



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato-Promessa – Novas Questões

Pedro Guilherme Pereira Tavares

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato-Promessa – Novas Questões

Pedro Guilherme Pereira Tavares

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato-Promessa – Novas Questões

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a
obtenção do grau de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios

Orientadora: Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Pedro Guilherme Pereira Tavares

Faculdade de Direito | Escola do Porto

maio 2018

*Aos meus queridos pais,
por tudo o que sou, e por tudo o que serei,*

*À Cristiana,
Pelo amor sincero, e pela presença constante,*

*À minha querida avó,
Cuja memória honrarei até ao fim dos meus dias.*

“Nem todos os que vagueiam estão perdidos”

J. R. R. Tolkien

Agradecimentos

Cumpro, antes de principiarmos, prestar um tributo sincero e, diga-se, emocionado, a todos os que contribuíram, de uma forma ou de outra, para o culminar de mais uma etapa no meu percurso académico, não esquecendo aqueles que, de igual forma, estiveram presentes desde o início do mesmo.

Começo pelos meus pais, a quem devo muito mais do que alguma vez serei capaz de retribuir. Devo-lhes o que sou hoje, e tudo o que serei amanhã. Serei o espelho dos valores que me inculcaram desde cedo, serei o amor e a compreensão que nunca me faltou, serei a força e a fibra de que são feitos, e serei o respeito e o orgulho que lhes encontro no olhar, tal como eles são o meu. Mais do que qualquer outra coisa, serei tudo isto, e sê-lo-ei por eles.

Aos meus padrinhos, aos meus primos, José Nuno e Mariana, e ao meu avô, por me verem crescer e por crescerem comigo, pelas memórias que guardo com carinho e pelos momentos que nunca deixámos de partilhar. Por todo o amor e admiração que tenho por eles. Pelos jantares de sábado e pelas discussões sobre futebol ao domingo.

A todos os meus familiares, pelo incentivo que me deram durante todos estes anos, pela preocupação que sempre demonstraram e pela proximidade que nos manteve unidos, em todas as ocasiões.

À Cristiana, pelo amor, carinho e dedicação que me alimentam todos os dias. Pelos momentos inesquecíveis, pelos desabafos mútuos e pelos resmungos frequentes. Por se quem é, e por quem me ensina a ser. Pelos momentos de choro e pelos doces sorrisos. Pela força e pela determinação. Por tudo o que está para vir.

A Coimbra, por tudo o que me deu e pelas saudades que deixa. Aos *Capas & Kapos*, por me terem acolhido num novo início, por me terem mostrado algo que não conhecia e a quem devo as mais genuínas amizades, as quais sempre estimarei.

À Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pela formação e conhecimentos que me proporcionou. Aos meus colegas e amigos de mestrado, Cláudia, Diana, João e Sara, com quem partilhei toda esta etapa, e muito mais. À

Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, por ter orientado e acompanhado a evolução esta dissertação desde o seu começo.

Resumo

Pretendemos, com a dissertação que agora apresentamos, efetuar uma análise dos efeitos que a declaração de insolvência produz no contrato-promessa em curso. Para tal, será necessário abordar, de forma sucinta, os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em geral e, de igual forma, o papel que o administrador da insolvência desempenha nesse âmbito. A nossa pesquisa passará por uma breve incursão no regime do contrato-promessa, antes de culminar no estudo dos preceitos mais relevantes para o tema em questão e dos efeitos que a opção pela recusa (quando a mesma seja possível) ou pelo cumprimento produzem no contrato-promessa em curso, sendo que, como veremos, os casos de recusa de cumprimento, por parte do administrador da insolvência do promitente-vendedor, de contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional com tradição de coisa e prestação de sinal são aqueles que mais dúvidas e discussão provocam no seio da doutrina e da jurisprudência. Neste sentido, não deixaremos de analisar a questão da atribuição (ou não) do direito de retenção ao promitente-comprador, bem como as teorias que visam a qualificação do crédito indenizatório que resulta da recusa de cumprimento. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº4/2014, cuja relevância não poderá ser olvidada, cairá, de igual forma, no escopo desta dissertação, bem como alguns dos entendimentos jurisprudenciais que se lhe seguiram.

Palavras-chave: insolvência; contrato-promessa; efeitos; administrador da insolvência; promitente-vendedor; promitente-comprador; recusa de cumprimento; tradição de coisa; prestação de sinal; direito de retenção; crédito indenizatório; Acórdão de Uniformização de Jurisprudência.

Abstract

We intend, with the dissertation we now present, to analyze the effects that the declaration of insolvency produces on the ongoing promissory contract. Hence, it will be necessary to address, in a brief way, the effects that the declaration of insolvency produces on the ongoing businesses in general, and, likewise, the roll that the insolvency administrator preforms in that matter. Our research will go through a brief incursion into the legal regime of the promissory contract, before it culminates in the study of the most relevant articles in this matter and the effects that the insolvency administrator's refusal (when this refusal is possible) or compliance produces on the ongoing promissory contract, while, as we shall see, the refusal, by the insolvency administrator, to fulfill a promissory contract, without *erga omnes* obligations, but with delivery and down payment, will be the case that raises more doubts and discussions among the doctrine and the jurisprudence. In this regard, we will analyze the issue of granting (or not) the right to withhold to the promisor-buyer, as well as the theories that intend to determine the nature of the compensation that results from the refusal to fulfill the promissory contract. The Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº4/2014, whose importance can't be forgotten, will be, as such, subject of the dissertation, as well as other jurisprudential decisions that followed.

Key-words: insolvency; promissory contract; effects; insolvency administrator; promisor-seller; promisor-buyer; refusal to fulfill; delivery; down payment; right to withhold; compensation; Acórdão de Uniformização de Jurisprudência.

Siglas e abreviaturas

AA. VV.	Autores Vários
Ac.	Acórdão
AUJ	Acórdão de Uniformização de Jurisprudência
al./als.	alíneas/alíneas
AI	Administrador da Insolvência
art./arts.	artigo/artigos
CC	Código Civil
Cfr.	Confrontar
CIRE Empresas	Código da Insolvência e da Recuperação de
CPEREF Empresa e de Falência	Código dos Processos Especiais de Recuperação da
CregP	Código do Registo Predial
DL	Decreto-Lei
Nº	número
<i>Ob. Cit</i>	<i>obra citada</i>
p./pp.	página/páginas
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

Resumo	9
Abstract.....	10
Introdução	13
Artigo 102º do CIRE – Efeitos sobre os negócios em curso	14
O princípio geral do artigo 102º	14
Análise do artigo 102º	15
Nº1 – “Negócios em curso”	15
O papel do administrador da insolvência.....	17
Execução do contrato VS Recusa de Cumprimento	19
A recusa de cumprimento	20
O contrato-promessa.....	22
Noção	22
Efeitos	23
Não cumprimento – consequências	24
O regime insolvencial do contrato-promessa	26
Nº1 do artigo 106 do CIRE – Contrato-promessa com eficácia real e tradição de coisa, no caso de insolvência do promitente-vendedor	27
Nº2 do artigo 106º do CIRE – Casos de recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência	30
Os efeitos da recusa de cumprimento	32
Insolvência do promitente-comprador	33
Insolvência do promitente-vendedor e direito de retenção	35
A natureza do crédito indemnizatório (análise doutrinal e jurisprudencial)	39
Crédito sobre a insolvência de natureza garantida (pelo direito de retenção da alínea f) do nº1 do artigo 755º do CC)	40
Crédito sobre a insolvência de natureza comum.....	42
O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº4/2014 e entendimento subsequente	45
Conclusão	51
Bibliografia.....	52

Introdução

O escopo da dissertação que agora apresentamos prende-se com os efeitos que a declaração de insolvência produz no contrato-promessa que se encontre em curso à data da declaração da mesma.

Diga-se, antes de mais, que o tema foi selecionado dada a relevância que este apresenta, ainda hoje, no seio do nosso ordenamento jurídico, particularmente, no que toca aos efeitos que a recusa de cumprimento, por parte do administrador da insolvência do promitente-vendedor, produz no contrato-promessa sinalizado com entrega de coisa ao promitente-comprador.

De resto, torna-se essencial proceder ao enquadramento de toda esta questão, quer no que respeita aos efeitos que a declaração de insolvência produz nos negócios em curso, quer no que concerne ao próprio regime do contrato-promessa. Não deixaremos, nessa sequência, de efetuar uma análise do papel que cabe ao AI, nem de analisar os efeitos que resultam da opção pela recusa (quando a mesma seja possível) ou pelo cumprimento do contrato-promessa.

Daremos particular relevo, como já fizemos questão de indicar, aos efeitos da recusa de cumprimento de contrato-promessa sinalizado, com entrega de coisa, em caso de insolvência do promitente-vendedor e à questão da existência (ou não) do direito de retenção que o art. 755º, nº1, al. f) do CC atribui ao promitente-comprador. Por fim, apreciaremos os entendimentos doutriniais e decisões jurisprudenciais relativas à qualificação do crédito indemnizatório, culminando na análise do AUJ nº4/2014 e dos entendimentos jurisprudenciais que se lhe seguiram.

Artigo 102º do CIRE – Efeitos sobre os negócios em curso

O princípio geral do artigo 102º

Vivendo nós numa sociedade onde vigoram os princípios da autonomia privada, livre comércio e liberdade contratual¹, a todos assiste o direito de negociar e celebrar contratos com outrem, dentro dos limites estabelecidos na lei. Como tal, isto significa que uma eventual declaração de insolvência de um dos contraentes pode surgir antes que as partes tenham, efetivamente, concluído o negócio em causa.

Faremos, neste ponto, uma breve e oportuna referência às soluções legais que procuravam dar resposta a esta questão antes do surgimento do art. 102º do CIRE. Por um lado, o art. 1197º do CPC de 1961² consagrava um princípio geral que estabelecia que a declaração de falência não importava a rescisão dos contratos bilaterais celebrados pelo falido, sendo que estes seriam ou não cumpridos consoante o seu cumprimento ou resolução fosse mais conveniente para a massa.

De forma diferente, a lei insolvencial que se seguiu³ abandonou a ideia de um princípio geral, tendo o legislador optado por uma regulamentação casuística de vários negócios jurídicos e tenho determinado, para cada um deles, a solução mais adequada. Ora, esta nova solução pressupunha uma análise difícil dos vários casos particulares e, não com escassa frequência, a aplicação de princípios gerais aplicáveis aos negócios jurídicos bilaterais.

O CIRE vem, então, substituir os pressupostos consagrados pela lei insolvencial anterior, através do seu art. 102º⁴.

¹ Princípio consagrado no art. 405º do CC e que constitui, ele próprio, um corolário do princípio da autonomia privada que, de resto, tem dignidade constitucional.

² Aprovado pelo Decreto-Lei 44 129, de 28 de dezembro de 1961.

³ CPEREF, aprovado pelo Decreto-Lei nº 132/93, de 23 de abril, artigos 161º a 174º.

⁴ Note-se que são vários os preceitos relevantes nesta matéria, nomeadamente, os artigos 103º e 119º, pelo que serão analisados, de forma mais cuidada, posteriormente.

Análise do artigo 102º

Nº1 – “Negócios em curso”

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

Artigo 102º, nº1 do CIRE

Antes de mais, e como já tem vindo a ser referido nas linhas anteriores, apenas parecem caber no âmbito deste art. os contratos bilaterais (não integralmente cumpridos pelas partes) e que, nas palavras de GISELA CÉSAR, “ainda possam ser cumpridos, estando claramente excluídos da aplicação deste regime os contratos que tenham sido, previamente à declaração de insolvência, resolvidos por uma das partes por incumprimento ou aqueles ainda não resolvidos, mas cujo cumprimento tenha sido impossibilitado por uma das partes”⁵. Note-se que OLIVEIRA ASCENSÃO propõe a aplicação desta norma, através do recurso à analogia, aos contratos unilaterais⁶. Salvo o devido respeito pelo entendimento do autor, este não nos parece ser o mais adequado, já que a solução do nº1 do art. 102º apenas parece fazer sentido, como aponta GISELA CÉSAR, “quando estamos perante contratos sinalagmáticos em que nenhuma das partes cumpriu integralmente as suas obrigações, pois nestes contratos a execução de uma obrigação condiciona a execução da contraprestação”.^{7 8} Ora, isto significa que, enquanto

⁵ CÉSAR, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p.81.

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, in *Themis* (Edição especial), Almedina, 2005, pp. 111-112.

⁷ CÉSAR, GISELA, ob. cit., p.82.

