

Sara Patrícia Oliveira da Costa

***A POSIÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR FIEL
NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA
DO PROMITENTE-VENDEDOR***

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico - Processuais

Orientação: Professora Doutora Maria João Mimoso

Dezembro de 2016



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Incontornável a consagração aqui de uma palavra de agradecimento à Professora Doutora Maria João Mimoso, verdadeira “professora”, sempre disponível para os seus alunos.

RESUMO

No processo de insolvência, caso haja conflito entre credor hipotecário e promitente-comprador fiel ao contrato-promessa, há que distinguir se este negócio reveste natureza real ou obrigacional.

No primeiro caso, se o imóvel já está entregue, o administrador da insolvência tem de cumprir o contrato. No segundo caso, pode optar por cumprir ou não.

Todavia, tal opção foi sendo limitada quando haja sinal passado, tradição do imóvel e o contraente fiel seja consumidor. Aí, se aquele não cumprir, pode haver execução específica do contrato. Se esta não interessar, surge um crédito, garantido por direito de retenção, a ser pago antes do crédito hipotecário.

Apesar do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2014 naquele mesmo sentido, ainda permanece a dúvida quanto à forma de cálculo da indemnização: se nos termos da lei civil ou da lei insolvencial, com decisões divergentes nos tribunais.

Palavras-chave: promitente-comprador; execução específica; direito de retenção; insolvência.

ABSTRACT

In the insolvency proceedings, in the conflict between mortgagee and the faithful buyer promisor, it's essential to know if the contract is "erga omnes" or not.

In the first case, if the property was already delivered the insolvency administrator has to perform the promise. In the second case, he can choose to perform or not.

However, the administrator's power was being cut in situations with payment of signal and deliver of the property to the consumer. Here, if he doesn't perform, the faithful buyer promisor can use the specific action. Or he has a credit guaranteed by retention of law to be paid with preference in relation to the mortgagee.

Despite the judgment n.º 4/2014 from the Supreme Court of Justice, the doubt is how to calculate this compensation: according the civil or the insolvency law, with different court decisions.

Keywords: buyer promisor; specific action; retention of law; insolvency.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
-----------------	---

CAPÍTULO I

A declaração de insolvência do promitente-vendedor e seus efeitos sobre os negócios por si celebrados.....	9
---	----------

<i>1. O princípio geral do artigo 102.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).....</i>	<i>9</i>
1.1. Definição de negócios em curso.....	9
1.2. Duas situações particulares em que não há negócios em curso.....	10
1.3. O regime dos negócios em curso.....	11
1.3.1. A suspensão do contrato e a posição do administrador da insolvência.....	11
1.3.2. A opção pelo cumprimento.....	12
1.3.3. A opção pela recusa de cumprimento.....	12
<i>2. Contrato-promessa de compra e venda.....</i>	<i>14</i>
2.1. Promessa com eficácia real acompanhada da tradição do imóvel.....	14
2.2. Promessa com eficácia real sem tradição do imóvel.....	16
2.3. Promessa com eficácia meramente obrigacional sem tradição do imóvel.....	17
2.4. Promessa com eficácia meramente obrigacional com tradição do imóvel.....	17
<i>3. Efeitos práticos da opção concreta do administrador da insolvência.....</i>	<i>19</i>
3.1. Promessa com eficácia real e tradição da coisa.....	19
3.2. Restantes situações: eficácia real sem tradição e eficácia meramente obrigacional.....	20
3.2.1. Opção pelo cumprimento.....	21
3.2.2. Opção pela recusa de cumprimento.....	21
<i>4. Qualificação do crédito do promitente-comprador fiel.....</i>	<i>25</i>
4.1. Noção, função e características do direito de retenção em geral.....	25
4.2. O caso específico do direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil.....	27
4.2.1. Controvérsias quanto ao âmbito de aplicação.....	29
4.3. A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca e a controvérsia gerada.....	30

4.3.1. A prevalência da proteção do promitente-comprador consumidor.....	31
--	----

CAPÍTULO II

A abordagem jurisprudencial.....	34
---	-----------

1. “Estado da arte” na jurisprudência.....	34
1.1. Negócios em curso.....	35
1.2. Tradição do imóvel.....	38
1.3. “Consumidor”	40
1.4. Retentor vs. Credor hipotecário.....	42
1.5. Regime aplicável para efeitos de cálculo do direito indemnizatório do promitente-comprador fiel	45
1.6. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014.....	48

CAPÍTULO III

A nossa abordagem	50
--------------------------------	-----------

1. <i>Ambiguidade ou desajustamento do regime instituído?</i>	50
2. <i>Afinal, quando há direito de opção por parte do administrador da insolvência?</i>	51
2.1. O que resulta da lei.....	51
2.2. A nossa crítica e a solução que propomos.....	51
3. <i>Que efeitos produz a escolha do administrador? Avaliação crítica e proposta</i>	53
3.1. O que resulta da lei.....	53
3.2. A nossa crítica e o que propomos.....	54
4. <i>Quais as garantias que devem acompanhar o crédito do contraente fiel?</i>	55
4.1. O que resulta da lei.....	55
4.2. A nossa crítica e o que propomos.....	55

Conclusão.....	58
----------------	----

Bibliografia.....	60
-------------------	----

INTRODUÇÃO

O ano de 2008 ficou marcado pelo estalar de uma grave crise financeira com raízes no mercado imobiliário caracterizada pela concessão indiscriminada de crédito bancário com vista à aquisição de habitação própria, que ficou conhecida, sobretudo nos Estados Unidos da América, como a crise do *subprime*.

Em Portugal a situação não foi diferente. A descida das taxas de juro decorrente da introdução da moeda única permitiu que famílias de médios e baixos recursos acessem ao crédito bancário. Esse facto, aliado a um mercado de arrendamento praticamente inexistente, criou as condições ideais para o aparecimento de uma bolha especulativa em torno de um mercado imobiliário sobredimensionado em relação ao País, enxameado de casas para vender e de sociedades dedicadas à construção civil, a maioria sem capitais próprios e solidez financeira que lhes permitissem sobreviver a uma drástica diminuição da procura de imóveis por parte de empresas e particulares.

Tais sociedades, sustentadas essencialmente pelo crédito bancário, viram-se a braços com inúmeros contratos-promessa por cumprir, dada a sua incapacidade financeira de distratarem as hipotecas sobre os prédios em construção e as frações autónomas para venda, a que se juntou a comum situação de estarem os imóveis já ocupados pelos promitentes-compradores.

Na situação de insolvência em que milhares de empresas de construção civil caíram nos últimos anos, abre-se então um confronto em que, de um lado, temos as instituições bancárias a tentarem recuperar o crédito concedido, garantido por hipoteca e, do outro lado, os promitentes-compradores, com sinal pago e com as chaves do imóvel na mão.

É este o quadro factual típico que se apresenta nos nossos tribunais e cuja análise exige um conhecimento da forma como o legislador foi tratando a questão ao longo do tempo, bem como dos tratamentos doutrinários e jurisprudenciais que foram sendo dispensados ao tema.

Este trabalho pretende conciliar a vertente teórica com a vertente prática, isto é dizer, pretende lançar pistas concretas que permitam ao promitente-comprador cumpridor, em face da insolvência do promitente-vendedor, escolher o seu caminho: lançar mão da execução específica a fim de obter o

cumprimento do contrato ou abrir mão do imóvel e obter o pagamento da indenização devida na ação insolvencial.

Para o efeito, desenvolvemos o trabalho em três capítulos distintos.

No primeiro capítulo, centrado na insolvência do promitente-vendedor, iremos abordar quais as consequências dessa declaração de insolvência sobre os contratos celebrados.

No segundo capítulo, veremos como é que a jurisprudência foi decidindo estes conflitos, dando conta dos diversos entendimentos adotados e da relativa pacificação trazida pelo Supremo Tribunal de Justiça com o acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 4/2014.

Por fim, no terceiro capítulo, tomaremos posição quanto às questões mais polémicas debatidas na doutrina e na jurisprudência.

CAPÍTULO I

A declaração de insolvência do promitente-vendedor e seus efeitos sobre os negócios por si celebrados

1. Princípio geral do artigo 102.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)¹

O destino dos negócios celebrados pelo promitente-contratante que entretanto foi declarado insolvente está previsto, em termos gerais, no artigo 102.º do CIRE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de março (entretanto alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 200/2004, de 18 de agosto, 76-A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, 185/2009, de 12 de agosto, pelas Leis n.ºs 16/2012, de 20 de abril, 66-B/2012, de 31 de dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 26/2015 de 6 de fevereiro), em vigor desde 15 de dezembro de 2004. Este artigo encontra-se inserido no título IV do Código, com a epígrafe “Efeitos da declaração de insolvência”, mais concretamente, no seu capítulo IV, que regula, do artigo 102.º ao 119.º, as repercussões dessa declaração sobre os negócios em curso. Pelo que a primeira definição a traçar é a de negócios em curso.

1.1. Definição de negócios em curso

A própria epígrafe do artigo 102.º avança com a noção ao aludir a “*negócios ainda não cumpridos*”, ou seja, “*qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte*”.

Como refere EPIFÂNIO, Maria do Rosário, da letra da lei parece resultar uma exclusão do seu âmbito de aplicação dos negócios jurídicos unilaterais, dos contratos unilaterais e dos contratos em que haja

¹ É geradora de muitas críticas a epígrafe do artigo pois de “geral” o regime aí previsto tem pouco. Em primeiro lugar, porque exclui diversos tipos de negócios jurídicos do seu âmbito de aplicação; em segundo lugar, porque carece de ser concatenado com o artigo seguinte, referente às prestações indivisíveis, sendo que ambos abarcam sobretudo situações não duradouras, que não constituem a maior dificuldade do processo de insolvência e, por isso, o regime geral acaba por resultar da articulação das normas de todo o capítulo - neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso. *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Ano XIX, Tomo II, p. 237 -238.

total cumprimento por ambas as partes.²

Nesta última situação, há extinção da obrigação pelo cumprimento. Noutro caso, se foi o contraente insolvente que realizou a totalidade da sua prestação, resta ao administrador da insolvência reclamar do contraente que não cumpriu a realização da contraprestação (com efeito, o crédito integra a massa insolvente, nos termos do artigo 46.º n.º 1 do CIRE). Num outro caso ainda, se o contraente *in bonis* (não insolvente) realizou a sua prestação mas não o fez o contraente insolvente, então assiste ao primeiro o direito de reclamar o seu crédito no processo de insolvência, sendo nesse âmbito que poderá ocorrer a sua satisfação no todo ou em parte.^{3 4}

Temos então três requisitos cujo preenchimento cumulativo tem de verificar-se para que haja aplicação o artigo 102.º:

“a) natureza bilateral do contrato;

b) não cumprimento total de ambas as partes;

*c) inexistência de regime diferente para os negócios regulados nos artigos seguintes”.*⁵

Falar de negócio em curso é falar de um contrato que é bilateral, ou seja, do qual emanam obrigações recíprocas para ambas as partes, e em que nenhuma das partes cumpriu na íntegra a sua prestação na data em que foi declarada a insolvência de um dos contraentes.⁶

1.2. Duas situações particulares em que não há negócios em curso

Há duas situações peculiares que importa aqui analisar.

A primeira é aquela em que, no âmbito de um contrato-promessa de compra e venda, está em curso uma interpelação admonitória à data da declaração de insolvência do promitente-vendedor, ou seja, ainda está a decorrer o prazo que o contraente *in fides* (fiel, cumpridor) concedeu àquele para cumprir.

² EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de direito da insolvência*. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2010, p. 150-151.

³ A razão que ASCENSÃO, José de Oliveira, avança para tal regime é a de “*homenagem ao contraente que já cumpriu totalmente*” – *Ob. cit.*, p. 241.

⁴ Daqui resulta também que, se à data da declaração de insolvência já houve resolução do contrato por qualquer das partes, não estamos perante um negócio em curso; o que existe é apenas um crédito, garantido ou comum, sobre a insolvência - *vide* VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*. *Cadernos de Direito Privado*. 2011. N.º 33 (janeiro/março), p. 9.

⁵ LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Código da insolvência e recuperação de empresas anotado*. 2.ª edição. Lisboa: Quid Iuris Sociedade Editora, 2008, p. 389.

⁶ São, numa outra definição, negócios em curso aqueles cujo cumprimento ainda está “*em aberto*”. Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 237. Ou ainda aqueles cujo cumprimento “*ainda seja possível*”. Nesta aceção, MORAIS, Fernando de Gravato. *Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*. *Cadernos de Direito Privado*. 2010. N.º 29 (janeiro-março), p. 4.

A outra é aquela em que, no momento em que a insolvência é declarada, está ainda a correr uma ação de resolução da promessa.

Na realidade, em qualquer uma dessas situações não há nem cumprimento do contrato-promessa, nem incumprimento definitivo. No primeiro caso, o promitente fiel ainda quis conceder ao promitente faltoso uma derradeira oportunidade para cumprir em prazo adicional fixado para o efeito.

No segundo caso, estando pendente a ação, não se verificou ainda a extinção do negócio.⁷

1.3. O regime dos negócios em curso

1.3.1. A suspensão do contrato e a posição do administrador da insolvência

Diz o artigo em análise que o cumprimento do contrato fica suspenso⁸ até que o administrador da insolvência tome posição e a comunique, sendo certo que a decisão que vier a tomar deve ter como escopo o que for mais conveniente à satisfação dos interesses dos credores.⁹ LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho, chamam-lhe “*faculdades potestativas*”.¹⁰ Com efeito, o administrador pode optar pela execução (cumprir) ou pela recusa do cumprimento.^{11 12}

Em bom rigor, esse efeito de suspensão do contrato é supletivo. Com efeito, o CIRE prevê, precisamente no capítulo que estamos a analisar, situações de manutenção automática do vínculo (artigos 108.º, 109.º, 113.º, 114.º, 118.º - todas elas referentes a relações duradouras, isto é, cuja execução que vai prolongando no tempo), bem como situações de extinção automática do vínculo (artigos 107.º, 110.º, 111.º e 117.º - todas elas reportadas a situações duradouras mas a que cabe pôr

⁷ Estas situações foram abordadas por MORAIS, Fernando de Gravato. *Promessa obrigacional...*, p. 12.

⁸ “*Trata-se de uma suspensão ex lege e automática*” – vide MORAIS, Fernando de Gravato. *Promessa obrigacional...*p. 6. Diz ainda o autor que as prestações aprazadas ficam paralisadas e o promitente-comprador não pode exercer o direito à execução específica mesmo na hipótese do artigo 830.º n.º 3 do Código Civil. Com o mesmo entendimento, vide VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. *Direito de retenção...*p. 12.

⁹ No artigo 1197.º do Código de Processo Civil, que regulou o processo de falência até à entrada em vigor do CPEREF em 1993, também já se consagrava uma disposição de carácter genérico, no n.º 1, nos termos da qual a declaração de falência não importava, *de per se*, a resolução dos contratos bilaterais celebrados pelo falido. Com o CPEREF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril, o legislador optou por regular casuisticamente diferentes tipos de contrato, a partir dos artigos 161.º e seguintes. O CIRE veio combinar as duas situações pois, a par dum pretensão regime geral contido no artigo 102.º, acabou por prever, nos artigos seguintes, casos particulares de contratos celebrados pelo insolvente - neste sentido, LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Ob. cit.*, p. 387-388.

¹⁰ Vide *Ob. cit.*, p. 389.

¹¹ Recorde-se que o devedor foi declarado insolvente justamente por se encontrar numa situação atual ou iminente de impossibilidade de cumprimento pontual das suas obrigações, pelo que não é razoável supor que o mesmo se veja compelido a satisfazê-las sem mais, na medida em que estaria a beneficiar uns credores em detrimento de outros, sendo que os que não vissem as suas pretensões satisfeitas não poderiam também compelir judicialmente o insolvente a cumprir, atento o disposto no artigo 88.º do CIRE, ficando numa posição de desigualdade em relação aos primeiros.

¹² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, entende que o direito potestativo de opção conferido ao administrador da insolvência é, essencialmente, um direito de opção pelo cumprimento do contrato. É que o regime que parece resultar do artigo 102.º n.º 2 do CIRE é o de que a extinção do contrato constitui o regime-regra e a sua conservação a exceção. Pelo que a declaração de opção pela execução do contrato tem valor constitutivo e a opção pelo não cumprimento tem valor meramente declarativo, confirmatório. Vide 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*. Coordenação de Catarina Serra. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p. 207.

cobro para tornar possível a liquidação da massa).¹³

O que o administrador da insolvência não pode é optar pela execução se se afigurar que o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente é manifestamente improvável. Assim o determina o n.º 4 do artigo 102.º do CIRE, ditado por uma necessidade de “*equilíbrio dos interesses em presença*”, por se mostrar abusiva a pretensão do administrador da insolvência ao insistir na execução de um contrato que antevê terá grandes dificuldades em cumprir.¹⁴

Como é evidente, o processo de insolvência, ou melhor dizendo, os credores do insolvente, não pode(m) ficar à espera indefinidamente que aquele tome posição. É que o CIRE não fixou prazo para o exercício daquelas faculdades.

Nesse conspecto, a lei confere-lhes a possibilidade de lhe fixarem um prazo razoável para que tome opção, nos termos do n.º 2 do referido artigo. Findo tal prazo, se o administrador nada diz, a lei atribui valor declarativo ao silêncio, nos termos do artigo 218.º do Código Civil, interpretando-o como recusa de cumprimento, ao abrigo do disposto na parte final do n.º 2 do artigo 102.º do CIRE.^{15 16}

1.3.2. A opção pelo cumprimento

Caso o administrador da insolvência opte pelo cumprimento, o contraente *in bonis* passa a ser titular de um crédito sobre a massa insolvente, como dispõe o artigo 51.º n.º 1 alínea f) do CIRE.¹⁷ Logo, o seu pagamento dever ser feito de forma precípua, de acordo com o disposto no artigo 172.º n.º 1 do mesmo diploma.

1.3.3. A opção pela recusa de cumprimento

Se o administrador recusa o cumprimento,¹⁸ os efeitos daí decorrentes são os que se encontram

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 242-245.

