o património do devedor, sendo certo que este património é composto por todos os bens e

direitos adquiridos na pendência do processo. Assim, conclui-se que a suspensão será sempre no exclusivo interesse da massa insolvente.

REGIME JURÍDICO DO ARTIGO 102.º

Sendo certo que o regime jurídico previsto nos termos do artigo 102.º é suscetível de aplicação ao contrato promessa enquanto negócio em curso no âmbito de uma declaração de insolvência, afigura-se interessante uma análise a este.

Tal como tivemos oportunidade de analisar anteriormente, o art.102.º determina que o administrador de insolvência suspenda os contratos bilaterais ainda não integralmente cumpridos, nem pelo insolvente nem pela parte, não insolvente até que conclua se aquele cumprimento é favorável aos interesses da massa ou se, pelo contrário, a recusa é a melhor opção.

Verificados os requisitos de que depende a aplicação do n.º1 do art.102.º e uma vez declarada a insolvência, o cumprimento do contrato fica suspenso, sendo atribuídas ao administrador da insolvência duas faculdades potestativas, em alternativa. Cabendo-lhe optar entre executar o contrato ou recusar o seu cumprimento.

Importa ter em consideração que, *“a suspensão não é por si solução”*, mas apenas *“dá tempo para que se pondere qual a solução, mas não é mais que um statu quo, que haverá que transcender”*⁷.

Portanto, a suspensão dos contratos bilaterais que ao tempo da declaração de insolvência ainda não estejam integralmente cumpridos por nenhuma das partes funciona como uma solução temporária que permite ao administrador da insolvência ponderar acerca das vantagens e desvantagens do cumprimento ou da recusa. Porém, essa suspensão terá de

⁷ Ascensão, José de Oliveira – *“Insolvência: Efeitos sobre os negócios em curso”*, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), 2005. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/jose-de-oliveira-ascensao-insolvencia-efeitos-sobre-os-negocios-em-curso-star/> consult. em 20/Abr/2022.

culminar com a decisão por uma das duas possibilidades, o cumprimento ou a recusa do cumprimento, sendo certo que a solução efetiva termina com uma dessas duas opções.

Na realidade, aquilo que se coloca ao administrador de insolvência são “*duas faculdades potestativas*”, sendo certo que qualquer que seja a sua opção, a mesma estará sempre condicionada, ainda que discretamente⁸.

Afirmamos que se tratará sempre de uma opção condicionada, uma vez que o administrador de insolvência terá que atender, em primeira instância, aos interesses da massa insolvente e à finalidade do próprio processo de insolvência. Por outro lado, condicionada também pelo disposto nos termos do n.º4 do artigo 102.º, onde a opção do administrador de insolvência pelo cumprimento é considerada abusiva quando seja evidente que a massa insolvente não terá condições de cumprir pontualmente as suas obrigações contratuais, falando-se num verdadeiro “*dever de recusar o cumprimento*”.

Neste âmbito levantam-se três possibilidades:

1. O administrador de insolvência opta pelo cumprimento;
2. Coloca-se também a possibilidade de o administrador nada dizer;
3. O administrador de insolvência opta pela recusa.

Sendo certo que a lei não fixa um prazo para que o administrador da insolvência exerça o seu direito potestativo que diz respeito à faculdade de escolha entre o cumprimento ou a recusa, isso explica o disposto nos termos do n.º2. Nos termos deste n.º2 do art.102.º, o terceiro que contratou com o devedor tem o direito de fixar ao administrador da insolvência um “prazo razoável”, cominatório, para que este opte por uma das duas faculdades que lhe são concedidas, o cumprimento ou a recusa do cumprimento, para que não fique indefinidamente dependente da sua atuação. A fixação deste prazo, sendo um direito da outra parte, é da sua exclusiva iniciativa e não depende de decisão do tribunal.

⁸LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, cit., p.389

Esta é também uma questão que suscita dúvidas, uma vez que nos parece que o conceito de “prazo razoável” é vago e, em caso de incompatibilidade nessa determinação, será difícil conceber uma solução sem intervenção do tribunal.

Uma vez terminado este prazo, o silêncio do administrador é considerado uma opção pela recusa do cumprimento. Trata-se de uma situação de atribuição de valor declarativo de silêncio, nos termos do disposto no art.228.º do CC.

Assim, quando a intenção do administrador de insolvência seja a opção pelo cumprimento, terá que o declarar, antes de findo o prazo fixado para esse efeito.

A concessão deste direito de opção ao administrador de insolvência resulta do facto de esta situação se traduzir numa impossibilidade geral de cumprimento das obrigações, justificando a adoção de medidas em defesa dos credores. Caso houvesse uma obrigatoriedade imposta ao administrador da insolvência de cumprir os negócios em curso, isso significaria um benefício de determinados credores em detrimento de outros, sendo certo que é também por este facto que a partir da declaração de insolvência os credores perdem a faculdade de exigir de forma autónoma os seus créditos.

Como já referido, os negócios em curso são os contratos bilaterais relativamente aos quais “à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento” por nenhuma das partes, nos termos do n.º1 do art.102.º. De acordo com o nosso legislador, declarada a insolvência, o cumprimento dos contratos fica suspenso até à declaração do administrador da insolvência relativamente à execução ou à recusa do cumprimento do negócio⁹.

⁹Este princípio geral está também presente no ordenamento jurídico Alemão. O direito de opção do administrador da insolvência enquadra-se nas suas funções enquanto representante, defensor dos seus interesses e como órgão funcional da insolvência. Apesar de ser um direito potestativo, não é de exercício livre, já que deve optar, caso a caso, pela solução mais favorável em determinado contexto. Estamos perante o princípio *par conditiocreditorum*, nos termos do qual o processo de insolvência deve perseguir, não uma satisfação individual ou preferencial, mas antes uma satisfação coletiva e paritária do maior número possível de credores (Serra, 2012).

Sempre que o administrador da insolvência opta pela recusa do cumprimento de determinado negócio, entramos no âmbito de aplicação do n.º3 do art.102.º, sendo certo que trata-se de uma norma extensa e de interpretação complexa.

Nos termos da alínea a) do n.º3 do art.102.º, nenhuma parte tem direito à restituição do que prestou antes da suspensão do contrato. No entanto, de acordo com os ensinamentos de Catarina Serra, esta norma deve ser interpretada de forma restritiva, aplicando-se somente à restituição em espécie, por exemplo, nos casos dos artigos 289.º e 433.º CC. Para a autora, não faria sentido não ser possível a restituição nesta alínea e sê-lo na alínea c)¹⁰.

Na alínea b) do n.º3 do art.102.º, “*concede-se à massa insolvente o direito de exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor, na medida em que não tenha ainda sido realizada pela outra parte*”¹¹. Trata, no fundo, da diferença entre os valores das prestações já realizadas pelas partes, sendo certo que a massa insolente tem o direito de à outra parte exigir o valor da contraprestação em falta. Esta expressão não deve ser considerada à letra e, caso a prestação não realizada pela outra parte seja de coisa é esta que deve ser prestada e não o seu valor.

Nos termos da alínea c) do n.º3 do art.102.º, coloca-se a hipótese de a prestação não cumprida ser a do devedor e, portanto, nesta circunstância, atribui-se à outra parte o direito a exigir o valor da prestação que o devedor não cumpriu, sendo que a este valor é deduzido o mais baixo do montante da contraprestação em correspondente ou da contraprestação em dívida. Relativamente a esta alínea vale o mesmo que referimos a propósito da alínea anterior, quanto ao que deve ser prestado.