⁸ No mesmo sentido, cfr. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, in *Revista da FDUP*, ano 3, 2006, p.536, “Temos (...) que estar perante um contrato bilateral em que se estabeleça um nexo de reciprocidade, ou nexo sinalagmático, entre as obrigações das partes. Na verdade, é uma das manifestações do sinalagma funcional, a exceção de não cumprimento do contrato, que justifica o particular regime estatuído: qualquer das partes, neste caso o vendedor, pode recusar a realização da sua prestação, a não ser contra a realização integral da contraprestação da outra parte/insolvente”.

o AI não opta pelo cumprimento ou pela recusa do negócio, a contraparte não se encontra obrigada a cumprir a sua prestação.

A este propósito, será importante fazer notar que, enquanto GISELA CÉSAR⁹, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹⁰ e PESTANA DE VASCONCELOS¹¹ acreditam que no âmbito deste artigo apenas cabem os negócios não integralmente cumpridos por ambas as partes (excluindo-se, então, os contratos em formação e os que estejam cumpridos por uma ou ambas as partes), OLIVEIRA ASCENSÃO¹² entende que o mesmo deve também ter aplicação quando em causa esteja um contrato cumprido integralmente apenas por uma das partes.

Prosseguindo, o nº1 do art. 102º determina, então, a suspensão do cumprimento dos contratos até à tomada de decisão do AI. Esta norma surge no sentido de oferecer uma maior proteção aos credores do insolvente. A declaração de insolvência retira ao devedor a administração do seu património e atribui-a ao AI o que significa que o devedor deixa de ter a possibilidade de dar cumprimento aos contratos cuja celebração tenha iniciado.

Estes contratos poderão, no entanto, ser cumpridos pela massa caso o AI preveja que o seu cumprimento será favorável para a massa. Não obstante o facto de o cumprimento de todos os contratos que se encontram suspensos em virtude da declaração de insolvência poder, em certos casos, traduzir-se num benefício para a massa, muitos serão também os casos em que o cumprimento de todos estes contratos poderá resultar em prejuízo para a mesma, se esse cumprimento se consubstanciar num benefício para as contrapartes do insolvente, em prejuízo dos demais credores do mesmo.

Neste sentido, e como faz notar MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹³, não podemos equiparar a situação de insolvência a um incumprimento contratual do insolvente, já que este não cumpre porque se encontra impossibilitado de o fazer. Como tal, a contraparte do insolvente não poderá resolver o contrato com fundamento em

⁹ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.83.

¹⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp.176-177.

¹¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, ob. cit., p. 537.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira, ob. cit., p. 112-113.

¹³ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Os efeitos substantivos da falência”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000, pp. 246-247.

incumprimento definitivo da outra parte (neste caso, o insolvente), mas também não se encontra obrigado a efetuar a sua prestação se a massa também não o fizer.

Esta suspensão decretada pela norma em análise, embora permita ao AI ponderar e determinar o fim que pretende dar ao contrato, não poderá durar para sempre. Determina, então, o nº2 do art. 102º do CIRE que a outra parte tem o direito a “fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este exercer a sua opção, findo o qual se considera que recusa o seu cumprimento”¹⁴.

O papel do administrador da insolvência

“O administrador da insolvência assume a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência”

Artigo 81º, nº 4 do CIRE

Como já referimos, a declaração de insolvência opera a transferência de poderes de administração e disposição do insolvente para o AI. Aquele deixa, então, de ter poder para finalizar os negócios que ainda estejam em curso, sendo que o destino a dar a tais contratos (recusa ou cumprimento) passa a ser da competência do AI.

Esta transferência de poderes de carácter patrimonial do insolvente para o administrador tem como objetivo não só a proteção dos interesses do credor do insolvente (que continua a ser, aliás, o objetivo primordial do processo de insolvência) como também do próprio devedor.

Neste ponto, fará sentido referir que o nº6 do art. 81º do CIRE estabelece que os negócios celebrados pelo insolvente após a declaração de insolvência são, à partida, ineficazes, “respondendo a massa insolvente pela restituição do que lhe tiver sido prestado apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa”.

¹⁴ Neste sentido, cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Manual do Direito da Insolvência, ob. cit., p. 178 e FERNANDES, Luís Carvalho/ LABAREDA, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 3ª edição, Quid Iuris Editora, 2015, p. 485, nota 7.

Enquanto o CPEREF¹⁵ consagrava a possibilidade de confirmação do negócio pelo liquidatário judicial, o CIRE não prevê esta faculdade por parte do AI. A este propósito, entendem CATARINA SERRA¹⁶ e OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁷ que, caso o insolvente pratique um ato tornado irregular pela declaração de insolvência, o AI poderá, não obstante, ratificar tal ato, caso o considere benéfico para a massa. Em sentido contrário, MENEZES LEITÃO¹⁸ E MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹⁹ rejeitam tal possibilidade.

Nas palavras de GISELA CÉSAR, esta representação “não significa, nem pode significar uma verdadeira representação da parte (do insolvente), no sentido de representação dos seus interesses; o administrador representa (só pode representar) os interesses da massa insolvente, os interesses dos credores do insolvente”²⁰. Já NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA e CATARINA SERRA referem que esse direito que assiste ao administrador de dar ou não cumprimento aos contratos do insolvente que ainda estejam em curso deve funcionar como um “instrumento especialmente adequado à situação de insolvência”²¹, pelo que o mesmo deve servir-se dele com essa finalidade em mente. De facto, e mesmo reconhecendo a discricionariedade²² que reveste este poder do administrador da insolvência, tal não significa que o mesmo tem total liberdade para decidir o fim a dar a cada negócio, já que este vai sempre encontrar como limites os interesses da massa insolvente e o fim do próprio processo de insolvência.²³

Além do mais, o próprio artigo. 102º estabelece um limite à escolha do AI no seu nº4, considerando que a opção pela execução é abusiva “se o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente impossível”²⁴.

¹⁵ No seu art. 155º, nº.2.

¹⁶ SERRA, Catarina, O Novo Regime Português da Insolvência, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012,

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira, ob. cit., pp. 129-130.

¹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito da Insolvência, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 166 e ss.

¹⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, ob. cit., p. 106.

²⁰ CÉSAR, Gisela, ob. cit., pp. 92-93.

²¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, “Insolvência e contrato-promessa – os efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 70, Volume I/IV, 2010, p.399.

²² Neste sentido, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Com mais irreflexão que culpa? O debate sobre o regime de recusa de cumprimento do contrato-promessa”, in Cadernos de Direito Privado, nº36, 2011, p.4.

²³ *Idem, ibidem*, pp.4-5.

²⁴ Note-se que NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA retira deste artigo um princípio geral de proibição de abuso, apesar de o artigo apenas parecer fazer referência a um caso em particular (cfr. OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, “Efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?”, I Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, Reimpressão de 2014, pp-209-210.

O artigo 102º não faz referência a quaisquer formalidades que a decisão do AI deva revestir, pelo que, a este propósito, valem os arts. 217º e 219º do CC²⁵. A declaração poderá, então, ser expressa ou tácita, sendo que, neste último caso, terá que “resultar concludentemente de atos por ele praticados que a opção tomada foi no sentido da execução do contrato ou da recusa de cumprimento”^{26 27}

Execução do contrato VS Recusa de Cumprimento

Importa agora analisar, de forma breve, os efeitos quer da execução, quer da recusa do cumprimento do contrato que se seguem, eventualmente, à tomada de decisão por parte do AI.

A opção do administrador pela execução do contrato produz uma modificação subjetiva da relação jurídica em questão, pois, neste caso, a massa insolvente irá ocupar a posição jurídica que até então era ocupada pelo insolvente, assumindo, assim, os direitos e obrigações relativos a tal contrato que anteriormente se encontravam na esfera jurídica do insolvente, passando, assim, esta a ser responsável pelo cumprimento²⁸. Note-se também que, e conforme aponta MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO²⁹, a relação jurídica que existia previamente é respeitada, significando isto que todas as cláusulas contratuais acordadas entre o insolvente e a contraparte se mantêm (a não ser que sejam incompatíveis com as regras que regem o processo de insolvência).

Esta decisão significa, também, que o AI passa a ter o direito de exigir à contraparte o cumprimento das obrigações que lhe respeitam, podendo este, por sua vez, exigir à massa o cumprimento das suas obrigações³⁰.

²⁵ Lembre-se que o artigo 217º do CC determina que “a declaração negocial pode ser expressa ou tácita”, enquanto que o artigo 219º, consagra a liberdade de forma – “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial.”.

²⁶ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.96.

²⁷ A este respeito, referem NUNO PINTO OLIVEIRA E CARATINA SERRA que a inclusão na lista de créditos reconhecidos do crédito resultante do não cumprimento de um negócio em curso constitui um exemplo de declaração tácita de não cumprimento, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., p.399.

²⁸ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.97.

²⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Os efeitos substantivos da falência”, ob. cit., p.232.

³⁰ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, ob. cit., pp. 184 e ss.

A recusa de cumprimento

Para os casos de recusa de cumprimento por parte do AI, surge o nº3 do art. 102º do CIRE que, e sem prejuízo do direito à separação de coisa, estabelece, nas suas alíneas, as consequências dessa mesma recusa.

Em primeiro lugar, as alíneas a) e b) do preceito referido concretizam as consequências da recusa em caso de cumprimento parcial do contrato (transcrever as alíneas). Por outro lado, se se estabelece na alínea a) desta norma que “nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou”, as alíneas b) e c) atribuem às partes direitos de crédito que, nas palavras de CISELA CÉSAR³¹, “na prática, equivalem à atribuição do direito de restituição em valor que foi prestado”. A autora acrescenta, também, que esta restituição será “uma restituição em valor, nunca em espécie”³².

Voltando à alínea a) do nº3 do art. em análise, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA e CATARINA SERRA defendem uma interpretação restritiva do preceito, “para que só se aplique à restituição em espécie, prevista, por exemplo, nos casos de resolução pelo art. 289º do CC, por remissão do art. 433º também do CC”³³.

Já num sentido diferente, PESTANA DE VASCONCELOS³⁴ entende que a alínea a) do nº3 do art. 102º apenas se aplica às situações em que existam cumprimentos parciais de ambas as partes e uma equivalência das prestações que as mesmas efetuaram.

Prosseguindo, as alíneas b) e c) do preceito que temos vindo a analisar encontram a sua aplicação nos casos em que existe cumprimento parcial de apenas uma das partes ou nos casos em que, tendo ambas cumprido parcialmente, uma das partes o fez em medida inferior à outra (não correspondência de prestações), sendo que alínea b) vale para a massa insolvente e a alínea c) para a contraparte.

Ora, quanto à alínea b), a massa insolvente vai ter direito à diferença entre as prestações já realizadas pelo devedor e pela contraparte. No caso de o devedor não ter

³¹ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.100.

³² *Idem, ibidem*, p.100.

³³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., p.420.

³⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, ob. cit., p.539.

cumprido, ou, tendo-o feito, o valor da sua prestação for inferior ao valor da prestação efetuada pela contraparte, a massa insolvente não terá direito de crédito.

Já o disposto na alínea c) equivale, nas palavras de GISELA CÉSAR³⁵ “à atribuição do direito de restituição em valor do que o credor já tenha prestado”. Neste sentido, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA e CATARINA SERRA³⁶ apontam uma semelhança entre o direito de crédito atribuído por este artigo e o direito de indemnização que corresponde à resolução do contrato, já que aquele direito de crédito irá, à partida, resultar numa indemnização semelhante àquela que existiria se tivesse existido incumprimento por parte do devedor e conseqüente resolução do contrato por parte do credor³⁷.

Continuando, o cálculo da indemnização a que nos referimos é operado segundo a teoria da diferença³⁸, o que significa que se realiza através da atribuição de uma indemnização correspondente à diferença do valor entre as prestações. Acontece que, e como apontam NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA³⁹, esta teoria foi pensada para ser aplicada a casos em que o credor não tivesse ainda efetuado a sua prestação, pelo que esta terá de ser adaptada aos casos em que o credor já tenha cumprido parcial ou totalmente a sua prestação, o que sucede com a atribuição de um direito de restituição da contraprestação já realizada. Concluindo, os autores apontam que a letra da alínea c) do nº3 do art. 102º “equivale a dizer que 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.”⁴⁰.

³⁵ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.102.

³⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, ob. cit., p.421.