¹⁴ Processualmente, o contraente *in bonis* poderá, nessa concreta situação, intentar uma ação declarativa por apenso ao processo de insolvência, cabendo ao autor alegar e provar a impossibilidade de cumprimento pela massa das obrigações contratualmente assumidas. Esta hipótese está abordada por LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Ob. cit.*, p. 389.

¹⁵ A fixação desse prazo não passa necessariamente pelo recurso à ação especial de fixação judicial de prazo. Pode e deve ser feita extrajudicialmente, reservando-se a via judicial para as situações em que haja conflito.

¹⁶ Na esteira do entendimento de OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Ob. cit.*, p. 215, há neste caso, uma conversão da extinção provisória do direito à execução do contrato em extinção definitiva.

¹⁷ Sem sanções, como sejam, juros e outras indemnizações – vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 248.

¹⁸ E o CIRE afasta a figura da “resolução do contrato” aqui, reservando-a para os artigos 120.º e seguintes do CIRE (sem prejuízo do disposto no artigo 119.º n.º 3 do CIRE), desde logo, em virtude da eficácia retroativa da resolução, que não se coaduna com o regime da insolvência e, por isso, é preferível falar em dissolução (extinção *ex nunc*) - neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 248.

fixados no artigo 102.º n.º 3 do CIRE, ou seja:

- i. Sem prejuízo dum eventual direito à separação da coisa, nos termos dos artigos 141.º e seguintes do CIRE, os contraentes não têm direito à restituição do que já foi prestado até à suspensão do contrato, significando isto que houve cumprimento parcial de ambas as partes ou de apenas uma - alínea a);
- ii. Se o insolvente já realizou uma parte da sua prestação mas não o fez o contraente *in bonis*, a massa insolvente tem direito a exigir deste o valor da contraprestação correspondente à já por si cumprida - alínea b);
- iii. Se foi o contraente *in bonis* que cumpriu parcialmente e é o insolvente que está em falta, aquele tem direito a exigir o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido, porém, o mais baixo dos seguintes montantes: da contraprestação correspondente ou da contraprestação em dívida¹⁹ - como crédito sobre a insolvência - alínea c);²⁰
- iv. Há lugar a um direito indemnizatório (“*fortemente restringido*”²¹) pelos prejuízos causados à contraparte (contraente *in bonis*) com o incumprimento, que constitui um crédito (comum) sobre a insolvência,

“(…) até ao valor da obrigação eventualmente imposta nos termos da alínea b) do n.º 3 do art. 102.º e que é abatida do quantitativo a que a outra parte tenha direito por aplicação da al. c) do n.º 3 do art. 102.º, podendo ser compensada com a obrigação da al. d), até à concorrência dos respectivos montantes (art. 102.º, n.º 3, al. e))”.²² - alínea d);
- v. Qualquer das partes pode recorrer à compensação das obrigações que resultam das alíneas c) e d) com a fixada na alínea b), de resto, nos termos que decorrem já do artigo 847.º do Código Civil - alínea e).

¹⁹ LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Ob. cit.*, p. 391.

²⁰ Consagra-se aqui a “teoria da diferença”, no dizer de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 6.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2012, p. 133.

²¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*. 3.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2011, p. 183.

²² EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de direito da insolvência*. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2010, p. 152.

2. Contrato-promessa de compra e venda²³

O artigo 106.º do CIRE regula especificamente a situação em que o insolvente se encontra vinculado a contrato-promessa de compra e venda totalmente incumprido à data da declaração de insolvência: nenhum dos contraentes emitiu a declaração negocial correspondente ao contrato prometido, nem realizou na íntegra a prestação que deste resultaria.

Vejamos então o que sucede com o contrato-promessa de compra e venda em curso, consoante as suas cambiantes.²⁴

2.1. Promessa com eficácia real acompanhada da tradição do imóvel

Começemos por abordar o caso em que a promessa tem eficácia real.²⁵

Ora, de acordo com o n.º 1 do artigo 106.º do CIRE, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento da promessa “*se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador*”. O requisito da tradição²⁶ da coisa a favor do promitente-adquirente constitui a condição essencial para que ao administrador não seja reconhecida a faculdade potestativa de escolha do destino final do

²³ Regulado a partir dos artigos 410.º e seguintes do Código Civil, diz a lei que contrato-promessa é a convenção pela qual um ou ambos os contraentes se obrigam a celebrar determinado contrato, dentro de certo prazo ou verificadas certas condições. É um contrato preliminar de outro, embora com autonomia em relação a este – vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2008, p. 219.

No caso da promessa de compra e venda, as partes vinculam-se à celebração futura de um contrato de compra e venda, através do qual pretendem transmitir a propriedade sobre uma coisa, ou outro direito, mediante um preço, como resulta da definição vertida no artigo 874.º do Código Civil - com os efeitos essenciais de obrigar o alienante a entregar a coisa e o adquirente a pagar o respectivo preço, em consonância com o disposto no artigo 879.º, alíneas b) e c) do mesmo diploma. Isto em termos obrigacionais. A par destes efeitos, existe um outro, de natureza real, que é a imediata transmissão da propriedade da coisa vendida – alínea a).

²⁴ Pois que, não obstante a epígrafe abrangente do artigo, o respectivo corpo “*parece referir-se apenas aos contratos-promessa de compra e venda*” - vide EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Ob. cit.*, p. 156, nota (417).

²⁵ Numa promessa de compra e venda de imóvel, os contraentes vinculam-se a outorgar, no futuro, um contrato de compra e venda, em que um figurará como vendedor e o outro como comprador. Tal significa então que a promessa, em princípio, produz efeitos meramente obrigacionais. O objeto da obrigação assumida é a emissão de uma declaração negocial, “*podendo por isso ser caracterizada como uma prestação de facto jurídico*” – vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*..., p. 219. Nada impede, todavia, que as partes atribuam eficácia real à promessa de compra e venda do imóvel, nos termos do artigo 413.º do Código Civil. Para tanto, são exigidos os seguintes requisitos: tem de haver uma declaração expressa no sentido da atribuição ao contrato de tal eficácia real; a promessa tem de ser inscrita no registo e, por fim, tem de constar de escritura pública ou documento particular autenticado. A partir do momento em que é atribuída eficácia real à promessa de compra e venda, o beneficiário da mesma passa a ser titular de uma posição fortalecida face ao promitente-vendedor e a terceiros: para uns, será um verdadeiro direito real de aquisição e, para outros, um direito de crédito com um regime especial de oponibilidade em relação a terceiros, depois de registado (para análise mais detalhada das posições em causa, cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*..., p. 249-250).

²⁶ É frequente que, com a celebração do contrato-promessa e com a entrega de sinal, as partes convencionem, ou no próprio contrato ou em momento subsequente, por escrito ou oralmente, a entrega da coisa - no caso, do imóvel - ao promitente-comprador, antes mesmo da celebração do contrato prometido. Para PRATA, Ana (in *O contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 831), trata-se “*sempre de uma convenção - se não um negócio jurídico a se intrinsecamente ligado ao contrato-promessa, pelo menos uma convenção acessória deste último*”. Passou, então, a discutir-se qual a natureza da posse do promitente-comprador, questão cuja resposta depende sempre da análise do que foi a vontade das partes e das demais circunstâncias fácticas que rodearam a entrega do bem.

De qualquer modo, sempre se diga que o direito de retenção, tal como está configurado no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil, pressupõe tão-somente a colocação da coisa na esfera de ação do promitente-comprador, que sobre ela passa a exercer um poder de facto (*corpus*), possibilitada pela incontornável entrega das chaves do imóvel, assente num acordo de vontades, dirigido à transferência desse poder de facto. Neste sentido, MORAIS, Fernando de Gravato. *Contrato-promessa em geral, contratos-promessa em especial*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2009, p. 232, para quem “*A tradição da coisa pressupõe tão só a detenção material e lícita, não sendo necessário, para este efeito, a posse em nome próprio*”.

negócio. Ambas as partes estão vinculadas a celebrar o contrato definitivo.²⁷ É aqui indiferente ter sido ou não passado sinal.²⁸

Nota-se aqui uma aproximação entre o regime do contrato-promessa de compra e venda e da venda com reserva de propriedade no processo insolvencial. Como refere SERRA, Catarina,

“Tal como, por vezes, o contrato-promessa com traditio, ela é útil nas situações em que o comprador pretende retirar as vantagens da coisa, mas não tem a possibilidade de pagar, no imediato, o seu preço. Realiza-se, então, uma venda a prestações ou uma venda com espera de preço (ou uma locação financeira) e o comprador passa a ser possuidor da coisa antes de ser seu proprietário.

Sendo o vendedor o insolvente - diz o n.º 1 do art. 104.º do CIRE -, a contraparte pode exigir o cumprimento do contrato se a coisa já lhe tiver sido entregue na data da declaração de insolvência. A qualidade de vendedor do insolvente e a entrega da coisa são, em suma, as duas condições fundamentais para a inadmissibilidade de recusa de cumprimento, tanto no que toca ao contrato-promessa, como no que toca à compra e venda com reserva de propriedade.

*No caso do contrato-promessa, o legislador exige, porém, uma condição adicional: a eficácia real do contrato-promessa.”*²⁹

Esta aproximação é importante sobretudo quanto aos efeitos que o legislador vai atribuir à recusa de cumprimento das promessas que não caibam na previsão legal do n.º 1 do artigo 106.º do CIRE, como veremos adiante.

A solução legal do artigo 106.º n.º 1 do CIRE merece forte crítica na doutrina, nomeadamente, de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, que a considera

“difícilmente justificável. Efectivamente, o contrato-promessa com eficácia real constitui um direito real de aquisição a favor do beneficiário da promessa, que não se vê por que deva ser afectado pela

²⁷ LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Ob. cit.*, p. 400.

²⁸ A celebração do contrato-promessa de compra e venda vem habitualmente acompanhada da estipulação de entrega de uma quantia pecuniária por parte do promitente-comprador ao promitente-vendedor, seja no momento da formalização do acordo, seja em momento posterior. Aliás, presume-se ter o carácter de sinal toda a quantia entregue nessas condições, ainda que a título de antecipação ou princípio do pagamento do preço (artigo 441.º do Código Civil), mesmo que as partes não lhe atribuam semelhante qualificação –presunção essa ilidível, nos termos do artigo 350.º n.º 2 do Código Civil, como refere SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Dissertação para exame do curso de pós-graduação em ciências jurídico-civis da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2.ª edição. Coimbra, 1997, p. 281.

A passagem de sinal pode ter uma natureza *confirmatória* ou *penitencial*:

“(…) se a intenção foi a de confirmar o contrato, dando para o exterior uma prova ou sinal (signum) da sua celebração e existência, e garantir ou reforçar o vínculo negocial e o cumprimento das obrigações assumidas, sendo inclusivé princípio de cumprimento, haverá sinal confirmatório; se, inversamente, as partes quiseram reservar (para uma ou para ambas) a faculdade de retractação ou de recesso do contrato, haverá sinal penitencial. (….) Em caso de dúvida, o sinal deve ter-se como de natureza confirmatória” – novamente, SILVA, João

Calvão da. *Ob. cit.*, p. 281.

Uma vez entregue o sinal, a coisa deve ser imputada na prestação devida (futura, pois só nasce a dívida com a celebração do prometido contrato de compra e venda), ou restituída se essa imputação não for possível, nos termos do artigo 442.º n.º 1 do Código Civil. Nesta situação está o sinal que não corresponda a uma soma pecuniária.

²⁹ SERRA, Catarina. O valor do registo provisório da aquisição na insolvência do promitente-alienante. *Cadernos de Direito Privado*. 2012. N.º 38 (abril/junho), p. 59.

insolvência, independentemente de o bem se encontrar ou não na sua posse.”³⁰

Este autor defende uma interpretação corretiva daquela norma

“da qual resulte que o contrato-promessa com eficácia real não seja, em caso algum, afetado pela declaração de insolvência”.³¹

No mesmo sentido vai a opinião de PROENÇA, José Carlos Brandão, ao afirmar que

“(…) a solução prevista no n.º 1 do art. 106.º do Código da Insolvência devia aplicar-se igualmente às promessas com eficácia real (mas sem tradição) e às promessas obrigacionais (do tipo das descritas no art. 410.º, n.º 3, do CC) com cláusula de tradição”.³²

Este autor vai ainda mais longe: defende mesmo que, não vingando tal desejável alteração legislativa,

“(…) deveria, pelo menos, e nesses casos, ser possibilitada a aquisição do direito através do exercício de um direito de preferência na alienação do bem ou, como possível melhor solução, adaptar-se o disposto no art. 164.º do Código da Insolvência, permitindo (pelo menos aos beneficiários de uma tradição clausulada em promessa obrigacional) a aquisição do bem por uma preço razoável e sem prejuízo essencial dos interesses dos outros credores, quer se defendesse ou não o surgimento do direito de retenção na fase posterior à declaração de insolvência.”³³

Também para VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, a solução “*merece as maiores reservas*”, pois “*debilita desnecessariamente o contrato-promessa com eficácia real e deveria ser revista*”.³⁴

2.2. Promessa com eficácia real sem tradição do imóvel

Se estivermos perante um contrato-promessa de compra e venda em que a coisa que é objeto do contrato prometido não foi entregue ao promitente-adquirente, isto é dizer, se não houve tradição da coisa, o administrador da insolvência tem a opção de celebrar ou recusar o contrato prometido.³⁵

³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência...*, p. 191. Idêntica crítica é feita por LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Ob. cit.*, p. 400, defendendo tal entendimento *de iure constituendo* mas não *de iure constituto*.

³¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência...*, p. 192.

³² PROENÇA, José Carlos Brandão. Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional). *Cadernos de Direito Privado*. 2008, N.º 22 (abril/junho), p. 21.

³³ PROENÇA, José Carlos Brandão. *Ob. cit.*, p. 22.

³⁴ Vide VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito de retenção...*, p. 11, embora o autor entenda que, sendo desejável a alteração legal, não é o regime que resulta da lei, não perfilhando a tese da interpretação corretiva de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes.

³⁵ É o que resulta da própria interpretação, *a contrario sensu*, do n.º 1 do artigo 106.º do CIRE, aliada à remissão que o n.º 2 da norma faz para o artigo 104.º n.º 4 do mesmo diploma que, por sua vez, remete para o artigo 102.º n.º 3 do mesmo Código, entendendo VASCONCELOS, L. Miguel Pestana., que tal remissão pressupõe necessariamente a escolha a que se reporta o n.º 1 do mesmo artigo – vide VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. Contrato-promessa e falência/insolvência. *Cadernos de Direito Privado*. 2008, N.º 24 (outubro/dezembro), p. 61-62.

Mesmo com eficácia real.

Ora, tendo em conta o requisito específico que o legislador estabeleceu no artigo 106.º n.º 1 do CIRE para retirar ao administrador da insolvência a possibilidade de recusa do cumprimento da promessa, concluir-se-ia pela existência de uma equiparação entre as situações de promessa com eficácia real mas sem tradição do imóvel e de promessa com eficácia meramente obrigacional, com ou sem tradição. À partida, diríamos então que há três hipóteses em que o administrador da insolvência pode recusar cumprir a promessa:

- “ - *promessa com eficácia real simples (sem traditio)*;
- *promessa com eficácia obrigacional simples*;
- *promessa com eficácia obrigacional (com traditio)*. ”³⁶

2.3. Promessa com eficácia meramente obrigacional sem tradição do imóvel

Se o contrato-promessa de compra e venda revestir eficácia meramente obrigacional e não houver tradição do imóvel a favor do promitente-comprador, o administrador da insolvência pode efetivamente optar por celebrar o contrato prometido ou recusar essa celebração, nos termos gerais previstos no artigo 102.º n.º 1, concatenado com o artigo 106.º n.º 1, *a contrario sensu*, do CIRE.

2.4. Promessa com eficácia meramente obrigacional com tradição do imóvel

Mas se tiver havido tradição da coisa antes da data da declaração de insolvência do promitente-vendedor, a solução não é líquida. Na verdade, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, defende que

“(...) o contrato-promessa sem eficácia real não poderia ser objecto de recusa do cumprimento se o beneficiário tiver obtido a tradição da coisa, sendo esta a hipótese contemplada no n.º 1. Neste enquadramento, o n.º 2 abrangeria apenas as situações em que ainda não ocorreu a entrega da coisa ao promitente-comprador, caso em que pode haver recusa de cumprimento, nos termos gerais”.³⁷

O autor vai ainda mais longe na crítica ao regime resultante do disposto no artigo 106.º n.º 2, do CIRE, ao afirmar que

³⁶ MORAIS, Fernando de Gravato. *Promessa obrigacional...*, p. 4-5.

³⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência...*p. 138.

*“Esta disposição omite, porém, a hipótese muito frequente de o beneficiário da promessa de venda sem eficácia real se encontrar na posse da coisa, caso em que o art. 755.º f) CC lhe atribui um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem que ser atendida em sede de insolvência. Para além disso, a estipulação de sinal e o direito ao aumento do valor da coisa não podem ser nesse caso afectados por esta recusa de cumprimento do administrador, pelo que a solução deste artigo é dificilmente compreensível.”*³⁸

Nesse conspecto, o autor defende que a interpretação corretiva do preceito deve também considerar que o contrato-promessa sem eficácia real não pode ser objeto de recusa do cumprimento se o beneficiário tiver obtido a tradição da coisa, sendo esta a hipótese contemplada no artigo 106.º n.º 1 do CIRE. Já o n.º 2 desse artigo abrange apenas as situações em que não houve ainda a tradição da coisa, nas quais o administrador da insolvência poderia exercer a faculdade de opção, nos termos gerais, com ressalva da forma de cálculo da indemnização devida ao contraente fiel, que passaria a ser a prevista no artigo 104.º n.º 5 do CIRE, com as devidas adaptações.³⁹

Esta interpretação não é, de todo, pacífica. Para OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, é inquestionável a possibilidade conferida ao administrador da insolvência de recusar o cumprimento da promessa meramente obrigacional, independentemente de *traditio*. Dizem os autores que

*“Esta possibilidade resulta evidente do n.º 1, a contrario, do art. 106.º do CIRE, que não permite a recusa de cumprimento apenas quando estejam reunidos três requisitos: o contrato-promessa tenha eficácia real, o promitente-vendedor seja o insolvente e tenha havido tradição a favor do promitente-comprador. Nos casos restantes, pode existir recusa, aplicando-se então o disposto no n.º 2 do art. 106.º e, por remissão deste, o n.º 5 do art. 104.º e, finalmente, o n.º 3 do art. 102.º do CIRE”*⁴⁰

Para estes autores, não há qualquer omissão do legislador; ao estabelecer, no n.º 1 do artigo 106.º do CIRE, aqueles três requisitos para a impossibilidade de recusa do cumprimento, deve entender-se que ele quis deixar de fora as restantes situações, por exclusão de partes⁴¹.