Nesta alínea encontramos disciplinados três princípios relativos à recusa de cumprimento: no primeiro, a contraparte adquire um direito de crédito pelo não cumprimento do

¹⁰ Por exemplo, no âmbito de determinado contrato, as prestações de ambas as partes têm o mesmo valor (100.000 euros), o credor já realizou parcialmente a sua prestação (50.000 euros), atribuir-lhe um direito calculado nos termos da al.c) do n.º3 do art.102.º significa atribuir-lhe o direito à restituição em valor do que prestou Ou seja, ele tem direito ao valor da prestação do devedor na parte incumprida (100.000 euros), deduzida do valor da contraprestação que ele, credor, ainda não realizou (Serra, 2012).

¹¹http://www.legix.pt/docs/CIRE-20_Abr_2012.pdf

contrato; o segundo diz-nos que a substância deste direito de crédito deve assemelhar-se à substância do direito de indemnização cumulável com a resolução do contrato; por fim, o conteúdo deste direito cumulável com a resolução contratual deve aferir-se de acordo com a denominada teoria da diferença. De acordo com a teoria da diferença, “*a contraparte tem direito à diferença de valor entre a prestação e a contraprestação, acrescida ou deduzida, conforme os casos, da diferença de valor entre a parte da prestação e a parte da contraprestação já realizadas. Se o credor tiver realizado a sua contraprestação em medida superior àquela em que o devedor cumpriu a sua obrigação, o direito à diferença de valor entre as prestações devidas será acrescido desta diferença. O mesmo vale, por maioria de razão, para a hipótese em que só o credor realizou uma parte da sua contraprestação*”.

O direito da outra parte, fixado no âmbito desta alínea, constitui um crédito sobre a insolvência.

Na alínea d) do n.º3 do art.102.º do mesmo preceito encontramos regulada, de forma muito “*restringida*”¹², a indemnização pelos prejuízos causados não incluídos pelo direito de crédito resultante da recusa de cumprimento, calculado nos termos da alínea anterior. Importa referir que o montante da indemnização é limitado ao valor da obrigação que a al. b) impõe à contraparte do insolvente. Nestes termos, o valor que for determinado é deduzido do quantitativo a que nos termos do disposto na al. c) tenha a outra parte direito. Este direito de indemnização a que se refere esta alínea é um crédito comum sobre a insolvência.

A alínea e) do n.º3, do art.102.º permite que qualquer parte declare a compensação das obrigações das alíneas c) e d) com a alínea b), mas apenas até à concorrência dos respetivos montantes¹³.

¹² Luís Teles de Menezes Leitão (*Direito da Insolvência, cit., p.173*), afirma que a indemnização foi “*fortemente restringida*”.

¹³ Catarina Serra critica o n.º3 do art.102.º - “*É caso para perguntar: para que é que a lei atribuiu um direito se pretendia inviabilizar, na prática, o seu exercício? Tudo ponderado teria sido mais eficaz (e mais simples) não prever regra alguma. Sendo como se disse repetidamente, a recusa do administrador da*

Por fim, o estatuído no n.º4 do art.102.º é mais um indicio daquilo que foi referido anteriormente, nomeadamente, a faculdade de opção concedida ao administrador da insolvência está condicionada, ainda que de forma indireta. Este n.º4 determina que a opção pelo cumprimento dos negócios será entendida como *“abusiva se o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente improvável”*.

Se, ainda nestes termos, o administrador da insolvência optar pelo cumprimento do contrato, à contraparte assiste o direito de excepcionar a impossibilidade de cumprimento das obrigações correspondentes, pela massa.

Não havendo consenso entre as partes, caberá à parte que suscita impossibilidade de cumprimento pela massa das obrigações correspondentes provocar a intervenção do tribunal numa ação declarativa que correrá por apenso à ação principal, sendo certo que o ónus da prova recai sobre o autor.

Ainda no âmbito do n.º4 e em sintonia com o disposto nos termos da al. f) do n.º1 do art.51.º, está a qualificação implícita como crédito sobre a massa insolvente do que à contraparte couber em função da opção pela recusa pelo administrador da insolvência.

A opção pelo cumprimento do contrato por parte do administrador da insolvência resulta no direito de exigir a prestação nele contratada, tendo também a parte contrária o direito de exigir esse cumprimento que, nos termos da alínea f) do n.º1 do artigo 51.º, constitui dívida da massa insolvente, exceto naquilo que corresponde à contraprestação já realizada pela outra parte antes da declaração de insolvência. Optando o administrador da insolvência pelo cumprimento contratual, tratar-se-á de um crédito da massa insolvente que será pago antes de se proceder ao pagamento dos créditos sobre a insolvência, nos termos do disposto no art.172.º.

insolvência um ato absolutamente lícito, a insusceptibilidade de indemnização dos danos suplementares decorreria dos princípios gerais da responsabilidade civil.” (Serra, 2012)

CAPÍTULO II –OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA SOBRE O CONTRATO PROMESSA

CONSIDERAÇÕES GERAIS

O contrato-promessa é definido nos termos do n.º1 do artigo 410.º CC como “*a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato*”. A prestação devida no contrato-promessa traduz-se numa prestação de facto positiva que consiste na emissão de uma declaração de vontade negocial destinada a celebrar um outro contrato, denominado por contrato prometido.

Estando em causa um contrato sinalagmático, a aplicação do princípio geral contido na norma do artigo 102.º não é afastada, desde que à data da declaração de insolvência o contrato promessa não estivesse ainda cumprido por nenhuma das partes já que, como tivemos oportunidade de analisar, são essas as condições de aplicação do artigo 102.º.

Seja como for, a aplicação do artigo 102.º está ainda dependente da verificação da inexistência de regulação especial para o negócio em causa, especificamente, nos artigos 104.º a 118.º.

A epígrafe do artigo 106.º - “*Promessa de contrato*” - leva a crer numa regulação especial dos efeitos da declaração de insolvência no contrato promessa que se encontre em curso no momento da declaração de insolvência. Mas será que essa regulação especial abrange todas as promessas? Vejamos.

ARTIGO 106.º

“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”.

Assim sendo, no âmbito das competências atribuídas por lei ao administrador da insolvência num processo de insolvência, a faculdade de optar pelo cumprimento ou não

de um determinado negócio, não se coloca quando esteja em causa um contrato-promessa com eficácia real relativamente ao qual tenha havido já *traditio rei*, isto é, o bem esteja já na posse do promitente-comprador. Portanto, nestas situações o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento.

Assim, o legislador consagrou, no caso de insolvência do promitente-vendedor, a impossibilidade de recusa do cumprimento pelo administrador da insolvência de um contrato de promessa com eficácia real ainda não cumprido à data da declaração de insolvência. Todavia, coloca-se ainda a condição de ter existido já entrega do bem.

Ora, para que o administrador da insolvência não possa recusar o cumprimento do contrato não basta que as partes tenham atribuído eficácia real ao respetivo contrato, sendo fundamental que tenha havido *traditio rei*.

Ao preceito em análise são apontadas várias críticas e para que seja mais facilmente perceptível as razões que fundamentam as mesmas, parece interessante uma análise às características que têm de estar verificadas para que se possa reconhecer eficácia real a um determinado contrato.

O contrato promessa, regra geral, apenas produz efeitos “*inter partes*”, nos termos do artigo 406.º CC. No entanto, de acordo com o disposto no artigo 413.º CC é possível às partes atribuírem eficácia real «à promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo». Com a atribuição de eficácia real ao contrato promessa, este passa a ter eficácia “*erga omnes*”, própria dos direitos reais, pelo que surge um direito de crédito dotado de eficácia real. Assim, serão ineficazes todos os atos de disposição ou oneração referentes ao bem objeto do contrato prometido, desde que não estejam registados antes do contrato promessa.

Considerando os ensinamentos de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA¹⁴, a atribuição de eficácia real a um contrato promessa dita que aquela promessa “*enquanto*

¹⁴(VARELA, 2005)Ob. Cit., p.329

não for revogada, declarada nula ou anulada ou não caducar, prevalece sobre todos os direitos (pessoais ou reais) que posteriormente se constituam em relação à coisa, tudo se passando, sob esse aspecto, em relação a terceiros, como se a alienação ou oneração prometida, uma vez realizada, se houvesse efectuado na data em que a promessa foi registada”.

LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO¹⁵, diz-nos que em face de uma promessa com eficácia real “*a aquisição feita por terceiro será ineficaz (ineficácia relativa) em relação ao promissário, que pode exigir o cumprimento (execução) específico*¹⁶¹⁷ *do seu direito à celebração do contrato prometido”.*

Assim, coloca-se a questão de perceber qual a razão que sustenta a introdução da condição de necessidade da *traditio rei* para a impossibilidade de recusa de cumprimento.

Na verdade, como já vimos, sendo convencionada pelas partes a eficácia real, o direito que do contrato promessa resulta para o promitente-comprador é eficaz perante terceiros, o que leva alguns autores a falarem até de um “*direito real de aquisição*”¹⁸. Esta eficácia *erga omnes* tem como consequência a possibilidade de o promitente-comprador opor a terceiros esse direito, ainda que a coisa tenha já sido transmitida ou onerada. Nestes termos, estamos em condições de afirmar que a eficácia *erga omnes* do contrato promessa com eficácia real acarreta ainda a oponibilidade do direito do promitente-comprador aos restantes credores e à própria massa insolvente. Assim, neste caso, faz todo o sentido que

¹⁵Ob.cit.,p.329.

¹⁶O não cumprimento do contrato-promessa encontra-se subordinado à disciplina geral sobre o incumprimento das obrigações. Todavia, encontram-se previstas na Lei especificidades a respeito do incumprimento do contrato-promessa, sendo certo que perante incumprimento colocam-se ao promitente fiel duas possibilidades que pressupõem a mora e o incumprimento definitivo. São eles a execução específica e a resolução do contrato-promessa.

¹⁷Preceitua o n.º 1 do art. 830.º que «*se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida*». Daqui resulta que, sendo o contrato-promessa sinalagmático, se algum dos promitentes não celebrar o contrato prometido, assiste ao promitente fiel o direito de obter uma sentença que supra a falta de manifestação de vontade do promitente faltoso. Nisto consiste a execução específica, isto é, no poder do promitente fiel obter do Tribunal uma sentença que supra a inércia do promitente faltoso.

¹⁸LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p.181.

seja vedada a possibilidade de escolha ao administrador da insolvência de optar pela recusa ou pelo cumprimento em função dos interesses da massa.

Portanto, a oponibilidade do contrato promessa a terceiros está condicionada à atribuição de eficácia real e não ao facto de ter havido tradição da coisa.

Nestes termos, a solução adotada pelo legislador Português parece levantar sérias dúvidas quando impõe como condição *sine quo non*, para a impossibilidade de recusa do cumprimento do contrato promessa pelo administrador de insolvência, ter havido tradição da coisa, uma vez que a atribuição de eficácia real deveria constituir condição suficiente para impor essa impossibilidade de recusa do cumprimento.

De acordo com esta exposição, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO¹⁹ preconiza uma interpretação corretiva do n.º1 do artigo 106.º:

“o contrato-promessa com eficácia real não seja, em caso algum, afetado pela declaração de insolvência”.

“o contrato-promessa sem eficácia real não poderia ser objeto de recusa do cumprimento se o beneficiário tiver obtido a tradição da coisa, sendo esta hipótese contemplada no art.106.º, n.º1”.

Apesar de a solução apontada pelo nosso legislador sofrer críticas, que nos parecem merecidas, também não é esta interpretação corretiva que consideramos uma solução viável dada a incompatibilidade com o disposto nos termos do art.º 9 do CC.

Para além disto, consideramos que nas situações em que as partes não tenham convencionado a atribuição de eficácia real ao contrato promessa, não deve ser vedada ao administrador da insolvência a faculdade que a lei lhe atribui de escolher entre o cumprimento ou recusa do cumprimento do contrato, em função do que melhor servir a massa insolvente, exatamente como resulta do disposto no n.º1 do art.102.º, ainda que se

¹⁹*Idem*, p. 181

verifique a tradição da coisa. Pese embora, naturalmente, como veremos adiante, a tradição da coisa ter reflexos ao nível das garantias de que o crédito do promitente comprador não insolvente beneficia em caso de recusa do cumprimento, nomeadamente do direito de retenção.

Se sairmos do domínio do Direito da Insolvência e nos colocarmos nos termos gerais do Direito, percebemos que o facto de ter havido tradição da coisa não confere ao promitente comprador o designado “direito real de aquisição”, sendo certo que a “*traditio rei*” implica somente que em caso de não cumprimento do contrato promessa pelo promitente vendedor, o promitente comprador goze do direito de retenção, previsto nos termos da alínea f) do n.º1 do art.755.º CC e que a indemnização que lhe possa caber seja calculada nos termos da 2.ª parte do n.º2 do artigo 442.º CC.

Tendo em consideração a exposição feita, não nos parece que exista fundamento para que a *traditio rei* assumira outros reflexos na posição contratual, o que efetivamente aconteceria se fosse bloqueado ao administrador da insolvência a possibilidade de recusa de cumprimento.

Nestes termos, defendemos que para que seja legítimo vedar ao administrador da insolvência a faculdade de escolha entre cumprimento ou recusa, as partes tenham convencionado a atribuição de eficácia real ao contrato promessa e, portanto, que o contrato promessa com eficácia real nunca seja colocado em causa em virtude da declaração de insolvência, tenha ou não existido tradição da coisa.

Este entendimento parece estar em harmonia com o que expõe LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO²⁰ ao apontar que o art.106.º “*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.755.º f) do Código Civil lhe atribui um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem que ser atendida em sede de insolvência*”.

²⁰LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., .p. 181 e 182.

Impõe-se, nesta fase, a análise ao n.º2 da norma em questão que se aplicará às situações que não sejam admitidas nos termos do n.º1, especificamente: aos contratos promessa sem eficácia real, com ou sem tradição da coisa, quer o insolvente seja o promitente comprador, quer seja o promitente vendedor, e aos contratos com eficácia real em que não tenha havido *traditio rei* ou em que, havendo *traditio rei*, o insolvente seja o promitente comprador.

“À recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador de insolvência é aplicável o disposto no n.º5 do artigo 104.º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor”.

Portanto, aplicar-se-á ao contrato promessa o denominado “*princípio geral*” previsto nos termos do art.102.º quando não haja regulação especial relativamente aos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato promessa, não incluído no âmbito de aplicação do n.º1 do art.106.º Como já tivemos oportunidade de analisar anteriormente, os pressupostos de aplicação deste “*princípio geral*” são a circunstância de tratar-se de um contrato bilateral ainda não cumprido à data da declaração de insolvência por nenhuma das partes. Porém, o crédito previsto nos termos da al. c) do n.º3 do art.102.º será calculado de acordo com o disposto no n.º5 do art.104.º, sendo certo que esta é uma especificidade trazida pela redação do n.º2 do art.106.º.

Desta forma, sendo declarada a insolvência e estando em causa um contrato promessa sem eficácia real, com ou sem tradição da coisa, quer o insolvente seja o promitente comprador, quer seja o promitente vendedor ou de contratos com eficácia real em que não tenha havido *traditio rei*, ou em que, havendo *traditio rei*, o insolvente seja o promitente comprador, o mesmo fica suspenso até que o administrador de insolvência opte por cumprir o contrato ou por recusar o cumprimento, sendo certo que a opção por qualquer uma destas deve ter sempre em consideração aquilo que melhor serve os interesses da massa insolvente.

Se o administrador da insolvência optar pelo cumprimento não se levanta qualquer questão relativamente à aplicação do art.102.º, como já analisamos supra.