³⁷ Note-se que, apesar das semelhanças, estes direitos assentam (ou parecem assentar) em pressupostos diferentes, já que o artigo 289º (através de remissão operada pelo artigo 433º do CC) consagra a restituição de tudo o que foi prestado ou, caso a restituição em espécie não seja possível, o valor correspondente, enquanto que a alínea a) do nº3 do artigo 102º do CIRE parece não admitir a restituição em espécie.

³⁸ Cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., p.424.

³⁹ *Idem, ibidem*, ob. cit., p.424.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, pp.424-425.

Para finalizar, efetuaremos uma breve análise da alínea d) do nº3 do art. 102º do CIRE. Ora, esta norma estabelece os pressupostos do direito à indemnização que assiste à contraparte do insolvente no caso de recusa de cumprimento do contrato. Esta indemnização constitui, também ela, um crédito sobre a insolvência⁴¹. No entendimento de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA e CATARINA SERRA, a finalidade desta norma consiste em atribuir, ao credor *in bonis*, o direito à indemnização de danos que não se encontrem cobertos pela alínea c) do nº3 do art. 102º do CIRE^{42 43}.

Os preceitos i) e ii) da alínea em análise vêm, de algum modo, restringir a sua aplicação, limitando esta indemnização ao valor da obrigação que seja, eventualmente, imposto pela alínea b) e estabelecendo que o crédito a que a outra parte tenha direito nos termos da alínea c) será abatido no montante desta indemnização⁴⁴.

O contrato-promessa

Noção

O nº 1 do art. 410º do Código Civil define o contrato-promessa⁴⁵ como a “convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato”. Nas palavras de ANTUNES VARELA, trata-se de uma “convenção pela qual ambas as partes, ou apenas uma delas, se obrigam, dentro de certo prazo ou verificados certos pressupostos a celebrar determinado contrato”⁴⁶. Em sentido semelhante, CALVÃO DA SILVA⁴⁷ aponta que a noção de contrato-promessa deve pressupor não só as promessas resultantes das declarações de vontade de ambos os contraentes (negócios jurídicos bilaterais), como

⁴¹ Cfr. art. 102º, n3, iii) do CIRE.

⁴² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., p.429.

⁴³ Ou seja, danos que não correspondam à diferença de valor entre as prestações.

⁴⁴ Neste sentido, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., p.429-430 e CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.105-107.

⁴⁵ A disciplina jurídica do contrato-promessa consta dos arts. 410º a 413º do CC, não se restringindo, contudo, a estes preceitos.

⁴⁶ VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral – Volume I, reimpressão da 10ª edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2017, p. 308.

⁴⁷ SILVA, João Calvão da, Sinal e contrato-promessa, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 27 e ss.

também as promessas em que apenas uma parte se compromete a celebrar determinado negócio com outrem (negócios jurídicos unilaterais). De facto, e como faz notar GISELA CÉSAR⁴⁸, a posição maioritária na doutrina portuguesa vai no sentido de considerar válido o contrato-promessa de negócio jurídico unilateral.

O contrato-promessa dá, então, origem a uma ou duas vontades de contratar⁴⁹. O entendimento doutrinal maioritário na doutrina portuguesa a este propósito considera que esta obrigação decorrente do contrato-promessa é uma obrigação de prestação de facto positivo (*facere*)⁵⁰.

A celebração deste tipo de contrato⁵¹ vai no sentido de preparar e garantir a celebração do contrato-prometido num momento posterior, isto porque as partes podem não ter interesse (ou condições) em formalizar o negócio no momento em que celebram a promessa de contrato⁵².

Efeitos

À partida, e pelo disposto no nº2 do art. 406º do CC⁵³, o contrato-promessa produz efeitos meramente obrigacionais (*inter partes*), não sendo, portanto, oponível a terceiros. Contudo, o nº1 do art. 413º do CC oferece às partes a possibilidade de atribuírem eficácia real à promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis ou bens móveis sujeitos a registo.

A lei estabelece três requisitos para que o contrato-promessa possa ser dotado de eficácia real. Encontramos dois destes requisitos no nº1 do art. 413º: “declaração expressa” (das partes) e “inscrição no registo”. O terceiro requisito encontra-se no nº 2 do mesmo preceito e prende-se com a forma que o contrato-promessa com eficácia real deve revestir: escritura pública (caso seja essa a forma exigida para o negócio definitivo)

⁴⁸ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.118, nota 337.

⁴⁹ Como entende JOÃO CALVÃO DA SILVA, trata-se de emitir uma declaração de vontade correspondente ao negócio que se pretende celebrar, SILVA, João Calvão da, ob. cit., pp. 13 e ss.

⁵⁰ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.118.

⁵¹ Que, de resto, é frequentemente utilizado no nosso ordenamento jurídico

⁵² SILVA, João Calvão da, ob. cit., p. 15.

⁵³Dispõe o preceito que, “em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

ou documento particular autenticado (caso o negócio prometido não exija qualquer formalidade). Caso o conteúdo do contrato-promessa verta sobre bens imóveis, o registo do mesmo é efetuado, com carácter definitivo, nos termos da alínea f) do nº1 do art. 2º do CregP⁵⁴.

Caso os requisitos que mencionámos se encontrem cumpridos, o contrato-promessa adquire eficácia absoluta após o seu registo, passado os direitos de crédito que dele derivam a ser oponíveis a terceiros que sejam titulares de direitos sobre o mesmo objeto não registados em data anterior⁵⁵. Tal significa que, caso a coisa cuja transmissão serve de base ao contrato-promessa seja onerada ou transmitida a terceiro, o promissário com eficácia real pode servir-se da execução específica que consta do art. 830º do CC.

Por outro lado, e caso estes requisitos não se encontrem cumpridos, CALVÃO DA SILVA aponta que o contrato-promessa permanece válido, produzindo, apenas, efeitos obrigacionais⁵⁶.

Não cumprimento – consequências

Porque achamos pertinente, para melhor entendimento do tema que irá, posteriormente, ser analisado em detalhe, analisaremos agora, de forma sumária, os efeitos do não cumprimento da promessa.

Ora, parece ser de fácil assunção que, em caso de não cumprimento do contrato-promessa, o lesado pode servir-se tanto do mecanismo de resolução contratual⁵⁷, como da execução específica⁵⁸ para obter a entrega da coisa sobre a qual versa o contrato-promessa, cabendo ao mesmo, pelo menos em teoria, escolher o mecanismo que melhor servirá o seu interesse. No entanto, e como veremos, está opção encontra-se, de certa forma, limitada.

⁵⁴ Estabelece a al. f) do nº1 do art. 2 do CregP. que estão sujeitos a registo “a promessa de alienação ou oneração, os pactos de preferência e a disposição testamentária de preferência, se lhes tiver sido atribuída eficácia real, bem como a cessão da posição contratual emergente desses factos”.

⁵⁵ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.120. Veja-se, também, o artigo 5º do CregP.

⁵⁶ SILVA, João Calvão da, ob. cit., p. 15.

⁵⁷ Cfr. art. 432º e ss. do CC, em particular o art. 441º.

⁵⁸ Cfr. art. 827º do CC, em particular o art. 830º.

Estabelece, então, o nº1 do art. 830º do CC o seguinte: “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”. Verificamos, desde logo, a natureza supletiva do preceito, já que a lei permite o que recurso à execução específica seja afastado mediante “convenção em contrário” das partes. O nº2 do mesmo art. prevê que existe convenção em contrário quando tenha havido entrega de sinal⁵⁹ ou quando tenha sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa. CALVÃO DA SILVA⁶⁰ considera que, caso tenha existido sinal ou previsão de uma pena no contrato-promessa (alternativamente), presume-se que as partes quiseram que esse fosse o único efeito do incumprimento. Será também importante notar que o nº3 do art. 830º⁶¹ proíbe o afastamento da execução específica quando a promessa tenha por base a celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício ou fração autónoma do mesmo⁶².

Será também relevante referir que o pensamento dominante na doutrina vai no sentido de considerar ser a mora (e não o incumprimento definitivo) o pressuposto da execução específica⁶³.

Por outro lado, o promitente *in bonis* pode, em caso de incumprimento temporário (culposo), e nos termos do art. 808º do CC, determinar a perda de interesse no cumprimento da prestação que respeita ao devedor, transformando, assim, a mora em incumprimento definitivo⁶⁴ e adquirindo, em consequência desse facto, o direito a resolver o contrato⁶⁵.

Desta feita, existindo incumprimento definitivo culposo da prestação imputável a uma das partes, deixando esta de ser (material ou juridicamente) possível; ou tendo havido

⁵⁹ Note-se que, como estabelece o art. 441º do CC, “no contrato-promessa de compra e venda presume-se que tem carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço”.

⁶⁰ SILVA, João Calvão da, ob. cit., pp. 139 e ss.

⁶¹ Através de remissão efetuada para o art. 410º, nº3 do CC.

⁶² Quer se a sua construção ainda não te tenha iniciado, esteja em progresso ou já se encontre concluída, cfr. art. 442º, nº3 do CC.

⁶³ Neste sentido, CALVÃO DA SILVA: “...importa reter que o pressuposto da chamada execução específica do contrato-promessa é a mora e não o incumprimento definitivo.”, SILVA, João Calvão da, ob. cit., p. 137.

⁶⁴ Note-se que, caso a prestação não seja realizada dentro do prazo “razoavelmente” fixado pelo credor, esta considera-se, de igual forma, não cumprida, cfr. art. 801º, nº1 do CC.

⁶⁵ Cfr. art. 432º do CC.

recusa de cumprimento por parte de um dos contraentes, a contraparte tem a possibilidade de resolver o contrato, sendo que os efeitos da indenização que resultam da resolução vão ser distintos consoante exista, ou não, sinal.

Caso não tenha havido sinal, o contraente *in bonis* terá direito a uma indenização cujo cálculo se processa segundo as regras dos arts. 562º e seguintes do CC⁶⁶.

Existindo sinal (seja ele convencionado ou presumido, como verificámos anteriormente), a indenização calcula-se através do recuso ao nº2 do art. 442º do CC. Este preceito prevê que, em caso de incumprimento imputável à parte que constituiu o sinal, a outra parte tem direito a reter o mesmo. Por outro lado, se o incumprimento for imputável à parte em cujo favor o sinal foi prestado, o promitente *in bonis* tem direito a exigir o dobro do que prestou, ou, em caso de ter havido tradição da coisa objeto do contrato prometido, o valor que a mesma (ou o direito a transmitir ou constituir sobre ela) tiver no momento do incumprimento, com a dedução do preço convencionado, havendo ainda restituição do sinal prestado e da parte do preço que já tenha sido pago. Isto significa que o promitente-adquirente, em vez de exigir do *accipiens* o sinal em dobro, tem a possibilidade de exigir, a título de indenização, a quantia correspondente ao aumento do valor da coisa ou do direito que possa, eventualmente, ter ocorrido entre a data da celebração do contrato-promessa e o incumprimento do mesmo, (acrescido, como vimos, do sinal em singelo e do preço já pago), desde que tenha havido entrega da coisa⁶⁷.

O regime insolvencial do contrato-promessa

Anteriormente ao surgimento do regime que hoje encontramos no art. 106º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, o CPEREF consagrava, no seu art. 164º -A⁶⁸, sobre e epígrafe “Promessa de contrato”, os alicerces que regiam os efeitos da

⁶⁶ Que consagram as regras gerais da responsabilidade civil.

⁶⁷ Cfr. CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.124.

⁶⁸ Preceito introduzido pela revisão operada pelo Decreto-Lei nº315/98, de 20 de outubro.

declaração de falência sob o contrato-promessa, efetuando, para tal, uma distinção entre os contratos com eficácia obrigacional⁶⁹ e os contratos com eficácia real⁷⁰.

No mesmo sentido do que já foi referido nas linhas anteriores (a respeito do art. 102º do CIRE), o art. 106º do CIRE⁷¹ parece apenas encontrar o seu âmbito de aplicação nos contratos-promessa bilaterais ou sinalagmáticos que ainda se encontrem em curso à data da declaração de insolvência.

Ainda a este propósito, e como faz notar GISELA CÉSAR⁷² o contrato-promessa não mais é do que o preliminar do contrato definitivo (que se pretende que venha a ser celebrado posteriormente), apresentando-se, portanto, como um contrato de “execução instantânea”, uma vez que este se cumpre com a celebração do contrato prometido. Nas palavras da autora, “enquanto existir contrato-promessa – enquanto este não tiver dado lugar ao contrato definitivo, nem tiver sido extinto por resolução operada por qualquer das partes -, ele é, por definição, um negócio por cumprir”⁷³.

