

ÍNDICE

1-NOÇÃO E PRESSUPOSTOS DO DIREITO DE RETENÇÃO EM PORTUGAL.....	3
2 - O CONTRATO-PROMESSA.....	4
2.1 – NO CÓDIGO DE SEABRA.....	4
2.2 – NO CÓDIGO CIVIL DE 1966.....	5
2.3 - AS REPERCUSSÕES DO DECRETO-LEI Nº. 236/80, DE 18 DE JULHO, NO REGIME DO CONTRATO-PROMESSA.....	8
2.4 - A FORMA DO CONTRATO-PROMESSA.....	14
2.5 - AS CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE RECONHECIMENTO DA(S) ASSINATURA(S).....	16
2.6 - A EXECUÇÃO ESPECÍFICA.....	18
3 - A CONVENÇÃO DO SINAL E DA TRADIÇÃO DA COISA FACE AO DIREITO DE RETENÇÃO.....	22
3.1 – A CONVENÇÃO DE SINAL.....	22
3.2 - O SINAL QUANTO À SUA NATUREZA.....	28
3.3 - O FUNCIONAMENTO DO SINAL.....	28
4 - A CONVENÇÃO DE ENTREGA DE COISA OBJECTO DO CONTRATO PROMETIDO.....	30
4.1 – A CONVENÇÃO DE TRADIÇÃO DA COISA E O SINAL.....	45
4.2 - O SINAL, A MORA E O INCUMPRIMENTO DEFINITIVO.....	47
4.3 - A RELEVÂNCIA DO SINAL NO CONTRATO-PROMESSA DE COMPRA E VENDA E OS SEUS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RETENÇÃO.....	49
5 - EVOLUÇÃO DO DIREITO DE RETENÇÃO EM PORTUGAL.....	59
6 - O OBJECTO DO DIREITO DE RETENÇÃO.....	65
7 - O PROMITENTE-COMPRADOR E O DIREITO DE RETENÇÃO.....	66
8 - CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE RETENÇÃO.....	71
9 - O DIREITO DE RETENÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR.....	73
10 - FUNÇÕES DO DIREITO DE RETENÇÃO.....	75
11 – MEIOS DE DEFESA RECONHECIDOS AO PROMITENTE-COMPRADOR SEMPRE QUE PRETENDA EXERCER O DIREITO DE RETENÇÃO.....	81
12 - MEIOS DE DEFESA DO PROMITENTE-COMPRADOR TITULAR DE CONTRATO-PROMESSA SEM EFICÁCIA REAL.....	93
12.1 – CONTRATO-PROMESSA DE EFICÁCIA MERAMENTE OBRIGACIONAL:.....	93
12.2 – OS EMBARGOS DE TERCEIRO.....	94
13 - OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA.....	107
13.1 - O CONTRATO-PROMESSA NO DIREITO DA INSOLVÊNCIA.....	113
13.2 – A RECLAMAÇÃO DE CRÉDITO.....	143

13.3 – A GRADUAÇÃO DE CRÉDITOS	149
14 – A EXTINÇÃO DO DIREITO DE RETENÇÃO	157
15 - CONCLUSÃO.....	158
16 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	193
18 - ÍNDICE DE ABREVIATURAS	205

O DIREITO DE RETENÇÃO EM PORTUGAL E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RETENÇÃO PELO PROMITENTE-COMPRADOR EM PORTUGAL À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS ACTUAL

1-NOÇÃO E PRESSUPOSTOS DO DIREITO DE RETENÇÃO EM PORTUGAL

1.1 - O direito de retenção é 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.

1.2 - São três os pressupostos legais para que exista do direito de retenção, como decorre do Código Civil Português de 1966:

- a) Detenção lícita e legítima da coisa pelo devedor obrigado a entregá-la (artº. 756º. al. a);
- b) Reciprocidade de créditos - Ser simultaneamente devedor e credor da pessoa a quem deve entregar a coisa retida;
- c) Conexão substancial entre a coisa retida e o crédito do autor da retenção - Que o direito de crédito da pessoa obrigada a entregar a coisa retida tenha estreita conexão causal com essa mesma coisa, resultante de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.

Uma reflexão sobre o exercício do direito de retenção pelo promitente-comprador perante o actual direito português, impõe que sejam ponderados outros institutos jurídicos, ainda que de modo bastante delimitado e procurando fazer uma abordagem objectiva por nos encontramos no âmbito do contrato-promessa de compra e venda, para melhor compreensão, atento o princípio da equiparação ao regime do contrato de compra e venda consagrado nos artºs. 410º. nº. 1 parte final e 939º. ambos do Código Civil em vigor.

Pese embora, o princípio da equiparação subjacente ao contrato-promessa relativamente ao contrato de compra e venda que reveste um carácter paradigmático quanto a todos os contratos onerosos de alienação de bens, há que ter presente os mesmos diferem quanto ao seu objecto e efeitos.

O contrato de compra e venda tem por objecto a compra ou a venda através da qual se opera a transmissão da propriedade por efeito do próprio contrato mediante o pagamento do preço e a

entrega do respectivo bem, enquanto que o contrato-promessa, sendo insusceptível de transferir a propriedade, tem por objecto a celebração do contrato de compra e venda prometido, nem pressupõe a entrega do bem objecto do contrato prometido ao promissário, embora seja determinado o preço e especificado o bem a adquirir.

Deste modo, impõe-se, antes de prosseguir, começar por fazer uma breve alusão ao contrato-promessa em termos gerais e o contrato-promessa de compra e venda, bem como aos respectivos regimes.

2 - O CONTRATO-PROMESSA

2.1 – NO CÓDIGO DE SEABRA

O contrato-promessa no Código de Seabra ou Código Civil Português de 1867, reportava-se à promessa sinalagmática de compra e venda, consignada no artº. 1548º. do citado Código que dispunha o seguinte:

“A simples promessa recíproca de compra e venda, sendo acompanhada de determinação do preço e especificação da coisa, constitui mera convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos gerais dos contratos; com a diferença, porém, de que, se houver sinal passado, a perda dele ou a sua restituição em dobro valerá como compensação de perdas e danos”.

Este artigo viria a ser alterado mais tarde pelo Decreto nº. 19126, de 16 de Dezembro de 1930, na parte assinalada a bold, tendo passado a ter a seguinte redacção:

*“A simples promessa recíproca de compra e venda, sendo acompanhada de determinação de preço e especificação de coisa, constitui uma mera convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos gerais dos contratos; com a diferença, porém, de que, se houver sinal passado, **considerando-se como tal qualquer quantia recebida pelo promitente-vendedor**, a perda dele ou a sua restituição em dobro valerá como compensação de perdas e danos.*

*§ Único. **Tratando-se de bens imobiliários, o contrato deve ser reduzido a escrito, e, sendo feito sem outorga da mulher do promitente-vendedor, este responde por perdas e danos para com o promitente-comprador.**”*

Ora, já ao tempo o legislador entendia considerar o contrato-promessa uma convenção mas regulada nos termos dos contratos, apesar de distinta destes.

Tendo Cunha Gonçalves – Tratado, VIII, p. 401 - a propósito defendido a tese de que bastaria a mora do outro contraente, para se ter o direito de recusar o sinal, ou exigir a restituição deste

em dobro, visto que ao credor estava excluída a execução e se entendia ao tempo que havia resolução por mora.

Segundo refere Calvão da Silva¹, esta tese deixou de poder ser defendida no Código Civil Português de 1966, desde que passou a haver a execução específica, a mora deixou de constituir fundamento para a resolução do contrato, mas apenas o incumprimento suficientemente grave ou significativo que tornasse justificável a perda do interesse do credor em manter o contrato ou directamente ou pela conversão da mora em incumprimento definitivo, de harmonia com o preceituado no artº. 808º. nº. 1 do Código Civil.²

2.2 – NO CÓDIGO CIVIL DE 1966

A partir do Código Civil de 1966, a definição legal de contrato-promessa, é-nos dada pelo seu artº. 410º. nº. 1, preceituando que: *“é a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato.”*

O Professor Doutor João Calvão da Silva entende que se poderá torná-la mais abrangente, definindo como sendo: «convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo negócio jurídico», englobando tanto os negócios bilaterais ou contratos como os negócios unilaterais.

O Prof. Almeida Costa, define também o contrato-promessa recorrendo à definição legal, dizendo que a promessa de contrato futuro ou contrato-promessa consiste na convenção pela qual alguém se obriga celebrar certo contrato. Acrescentando que se trata de um instituto de grande aplicação prática³.

O referido supra permite-nos inferir que o contrato-promessa é entendido como convenção desde o Código Civil de Seabra, bem como o entendimento de que se trata de uma prestação de facto, embora divergindo no teor da definição.

O contrato-promessa, convenção através da qual alguém se obriga a celebrar um determinado contrato, de compra e venda ou não, encontra-se regulado com carácter geral nos artºs. 410º. a 413º., 441º., 442º. e 830º. do Código Civil de 1966⁴, relativamente a qualquer contrato

¹ SILVA, João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actualizada. Coimbra: Almedina, 2010. p. 125.

² Como refere o Prof. Doutor Machado, Baptista - **Pressupostos da resolução por incumprimento**, In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Teixeira Ribeiro, II, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 344 e ss. VARELA, Antunes – **Das Obrigações em geral**, II, p. 115. SILVA, João Calvão da – **Cumprimento**. Cit., p. 297 e ss, 316 e ss.; **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actualizada. Coimbra: Almedina, 2010. p. 125.

³ COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das Obrigações**, 12ª. ed. revista e actualizada. Coimbra: Almedina. pp. 379-380.

⁴ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actualizada. Coimbra: Almedina, 2010, p. 13.

prometido e não apenas a compra e venda, revestindo a forma de contrato-promessa bilateral ou de contrato-promessa unilateral.⁵

Sendo de realçar a semelhança do preceituado no corpo do artº. 1548º. do Código Civil de 1867, com a redacção dada pelo Decreto nº. 19126, de 16 de Dezembro com o disposto no artº. 441º. nº. 1 do Código Civil de 1966, relativamente ao sinal.

Artº. 441º.

(Contrato-promessa de compra e venda)

No contrato-promessa de compra e venda presume-se que tem carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço.

O legislador estendeu o regime do contrato de compra e venda ao contrato-promessa, como resulta da parte final do nº. 1 do artº. 410º. conjugado com o artº. 939º. ambos do Código Civil – princípio da equiparação – desde que não estejam em contradição disposições legais respectivas, atento o carácter paradigmático que reveste o contrato de compra e venda no domínio dos contratos onerosos com eficácia real.

Com efeito, o contrato-promessa constitui uma convenção autónoma do contrato prometido, caracterizando-se amiúde por ter eficácia meramente obrigacional, diferindo quanto à forma quanto ao objecto e ao efeito do contrato definitivo,⁶ não obstante, encontrar-se sujeito por lei ao mesmo regime do contrato definitivo, nos termos do artº. 410º. nº. 1 do Código Civil que consubstancia o princípio da equiparação.

Porém, o princípio da equiparação também designado princípio da correspondência⁷ está sujeito a duas excepções:

- a) – As disposições relativas à forma⁸;
- b) - As disposições que pela sua razão de ser não devam considerar-se extensivas ao contrato – promessa.⁹

⁵ SILVA, João Calvão da – Op. Cit. p. 13-14.

⁶ LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – **Direito das obrigações**, 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 222.

⁷ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actualizada. Coimbra: Almedina, 2010, p. 29.

⁸ ALMEIDA, Moitinho de – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Documento escrito. Formalidades *ad substantiam*. Cónjuge. Execução específica. Bem imóvel. Meeiro. **Supremo Tribunal de Justiça**. Revista n.º 3892/04-2.ª Secção. 09-12-2004. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. cit. p. 222.