Depois, o argumento de que o promitente-comprador poderá, nesses casos, estar já a exercer um direito de retenção, nos termos do artigo 755.º n.º 1, alínea f), do Código Civil também não procede: é que tal direito serve para garantir o pagamento da indemnização ao contraente *in fides* nos casos em que já existe incumprimento do contrato e, sendo assim, não há lugar nem à recusa de cumprimento, nem à aplicação do artigo 102.º do CIRE.

³⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*...p. 192.

³⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*...p. 192.

⁴⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina. Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional. *Revista da Ordem dos Advogados*. 2010, Ano 70, Vol. I-IV, p. 403-404.

⁴¹ Aliás, deve presumir-se que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados - artigo 9.º n.º 3 do Código Civil.

Ademais, tal exclusão resulta de uma opção deliberada do legislador: visa permitir a aquisição do bem pelo promitente-adquirente, tal como sucede na execução singular onde a lei processual civil (aplicável subsidiariamente, quando não por remissão direta, ao processo de insolvência), também permite que o promitente-comprador, titular de contrato com eficácia real, venha a adquirir o bem por venda direta, nos termos do artigo 831.º do Código de Processo Civil - mas isto também só vale na venda executiva a favor seja titular de uma posição *erga omnes*.

Por fim, o contraente fiel, perante a recusa do administrador, não tem de ficar em pior situação do que aquela em que se encontraria caso houvesse cumprimento do contrato: passará a ser titular de um direito de crédito que lhe permitirá, em princípio, efetuar uma compra de coisa idêntica, embora correndo o risco – como os demais credores – de não se ver integralmente ressarcido por força dos sucessivos rateios.⁴²

Na verdade, e pese embora a bondade dos argumentos de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, cremos que a sua posição não é acolhida maioritariamente na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, não encontramos muitos autores, nem acórdãos dos tribunais superiores, a sufragar a tese da interpretação correctiva nos moldes propostos.

3. Efeitos práticos da opção concreta do administrador da insolvência

3.1. Promessa com eficácia real e tradição da coisa

Revestindo a promessa eficácia real e havendo tradição da coisa, o administrador da insolvência só tem um caminho: celebrar o contrato prometido. Neste caso, o negócio segue o seu curso normal, esperando-se uma realização regular das prestações recíprocas (a emissão das declarações negociais de compra e venda, com o correspondente pagamento do preço, já que a coisa está entregue ao promitente-adquirente).

Mas se o administrador não cumprir, não obstante a previsão da lei, a contraparte pode recorrer, nos casos a que se reporta o artigo 830.º n.º 3 do Código Civil, à execução específica⁴³, ou proceder à

⁴² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina. *Ob. cit.*, p. 406-407.

⁴³ No contrato-promessa de compra e venda, as partes ficam adstritas, como já vimos, a uma prestação de facto jurídico, que é “*incoercível, não podendo o devedor ser coagido pela força a emitir a declaração negocial a que se obrigou*” – vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações...*, p. 228. No entanto, o artigo 830.º do Código Civil veio prever a possibilidade de execução específica da obrigação assumida pelos promitentes, na medida em que permite que a declaração negocial do contraente faltoso seja substituída por uma declaração emitida pelo Tribunal, através de uma sentença, produzindo os mesmos efeitos que a declaração negocial omitida.

Mas o recurso à via da execução específica basta-se com a simples mora, na medida em que o credor mantém interesse na prestação e, por isso, recorre à via judicial para forçar o cumprimento do contrato-promessa. Este pedido de execução específica do contrato pode ser cumulado com a “*indemnização moratória (isto é, a reparação dos danos provocados pelo atraso ou demora no cumprimento), determinada segundo os princípios gerais da obrigação*”

resolução do contrato.⁴⁴

Na realidade, esse incumprimento consubstancia um ato ilícito e culposo, gerador do dever de indemnizar a cargo da massa insolvente, para além da própria responsabilidade do administrador da insolvência, ao abrigo do disposto no artigo 59.º n.º 1 do CIRE.⁴⁵

3.2. Restantes situações: eficácia real sem tradição e eficácia meramente obrigacional

Nas outras três situações - promessa com natureza real sem tradição da coisa; promessa meramente obrigacional, com ou sem tradição -, abre-se espaço à escolha do administrador, como já vimos acima.

de indemnizar” – vide SILVA, João Calvão da. *Ob. cit.*, p. 298. Também COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-promessa - uma síntese do regime actual*. 3.ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 48.

Pelo contrário, se estivermos perante uma situação de violação do contrato-promessa (por exemplo, por venda do bem prometido a um terceiro), ou de incumprimento definitivo, a execução específica já não é admissível. O que se compreende, pois se já se estabilizou o incumprimento do contrato, carece de sentido lógico recorrer-se ao tribunal para obter o seu cumprimento. E se o bem foi vendido a um terceiro, o tribunal, ao emitir a supra mencionada declaração negocial, estaria a vender um bem alheio.

O nosso trabalho versa sobre o contrato-promessa de compra e venda de imóvel em que houve passagem de sinal, que corresponde à vasta maioria das situações concretas. Nestes casos, e por força do que dispõe o n.º 3 do artigo 830.º do Código Civil - que alude expressamente à constituição ou transmissão de direito real sobre edifício ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir -, o direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes, nem através de convenção expressa para o efeito, nem atribuindo esse efeito (de afastamento) por força da existência da convenção de sinal ou cláusula penal - cfr. n.º 2 do mesmo artigo. A norma é imperativa e visa acautelar situações imorais na prática do contrato-promessa, estimuladas, entre o mais, pelo próprio acréscimo efectivo do valor dos bens, e aplica-se a todos os imóveis, destinados ou não a habitação própria - neste sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Ob. cit.*, p. 49. A cláusula que previse o seu afastamento seria, no caso, nula, nos termos do artigo 294.º do Código Civil.

De salientar que o recurso à execução específica está à disposição de ambos os promitentes, ou seja, tanto do que promete comprar como do que promete vender e não carece de qualquer entrega prévia do imóvel ao promitente-adquirente.

Quando há sinal passado, os efeitos do incumprimento estão previstos no artigo 442.º do Código Civil:

- O promitente-comprador tem direito a uma indemnização correspondente ao dobro do sinal passado – artigo 442.º n.º 2, 1.ª parte, do Código Civil.

- Mas se houve tradição da coisa objeto do contrato prometido (*traditio rei*), em vez do sinal em dobro, o promitente-comprador pode exigir (por força da alteração legislativa do artigo 442.º do Código Civil introduzida pelo Decreto-Lei n.º 236/80 de 18 de Julho) o valor que a coisa tiver ao tempo do incumprimento, com dedução do preço convencionado, querendo isto significar, mais concretamente, o aumento de valor que a coisa conheceu entre o momento da celebração do contrato e o momento do incumprimento do mesmo (o aumento do valor intercalar da coisa, ou da “valorização da coisa”, na expressão de SILVA, João Calvão da. *Ob. cit.* p. 288) – artigo 442.º n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil.

A esta indemnização, claro, junta-se o valor do sinal passado e da parte do preço que tenha sido paga, que o promitente-vendedor deve restituir por falta de título que justifique a sua apropriação e, neste caso, em singelo. Aliás, esse é um dos efeitos que decorre da prévia resolução do contrato-promessa incumprido, a qual, uma vez declarada, origina o dever de restituição de tudo o que tiver sido prestado, nos termos conjugados dos artigos 433.º, 434.º e 289.º do Código Civil.

Nestas situações, resta ainda ao promitente-vendedor inadimplente a possibilidade de se opor ao exercício daquele direito indemnizatório, oferecendo-se para cumprir a promessa. É o que a doutrina designa de “exceção do cumprimento do contrato-promessa” (expressão de CORDEIRO, António Menezes, citado por LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações...*, p. 240), ancorada no disposto no artigo 442.º n.º 3, 2.ª parte, do Código Civil.

Esta dupla alternativa indemnizatória colocada à disposição do promitente-comprador adimplente esgota, salvo estipulação das partes em contrário, o ressarcimento dos danos decorrentes do incumprimento definitivo da promessa.

Importa salientar, pela sua importância prática para a determinação do montante do crédito a satisfazer no processo insolvencial, que o regime do sinal previsto no artigo 442.º do Código Civil apenas tem lugar nas situações de falta definitiva de cumprimento imputável a uma das partes e de insubsistência do contrato-promessa. A simples mora - a que SILVA, João Calvão da. *Ob. cit.*, p. 299, faz somar as situações de “*inadimplemento insignificante ou de escassa importância*” - não gera para o promitente-comprador qualquer das indemnizações fixadas na sobredita norma. Gera sim, o direito de recurso à execução específica, na qual o demandante/promitente-comprador pode peticionar uma indemnização (moratória) nos termos gerais, como já dissemos atrás. De resto, nas situações de simples mora em que o promitente-comprador pretenda aceder a uma das indemnizações previstas no artigo 442.º do Código Civil, resta-lhe converter a mora em incumprimento definitivo, recorrendo à interpelação admonitória a que alude o artigo 808.º do mesmo diploma (Esta é a solução a que aderimos e que temos visto amplamente consagrada nos acórdãos dos tribunais superiores que analisámos, não sem antes referir a grande divergência doutrinária que a questão suscita, com várias soluções preconizadas, que não cabe abordar aqui visto não constituir o tema central desta nossa análise. Mas diga-se que para LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, a restituição do sinal em dobro exige incumprimento definitivo, ao passo que a opção pelo aumento do valor da coisa basta-se com a simples mora, posto que admite um posterior cumprimento pelo contraente faltoso - vide *Direito das Obrigações...*, p. 243).

⁴⁴ Vide VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito de retenção...*, p. 10.

⁴⁵ Vide VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. *Direito de retenção...*, p. 13.

3.2.1. Opção pelo cumprimento

Se opta pelo cumprimento, o percurso subsequente do negócio é o mesmo que se verifica na promessa real com *traditio*.

Mas falhando depois o cumprimento a que se vinculou por escolha própria, as consequências são as mesmas: ato ilícito e culposo do administrador da insolvência, abrindo-se a possibilidade de recurso à execução específica ao abrigo do artigo 830.º n.º 3 do Código Civil, ou resolução do contrato.

3.2.2. Opção pela recusa de cumprimento

Já se faz a opção pela recusa, o contrato prometido nunca é celebrado e as consequências são as que se encontram previstas no artigo 106.º n.º 2 do CIRE, que remete para o regime do artigo 104.º n.º 5 do mesmo diploma, com as devidas adaptações, norma essa que se reporta à venda com reserva de propriedade. Esta norma, por sua vez, faz uma remissão para o regime do artigo 102.º n.º 3 do Código, com uma precisão: este crédito sobre a insolvência é calculado não de acordo com o critério da alínea c), mas sim de acordo com a regra resultante do n.º 5 do artigo 104.º, devidamente adaptada. Consigna-se que aqui o legislador não estabeleceu qualquer distinção entre promessa sinalizada e promessa não sinalizada.⁴⁶

De remissão em remissão, com salvaguarda das especificidades da promessa de contrato, o regime é, de facto, algo nebuloso. Vejamos.

Trata-se sempre de um crédito sobre a insolvência, como decorre dos artigos 102.º n.º 3 alínea d) iii e 104.º n.º 5 do CIRE.

O artigo 104.º n.º 5 do CIRE consagra a teoria da diferença na medida em que o promitente-comprador teria direito à indemnização pela diferença, se positiva, entre o valor da coisa objeto do contrato prometido na data da recusa e o montante do preço que ainda teria de pagar.

O promitente-comprador poderia ainda exigir uma indemnização em montante superior, nos termos do artigo 102.º n.º 3 alínea d) do CIRE, tendo de provar esses danos,⁴⁷ e não teria direito à restituição

⁴⁶ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. *Contrato-promessa e falência...*, p. 62.

⁴⁷ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. *Direito de retenção...*, p. 14.

do sinal prestado ao abrigo do disposto na alínea a) do mesmo número.⁴⁸

Com esta solução, e como bem refere LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes,

*“O promitente-comprador acaba assim, em consequência da recusa de cumprimento, por ver afectados os seus direitos decorrentes do contrato-promessa, uma vez que não poderá recorrer à execução específica (art. 830.º CC), nem solicitar o pagamento do sinal em dobro (art. 442.º, n.º 2 CC).”*⁴⁹

Esta questão suscitou acesso debate na doutrina, no sentido de saber-se se os direitos do promitente-adquirente são exatamente os que decorrem das normas conjugadas do CIRE que temos vindo a enunciar, ou se é de aplicar o regime geral do Código Civil, à luz do artigo 442.º n.º 2, isto é dizer, direito ao recebimento do dobro do sinal prestado ou eventualmente ao montante correspondente ao aumento do valor intercalar da coisa (em caso de *traditio*).

Para VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, a solução mais adequada é entender-se que continua a ser aplicável o regime geral do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil, com os seguintes argumentos:⁵⁰

Em primeiro lugar, “a coerência interna da própria figura” pois, na hipótese de insolvência do promitente-comprador, quando há uma recusa de cumprimento por parte do administrador, a massa insolvente faz seu o sinal entregue, na medida em que não tem de restituir o que recebeu; carece de sentido, por conseguinte, que o regime do sinal se não aplique também na hipótese em que o insolvente é o promitente-vendedor. O autor apela à “*bilateralidade ou reciprocidade de efeitos*” de que falava VARELA, Antunes.⁵¹

Em segundo lugar, se não se aplicar o regime do artigo 442.º do Código Civil, haverá uma “*clara contradição valorativa*” entre a disciplina do contrato-promessa na insolvência do promitente-comprador e na insolvência do promitente-vendedor, sendo o desenho da primeira fortemente protetor da contraparte (promitente-vendedor) e o desenho da segunda bem mais frágil a proteger a contraparte (promitente-comprador), sabendo-se que esta é, em regra, “*mais carente de tutela*”.

Em terceiro lugar, o regime do artigo 442.º é mais favorável ao promitente-comprador pois a indemnização está pré-fixada e ele não tem de alegar e provar os danos sofridos com a recusa de cumprimento (que podem ser de difícil demonstração em juízo).

⁴⁸ Ao contrário do que previa o CPEREF, no seu artigo 164.º-A, para a promessa obrigacional.

⁴⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*...p. 192.

⁵⁰ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. *Direito de retenção*..., p. 15-16.

⁵¹ VARELA, Antunes. Anotação ao acórdão do STJ de 1/2/1983. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 119.º, p. 348, citado por VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito de retenção*..., p. 15.

Por fim, tratando-se de um crédito comum, está sujeito a rateio nos termos do artigo 176.º do CIRE, o que conduz a um grande abaixamento do valor a receber. Claro que isto significa também que o contraente *in fides*, para além de ficar sem o bem, fica ainda sem uma boa parte do sinal pago ao insolvente.

Neste conspecto, o autor faz uma interpretação restritiva do artigo 106.º n.º 2 do CIRE, excluindo do seu âmbito de aplicação “*a promessa sinalizada nos casos de insolvência do promitente-vendedor*”. Neste caso, o regime aplicável é o do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil.

O autor não ignora o facto de o regime do artigo 442.º do Código Civil assentar num incumprimento imputável à outra parte, sendo certo que o administrador da insolvência, quando recusa o cumprimento, está a agir no exercício dum direito potestativo que a lei lhe confere, pelo que a recusa é lícita e não pode ser considerada culposa.

Diz ainda o autor que não se pode imputar o incumprimento ao insolvente porque, em bom rigor, o incumprimento da promessa decorre não diretamente da insolvência do promitente-vendedor, mas sim duma escolha do administrador. E não raras vezes, a insolvência acaba por ser qualificada como fortuita, o que significa que nem sequer é imputada, a título de culpa, ao próprio devedor.

Ora, sabendo-se que a palavra “imputável” usada na redação do artigo 442.º do Código Civil implica um juízo de censura culposa, não pode deixar de entender-se que a aplicação dessa norma, no âmbito insolvencial, não decorre de forma direta. Há uma lacuna a preencher, em primeiro lugar, por recurso à analogia.

E o recurso à analogia é que nos conduzirá ao artigo 442.º n.ºs 2 e 4 do Código Civil. Assim, e por essa via, incumprido o contrato-promessa, o promitente-comprador tem um direito de crédito (sobre a insolvência e não sobre a massa) correspondente ao sinal em dobro ou, havendo tradição, ao aumento do valor da coisa.

Não conduz à aplicação do n.º 1 da mesma norma (442.º) pois a lei insolvencial não deixa de prever a indemnização do contraente *in fides*, mormente, através das remissões atrás referenciadas para o artigo 102.º n.º 3 do CIRE. Ora, a aplicação do n.º 1 do artigo 442.º do Código Civil conduziria a uma mera restituição do sinal prestado, que não reveste qualquer faceta indemnizatória.

E, por fim, ao argumento de que essa aplicação do regime do sinal resultante do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil pode conduzir a uma solução excessiva (por ser muito elevado o crédito que então se

gera para o promitente-comprador), o autor responde que, também por analogia, poderá seguir-se o regime do artigo 812.º do Código Civil, procedendo o tribunal a uma redução do seu montante, por razões de equidade.⁵²

São outras as soluções avançadas por MORAIS, Fernando de Gravato. Este autor constata efetivamente que o valor da indemnização que o promitente-comprador acaba por ter com a aplicação do regime do artigo 106.º n.º 2 do CIRE é inferior ao que resultaria da aplicação do regime do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil. No fundo, o resultado final que se alcança com a aplicação do regime do CIRE é muito próximo do que resulta da lei civil em sede de resolução – caminho que julga não ser adequado.