Nº1 do artigo 106 do CIRE – Contrato-promessa com eficácia real e tradição de coisa, no caso de insolvência do promitente-vendedor

Começaremos, agora, a analisar, de forma mais aprofundada, o tema que serve de base a esta dissertação.

⁶⁹ Estes extinguem-se de forma automática com a declaração de falência, atribuindo ao contraente *in bonis* um direito de indemnização. Dispunha o nº 1 do preceito: “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; ressalva-se a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido, ou requerer a execução específica da promessa, se o contrato a permitir.”

⁷⁰ Os contratos com eficácia real não se extinguem automaticamente com a declaração de falência. O nº2 do preceito dispunha: “Tratando-se de promessa com eficácia real, o promitente adquirente poderá exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou recorrer à execução específica que lhe seja facultada; sendo o falido promitente adquirente, ao liquidatário judicial cabe decidir sobre a conveniência da execução do contrato, satisfazendo a contraprestação convencionada.”

⁷¹ Note-se que esta norma faz referência específica ao contrato-promessa de compra e venda.

⁷² CÉSAR, Gisela, ob. cit., pp.135-136.

⁷³ *Idem, ibidem*, p.135.

“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.”

Nº1 do artigo 106º do CIRE

A leitura deste preceito oferece-nos, desde logo, os requisitos para a aplicação do mesmo: insolvência do promitente-vendedor, eficácia real e tradição de coisa⁷⁴. Este art. surge, então, como uma exceção ao princípio geral plasmado no art. 102º, uma vez que retira ao AI a possibilidade de optar pelo cumprimento ou recusa do mesmo relativamente às promessas de contrato que cumpram os requisitos da norma presentemente em análise.

Este artigo é alvo de críticas por parte de alguma da doutrina portuguesa. BRANDÃO PROENÇA propõe a aplicação desde regime às promessas com eficácia real, mas sem *traditio rei*⁷⁵, sendo que PESTANA DE VASCONCELOS⁷⁶ é também crítico da solução constante deste preceito⁷⁷. No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO⁷⁸ não encontra razões que justifiquem a diferença de tratamento entre uma promessa de contrato com eficácia real com *traditio rei* e uma promessa, também com eficácia real, em que não tenha havido tradição de coisa. Mais além, o autor defende que o contrato-promessa com eficácia real não deveria, “em caso algum”, ser afetado pela declaração de insolvência, uma vez que, nestes casos, estamos perante um direito real de aquisição a favor do beneficiário da promessa.

GISELA CÉSAR, por outro lado, tem um entendimento diferente do autor, apontando que a “interpretação corretiva” defendida por MENEZES LEITÃO não parece ser admissível⁷⁹. Na ótica da autora, o legislador procedeu a uma restrição deliberada do âmbito de aplicação do nº1 do art. 106º do CIRE através da inclusão dos requisitos por nós já analisados, sendo que o regime que hoje encontramos é, de facto, mais rigoroso do que o regime que vigorava anteriormente, o que, nas palavras da autora, “denota clara

⁷⁴ Note-se que o art. 164º -A, nº2 do CPEREF não exigia este requisito último requisito

⁷⁵ 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, abril/junho, 2008, pp. 21-22.

⁷⁶ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência” in Cadernos de Direito Privado, nº33, janeiro/março, 2011, p.11.

⁷⁷ Embora, como note GISELA CÉSAR, ambos os autores concordem que o âmbito de aplicação deste artigo se restrinja aos contratos que cumpram os requisitos nele plasmados, CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.140.

⁷⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de, ob. cit., pp.193 e ss.

⁷⁹ Cfr. CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.141.

intenção do legislador em restringir os casos em que o AI é obrigado a cumprir o contrato-promessa”⁸⁰.

Neste sentido, a autora prossegue, referindo que o beneficiário de uma promessa dotada de eficácia real apenas tem o direito de exigir do promitente a celebração do contrato prometido, sendo que a ele não lhe assiste um direito real, mas sim um direito perante o promitente. Isto significa que, perante a declaração de insolvência do promitente, o promissário vai ser confrontado com a aplicação das normas insolvenciais (tal como os restantes credores do insolvente), pelo que o contrato-promessa com eficácia real, mas sem tradição de coisa será alvo do escrutínio por parte do AI, cabendo a este optar, ou não, pelo seu cumprimento.

Quanto a nós, e partilhando o entendimento dos autores referidos *supra*, vamos no sentido de considerar a solução constante do preceito algo rígida, especialmente se tivermos em conta o regime que vigorava anteriormente à entrada em vigor do CIRE⁸¹.

Fará agora sentido procedermos a uma análise sumária dos casos em que exista reserva de propriedade – art. 104º CIRE.

Ora, quando ao primeiro tipo de casos, o artigo 104º do CIRE estabelece uma diferenciação entre os casos em que o insolvente seja o vendedor ou o locador⁸² ou o comprador ou locatário⁸³ e consoante tenha havido, ou não, entrega de coisa. O nº1 do art. 104º⁸⁴ atribui ao comprador, no contrato de compra e venda com reserva de propriedade em que o vendedor seja o insolvente, o direito a exigir o cumprimento do contrato se a coisa já lhe tiver sido entregue na data da declaração da insolvência. Os casos em que a coisa não tenha sido entregue parecem cair no âmbito do regime geral do art. 102º do CIRE. Nos casos em que o insolvente seja o comprador e tenha havido entrega do bem, o nº3 do art. 104º estabelece que “o prazo fixado ao administrador da insolvência, nos termos do nº2 do artigo 102º, não pode esgotar-se antes de decorridos cinco dias sobre a data da assembleia de apreciação do relatório...”.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p.141.

⁸¹ Que, como vimos, não exigia a entrega da coisa ao promitente-comprador.

⁸² N.ºs. 1 e 2 do preceito.

⁸³ N.ºs. 3 e 4 do preceito.

⁸⁴ Constituinte, também ele, uma exceção à regra geral do artigo 102º, já por nós analisado.

Como será, agora, possível compreender, os regimes do nº1 do art. 106⁸⁵ e do nº1 do art. 104⁸⁶ pressupõem a entrega da coisa ao promitente-comprador ou ao comprador (consoante estejamos no âmbito do art. 106º ou do art. 104º, respetivamente). Para além disso, quer o contrato-promessa com eficácia real quer o contrato de compra e venda com reserva de propriedade tiram ao AI a possibilidade de optar pela recusa de cumprimento. No entanto, e como temos vindo a analisar, no caso do contrato-promessa, para além da entrega de coisa, exige-se o registo da eficácia real do mesmo. Como aponta CATARINA SERRA, isto deve-se “à circunstância de não estar ainda em causa o contrato apto a produzir a transmissão do direito sobre a coisa que foi objeto de tradição – de estar em causa a mera promessa deste contrato”⁸⁷

Quando o AI esteja obrigado a cumprir o contrato-promessa (pelo facto de o mesmo preencher os requisitos do nº1 do art. 106º) mas não o faça, o promitente-comprador pode servir-se do mecanismo da execução específica, prevista no art. 830º do CC ou proceder à resolução do contrato⁸⁸, sendo que, caso tenha havido lugar a prestação de sinal, tem direito à restituição do sinal em dobro ou à indemnização correspondente ao aumento do valor da coisa⁸⁹, considerando-se, para tal, que a recusa de cumprimento por parte do administrador constitui um ato ilícito e culposo, já que este se encontrava legalmente obrigado a celebrar o contrato prometido⁹⁰.

Nº2 do artigo 106º do CIRE – Casos de recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência

“À recusa de cumprimento do contrato-promessa de compra e venda pelo administrador da insolvência é aplicável o disposto no nº5 do artigo 104º, com as

⁸⁵ Relativo ao contrato-promessa com eficácia real.

⁸⁶ Relativo à compra e venda com reserva de propriedade.

⁸⁷ SERRA, Catarina, “O valor do registo provisório da aquisição na insolvência do promitente-vendedor”, Anotação ao Ac. do STJ de 12/05/2011 (Proc. 5151/2006), in Cadernos de Direito Privado, nº 38 abril/junho, 2012, p.61.

⁸⁸ Cujo regime se encontra nos artigos 432º ss. do CC.

⁸⁹ Cfr. art. 442º, nº2 do CC.

⁹⁰ Este crédito indemnizatório constitui um crédito sobre a massa, pelo disposto no art. 51º, nº1, al. e) do CIRE.

necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor.”

Nº2 do artigo 106º do CIRE

Como refere GISELA CÉSAR⁹¹, a leitura dos nºs. 1 e 2 do art. 106º e do nº1 do art. 102º parece indicar que este último preceito é aplicável a todas as modalidades do contrato-promessa cujo conteúdo não recaia no âmbito de aplicação do nº1 do art. 106º (cujos requisitos já analisámos). Nas palavras da autora, o nº1 do artigo 102º é aplicável “a todos os contratos-promessa em que o insolvente é o promitente-comprador (com ou sem eficácia real e com ou sem *traditio*) e, tratando-se da insolvência do promitente-vendedor, a todos os contratos-promessa com eficácia obrigacional (com ou sem *traditio*) e aos contratos-promessa com eficácia real, mas sem *traditio*”^{92 93}.

Voltando ao preceito em análise, verificamos que o mesmo estabelece uma remissão para o regime constante do nº5 do art. 104º⁹⁴, que, por sua vez, remete para o regime do art. 102º, pelo que significa que o contrato-promessa cujo conteúdo recaia no âmbito de aplicação do nº2 do art. 106º ficará suspenso até o AI da insolvência optar pelo cumprimento ou pela recusa do mesmo.

Da mesma forma, também já verificámos que esta suspensão não constitui um caso de incumprimento contratual, uma vez que, com a declaração de insolvência, o insolvente deixa de ter poder para finalizar qualquer negócio que àquela data ainda se encontre em curso e cujo cumprimento ainda seja material e juridicamente possível. Isto parece significar, à partida, que a contraparte do insolvente não poderá recorrer à execução específica para obter o cumprimento coativo da prestação em falta. PESTANA DE VASCONCELOS⁹⁵ sustenta que, caso uma ação cujo pedido tenha por base a execução específica da prestação em falta tenha já sido instaurada no caso de incumprimento

⁹¹ Cfr. CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.148.

⁹² CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.148.

⁹³ Apesar desta ser a posição dominante na doutrina portuguesa, MENEZES LEITÃO tem, como já vimos, um entendimento diferente, cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de, ob. cit., pp. 193 e ss.

⁹⁴ Estabelece este preceito: “Os efeitos da recusa de cumprimento pelo administrador, quando admissível, são os previstos no n.º 3 do artigo 102.º, entendendo-se que o direito consignado na respectiva alínea c) tem por objecto o pagamento, como crédito sobre a insolvência, da diferença, se positiva, entre o montante das prestações ou rendas previstas até final do contrato, actualizadas para a data da declaração de insolvência por aplicação do estabelecido no n.º 2 do artigo 91.º, e o valor da coisa na data da recusa, se a outra parte for o vendedor ou locador, ou da diferença, se positiva, entre este último valor e aquele montante, caso ela seja o comprador ou o locatário.”

⁹⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, ob. cit., p.62.

temporário, esta não deve ter seguimento, já que o AI tem a possibilidade de recusar o cumprimento do contrato.

Em sentido diferente, BRANDÃO PROENÇA crê que, caso uma ação de execução específica fosse intentada e registada antes da declaração de insolvência do promitente-vendedor, esta deveria ter de ser respeitada pelo administrador da insolvência.⁹⁶ Esta parece-nos, de facto, a solução que melhor acautela os interesses e expectativas do promitente-comprador.

Os efeitos da recusa de cumprimento

Os efeitos que a recusa de cumprimento produz no contrato-promessa vão ser distintos consoante tenha havido, ou não, prestação de sinal. O primeiro caso, por se tratar do tema central do nosso estudo, será analisado, em detalhe, nas próximas páginas, quando abordarmos os efeitos da recusa de cumprimento no caso de insolvência do promitente-vendedor e a natureza do crédito indemnizatório. Por agora, diga-se, apenas, que enquanto PESTAVA VASCONCELOS⁹⁷ e GRAVATO MORAIS⁹⁸ sugerem uma interpretação restritiva do nº2 do artigo 106º, por forma a limitar o seu âmbito de aplicação às promessas não sinalizadas, valendo, para as promessas sinalizadas, o regime geral do nº2 do art. 442º do CC, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA e CATARINA SERRA⁹⁹, bem como SOVERAL MARTINS¹⁰⁰ rejeitam a aplicação das normas de natureza civilística ao contrato-promessa cujo cumprimento foi recusado (licitamente)

⁹⁶ Isto no sentido de proteger o interesse do promitente-comprador, uma vez que se este optar pela execução específica e não pela resolução do contrato, terá que ficar dependente da decisão do administrador da insolvência quanto ao cumprimento do mesmo e, no caso de este optar pela recusa, a indemnização a que terá direito será menos substancial do que a indemnização que o nº2 do artigo 442 do CC confere, PROENÇA, José Carlos Brandão, ob. cit., p.21. Note-se que GISELA CÉSAR não partilha da mesma opinião do autor, considerando que “tal consubstanciaria uma desvirtuação do regime da insolvência”, cfr. CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.151.