A propósito da segunda excepção cumpre referir o facto de o contrato-promessa não transferir a propriedade, apesar da tradição da coisa a favor do promitente-comprador, poder transmitir a posse.

Ora, admitindo a nossa lei¹⁰ que o contrato promessa possa ser bilateral ou unilateral, leva-nos a reflectir ponderadamente sobre os efeitos emergentes de cada uma destas espécies de contrato, sempre que nós tenhamos que proceder ao enquadramento legal, com vista a aferirmos dos direitos reconhecidos aos intervenientes em consequência dos respectivos contratos que outorgaram.

Há que distinguirmos as obrigações principais das que são secundárias no contrato-promessa, porquanto as segundas decorrido que seja o prazo contratual da obrigação não gera o incumprimento definitivo da obrigação mas a mora e a resolução do contrato só tem lugar nos casos de incumprimento definitivo.

São obrigações secundárias do contrato-promessa, por exemplo as obrigações do promitente-comprador constituir, reforçar ou completar o sinal, as quais, uma vez ultrapassado o prazo contratual da prestação, são insusceptíveis de gerar a resolução do contrato, tendo presente que o sinal é uma convenção acessória dos contratos bilaterais¹¹ e uma garantia do cumprimento da obrigação por quem procede à sua entrega.¹²

Um outro facto a ter em consideração é que as alterações significativas no âmbito do contrato-promessa ocorreram, na década de oitenta, face à conjuntura económica da época que levou o legislador a entender que o promitente-comprador era a parte mais fraca e desprotegida em caso de incumprimento do contrato-promessa pelo promitente-vendedor, pessoa experiente, rodeado de profissionais de vendas perante a expansão do mercado imobiliário, e alterou a redacção dos artigos 410º. acrescentando-lhe o nº. 3 e deu nova redacção ao artº. 442º. bem como ao artº. 830º. tornando-os aplicáveis a todos os contratos-promessa cujo incumprimento se tenha verificado após a sua entrada em vigor, nos termos do artº. 2º. do Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, procurando acautelar os interesses do promitente-comprador defendendo-o quer da conjuntura económica, quer dos vendedores - profissionais, inflação e da alienação de prédios clandestinos.

Assim, impõe-se ter presente as alterações introduzidas no Código Civil de 1966, inicialmente

¹⁰ Artº. 410º. nº. 2 do **Código Civil**.

¹¹ PRATA, Ana - **O contrato-promessa e o seu regime**. 2 Reimpressão da ed. de 1994. Coimbra: Almedina. 2009, pp. 754 e ss.

¹² PRATA, Ana – Op. cit., p. 755.

pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho e posteriormente pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, relativamente ao regime do contrato-promessa, bem como os efeitos produzidos pelas referidas alterações, sendo certo que esta questão já foi suficientemente desenvolvida quer pela doutrina quer pela jurisprudência, pelo que procurarei ser sucinto e conciso relativamente às mesmas, que segundo Professor Calvão da Silva, ao reportar-se ao argumento da *ratio legis* conclui que as alterações introduzidas constituem “uma intervenção em nome da tutela do consumidor, do adquirente não profissional de edifícios ou prédios urbanos perante promitente –alienantes profissionais, atento o interesse social em jogo”¹³.

2.3 - AS REPERCUSSÕES DO DECRETO-LEI Nº. 236/80, DE 18 DE JULHO, NO REGIME DO CONTRATO-PROMESSA

Com efeito, o Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, veio alterar o regime do contrato-promessa do Código Civil Português de 1966, vigente até então, tendo por fim proteger o promitente-comprador, combatendo o risco criado pela inflação vivida e a proliferação de compras de habitações clandestinas, por falta de licenças de utilização.

Este diploma viria a ser alterado, mais tarde, pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, objecto de várias críticas por parte da doutrina.¹⁴

Segundo o Prof. Menezes Cordeiro¹⁵, a reforma introduzida pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, perturbou profundamente o sistema de 1966.

Entende o Prof. Menezes Cordeiro¹⁶ que o legislador de 1980, tomou fundamentalmente três medidas:

- a) – A execução específica tornou-se vinculativa (artº. 830º. nº. 1), afastando o regime do sinal penitencial;
- b) – Foi atribuído um direito alternativo ao promitente-comprador que tivesse obtido a tradição da coisa: ou de receber não (apenas) o sinal em dobro mas antes uma indemnização equivalente ao valor da coisa - objecto do contrato prometido ou recorrer à execução específica da promessa (442º. nº. 3 da redacção de 1980).

¹³ SILVA, João Calvão da Silva - **Sinal e contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina. 2010, pp.72-73

¹⁴ VARELA, João de Matos Antunes Varela – Emendas ao regime do contrato-promessa. na **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Ano 119, pp. 226 e ss.; SILVA, João Calvão da – **Cumprimento e sanção compulsória**. Coimbra. Faculdade de Direito.

¹⁵ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil Português**, 2 Direito das Obrigações, Tomo 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 377.

¹⁶ Ibidem

- c) - Atribuiu ao mesmo promitente-comprador beneficiário da tradição da coisa, um direito de retenção pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente vendedor.

Quais as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 236/80?

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho foram as seguintes:

- 1 – Deu nova redacção aos artºs. 410º., 442º. e 830º. do Código Civil.
- 2 – Atribuiu o direito de retenção, nos termos gerais, ao promitente-comprador sobre a coisa pelo crédito resultante do não cumprimento – artº. 442º. nº. 3 do Código Civil.
- 3 – Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, o direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador passou a ser distinto do regime geral do direito de retenção, na medida em que não pressupõe a conexão objectiva entre a coisa e o crédito, como resulta do preceituado no artº. 754º. do Código Civil.
- 4 – Os contratos-promessa passaram a necessitar do reconhecimento presencial das assinaturas, ou da assinatura e a certificação da existência da licença de construção ou de utilização do prédio ou fracção – artº. 410º. nº. 3 do Código Civil.
- 5 – Introduziu uma excepção ao regime da mora consignado no artº. 438º., ao estabelecer que o direito à execução específica persiste, mesmo que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora do promitente faltoso.
- 6 – Estabeleceu-se que a indemnização devida em consequência da resolução do contrato-promessa, seja o valor da coisa ao tempo do incumprimento – medida do dano efectivamente sofrido – conferindo ao promitente-comprador o direito de retenção da mesma coisa por tal crédito, nos casos de ter havido a tradição da coisa, em alternativa ao pagamento do sinal em dobro, pelo crédito resultante do incumprimento imputável à outra parte.
- 7 – Estatuiu um regime especial destinado à promessa relativa à celebração de contrato de compra e venda de prédio urbano ou sua fracção autónoma, já construído, em construção ou a construir.
- 8 – Estabeleceu que, no processo a obter a execução específica do contrato e para efeitos de expurgação da hipoteca, o promitente-comprador peça a condenação do promitente-vendedor a entregar-lhe o montante do débito ou do que nele corresponda à fracção em causa e dos respectivos juros, nos casos de venda de prédio ou fracção sobre que recaia hipoteca para garantia de crédito de um terceiro sobre o promitente-vendedor que subsista após a

transmissão da propriedade e a que o promitente-comprador seja alheio.

O Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Dezembro, ao deslocar o direito de retenção previsto no nº. 3 do artº. 442º. do Código Civil, nos termos do qual era reconhecido o direito de retenção, nos termos gerais, e ao integrá-lo na al. f) do nº. 1 do artº. 755º. do Código Civil, sob a epígrafe, casos especiais, por entender por ser o lugar mais adequado, onde nas previsões desaparece ou se encontra diluída a conexão objectiva que o artº. 754º. pressupõe em termos gerais entre a coisa e o crédito, como resulta do preâmbulo do citado Decreto-Lei, parece que o legislador pretendeu afastar a conexão objectiva entre a coisa e o crédito, mantendo o exercício de poderes materiais directos sobre a coisa por parte do promitente-comprador atenta a expectativa jurídica criada da consolidação do negócio com a entrega da coisa, permitindo-lhe agir como se de um real proprietário se tratasse.

Ora, a coisa entregue irá valorizar-se com decorrer do normal funcionamento das leis de mercado, se nenhuma benfeitoria for realizada, pelo que, em princípio, não se poderá imputar a indemnização a despesas com a coisa.

Contudo, a manutenção e a conservação da coisa decorrem dos poderes materiais directamente exercidos pelo promitente-comprador distintos dos poderes exercidos pelo simples detentor, atento o valor do sinal entregue e à intenção com que os exerce, faz dele um verdadeiro possuidor.

Partindo do pressuposto que não existe uma conexão efectiva entre a convenção do sinal e a coisa objecto da retenção, entende o Prof. Menezes Leitão, que o único crédito resultante do incumprimento que tem uma relação directa com a coisa a reter é o direito ao aumento do valor da coisa ou direito¹⁷.

Defendendo uma interpretação restritiva do preceituado no artº. 755, nº. 1 al. f) do Código Civil, entende que o promitente-comprador que opte pela indemnização consubstanciada no valor da coisa ou direito sobre a mesma, só deve poder exercer o direito de retenção sobre o aumento do valor da coisa ou direito sobre esta e ser pago preferencialmente ao credor hipotecário de modo a permitir que este obtenha o pagamento do crédito que tem sobre o promitente-vendedor garantido pela hipoteca, com exclusão dos créditos relativos à restituição do sinal em singelo e do preço pago uma vez que lhes falta a conexão directa com a coisa.¹⁸

¹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito das obrigações**, 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 253.

¹⁸ Ibidem

Ora, não sendo o direito de retenção atribuído todo e qualquer crédito resultante do incumprimento, a interpretação restritiva deste artigo, parece contrariar o espírito do legislador que teve em vista acautelar o interesse do promitente-comprador na perspectiva de consumidor e despidido dos poderes ao dispor das instituições de crédito, de modo a afastar o risco criado pelo direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador.

Parece que o legislador ao estabelecer o reconhecimento do direito de retenção ao promitente-comprador pretendeu garantir o cumprimento da expectativa jurídica criada pelo contrato-promessa dissuadindo o promitente-vendedor de qualquer tentativa de incumprimento por motivos especulativos, em que o pagamento do sinal em dobro se mostrava insuficiente para acautelar o interesse do promitente-comprador na aquisição da habitação própria.

Acontece que do n.º 1 *in fine* do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, face à conjuntura económica que se vivia ao tempo e a desvalorização monetária, pretendeu com a atribuição do valor da coisa, proceder a uma actualização da indemnização, dizendo:

“(...) Importa, assim, reajustar o regime legal do contrato-promessa, por forma a adequá-lo às realidades actuais, estabelecendo um equilíbrio entre os outorgantes e desmotivando a sua resolução com intuítos meramente especulativos. Prevê-se, para tal, a actualização da indemnização em certos casos, (...)”

Neste sentido se pronunciou o Professor Calvão da Silva.¹⁹ Escrevendo:

“(...) O resultado alcançado – o direito ao valor que a coisa tiver aumentado ao tempo do incumprimento – é, no fim de contas, «a actualização da indemnização» (cfr. n.º 1 in fine do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 236/80) pré-determinada, no caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato prometido.” Pugnando por uma interpretação restritiva da expressão valor da coisa, no sentido se corresponder ao aumento do valor da coisa, verificada objectivamente, entre a data da celebração do contrato-promessa e a data do incumprimento, sob pena de conduzir a situações manifestamente injustas, como é o caso do enriquecimento sem causa por parte do promitente-comprador.

Parece resultar do entendimento acabado de referir que o valor da coisa consubstancia uma relação directa entre a indemnização e coisa, porquanto traduz a medida da actualização.

Contudo, o legislador conferiu ao promitente-comprador o direito à indemnização optando pelo sinal ou pelo valor da coisa, sendo esta uma actualização daquele, afastando a aparentemente a conexão objectiva.