E nesse conspecto, o autor acaba também por fazer uma interpretação restritiva do artigo 106.º n.º 2 do CIRE,

“(...) de sorte que este tão-somente se deve aplicar às promessas não sinalizadas”.

*Quanto às promessas sinalizadas, vale o regime geral do artigo 442.º, n.º 2, do CC, na medida em que isso estava previsto no art. 164.º-A do CPEREF”.*⁵³

No sentido oposto ao defendido por estes autores encontramos OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, que entendem que, a partir do momento em que a lei atribui ao administrador da insolvência o direito potestativo de recusar o cumprimento do contrato-promessa, fica logo excluída a possibilidade de se aplicar o artigo 442.º do Código Civil, falando mesmo numa “contradição teleológica”. Usam os argumentos que passamos a enunciar.

Em primeiro lugar, nas promessas a que se refere o artigo 410.º n.º 3 do Código Civil, ou seja, em que o contrato prometido visa, onerosamente, constituir ou transmitir direito real sobre edifício ou sobre fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir, o regime da execução específica é imperativo, como resulta do artigo 830.º n.º 3 do mesmo diploma. Aí, o sinal é sempre confirmatório ou confirmatório-penal.⁵⁴ Ora, essa natureza do sinal e o direito potestativo de recusa do administrador da insolvência não se mostram compatíveis: como articular a função compulsória do cumprimento/sancionamento do incumprimento com um direito *potestativo* conferido por lei de não cumprir? Ademais, os direitos emergentes do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil conflituam com o regime que resulta dos artigos 102.º a 118.º do CIRE, fazendo tábua rasa do que dispõe o artigo 119.º do mesmo diploma, que atribui carácter imperativo às normas dos artigos 102.º e seguintes.

⁵² Neste sentido, VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito de retenção...*, p. 19-20.

⁵³ MORAIS, Fernando de Gravato. *Promessa Obrigacional...*, p. 8-9.

⁵⁴ Cfr. nota 28.

Em segundo lugar, o funcionamento do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil pressupõe ilicitude e culpa no não cumprimento. Ora, no caso da insolvência, a recusa do cumprimento da promessa resultante duma opção legítima do administrador não é nem ilícita, nem culposa e nunca seria um incumprimento imputável ao devedor. Repare-se que o devedor propriamente dito não pode cumprir por força da transferência dos seus poderes de administração e disposição para o administrador da insolvência; o administrador não tem um dever de cumprir, mas uma opção legal nesse sentido, sendo legítima também a opção contrária. Não havendo dever de cumprir, a falta de cumprimento não é nem ilícita, nem culposa.

Em terceiro lugar, não pode acolher-se o argumento da especial tutela a conferir ao promitente-comprador, parte mais fraca, porque a par desse interesse, privado, existem outros concorrentes e, no fundo, há que fazer sobrepor “*os interesses da coletividade dos credores aos interesses de cada credor singular*”.⁵⁵

Sistematizando a sua posição, concluem estes autores que o promitente-comprador titular de promessa com eficácia meramente obrigacional, em caso de recusa de cumprimento, apenas tem direito à indemnização pela diferença, nos termos conjugados dos artigos 106.º n.º 2, 104.º n.º 5 e 102.º n.º 3 alínea c) do CIRE, não sendo de aplicar o regime do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil; a esse valor indemnizatório acresce o valor do sinal eventualmente já entregue.⁵⁶

4. Qualificação do crédito do promitente-comprador fiel

Igualmente geradora de grande controvérsia é a discussão sobre a natureza deste direito do contraente fiel na graduação de créditos que há-de fazer-se no processo de insolvência. Que se trata de um crédito sobre a insolvência, não há dúvida; mas será crédito comum ou garantido por direito de retenção?

4.1. Noção, função e características do direito de retenção em geral

Historicamente, o direito de retenção surgiu, no dizer de VARELA, Antunes, como

⁵⁵ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina. *Insolvência e contrato-promessa...*, p. 413-421 e 429.

⁵⁶ Para tanto, fazem uma interpretação restritiva o artigo 102.º n.º 3 alínea a) do CIRE, no sentido de considerar que a norma apenas se aplica à restituição em espécie. Mesmo que assim se não entenda, essa restituição do sinal – em singelo – sempre resultaria das regras do enriquecimento sem causa do artigo 473.º do Código Civil.

*“um simples meio de coacção. O credor que, por determinadas circunstâncias, tivesse em seu poder uma coisa pertencente ao seu devedor, poderia recusar a entrega dela enquanto este lhe não pagasse o que devia.”*⁵⁷

O Código Civil de 1966 veio aditar a essa função de coerção uma outra, de garantia, pois passou a considerá-lo um verdadeiro direito real de garantia. Enquanto direito real de garantia, traduz um poder direto e imediato sobre a coisa, com eficácia *erga omnes*, ou seja, *“o credor pode fazê-lo valer tanto contra o devedor como contra terceiros”*,⁵⁸ revestindo, por isso, carácter absoluto. Proporciona ao seu titular

“a realização de valor certo pelo produto da venda da coisa, com preferência sobre os credores comuns ou privilegiados com garantia de grau inferior”.⁵⁹

De tal modo que VARELA, Antunes, define-o como sendo

“(...) o direito conferido ao credor, que se encontra na posse de certa coisa pertencente ao devedor de, não só recusar a entrega dela enquanto o devedor não cumprir, mas também, de executar a coisa e se pagar à custa do valor dela, com preferência sobre os demais credores.”^{60 61}

Não existe um nexo sinalagmático entre a obrigação do retentor – que é sempre uma obrigação de prestação de coisa - e a obrigação da contraparte, mas sim uma *“relação de conexão funcional”*⁶².

Para que possa haver direito de retenção, é necessário que o crédito do devedor da entrega da coisa resulte de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados. Essa é a ideia geral que resulta do artigo 754.º do Código Civil, com ressalva das situações específicas previstas no artigo seguinte, onde essa conexão está diluída.

Quando o retentor tem na sua mão, de forma lícita,⁶³ coisa imóvel pertencente ao seu credor, vai mesmo equiparado por lei ao credor hipotecário, nos termos do artigo 759.º do Código Civil, na medida em que pode executar a coisa para pagamento do seu crédito e tem direito a ser pago com

⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 7.ª edição. Volume II. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 577.

⁵⁸ Vide SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Direito de retenção. *Boletim do Ministério da Justiça*. 1957, N.º 65, abril, p. 106.

⁵⁹ MALDONADO, João Pedro Nunes. O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca. *Julgar*. N.º 13 (janeiro/abril 2011). Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2011, p. 248.

⁶⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*..., p. 579.

⁶¹ GOMES, Júlio, chega mesmo a aludir à figura do refém, *“sendo que aqui o refém não é o corpo do devedor ou de um dos seus familiares, mas uma coisa”* - vide Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...). *Cadernos de Direito Privado*. 2005 (julho/setembro), p. 4.

⁶² VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*..., p. 580, e por isso se distingue da “excepção do não cumprimento” a que se refere o artigo 428.º do Código Civil; neste caso, há um sinalagma funcional das prestações a que ambas as partes se encontram adstritas, sendo que enquanto o excipiente não realizar a sua prestação, a contraparte tem direito a recusar a sua (prestação de facto ou de coisa). Esta não pode ser afastada mediante prestação de garantias (n.º 2), ao passo que o direito de retenção pode ser afastado, em princípio, mediante prestação de caução suficiente [756.º al. d)] – *idibem*, p. 581.

⁶³ Ver as exclusões previstas no artigo 756.º do Código Civil.

preferência em relação aos demais credores do devedor.⁶⁴ E isto vale de tal modo que essa garantia prevalece mesmo sobre a hipoteca, como veremos mais adiante, e pode ser exercido quer no âmbito de execução instaurada pelo próprio retentor, quer em execução instaurada por terceiro, na qual vai, uma vez citados os demais credores garantidos do executado, poder invocar, no concurso, a sua preferência.⁶⁵

Este direito não está sujeito a registo predial e tem fonte legal, isto é dizer, é a própria lei que o confere, não sendo necessária qualquer declaração judicial com vista à sua constituição.⁶⁶

4.2. O caso específico do direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil

Neste nosso trabalho assume particular relevo o direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil que o confere 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 442.º”.

O direito de retenção conferido ao promitente-comprador tem a sua origem no Decreto-Lei n.º 236/80 de 18 de julho. Com efeito, este diploma veio introduzir o n.º 3 no artigo 442.º do Código Civil, de acordo com o qual passou a gozar de tal direito o promitente-comprador que obteve a tradição da coisa objeto do contrato prometido pelo crédito resultante do incumprimento.

Esse aditamento assentou num contexto económico-social, no domínio da aquisição de casa para habitação própria, caracterizado por um excesso de procura e forte desvalorização da moeda - mistura explosiva que constituía um convite ao incumprimento dos contratos-promessa de compra e venda de imóveis já firmados, por parte de construtores menos escrupulosos, que só tinham de restituir o sinal em dobro (correspondente a uma quantia muito desvalorizada), ficando livres para vender a terceiros os imóveis por melhor preço. Isto sucedia, inclusivamente, quando havia já famílias a habitar os imóveis prometidos, que eram desalojadas. Não menos frequentemente, exigiam às famílias novos pagamentos, não acordados e, em regra, à margem do sistema fiscal.

⁶⁴ O que significa que o bem retido é logo o primeiro a ser penhorado na execução, nos termos do artigo 697.º do Código Civil.

⁶⁵ SERRA, Vaz. *Ob. cit.*..., p. 205.

⁶⁶ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013, p. 359-360.

Por isso, o legislador de 80 conferiu ao contraente fiel a possibilidade de recorrer à execução específica de modo vinculativo, um direito de opção entre receber o valor do sinal em dobro ou uma indemnização correspondente ao valor da coisa prometida, ao mesmo tempo que dava garantia de satisfação desse direito indemnizatório por via do direito de retenção, direito este prevalecente sobre as hipotecas que oneravam o bem, ainda que anteriormente registadas.

A verdade é que tais alterações mereceram a crítica da doutrina mais clássica, que as considerou *draconianas*⁶⁷, concebendo uma interpretação da lei nos termos da qual as soluções previstas se aplicavam apenas aos contratos-promessa de compra e venda visados pelo n.º 3 do artigo 410.º do Código Civil.

E, efetivamente, o legislador de 1986 acabou por corrigir a sua posição através do Decreto-Lei n.º 379/86 de 11 de novembro. Este diploma acabou por consagrar que a indemnização correspondente ao valor da coisa à data do incumprimento teria de sofrer a dedução do preço convencionado, mais havendo lugar à restituição do sinal entregue e da parte do preço que tenha sido paga. Mais transferiu o direito de retenção para a alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil, atinente a tal garantia especial, retirando-o da parte referente ao regime do sinal.

O próprio relatório que precede o articulado daquele Decreto-Lei reconheceu que o reembolso dos empréstimos contraídos pelas empresas de construção civil junto da Banca poderia ficar comprometido por força da preferência conferida aos beneficiários das promessas de venda, mas logo acrescentou que “*neste conflito de interesses afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares*”. Com efeito, o legislador partiu do pressuposto de que estes se encontram numa posição de maior fragilidade face às instituições financeiras que,

“como profissionais, podem precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de selectividade de crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares”.

De modo que, à luz do regime atual, os pressupostos cumulativos para o exercício deste direito de retenção podem ser sistematizados da seguinte forma:⁶⁸

- ser beneficiário de promessa de transmissão ou constituição de um direito real;
- haver *traditio* da coisa a favor do promitente-adquirente;

⁶⁷ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português. 2.º v.: Direito das Obrigações, 2.º t.: Contratos*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2010, p. 378.

⁶⁸ MORAIS, Fernando de Gravato. *Contrato-promessa em geral...*, p. 232-234.

- ser o beneficiário da promessa titular de um crédito sobre a contraparte, decorrente do incumprimento definitivo do contrato-promessa, a esta imputável.

Anota-se que não é exigível que tenha sido passado sinal.⁶⁹

4.2.1. Controvérsias quanto ao âmbito de aplicação

Também aqui LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes faz uma interpretação restritiva da norma do artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil, no sentido de considerar que o direito de retenção

*“(...) só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação directa com a coisa a reter. Parece, assim, que o credor só deve poder exercer a retenção em relação a esse crédito.”*⁷⁰

Esta posição é sufragada por CORDEIRO, António Menezes, que partilha a ideia de que, não tendo sido passado sinal, a detenção do imóvel pelo promitente-comprador significa um ato de mera tolerância do promitente-vendedor, não sendo de penalizá-lo conferindo ao primeiro um direito de retenção nessas circunstâncias.⁷¹

Prossegue LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes dizendo que esta interpretação restritiva é a que se consegue harmonizar com os direitos dos credores hipotecários:

*“Efectivamente, o credor hipotecário obteve a sua garantia quando o bem tinha determinado valor. Tendo este obtido uma valorização enquanto se encontrava na posse do promitente-comprador, este pode exercer a retenção para obter, em primeiro lugar o pagamento do aumento desse valor, após o que o bem poderá a continuar a ser executado pelo credor hipotecário em relação ao valor remanescente”.*⁷²

Não é esta, todavia, a posição dominante na doutrina e na jurisprudência, as quais vêm legitimando o exercício do direito de retenção a fim de garantir o pagamento de qualquer uma das indemnizações previstas no artigo 442.º n.º 2 do Código Civil: sinal em dobro ou montante equivalente ao aumento do valor intercalar da coisa.

⁶⁹ Embora a situação de se conferir *traditio* sem passagem de sinal seja, de todo, invulgar.

⁷⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*..., p. 248.

⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. *Ob. cit.*, p. 401-402.

⁷² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*..., p. 248-249.

4.3. A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca e a controvérsia gerada

A prevalência do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil sobre a hipoteca, mesmo que anteriormente registada, é geradora de enorme controvérsia doutrinária, não sendo bem aceite tal solução pela generalidade dos autores.⁷³

Quais os riscos desta solução legal? São evidentes para o credor hipotecário. Um devedor mal-intencionado que queira furtar-se ao cumprimento da sua obrigação, e não possuindo outros bens que respondam pelo pagamento da dívida, pode perfeitamente, já depois de constituída a hipoteca, celebrar com terceiro contrato-promessa de compra do imóvel onerado, transmitindo-lhe a posse do imóvel, mais declarando ter recebido o preço no todo ou em parte. Tanto basta para fazer nascer na esfera do promitente-comprador um direito indemnizatório pelo incumprimento desse contrato-promessa, consubstanciado, por exemplo, na restituição do sinal em singelo e da parte do preço que tiver pago (que pode ser mesmo a totalidade), acrescido do montante correspondente ao aumento do valor intercalar da coisa, para que pouco ou nada sobre para satisfazer o direito do credor hipotecário.⁷⁴

Note-se que a instituição bancária não tem condições de impedir a celebração de contratos-promessa de compra e venda por parte do empreiteiro, nem nisso tem qualquer interesse pois são precisamente os sinais recebidos dos promitentes-compradores que lhe permitem ir satisfazendo os empréstimos contraídos.

Ademais, tal prevalência acarretava, dizia a doutrina, riscos para a concessão de crédito, em termos de número e de preço, bem como uma diminuição da entrega antecipada das chaves dos imóveis, até mesmo por imposição bancária.

Ao nível jurisprudencial, porém, a questão está perfeitamente pacificada. Para tal muito contribuíram os acórdãos do Tribunal Constitucional sobre a matéria, de entre os quais se destacam os n.ºs 356/2004, de 19 de abril de 2004, 466/2004, de 23 de junho de 2004 e 73/2011, de 3 de fevereiro de 2011⁷⁵, que se pronunciaram no sentido da não inconstitucionalidade da norma com o argumento de que o regime instituído visa precisamente dar prevalência ao direito dos consumidores à proteção de particulares interesses económicos conexos, mais concretamente, à aquisição de casa própria, em detrimento das instituições de crédito, no fundo, em nome do artigo 60.º n.º 1 da Constituição da

⁷³ Por isso se chamou ao direito de retenção uma “*super-garantia (...) até certo ponto, um factor de perturbação no jogo das outras garantias*” - vide GOMES, Júlio. *Ob. cit.*, p. 12.

⁷⁴ Neste sentido, vide GONÇALVES, A. Luís. O direito de retenção e a sua aplicação aos contratos-promessa. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano XXX, 1988 (III da 2.ª Série), julho-setembro, N.º 3, p. 282-283.

⁷⁵ Disponíveis em www.tribunalconstitucional/tc/acordaos

República Portuguesa que dá guarida à tutela do consumidor.

4.3.1. A prevalência da proteção do promitente-comprador consumidor

Ora, a ideia da “*proteção do consumidor*” foi usada com particular acolhimento jurisprudencial por VASCONCELOS, L. Miguel Pestana.

Este autor, na esteira de FARIA, Ribeiro de,⁷⁶ sublinha que não pode perder-se de vista que, por força da ausência de um mercado de arrendamento de imóveis, a grande maioria das famílias viu-se empurrada para a aquisição de habitação própria, celebrando contratos-promessa de compra e venda, tendo conhecimentos jurídicos muito limitados. Ao entregarem sinal e obterem as chaves do imóvel, onde passam a habitar, desenvolvem uma expectativa muito forte de virem a adquirir aquela casa. Assim, perante um incumprimento por parte do promitente-vendedor, sobretudo em caso de insolvência deste, a sua situação ficaria extremamente penalizada se o imóvel fosse apreendido para o processo de insolvência e vendido com pagamento preferencial aos credores hipotecários. Isso significaria, na verdade e na prática, a perda das quantias já pagas, e bem assim, da casa de habitação.