⁹⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência, ob. cit., p.12ss.

⁹⁸ MORAIS, Fernando de Gravato, “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição de coisa e insolvência do promitente-vendedor”, in Cadernos de Direito Privado, nº29 janeiro/março, 2010, p.9.

⁹⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., p. 441.

¹⁰⁰ MARTINS, Alexandre de Soveral, Um curso de Direito da Insolvência, Reimpressão da 2.ª Edição Revista e Atualizada, 2017, p. 190-195.

pelo administrador AI, considerando que estes casos caem no âmbito dos artigos que temos vindo a analisar.¹⁰¹

Ora, por outro lado, não tendo havido lugar a prestação de sinal, e tendo o administrador da insolvência optado pela recusa do cumprimento do contrato, parece ser clara a aplicação do regime do nº5 do artigo 104^o¹⁰², por remissão do nº2 do artigo 106^o.

Por sua vez, o direito de crédito atribuído pelo nº3 do artigo 102^o, como verificámos anteriormente, equivale à atribuição de um direito à restituição em valor do que já tenha sido prestado pelo credor, sendo que este tem direito à diferença, se positiva, entre as prestações devidas, acrescidas ou deduzidas (consoante os casos) da diferença de valor entre as prestações já realizadas. Isto significa que, nas palavras de GISELA CÉSAR “se a contraparte do insolvente for o promitente-vendedor, aquele direito de crédito corresponderá à diferença, se positiva, entre o preço da venda atualizado para a data da declaração de insolvência e o valor da coisa objeto do contrato prometido na data de recusa do cumprimento do contrato-promessa ou, se a contraparte for o promitente comprador, corresponderá à diferença, se positiva, entre este último valor e o primeiro”¹⁰³.

Insolvência do promitente-comprador

Agora, e quanto ao caso particular de recusa de cumprimento, por parte do administrador, do contrato-promessa em que o insolvente seja o promitente-comprador, PESTANA VASCONCELOS¹⁰⁴ defende a limitação das indemnizações concedidas pelos artigos 104^o, nº5 e 102^o, nº3, alínea d) aos casos em que não tenha havido prestação de sinal. O autor afirma que o promitente-vendedor tem a possibilidade de fazer seu o sinal recebido, não tendo que o restituir (por aplicação do nº3 do artigo 102^o) e não tendo direito a qualquer outra indemnização (aplicando-se o regime do nº4 do artigo 442^o do CC), uma vez que o autor considera que o promitente-vendedor não pode ficar, após a

¹⁰¹ Cfr. arts. 106^o, nº2, 104^o, nº5 e 102^o, nº2.

¹⁰² Lembre-se que este preceito foi transcrito na nota 116, p. 26.

¹⁰³ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.162.

¹⁰⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, Ob. Cit., p.64.

declaração de insolvência, numa situação melhor do que aquela que se verificaria se a insolvência da outra parte não tivesse ocorrido¹⁰⁵.

Por outro lado, GISELA CÉSAR¹⁰⁶ nota que o “sinal prestado pelo promitente-comprador insolvente não pode ser equiparado ao cumprimento parcial da prestação acordada para efeitos da aplicação da al. a) do nº3 do artigo 102º”, sendo que esta determina que nenhuma das partes tem direito à restituição (em espécie, como vimos) do que prestou. Ora, a autora refere ainda que a prestação de sinal consubstancia uma prestação de coisa¹⁰⁷ cuja principal função é estabelecer as consequências do incumprimento, pelo que o a alínea a) do nº2 do artigo 103º apenas pode ser aplicada às prestações realizadas como cumprimento^{108 109}, sendo que o promitente-vendedor não tem, então, o direito de fazer seu o sinal recebido. Isto significa, por sua vez, que o administrador tem o poder (e dever) de exigir ao promitente-vendedor a restituição que o promitente-comprador tiver prestado¹¹⁰.

Quanto a nós, se por um lado reconhecemos o mérito do entendimento da autora, consideramos, por outro, que o entendimento de PESTANA DE VASCONCELOS parece ser o mais adequado, uma vez que, e como aponta o autor, o promitente-vendedor não poderá ficar, após a declaração de insolvência do promitente-comprador, numa situação mais vantajosa do que aquela em que se encontraria se a insolvência não tivesse ocorrido¹¹¹.

Já no caso de ter havido tradição de coisa para o promitente-comprador, o promitente vendedor (que é proprietário, embora já não tenha a posse da coisa) poderá, no entendimento de PESTANA VASCONCELOS¹¹² e MENEZES LEITÃO¹¹³ intentar

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p.63.

¹⁰⁶ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.164.

¹⁰⁷ Nas palavras de ANTUNES VARELA, tem carácter de sinal “a coisa (dinheiro ou coisa fungível ou não fungível) que um dos contraentes entrega ao outro, no momento da celebração do contrato ou em momento posterior, como prova da seriedade do seu propósito negocial e garantia do seu cumprimento, ou como antecipação da indemnização devida ao outro contraente, na hipótese de o autor do sinal se arrepender do negócio e voltar atrás, podendo a coisa entregue coincidir (no seu todo ou em parte) ou não com o objeto da prestação devida *ex contractu*.”, VARELA, João de Matos Antunes, ob. cit., pp. 311-312.

¹⁰⁸ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.164-165.

¹⁰⁹ Note-se que, no entanto, a autora considera que nos casos em que exista cumprimento do contrato, a coisa entregue a título de sinal deve ser imputada na prestação devida, *Idem, Ibidem*, p. 165.

¹¹⁰ Aquele terá direito à indemnização atribuída pelos arts. 102, nº3, al. a) e 104º, nº5.

¹¹¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, *Ob. Cit.*, p.63.

¹¹² VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência, ob. cit., p.13.

¹¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de, ob. cit., p.193 e ss.

uma ação para a restituição e separação de bens, prevista na alínea a) do artigo 141º do CIRE, uma vez que o bem em causa não integra a massa insolvente.

Insolvência do promitente-vendedor e direito de retenção

No que concerne aos efeitos da recusa de cumprimento de promessa sinalizada por parte do administrador no caso de insolvência do promitente-vendedor, analisaremos os casos em que tenha havido lugar a *traditio rei* e o regime do direito de retenção que possa, eventualmente, existir a favor do promitente-comprador.

A este respeito, a alínea f) do nº1 do artigo 755º do CC¹¹⁴ atribui o direito de retenção ao “beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442º”. Como já tivemos a oportunidade de constatar, o nº2 do artigo 442º do CC atribui à outra parte, no caso de não cumprimento imputável ao promitente-vendedor, o crédito correspondente restituição do sinal em dobro ou o crédito correspondente ao aumento do valor da coisa, caso tenha havido lugar a entrega da mesma. Note-se que MENEZES LEITÃO¹¹⁵ defende, a este propósito, uma interpretação restritiva na alínea f) do nº1 do artigo 755º, considerando que o direito de retenção apenas pode ser exercido em relação ao direito ao aumento do valor da coisa.

Ora, quanto ao direito de retenção em geral¹¹⁶, este atribui ao seu titular o direito de reter a coisa que foi objeto de tradição enquanto a outra parte não cumprir a obrigação que a esta diz respeito. O artigo 758º¹¹⁷ atribui ao titular do direito de retenção os mesmos direitos e obrigações a que está sujeito o credor pignoratício, enquanto que o artigo 759º¹¹⁸ confere àquele a possibilidade de executar a coisa retida nos mesmos termos em que o

¹¹⁴ Sob a epígrafe “Casos especiais”.

¹¹⁵ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Volume I, Introdução; Da Constituição das Obrigações, 15ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 240 e ss.

¹¹⁶ Cujo regime se encontra consagrado no artigo 754º e ss. do CC.

¹¹⁷ Sob a epígrafe “Retenção de coisas móveis”.

¹¹⁸ Sob a epígrafe “Retenção de coisas imóveis”.

pode fazer o credor hipotecário (sendo que será também pago com preferência aos demais credores do devedor).

Como nota GISELA CÉSAR, a atribuição do direito de retenção depende da verificação de três requisitos: “detenção lícita de uma coisa que deve ser entregue a outrem; ser o detentor/devedor da entrega da coisa simultaneamente credor da pessoa com direito à entrega; e o crédito do detentor estar diretamente conexionado com a coisa detida, resultando de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados.”¹¹⁹ A autora aponta também duas “características excepcionais” do direito de retenção¹²⁰: em primeiro lugar, aquela que é conferida pelo nº2 do artigo 759º do CC, que estabelece que o direito da retenção tem prevalência sobre quaisquer hipotecas que possam existir sobre a coisa, mesmo que registadas anteriormente; em segundo lugar, e seguindo a linha de pensamento de ADRIANO VAZ SERRA¹²¹, a autora considera que o direito de retenção não se encontra sujeito a registo, encontrando a sua publicidade no próprio facto de retenção, sendo que, mesmo assim sendo, o direito de retenção não deixa de ser oponível a terceiros, uma vez que o contrário resultaria no esvaziamento do conteúdo útil desta garantia.

Voltado ao caso particular da alínea f) do nº1 do artigo 755º, este preceito requer a verificação de determinados requisitos para que o promitente-transmissário possa usufruir deste direito de retenção. Em primeiro lugar, e embora pareça óbvio logo à partida, esta norma pressupõe a existência de uma “promessa de transmissão ou de constituição de direito real” sobre a coisa que se pretende transmitir. Em segundo lugar, tem de ter havido “tradição da coisa a que se refere o contrato prometido”. Por último, o beneficiário da promessa terá de ser titular de um crédito indemnizatório “resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442º”¹²².

Nas palavras de GISELA CÉSAR, o legislador pretendeu, com a previsão deste direito de garantia a favor do promitente-transmissário, “em nome da defesa do

¹¹⁹ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.168.

¹²⁰ Idem, Ibidem, p. 168.

¹²¹ SERRA, Adriano Vaz, “Direito de Retenção”, Boletim do Ministério da Justiça, nº65, 1957, pp.103 ss., *apud* CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.168, nota 486.

¹²² Note-se também que, e no que toca à remissão operada pelo próprio preceito, MENEZES LEITÃO considera que a existência de sinal constitui, igualmente, um requisito para a aplicação da garantia consagrada na alínea f) do nº1 do artigo 755º do CC, Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, ob. cit., pp. 240 e ss.

consumidor, desmotivar o incumprimento dos contratos-promessa, por parte dos promitentes-vendedores, com intuitos meramente especulativos”¹²³.

Agora, e num sentido diferente, a autora faz notar que o preceito em análise foi alvo de críticas por parte da nossa doutrina¹²⁴. Não nos cabendo, no presente trabalho, efetuar uma análise exaustiva e detalhada das críticas apontadas a este regime, julgamos ser pertinente (e, até, necessário) mencionar, pelo menos, as mais relevantes.

Em primeiro lugar, parte da doutrina tece críticas à situação de desequilíbrio que surge com a aplicação do nº2 do artigo 759º à situação do promitente-comprador que obteve a tradição da coisa, especialmente quando se estabelece uma comparação entre a posição daí resultante, com a posição do credor hipotecário.

Analisemos, nesse sentido, a prevalência do direito de retenção sobre qualquer hipoteca (ainda que registada anteriormente) que assiste ao promitente-comprador quando tenha obtido a tradição da coisa objeto do contrato prometido. Neste âmbito, o legislador toma como ponto de partida a “promessa de venda de edifícios ou de frações autónomas destes, sobretudo destinados a habitação, por empresas construtoras, que, via de regra, recorrem a empréstimos, máxime tomados de instituições de crédito.”¹²⁵ O legislador refere ainda que, no conflito entre o direito de retenção do promitente-comprador de promessa de transmissão (ou constituição de direito real) que obteve tradição de coisa e o direito do credor hipotecário, “afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do 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.”¹²⁶

Ora, acontece que o ponto de partida utilizado pelo legislador para a atribuição de preferência ao direito de retenção sobre a hipoteca não é aceite por toda a doutrina. Neste sentido, PEDRO SAMEIRO nota que o legislador “não se apercebeu de que a relação por

¹²³ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.171.