Porém, se por um lado, é verdade que o sinal não tem uma relação directa com a coisa objecto

¹⁹ SILVA- João Calvão da – **Contrato-promessa**, análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80. In **Sinal e contrato-promessa**, 13ª. ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2010, p. 245.

do contrato prometido, não é menos verdade que em caso de incumprimento ele representa um crédito do promitente-comprador sobre o promitente-vendedor, por outro lado, tendo havido a tradição da coisa há uma relação material objectiva entre o promitente-comprador e a coisa que lhe foi entregue, criando-lhe a expectativa jurídica de a adquirir no futuro, pelo que passa a agir relativamente à mesma como se de um verdadeiro proprietário se tratasse, com a intenção de a adquirir no futuro – ou seja, passa a existir a posse da coisa, porque é o *animus* que eleva a relação física a posse.

Ora, sempre que o promitente-alienante procede à entrega do bem ao promitente-comprador abandonando-o a favor deste e este manifestar a intenção de exercer sobre a coisa entregue os poderes materiais sobre a coisa como própria, como se de o verdadeiro proprietário se tratasse.

Estão reunidos, neste caso, os dois elementos da posse o *corpus* – (o poder físico) a relação material com a coisa - e o *animus* – a intenção de agir sobre a coisa como se fosse sua não admitindo interferências de terceiros nem um poder superior ao dele relativamente à coisa que tem a disponibilidade total.

Porém, a jurisprudência não é unânime em exigir que o promitente-comprador seja um possuidor, para mais tarde em caso de incumprimento reconhecer ou não o direito de retenção e o pagamento da indemnização, cito a título de exemplo uma parte do sumário do acórdão:

*“VIII - A indemnização prevista na 2.ª parte do n.º 2 do artigo 442 do Código Civil – valor da coisa objecto do contrato prometido à data do incumprimento – é devida desde que, na altura em que contrato-promessa foi celebrado, ou durante a pendência deste, houve tradição da coisa para o promitente-comprador, sendo irrelevante que, posteriormente, essa coisa haja continuado ou não na detenção ou posse deste.”*²⁰

Acresce-se que, o próprio legislador no Decreto-Lei n.º. 379/86, de 11 de Dezembro, ao integrar o direito de retenção no art.º. 755.º. n.º. 1 al. f), corrigindo a redacção dada ao art.º. 442.º. n.º. 3 pelo Decreto-Lei n.º. 230/80, de 18 de Julho, suprime a expressão “nos termos gerais”, e afastando o direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador do regime estabelecido pelo art.º. 754.º. do Código Civil, parece ter deixado de exigir uma conexão directa entre o sinal e a coisa objecto do contrato prometido. Contudo, o direito de retenção só

²⁰ BARROS, Araújo – Acórdão. [Em linha]. **Contrato-promessa de compra e venda. Coisa alheia. Interpretação do negócio jurídico. Incumprimento definitivo. Indemnização. Abuso do direito.** - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça.** Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 2089/04 - 7.ª Secção. 23-09-2004. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

é reconhecido se tiver havido tradição da coisa para o promissário e existir a posse²¹, pressupondo esta uma conexão objectiva entre o crédito e a coisa.

Mantém-se, pois, o espírito inicial do direito de retenção como é reconhecido pela maioria da doutrina e da jurisprudência.

O Prof. Calvão da Silva, pronunciando-se relativamente ao sentido a atribuir à segunda parte do n.º 3 do art.º 442.º do Código Civil, entende que o valor da coisa ou direito foi concebido pelo legislador como uma actualização do (desvalorizado) sinal em dobro, que a inflação transformara em «prémio» do incumprimento em vez de meio de coerção ao cumprimento, para protecção do promitente-comprador.²² Deste modo, defende que caso este opte pelo aumento do valor da coisa tem de contentar-se com a própria coisa, em virtude de o aumento do valor da coisa não ser cumulável com o cumprimento.

Segundo o Prof. Menezes Cordeiro: “*Quem exija uma indemnização correspondente ao valor da coisa terá de contentar-se com a própria coisa, sempre que não tivesse perdido objectivamente o seu interesse por ela ou não tivesse sido ultrapassado um prazo razoável, por ele fixado, para que o cumprimento tivesse lugar.*”²³

Citando Adriano Vaz Serra, acrescenta: “*O sinal vinculístico é ainda reforçado pela atribuição ao promitente-adquirente que tenha obtido a tradição da coisa de um direito e retenção*”²⁴.

O promitente-adquirente que tenha obtido a tradição da coisa gozando o direito de retenção²⁵, poderá nos termos do art.º 759.º do Código Civil, praticar os seguintes actos:

- a) – executar a coisa objecto do contrato prometido, nos mesmos termos em que o pode

²¹ A construção jurídica da posse só foi estabelecida pelo Direito Romano, nas suas origens, como aplicação ao pleno domínio material que é a imagem da propriedade. Mais tarde ela tornou-se extensiva a outros direitos reais, mas os jurisconsultos romanos conservaram sempre a ideia de que a posse só era verdadeiramente adequada à situação de alguém que se comporta como proprietário e opuseram esta *possessio* à quase *possessio* dos outros direitos reais. Foram os jurisconsultos medievais, especialmente os germânicos, por influência do direito canónico, quem defendeu a extensão da posse a quase todos os direitos. “Mais tarde sentiu-se necessidade de proteger com os meios possessórios o penhor e a enfiteuse, direitos que se exerciam sobre as coisas. Para isso, como se quis manter a natureza da posse, transferiu-se para o credor pignoratício e para o enfiteuta a posse do proprietário, para que aqueles pudessem usar as acções possessórias, continuando a posse que conduzia à usucapião no proprietário. Desde então o credor pignoratício²¹ e o enfiteuta ficaram tendo uma posse derivada e apenas *ad interdicta*”²¹. Estes eram dois casos de posse no direito romano, a par destes existiram casos denominados *quasi possessio* e outros de detenção. Segundo professor Manuel Rodrigues: “examinando-os a uns e a outros, verifica-se que em todos eles existe uma relação física com o objecto possuído e que essa relação é intencional.” O *animus* é o elemento que eleva a relação física a posse.

²² SILVA- João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**, rev. e aum., p. 145

²³ CORDEIRO, Menezes – A excepção do cumprimento do contrato promessa. In **Tribuna da Justiça**, n.º. 27, Março de 1987, p. 5.

²⁴ SERRA, Adriano Vaz - **Direito de retenção**, sep. BMJ 65 (1957), p. 163.

²⁵ ROQUE, Helder – Acórdão. [Em linha]. Nulidade de Acórdão. Excesso de pronúncia. Contrato-promessa de compra e venda. Eficácia real. Execução específica. Alteração da qualificação jurídica. Promitente-vendedor. Insolvência. Tradição da coisa. – **Supremo Tribunal de Justiça**. 1.ª Secção. De 20-10-2011. Processo n.º. 273/05.2TBGVA.C1.S1. [Consultado em 04-11-2011]. Disponível em: WWW: hppt\ www.dgsi.pt.

fazer o credor hipotecário e gozando de preferência no pagamento relativamente a todos os credores do devedor.

- b) – fazer prevalecer o poder que lhe é reconhecido sobre a hipoteca, anda que registada anteriormente.

A propósito do direito de retenção escreve o Professor Menezes Cordeiro a seguinte frase:

*“O direito de retenção veio assim blindar em absoluto o promitente-adquirente traditório: é o vinculismo, na sua total expressão.”*²⁶

Porém, reconhece o Professor Menezes Cordeiros que foi uma má opção em termos de política legislativa, que beneficiou os pequenos adquirentes de habitação própria, desde que tivesse havido tradição da coisa.²⁷

2.4 - A FORMA DO CONTRATO-PROMESSA

Quanto à forma a regra no contrato-promessa²⁸ é a da consensualidade ou liberdade da forma – artº. 219º. do Código Civil – constituindo excepção ao princípio da equiparação à forma.

Contudo, a promessa relativa à celebração do contrato prometido para a qual a lei exija documento quer autêntico quer particular, só é válida se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral nos termos dos artºs. 410º. nº. 2, 411º., 221º. do Código Civil.

Assim sendo, o contrato-promessa tem sempre que revestir a forma escrita e mostrar-se assinado, nas condições referidas no artº. 410º. nº. 2 do C.C., para que seja válido.

Subsequentemente, um contrato-promessa em que falte a assinatura do promitente não o vincula nem é válido relativamente a este, como acontece no caso da promessa de venda de um bem comum do casal em que falte a assinatura de um dos cônjuges, embora tenha sido constituído sinal e havido a tradição da coisa.

Galvão Telles²⁹ e Almeida e Costa³⁰ entendem que o documento deve conter o reconhecimento de assinatura de ambos outorgantes.

²⁶CORDEIRO, Menezes – **Tratado de direito civil português** 2, direito das obrigações, tomo 2. Coimbra: Almedina, 2010, p. 398.

²⁷ Ibidem.

²⁸REGO, Lopes do – Acórdão. [Em linha]. Nulidade de Sentença. Regra de substituição ao Tribunal recorrido. Contrato-promessa. Nulidade por falta de forma. Conhecimento oficioso. Obrigação de restituir. – **Supremo Tribunal de Justiça** - 7ª. Secção. De 22-10-2009. Processo nº. 445/09.0YFLSB. [Consultado em 27-11-2011]. Disponível em: WWW: hppt: www.dgsi.pt.

²⁹ TELLES, Galvão - **Direito da obrigações**, 6ª. ed. Coimbra, 1989, p 91.

³⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito da obrigações**, 4ª. ed. Coimbra, 1984, p. 267 nota 3

Porém, Calvão da Silva entende que não ser necessário o contrato-promessa conter o reconhecimento da assinatura de ambos outorgantes, promitente e promissário, por não fazer sentido atenta a forma de obrigar – artº. 410º. do Código Civil.³¹ Basta assinatura do promitente – parte que se vincula à celebração do contrato.

Este entendimento encontra-se consignado no nº. 2 do preâmbulo do Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro.

Neste ensejo, importa ter em consideração as obrigações assumidas pelo promitente relativamente ao qual o contrato é válido, em função do clausulado do contrato-promessa, designadamente, se foi assumida uma obrigação de meios consubstanciada em fazer tudo o que estivesse ao seu alcance para obter a assinatura e o consentimento do outro cônjuge³² (terceiro) para efeitos de alienação do bem comum. A ser provado o cumprimento desta obrigação assumida e tendo recebido o sinal, não haverá responsabilidade pelos danos decorrentes dessa obrigação – artº. 798º. e 801º. do Código Civil -, caso não consiga obter a assinatura e o consentimento, ficando apenas obrigado a restituir o sinal em singelo e não em dobro.

Porém, se o promitente alienante não conseguir provar que encetou todas as diligências no sentido de obter a assinatura e o consentimento, o promitente que tiver recebido o sinal, fica obrigado a restituir o sinal em dobro, por incumprimento definitivo, nos termos dos artºs. 798º. e 801º. do Código Civil, não sendo admissível a execução específica de acordo com o preceituado no artº. 830º. nº. 1, *in fine*, do Código Civil.

Contudo, se o promitente-vendedor assumiu uma obrigação de resultado, no sentido de ter garantido ao promissário a celebração do contrato prometido, e não cumprir, incorrerá em responsabilidade civil, restituindo em dobro sinal percebido, caso tenha sido constituído sinal, mas não poderá haver execução específica, porque o outro cônjuge não se encontra vinculado pelo contrato-promessa, de acordo com o preceituado no artº. 406º. nº. 2 com referência ao artºs. 410º. nº. 2 e 830º. nº. 1 *in fine* todos do Código Civil.

Trata-se da doutrina respeitante à prestação de terceiros assumida através do contrato-promessa válido, ao abrigo da liberdade contratual, cuja promessa de facto de terceiro visa a

³¹ SILVA, João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**, 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p.68.