É verdade que a atribuição do direito de retenção nesses casos constituiu um prejuízo para os Bancos mas, como refere o autor, estamos a tratar de “*profissionais da concessão de crédito*” que estão em melhor posição de se defenderem, seja através da concessão criteriosa de crédito aos empreiteiros, seja rodeando-se de outras garantias que não só a hipoteca, como o aval prestado por terceiros, a fiança, o penhor sobre outros bens da sociedade. Aliás, esta ideia consta mesmo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 379/86 de 11 de novembro.

Mas reconhecendo tudo isto, o autor propõe também uma interpretação restritiva da alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil, em função do que foi a própria intenção do legislador de 80: a tutela do promitente-comprador nos contratos-promessa sinalizados e em que tivesse havido tradição da coisa, fazendo pender a balança a favor deste no confronto com os credores hipotecários.

Ora, essa fortíssima garantia visava proteger não todo e qualquer promitente-comprador, mas sim um particular, o consumidor.⁷⁷ Diz o autor que “*esta disposição é assim materialmente uma norma de*

⁷⁶ Que o autor cita em *Direito das Garantias...*, p. 368, como sendo uma das poucas vozes discordantes da posição doutrinária dominante.

⁷⁷ A Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96 de 31 de julho, actualmente na redação conferida pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro, define, no artigo 2.º, como consumidor *todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*.

tutela do consumidor”.⁷⁸ Donde decorre que esse direito de retenção só existe quando o promitente-comprador seja um consumidor. Se o não for, não beneficia dessa tutela especial.⁷⁹

Outros autores assim o não entendem. É o caso de SERRA, Catarina, para quem o crédito que emerge a favor do contraente *in bonis* é, neste caso,

*“(…) um crédito comum, estando excluída qualquer possibilidade de o promitente-comprador invocar a titularidade de um direito de retenção sobre a coisa objecto de tradição. Não havendo lugar à aplicação do art. 442.º, n.º 2, do CC, fica prejudicada a aplicação do art. 755.º, n.º 1, al. f), do CC: mesmo quando haja tradição da coisa fica sempre a faltar o outro requisito imposto pela norma - o de o crédito garantido pelo direito de retenção resultar do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º”*⁸⁰

Ademais, o reconhecimento desse direito, diz a autora, significaria o reconhecimento da constituição de créditos garantidos no decurso do processo de insolvência (ou seja, com uma declaração de insolvência já proferida pelo tribunal e no seguimento da opção de recusa de cumprimento tomada pelo administrador), pondo em causa “a estabilização geral do passivo do insolvente”.⁸¹

Por fim, está em causa uma garantia oculta, que não é do conhecimento dos demais credores⁸², e que, a ser reconhecida ao promitente-comprador, conferir-lhe-ia uma tutela ainda mais forte do que ao próprio comprador,

*“já que este, como adquirente de bens hipotecados, veria a hipoteca ser-lhe oponível e portanto os bens adquiridos responderem, em caso de execução de hipoteca. Pelo contrário, o promitente comprador, titular de um direito real de garantia prevalecente sobre a hipoteca, teria o direito de ser pago pelo não cumprimento da obrigação, à frente do credor hipotecário, que posteriormente dificilmente conseguiria obter a satisfação do seu crédito.”*⁸³

Pelo que, para os que advogam esta tese, o promitente-comprador será mero credor comum - o que não é particularmente chocante em nome do princípio *par conditio creditorum*, o qual acarreta uma limitação generalizada dos direitos dos demais credores e corresponde a uma exigência de justiça distributiva, de distribuição de sacrifício, de “*comunhão de perdas*” ou de “*comunhão no risco*”.

⁷⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. *Direito das Garantias*...p. 376.

⁷⁹ Como é bom de ver, a discussão passou a ser o conceito de *consumidor*, o que desenvolveremos no Capítulo II desta dissertação, com casos reais.

⁸⁰ SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*. 5.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2012, p. 105-106.

⁸¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina. *Ob. cit.*, p. 435.

⁸² Embora aqui GOMES, Júlio, refira que a posse é “*ela própria, um meio de publicidade*” - vide *Ob. cit.*, p. 12, com concordância, em parte, de MADALENO, Cláudia. *A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 104-105.

⁸³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*..., p. 247. Pecha essa que o autor colmata com a interpretação restritiva que faz do artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil como já referimos supra.

Outros autores há, como MORAIS, Fernando de Gravato, que entendem que o direito de retenção deve ser reconhecido ao promitente-comprador na medida em que a expressão incumprimento imputável a “*deve ser entendida cum granum salis em sede de insolvência, e no exato sentido de ter dado causa a, ter motivado a.*”⁸⁴

Com efeito, a declaração de insolvência pode ser decretada com base nos factos-índice a que aludem as alíneas do n.º 1 do artigo 20.º do CIRE, donde se deduz a imputabilidade da situação a alguém, que é o devedor.

A isto acresce, segundo o autor, que se o regime previsto no artigo 104.º n.º 1 do CIRE, que considera que a expectativa de aquisição do comprador (a prestações com reserva de propriedade) e do locatário (na locação financeira com entrega da coisa) é tão forte que justifica a atribuição de um direito de exigir o cumprimento do contrato, o mesmo deve suceder com o promitente-comprador com tradição da coisa, que tem expectativa igualmente forte na celebração do seu negócio.

Por fim, quando se alega que a insolvência, muitas vezes - se não mesmo a maioria das vezes -, acaba por ser qualificada como fortuita, não pode perder-se de vista que o CIRE exige, para efeitos de qualificação da insolvência, uma culpa grave ou o dolo, quando, para efeitos civilistas, a culpa abrange outros estádios, mormente, a “*culpa não grave*”.⁸⁵

E sendo um credor garantido, o promitente-comprador sempre poderá lançar mão do mecanismo previsto no artigo 164.º n.ºs 2 a 4 do CIRE e, por essa via, vir a adquirir o imóvel.

Cumprida a análise doutrinária do nosso tema, vejamos como foi sendo feito o seu tratamento jurisprudencial, no segundo capítulo deste trabalho.

⁸⁴ MORAIS, Fernando de Gravato. *Promessa obrigacional...*, p. 10.

⁸⁵ MORAIS, Fernando de Gravato. *Promessa obrigacional...*, p. 12.

CAPÍTULO II

A abordagem jurisprudencial

1. “Estado da arte” na jurisprudência

Há um marco incontornável ao nível da jurisprudência dado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de uniformização de jurisprudência (AUJ), com o n.º 4/2014, publicado no Diário da República, Série I, n.º 95, de 19 de maio de 2014⁸⁶, no qual se deliberou que

“No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil.”

O caminho até aqui não fora pacífico, registando-se fortes divergências ao nível dos tribunais de primeira instância e dos tribunais superiores, incluindo do Supremo Tribunal de Justiça, como bem pudemos atestar através da análise de cerca de 90 (noventa) acórdãos publicados.

De salientar que, mesmo dentro de cada Tribunal da Relação, registaram-se entendimentos e deliberações opostos, não nos tendo sido possível detetar a existência de um padrão, ou tendência propriamente ditos, dentro de cada Relação - o que, com toda a certeza veio acicatar a necessidade de uniformizar jurisprudência.

Já no que respeita aos *thema decidenda*, verificámos que se resumem a um núcleo central de questões:

- Quando é que o administrador da insolvência goza da faculdade potestativa de optar por cumprir ou recusar o cumprimento do contrato-promessa (negócio em curso ou não);
- Quando existe *traditio* (que atos integram o conceito);
- Em que situações o promitente-comprador assume a veste de consumidor;
- O conflito de garantias entre o retentor e o credor hipotecário;
- As consequências decorrentes da recusa de cumprimento da promessa por parte do administrador da insolvência, com efeitos ao nível da qualificação do crédito do promitente-comprador fiel.

⁸⁶ Também disponível, tal como os demais acórdãos citados, em www.dgsi.pt, salvo indicação em contrário.

Vejamos casos reais.

1.1. Negócios em curso

O primeiro *thema decidendum* reporta-se essencialmente à questão de saber quando é que pode dizer-se que o negócio está “em curso” pois, como já vimos atrás, só em relação a estes existe direito de opção por parte do administrador de insolvência.

No acórdão do Tribunal do Tribunal da Relação de Évora de 01 de outubro de 2013 - processo n.º 216/11.4T2GDL-B.E1, relata-se a situação de uma insolvência de pessoa coletiva, construtora civil, em que, no apenso de verificação ulterior de créditos a que se reportam os artigos 146.º e seguintes do CIRE, declarou-se o incumprimento do contrato-promessa celebrado pela insolvente com um particular, condenou-se aquela a devolver-lhe o dobro do sinal prestado e reconheceu-se tal crédito como garantido pelo direito de retenção sobre a fração autónoma prometida vender.

O recurso foi interposto pelo credor hipotecário - de resto, como sucedeu na vasta maioria das situações por nós analisadas -, pondo em causa a configuração dada ao caso pela primeira instância no que toca ao pretenso “incumprimento definitivo”, e bem assim alegando que o negócio ficara suspenso, ao abrigo do disposto no artigo 106.º do CIRE, cabendo à administradora da insolvência recusar licitamente o cumprimento.

Ora, de entre o elenco dos factos provados, realça-se o seguinte:

- a) O contrato-promessa havia sido celebrado em 06 de junho de 2002 e a fração em causa estava hipotecada;
- b) O autor pagou sinal e reforçou-o por várias vezes, de tal modo que estava já paga uma parte substancial do preço;
- c) A insolvente nunca marcou a escritura pública de compra e venda, como lhe competia, nem sequer depois de ter sido formalmente interpelada para o efeito, com concessão de prazo adicional, findo o qual considerar-se-ia o contrato definitivamente incumprido;
- d) Ainda assim, em 2003, entregou ao autor as chaves da fração, permitindo que nela se instalasse, o que veio a suceder nos períodos de férias e fins de semana.

Perante este quadro factual, a Relação de Évora entendeu que tinha andado bem a primeira instância pois, fruto da verdadeira interpelação admonitória efetuada pelo autor nos termos do artigo 808.º do Código Civil, a mora em que incorria a insolvente converteu-se em incumprimento definitivo do contrato-promessa, sendo esse incumprimento muito anterior ao decretamento da insolvência da promitente-vendedora, em 23 de maio de 2012, concluindo pela “*inaplicabilidade do regime do CIRE à situação em apreço*”. Sendo assim, ao contrário do que defendia o recorrente, o caso não configurava um “*negócio em curso*” enquadrável no artigo 102.º do CIRE.

Situação semelhante foi tratada no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de junho de 2012 - processo n.º 1119/10.5TBPBL-E.C2, em que os autores, por apenso ao processo de insolvência de pessoa coletiva pendente, em ação de verificação ulterior de créditos, peticionaram o reconhecimento de um crédito a seu favor, correspondente ao dobro do sinal prestado e ao valor de benfeitorias realizadas no imóvel, com base em incumprimento do contrato-promessa de compra e venda imputável à insolvente, mais pedindo “*a separação da moradia objeto do contrato-promessa da massa insolvente até obterem a integral satisfação do seu crédito*”.

O recurso foi interposto pela massa insolvente, com o argumento de que não podia considerar-se ter havido perda objetiva do interesse do credor na conclusão do negócio, não se registando sequer uma situação de mora da insolvente.

Em termos da factualidade assente, destaca-se:

- a) Foi celebrado um contrato-promessa de compra e venda entre as partes, atinente a uma moradia, com fixação de data para a outorga da escritura pública e com passagem de sinal;
- b) A moradia nunca foi acabada nem obtida a licença de utilização, pelo que os autores comunicaram formalmente à insolvente que haviam perdido o interesse na celebração do negócio, mais exigindo a restituição do sinal em dobro;
- c) Cerca de dois meses mais tarde, aos autores foram entregues as chaves da moradia, que nela procederam a acabamentos;
- d) Foi efetuado um aditamento ao contrato-promessa prolongando o prazo para outorga do contrato definitivo - o que, mais uma vez, nunca veio a suceder;
- e) Os autores comunicaram à insolvente a resolução do contrato por incumprimento desta, aliado à perda de interesse daqueles (não obtiveram financiamento bancário para a aquisição,

separaram-se e queriam viver em casas autónomas).

A primeira instância reconheceu-lhes o direito à restituição do sinal em dobro, acrescido do valor de certas benfeitorias realizadas - tudo garantido por direito de retenção -, mas indeferiu o pedido de separação da massa insolvente.

A Relação de Coimbra reconheceu a perda do interesse dos autores na conclusão do contrato prometido, atenta a mora em que a insolvente incorreu, e também enquadrou toda a resolução jurídica do caso fora dos artigos 102.º e seguintes do CIRE, mais uma vez, porque a resolução do contrato-promessa consumara-se em março de 2005 e o processo de insolvência da promitente-vendedora era posterior a 2010. Não era “*negócio em curso*”.

Já no que concerne ao pedido (frequente) de separação do imóvel apreendido para a massa insolvente (cuja improcedência não foi objeto de recurso), a verdade é que há vasta jurisprudência, em total sintonia com a doutrina nesta matéria, defendendo que carece de fundamento esta pretensão dos credores. Neste sentido, veja-se o recente acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de março de 2016 - processo n.º 1730/11.7TYLSB, no qual se escreveu

“A restituição de bens (...) é, pois, o meio próprio de o titular de um direito real de gozo - direito de propriedade ou direito real limitado ou menor - fazer valer o seu direito e reagir contra uma apreensão de que, com ofensa do direito do reivindicante, resultou uma posse indevida pela massa do bem que estava em seu poder aquando da declaração de falência ou insolvência”.

Não estando em causa o direito de propriedade plena e exclusiva sobre o bem, mas sim uma convergência sobre a coisa de direitos do reclamante e do falido/insolvente, o meio próprio para a sua defesa é o pedido de *separação da massa*.

Ora, o direito de retenção é um direito real de garantia - e não de gozo - que confere ao seu titular um poder sobre a coisa que tem na sua posse e que garante o pagamento da indemnização devida pelo incumprimento da promessa, e não o gozo da coisa. Aliás, pertencendo ainda o bem ao insolvente, tem obrigatoriamente de ser apreendido para a massa⁸⁷ e posteriormente vendido em sede de liquidação, nos termos dos artigos 46.º n.º 1, 149.º e 150.º do CIRE.⁸⁸

⁸⁷ Embora o seu fiel depositário continue a ser o retentor, nos termos do artigo 150.º n.º 1 do CIRE, que remete para o artigo 756.º n.º 1 alínea a) do Código de Processo Civil - *vide* acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25 de junho de 2013 - processo n.º 3439/11.2TJCBR-F.C1. Trata-se de uma afetação jurídica do bem à massa insolvente, no processo de insolvência, como determinou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2006 - processo n.º 06B2106.

⁸⁸ No mesmo sentido, podem ver-se os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 15 de janeiro de 2013 - processo n.º 511/10.0TBSEI-E.C1; do Tribunal da Relação do Porto de 7 de março de 2013 - processo n.º 652/03.0TYVNG-R.P2; do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de abril de 2008 - processo n.º 326/08-1; da mesma Relação de 29 de janeiro de 2015 - processo n.º 80/12.6TBBCL-G.G1; da mesma Relação de 3 de março de 2016 -

Casos há ainda em que o incumprimento definitivo anterior à declaração de insolvência do promitente-vendedor não decorre da interpelação admonitória mas dum ato deste, ou seja, quando este declara inequívoca e perentoriamente ao credor que não cumprirá o contrato, tornando aquela interpelação desnecessária.

Foi o que sucedeu no caso retratado no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19 de março de 2012 - processo n.º 147/11.8TBVLC-B.P1, cujos factos relevantes são estes:

- a) A promitente-vendedora, sociedade de construção civil, foi declarada insolvente por sentença transitada em julgado em 31 de maio de 2011;
- b) Em 9 de abril de 2010, comunicou formalmente ao promitente-comprador que não celebraria o contrato prometido em data anterior por não conseguir pagar o crédito hipotecário ao Banco, transmitindo a fração livre de ónus, “*assumindo as consequências desse incumprimento*”;
- c) Neste caso, havia sinal passado e tradição do imóvel.

Ambas as instâncias afastaram a aplicação do regime do CIRE, reconhecendo ao promitente-comprador fiel o direito ao dobro do sinal e reconhecendo-lhe direito de retenção, a despeito da pretensão da recorrente, credora hipotecária, que entendia tratar-se de “*negócio em curso*”.⁸⁹

1.2. Tradição do imóvel

Ao longo da nossa análise da jurisprudência, verificámos que se suscitam muitos conflitos acerca do conceito de *traditio* ligado ao direito de retenção.

No âmbito da nossa dissertação, que se restringe à análise do incumprimento da promessa de compra e venda de imóveis, a regra é a entrega das chaves da moradia ou apartamento como forma de cumprimento dessa convenção adicional do contrato. Mas não raras vezes, o recorrente vem a juízo questionar se há efetivamente atos suscetíveis de preencherem o conceito de *traditio*.

Foi o que sucedeu no caso tratado pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de maio de

processo n.º 3158/11.0TJVNf-1.G1; do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2000, publicado na *Colectânea de Jurisprudência* (acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça), Coimbra: Palácio da Justiça, Ano VIII, tomo III - 2000, p. 114-116 e do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2006 - processo n.º 06B2106.

⁸⁹ Entende a jurisprudência que a mera inclusão do crédito do promitente-comprador na lista de créditos reconhecidos traduz uma opção de recusa de cumprimento. Também traduz recusa de cumprimento a não tomada de posição no sentido do cumprimento, por parte do administrador da insolvência, no prazo de contestação, quando um dos pedidos da petição é justamente o do cumprimento da promessa. O credor fez uma interpelação judicial da qual o administrador teve conhecimento com a citação, dispondo do prazo de contestação para decidir – vide acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de janeiro de 2016 – processo n.º 728/14.8TBFIG-C.C1.

2015, processo n.º 688-10.4TYLSB-C.L1-8, em que a primeira instância reconheceu aos promitentes-compradores um determinado crédito, garantido por direito de retenção, na sequência de silêncio do administrador de insolvência face a pedido de cumprimento de promessa celebrada pela insolvente, em certo prazo, acabando a massa insolvente por recorrer de tal decisão com o argumento de que não havia *traditio* pois não tinha ainda sido emitida licença de utilização do edifício, nem estava constituída a propriedade horizontal.