O promitente não insolvente tem a faculdade de fixar um prazo que se considere razoável e no caso de o administrador nada dizer, o seu silêncio tem um carácter declarativo no sentido da recusa do cumprimento, aplicando-se o disposto nos termos do art.102.º, acima melhor explicado.

Afigura-se importante uma análise mais detalhada à circunstância de recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência. Apesar de a recusa constituir um ato lícito por parte do administrador da insolvência, nesta hipótese, assiste ao promitente não insolvente o direito a exigir um crédito sobre a insolvência. Ainda que a recusa do cumprimento seja um ato perfeitamente lícito, este direito funciona, nas palavras de LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO²¹, como uma indemnização pelos prejuízos que resultam da recusa e que devem ser considerados como correspondentes “*a uma responsabilidade por factos lícitos*”.

Neste caso, haverá mais uma vez a confirmação da teoria da diferença. Isto é, em princípio, o crédito de que o promitente não insolvente é titular, será calculado de acordo com o disposto nos termos do n.º5 do art.104.º, por remissão do n.º2 do art.106.º, sendo certo que aquele dirá respeito à “*diferença, se positiva, entre o valor da coisa objeto do contrato-prometido, na data da recusa, e o montante do preço que ainda teria que pagar*”²².

À circunstância em análise, aplicam-se os restantes efeitos da recusa do cumprimento de acordo com o disposto nos termos do n.º3 do art.102.º que resulta expressamente do n.º5 do art.104.º, com a exceção da forma de cálculo do crédito da al. c) do n.º3 do art.102.º, por remissão do n.º2 do art.106.º, sendo calculado de acordo com o exposto na norma do n.º5 do art.104.º.

²¹ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 173.

²² LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p.182.

Por fim, relativamente às consequências da recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência, a não referência expressa do legislador português ao direito ao dobro do sinal ou à perda do sinal, faz levantarem-se questões importantes e às quais daremos ênfase adiante.

O PROBLEMA DA CONSTITUIÇÃO DE SINAL

Como já referido, o CIRE, diferentemente daquilo que acontecia no âmbito do CPEREF, não faz uma distinção expressa quanto aos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato promessa sinalizada e não sinalizada, especificamente no que diz respeito às consequências da opção pela recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência. Afigura-se relevante perceber se, e em que termos, a constituição de sinal tem impacto nas consequências que derivam da opção pela recusa do cumprimento pelo administrador da insolvência, desde logo pelo destaque que tem o sinal no âmbito do regime geral do contrato promessa, mas também pela quantidade expressivamente maior de contratos promessa sinalizados.

Nos termos do disposto no art.442.º CC, encontramos aquelas que são as consequências da constituição de sinal²³ no regime jurídico do contrato promessa.

Efetivamente, a forma de cálculo da indemnização em caso de não cumprimento do contrato promessa constitui a consequência mais expressiva e que assume maior relevo.

No caso de ter sido prestado sinal pelo promitente comprador, o valor da indemnização resultante do não cumprimento do contrato promessa por qualquer uma das partes será determinada em abstrato, em função das regras descritas nos termos do n.º2 do art.442.º CC, e não concretamente de acordo com os danos que desse não cumprimento se extraíram.

²³ Por sinal entende-se uma coisa, habitualmente uma quantia em dinheiro (embora nada impeça que o sinal possa ser constituído por outra coisa fungível ou não fungível), que um dos contraentes entrega à contraparte no momento da celebração do contrato (podendo, todavia, ser entregue em momento ulterior), destinada a comprovar a seriedade do propósito negocial e a atuar como garantia do seu cumprimento ou da indemnização devida no caso do tradens incumprir o contrato.

De acordo com JOÃO CALVÃO DA SILVA²⁴, o sinal “*determina previamente o quantum respondeatur resultante do não cumprimento, independentemente do montante ou até da existência do dano efectivo*”, funcionando, desta forma, como uma “*determinação prévia da indemnização devida em caso de não cumprimento*”.

Não optamos por uma análise exaustiva do regime do n.º2 do art.442.º, mas antes por referir apenas, e em traços gerais, que no caso de incumprimento imputável ao promitente comprador, este perderá o sinal, sendo certo que a indemnização que caberá ao promitente vendedor corresponderá ao valor do sinal prestado pelo promitente comprador que deixou de cumprir a promessa. Por outro lado, sendo o incumprimento imputável ao promitente vendedor, o valor da indemnização que cabe ao promitente comprador corresponderá ao dobro do valor do sinal que havia prestado. Neste caso, ou seja, sendo o incumprimento imputável ao promitente vendedor, poderá o promitente comprador optar por uma indemnização calculada nos termos do disposto no n.º2 do art.442.º CC.

Coloca-se a questão de saber se, no âmbito de uma declaração de insolvência, ao promitente não insolvente assiste o direito a ser indemnizado pela opção de recusa do cumprimento pelo administrador da insolvência nos termos do disposto no n.º2 do art.442.º CC ou se, por outro lado, está circunscrito ao crédito sobre a insolvência previsto no n.º5 do art.104.º e aos restantes efeitos que constam da norma do n.º3 do art.102.º.

Na vigência do CPEREF a letra da lei dava resposta concreta a esta questão, sendo certo que a recusa do cumprimento por opção do administrador daria ao promitente não falido o direito ao dobro do sinal, caso o falido fosse o promitente vendedor. Sendo o falido o promitente comprador e havendo recusa do cumprimento pelo administrador, o promitente não falido teria direito a fazer seu o sinal prestado. Esta era uma solução que ia completamente ao encontro do disposto nos termos do n.º2 do art.442.º CC, salvo na sua última parte.

²⁴ Ob. Cit., p. 145

Atualmente, na constância do CIRE, não existe uma norma que responda diretamente a esta pertinente questão relativa à indemnização, não existindo uma distinção entre promessa sinalizada e promessa não sinalizada, o que coloca em aberto a aplicação da norma do n.º2 do art.442.º CC no âmbito da insolvência. Ou seja, questiona-se se o facto de o legislador subtrair uma referência expressa como a que existia, numa norma especial como é o art.106.º, teve a intenção de afastar o regime geral daquela norma do CC. Mantém-se também a dúvida quanto à possibilidade de atribuir, em face da legislação em vigor, ao promitente não insolvente uma indemnização calculada de acordo com o disposto no n.º2 do art.442.º CC.

Começamos por analisar o âmbito de aplicação do n.º2 do art.442.º CC, sendo certo que a letra da lei não oferece dúvidas quanto ao facto de a indemnização prevista na norma estar condicionada pela observância do não cumprimento contratual imputável à outra parte. De acordo com JOÃO CALVÃO DA SILVA,²⁵ “o regime jurídico do art.442.º, n.º 2, pressupõe um incumprimento devido a causa imputável ao tradens ou ao accipiens do sinal”, referindo ainda o autor que, não sendo imputável a nenhuma das partes o incumprimento, não se aplica os efeitos que constam nos termos do disposto no n.º2 do art.442.º do CC.

Em face do exposto torna-se difícil conciliar a aplicação do n.º2 do art.442.º CC às situações de recusa do cumprimento do contrato promessa sinalizado com a qualificação do ato daquela recusa como lícito.

É verdade que se o ato de recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência não constitui um ato ferido de ilicitude porque é exercido de acordo com as faculdades que a lei lhe atribui no exercício das funções que lhe foram confiadas como administrador da insolvência, não poderá aquela opção do administrador, a opção pela recusa do cumprimento, ser entendida como incumprimento contratual imputável à massa insolvente.

²⁵JOÃO CALVÃO, “Sinal e contrato promessa”, p. 143.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS que concorda com a aplicação do disposto nos termos do n.º2 do art.442.º do CC aos casos de recusa do cumprimento de contrato de promessa sinalizado, alega, relativamente a esta questão que *“a solução aqui teria que passar por uma interpretação do art.442.º, n.º 2, que ligasse à recusa de cumprimento do administrador as consequências desta disposição”*²⁶.