³² RODRIGUES, Álvaro – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Intervenção de um só cônjuge promitente. Execução específica. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 850/2001.C1.S1. – 2ª. Secção. 03 de Novembro de 2011. [Consultado em 28-03-2012]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>:

verdadeira promessa de facto próprio, ou seja, obter o promitente a prestação do facto de terceiro.³³

Ora, o objecto do contrato promessa é a celebração do contrato prometido, daí que a obrigação subjacente contrato-promessa seja uma obrigação de *facere jurídico*, ou seja, uma prestação de facto.

O contrato-promessa tem uma eficácia meramente obrigacional e para ter uma eficácia real é necessário que conste do clausulado do contrato-promessa e que este tenha sido registado.

Há casos em que a lei proíbe a venda, sem a cominação legal de nulidade como acontece na venda de coisa ou direitos litigiosos – artº. 876º. do Código Civil – mas atribui a cominação legal de anulabilidade, como sucede no caso da venda de pais a filhos. A venda feita a um filho sem o consentimento dos outros filhos é anulável – artº. 877º. nº. 2 do Código Civil - e não é admitida por lei no contrato definitivo, devendo a respectiva acção de anulação ser deduzida dentro do prazo de um ano a contar do conhecimento da mesma ou do termo da incapacidade se forem incapazes. Porém, o contrato-promessa que tenha por objecto o contrato de venda de pais a filhos é válido.

Neste caso, o promitente - alienante poderá assumir uma obrigação de meios consubstanciada na obtenção do consentimento dos demais filhos e obtendo-o a venda pode ser realizada. Se o não conseguir a venda será anulável a requerimento de qualquer filho dentro do prazo de 1 ano a contar da data do conhecimento do facto, como resulta do preceituado no artº. 877º. nº. 2 do Código Civil, sob pena de caducidade.

2.5 - AS CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE RECONHECIMENTO DA(S) ASSINATURA(S)

O Código Civil de 1966 prevê no seu artº. 410º. nº. 2, a existência do contrato-promessa bilateral e do contrato-promessa unilateral, de acordo com a vontade de vincular e o número de pessoas vinculadas bem como a existência do sinalagma genético, exigindo que o contrato reduzido a escrito revista a forma de documento particular, ainda que a lei exija a forma de documento autêntico para o contrato prometido, o que constitui uma importante excepção relativamente à forma, atento ao princípio da liberdade da forma, contido no artº. 219º. do Código Civil³⁴.

A este propósito suscitou-se a questão da validade do contrato-promessa bilateral em que

³³ SILVA, João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**, 13ª. ed. rev. e aum.. Coimbra: Almedina. 2010, p. 32

³⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das obrigações**, Volume 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010.P. 225.

faltasse uma das assinaturas, tendo presente a exigência do reconhecimento presencial das assinaturas pelo artº. 410º. nº. 3 do Código Civil.

O Assento do STJ, de 29 de Novembro de 1989, tentou responder de modo esclarecido mas segundo a doutrina sem êxito.

Refere o citado Assento que o contrato-promessa bilateral em que falte uma das assinaturas é nulo por vício de forma – artº. 220º. do CC -, defendendo a tese da conversão do negócio jurídico, ou seja, a conversão do contrato-promessa bilateral em contrato-promessa unilateral.³⁵

Porém, a tese da conversão pressupõe que a nulidade total do negócio jurídico, facto que no caso em apreço não merece a aprovação de toda a doutrina.

É entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência que, neste caso, o contrato – promessa bilateral em que falte uma das assinaturas, é nulo por vício de forma.³⁶

Contudo, há divergência doutrinal e jurisprudencial relativamente a questão de saber a nulidade é total ou parcial³⁷. O Prof. Calvão da Silva entende que se trata de uma nulidade parcial, devendo para o efeito optar-se pela tese da redução, resolvendo-se a questão aplicando-se o artº. 292º. do Código Civil, por ser a melhor solução face à realidade e ao direito portugueses³⁸.

Neste caso, admite-se a redução do contrato-promessa bilateral em contrato-promessa unilateral, uma vez que a tese da redução permite manter a sanção do sinal em relação à parte que permanecesse vinculada à celebração do contrato definitivo, contrariamente à tese da conversão³⁹.

Ora, no contrato-promessa bilateral, a nulidade que resulta da falta de assinatura, não afecta a parte do contrato que se encontra assinada e que geralmente é do vendedor ou promitente-vendedor, o qual fica por esse facto vinculado a vender.

Com efeito, nos contratos-promessa unilaterais apenas uma das partes se vincula, sem que daí resulte a invalidade sob a forma nulidade do contrato.

³⁵SILVA, João Calvão da – Op. Cit. p. 61

³⁶ SILVA, João Calvão da – Op. Cit. p. 50.

³⁷ REGO, Lopes do – Acórdão. [Em linha]. Nulidade de Sentença. Regra de substituição ao Tribunal recorrido. Contrato-promessa. Nulidade por falta de forma. Conhecimento oficioso. Obrigação de restituir. – **Supremo Tribunal de Justiça** - 7ª. Secção. De 22-10-2009. Processo nº. 445/09.0YFLSB. [Consultado em 27/11 /2010] Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

³⁸ Idem

³⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito das obrigações**, vol. 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 229

Sendo este o espírito da lei, nada impede que se aceite a tese da redução do negócio jurídico em detrimento da tese da conversão que pressupõe a nulidade de todo o negócio.⁴⁰

A falta de reconhecimento da assinatura do promitente-comprador, pode gerar a nulidade do contrato-promessa? A resposta a esta questão não pode deixar de ser afirmativa. E se houver culpa também por parte do promitente vendedor? Neste caso aplica-se o preceituado no artº. 570º. do Código Civil, sem prejuízo da responsabilidade pré-contratual.

Relativamente ao primeiro caso estamos perante uma nulidade atípica⁴¹ que, nos termos do nº. 3 do artº. 410º. do Código Civil, apenas invocável pelo próprio interessado – o promitente-comprador - e não por terceiro nem tão pouco ser do conhecimento officioso.⁴²

Essa foi a intenção do legislador do Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, protegendo o promitente-comprador das fraudes que pudessem ser cometidas pelo promitente-vendedor, pessoa que fazia do modo de vida a elaboração e a celebração de contratos - promessas.

Porém, perde a legitimidade de invocar a nulidade, o promitente-comprador que tiver consciente e voluntariamente omitido o reconhecimento da assinatura que sabia estar obrigado, por constituir uma situação de *venire contra factum proprio*.

Sendo certo que recai sobre o promitente-vendedor o dever de assegurar que o promitente-comprador reconhecerá presencialmente a assinatura.

2.6 - A EXECUÇÃO ESPECÍFICA

Reportando-me à execução específica e partindo do princípio que a primeira parte do nº. 2 do artº. 442º. do Código Civil é aplicável a todos os contratos⁴³, entende o Prof. Doutor Calvão

⁴⁰ Neste sentido, SILVA, João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**, 13ª. ed. ver. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 50.

⁴¹ SILVA, João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**, 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 78; SÁ, Paulo – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Execução específica. Preço. Depósito do preço. Consignação em depósito. Prazo. Poderes da Relação - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 1449/08.6TBVCT.G1.S1. – 1ª. Secção. 14 de Setembro de 2010. [Consultado em 04/12/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>; REGO, Lopes do – Acórdão: [Em linha]. Nulidade de Sentença. Regra de substituição ao Tribunal recorrido. Contrato-promessa. Nulidade por falta de forma. Conhecimento officioso. Obrigação de restituir. – **Supremo Tribunal de Justiça** - 7ª. Secção. De 22-10-2009. Processo nº. 445/09.0YFLSB. [Consultado em 27/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>; Ac. **STJ** de 05 de Julho de 2007; Ac. do **S TJ** de 04 de Maio de 1993, in **Colectânea de Legislação e Jurisprudência** – Acórdãos do **STJ** – Ano 1, T 2, p. 80; Ac. do **Tribunal da Relação de Lisboa**, de 22 de Janeiro de 1991, in **BMJ** nº. 403, p. 467 e de 22 de Fevereiro de 2007 (Proc. 858/2007-8).; Menezes Cordeiro – **O Novo regime do contrato-promessa**, cit. p. 35, nota 13, defende tratar-se de uma nulidade atípica, invocável por terceiros interessados, não exclui a “hipótese de interpretação correctiva, que permitiria contrapor à nulidade *sui generis* uma anulabilidade atípica” por reconhecer que a posição do promitente-comprador fica muito enfraquecida.

⁴² Tese acolhida pelo Ac. do **STJ** de 29 de Dezembro de 1989, in **BMJ** nº. 391, p. 610 e ss: “a omissão dos requisitos referidos no citado artº. 410º. nº. 3 do Código Civil, não pode ser invocada nem pelo promitente – vendedor, nem por terceiros nem conhecida officiosamente.”

da Silva que não é exacta a referência feita, no nº. 3 do artº. 442º. do Código Civil, à execução específica no que respeita à parte em que se refere que o contraente não faltoso pode requerer a execução específica do contrato, pelo que deve fazer-se uma interpretação restritiva do nº. 3, 1ª. parte do artº. 442º. do Código Civil, no sentido de o promitente não faltoso poder em alternativa à indemnização requerer a execução específica do contrato, nos termos do artº. 830º. do Código Civil.⁴⁴

Porquanto, consistindo a indemnização na retenção do sinal ou na restituição em dobro ou aumento do valor da coisa ou direito, não se encontra subordinada à entrega antecipada do objecto do contrato prometido.⁴⁵

Salvo o devido respeito pela opinião de tão insigne Professor, parece que a opção pelo valor actual da coisa objecto do contrato-promessa, pressupõe ter existido tradição da coisa, constituindo esta situação uma condição *sine qua non* da opção pelo valor da coisa pelo promitente-comprador, atendo o preceituado no artº. 442º. nº. 2, 2ª.parte do Código Civil., que passo a transcrever:

“2 – (.....), se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou, ou, se houve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o seu valor, ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago.”

Esta foi uma das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, com o objectivo de proteger o promitente-comprador determinando que a valorização da coisa a que se refere o contrato prometido pudesse, por opção, ser atribuído ao promitente-comprador, em vez de caber automaticamente ao promitente vendedor, como seu proprietário.

Parece resultar da do elemento literal do citado artigo que no caso de não ter ocorrido a tradição da coisa, fica o promitente-comprador impedido de exercer o direito de opção pelo valor da coisa ao tempo do incumprimento, assistindo-lhe apenas o direito de exigir o pagamento do sinal em dobro.

Na verdade, a *traditio rei*, segundo o Prof. Calvão da Silva, não constitui requisito da

⁴³ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-Promessa**, 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 114.

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ Ibidem

execução específica, restringindo-se a condicionar a indemnização emergente do aumento do valor da coisa.⁴⁶

Solução consagrada actualmente pelo assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Dezembro de 1989, referindo o seguinte:

*“No domínio dos artºs. 442º. nº. 2 e 830º. nº. 1 do Código Civil, com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, o direito à execução específica não depende de ter havido tradição da coisa, objecto do contrato-promessa, para o promitente -comprador.”*⁴⁷

Um outro aspecto a ser considerado no recurso à execução específica pelo promitente não faltoso, é o de saber em que termos o pode fazer, tendo presente que – artº. 830º. nº. 3 do Código Civil - o direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas a que se refere o nº. 3 do artº. 410º. do Código Civil, ou seja, as referentes à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício ou fracção autónoma dele construído ou em construção.