¹²⁴ Idem, ibidem, pp. 171-172.

¹²⁵ 4º parágrafo do 4º ponto do Preâmbulo do Decreto-Lei nº379/86, de 11 de novembro.

¹²⁶ 5º parágrafo do 4º ponto do mesmo diploma.

ele concebida como tendo como intervenientes uma empresa construtora, um particular adquirente e uma instituição de crédito financiadora, poderia estabelecer-se com outras qualidades de pessoas (...) O credor hipotecário pode também ser um particular, que não tem meios especialmente organizados para vigiar as dificuldades e solvência do devedor.”¹²⁷

Há quem afirme, por outro lado, que este regime é algo propenso a situações de fraude à lei, constituindo uma porta aberta para a simulação de contratos-promessa quando o promitente se aperceber de que não vai conseguir cumprir as suas obrigações¹²⁸.

Para terminar, alguns autores têm entendido que o regime que temos vindo a analisar veio fragilizar o próprio regime da garantia hipotecária. Como vimos, o crédito garantido pelo direito de retenção consubstancia-se na restituição em dobro do que foi prestado, ou, em caso de ter havido tradição da coisa objeto do contrato prometido, o valor que a mesma (ou o direito a transmitir ou constituir sobre ela) tiver no momento do incumprimento, com a dedução do preço convencionado. Acontece que, na maioria dos casos, estes valores são consideravelmente elevados, pelo que pode acontecer que o credor hipotecário não seja reembolsado, se o executado não tiver património ativo suficiente para esse efeito.

GISELA CÉSAR critica, de igual forma, a prevalência que esta norma tem sobre a hipoteca, considerando-a como “muito contestável, não se encontrando, atualmente, motivos suficientemente fortes que justifiquem a sua manutenção, impondo-se, por isso, que o legislador proceda às correspondentes alterações no regime do sinal e do direito de retenção, eliminando a prevalência deste sobre a hipoteca, no caso da promessa com tradição de coisa, ou, pelo menos, que o legislador estabeleça o registo da mera posse, passando o direito de retenção a preferir à hipoteca apenas na hipótese desta ser registada anteriormente”¹²⁹.

¹²⁷ SAMEIRO, Pedro, “O direito de retenção e a situação do credor hipotecário”, in Revista da Banca, n.º 26 abril/junho, 1993, p. 90.

¹²⁸ Veja-se: através da celebração (simulada) de um contrato-promessa com *traditio* com um terceiro, o promitente-vendedor pode utilizar o regime do nº2 do artigo 759º a seu favor, já que a norma determina a prevalência do direito de retenção do promitente-comprador qualquer credor hipotecário, esvaziando, assim, a garantia hipotecária que assiste a este último.

¹²⁹ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p.173.

A nosso ver, a existência do direito de retenção encontra-se, ainda hoje, justificada, isto nos casos em que o promitente-comprador é um consumidor. Note-se que, como vimos *supra*, a norma que introduziu este direito foi especificamente pensada para proteger o consumidor, cujos direitos são, inclusivamente, alvo de tutela constitucional¹³⁰. Nas palavras de PESTANA DE VASCONCELOS, “[f]oi para ele [consumidor] que se criou este mecanismo de tutela. O que bem se compreende: é o consumidor, promitente-comprador de edifício ou fração autónoma dele, que é a parte mais débil (debilidade que se traduz, em regra, numa falta de preparação e de conhecimentos) e que a lei precisa de proteger”¹³¹. Quanto à prevalência de que esta garantia goza sobre a hipoteca, consideramos, no sentido do que foi dito, ser essa a única forma de acautelar devidamente os interesses e a posição do promitente-comprador.

A natureza do crédito indemnizatório (análise doutrinal e jurisprudencial)

Como já tivemos a oportunidade de referir, a doutrina divide-se no que respeita aos efeitos da recusa de cumprimento, por parte do administrador da insolvência, de contrato-promessa sinalizado, com *traditio rei*, em caso de insolvência do promitente-vendedor, surgindo, nesse sentido, duas teses distintas quanto aos mesmos: por um lado, encontramos autores que defendem uma interpretação restritiva do nº2 do artigo 106º do CIRE e a aplicação do nº2 do artigo 442º do CC¹³²; por outro, há quem defenda a aplicação das regras insolvenciais constantes dos artigos 102º, nº3, 104º, nº5 e 106º, nº2

¹³⁰ Cfr. art. 60º da Constituição da República Portuguesa.

¹³¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, ob. cit., p.8.

¹³² hipótese defendida por GRAVATO MORAIS e por PESTANA DE VASCONCELOS; o primeiro autor defende uma interpretação restrita do nº2 do art. 106º, de modo a que este apenas se aplique às promessas não sinalizadas, sendo que as promessas sinalizadas cairão no âmbito do nº2 do art. 442º do CC, que será aplicado de forma direta à recusa de cumprimento do contrato-promessa sinalizado, o qual será, por sua vez, e em virtude da imputabilidade reflexa (que consiste na imputação da extinção do contrato que resulta da recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência ao insolvente que se colocou em situação de não poder cumprir as suas obrigações), imputável ao insolvente, cfr. MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., pp. 7-10; o segundo, considerando que a recusa de cumprimento, por parte do administrador da insolvência, de contrato-promessa sinalizado não cabe no âmbito de aplicação do nº2 do art. 106º e não existindo norma que regule estes casos, considera que estamos, portanto, perante uma “lacuna teológica”, pelo que a solução passa pela aplicação do regime dos nºs 2 e 4 do art. 442º do CC, através do recurso à analogia, cfr. VASCONCELOS, ob. cit., p.13-19.

(devidamente interpretadas), recusando, simultaneamente, a aplicação do regime civilista¹³³.

Neste seguimento, surgem, portanto, duas posições conflitantes no que diz respeito à qualificação do crédito indemnizatório: por um lado, os autores que defendem a aplicação do nº2 do artigo 422º do CC afirmam que este é um crédito sobre a insolvência de natureza garantida, aplicando-se, portanto, o direito de retenção conferido pela alínea f) do artigo 755º do CC; por outro, os autores que defendem a aplicação do nº5 do artigo 104º qualificam este crédito como um crédito (também) sobre a insolvência, mas de natureza comum, calculado, portanto, através da diferença de valor entre as prestações.

Crédito sobre a insolvência de natureza garantida (pelo direito de retenção da alínea f) do nº1 do artigo 755º do CC)

Para FERNANDO DE GRAVATO MORAIS¹³⁴, o direito de crédito que assiste ao promitente-comprador em caso de recusa de cumprimento, por parte do administrador

¹³³ Tese defendida por NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA E CATARINA SERRA. Entre os vários argumentos apontados pelos autores para recusar a aplicação dos nºs. 2 e 4 do art. 442º do CC a estes casos, está o regime do art. 119º do CIRE, que estabelece a imperatividade dos artigos 102º a 118º. O nº2 do preceito determina, também, a nulidade de qualquer cláusula que confira à contraparte do insolvente um direito de indemnização em termos diversos daqueles que se encontram previstos naquelas disposições. Os autores consideram, então, que a solução passará pela aplicação do nº5 do art. 104º, por remissão do nº2 do art. 106º. No entanto, aquele preceito não estabelece as consequências indemnizatórias para os casos em que tenha havido tradição de coisa a título de sinal. Estamos, portanto, na ótica dos autores, perante uma lacuna, que poderá, não obstante, ser colmatada através do recuso à al. c) do nº3 do art. 102º, que atribui, à contraparte do insolvente, o direito à diferença, (no caso de esta ser positiva), entre o valor de duas prestações – uma corresponde ao valor do objeto sob o qual versa o contrato prometido na data da recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência e a outra corresponde ao montante do preço convencionado, atualizado para a data da declaração de insolvência, acrescido do sinal em singelo, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., pp. 411-430; Será também oportuno referir que NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA afirma que a restituição do sinal em singelo é garantida pelo princípio geral do enriquecimento se causa (elencado no art. 473º do CC). O autor afirma que a al. c) do nº3 do art. 102º não poderá ser aplicada ao sinal prestado, pelo que o nº2 do art. 106º e, consequentemente, o nº5 do art. 104º também não poderão ser aplicados ao sinal, pelo que a solução poderá passar pela aplicação do nº1 do art. 473º do CC, que estabelece que quem tiver enriquecido à custa de outrem, sem causa justificativa, terá de restituir o que foi obtido. Ora, a recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência do promitente-vendedor faz com que o sinal que foi prestado pelo promitente-comprador constitua uma coisa prestada “por virtude de uma causa que deixou de existir” – nº2 do art. 473º do CC, pelo que, segundo o autor, a conjugação deste preceito com o artigo 478º do CC (Sob a epígrafe “Cumprimento de obrigação alheia na convicção de estar obrigado a cumpri-la”) constituiu uma obrigação de restituição do sinal para a massa insolvente, cfr. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “A qualificação do crédito resultante da não execução do contrato-promessa”, in III Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 411-430.

¹³⁴ MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., pp.10-11.

da insolvência do promitente-vendedor, de promessa em que tenha havido *traditio*, beneficia do direito de retenção concedido pela alínea f) do nº 1 do art. 755º. O autor, admitindo a verificação dos dois primeiros pressupostos deste preceito¹³⁵, considera estar também cumprido o requisito da imputabilidade do não cumprimento à outra parte, adotando a tese da imputabilidade reflexa consagrada em vários acórdãos proferidos pelos tribunais superiores. Vejamos, de seguida, os mais relevantes.

O sumário do Ac. do STJ de 22/02/2011¹³⁶, desde logo, que “os contratos-promessa de compra e venda, quer com eficácia real, quer com eficácia obrigacional, em que tenha havida tradição da coisa, conferem ao promitente-comprador direito de retenção sobre as frações do objeto do contrato prometido”. Mais adiante, é feita uma remissão para o Ac. do STJ de 19/09/2006¹³⁷ onde se refere que “essa extinção do contrato é, sem qualquer dúvida, imputável ao falido que se colocou não situação de não poder satisfazer pontualmente as suas obrigações”, concluindo-se que “a ideia de imputabilidade deve ser entendida, em sede de insolvência, no sentido de “ter dado causa”, “ter motivado”.

O Ac. de TRP de 26/05/2011¹³⁸ aponta no mesmo sentido que o acórdão anterior, concluindo-se que “em processo de insolvência, o indispensável incumprimento definitivo do contrato-promessa pelo promitente-vendedor para que o direito de retenção possa ser exercido pelo promitente-comprador sobre o crédito emergente do art.º 442º, nº 2, do Código Civil, resulta de uma imputabilidade reflexa, no sentido de “ter dado causa”, de “ter motivado” (o insolvente coloca-se numa situação de impossibilidade de satisfação pontual das suas obrigações)”, atribuindo-se, deste modo, ao promitente-comprador, o direito de retenção da alínea f) do nº1 do artigo 755º no que respeita aos contratos-promessa “quer com eficácia real, quer com eficácia obrigacional, em que tenha havido tradição da coisa (...) A única diferença é que, por força do art.º 106º, nº 1, do CIRE, no caso de insolvência do promitente-vendedor o cumprimento não pode ser recusado se o contrato-promessa tiver eficácia real.”

¹³⁵ Recorde-se, a existência de um contrato-promessa de compra e venda e a tradição da coisa objeto desse contrato.

¹³⁶ Processo nº 1548/06.9TBEPs-D.G1.S1.

¹³⁷ Proferido ainda durante a vigência do CPEREF.

¹³⁸ Processo nº 31/10.2TBAMM-B.PI.

Agora, e num sentido algo diferente, PESTANA DE VACONCELOS¹³⁹, considera que a al. f) do n°1 do art. 755° se destina a proteger o consumidor, pelo que o preceito deveria ser interpretado de forma (restritiva) a só beneficiar o promitente-comprador quando fosse um consumidor.