Nestes termos, entende-se a licitude da opção do administrador da insolvência quando opta pela recusa do cumprimento, sendo certo que outro não poderia ser o entendimento uma vez que esta faculdade que lhe é atribuída resulta expressamente da letra da lei, nos termos do disposto no n.º1 do art.102.º. Esta faculdade atribuída por lei ao administrador da insolvência no exercício das funções que lhe foram confiadas é procedida por uma declaração de insolvência.

De acordo com aquele que é o entendimento de LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, se não fosse a declaração de insolvência que dota o administrador da insolvência de poderes para escolher, sempre tendo em consideração os interesses da massa, entre o cumprimento ou recusa do cumprimento, ambas as partes estariam vinculadas ao cumprimento do contrato, não se colocando a possibilidade para nenhuma delas de se desonerar licitamente do mesmo. De acordo com esta linha de interpretação, ainda que a insolvência venha a ser qualificada como fortuita²⁷ será sempre imputável ao insolvente, mesmo que indiretamente. Ou seja, não obstante ser a declaração de insolvência que determina a produção dos efeitos constantes da norma do art.102.º, isto é, a possibilidade de recusa do cumprimento, a circunstância que pode determinar o não cumprimento do contrato é imputável ao insolvente.

De acordo com esta referência, coloca-se a possibilidade de aplicação do n.º2 do art.442.º do CC à situação de recusa do cumprimento pelo administrador de insolvência quando esteja em causa um contrato de promessa sinalizado.

²⁶“VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, ob. cit., p. 62.

²⁷Cfr. Artigos 185.º e 186.º

Portanto, tendo em conta o exposto, o crédito que da aplicação do n.º5 do art.104.º resulta, ficaria circunscrito à recusa de cumprimento de contratos promessa não sinalizados.

Nas palavras de LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS²⁸, “*é defensável que a lei se limita a fixar de forma mais simples e rápida a posição do promitente que seja contraparte do insolvente, quando não tenha sido constituído sinal*”, referindo também que “*quando tal suceder, aplicar-se-á o regime da promessa sinalizada, ponto é, como se referiu, que o art.442.º, n.º 2, do CC possa funcionar*”.

Em harmonia com este entendimento está também FERNANDO DE GRAVATO MORAIS²⁹- “*parece que legitimamente se pode concluir pela interpretação restritiva do art.106.º, n.º 2, de sorte que este tão-somente se deve aplicar às promessas não sinalizadas*”, referindo ainda que deve, às promessas sinalizadas, ser aplicado o regime geral previsto nos termos do n.º2 do art.442.º do CC, solução esta que vigorava na vigência do CPEREF.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, defende que com o afastamento da aplicação da norma do n.º2 do art.442.º do CC, em caso de recusa do cumprimento pelo administrador da insolvência, “*quase se criaria um incentivo para o administrador optar pela recusa*”.

LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, parece colocar-se no mesmo sentido ao afirmar que “*a estipulação de sinal e o direito ao aumento do valor da coisa não podem ser nesse caso afectados por esta recusa de cumprimento do administrador*”.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, acredita que o legislador entendeu que a disciplina específica da promessa sinalizada era desnecessária, aplicando-se o

²⁸VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, “*Contrato-promessa e falência/insolvência*”, *ob. cit.*, p. 62.

²⁹MORAIS, FERNANDO GRAVATO, “*Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*”, in *Cadernos de Direito Privado* n.º 29, Janeiro/Março de 2010, p. 7.

regime geral previsto nos termos do n.º2 do art.442.º do CC, não se apercebendo da adversidade que geraria tal opção.

Apesar de uma longa discussão doutrinal acerca da aplicabilidade do n.º2 do art.442.º aos casos de recusa de cumprimento pelo administrador de insolvência dos contratos promessa sinalizados, sem eficácia real, tenha ou não existido tradição da coisa, existe hoje um Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2021 de 16 de agosto de 2021.

Aquilo que se coloca em evidência neste Ac. é precisamente a questão que temos vindo a expor, nomeadamente, o montante do crédito do promitente comprador por referência ao sinal prestado, não se tendo verificado incumprimento definitivo do contrato promessa antes da declaração de insolvência.

Neste contexto, discute-se a aplicação do n.º2 do art.442.º do CC, bem como os arts.102.º e 106.º do CIRE ou, por outro lado, a aplicação do n.º2 do art.106.º, n.º5 do art.104.º e al. c) do n.º3 do CIRE, afastando-se, desta forma, a aplicação do regime geral previsto no n.º2 do art.442.º do CC.

Portanto, coloca-se a questão de saber se, no âmbito de um processo de insolvência em que o administrador da insolvência recusa o cumprimento de um contrato promessa, um credor com a qualidade de promitente comprador, que entregou um sinal, tem direito ao sinal prestado em dobro ou em singelo.

Assim, neste Ac. parte-se da análise à licitude da opção do administrador da insolvência, ou seja, se a opção de recusa do cumprimento de um contrato promessa sinalizado constitui um incumprimento ilícito e culposo, aplicando-se, por isso, as regras do n.º2 do art.442.º do CC. Ou se, por via de outra interpretação, a atuação do administrador da insolvência é perfeitamente legal quando recusa o cumprimento de um contrato promessa sinalizado, aplicando-se, por isso, as disposições legais previstas no CIRE.

Aquilo que do Ac. ora em análise resulta é que o direito potestativo de que é titular o administrador da insolvência, nomeadamente, o direito de escolha entre o cumprimento ou a recusa do cumprimento de um contrato bilateral não integralmente cumprido ao momento da declaração de insolvência, constitui um ato lícito, porque é-lhe conferido nos termos da lei. Sendo certo que a letra da lei não oferece dúvidas quanto à atribuição deste direito “*enquadrado nas funções típicas do administrador da insolvência*”³⁰, sendo, no entanto, e como já referimos, um direito condicionado àqueles que são os interesses da massa insolvente.

Neste Ac. concluiu-se ainda que este direito potestativo de que goza o administrador da insolvência é incompatível com a restituição do sinal em dobro já que entraria em conflito com o regime instituído no CIRE, nomeadamente, nos arts.102.º a 119.º. Este entendimento é partilhado por vários autores como Catarina Serra, Nuno Pinto Oliveira, Margarida Costa Andrade e Afonso Patrão.

Se a opção do administrador da insolvência não pode ser considerada um ato ilícito, culposo, imputável à parte insolvente, então considera-se a não aplicabilidade do n.º2 do art.442.º do CC à recusa do cumprimento do contrato promessa sinalizado, mas antes as disposições legais constantes do CIRE. Se dúvidas existissem quanto à inaplicabilidade, de acordo com a interpretação do tema vertido neste Ac. do n.º2 do art.442.º do CC, o n.º1 do art.119.º dissipá-lo-ia, uma vez que consagra o princípio de que as disposições constantes do art.102.º a 118.º do CIRE são imperativas, concretizando no seu n.º2 a nulidade das cláusulas que atribuam à parte contrária um direito de indemnização diferente daquele que se encontra vertido naquelas disposições.

Do nosso ponto de vista, aquilo que resulta do n.º2 do art.442.º do CC é claro, ou seja, a causa do não cumprimento da obrigação tem de ser imputável à parte que deixa de a cumprir. Assim, o não cumprimento de um contrato bilateral não cumprido no momento da declaração de insolvência, no âmbito de um processo de insolvência, não deverá ser reconduzido nem refletido como culposo e imputável à opção tomada pelo administrador

³⁰ Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ .3/ 2021 de 16 de Agosto de 2021.

da insolvência. A opção de recusa de cumprimento de um determinado contrato promessa não cumprido até ao momento em que é declarada a insolvência, é uma opção tomada pelo administrador da insolvência e não pela parte insolvente. É uma opção legítima do administrador da insolvência, uma vez que, como temos vindo a referir, trata-se de uma faculdade conferida nos termos da lei. Estando em causa um direito potestativo do administrador da insolvência, parece incompatível falarmos de um incumprimento imputável à outra parte.