Neste caso, sendo o regime imperativo tem como efeito cominatório de nulidade relativamente a toda a cláusula contrária à lei, haja ou não sinal, haja ou não tradição da coisa, uma vez que o artº. 830º. do Código Civil não faz a distinção.⁴⁸

Porém, verificando-se o incumprimento das promessas relativamente à generalidade dos contratos-promessa, a execução específica pode ser afastada por convenção das partes, consubstanciada na existência de sinal ou de outra pena, factos que constituem a presunção, ilidível, de ter havido convenção em contrário, nos termos do artº. 830º. nºs. 1 e 2 do Código Civil.⁴⁹

Com efeito, o artº. 830º. do Código Civil, não faz qualquer referência à *traditio rei* do contrato prometido como sendo um dos requisitos da execução específica⁵⁰, embora o preâmbulo do Decreto-Lei nº. 379/86, reportando-se ao artº. 830º. refira que não deve considerar-se supérflua a remissão para este artigo no que respeita à execução específica, por nem sempre ser admitida.

Contudo, o que acaba de ser referido, não permite inferir que o legislador, através da primeira parte do nº. 3, do artº. 442º. do Código Civil, tenha pretendido facultar sempre a execução

⁴⁶ Ibidem,

⁴⁷ Diário da República, nº. 46, I Série, de 23 de Fevereiro de 1990; “BMJ” nº. 392, p. 139 e ss.

⁴⁸ SILVA, João Calvão da - Sinal e Contrato-Promessa, 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 115.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ SILVA, João Calvão da - Sinal e Contrato-Promessa, 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 115.

específica do contrato-promessa com sinal constituído, tendo havido ou não tradição da coisa, pelo facto de nem sempre ser admitida a execução específica.

Porquanto, deixava de fazer sentido a repristinação do n.º 2 do art.º 830.º (na versão originária) do Código Civil que preceituava o seguinte:

“Entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso do não cumprimento da promessa.”

Constituindo a existência do sinal uma presunção de convenção em contrário à execução específica, nos termos da citada disposição legal.⁵¹

Ora, infere-se do exposto que, se não existia colisão normativa entre o art.º 442.º n.º 2 *in fine* e o art.º 830.º na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, que explicaria a remissão feita para este artigo pelo art.º 442.º n.º 2 *in fine*, de modo a reforçar o preceituado no art.º 830.º n.º 1, conjugado com a eliminação do primitivo n.º 2 do art.º 830.º do Código Civil. Mas já o mesmo não se poderia dizer hoje, caso se defendesse o entendimento inculcado no preâmbulo ao actual art.º 442.º n.º 3 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 379/86 de 11 de Novembro, por ser inevitável a colisão normativa⁵².

Contudo, esta situação só não acontecerá, se considerar-se a referência feita pelo art.º 442.º n.º 3 do Código Civil à execução específica como uma menção remissiva para o art.º 830.º do Código Civil, cujo âmbito se mantém inalterado, facto faz com que a remissão, segundo o Prof. Calvão da Silva e Galvão Telles, seja considerada supérflua e dispensável.⁵³

O direito à execução específica existe sempre que não tenha havido convenção em contrário e a natureza da obrigação assumida não se oponha ao mesmo.

Na realidade, o direito à execução específica só faz sentido em caso de mora, como parece resultar da parte final do n.º 3 do art.º 830.º do Código Civil, designadamente da expressão: *ainda que (...) seja posterior à mora, e desde que haja interesse do credor na prestação debitória nos casos de incumprimento definitivo.*

Em caso de incumprimento definitivo o direito a uma indemnização deve ser calculado com base no regime do sinal, como decorre da Lei, entende o Prof. Calvão da Silva não ser correcto o legislador fazer qualquer referência à faculdade de execução específica no art.º 442.º do Código Civil, defendendo que deveria ser mantida a estrutura originária do Código Civil, regulando a execução específica do contrato-promessa e o sinal no art.º 442.º, enquanto

⁵¹ SILVA, João Calvão da – Op. Cit. p. 116

⁵² SILVA, João Calvão da – Op. Cit. p. 116

⁵³ Ibidem; Galvão Telles, **Direito da Obrigações**, 6ª. ed. p. 136-137; 7ª. ed. p. 152-153.

sanção indemnizatória do imputável incumprimento definitivo ou falta definitiva de cumprimento.⁵⁴

Porém, o recurso à execução específica pode ter lugar nos casos de incumprimento mas desde que se mantenha o interesse do credor na prestação debitória, acompanhado da consignação em depósito parte restante do preço em dívida, dentro do prazo fixado pelo tribunal.⁵⁵ Desde que a prestação fisicamente possível e a recusa seja fútil, embora consubstancie um incumprimento definitivo, o promitente-comprador mantenha interesse na prestação debitória.

Ora, o regime do contrato promessa deve ser articulado com o regime do sinal⁵⁶.

3 - A CONVENÇÃO DO SINAL E DA TRADIÇÃO DA COISA FACE AO DIREITO DE RETENÇÃO

3.1 – A CONVENÇÃO DE SINAL

O presente estudo que se pretende objectivo e concreto, face a delimitação temporal e geográfica realizada, não fará uma abordagem histórica relativamente à origem e evolução do contrato promessa e das arras⁵⁷ da compra e venda nem ao contrato arral, institutos que precederam o actual conceito do contrato-promessa e do sinal.

A convenção de sinal surge ligada à celebração do contrato-promessa, amiúde devido à falta de capacidade financeira por parte do promitente-comprador que lhe permita pagar o preço do bem que pretende comprar, impossibilitando-o de celebrar o contrato definitivo de compra e venda, obrigando-o, de um modo geral, a recorrer ao crédito junto das Instituições Bancárias

⁵⁴Neste sentido, SILVA, João Calvão da – **Cumprimento**, p. 313 e ss.; VARELA, João Antunes de Matos – In **Revista de Legislação e Jurisprudência** Ano 119, p. 219, nota 1; CORDEIRO, António Menezes – **A excepção do cumprimento**, cit. p. 6 nota 32.

⁵⁵ SÁ, Paulo – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Execução específica. Preço. Depósito do preço. Consignação em depósito. Prazo. Poderes da Relação - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 1449/08.6TBVCT.G1.S1. – 1ª. Secção. 14 de Setembro de 2010. [Consultado em 14/12/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

⁵⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. Cit. p. 237; CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil Português 2**, Direito das obrigações, Tomo 1, Coimbra: Almedina. pp. 735 e ss, e II Tomo 2, pp. 373 e ss., MONTEIRO, António Pinto – **Cláusula Penal**, pp.163 e ss., SILVA, João Calvão da – **Sinal**, pp. 95 e ss, e 211 e ss., PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime**. Coimbra: Almedina. pp. 743 e ss., COIMBRA, Ana – “**O sinal: Contributo para o Estudo do seu Conceito e Regime**”, In O Direito 122 (1990) III-IV, pp. 621-671 e OLIVEIRA, Nuno Pinto – **Ensaio sobre o sinal**, Coimbra: Coimbra Editora. 2008.

⁵⁷ Arra em grego significa garantia. A arra consistia na entrega de uma soma em dinheiro pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, destinando-se a garantir a execução daquilo que entre as partes havia sido convencionado. A arra grega de que a romana parece derivar, pelo menos na versão justinianeia, está incindivelmente ligada à compra e venda e às características desta. A compra e venda era, no direito grego antigo, um contrato real e produtor de efeitos reais translativos: a sua constituição dependia do pagamento do preço e, nas vendas de imóveis e de móveis de algum valor, também de algumas formalidades. Contudo, como a promessa de compra e venda era desconhecida do direito grego, a arra era o único instrumento jurídico permissivo da constituição de um vínculo de eficácia coactiva, se bem que indirecta, à conclusão do negócio translativo quando a sua definitiva celebração ainda não estivesse realizada. – PRATA, Ana – **Contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra. Almedina. anotações, p. 22.

ou de mutualistas.

É prática corrente das partes convencionarem a entrega pelo promitente-comprador de uma quantia ao promitente-vendedor por conta do pagamento do preço do bem ao acordarem uma futura compra e venda.

Na verdade, do contrato de compra e venda, sendo bilateral e sinalagmático, resulta a obrigação para o comprador de pagar o preço e para o vendedor a obrigação da entrega da coisa – artº. 879º. do Código Civil.

Porém, nem sempre o comprador tem a capacidade de dispor de uma quantia bastante elevada correspondente ao valor de um imóvel, vendo-se por esse facto obrigado a recorrer ao contrato de mútuo oneroso junto das diferentes Instituições de Crédito, para financiarem a compra entregando bem como garantia através da constituição de uma hipoteca voluntária a favor da Instituição de Crédito Mutuante.

Face à necessidade de assegurar a compra do bem, enquanto não é concedido o empréstimo, tornou-se habitual celebrar-se um contrato-promessa de compra e venda, demonstrando o comprador o interesse na aquisição do bem através da entrega de uma quantia em dinheiro ao promitente-vendedor, como início de pagamento do preço do bem.

Ora, a prática de tal acto pelo promitente-comprador assenta fundamental e principalmente na impossibilidade, por via de regra, por parte do promitente-comprador de dispor de quantia equivalente ao preço do bem que lhe permitisse celebrar de imediato o contrato de compra e venda, sob a forma de escritura pública, caso se tratasse da aquisição de uma fracção autónoma para habitação própria e permanente, ou outro imóvel.

Se antes da entrega da quantia em dinheiro – *datio* - as partes a tiverem previsto convencionalmente como uma obrigação de uma das partes, poderemos estar perante uma de três hipóteses:

- a) – Ou de uma cláusula convencional que impõe a parte a obrigação de constituir sinal;
- b) – Ou de uma promessa unilateral de sinal;
- c) - Ou de uma convenção diversa, que tanto pode ser uma cláusula penal imprópria como uma convenção atípica, cujos efeitos serão os resultantes da vontade das partes.⁵⁸

Partindo da distinção doutrinal assente no facto de o artº. 442º. nºs. 1 e 2, 1ª. parte, do Código

⁵⁸ PRATA, Ana – Op.Cit. p.750.

Civil ser aplicável ao regime do sinal em geral e de ao artº. 442º. nº. 2 do Código Civil serem subsumíveis especificamente os casos de funcionamento do sinal respeitantes ao contrato-promessa.⁵⁹

O regime do sinal, acima referido por último, funciona de modo diferente da regra geral do sinal, em caso de incumprimento e tendo havido a constituição de sinal e havido tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, reconhece a faculdade de o promitente-comprador optar na indemnização pelo pagamento do sinal em dobro ou pelo valor da coisa ao tempo do incumprimento deduzindo o preço convencionado, acrescido do sinal (em singelo) e da parte do preço que tenha sido paga⁶⁰.

Contudo o Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, veio esclarecer o modo como se deve achar o valor actual da coisa estipulando que é a diferença entre o preço ao tempo do contrato e o preço ao tempo do incumprimento subtraindo o preço convencionado. Relativamente à controvérsia suscitada quanto aos pressupostos do reconhecimento do direito indemnizatório, assentar ou não na existência do sinal e em ter havido ou não tradição da coisa.

Parece-me que a indemnização pelo valor da coisa ao tempo do incumprimento, pressupõe que tenha sido constituído sinal e havido tradição da coisa, atento ao preceituado no artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte, do Código Civil, tendo presente as expressões “dobro do que prestou” ou “se tiver havido tradição o valor”, e ao facto de o artº. 441º. considerar o sinal como princípio de pagamento no âmbito do contrato-promessa.

Ora, se por um lado, é verdade que no âmbito do contrato-promessa de compra e venda a lei, no seu artº. 441º. do Código Civil, presume sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor.

Por outro, relativamente aos outros contratos, é defendido um regime de sinal diferente, entendendo que todas as quantias entregues são imputadas no cumprimento da obrigação desde que coincida no todo ou em parte com a prestação, nos termos do artº. 440º. do Código Civil e só têm carácter de sinal desde que as partes atribuam esse carácter à quantia entregue.