Provou-se, porém:

- a) Que as frações prometidas estavam individualizadas;
- b) Que foram entregues as respetivas chaves aos promitentes-compradores;
- c) Que estes passaram a residir nas frações, aí pernoitando, confeccionando refeições, recebendo amigos e familiares, a correspondência, recolhendo os seus pertences, pagando os consumos de serviços básicos.

Ora, a Relação não teve dúvidas de que os imóveis em causa estavam devidamente autonomizados e individualizados, tendo havido “*uma tradição material, real e efectiva das fracções*”. Ademais, mantendo a decisão da primeira instância, disse

“não constitui requisito para o reconhecimento do direito de retenção a existência de propriedade horizontal, mas sim a entrega ou tradição da coisa abrangida ou objecto do contrato-promessa, o que aconteceu no caso dos autos”.⁹⁰

Um outro acórdão que refletiu sobre o tipo de ato suscetível de implicar a tradição da coisa a favor do promitente-comprador, foi o já referido na nota 88, do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de janeiro de 2013 - processo n.º 511/10.0TBSEI-E.C1, no qual se afirmou - face ao recurso do credor hipotecário que se vira preterido na prioridade de pagamentos na insolvência a favor do retentor -, não ser exigível, para o reconhecimento do direito de retenção, a existência de uma posse mas apenas de uma “*detenção material lícita da coisa*”, podendo ocorrer tanto

⁹⁰ Idêntica solução foi dada a caso semelhante pelo Tribunal da Relação de Évora no acórdão de 19 de setembro de 2013 -processo n.º 755/12.0T2STC-C.E1, que reconheceu existir *traditio*, não obstante inexistir ainda a constituição de propriedade horizontal, mas já se encontrar o prédio fisicamente dividido em frações autónomas suscetíveis de utilização independente, com entrega das chaves de acesso a apartamentos e respetivas garagens aos promitentes-compradores. Sobre a possibilidade de celebração de contrato-promessa com eficácia real de edifício ainda não concluído ou de parte deles, pode ver-se ainda PROENÇA, José Carlos Brandão. *Ob. cit.*, p. 4, o qual aí refere que só é possível dotá-lo de eficácia real diferida, ou seja, condicionada ao surgimento físico do imóvel ou à individualização jurídica das frações.

“uma tradição material⁹¹ como uma tradição puramente simbólica⁹², em qualquer das suas modalidades: traditio longa manu, traditio ficta ou traditio brevi manu (art. 1263 b) do Código Civil). Para que o direito de retenção se deva reconhecer ao promitente, é suficiente uma traditio ficta - a entrega de um objecto que representa simbolicamente a coisa e permita a actuação material sobre ela. É o que ocorre, frequentemente, no caso de prédios urbanos ou de fracções de prédio urbano, em que basta para a realização da traditio a entrega das chaves - que não ocorra no local - que permitam aceder àqueles bens”.

Todavia, já não pode falar-se em *traditio* do imóvel quando ao promitente-comprador é entregue apenas a chave do edifício onde se integra a fração prometida, não dispondo esta ainda nem de fechadura, nem de chave própria (por não se encontrar acabada). Com efeito, entendeu-se no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de dezembro de 2013 - processo n.º 1729/12.6TBCTB-B.C1, onde se discutiu o conceito de tradição, que

“a entrega das chaves do prédio que iria ser afecto ao regime da propriedade horizontal não se pode equiparar à entrega das chaves de um dos seus apartamentos”.

De salientar ainda que a tradição do imóvel só assume relevância para efeitos do direito de retenção se resultar de convenção das partes no sentido de atribuir ao promitente-adquirente o gozo e fruição do imóvel, com prévio abandono do mesmo pelo seu titular. Na verdade, no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 03 de março de 2016 - processo n.º 3158/11.0TJVN-1.G1, considerou-se não preencher o conceito de *traditio* a entrega das chaves de duas moradias, na sequência de uma decisão judicial que procedeu à execução específica dum contrato-promessa incumprido pela insolvente, mas que ainda não tinha transitado em julgado, acabando por ser revogada pelo tribunal superior. Efetivamente, a Relação entendeu que aquela detenção “*não se iniciou em resultado de um acordo recíproco*” e agora subsiste “*apesar de desacordo*”. E continuou dizendo que “*não basta uma entrega precária, efêmera ou por mera tolerância*” para se constituir o direito de retenção.

1.3. “Consumidor”

A partir do momento em que o conceito de consumidor passou a estar em destaque na análise doutrinária desta temática, aos tribunais começaram também a afluir muitos casos em que se discutia

⁹¹ Que se caracteriza pela existência de uma atividade exterior que traduz os atos de entregar e receber - vide CORDEIRO, Menezes. *A posse*, 2000, citado no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de setembro de 2014 - processo n.º 11/10.8TBGDM.P1.

⁹² Na qual não tem lugar uma interferência no controlo material da coisa - vide CORDEIRO, Menezes. *A posse...*, citado no acórdão referido na nota anterior.

se, na situação concreta, o promitente-comprador estava a atuar na veste de consumidor, ou não.

Os casos analisados podem resumir-se em três situações-tipo: ou o imóvel prometido é negociado para efeitos de habitação e, de facto, é usado como tal pelo tradiçário; ou o interessado na aquisição do imóvel é uma sociedade comercial e pretende usá-lo para diversos fins (exercício da sua atividade, investimento, etc.); ou o tradiçário do imóvel, pessoa singular, pretende adquiri-lo para efeitos de incremento da sua economia familiar, mormente, com vista ao seu arrendamento a terceiros.

Realça-se que a jurisprudência adota um entendimento restrito ou funcional de *consumidor*, na sequência do AUJ atrás identificado⁹³, segundo o qual *consumidor* é pessoa singular, destinatária final do bem transacionado, ou do serviço adquirido, sendo-lhe alheio qualquer propósito de revenda lucrativa.⁹⁴

Logo, em todos as situações particulares em que o promitente-comprador se apresentou como uma pessoa singular, com o intuito de comprar um imóvel para sua habitação, e nessa condição obteve a sua tradição, dúvidas não tiveram os tribunais em qualificá-lo como consumidor. Neste sentido, é vasta a jurisprudência, de entre a qual se destacam os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 3 de novembro de 2015 - processo n.º 452/13.9TBCBR.C1, de 12 de janeiro de 2016 - processo n.º 728/14.8TBFIG-C.C1; do Tribunal da Relação do Porto de 15 de junho de 2015 - processo n.º 2857/12.3TBVFR-G.P1; do Tribunal da Relação de Guimarães de 25 de setembro de 2012 - processo n.º 1936/07.3TBFAF-S.G1, de 11 de julho de 2013 - processo n.º 1551/12.0TBBERG-U.G1 e do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de outubro de 2011 - processo n.º 273/05.2TBGVA.C1.S1.

Já quando a promitente-compradora tradiçária é uma sociedade comercial, ficou automaticamente excluída do tal conceito restrito e funcional de *consumidor*. Assim o disseram vários arestos, de entre os quais se destacam, do Tribunal da Relação do Porto de 18 de novembro de 2013 - processo n.º 1150/12.6TBPNF-A.P1; da Relação de Guimarães de 30 de maio de 2013 - processo n.º 6132/08.0TBBERG-E.G1, de 20 de fevereiro de 2014 - processo n.º 2852/13.5TBBERG-A.G1, de 12 de junho de 2014 - processo n.º 7617/11.6TBBERG-C.G1, de 17 de dezembro de 2014 - processo n.º 3652/11.2TBGMR-C.G1, do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011 - processo n.º

⁹³ Na realidade, o AUJ não uniformizou o conceito de consumidor; a conclusão de que aquele aresto adoptou o conceito restrito de consumidor decorre da argumentação nele utilizada, que fez abundante referência à posição de VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – veja-se, neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julho de 2016 – processo n.º 1129/11.5TBCVL-C.C1.S1.

⁹⁴ Recorde-se que cabe ao credor que invoca ser titular de um crédito garantido por direito de retenção alegar e provar a sua qualidade de consumidor, de acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova do artigo 342.º n.º 1 do Código Civil. Neste sentido, pode ver-se o recente acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de outubro de 2016 – processo n.º 343/09.8TBILH-B.P1, onde se refere também que tal qualidade é aferida em função do disposto no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96 de 31 de julho. Mas curiosamente, no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de fevereiro de 2016 - processo n.º 1516/14.7TBCLD-B.C1, foi reconhecida a qualidade de consumidor ao tradiçário, apesar de nada ter sido alegado nesse sentido - mas também nada ter resultado provado que excluísse tal qualidade - ponderando que, há 18 anos atrás, quando foram apresentadas as reclamações de créditos, não só tal exigência não decorria da lei, como nada fazia prever, pela jurisprudência da época, que seria exigível a alegação e prova desse facto concreto.

6132/08.0TBBRG-J.G1.S1 e de 25 de novembro de 2014 - processo n.º 7617/11.6TBBRG-C.G1.S1.

Mas também não basta ser um particular a prometer comprar o imóvel traidado. Depende da intenção com que o faz e que uso lhe dá.

Por exemplo, no caso tratado pelo Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de setembro de 2015 - processo n.º 2806/11.6TBVIS-C.C1, considerou-se que os promitentes-compradores, apesar de serem pessoas singulares, não atuaram como consumidores porque o imóvel em causa passou a ser usado não para “*uso pessoal, familiar ou doméstico*”, mas sim para desenvolvimento da sua atividade profissional, tendo nele instalado inclusivamente um estabelecimento comercial.

Mais controversa é a situação em que o promitente-adquirente visa usar o imóvel para efeitos de investimento, ou seja, para o rentabilizar por via do arrendamento a terceiros. No sentido de que, mesmo assim, atua como consumidor - pois que o uso que lhe dá não deixa de ter conexão com a sua economia familiar, “*não mais traduzindo do que uma forma de investimento*” -, encontramos o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de outubro de 2015 - processo n.º 178/13.3TBSPS-A.C1 e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julho de 2016 – processo n.º 1129/11.5TBCVL-C.C1.S1. Mas em sentido oposto, encontramos o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 3 de março de 2015 - processo n.º 1174/13.6TJVNf-C.G1, com o argumento de que o imóvel traidado tinha sido negociado pelo promitente-comprador “*com o fim de investimento, de retirar lucro do mesmo e não para o utilizar para si*”.

Por maioria de razão, nas situações concretas em que o promitente-adquirente tradiário negociou o imóvel e o usa com o intuito de o revender, para obter lucro, dúvidas não têm as instâncias de que não se está perante um consumidor. Neste sentido, pode ver-se, a título exemplificativo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2015 - processo n.º 1999/05.6TBFUN-IL1S1.

1.4. Retentor vs. Credor hipotecário

Como já referimos acima, a maior parte dos conflitos existentes nos apensos de graduação de créditos da insolvência opõem o credor titular do direito de retenção ao credor hipotecário, na medida em que o artigo 759.º n.º 2 do Código Civil prevê a prevalência, na ordem de pagamentos, do retentor em detrimento do credor hipotecário, mesmo que este ónus tenha registo anterior. Como também já dissemos, pese embora a crítica generalizada da doutrina perante tal solução, ao nível jurisprudencial

a questão é pacífica, sobretudo, tendo em conta as várias pronúncias do Tribunal Constitucional recusando a declaração de inconstitucionalidade da norma. E, por isso, os credores hipotecários tentam obviar a essa prevalência atacando a posição do promitente-comprador por outras vias, nomeadamente, as que temos vindo a referir: dizendo que os factos concretos não são subsumíveis a uma verdadeira *traditio* e dizendo também que aquele não atuou na qualidade de consumidor.

Há ainda uma terceira via de argumentação que é comum a vários recursos e que se traduz na alegação de que a sentença que foi produzida em processo de natureza declarativa, apensado ou não ao processo de insolvência, não lhes é oponível porquanto não foram parte nas sobreditas ações e, como tal, lhes não é extensível a força de caso julgado. Logo, o promitente-comprador que quiser fazer valer o seu direito tem de o alegar e provar no competente apenso do processo de insolvência.

Foi o que sucedeu no caso tratado pelo acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14 de junho de 2012 - processo n.º 3052/10.1TBSTR-C, onde, estando em causa a definição da ordem de pagamentos dos créditos, o dos promitentes-compradores - garantido por direito de retenção - foi graduado antes do crédito do Banco - garantido por hipoteca. Sucede que, cerca de três anos antes da entrada do processo de insolvência, havia sido proferida, em ação declarativa comum, sentença declarando a resolução do contrato-promessa de compra e venda celebrado entre as partes, mais condenando a Ré a devolver-lhes o sinal em dobro e reconhecendo-lhes direito de retenção. Esse crédito foi incluído pelo administrador de insolvência na lista de créditos reconhecidos, com mera remissão para a sobredita decisão judicial. Mas o credor hipotecário apelou da sentença que homologou essa lista, justamente com o argumento de que a sentença declarativa lhe não era oponível e os promitentes-compradores não estavam dispensados de vir ao processo de insolvência reclamar o seu crédito. A Relação julgou a apelação improcedente com a argumentação que passamos a enunciar.

A regra geral é a de que o caso julgado só produz efeitos em relação às partes, em termos de eficácia subjetiva. Mas a autoridade do caso julgado pode atingir terceiros, sujeitando-os à sentença proferida. São os “*terceiros juridicamente indiferentes*”, ou seja, aqueles que a doutrina designa como sendo

“pessoas a quem a sentença não causa nenhum prejuízo, por não bulir com a existência ou validade do seu direito, embora possa afectar a sua consistência prática ou económica”.

Ora, o credor hipotecário é um “*terceiro juridicamente indiferente*” pois a hipoteca, em confronto com o direito de retenção, não vê beliscada a sua existência e validade. O que pode é sofrer um abalo do ponto de vista económico ou prático, pois uma vez satisfeito o crédito do retentor poderá não haver meios suficientes para pagar o crédito hipotecário, em parte ou até na sua totalidade.

Ademais, o artigo 128.º n.º 3 do CIRE obriga efetivamente o credor a reclamar o seu crédito no processo de insolvência, mas não o obriga a repetir a alegação da causa de pedir e dos pedidos anteriormente formulados na ação declarativa; tal reclamação basta-se com a invocação e junção aos autos do título que lhe reconheceu tal crédito.⁹⁵ Aos credores impugnantes é que caberá o ónus de contraditar a matéria que esteve subjacente a tal decisão.⁹⁶

Posição idêntica (de que o credor hipotecário é um “*terceiro juridicamente indiferente*”) foi adotada no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de outubro de 2008 - processo n.º 0822499, no qual se foi ainda mais longe e se afirmou que, por via disso, o credor hipotecário em sede insolvencial não pode discutir os fundamentos do crédito do promitente-comprador e a garantia que o acompanha.

Mas já em sentido oposto encontrámos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2010 - processo n.º 9333/07.4TBVNG-A.P1.S1, que veio considerar que a própria consistência jurídica da posição do credor hipotecário é afetada com a prevalência do direito de retenção. Aqui, o credor hipotecário assumirá a veste de “*terceiro juridicamente interessado*” e, por isso, não está vinculado à referida decisão judicial. Assim o entendeu ainda o Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de setembro de 2006 - processo n.º 4687/2006-2, defendendo uma espécie de litisconsórcio voluntário, ao dizer que

“o promitente-comprador que pretenda obter a condenação do promitente-vendedor tem interesse não só em demandá-lo a este mas também o credor hipotecário a fim de o vincular à solução final do pleito, ou seja, ao reconhecimento do direito de retenção”.

Em sentido oposto ao adotado pelo Tribunal da Relação de Évora no acórdão acima identificado, encontrámos o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de abril de 2014 - processo n.º 1149/13.5TJLSB-A.L1-2, onde se defendeu que qualquer sentença que determine a prevalência de um direito real sobre outro afeta-o no seu conteúdo e consistência jurídica, na medida em que a utilidade que cada um pode retirar da coisa fica diminuída. Pelo que não é oponível ao credor hipotecário a sentença, mesmo transitada em julgado, que reconheceu o direito de retenção - o que significa que o titular desse direito tem de alegar e provar, no apenso de reclamação de créditos,

⁹⁵ E, já agora, diga-se que a jurisprudência é unânime na defesa de que o promitente-comprador não está obrigado a munir-se previamente de sentença judicial que reconheça a existência de um crédito indemnizatório a seu favor, acompanhado do direito de retenção, até porque o mesmo decorre da lei, não carecendo de sentença que o constitua. Caso não disponha desse título no momento processual em que se abre o apenso de reclamação de créditos, sempre poderá e deverá aí alegar e provar a materialidade objectiva em que assenta o seu direito e a garantia que o acompanha, abrindo-se então uma instância declarativa plenamente sujeita ao contraditório.

⁹⁶ O que não deixa de ser uma posição curiosa pois converte o ónus de alegação e prova de factos constitutivos do direito invocado num ónus de alegação e prova de factos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito a cargo dos credores impugnantes. Isto é dizer, não é o pretenso retentor que tem de provar que o direito existe mas sim os demais credores que têm de provar que ele não existe, funcionando a sentença judicial prévia como uma espécie de presunção de existência do direito e da sua garantia.

“os factos consubstanciadores da promessa, da tradição e do incumprimento que fundamentará o seu arrogado direito”, não bastando a “mera remissão para documentos juntos”.

No mesmo sentido, foram os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de maio de 2007 - processo n.º 267/04.5TBOFR-A.C1 e da Relação do Porto de 16 de setembro de 2013 - processo n.º 127/11.3TYVNG-B.P1, sendo nossa percepção de que a tendência maioritária da jurisprudência vai no sentido de considerar o credor hipotecário como *“terceiro juridicamente interessado”*.