Com a exceção dos contratos promessa a que as partes tenham atribuído eficácia real e relativamente aos quais tenha existido tradição da coisa, em que ao administrador da insolvência está vedada a faculdade de escolha entre o cumprimento ou a recusa do cumprimento, estando este obrigado ao cumprimento, em todos os demais, inclusive naqueles cuja promessa foi sinalizada, assiste ao administrador da insolvência a faculdade legalmente atribuída de escolher, de acordo com a opção que melhor servir os interesses da massa insolvente, entre o cumprimento ou a recusa.

Esta faculdade que lhe é atribuída é perfeitamente legal, não restando dúvidas já que resulta expressamente da letra da lei. Portanto, de acordo com o entendimento dos autores que defendem a aplicação do n.º2 do art.442.º do CC à recusa por parte do administrador da insolvência dos contratos promessa sinalizados, cabe o fundamento nos termos do qual a causa de não cumprimento ser imputável ao insolvente, já que ainda que a insolvência venha a ser considerada fortuita, seria sempre, ainda que não indiretamente, reconduzida à responsabilidade que ao insolvente caberia.

Não partilhamos deste ponto de vista, sendo certo que se assim fosse, a distinção entre uma insolvência culposa e uma insolvência fortuita não faria sentido. No entanto, ainda que a insolvência, em sede de incidente de qualificação da insolvência desencadeada pelos credores, venha a ser qualificada como culposa, a opção pelo cumprimento ou pela recusa não cabe ao insolvente. Se a promessa deixa de ser cumprida em função de uma opção do administrador da insolvência, seja em que circunstância for, é um ato próprio seu, no exercício das suas funções e, como tal, não poderá a responsabilidade que,

eventualmente caiba ao insolvente, refletir-se no exercício de um direito por parte do administrador da insolvência.

Neste sentido, partilhamos da decisão vertida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n. 3/2021 de 16 de agosto de 2021 quanto à aplicação das normas imperativas prevista no CIRE, nomeadamente, o n.º3 do art.102.º, por força da remissão do n.º2 do art.106.º afastando-se, assim a aplicabilidade do regime geral do n.º2 do art.442.

CAPÍTULO III - O DIREITO DE RETENÇÃO

A ausência de regulação expressa dos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato promessa sinalizado levantam também a questão de saber se o crédito de que o promitente não insolvente é titular em face da recusa do cumprimento goza ou não do direito de retenção previsto na al. f) do n.º1 do art.755.º CC.

O direito de retenção visa garantir o crédito que, nos termos do disposto no art.442.º, decorre para o promitente fiel em caso de incumprimento contratual imputável à contraparte, desde que tenha havido tradição da coisa.

De acordo com MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA³¹, a constituição de sinal e a tradição da coisa “*têm subjacente uma forte confiança na firmeza ou concretização do negócio*”, tornando assim fundamentada a especial tutela do promitente fiel, sendo certo que esta parece ser, efetivamente, a ratio do direito de retenção previsto na al. f) do n.º1 do art.755.º CC³².

Assim, de acordo com a *ratio* deste direito, parece-nos evidente a importância substantiva do reconhecimento ao promitente fiel de um contrato promessa sem eficácia real, sinalizado, em que tenha havido tradição da coisa, do direito de retenção em análise.

³¹COSTA, MARIO JÚLIO DE ALMEIDA, “Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente”, ob. cit., p.73

³² LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “*Direito das Garantias*”, p. 319 e seguintes.

Surge novamente a questão de, sendo o ato de recusa do cumprimento por parte do administrador um ato lícito, como interpretar a referência legal ao incumprimento contratual imputável à outra parte como condição do reconhecimento do direito de retenção em apreço.

Tendo em conta as considerações vertidas acima, o crédito de que é titular o promitente adquirente será sempre qualificado como um crédito sobre a insolvência, sendo certo que esta interpretação vai ao encontro daquele que é o entendimento de LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, quando expõe que esta opção “é coerente com a opção geral de restringir os créditos sobre a massa àqueles que resultam da opção pelo cumprimento”³³.

Dúvidas não se colocam acerca das diferentes consequências extraídas com a classificação do crédito como crédito sobre a massa ou como crédito sobre a insolvência, já que determinam desfechos distintos no âmbito do direito de votos em assembleia de credores, mas especialmente na fase de pagamento.

Importa ter em consideração que os créditos sobre a massa são créditos prioritários, isto é, imputados aos rendimentos da massa e, quanto ao excedente, na devida proporção, ao produto de cada bem, nos termos do disposto no n.º2 do art.172.º, cujo pagamento terá necessariamente de ser efetuado no momento do seu vencimento, seja qual for o estado em que se encontra o processo, de acordo com o n.º3 do art.172.º.

Por outro lado, os créditos sobre a insolvência assumem distinto destaque, ou seja, são pagos exclusivamente quando estiverem verificados por sentença transitada em julgado. Entre estes os mais relevantes são os créditos garantidos cujo pagamento é efetuado com o produto da venda do bem onerado com a garanti, nos termos do n.º1 do art.174.³⁴.

³³LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*” Ob. cit., pág.39.

³⁴CATARINA SERRA, “*O novo regime português da insolvência*”, Ob. cit., págs.30 e ss. e págs.91 e ss.

Nestes termos e em coerência com tudo aquilo que foi expostos nas páginas anteriores, a não aplicação do n.º2 do art.442.º do CC, afasta também a aplicação da al. f) do n.º1 do art.755.º do CC, sendo certo que, não obstante a tradição da coisa a que se reporta o contrato prometido, não se encontra verificado o outro requisito de que depende a aplicação da norma, nomeadamente, o de o crédito garantido pelo direito de retenção resultar do “*não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º*”

Mesmo que se considera-se a aplicação do n.º2 do art.442.º, como acontecia na vigência do CPEREF, o direito de retenção não poderia ser reconhecido, uma vez que o não cumprimento continuaria a não ser imputável à outra parte³⁵.

A recusa do cumprimento de um contrato promessa sinalizado, sem eficácia real e relativamente ao qual não tenha havido tradição da coisa, não é um ato do promitente vendedor, nem um ato que lhe possa ser imputado unilateralmente pela culpa, sendo, isso sim, um ato do administrador da insolvência no exercício de um direito potestativo atribuído por lei. O não cumprimento só ocorre no momento em que o administrador da insolvência opta pela recusa do contrato e fá-lo legitimamente, de acordo com os superiores interesses da massa³⁶.

Poderia retorquir-se que a situação de insolvência lhe é, em última análise, sempre imputável — que, por vezes, ele contribuiu mesmo, com culpa grave ou dolo, para a sua causação ou o seu agravamento (dando origem à qualificação da insolvência como culposa). Continua, porém, a existir uma diferença essencial entre a situação de recusa de cumprimento e a situação a que a norma do art.755.º, n.º 1, al. f), do CC alude: na primeira, a causa do incumprimento do contrato-promessa é o ato de recusa de cumprimento. Ora, como se disse, este é um ato absolutamente lícito, praticado pelo administrador da insolvência no interesse da massa. Afirmam-no, por exemplo, JOSÉ

³⁵Assim como no Código dos Processos Especiais de Recuperação das Empresas e de Falência, embora por razões diferentes das atuais (ou seja, por a lei determinar a extinção imediata ou automática, por força da declaração de falência, do contrato-promessa com eficácia obrigacional), de acordo com este entendimento, CATARINA SERRA, “*Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)*”, cit., pág. 304.

³⁶ De acordo com JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA - “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)”, cit., pág. 20].

CARLOS BRANDÃO PROENÇA e, mais claramente, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS — que, por essa razão, rejeitam também que o beneficiário da transmissão da coisa objeto do contrato prometido goze do direito de retenção nestes casos³⁷.