Assim sendo, infere-se que a lei não presume o sinal relativamente aos outros contratos, havendo dois regimes de sinal, designadamente o regime de sinal geral consignado no artº 440º. e 442º. nº. 2, 1ª. parte, do Código Civil e o regime de sinal aplicável ao contrato-promessa consagrado no artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte do Código Civil.

⁵⁹ LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – **Direito das obrigações**, Volume 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 240.

⁶⁰ Ibidem.

Ora, como resulta da 1ª. parte do nº. 2, nos casos em que houve apenas a constituição de sinal sem a tradição da coisa, a regra do sinal funciona no sentido de perda do sinal ou pagamento em dobro do sinal, sem direito de opção pelo valor da coisa.

Porém, quando tenha havido a constituição de sinal contra a entrega da coisa, então, já é reconhecido o direito ao promitente não faltoso de em caso de incumprimento exigir o valor da coisa ou direito sobre ela ao tempo do incumprimento.

Ora, pressupondo o sinal um contrato bilateral, salvo o devido respeito por entendimento diferente, parece vislumbrar-se do texto do artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte, do Código Civil, a pressuposição da reciprocidade de prestações da constituição do sinal por parte do promitente comprador e por outro a entrega da coisa objecto do contrato definitivo a este pelo promitente-vendedor, quando ao referir-se à existência da tradição da coisa consigna o direito de opção do promitente-comprador em caso de incumprimento ao valor da coisa ao tempo do incumprimento deduzido que seja o preço convencional, acrescido do sinal e do preço que tenha sido pago.

Porém, o pagamento do preço e a entrega do bem objecto do contrato consubstanciam os efeitos do contrato prometido, enquanto que o objecto do contrato-promessa é o contrato prometido, que se traduz numa prestação de facto, sem prejuízo de na maior parte das vezes os contraentes pretenderem uma antecipação dos efeitos do contrato prometido convencionando a entrega do bem antes da celebração do contrato prometido contra o pagamento de uma parte significativa – a totalidade⁶¹ ou quase totalidade – do preço convencionado, sem que daí resulte uma descaracterização do contrato-promessa, pese embora seja legítimo questionar sobre a natureza dessa antecipação.

Assim sendo, a obrigação de pagar o preço e de entregar a coisa – artº. 879º. do Código Civil – só nasce com a celebração do contrato de compra e venda e não com a celebração do contrato-promessa.

Na verdade, a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor que a lei presume, no caso do contrato-promessa, ter sido entregue a título de sinal ou princípio de pagamento, levará o promitente-comprador em caso de incumprimento definitivo a accionar as regras do sinal ou o valor da coisa decorrente da valorização da mesma e em caso de mora

⁶¹CAMEIRA, Nuno – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Mora. Execução específica. Sinal. Direito de propriedade. Ónus da prova. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 09A0350. 07 de Maio de 2009. [Consultado em 17/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

no cumprimento da obrigação por parte do promitente-vendedor a execução específica, nos termos do artº. 830º. nº. 3 do Código Civil, tratando-se de edifício a ser adquirido.

Ora, a solução encontrada pelo legislador, logo no Decreto-Lei nº. 236/80, foi impor que a valorização da coisa objecto do contrato prometido pudesse, em caso de opção, ser atribuída ao promitente-comprador.

A redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 379/86, veio dissipar as dúvidas que pudessem subsistir esclarecendo que o promitente-comprador pode exigir a valorização obtida pela coisa entre o momento da celebração do contrato e o momento do não cumprimento, obtendo-se esse valor pela subtracção do preço convencionado ao valor actual da coisa, acrescendo à diferença a restituição do sinal em singelo bem como a parte preço que tenha sido paga.⁶²

Para melhor compreensão do que acaba de ser dito, consideremos a título de exemplo a seguinte hipótese:

A promete vender a B e B promete comprar a A uma moradia para habitação pelo preço de 75000,00€. No acto da celebração do contrato-promessa B entrega de sinal ao A a quantia de 40000,00€ e recebe a moradia que lhe é entregue pelo A, objecto do contrato prometido. A moradia valoriza-se aumentando o seu valor real para 250000,00€.

Neste caso, se o A tivesse que restituir o sinal em dobro pagaria apenas 80000,00€ sem qualquer sacrifício, ganhando a quantia de 170000,00€ caso vendesse a moradia a uma terceira pessoa.

Ora, aplicando o regime do sinal ao contrato-promessa, uma vez que houve a tradição da coisa, assiste o direito ao promitente-comprador, no caso de optar pelo valor da coisa, de receber a quantia de $250000,00€ - 75000,00€ = 175000,00€ + 40000,00€$, perfazendo o valor de 215000,00€. Porque o A teria que pagar-lhe o valor actual

deduzido o valor convencionado e à diferença acrescer o valor do sinal em singelo.⁶³

Poder-se-ia entender devido à conjunção disjuntiva “ou” que o sinal e a entrega da coisa não fossem requisitos cumulativos. Porém, parece que a primeira parte do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil pressupõe a ausência da tradição da coisa na constituição do sinal ao celebrar-se o contrato-promessa, acautelando o interesse do promitente-comprador em caso de incumprimento definitivo do contrato-promessa por parte do promitente-vendedor.

⁶² LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – **Direito das obrigações**, Volume 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 242.

⁶³ Ibidem cfr. nota exemplificativa.

Com efeito, no contrato-promessa de compra e venda bilateral existe o sinalagma genético de onde emergem obrigações recíprocas nem sempre simultâneas de, por um lado, o promitente-comprador pagar o preço e, por outro lado, o promitente-vendedor de entregar a coisa, objecto do contrato prometido.

Neste último, tendo havido a constituição do sinal pelo promitente-comprador e a correspondente entrega da coisa, objecto do contrato prometido, ao primeiro pelo promitente-vendedor, em caso de incumprimento imputável ao promitente-vendedor, o promitente-comprador pode optar pelo pagamento do sinal em dobro ou pelo valor da coisa ou do direito a transmitir ou a constituir à data do não cumprimento sobre a coisa, deduzido o preço convencionado, acrescido do sinal e da parte do preço pagos, nos termos do artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte, do Código Civil.

Esta foi uma das medidas implementadas pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, para proteger o promitente-comprador, obrigando o promitente-vendedor a cumprir o contrato-promessa celebrando o contrato prometido.

Porém, nem tudo o que é aplicável ao contrato definitivo pode ser aplicado ao contrato-promessa, como é o caso da transferência da propriedade por mero efeito do contrato, uma vez pago o preço e entregue a coisa – artº. 879º. do Código Civil – como acontece no contrato de compra e venda. Porque o objecto do contrato-promessa, nos termos do artº. 410º. nº. 1 do Código Civil,⁶⁴ é a celebração de um contrato, o contrato prometido.

O sinal é um contrato real *quod constitutione et quod effectum*.⁶⁵ Parece ser entendimento pacífico⁶⁶ que o sinal é uma cláusula real *quod constitutionem*, para aqueles que qualificam a *datio rei* como um requisito formal que o sinal acaba sempre por revestir.

Actualmente, o artº. 442º. do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, havendo sinal seguido de incumprimento definitivo culposos da obrigação de contratar e este desencadeia o funcionamento do regime penal do sinal⁶⁷, em alternativa poderá o promitente cumpridor requerer a execução específica do contrato, nos termos do artº. 830º. do Código Civil.

⁶⁴ LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – **Direito das obrigações**, Volume 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 222.

⁶⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. cit. p. 251.

⁶⁶ Ac. STJ de 29 de Abril de 1981, in BMJ nº. 306 de Maio de 1981, p. 256 a 258; PRATA, Ana – Op. Cit. pp. 749-750.

⁶⁷ PRATA, Ana - **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 2ª. reimp. da versão de 1994. 2001. p. 863.

3.2 - O SINAL QUANTO À SUA NATUREZA

Relativamente à sua natureza o sinal pode ser confirmatório ou penitencial, tendo presente que é a liberdade contratual que molda a natureza do sinal⁶⁸, está reservado aos tribunais apurar a intenção das partes assente no modo como o sinal foi prestado.

O sinal tem natureza confirmatória sempre que resulte da declaração do promitente a vontade de consolidar o contrato manifestando essa intenção exteriormente através do pagamento garantindo o negócio celebrado no sentido de honrar a palavra e cumprir a obrigação assumida, considerando a quantia entregue um princípio de pagamento⁶⁹. Porém, se as partes quiserem reservar (para ambas ou não) a faculdade de retractação ou de recesso do contrato o sinal terá natureza penitencial ou quando resulte da lei⁷⁰.

Nos casos de dúvida o sinal é confirmatório⁷¹.

O Prof. Menezes Leitão defende que a lei nunca considera o sinal como penitencial, mesmo quando admite que este possa funcionar como convenção contrária à execução específica. Entende que o sinal não é um preço de arrependimento, pelo que defende que o sinal tem natureza confirmatório - penal.⁷²

Nos demais contratos onerosos a lei não presume que as quantias entregues sejam a título de sinal é necessário que haja uma declaração nesse sentido.

Com efeito, o interesse na aquisição do bem móvel ou imóvel aliada à escassez de tempo para realizar a compra e venda impele o promitente-comprador a manifestar a sua vontade de modo mais concreto e sólido, dissipando qualquer dúvida relativamente a intenção de concretizar o negócio, convicto que a compra só está perfeita com o pagamento do preço do bem, o promitente-comprador convencionou com o promitente vendedor e proprietário do bem, entregar-lhe uma quantia em dinheiro para garantir e fechar o negócio, a título de sinal e princípio de pagamento do preço, acordando a celebração do contrato definitivo de compra e venda, no futuro.

3.3 - O FUNCIONAMENTO DO SINAL

Para o funcionamento do sinal exige-se a resolução do contrato? A resolução do contrato requer o incumprimento definitivo ou basta a simples mora?

⁶⁸ Artº. 406º. nº. 1 do Código Civil.

⁶⁹ SILVA, João Calvão da - **Sinal e contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e aum.. Coimbra: Almedina, 2010, p. 98.

⁷⁰ Artº. 830º. nº. 2 do **Código Civil**

⁷¹ SILVA, João Calvão da - **Sinal e contrato-promessa**, 13ª. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2010. p. 98.

⁷² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. cit. p. 251.

A doutrina revela-se dividida devido à falta de unanimidade manifestada relativamente ao funcionamento do sinal comum ou clássico que previa a sua perda ou restituição em dobro.

Uma parte da doutrina pretende que o funcionamento do sinal implique o incumprimento definitivo e a resolução do contrato, como foi inicialmente o caso de Antunes Varela e Pires de Lima até as alterações do diploma de 1986⁷³. Porém, a partir desta data abandonaram esta concepção.

Outra parte da doutrina, designadamente Almeida Costa, defende que basta a simples mora e uma saída *ad hoc* diferente da pura resolução.

O entendimento jurisprudencial é no sentido de que só em caso de incumprimento definitivo e consequente resolução do contrato há lugar ao funcionamento do sinal.⁷⁴

Ora, o sinal visa simplificar o funcionamento do contrato.⁷⁵

António Menezes Cordeiro defende que o subsistema do artº. 440º. a 442º. do Código Civil, por ser especial, prevalece sobre o regime comum dos artº. 805º. nº. 1 a 808º.⁷⁶ do Código Civil.

Ora, tendo presente que o sistema clássico do sinal presente no artº. 442º. nº. 2, 1ª. parte, do Código Civil, pretende dar corpo a um esquema penitencial: o não cumprimento tempestivo traduz a opção pelo arrependimento⁷⁷.

António Menezes Cordeiro entende que, no sistema clássico, a existência de sinal, incumprimento e prazo, constituem os pressupostos para o funcionamento do sinal, por aplicação da própria lei que não exige uma interpelação nem uma admoestação pela falta de cumprimento do prazo, para que se verifique o incumprimento do contrato (seja ele definitivo ou de simples mora que a lei não distingue⁷⁸), seguido de resolução do contrato, para que haja lugar ao funcionamento do sinal consubstanciado na perda ou pagamento em dobro, sem haver necessidade de recorrer a uma interpelação *ad moram* porque o incumprimento definitivo dá-se com a falta de entrega no vencimento do prazo da prestação.