No entanto, acontece que, no entendimento do autor, este direito de retenção apenas parece ser aplicável quando fora do processo de insolvência, já que o não cumprimento que lhe serve de pressuposto tem de ser imputável à outra parte (sendo que, nestes casos, quem recusa o cumprimento não é o promitente-vendedor, mas sim o administrador da sua insolvência)¹⁴⁰. Ora, isto significa, na ótica do autor, que estamos perante uma lacuna, que pode ser colmatada através da atribuição do direito de retenção da al. f) do n°1 do art. 755° ao promitente-comprador que se tenha deparado com a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência do promitente-vendedor. O autor defende a atribuição deste direito ao promitente-comprador no âmbito do processo de insolvência pois considera que, se se considerar aquele um credor comum, “está-se a coloca-lo naquela classe de credores que só é satisfeita depois de todas as outras (à exceção dos credores subordinados) e que suporta na generalidade dos casos de forma isolada quase todos os sacrifícios decorrentes da declaração de insolvência”¹⁴¹, o que resultaria numa carência de tutela do promitente-comprador nos casos de recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência do promitente-vendedor¹⁴².

Crédito sobre a insolvência de natureza comum

Numa direção substancialmente distinta da corrente que acabámos de analisar, vários autores defendem que o crédito indemnizatório (sobre a insolvência) que assiste

¹³⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência, ob. cit., p. 20 e ss.

¹⁴⁰ Idem, Ibidem, p. 25.

¹⁴¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de retenção, *par conditio creditorum*, justiça material” in Cadernos de Direito Privado, n°41 janeiro/março, 2013, p. 13.

¹⁴² Note-se, também, que o autor considera que esta solução não conflitua com o regime do artigo 119° do CIRE, já que não afasta a aplicação das normas anteriores. Além disso, o autor afirma que esta mesma solução é alcançada através da interpretação do artigo 106°, pois este preceito não abrange as promessas sinalizadas – a regulamentação destas últimas resulta do recuso à analogia, cfr. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, ob. cit., p.73.

ao promitente-comprador é um crédito de natureza comum, não beneficiando, por isso, do direito de retenção consagrado na alínea f) do nº1 do art. 755º.

Neste sentido, NUNO MANUEL PINTO OLIVERIA e CATARINA SERRA apontam que, mesmo na hipótese de existir direito ao recebimento do sobro do sinal (como resulta a aplicação do nº2 do art. 442º), “continuará a não existir direito de retenção: o não cumprimento continuará a não ser ‘*imputável à contraparte*’. A causa do incumprimento do contrato-promessa é a recusa do administrador da insolvência – que não só não é um facto *suscetível de imputação ao promitente-vendedor* – de ‘imputação unilateral pela culpa’ – como nem tão pouco um ato *do promitente-vendedor*”¹⁴³.

Note-se também que LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA afirmam que, se antes da declaração da insolvência já existir incumprimento do contrato, então o direito de retenção encontra-se consolidado, não sendo, portanto, alterado pela sentença. Pelo contrário, se a situação de incumprimento não se verificar já antes da declaração de insolvência, “falta, realmente, um pressuposto de sustentação do direito, visto que o exercício da faculdade conferida pelo art. 102º não se configura como incumprimento do contrato”¹⁴⁴.

Será também relevante perceber se, como nota GISELA CÉSAR, a restituição do sinal em singelo “será, tal como o direito à indemnização *stricto sensu*, uma dívida da insolvência ou, ao invés, uma dívida da massa”¹⁴⁵. A autora avança, então, as posições de ANA PRATA, RUI MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES e SOVERAL MARTINS, que consideram que este crédito é um crédito sobre a insolvência¹⁴⁶. De modo diferente, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA considera que o direito à indemnização e o direito à restituição do sinal têm fundamentos diferentes, sendo que, enquanto o direito à indemnização encontra os seus alicerces nos arts. 106º, nº2 e 102º, nº3, al. c), o direito à restituição do sinal encontra fundamento no art. 473º do CC. Isto significa, na visão do

¹⁴³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, ob. cit., p. 441.

¹⁴⁴ FERNANDES, Luís Carvalho/ LABAREDA, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, ob. cit., p. 497, nota 7.

¹⁴⁵ CÉSAR, Gisela, ob. cit., p. 195.

¹⁴⁶ ANA PRATA, RUI MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES entendem que as remissões do nº 2 do artigo 106º para o nº5 do artigo 104º e deste para a al. c) do nº3 do art. 102º determinam esta natureza do crédito, cfr. PRATA, Ana/CARVALHO, José Morais/SIMÕES, Rui, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Coimbra, Almedina, 2013, p. 320. SOVERAL MARTINS não faz distinção entre o crédito indemnizatório e o direito à restituição do sinal, sendo que o valor apurado através da aplicação do nº5 do artigo 104º constitui um crédito sobre a insolvência, MARTINS, Alexandre de Soveral, Um curso de Direito da Insolvência, ob. cit., p.192.

autor, que enquanto o primeiro se apresenta, de facto, como um crédito sobre a insolvência, o segundo já constitui uma dívida da massa, uma vez que o art. 51º, nº1, al. i) estabelece que as dívidas que resultem num enriquecimento sem causa da massa insolvente são dívidas da massa¹⁴⁷.

No que toca ao entendimento jurisprudencial, o Ac. do STJ de 14/06/2011¹⁴⁸ vem rejeitar a tese da imputabilidade reflexa defendida nos acórdãos analisados no ponto anterior, negando, conseqüentemente, a aplicação da al. f) do nº1 do art. 755º. Neste acórdão, postula-se o seguinte: “O administrador da insolvência, a quem é dada pela lei a faculdade de cumprir ou não o contrato em curso, aquando da declaração de insolvência, não é parte no contrato estabelecido entre o promitente-comprador e o promitente-vendedor e também não representa qualquer deles, mas apenas os interesses dos credores do insolvente. Por outro lado, o cumprir ou não o contrato radica num poder potestativo conferido pela lei insolvencial, não se podendo considerar que não cumprindo age com culpa e, sequer, que age com culpa presumida, art. 799º, nº1, do CC, optando por não cumprir. Considerar que quem não cumpre é o promitente-devedor que caiu na situação de insolvência pode ser temerário como regra geral, basta pensar nos casos em que a insolvência foi fortuita; por outro lado, estabelecer um nexo remoto de incumprimento baseado na culpa do insolvente para a transpor para o administrador, parece-nos não ter qualquer apoio na lei.”

Conclui-se, então, que “a recusa do administrador da insolvência em executar um contrato promessa de compra de venda em curso, em que era promitente-vendedor o ora insolvente, não exprime incumprimento de tal contrato mas “reconfiguração da relação”, tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo aplicável o conceito do art. 442º, nº2, do Código Civil – “incumprimento imputável a uma das partes” – que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa – (neste caso ficionando que a parte que incumpre seria o administrador da insolvência na veste do promitente ora insolvente, ou em representação dele), pelo que não tem o promitente-comprador direito ao dobro do sinal, até por força do regime imperativo do art. 119º do

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “A qualificação do crédito resultante da não execução de contrato-promessa, in III Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2015, p. 126

¹⁴⁸ processo nº 6132/08.0TBRRG-J.G1.S1.

CIRE e, por isso, também não goza do direito de retenção, nos termos do art. 755º, nº1, f) do Código Civil.”¹⁴⁹ ¹⁵⁰

Quanto a nós, respeitando e tomando nota dos entendimentos que apontam em sentidos diferentes, seguimos a linha de pensamento de PESTANA VASCONCELOS, no sentido de considerar, como já fizemos questão de referir a propósito do direito de retenção, que esta garantia conferida pelo legislador ao promitente-comprador se trata de uma norma material de proteção do consumidor, pelo que se encontra constitucionalmente tutelada. Não nos parece aceitável que o não cumprimento do contrato seja imputável ao insolvente, isto porque o mesmo surge em sequência de um ato lícito levado a cabo pelo AI no exercício das suas funções. Além do mais, isto levaria a crer que a situação de insolvência resulta sempre de uma atuação culposa por parte do insolvente. A retirada de tal norma do nosso ordenamento jurídico também não nos parece uma solução viável, tendo em conta o próprio escopo do preceito, ao qual também já nos referimos. A solução passará, dessa forma, pela aplicação, através do recuso à analogia, da al. f) do nº1 do art. 755º do CC, ou seja, pela atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador.

O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº4/2014 e entendimento subsequente

“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

¹⁴⁹ Decisões semelhantes foram as proferidas pelo Ac. do TRG de 14/12/2010 e pelos Acs. do TRC de 29/06/2010 e de 30/10/2011, anteriores ao Ac. que acabámos de analisar (processos nº 6132/08.0TBBERG.G1, nº 344/08.3TBSCD-H.C1 e 237/05.2TBGVA.C1, respetivamente), onde se estabelece que a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência não dá origem a incumprimento, mas sim a uma “reconfiguração da relação”, sendo que as consequências de tal recusa são as que constam do nº2 do art. 103º e não as que se encontram consagradas no nº2 do art. 422º do CC, o que, por sua vez, determina a inaplicabilidade da alínea f) do nº1 do art. 755º do CC.

¹⁵⁰Mencione-se, de igual modo, que este entendimento foi, de forma semelhante, acolhido em várias decisões dos tribunais superiores que se seguiram ao Ac. de 14/06/2011, nomeadamente, nos Acs. do TRP de 11/10/2011 e de 13/12/2012 e os Ac. do TRC de 18/10/2011 e de 06/11/2012 (processos nº 92/05.6TYVNG-M.P1, nº 1092/10.0TBLS-D-G.P1, nº 259/09.8TBNLS-E.C1 e nº 729/09.8T2AVR-B.C1, respetivamente).

administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil”

Sumário do AUJ, nº4/2014

O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº4/2014¹⁵¹ surge, na sequência do que temos vindo a estudar, com o propósito de procurar resolver a questão da concessão do direito de retenção da al. f) do nº1 do art. 755º do CC ao promitente-comprador quando em causa esteja a insolvência do promitente-vendedor e do “confronto” entre a hipoteca e o direito de retenção.

No que toca a esta última questão, o aresto pronunciou-se no sentido da “concessão e consequente prevalência do ‘direito de retenção’ face à hipoteca. Utilizando os argumentos já elencados pelo Decreto-Lei nº 379/86, de 11 de novembro¹⁵², considera-se que “a opção legislativa no conflito entre credores hipotecários e os particulares consumidores, concedendo-lhes o “direito de retenção” teve e continua a ter uma razão fundamental: a proteção destes últimos no mercado da habitação”. Contrariando os argumentos utilizados pelo credor hipotecário para procurar demonstrar a fragilização da hipoteca que surge como consequência da concessão do direito de retenção ao promitente-comprador, estabelece-se que o “‘direito de retenção’ é apenas uma dentre outras garantias (v.g. os privilégios creditórios) de igual ou maior gravosidade com que se poderá defrontar o credor hipotecário no âmbito de um processo de insolvência; e a sua inserção valorativa no seio do ordenamento jurídico é tão só o resultado de uma ponderação de interesses que a conjuntura social motivou no legislador graduar de uma determinada forma, acautelados os limites constitucionais. A tudo acresce que o ‘direito de retenção’ é ainda, acima dos não registáveis, o mais transparente, já que tem, na generalidade dos casos, uma faceta visível em resultado da sua própria natureza; a do uso do objeto sobre que recai (na maioria imóveis para habitação) o que implica naturalmente, dada aquela compleição, a publicidade, que quase sempre funciona como aviso aos restantes credores em ordem a melhor poderem acautelar-se antes de optarem pela concessão de um crédito que comporta sempre certa álea de risco. Aliás a proteção ao promitente-comprador que o legislador tem seguido nos termos apontados, também não pretende ver postergados os legítimos interesses do credor hipotecário, que tendo

¹⁵¹ Ac. do STJ de 20/03/2014, processo nº 92/05.6TYVNG-M.P1.S1.

¹⁵² Referente à entrada em vigor do Código Civil.

investido, por via de regra, capitais avultados financiando a construção do imóvel quer ver assegurado o respetivo retorno, acrescido dos juros devidos. Assim se compreende que a alínea f) do artigo 755º nº 1 seja entendida restritamente de molde a que se encontre a coberto da prevalência conferida pelo “direito de retenção” o promissário da transmissão de imóvel que obtendo a tradição da coisa seja simultaneamente um consumidor”¹⁵³.