Se dúvidas existissem acerca da inaplicabilidade da al. f) do n.º1 do art.755.º acrescentar-se-ia ainda o argumento de que se a *supra* mencionada norma fosse aplicada também nos casos de recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência e que, além do direito de crédito, o promitente-comprador tinha um direito real de garantia, isto significaria, em primeira linha, a constituição de créditos garantidos já no âmbito do processo de insolvência, sendo certo que seria completamente incompatível com o objetivo da a estabilização geral do passivo do insolvente.

Em segunda linha, o promitente comprador beneficiaria da tutela concedida aos credores garantidos, nos termos do n.º2 a 6 do art.164.º e art.165.º, isto é, direito a adquirir o bem, o direito a ser pago com preferência a todos eles, nos termos do disposto no n.º1 do art.759.º do CC.

Estaríamos em face de um tratamento evidentemente favorecedor da posição contratual do promitente comprador, sem a existência de uma fundamentação que o justifique.

Não obstante, ponto assente é que o promitente comprador de edifício ou fração autónoma é titular de uma especial proteção no ordenamento jurídico português, sendo certo que entre vários aspetos, um dos mais relevantes, é a titularidade de um direito de retenção no âmbito de um contrato promessa relativamente ao qual tenha existido tradição do bem³⁸.

³⁷Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)”, cit., págs.8 e 20, e LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “*Contrato-promessa e falência / insolvência — Anotação ao Ac. do TRC de 17.4.2007, Agravo 65/03*”, cit., págs. 62 e 63.

³⁸Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)”, cit., pág. 7

Seja como for, importa perceber que o processo de insolvência é um processo especial que envolve a alteração das soluções que seriam adotadas se não existisse uma insolvência, com o objetivo de garantir um tratamento justo para todos os credores.

Ainda assim, importa salientar, ainda que de forma muito breve, a importância que é assumida pelo credor que detém a qualidade de consumidor no âmbito de um processo de insolvência pelo tratamento diferenciado que lhe é atribuído.

A jurisprudência e a doutrina têm preconizado uma interpretação restritiva da al. f) do n.º1 do art.755.º do CC, afastando a aplicação deste preceito dos promitentes compradores que não sejam consumidores e, conseqüentemente, não lhes reconhecendo o direito de retenção.

Esta interpretação restritiva foi acolhida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2014³⁹uniformizador de jurisprudência, de acordo com o qual *“no âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no art.755º nº 1 alínea f) do Código Civil”. Assim, “a qualidade de consumidor assume um verdadeiro elemento constitutivo do direito de retenção”*⁴⁰.

No fundo, neste acórdão estava em causa perceber se num contrato promessa não cumprido pelo promitente vendedor insolvente, o promitente comprador consumidor, havendo *traditio rei*, num contrato meramente obrigacional, goza do direito de retenção.

Este acórdão foi manifestamente favorável à posição do consumidor, dando, assim, origem à inclusão da al. f) do n.º1 do art.755.º do CC. Assim, pode ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, *“neste conflito de interesses, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do*

³⁹ Revista n.º 92/05.6TYVNG-M.P1.S1 (publicado no DR, 1ª Série, n.º 95, de 19.05.2014).

⁴⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03.11.2015 (Processo n.º 452/13.9TBCBR.C1, disponível em www.dgsi.pt).

consumidor. Não que se desconheçam ou esqueçam a proteção devida aos legítimos direitos das instituições de crédito e o estímulo que merecem como elementos de enorme importância na dinamização da atividade económico-financeira. Porém, no caso, estas instituições, como profissionais, podem precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de seletividade do crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares a respeito das deficiências e da solvência das empresas construtoras”.

No âmbito deste acórdão, onde é restringida a concessão do direito de retenção apenas ao promitente comprador consumidor, o STJ deveria ter definido de forma clara e precisa a noção de consumidor, sendo certo que apenas referiu numa nota de rodapé que o consumidor é o *“utilizador final com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda”*.

A jurisprudência que se seguiu a este acórdão apresentou, naturalmente, divergências:

1. Uma posição que, com a intenção de diminuir os efeitos da interpretação restritiva da al. f) do n.º1 do art.755.º do CC, considerava a noção de consumidor como todo o utilizador final de um bem. Esta era, por isso, uma noção mais abrangente;
2. Outra posição que se socorria da noção de consumidor consagrada nos termos da Lei de Defesa do Consumidor (Lei no 24/96 de 31/7, retificada pela Declaração de Retificação no 16/96, de 13/11, alterada pela Lei no 85/98, de 16/12, e pelo DL no 67/ /2003, de 8/4), que no n.º 1 do artigo 2.º adota uma noção estrita de consumidor: *“todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”*. Esta correspondia a uma noção de consumidor mais restrita.

É no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º4/ 2019 que esta divergência é sanada: *“Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para efeitos do disposto no Acórdão n.º4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o*

*promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de traditio, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa”.*⁴¹

Trata-se da adoção de um conceito estrito/ funcional de “consumidor” tal como consagrado legalmente no âmbito do n.º1 do art.2.º da Lei de Defesa do Consumidor. Assim sendo, o conceito de consumidor não abrange quem obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou empresa ou com o propósito de revenda geradora de lucro.

Das considerações expostas, torna-se evidente que apenas a qualidade de consumidor poderá sustentar o reconhecimento ao credor como titular de um crédito garantido pelo direito de retenção, nos termos do disposto na al. f) do n.º1 do art.755.º do CC.

Efetivamente, esta parece a solução mais apropriada à fundamentação do primitivo acórdão uniformizador de jurisprudência, no qual se defendeu como razão fundamental para a atribuição do direito de retenção aos particulares consumidores a sua proteção do mercado da habitação. Os consumidores particulares são considerados a parte mais frágil, na maioria dos casos estes investem as poupanças de uma boa parte da sua vida no imóvel e contraem uma dívida por muitos anos. Nestas circunstâncias, estão muito menos protegidos do que o credor hipotecário, geralmente brancos, que dispõe de aconselhamento económico, jurídico e logístico que lhe permite antecipar com maior segurança determinados riscos.

⁴¹ Sumário do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º4/ 2019 do Supremo Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

No culminar deste trabalho revela-se importante resumir e metodizar aquelas que se afiguram como as conclusões que ao longo desta exposição foram sendo avançadas.

Partimos, então, da consideração de que a declaração de insolvência produz determinados efeitos nos negócios do insolvente que à data da declaração não estejam ainda cumpridos por nenhuma das partes, encontrando-se, portanto, esses negócios em curso.

Tal como em muitas outras áreas do conhecimento jurídico, a entrada em vigor de um novo diploma, nomeadamente, o CIRE, fez nascer no ordenamento jurídico português importantes mudanças no regime até então vigente e profundas alterações relativamente às soluções jurídicas previstas no CPEREF.

Uma das críticas de que mais padecia o CPEREF era o facto de prever uma regulação meramente casuística dos efeitos da falência nos negócios em curso. Neste contexto, a substancial diferença entre os dois diplomas (CPEREF e CIRE) é precisamente a tentativa de introduzir um princípio geral aplicável aos negócios em curso no momento da declaração de insolvência.

Seja como for, trata-se, na nossa perspetiva, apenas de uma tentativa, já que pelo que fomos expondo ao longo deste trabalho, ainda que a epígrafe do artigo 102.º seja “Princípio geral”, este não alcança esse amplo âmbito de aplicação, estando antes circunscrita aos contratos bilaterais que à data da declaração de insolvência não estejam, nem pelo insolvente nem pela outra parte, ainda cumpridos e relativamente aos quais não exista uma regulação especial nos artigos 103.º e ss.