1.5. Regime aplicável para efeitos de cálculo do direito indemnizatório do promitente-comprador fiel

Esta foi, sem margem para dúvidas, a grande batalha que se travou, também ao nível da jurisprudência, entre os partidários da aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil e os partidários da aplicação exclusiva das regras da insolvência, batalha essa que veio a pacificar-se (até certo ponto...) com a publicação do AUJ já mencionado. As soluções até aí eram muito díspares criando verdadeiras situações de tratamento desigual para casos em tudo idênticos.

Por exemplo, no Tribunal da Relação de Évora, até à data da publicação do AUJ em 19 de maio de 2014, todos os acórdãos publicados a que tivemos acesso apontaram unanimemente no sentido de que a indemnização devida ao promitente-comprador pela não celebração do contrato prometido pelo insolvente era calculada nos termos do artigo 442.º do Código Civil, com garantia correspondente ao direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do mesmo diploma. É o caso dos acórdãos de 14 de junho de 2012 - processo n.º 3052/10.1TBSTR-C; de 19 de setembro de 2013 - processo n.º 755/12.0T2STC-C.E1; de 1 de outubro de 2013 - processo 216/11.4T2GDL-B.E1 e de 13 de março de 2014 - processo n.º 2089/11.8TBLLE-H.E1.

No Tribunal da Relação de Lisboa, o entendimento sufragado nos acórdãos acedidos foi no mesmo sentido, isto é, da aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil para efeitos de cálculo da indemnização devida. Estão em causa os acórdãos de 10 de outubro de 2013 - processo n.º 362/11.4TBCDV-F.L1-2 e de 5 de dezembro de 2013 - processo n.º 235/11.0TBRNR-A.L1-6.⁹⁷

Não assim no Tribunal da Relação de Coimbra onde, de facto, havia divergência entre os Desembargadores. De uma banda, encontrámos os acórdãos de 30 de novembro de 2010 - processo

⁹⁷ Ambos os acórdãos fazem referência ao AUJ, não obstante o mesmo se não encontrar, à data, publicado.

n.º 273/05.2TBGVA.C1, de 18 de outubro de 2011 - processo n.º 259/09.8TBNLS-E.C1 e de 6 de novembro de 2012 - processo n.º 729/09.8T2AVR-B.C1. No primeiro acórdão, adotando-se a conceção de que a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência não configura um incumprimento culposos mas sim um ato legítimo, praticado no âmbito das suas atribuições e competência legais, de forma lícita, julgou-se ter ocorrido uma forma especial de extinção do contrato, prevista na lei, nunca podendo falar-se do incumprimento culposos que está na génese do regime do Código Civil, no seu artigo 442.º.

Os outros dois acórdãos acrescentaram-lhe o argumento da inaplicabilidade, no processo de insolvência, da presunção de culpa do artigo 799.º do Código Civil e o da “*reconfiguração da relação*” a que alude ASCENSÃO, Oliveira⁹⁸, no sentido da ocorrência de modificações à estrutura ou conteúdo da relação, conferindo-lhe um novo desenho em caso de recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência. Essa reconfiguração cria novas posições para os interessados, deixando de fazer sentido falar-se em ressarcimento de prejuízos em benefício duma tentativa de satisfação, dentro da maior medida do que for possível, de todos os interesse em presença.

Por isso, acabam por calcular a indemnização nos termos do CIRE, a graduar enquanto crédito comum.

De outra banda, dentro da mesma Relação, encontrámos o acórdão de 15 de janeiro de 2013 - processo n.º 511/10.0TBSEI-E.C1, no qual se entendeu que bem tinha andado a primeira instância ao reconhecer ao promitente fiel um crédito correspondente ao dobro do sinal prestado, garantido por direito de retenção, por aplicação conjugada dos artigos 442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil.

No Tribunal da Relação do Porto a divisão também existia. Com efeito, os acórdãos de 6 de janeiro de 2009 - processo n.º 0824534, de 31 de março de 2009 - processo n.º 708/07.0TBPRD-G.P1, de 26 de maio de 2011 - processo n.º 31/10.2TBAMM-B.P1⁹⁹ e de 15 de março de 2012 - processo n.º 5614/11.0TBVNG.P1, de 19 de março de 2012 - processo n.º 147/11.8TBVLC-B.P1¹⁰⁰, de 22 de outubro de 2013 - processo n.º 1206/11.2TBLSD-H.P1¹⁰¹ consideraram que a recusa de celebração da promessa dá origem à aplicação do artigo 442.º do Código Civil e, conseqüentemente, do artigo 755.º n.º 1 alínea f) do mesmo diploma.

⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 255.

⁹⁹ Que adotou a tese da “*imputabilidade reflexa*”, de ser a insolvente responsável por “*ter dado causa a...*” de que fala MORAIS, Fernando de Gravato.

¹⁰⁰ Também subscreveu a tese da “*imputabilidade reflexa*”.

¹⁰¹ Neste acórdão também já existe referência ao AUJ.

O acórdão de 31 de março de 2009 rejeitou ainda a tese de CORDEIRO, Luís Manuel Teles de Menezes, no sentido de restringir o direito de retenção à indemnização correspondente ao aumento do valor intercalar da coisa, considerando que esse direito garantia ambos os créditos previstos no n.º 2 do artigo 442.º do Código Civil.

O de 22 de outubro de 2013, curiosamente, adotou a conceção de que a restituição do sinal a efetuar ao promitente-comprador *in fides* é em singelo pois “*o segmento uniformizador não abrange a questão de saber se o sinal deve ser restituído em dobro ou em singelo*”, tentando assim conciliar as duas posições antagónicas.

Em sentido oposto, deliberava a mesma Relação noutros acórdãos, como sejam o de 11 de outubro de 2011 - processo n.º 92/05.6TYVNG-M.P1, de 3 de dezembro de 2012 - processo n.º 474/08.1TYVNG.M.P1 e de 18 de novembro de 2013 - processo n.º 1150/12.6TBPNF-A.P1.

Nestes últimos acórdãos, há uma linha de orientação comum que passa pelo entendimento de que a recusa do cumprimento é um ato lícito, não culposos, do administrador da insolvência, sendo *culpa* e *ilicitude* pressupostos do acionamento do regime civil do sinal. A isso se alia a imperatividade da aplicação do regime contido nos artigos 102.º e seguintes do CIRE, atento o disposto no artigo 119.º do mesmo diploma.

O cenário não foi diferente no Tribunal da Relação de Guimarães. De um lado, havia aqueles que defendiam a aplicação conjugada dos artigos 442.º n.º 2 e 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil aos efeitos da recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência - de que são exemplos os acórdãos de 25 de setembro de 2012 - processo n.º 1936/07.3TBFAF-S.G1, de 20 de novembro de 2012 - processo n.º 6335/09.0TBBERG-I.G, de 30 de maio de 2013 - processo n.º 6132/08.0TBBERG-E.G1 e de 29 de outubro de 2013 - processo n.º 1311/12.8TBFLG-D.G1.

Em sentido oposto, pronunciavam-se os acórdãos da mesma Relação de 14 de dezembro de 2010 - processo n.º 6132/08.0TBBERG, de 20 de novembro de 2011 - processo n.º 3196/09.2TBBERG-C.G1 e de 31 de novembro de 2013 - processo n.º 397/06.9TBVV-F.G1, recusando assim o reconhecimento do direito de retenção.

No Tribunal da Relação de Guimarães encontramos ainda duas deliberações que apontam para uma *terceira via*, nos acórdãos de 21 de maio de 2013 - processo n.º 3307/08.5TBVCT-M.G1 e de 11 de julho de 2013 - processo n.º 1551/12.0TBBERG-U.G1, ambos já com referência ao AUJ. Nestes arestos, entendeu-se que existia direito de retenção a favor do promitente-comprador, mas o valor do

crédito garantido não era calculado nos termos do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil, mas sim nos termos conjugados dos artigos 103.º n.º 3 alínea c), 104.º n.º 5 e 106.º n.º 2 do CIRE.

Por fim, o Supremo Tribunal de Justiça. Também aí os Conselheiros dividiam-se entre aqueles que entendiam ser aplicável o artigo 442.º n.º 2 do Código Civil para cálculo da indemnização devida ao promitente-comprador fiel - de que é exemplo o acórdão de 22 de fevereiro de 2011 (processo n.º 1548/06.9TBEPS-D.G1.S1), com a tese da “*imputabilidade reflexa*”, e aqueles que entendiam que tal cálculo só podia ter lugar nos termos previstos no CIRE - de que é exemplo o acórdão de 14 de junho de 2011 (processo n.º 6132/08.0TBURG-J.G1.S1), com a tese da “*reconfiguração da relação*”.

1.6. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014

A situação foi pacificada, em grande medida, com a publicação ao AUJ n.º 4/2014. Deste acórdão extratam-se as seguintes ideias-chave:

- i. Toda a evolução legislativa registada até à data tem como pedra de toque a proteção dos particulares consumidores no mercado da habitação em confronto com os credores hipotecários, sendo aqueles a parte mais débil que, na casa de família, tradicionalmente investem as poupanças de uma vida, ou para isso se endividam durante décadas;
- ii. Não se mostram relevantes, em termos numéricos, as situações de fraude arquitetadas entre insolventes e particulares, com vista a ultrapassar os direitos dos credores hipotecários, que justifique a supressão do direito de retenção e, aliás, há outras garantias - como os privilégios creditórios - que também prevalecem sobre a hipoteca sem se esgrimir tal argumento;
- iii. Não tem o direito de retenção em causa o caráter oculto que lhe pretendem imputar, em resultado da sua própria natureza, pois que resulta da detenção pública do imóvel pelo promitente-comprador, estando ainda ao alcance do credor hipotecário acautelar-se quando concede o crédito;
- iv. O direito de retenção surge indissociavelmente ligado à posição de consumidor, o que restringe o seu âmbito de aplicação;
- v. O CIRE contém uma lacuna, pois o artigo 106.º n.º 2 não abarca a situação em que houve

tradição do imóvel, fazendo-se apelo ao *lugar paralelo* resultante da conjugação dos artigos 106.º n.º 2 e 104.º n.º 1, uma vez que as razões de tal regime são as mesmas que se fazem sentir nesta hipótese. Subjacente a isto está a forte expectativa do promitente na solidez do vínculo contratual, passando, com a entrega das chaves, a exercer um poder de facto sobre a coisa, faltando apenas legalizar a situação.

- vi. Tratando-se de uma lacuna, carece de fundamento falar-se na imperatividade do regime dos artigos 102.º e seguintes, pois que o caso não está contemplado no n.º 2 do artigo 106.º;
- vii. É redutor o entendimento de que não há imputações de culpa a fazer, pois que a insolvência não surge “*do nada*”, antes radica num comportamento do insolvente e é ele quem deixa de cumprir as suas obrigações. Assim, haverá sempre uma imputabilidade reflexa, não podendo ainda olvidar-se a imputação de culpa a que alude o artigo 799.º do Código Civil;
- viii. O artigo 97.º do CIRE, que se reporta à extinção de privilégios e de garantias reais com a declaração de insolvência, não refere o *direito de retenção*. A entender-se o oposto, também fácil seria a qualquer sociedade em dificuldades que incumprisse o contrato apresentar-se à insolvência e, dessa forma, furtar-se às consequências do seu incumprimento.

A verdade é que a jurisprudência firmada neste acórdão, mesmo assim e sendo amplamente seguida na primeira instância, não é pacífica dentro do próprio Supremo Tribunal de Justiça. Com efeito, o aresto foi aprovado por maioria mas registaram-se várias declarações de voto, umas subscrevendo a posição do acórdão mas não aderindo totalmente à sua fundamentação (por exemplo, admitindo a possibilidade de recusa e, sendo esta efetuada, calculando o crédito daí decorrente nos termos do artigo 102.º n.º 3 do CIRE), outras sendo de “voto de vencido” (por exemplo, com o argumento de que não há culpa, ou com o argumento de que a veste de *consumidor* do promitente-comprador não resulta do regime da insolvência, pelo que não é exigível).

Em suma, a polémica não acabou, dispondo ainda a doutrina e a jurisprudência de ampla matéria para continuarem a reflectir.

Terminada a nossa análise doutrinal e jurisprudencial, importa tomar posição.

CAPÍTULO III

A nossa abordagem

1. Ambiguidade ou desajustamento do regime instituído?

Quando resolvemos tratar deste tema, a ideia foi fazê-lo na ótica do promitente-comprador que é confrontado com a insolvência do *seu* promitente-vendedor ainda antes de ter conseguido a celebração do contrato definitivo. Não pode escamotear-se que, nos casos em que aquele é uma pessoa singular que, numa certa altura da sua vida, gasta a sua poupança ou se endivida para comprar a casa de família e que, de repente, nada pode fazer para obstar à apreensão e liquidação desse bem num processo de insolvência, está-se perante uma realidade difícil de gerir em termos humanos e jurídicos.

Depois do estudo que fizemos das várias posições doutrinárias e jurisprudenciais que foram sendo construídas à volta do tema, ficámos com a clara sensação de que, na sua maior parte, visam dar uma resposta “mais equitativa” a situações humanas, por vezes, dramáticas, mas para além daquilo que a letra da lei – no caso, o regime da insolvência – permite. Todavia, não podemos olvidar que, sendo o elemento literal apenas o ponto de partida para a sua interpretação, também consiste na sua baliza, pois não podem nem o intérprete, nem o aplicador da lei, aventar interpretações que não tenham um mínimo de correspondência ou “*ressonância nas palavras da lei*”.¹⁰²

Também não podemos deixar de dizer que o número elevado de interpretações corretivas, restritivas, de recurso à analogia – tal como vêm propostos pelos autores – só pode significar uma de duas coisas: ou que o regime está mal concebido ou, então, que está desajustado face à realidade social atual e, nesse conspecto, conclui-se ser premente a sua revisão.

Enquanto não for efetuada a clarificação ou correção do regime vigente, aquela multiplicidade de interpretações conduzirá inelutavelmente a soluções jurisprudenciais divergentes que, sendo juridicamente legítimas, traduzem tratamentos diferenciados para casos em tudo semelhantes.

¹⁰² MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 182.

2. Afinal, quando há direito de opção por parte do administrador da insolvência?

2.1. O que resulta da lei

Se nos estribarmos estritamente na letra da lei, concluímos que o administrador da insolvência só está efectivamente obrigado a cumprir o contrato-promessa de compra e venda de imóvel quando este tem eficácia real e só desde que tenha havido tradição desse mesmo imóvel a favor do promitente-adquirente.

As restantes situações (contrato-promessa com eficácia real sem tradição; contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, com ou sem tradição), conferem, de facto e de acordo com o regime legal vigente, um direito de opção ao administrador da insolvência entre cumprir ou não cumprir, consoante o que for mais conveniente para a massa.

2.2. A nossa crítica e a solução que propomos

Pese embora tal constatação, acompanhamos a crítica de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes e de VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, quando referem que tal limitação é muito difícil de justificar e acaba mesmo por conduzir a um esvaziamento desse direito real de aquisição (ou direito de crédito especialmente oponível a terceiros após registo, consoante os diferentes autores, como já vimos na nota 25).

Na verdade, das duas, uma: ou o elemento que releva para o cerceamento da opção do administrador é o facto de se estar perante um contrato-promessa com eficácia real e, assim, esse é o elemento definidor do caminho a seguir, sendo indiferente que tenha havido tradição ou não da coisa; ou o elemento fulcral na equação é a tradição do imóvel e, neste caso, não importa saber se o contrato tem eficácia real ou eficácia meramente obrigacional, pois que a tradição pode suceder em qualquer uma destas modalidades.

Portanto, para nós, é urgente clarificar o regime do artigo 106.º n.º 1 do CIRE. E, a nosso ver, considerando que o facto estruturante, definidor da limitação dos poderes do administrador, é a força que reveste o contrato-promessa – por ter eficácia real¹⁰³ – deve consagrar-se que este está obrigado a cumprir todos os contratos-promessa de compra e venda celebrados pelo insolvente que tenham eficácia real. Sem exigências adicionais.

¹⁰³ Se o elemento estruturante fosse a *traditio*, então o legislador teria, em coerência, de ter previsto a obrigação de celebração do contrato prometido mesmo nos casos de promessa com eficácia meramente obrigacional.

Nos casos em que o contrato-promessa tem eficácia meramente obrigacional, há destrições a fazer, que se prendem justamente com o facto de ter havido tradição da coisa, ou não, a favor do promitente-adquirente, e de ter sido pago sinal, ou não, ao promitente-vendedor.

Em primeiro lugar, há que atribuir relevância à passagem de sinal. É que se o promitente-comprador nada pagou ao promitente-vendedor, não se coloca, em princípio, a questão da existência de qualquer prejuízo financeiro a ter em conta. O contraente fica na situação em que se encontrava antes de celebrar o contrato-promessa, mesmo que haja recusa de cumprimento deste.

Em segundo lugar, há que atribuir relevância à tradição da coisa a favor do promitente-adquirente. Neste caso, e se o contraente fiel está na posse material do imóvel, se lá instalou o centro da sua vida pessoal e/ou familiar, concluímos que existe um elemento fundamental na equação que não pode ser postergado.¹⁰⁴

Mas sempre se diga que, para nós, o regime que deve ser desenhado não pode deixar de atribuir relevância a estes dois elementos, quando verificados em simultâneo. De facto, tem de atribuir especial relevo ao facto de haver passagem de sinal e de haver *traditio* do imóvel.¹⁰⁵

Nós vamos ainda mais longe do que a jurisprudência fixada no AUJ n.º 4/2014. Não basta que o promitente-adquirente seja consumidor. É necessário que o imóvel em causa se destine a “casa de morada de família”. Com efeito, o direito que tem tutela constitucional, no artigo 65.º da Constituição da República Portuguesa, é o direito à habitação, sendo certo que a nossa habitação é a nossa “casa de morada de família” e não a habitação secundária, ou casa de férias. O que se protege na Constituição é o *tecto* da família, onde esta se abriga, se protege e desenvolve a sua vida. A casa de férias, ou a casa destinada a investimento, arrendamento, cedência a terceiros, seja a que título for, extravasa o conceito de “casa de morada de família”. É um *plus* que ultrapassa o mínimo básico de dignidade humana e da família que a lei fundamental visou garantir a qualquer cidadão.