Menezes Leitão entende que o sinal só pode ser exigido em caso de incumprimento definitivo

⁷³Pires de Lima /A.Varela, **Código Civil Anotado**, 1, 4ª. ed. cit.423 último parágrafo

⁷⁴ CAMEIRA, Nuno – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Mora. Execução específica. Sinal. Direito de propriedade. Ônus da prova. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 09A0350. 07 de Maio de 2009. [Consultado em 17/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes – Op. Cit. p. 385.

⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, Tomo 2, 2010, Coimbra: Almedina, p. 386.

⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, Tomo 2, 2010, Coimbra: Almedina, p. 386

⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, Tomo 2, 2010, Coimbra: Almedina, p. 386

da obrigação pela outra parte, funcionando como pré-determinação das consequências desse incumprimento.⁷⁹

Impõe-nos a lei – artºs. 223º., 227º. e 406º. do Código Civil – que os contraentes procedam de acordo com as regras de boa fé no início, na execução e termo do contrato, bem como a cumprir pontualmente o que tiver sido convencionado entre as partes.

Assim sendo, para que se verifique o incumprimento definitivo importa que o prazo fixado pelas partes para o cumprimento das prestações seja peremptório ou fixo, caso contrário mostra-se necessária a interpelação admonitória para que a mora se converta em incumprimento definitivo,⁸⁰ tudo depende da intenção que as partes atribuíram ao prazo, bem como a perda de interesse do credor.

4 - A CONVENÇÃO DE ENTREGA DE COISA OBJECTO DO CONTRATO PROMETIDO

Acontece frequentemente que as partes pretendam não só celebrar o contrato-promessa mas também obter de imediato os efeitos do contrato prometido.

Ora, esta convenção tal como as anteriores deve revestir a forma escrita, por ser a mesma exigida para o contrato-promessa – artº. 410º. nº. 2 do Código Civil.

Neste caso, o contrato de compra e venda tem como obrigações o pagamento do preço contra a entrega da coisa passando o adquirente a desfrutar do gozo proporcionado pela mesma. Sendo a referida entrega feita na perspectiva da aquisição da respectiva propriedade e para que possa gozá-la antecipadamente para os efeitos que a que se destina e que motivaram a celebração do contrato da promessa de compra, comportar-se-á relativamente ao bem como um possuidor em nome próprio, pelo que ao contrato-promessa, ou a uma sua cláusula, no quadro em que a tradição se realizou, terá de imputar-se o efeito translativo da posse.

A situação do promitente-comprador que fica com a imediata disponibilidade do bem, tendo o seu título no acordo realizado com o proprietário, não pode ser vista como uma mera posição creditória.

O contrato-promessa de compra e venda em que a coisa vendida é entregue de imediato ao futuro adquirente que paga o preço respectivo, é um contrato em que se produzem outras obrigações que não podem ser consideradas secundárias aos efeitos obrigacionais que são

⁷⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – op. cit., p. 251.

⁸⁰ Neste sentido, RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento. Mora. Execução específica. Prova Ilícita. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 158/06.5TCFUN.L1.S1. 19 de Maio de 2010. [Consultado em 28/10/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

próprios do contrato-promessa, atento o significado económico – jurídico de tais obrigações. Deste modo, emergirão do contrato-promessa obrigações de cumprimento de obrigações futuras que só irão adquirir o seu título definitivo no contrato prometido.

Suscita-se a questão de saber se a convenção de entrega do bem contra o imediato pagamento de parte ou da totalidade do preço configura um negócio autónomo atípico ou se a dita convenção se reconduz a uma cláusula do contrato-promessa sem autonomia relativamente ao mesmo e a aceitar-se esta última coloca-se a questão de saber-se se subsequentemente não ficará descaracterizado o contrato-promessa.

Ana Prata, é propensa a entender tal convenção como integrada no contrato-promessa, atenta a estreita dependência de tal convenção da função económico - jurídica que o contrato-promessa desempenha actualmente, sobretudo no sector imobiliário bem como o facto de não ser necessário conferir autonomia relativamente negocial a tal convenção para lhe atribuir a disciplina que justifica, face aos objectivos e vontade contratual manifestados pelos contraentes⁸¹.

Com efeito a antecipação da entrega do bem ao promissário desempenhará a função de lhe permitir desde logo exercer o poder material correspondente ao direito que há-de adquirir, satisfazendo de imediato o interesse que justifica a celebração do contrato principal.

A aplicação da excepção do não cumprimento no caso do contrato-promessa em que haja antecipação dos efeitos do contrato prometido, resultará da reciprocidade e simultaneidade das contrapartidas da antecipação convencionadas de onde emerge a natureza sinalagmática das obrigações do contrato-promessa, como é o caso da entrega da coisa ser configurada como contrapartida da antecipação do preço, vislumbrando-se estarmos perante um núcleo obrigacional sinalagmático autónomo.

A entrega da coisa consubstancia sempre uma convenção sinalagmática ou não que transcende o puro acto material e unilateral, mas complexo do qual é manifesto o acto volitivo de disposição volitiva por parte do promitente-vendedor e expressa a vontade pelo promitente-comprador de passar exercer o poder que é transferido.⁸² Consolidando a expectativa deste na aquisição da posição jurídico - patrimonial que é efeito do contrato prometido, investindo-o na posse do bem objecto do contrato prometido, passando a

⁸¹PRATA, Ana - **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina. reimp. da versão de 1994. 2001. p. 172.

⁸² Prata, Ana – Op. Cit. pp. 833-832.

comportar-se como se do real proprietário do bem se tratasse.⁸³

Ora, o contrato-promessa de compra e venda tem por objecto a celebração de um contrato, cujo efeito é a transferência da propriedade, no caso do contrato de compra e venda – artº. 874º. do Código Civil.

Quando as partes, através do contrato-promessa pretendem obter os efeitos do contrato definitivo convencionando nesse sentido, procedendo ao pagamento quase total ou total do preço e a entrega da coisa objecto do contrato prometido, em vez de celebrarem o contrato de compra e venda, é comum dizer-se que houve uma antecipação da prestação.

Na realidade, a obrigação de pagar o preço e de entregar a coisa só nasce com o contrato definitivo – artº. 875º. do Código Civil.

Deste modo, não é correcto falar-se de antecipação de cumprimento no âmbito do contrato-promessa, porque a antecipação pressupõe o vencimento da obrigação, que não é o caso.

Com efeito, o contrato-promessa faz nascer expectativas jurídicas para o promitente e promissário em receber o preço e obter a coisa.

Ora, ao proceder-se à entrega do bem objecto do contrato prometido e realizar-se pagamento do preço, no âmbito do contrato-promessa de compra e venda, estamos perante o cumprimento de obrigações ainda não constituídas, por inexistência de título que consubstancie a fonte de que são emergentes⁸⁴.

Contudo, o contrato-promessa criou convencionalmente a obrigação de antecipação dessas obrigações futuras⁸⁵.

Subsequentemente, ao reforçarem-se as expectativas jurídicas criadas pelo contrato-promessa aos contraentes, a convenção de realização das referidas obrigações terá subjacente um regime próprio relativamente a estas, autonomizado dos direitos que constituirão o título legitimador de tais obrigações emergentes do contrato prometido.⁸⁶

⁸³ Neste sentido PRATA, Ana – Op. Cit., p. 832; Cordeiro, Menezes – **O novo regime do contrato promessa**, p. 45 – 47. No sentido de que a tradição da coisa, prevista no nº. 3 do artº. 442º. na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, confere uma posse legítima ao promissário enquanto não for convencido de incumprimento culposo do contrato capaz de excluir o incumprimento culposo do promitente vendedor, pronunciou-se o ac. do STJ de 18 de Novembro de 1982, In RLJ 119º., nº. 3748, pp. 211-212 e In BMJ nº. 321, pp. 394 e 396; Ac. STJ de 04 de Dezembro de 1984, in BMJ, nº. 342, pp. 348 a 350; Ac. inédito do STJ de 21 de Fevereiro de 1991; SILVA, João Calvão da Silva – **Sinal e contrato promessa**, 1987.

⁸⁴ PRATA, Ana - **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 2ª. reimp. da versão de 1994. 2006. p. 121

⁸⁵ PRATA, Ana - **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 2ª. reimp. da versão de 1994, 2006, p. 121

⁸⁶ Ibidem.

Neste caso, a prestação debitória só pode ser compreendida como uma autónoma expectativa.⁸⁷

Para o efeito, as partes formalizam, convencionalmente de modo claro, os termos da entrega e do pagamento, estabelecendo no clausulado que o pagamento da quantia superior metade do valor do bem será realizada contra a entrega da coisa prometida vender⁸⁸.

Porém, é entendimento jurisprudencial que ocorrendo o pagamento da totalidade do preço do bem objecto mediato do contrato-promessa impede o funcionamento do sinal, nos termos artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, seja ele confirmatório ou penitencial⁸⁹.

Segundo o Prof. Menezes Leitão quando o promitente-vendedor procede à entrega ao promitente-comprador da coisa objecto do contrato prometido, este estará parcial ou totalmente executado antes da sua efectiva celebração, funcionando esta como uma mera formalização de uma situação já consolidada no plano dos factos⁹⁰, defendendo que a tradição da coisa não corresponde nem a uma locação nem a um comodato, mas antes a um contrato inonimado pelo qual se procede à transferência da posse sobre o bem, em vista da futura celebração do contrato definitivo, o qual legitima o recurso às acções possessórias pelo promitente adquirente, em caso de turbacão ou esbulho⁹¹.

Ora, na prática, sucede frequentemente que ao ser celebrado o contrato-promessa de compra e venda de um bem imóvel em que há a constituição de sinal e entrega da coisa, o promitente-comprador e o promitente-vendedor nem sempre reduzem a escrito a entrega da coisa - bem imóvel, inserindo-a no clausulado do contrato-promessa como acontece no caso do sinal, a fim de se aferir das condições em que a coisa foi entregue, para que possamos com alguma segurança identificarmos o tipo de contrato em que se consubstancia a entrega da coisa, atendo ao preceituado nos artºs. 345º. e 364º. nº. 1 conjugados com o artº. 410º. nº. 3 todos do Código Civil, relativamente à exigência legal de documento escrito.

Ana Prata, entende que neste caso, o promitente-comprador é um mero detentor e não um possuidor, face a ausência de convenção da tradição da coisa e o modo como a mesma é entregue.

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ PRATA, Ana – Op. cit. p. 121

⁸⁹ CAMEIRA, Nuno – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Mora. Execução específica. Sinal. Direito de propriedade. Ónus da prova. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 09A0350. 07 de Maio de 2009. [Consultado em 17/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das obrigações**, Volume 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 241

⁹¹ Cfr. FARIA, Ribeiro de -, *Obrigações*, 1, p. 250, nota (1).

Outrora, esta convenção manifestava-se pela simples entrega do bem ao promitente-comprador, uma vez pago o sinal por este, sem que fosse reduzido a escrito a entrega da coisa objecto do contrato prometido.

Com efeito, a entrega da coisa pelo promitente-vendedor ao promitente-comprador após ter recebido parcial ou totalmente o preço convencionado não transfere a propriedade mas é susceptível de transferir a posse desde que tenha poderes para tal e seja essa a intenção do promitente-vendedor, como veremos mais adiante.

Ora, sabendo que a posse se adquire com a tradição da coisa, nos termos do artº. 1263º. nº.1 e 442º. nº. 2 do Código Civil e que as partes se vinculam com a assinatura do contrato-promessa, o que pressupõe a existência de um documento, suscita-se a questão de saber se a convenção deve ou não ser reduzida a escrito e qual a validade da convenção ter sido apenas verbal?