Relativamente ao contrato promessa, objeto especial deste trabalho, também se coloca em evidência as diferenças de regime que vigoraram no âmbito do CPEREF e aquelas que foram introduzidas pelo CIRE. Como fomos avançando também ao longo do trabalho, parece-nos pouco feliz a opção tomada pelo legislador ao consagrar no n.º1 do art.106.º a condição de ter existido tradição da coisa nos contratos promessa com eficácia real para

que seja vedada ao administrador da insolvência a possibilidade de optar pela recusa do cumprimento do contrato.

De acordo com as considerações que foram sendo expostas, do nosso ponto de vista, a solução que deveria ter sido tomada pelo legislador no âmbito deste preceito seria vedar a possibilidade de recusa do cumprimento do contrato quando estivesse em causa um contrato promessa com eficácia real, sendo certo que, aquando da atribuição pelas partes desta eficácia real ao contrato promessa, as mesmas pretenderam que o mesmo fosse oponível a terceiros. Pelo que a introdução desta condição de traditio rei para que a recusa seja vedada ao administrador da insolvência não nos parece fazer sentido. Uma vez que a letra da lei não deixa dúvidas quanto à vontade do legislador relativamente ao disposto nos termos do n.º1 do art.106.º, não podemos falar aqui de uma interpretação corretiva da norma, sendo certo que o caminho seria o da alteração do preceito.

Os contratos que não possam ser integrados no âmbito do n.º1 do art.106.º por não se tratarem de contratos promessa com eficácia real relativamente aos quais tenha havido tradição da coisa, aplicar-se-á o n.º2 do mesmo artigo. Neste sentido, aplicar-se-á este n.º2 aos contratos promessa com eficácia real relativamente aos quais não tenha havido tradição da coisa, aos contratos promessa sem eficácia real e aos contratos promessa em que o insolvente seja o promitente comprador.

Relativamente a estes aplica-se o disposto nos termos do art.102º o que significa que estes contratos sem eficácia real, com eficácia real, mas em que não tenha havido tradição da coisa ou em que o promitente comprador seja a parte insolvente, aplica-se o designado princípio geral, segundo o qual os contratos ficam suspensos até que o administrador da insolvência opte entre o cumprimento ou a recusa, sendo certo que para esta suspensão pode a contraparte fixar um prazo considerado razoável para que o administrador de insolvência exerça esta faculdade. Como vimos, este conceito de prazo razoável é também ele, neste âmbito, um conceito indeterminado já que a lei não o enquadra em determinado lapso temporal.

Neste contexto, na circunstância de o administrador da insolvência optar pela recusa do cumprimento, os feitos serão aqueles que estão previstos nos termos do n.º5 do art.104.º, uma vez que o crédito previsto na al. c) do n.º3 do art.102.º será de acordo com aquela calculado.

Diferentemente daquilo que acontecia na vigência do CPEREF, o CIRE não faz qualquer distinção entre contrato promessa sinalizado e contrato promessa não sinalizado. Se no regime anterior a forma de calculo da indemnização em caso de recusa do cumprimento do contrato pelo administrador da insolvência corresponderia ao disposto no termos do n.º2 do art.442.º do CC, nomeadamente, o dobro do sinal em caso de insolvência do promitente vendedor ou a perda do sinal em caso de insolvência do promitente comprador, no âmbito do CIRE não é esta a solução adotada.

Nestes termos, torna-se uma árdua tarefa perceber qual a intenção subjacente a esta opção do legislador no CIRE: aplicação implícita do n.º2 do art.442.º do CC ou afastar a sua aplicação.

Não obstante uma acesa discussão doutrinal em volta desta questão, a existência de um Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, nos termos do qual não se considera a aplicação das normas civis, mas antes as normas do CIRE, veio assentar aquela que era já a interpretação feita por muitos autores.

O nosso entendimento vai no sentido daquele que foi o entendimento vertido no referido Ac. do STJ n.3/2021 de 16 de agosto de 2021, nomeadamente, a não aplicação do n.º2 do art.442.º do CC por não existir uma compatibilidade entre o teor da norma ao referir a necessidade de incumprimento imputável à outra parte e o direito de recusa do administrador da insolvência de contratos promessa com eficácia real relativamente aos quais não tenha existido traditio rei, contratos promessa com eficácia meramente obrigacional tenha ou não existido tradição da coisa, direito esse conferido nos termos da lei.

Não obstante, a melhor solução passaria por uma alteração legislativa na qual o legislador tornasse clara a sua vontade de afastamento da aplicação do regime geral do n.º2 do art.442.º do CC.

Diretamente relacionada com esta questão, melhor exposta ao longo do trabalho, é a de se o crédito de que goza a contraparte beneficia ou não de direito de retenção, previsto nos termos da al. f) do n.º1 do art.755.º do CC, no contexto de uma opção de recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência.

Também aqui defendemos a não aplicabilidade do CC no âmbito insolvencial, na medida em que o reconhecimento do direito de retenção previsto nos termos da al. f) do n.º1 do art.755.º do CC, está diretamente dependente da verificação da imputabilidade à parte que deixa de cumprir o contrato prometido, tal como descrito nos termos do n.º2 do art.442.º do CC. Pese embora, seja necessária uma interpretação mais flexível quando estejamos em face de uma recusa de cumprimento de contrato promessa, sinalizada, relativamente ao qual tenha existido tradição da coisa. Nestes termos, a recusa do cumprimento pelo administrador da insolvência no exercício de um direito potestativo atribuído nos termos da lei, terá contornos distintos por estarmos perante um promitente comprador com o estatuto de consumidor.

A letra da lei oferece muitas dúvidas, o que torna a tarefa daquele que a interprete muito mais difícil, dando também oportunidade a que relativamente a casos semelhantes sejam preconizadas decisões distintas.

Parece-nos que em determinados aspetos, como aqueles que fomos expondo ao longo deste trabalho, as opções tomadas pelo legislador nem sempre foram as mais claras e, nesse sentido, seria de máxima importância uma revisão legislativa para acautelar as questões em aberto e com uma considerável margem interpretativa. Defendemos uma revisão dos temas e artigos que ao longo do trabalho fomos enunciado, por forma a potenciar a finalidade última do processo de insolvência, a satisfação dos credores.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, “*Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso*”, in Themis, 2005, edição especial, Almedina, Coimbra.

ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, “*Insolvência: Efeitos sobre os negócios em curso*”, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), 2005. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/jose-de-oliveira-ascensao-insolvencia-efeitos-sobre-os-negocios-em-curso-star/> consult. em 20/Abr/2022.

COSTA, MARIO JÚLIO DE ALMEIDA, “*Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente*”, 9.º edição, Almedina, Coimbra, 2007.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, Lisboa, Quid Juris, 2015.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 4.º edição Almedina, Coimbra, 2012.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, “*Direito da Insolvência*”, 10.º edição, Almedina, Coimbra, 2021.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, “*Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso*”, in “*Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, publicação do Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2004.

MORAIS, FERNANDO GRAVATO, “*Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*”, Cadernos de Direito Privado n.º 29, Janeiro/Março 2010.

OLIVEIRA, MANUEL PINTO E SERRA, CATARINA, “*Insolvência e Contrato de Promessa*”, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), 2010, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2010/ano-70-vol-iiiv-2010/doutrina/nuno-manuel-pinto-oliveira-e-catarina-serra-insolvencia-e-contrato-de-promessa/>, consult. 25/Maio/2022.

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, “*Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes- adquirentes de bens imoveis (máxime, com fim habitacional)*”, CDP, n.º 22, abril/junho, 2008.

SERRA, CATARINA, “*O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução*”, Almedina, Coimbra, 2005.

SILVA, JOÃO CALVÃO, “*Sinal e contrato promessa*”, 15.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “*Das Obrigações em Geral*”, vol. I, 10.^a edição, Coimbra, Almedina, 2017.

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, “*Contrato-promessa e falência/insolvência*”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 24, Out./Dez., 2008.

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, “*O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda*”, in RFDUP 3 (2006).