Nessa linha, veja-se a recente Lei n.º 13/2016 de 23 de maio, em vigor desde 24 de maio de 2016, que veio alterar o Código de Procedimento e de Processo Tributário e a Lei Geral Tributária. Aquela Lei

¹⁰⁴ Para este nosso entendimento em muito contribui o regime previsto no artigo 104.º do CIRE, ao atribuir ao comprador com reserva de propriedade a favor do vendedor e ao locatário financeiro a possibilidade de exigirem o cumprimento dos respectivos contratos, com o fundamento na sua legítima expectativa na celebração do negócio. É caso para perguntar, com efeito, se o promitente-comprador, com contrato dotado de eficácia real, ou sendo o contrato meramente obrigacional, com sinal pago e tradição a seu favor, tem uma expectativa menos consistente ou digna de proteção. Repare-se que a expectativa dos primeiros até pode referir-se a meros bens móveis, sujeitos ou não a registo.

¹⁰⁵ *Traditio* sem pagamento de sinal, como já atrás se referiu, não é hipótese concebível mas, a ocorrer na prática, é um ato de mera tolerância do promitente-vendedor, sem dignidade que justifique uma proteção acrescida.

veio impedir a venda, em processo de execução fiscal, da “*habitação própria e permanente*”, “*do devedor ou do seu agregado familiar*”, desde que “*especificamente destinada a esse fim*”.¹⁰⁶

Donde se conclui que o conceito preponderante a ter em conta não é o de *consumidor*, que acaba por ser mais amplo e gerar uma abrangência maior de tutela do que aquela que, para nós, é desejável – vejam-se os casos jurisprudenciais em que se considerou que o particular que compra casas para arrendar também é consumidor, em que nos parece que se foi para além da intenção dos sucessivos legisladores que, embora querendo proteger o particular, queriam, sobretudo, protegê-lo quando estivesse a adquirir a sua casa de habitação própria e permanente.

Portanto, proporíamos uma redação legal que consagrasse, por um lado, que o administrador da insolvência não poderia recusar o cumprimento da promessa de compra e venda de imóvel quando o contrato tivesse eficácia real; por outro lado, que, estando em causa promessa de compra e venda de imóvel, com eficácia meramente obrigacional, a recusa também não poderia ocorrer desde que tivesse sido passado sinal, houvesse tradição do imóvel e este fosse usado como casa de morada de família. Nas demais situações, assistiria direito de opção ao administrador da insolvência.

3. Que efeitos produz a escolha do administrador? Apreciação crítica e proposta

3.1.O que resulta da lei

Também quanto aos efeitos produzidos pela escolha concreta do administrador da insolvência, pensamos que o regime legal insolvencial é relativamente claro; podemos considerá-lo injusto, insuficiente, ou algo incoerente, mas isso não altera o que resulta da lei.

Nas três situações em que, de facto, existe a possibilidade legal de recusa, os efeitos são os que decorrem das disposições conjugadas dos artigos 106.º n.º 2, 104.º n.º 4 e 102.º n.º 3 do CIRE, que já analisámos no ponto 3.2.2 do Capítulo I deste nosso trabalho. Em suma: não há restituição do sinal prestado; há direito a indemnização pela diferença entre o valor da coisa na data da recusa e o montante do preço que faltaria pagar.

¹⁰⁶ Cfr. artigos 1.º e 2.º do aludido diploma legal.

3.2. A nossa crítica e o que propomos

Pese embora a ampla crítica doutrinária e jurisprudencial a este regime, a verdade é que o legislador insolvencial não fez, em parte alguma, remissão para o regime civil previsto no artigo 442.º do Código Civil. Não há dúvidas de que este regime é mais favorável para o contraente fiel, mas também não pode escamotear-se que, se fosse essa a intenção do legislador, bastar-lhe ia ter feito um artigo dizendo, tão-somente, que os efeitos decorrentes da recusa de cumprimento são as que se encontram previstas na lei civil. Mas não o fez e, certamente, não terá sido por mero esquecimento.¹⁰⁷

Em boa verdade se diga que estão em causa verdadeiras opções legislativas tomadas num dado sentido, num determinado momento histórico que, muito provavelmente, olvidaram conceções ou considerações que, hoje em dia, por força da grave crise financeira que atingiu Estados, empresas e famílias, (re)assumiram nova acutilância. De facto, a sociedade atual está menos recetiva a uma ideia de sacrifício pessoal, familiar, dos seus rendimentos do trabalho, em benefício de sociedades comerciais, particularmente Bancos e instituições financeiras, e seus lucros. É hoje muito mais aceitável que sejam estes os sacrificados, em vez dos particulares – incluindo-se o sacrifício do próprio Estado, das suas receitas fiscais, em nome do respeito pela dignidade do cidadão, do trabalhador e da família. Estes têm primazia – cremos, aliás, que é esse o espírito que subjaz à recente alteração fiscal supra mencionada.

Daí que os autores e os nossos tribunais tenham enveredado por interpretações do regime vigente tendencialmente mais favoráveis para o promitente-comprador fiel mas que, de facto, se afastam do texto da lei. Os argumentos usados são fortes, muito ponderosos, razoáveis e, para nós, muito sensatos. Só que uma coisa é o direito constituído e outra coisa é o direito constituindo.

De acordo com a nossa proposta, o direito de optar só existiria num número de casos que, na prática, seriam escassos:

- a) contratos-promessa de compra e venda de imóvel com eficácia meramente obrigacional, sem sinal nem tradição;
- b) contratos-promessa de compra e venda de imóvel com eficácia meramente obrigacional, com sinal e sem tradição;
- c) contratos-promessa de compra e venda de imóvel com eficácia meramente obrigacional, com tradição e sem sinal.

¹⁰⁷ Recordar-se a presunção legal de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados – artigo 9.º n.º 3 do Código Civil. Ademais, o legislador do CPEREF bem se lembrou de articular o regime insolvencial com o regime civil, não sendo crível um *esquecimento* do legislador do CIRE.

Nos casos previstos nas alíneas a) e c), o único crédito que poderia advir para o contraente fiel na sequência da recusa de cumprimento só poderia ser uma indemnização nos termos gerais, desde que o contraente alegasse e provasse os danos efectivamente sofridos com a recusa.¹⁰⁸

Nos casos previstos na alínea b), para além dessa indemnização em termos gerais, deveria ser reconhecido ao contraente fiel o direito à restituição do sinal entregue. Entendemos que deveria tratar-se de uma restituição em singelo, precisamente porque não existiria aqui a vertente indemnizatória por incumprimento culposos, mas sim uma espécie de destruição retroativa do negócio.

Claro está que, nos casos em que não existisse direito de opção por parte do administrador da insolvência, mas este, mesmo assim, recusasse o cumprimento da promessa, deveria abrir-se para o contraente fiel a porta da execução específica do contrato, tal como sucede no n.º 3 do artigo 442.º do Código Civil. Se esta não lhe interessasse, restar-lhe-ia resolver o contrato, passando a assistir-lhe um direito de crédito pelo incumprimento – não sendo, para nós, descabido que seja consagrado um regime que leve ao seu cálculo em termos idênticos ao previsto no artigo 442.º n.º 2 do Código Civil (sinal em dobro ou valor correspondente ao aumento do valor intercalar da coisa).

4. Quais as garantias que devem acompanhar o crédito do contraente fiel?

4.1. O que resulta da lei

Do que se encontra consagrado no CIRE quanto ao crédito que emerge para o promitente-comprador fiel em caso de recusa de cumprimento da promessa por parte do administrador da insolvência, não resulta efetivamente a atribuição de qualquer garantia de pagamento, mormente, do direito de retenção que a lei civil prevê, reunidos que estejam os seus pressupostos. Logo, parece tratar-se, realmente, de um crédito comum, a ser pago depois dos créditos privilegiados e garantidos.

4.2. A nossa crítica e o que propomos

A natureza comum do crédito do contraente fiel, tal como resulta do direito constituído (aqui, sem fazer apelo ao entendimento, de algum modo *atenuante*, vertido no AUJ n.º 4/2014), é, na verdade, de difícil encaixe.

¹⁰⁸ Serão sempre casos muito residuais.

Não nos parece preponderante a argumentação que apela ao princípio da igualdade dos credores na insolvência quando é o próprio CIRE que faz uma hierarquização de créditos no artigo 47.º, bem sabendo o legislador que, ao fazê-lo, está a votar alguns deles, se não mesmo a totalidade, à não satisfação, depois de pagos os privilegiados e/ou garantidos. Os privilégios creditórios imobiliários também são pagos à frente dos créditos hipotecários, mesmo que constituídos em data posterior, pelo que o argumento da anterioridade do registo da hipoteca não pode ser defendido em termos absolutos.

Defender que o crédito do promitente-comprador emergente da recusa (ainda que legítima) de cumprimento da promessa é para ser pago depois de satisfeitos, na íntegra, todos os créditos privilegiados e garantidos, mesmo que aquele contraente fiel tenha pago sinal, esteja na posse do imóvel e nele desenvolva a sua vida familiar, não nos parece adequado, nem equitativo. O direito à habitação que subjaz à sua posição, a legitimidade da sua expectativa, não são menos dignos de tutela do que os direitos laborais dos trabalhadores, nem do que as expectativas das instituições financeiras na recuperação dos seus créditos.¹⁰⁹

Por isso, na definição das garantias que deveriam acompanhar o crédito do contraente *in fides*, somos de opinião de que deveria ter-se em conta em que subtipo de situação aquele se encontra. Assim,

- a) Se estiver em causa crédito emergente de recusa de cumprimento, ou incumprimento, de contrato-promessa com eficácia real e com tradição, o crédito do promitente-comprador deveria ser considerado garantido por direito de retenção. Repare-se que o direito de retenção pressupõe a detenção lícita do imóvel, pelo que a garantia só poderá funcionar quando tiver havido tradição. Este crédito deveria ser pago à frente do do credor hipotecário, mesmo que a hipoteca tenha sido anteriormente registada (no fundo, em linha com o regime que resulta do artigo 759.º n.º 2 do Código Civil).
- b) Se estiver em causa crédito emergente de recusa de cumprimento, ou incumprimento, de contrato-promessa com efeitos meramente obrigacionais, mas em que tivesse sido passado sinal e tivesse havido tradição do imóvel, o crédito do promitente-comprador deveria ser considerado garantido por direito de retenção, nos mesmos termos que o mencionado na alínea anterior.
- c) Nas demais situações (contrato com eficácia real sem tradição, contrato obrigacional sem tradição), inexistente o elemento de facto que subjaz àquela garantia, que é a posse do imóvel,

¹⁰⁹ Aliás, bem se sabe que, na prática, ao considerar-se o crédito do contraente fiel como crédito comum, ele nada receberá. O produto da liquidação da massa insolvente dará, com sorte, na vasta maioria dos casos, para pagar as dívidas da massa insolvente, nas quais se incluem as custas do processo de insolvência, processos apensos e despesas de liquidação, incluindo a remuneração do administrador, que saem precípuas do produto da massa insolvente (artigo 172.º n.º 1 do CIRE) e, quando muito, alguns credores privilegiados e/ou garantidos, e até estes rateadamente. Quase nada sobra para os credores comuns e, a sobrar, o rateio conduz a quantias irrisórias.

pelo que o crédito do promitente fiel é um crédito comum. Não nos chocaria esta formulação legal – é que se não há *traditio*, não há no imóvel a casa de morada de família.

É nossa convicção de que estas propostas são razoáveis e mais consentâneas com o espírito dos tempos atuais.

CONCLUSÃO

Uma conclusão que se impõe de imediato é esta: perante o processo de insolvência da contraparte, o promitente-comprador tem de analisar se o contrato-promessa ainda está em vigor, ou seja, se ainda é possível assegurar o seu cumprimento, ou não. Um contrato suscetível de ser considerado já resolvido (por incumprimento definitivo), ou em que uma das partes já realizou a sua prestação integralmente, não preenche o requisito do artigo 102.º do CIRE, pois não é um “*negócio em curso*”. Resta-lhe reclamar o seu crédito. Não há opções.

Outra conclusão é a de que a tradição do imóvel a favor do promitente-comprador constitui um elemento fulcral nesta relação jurídica pois, se a promessa tiver eficácia real, o cumprimento impõe-se ao administrador da insolvência. Haja ou não haja sinal, o promitente tem direito a exigir o cumprimento da promessa, mormente, através do recurso à execução específica.

Nas restantes situações – *contrato com eficácia real, sem tradição; contrato com eficácia meramente obrigacional, com ou sem tradição* – de acordo com o direito constituído, o administrador da insolvência pode, legitimamente, optar por cumprir ou recusar cumprir.

Assim o não entende, segundo cremos, a maioria da doutrina e da jurisprudência, pelo menos, do ponto de vista do direito constituído, sempre que tenha havido entrega do imóvel ao promitente-adquirente. E repara-se que, nestes casos, a *traditio* vem antecédida, via de regra, da entrega de sinal ao promitente-vendedor.

Uma vez aqui chegados, também concluímos que sempre que haja sinal e tradição do imóvel a favor do contraente consumidor, tenha ou não o contrato-promessa eficácia real, o administrador da insolvência está obrigado a cumpri-lo. Enquanto não se proceder a uma revisão do CIRE, que clarifique e consagre soluções condizentes com as defendidas pelas correntes maioritárias, é de ir sufragando a argumentação do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (AUJ) n.º 4/2014, o qual, não sendo vinculativo, consagra uma visão marcadamente orientadora. Cremos que, não obstante algumas dissensões, os intervenientes judiciais a ela têm aderido maciçamente pela força dos argumentos invocados.

Se esse cumprimento não é consumado pelo administrador da insolvência, o promitente-comprador fiel tem à sua disposição a ação de execução específica (enquanto perdurar a mora, ou seja, um incumprimento meramente temporário).

Não optando pela execução específica, resta ao promitente-comprador (uma vez convertida a mora, se a houver, em incumprimento definitivo) reclamar o seu crédito no processo de insolvência, nos termos gerais.

Agora, qual é o seu crédito? Parece-nos que só pode ser um dos créditos que, em alternativa, lhe consagra o artigo 442.º n.º 2 do Código Civil. É que o direito de retenção que o artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil consagra surgiu em estreita conexão com aquele artigo 442.º n.º 2. Se esse era o argumento usado para qualificar o seu crédito como comum (por ausência da ilicitude e culpa que lhe subjazem), não deve agora usar-se outro critério para cálculo da indemnização, uma vez que aquele argumento foi rebatido no AUJ.

Por fim: o promitente-comprador que vai ao processo de insolvência defender o seu crédito tem de ser hábil, cumprindo cabalmente o ónus de alegar e provar a materialidade que subjaz ao seu direito. Se o não fizer, pode não ver reconhecido o seu direito. “*Sibi imputet*”.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso. *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Ano XIX, Tomo II. ISSN 0871-0336.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. 2.º v.: *Direito das Obrigações*, 2.º t.: *Contratos*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2010 ISBN 978-972-40-4100-1.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato-promessa - uma síntese do regime actual*. 3.ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. ISBN 972-40-0797-9.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de direito da insolvência*. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2010. ISBN 978-972-40-4351-7.

GOMES, Júlio. Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...). *Cadernos de Direito Privado*. 2005 (julho/setembro). ISSN 1645-7242.

GONÇALVES, A. Luís. O direito de retenção e a sua aplicação aos contratos-promessa. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano XXX, 1988 (III da 2.ª Série), julho-setembro, N.º 3. ISSN 0870-3965.

LABAREDA, João e FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Código da insolvência e recuperação de empresas anotado*. 2.ª edição. Lisboa: Quid Iuris Sociedade Editora, 2008. ISBN 978-972-724-390-7.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 6.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2012. ISBN 978-972-40-4873-4.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*. 3.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2011. ISBN 978-972-40-4413-2.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 7.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2008. ISBN 978-972-40-3486-7.

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, vol. II. ISBN 972-32-0788-5.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1995

ISBN 972-40-0471-6.

MADALENO, Cláudia. *A vulnerabilidade das garantias reais - a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1587-8.

MALDONADO, João Pedro Nunes. O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca. *Julgar*. N.º 13 (janeiro/abril 2011). Lisboa: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 2011. ISSN 1646-6853.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Contrato-promessa em geral, contratos-promessa em especial*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2009. ISBN 978-972-40-3847-6.

MORAIS, Fernando de Gravato. Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor. *Cadernos de Direito Privado*. 2010. N.º 29 (janeiro-março). ISSN 1645-7242.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina. Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional. *Revista da Ordem dos Advogados*. 2010, Ano 70, Vol. I-IV. ISSN 0870-8118.

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*. Coordenação SERRA, Catarina. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013. ISBN 978-972-40-5067-6.

PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. ISBN 972-40-0844-4.

PROENÇA, José Carlos Brandão. Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional). *Cadernos de Direito Privado*. 2008, N.º 22 (abril/junho). ISSN 1645-7242.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Direito de retenção. *Boletim do Ministério da Justiça*. 1957, N.º 65, abril. ISSN 0870-337X.

SERRA, Catarina. *O regime português da insolvência*. 5.^a edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2012. ISBN 978-972-40-4985-4.

SERRA, Catarina. O valor do registo provisório da aquisição na insolvência do promitente-alienante. *Cadernos de Direito Privado*. 2012. N.º 38 (abril/junho). ISSN 1645-7242.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Dissertação para exame do curso de pós-graduação em ciências jurídico-civis da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2.ª edição. Coimbra, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 7.ª edição. Volume II. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. ISBN 972-40-1040-6.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. Contrato-promessa e falência/insolvência. *Cadernos de Direito Privado*. 2008. N.º 24 (outubro/dezembro). ISSN 1645-7242.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das Garantias*. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013. ISBN 978-972-40-5092-8.

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. *Cadernos de Direito Privado*. 2011, N.º 33 (janeiro/março). ISSN 1645-7242.

Salvo indicação em contrário, os acórdãos citados encontram-se disponíveis e foram consultados, em 1 de Dezembro de 2016, nos sítios

<http://www.dgsi.pt>

<http://www.tribunalconstitucional/tc/acordaos>