No que concerne, especificamente, à concessão do direito de retenção ao promitente-comprador, o aresto refere que o artigo 106º é omissivo no que respeita à situação “relativamente vulgar” em que o contrato-promessa de natureza obrigacional foi acompanhado de tradição da coisa para o promitente-comprador, sendo que “dúvidas não há, que não se verificando a tradição da coisa e tendo o contrato efeito meramente obrigacional, ao administrador cabe ponderar e decidir pelo cumprimento ou não cumprimento do mesmo; isto só não sucede caso alguma das partes tenha cumprido na íntegra a sua obrigação e havendo incumprimento definitivo”. No entanto, esta omissão é, no entendimento deste tribunal, “ultrapassada fazendo apelo ao ‘lugar paralelo’ resultante da conjugação dos artigos 106º nº 2 e 104º nº 1 do CIRE (respeitante à venda com reserva de propriedade) aplicável no caso em análise, já que as razões determinantes do que ali vem exposto quanto ao que lá se regula (compra e venda a prestações) são idênticas às que aqui estão em causa”. O tribunal explica que, subjacente a esta tomada de posição, “está a forte expectativa que a *treditio* criou no ‘promitente-comprador’ quanto à solidez do vínculo. Cimentada esta confiança, e ‘corporizada’ destarte a posse, existe, na prática, do lado do adquirente um verdadeiro *animus* de agir como possuidor, não já *nomine alieno* mas antes em nome próprio; a partir do momento em que o insolvente entregou as chaves dos prédios ao promitente-comprador, materializou a intenção de transferir para este os poderes sobre a coisa, faltando apenas legalizar uma situação de facto consolidada. Parificada tal situação com as hipóteses do efeito real dos contratos em termos de impedir a resolução respetiva, poderá assentar-se em que o incumprimento dá assim origem ao despoletar do “direito de retenção” a que se reporta o artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil”.

Como nota GISELA CÉSAR, quando o tribunal afirma, mais adiante, que “no caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode

¹⁵³ O AUJ define “consumidor” como “um utilizador final com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda”.

recusar o cumprimento se já tiver havido tradição de coisa a favor do promitente-comprador”, está a entender que “os requisitos constantes do nº1 do artigo 106.º são alternativos e não cumulativos, bastando haver *traditio rei* para o administrador não poder recusar o cumprimento do contrato-promessa”¹⁵⁴, pelo que, como estabelece o aresto, “ficará o nº 2 do artigo 106º aplicável apenas ao contrato promessa com efeito meramente obrigacional e em que não tenha havido aquela tradição ao promitente-comprador”.

Note-se, por fim, que o AUJ confirma a tese da “imputabilidade reflexa” já utilizada noutras decisões dos tribunais superiores¹⁵⁵, concluindo que “a insolvência não surge do nada, radicando antes e à partida no comportamento de uma entidade que se mostrou não ter cumprido as suas obrigações. Nestes casos já foi decidido e bem (...) que se verifica uma imputabilidade reflexa considerando o comportamento da insolvente na origem do processo falimentar; acresce que, seria sempre a esta última que cumpriria afastar a culpa, que se presume, em matéria de responsabilidade civil contratual – artigo 799º nº 1 do Código Civil”.

Várias foram as decisões jurisprudenciais que se seguiram ao AUJ nº4/2014, quer no sentido de atribuir, ao promitente-comprador, o direito de retenção da alínea f) do nº1 do art. 755º (e, dessa forma, ir ao encontro do que ficou consagrado no AUJ), como no sentido de negar esse direito.

Contudo, a questão que parece levantar mais dúvidas prende-se com o conceito de “consumidor”. Como tivemos a oportunidade de confirmar *supra*, o AUJ identifica o “consumidor” com “um utilizador final, com o significado comum do termo, que utiliza os andares para uso próprio e não com o escopo de revenda”. Este conceito parece, de facto, algo vago. Neste sentido, refere o Ac. do STJ de 31/10/2017¹⁵⁶ que “o segmento uniformizador do AUJ n.º 4/2014 não incluiu o conceito de consumidor, pelo que cabe aos tribunais trabalhar esse conceito casuisticamente, a partir da indispensável componente factual, por não ser esta uma questão estritamente jurídica”. Prosseguindo, entende este tribunal que “qualquer que seja a amplitude com que se aprecie a figura do consumidor, esta nunca poderá abarcar as situações em que uma entidade compra ou promete comprar imóveis para o mercado imobiliário de arrendamento ou de revenda, porque isso equivaleria, na prática, colocar o legislador no ponto de partida, em 1980”. O

¹⁵⁴ CÉSAR, Gisela, ob. cit., pp. 206-207.

¹⁵⁵ Nomeadamente, o próprio STJ.

¹⁵⁶ processo nº 353/14.3T8AMT-E.P1.S1.

Ac. do STJ de 13/07/2017¹⁵⁷ identifica o consumidor como “aquele que adquirir bens ou serviços para satisfação de necessidades pessoais e familiares (uso privado) e para outros fins que não se integrem numa atividade económica levada a cabo de forma continuada, regular e estável” e ainda que “o conceito tem assim subjacente a necessidade de proteção da parte débil economicamente ou menos preparada tecnicamente”.

Será, de igual forma, relevante, fazer notar que o Ac. do SJT de 05/07/2016¹⁵⁸ conclui que “o AUJ n.º 4/2014, de 20 de Março de 2014, não uniformizou o conceito de consumidor, dali não decorrendo a dimensão normativa a atribuir, sendo certo que se vislumbra, pelo texto do Aresto que eventualmente se tivesse querido conferir um sentido estrito, isto é, afastando do seu âmbito apenas as situações em que a atuação vise fins que se incluam no âmbito da atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional do contratante”. Este Acórdão, recorrendo ao artigo 2º, nº1 da Lei da Defesa do Consumidor¹⁵⁹, identifica o consumidor como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.”.

No que toca, agora, a exemplos concretos, vejamos os seguintes casos: no Ac. do TRP de 15/06/2015¹⁶⁰ considera-se que “sendo o promitente-comprador, uma pessoa singular que não exerce qualquer atividade profissional ou empresarial relacionada com o mercado imobiliário, o facto de ter celebrado com a insolvente, contrato-promessa de compra e venda relativo a prédio urbano constituído por terreno destinado à construção urbana, não é suficiente para afirmar que exerce aquelas atividades ou que destina o imóvel a outros fins que não seja o seu uso privado.”; O Ac. do TRC de 13/10/2015¹⁶¹ conclui que “os credores reclamantes que têm a posse das frações prometidas vender como pagamento do preço dos seus prédios rústicos vendidos aos insolventes e onde foram edificados os imóveis de que fazem parte as frações, são considerados consumidores a fim de poderem beneficiar do invocado direito de retenção, mesmo no caso de destinarem as ditas frações ao arrendamento e não para habitação própria e/ou

¹⁵⁷ processo nº1594/14.9TJVNF.2.G1.S2.

¹⁵⁸ processo nº 1129/11.5TBCVL-C.C1.S1.

¹⁵⁹ Lei nº24/96, de 31 de julho.

¹⁶⁰ processo nº 2857/12.3TBVFR-G.P1.

¹⁶¹ processo nº 178/13.3TBSPS-A.C1.

dos seus familiares”; no Ac. do STJ de 13/07/2017¹⁶², entende o Supremo Tribunal que “não deve ser considerado consumidor aquele que, sendo comerciante de ourivesaria, promete comprar três apartamentos, que vem a dar de arrendamento (depois de adquirir um outro para habitação própria)”.

¹⁶² Ao qual já fizemos referência *supra*.

Conclusão

Depois do exposto, facilmente chegamos à conclusão de que estamos na presença de um conjunto de questões cuja densidade (e, diga-se, obscuridade) deu e continua a dar azo a vários entendimentos distintos, criando uma divisão, quer no seio da doutrina, quer na própria jurisprudência.

Sendo esse o propósito intrínseco deste trabalho, fomos expressando, ao longo do mesmo, o nosso ponto de vista relativamente às matérias que foram sendo abordadas. Se, por um lado, constatámos que existem entendimentos divergentes quanto a várias questões, também nos foi possível concluir que, e como referimos no início desta dissertação, a questão da natureza do crédito indemnizatório, que resulta do não cumprimento do contrato-promessa sinalizado, com *traditio rei*, no caso de insolvência do promitente-vendedor, constitui o núcleo de todo este tema. Desta forma, como já apontámos, e reconhecendo o mérito do entendimento oposto, vamos no sentido de subscrever a aplicação dos preceitos de natureza civilista (quer a indemnização calculada nos termos do art. 442º, nº2, quer o direito de retenção consagrado no art. 759º, nº1, al. f)) aos casos que temos vindo a analisar.

No entanto, não acreditamos que a tese da “imputabilidade reflexa”, defendida por certos autores e consagrada em várias decisões dos tribunais superiores (nomeadamente, no próprio AUJ nº4/2014), seja de aplicar neste âmbito. Faltado, assim, o requisito da imputabilidade do incumprimento ao insolvente, estes preceitos não poderão ser aplicados de forma direta. Por outro lado, e traduzindo-se isto na existência de uma lacuna, as normas em causa poderão ser aplicadas através do recuso à analogia (ou seja, de forma indireta).

No que concerne, por fim, ao AUJ nº4/2014, embora concordemos com a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador que seja consumidor (apesar de os argumentos que o aresto utiliza não serem, a nosso ver, os mais felizes) não podemos deixar de manifestar a nossa confusão quanto ao conceito de “consumidor” avançado pelo aresto, o qual tem vindo, então, a ser preenchido pela jurisprudência, dando azo a interpretações e entendimentos diferentes.

Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, in *Themis* (Edição especial), Almedina, 2005

CÉSAR, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017

COSTA ANDRADE, Margarida/ PATRÃO, Afonso, “A posição jurídica do beneficiário de promessa de alienação no caso de insolvência do promitente-vendedor (Comentário ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº4/2014, de 19 de maio), in JULGAR Online, setembro de 2016, acessado em dezembro de 2017, em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/09/20160915-ARTIGO-JULGAR-A-posi%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADdica-do-benefici%C3%A1rio-de-promessa-de-aliena%C3%A7%C3%A3o-Margarida-C-Andrade-e-Afonso-Patr%C3%A3o.pdf>

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

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Os efeitos substantivos da falência”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, 6º edição, Almedina, Coimbra, 2016

FERNANDES, Luís Carvalho/ LABAREDA, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 3ª edição, Quid Iuris Editora, 2015

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito da Insolvência, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2017

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Volume I, Introdução; Da Constituição das Obrigações, 15ª edição, Coimbra, Almedina, 2018

MADALENO, Catarina, “A vulnerabilidade das garantias reais”, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

MALDONADO, João Pedro Nunes, “O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca”, in JULGAR Online, nº13, acessido em dezembro de 2017, em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/247-270-Direito-de-reten%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

MARTINS, Alexandre de Soveral, Um curso de Direito da Insolvência, Reimpressão da 2.^a Edição Revista e Atualizada, 2017.

MORAIS, Fernando de Gravato, “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição de coisa e insolvência do promitente-vendedor”, in Cadernos de Direito Privado, nº29 janeiro/março, 2010.

MORAIS, Fernando de Gravato, *Contrato-Promessa Em Geral, Contrato-Promessa Em Especial*, Editora Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “A qualificação do crédito resultante da não execução do contrato-promessa”, in III Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Com mais irreflexão que culpa? O debate sobre o regime de recusa de cumprimento do contrato-promessa”, in Cadernos de Direito Privado, nº36, 2011.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, “Efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?”, I Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, Reimpressão de 2014.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto/SERRA, Catarina, “Insolvência e contrato-promessa – os efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional”, in Revista da Ordem os Advogados, ano 70, Volume I/IV, 2010.

PRATA, Ana/CARVALHO, José Morais/SIMÕES, Rui, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Coimbra, Almedina, 2013.

PROENÇA, José Carlos Brandão, “Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações”, 2.^a edição (revista e atualizada), Porto, Universidade Católica Editora, 2017.

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, abril/junho, 2008.

SAMEIRO, Pedro, “O direito de retenção e a situação do credor hipotecário”, in Revista da Banca, n.º 26 abril/junho, 1993.

SERRA, Adriano Vaz, “Direito de Retenção”, Boletim do Ministério da Justiça, nº65, 1957.

SERRA, Catarina, “Lições de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, 2018.

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-vendedor”, Anotação ao Ac. do STJ de 12/05/2011 (Proc. 5151/2006), in Cadernos de Direito Privado, nº 38 abril/junho, 2012.

SERRA, Catarina, O Novo Regime Português da Insolvência, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

SILVA, João Calvão da, Sinal e contrato-promessa, 14ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.

VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral – Volume I, reimpressão da 10ª edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2017.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Contrato-Promessa e Falência/Insolvência”, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 24, outubro/dezembro, 2008.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência” in Cadernos de Direito Privado, nº33, janeiro/março, 2011.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de retenção, *par conditio creditorum*, justiça material” in Cadernos de Direito Privado, nº41 janeiro/março, 2013.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “O novo regime insolvencial da compra e venda”, in Revista da FDUP, ano 3, 2006.