Ora, se atendermos ao preceituado relativamente à forma no que respeita aos contratos-promessa de compra e venda de imóveis, é exigido que seja reduzido a escrito, sob a forma de documento particular – artº. 410º. nº. 2 do Código Civil e as assinaturas reconhecidas – artº. 410º. nº. 3 e 442º. nº. 2, 2ª. parte do Código Civil.

Parece que a convenção de entrega da coisa pelo promitente-vendedor ao promitente-comprador deve revestir a forma escrita tal como acontece com a constituição do sinal, o preço convencionado e a identificação do bem imóvel objecto do contrato prometido, sob pena de nulidade, atento ao preceituado no artº. 364º. nº. 1 com referência ao artº. 345º. do Código Civil.

Em caso de mora, por parte do vendedor, nos casos em que tenha havido tradição da coisa, com promitente-comprador recorrendo à execução específica, pode optar pela coisa ou pelo valor da coisa ou direito que sobre ela recai, nos termos do artº. 442º. nº. 3 do Código Civil.

O entendimento doutrinal não se revela unânime nas questões que se prendem com a opção do valor da coisa ou direito ao tempo da mora, sem que tenha sido constituído sinal.

Imaginemos o caso do promitente-comprador que não constituiu sinal mas, não obstante, lhe foi entregue a coisa objecto do contrato prometido. Em caso de mora o promitente-comprador poderia exercer o direito à execução específica, através do qual optava pelo valor da coisa ao tempo da mora – artº. 442º. nº. 3 conjugado com o artº. 9º. nº. 3 ambos do Código Civil.

Ora, esta opção pressupõe o incumprimento definitivo⁹², segundo a jurisprudência⁹³, e não a simples mora.

Vejamos, a opção pelo valor da coisa em alternativa do sinal em dobro, não pode deixar de ter o mesmo pressuposto que se traduz na verificação do incumprimento definitivo⁹⁴, segundo o Professor Calvão da Silva, neste caso, *não deve ser transformada em mais uma simples interpelação do promitente-vendedor para que cumpra, sob pena de não cumprindo ser-lhe exigido e só poder ser-lhe exigido o aumento do valor da coisa*⁹⁵,

Em sentido contrário, se manifesta o Professor Menezes Leitão, defendendo que em caso de mora o promitente-comprador deve avisar o promitente-vendedor que caso incumprir definitivamente a obrigação, não poderá prevalecer-se da estipulação através do sinal. Em caso de incumprimento definitivo terá que pagar o aumento do valor da coisa ou direito⁹⁶.

A oferta do cumprimento do contrato-promessa terá de ocorrer antes do promitente-comprador perder o interesse e enquanto a mora não for convertida em incumprimento definitivo⁹⁷, por interpelação admonitória - artº. 808º. e 442º. nº. 3 do Código Civil⁹⁸.

A acontecer esta situação, estaríamos perante uma injustiça que geraria um enriquecimento sem causa para o promitente-comprador, que receberia o valor da coisa correspondente à diferença entre o preço convencionado no momento da entrega da coisa e o valor actualizado da coisa a preços de mercado, no momento da constituição em mora, por parte do promitente-vendedor.

Presumo que não obstante a natureza coercitiva para o cumprimento do contrato-promessa e dissuasora relativamente à mora ou incumprimento do contrato-promessa, atingindo a sanção

⁹² LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes - Op. cit. p. 245; COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Contrato-promessa**, uma síntese do regime actual, p. 57.

⁹³ Ac. STJ 7/2/2008 (Paulo Sá), In CJ - ASTJ 16 (2008), 1, pp. 85-90. REGO, Lopes – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Imóvel a construir. Sinal. Resolução. Incumprimento definitivo. Perda objectiva de interesse na prestação - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 2434/08.3TBSTS.P1.S.C1.S1. – 7ª. Secção. 06 de Outubro de 2011. [Consultado em 27/11/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

⁹⁴ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 122.

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes - Op. cit. p. 247.

⁹⁷ FONSECA, Granja da - Acórdão. [Em linha]. Perda de interesse do credor. Resolução do negócio. Mora. Contrato-promessa. Incumprimento. Ônus real. Encargos. Arresto. Sinal. Incumprimento definitivo. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 868/08.2TBCBR.C1.S1. – 7ª. Secção. 06 de Julho de 2011. [Consultado em 25/09/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁹⁸ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 122.

mais gravosa para o promitente-vendedor que se constituiu em mora, pese embora o intuito seja a protecção dos interesses do promitente-comprador. A verdade, é que o legislador permite que o promitente-vendedor obste a esse enriquecimento sem causa, marcando a escritura para a celebração do contrato de compra e venda prometido que tem por objecto a coisa cujo valor é reclamado pelo promitente-comprador. Esta opção por parte do promitente vendedor, é designada excepção do cumprimento do contrato-promessa.⁹⁹

Neste caso, parece que o legislador partiu do princípio que o interesse do promitente-comprador na aquisição do bem se manteria e com essa oferta de cumprimento ficaria satisfeita a pretensão, ao atingir o objectivo que se havia proposto – doutrina defendida pelo Prof. Menezes Cordeiro¹⁰⁰. Porém, no caso de o promitente-comprador perder o interesse, deixa de ter oportunidade a dedução da excepção de cumprimento, nos termos do artº. 442º. nº. 3 *in fine*, 808º. conjugados com o artº. 9º. nº. 3 todos do Código Civil. – Doutrina do Prof. Vasco Lobo Xavier.

Tratam-se de duas doutrinas inconciliáveis, segundo o Prof. Calvão da Silva, porque se o promitente-comprador optar pelo valor da coisa e a exija, deixa de ser possível ao promitente-vendedor obstar oferecendo-se para cumprir a prestação, uma vez que a opção pelo valor da coisa pressupõe o incumprimento definitivo fundamento da resolução do contrato-promessa¹⁰¹, momento em que o direito de opção pelo valor da coisa, pode ser exercido de uma forma válida.

Ora, este direito reconhecido ao promitente-comprador não se extingue no momento em que o promitente-vendedor se oferece para cumprir o contrato-promessa, não desempenhando qualquer função compulsória nos casos abrangidos pela previsão do artº. 808º. do Código Civil com referência ao artº. 442º. nº. 3 *in fine* do Código Civil.¹⁰²

Outrossim, não parece que o direito ao aumento do valor da coisa tenha uma função indemnizatória por mora, porque se extingue com o cumprimento do contrato-promessa¹⁰³.

Contudo, o Professor Doutor Menezes Leitão, entende que a opção pelo aumento do valor da coisa pode ser deduzido, mesmo no caso da simples mora¹⁰⁴.

⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes – **A excepção do cumprimento do contrato-promessa**. In Estudos de direito civil, vol. 1, p. 41 e ss; GOMES, Manuel Januário da Costa – **em tema de contrato-promessa**, p. 7 e ss.

¹⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes – **O novo regime do contrato-promessa**, p. 39

¹⁰¹ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 143.

¹⁰² LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – Op. cit. p. 248.

¹⁰³ LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – Op. cit. p. 248

¹⁰⁴ Ibidem.

Porém, o Professor Doutor Calvão da Silva entende que a opção pelo aumento do valor da coisa, só poderá verificar-se em caso de incumprimento definitivo, tal como acontece com as regras de funcionamento do sinal, e não nos casos de simples mora¹⁰⁵.

O Professor Manuel Januário da Costa Gomes defende que a chamada excepção de cumprimento, não está prevista para a situação de mora debitória mas pressupõe o incumprimento definitivo¹⁰⁶, contrariamente ao entendimento do Professor Menezes Cordeiro.

Refere a este propósito o Prof. Calvão da Silva que o direito de retenção pressupõe o incumprimento definitivo e não a simples mora, até porque, no caso da mora, o promitente não está obrigado a entregar a coisa que é uma consequência da resolução do contrato-promessa válido e o direito de retenção sobre ela – artº. 442º. nº. 3 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80, e artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 379/86, é uma garantia real do não cumprimento definitivo.

Por esta razão, a exigência do valor da coisa apenas tem lugar no incumprimento definitivo e não no simples atraso ou mora.¹⁰⁷

Acresce-se que não se vislumbra quais os prejuízos decorrentes da constituição em mora para o promitente-comprador que não constituiu o sinal, mas tem uma mera expectativa jurídica de celebrar o contrato definitivo que lhe transmitirá a propriedade do bem.

O Professor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, buscando uma semelhança entre o direito de retenção comum e o regime do exercício do direito de retenção pelo promitente-comprador, defende que o fundamento do direito de retenção reside apenas no direito ao aumento do valor da coisa ou do direito sobre ela entregue ao promitente-comprador, por ser aquela que tem uma relação directa ou imediata com a coisa traditada, sobre a qual o promitente-comprador exerce o poder material directo sobre a coisa. Em virtude do sinal não ter uma relação directa com a coisa e ser o mesmo exigido para o exercício do direito de retenção. Entende este ilustre Professor que as regras do sinal funcionam independentemente de ter havido ou não tradição da coisa, apesar dos créditos a que se refere o artigo 755º. nº. 1

¹⁰⁵ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actual.. Coimbra: Almedina, 2010, p. 122.; FONSECA, Granja da - Acórdão. [Em linha]. Perda de interesse do credor. Resolução do negócio. Mora. Contrato-promessa. Incumprimento. Ônus real. Encargos. Arresto. Sinal. Incumprimento definitivo. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 868/08.2TBCBR.C1.S1. – 7ª. Secção. 06 de Julho de 2011. [Consultado em 25/09/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

¹⁰⁶ GOMES, Manuel Januário da Costa – **A eventual subsistência do interesse**, p. 22.

¹⁰⁷ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 123.

al. f) do Código Civil, serem o sinal em dobro e o direito ao aumento da coisa entregue. Defendendo uma interpretação mais restritiva deste artigo.

Entende o Prof. Menezes Leitão que o artº. 755º. al. f) só tem conexão com o direito do aumento do valor da coisa ou do direito por ser o único crédito resultante do incumprimento, directamente relacionado com a coisa a reter¹⁰⁸.

Segundo o Prof. Menezes Leitão, parece que o credor só poderá exercer o direito de retenção sobre esse crédito, se optar por este, excluindo a possibilidade de o credor exercer a retenção relativamente ao pagamento do sinal em dobro, não devendo ser pago através do direito de retenção o sinal em singelo nem o preço pago¹⁰⁹.

O Prof. Menezes Leitão, começa por chamar à atenção para o facto de o artº. 755º. al. f) do Código Civil, não se reportar a todo e qualquer crédito, no caso de ter havido tradição da coisa, por incumprimento da parte contrária, pois caso assim fosse, não faria sentido a referência do artº. 442º. do Código Civil, esclarecendo que os créditos contemplados nesse artigo reportam-se à restituição do sinal em dobro e o direito ao aumento de valor da coisa e não à indemnização geral por incumprimento, prevista no artº. 798º. do Código Civil¹¹⁰.

Com efeito, o direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador beneficiário da tradição da coisa, reporta-se ao sinal em dobro ou ao valor da coisa ou direito sobre a mesma ao tempo do incumprimento, como esclarece o Prof. Menezes Leitão.

Entende o Prof. Menezes Leitão que o direito de retenção consagrado no artº. 755º. al. f) do Código Civil, pressupõe a constituição do sinal e a tradição da coisa.¹¹¹

Ora, partindo do pressuposto que a convenção de sinal não se encontra directamente relacionada com a coisa traditada, não encontra o Prof. Menezes Leitão uma explicação para se atribuir uma garantia real como é o caso do direito de retenção¹¹².

Porém, o Prof. Calvão da Silva, refere que do nº. 4 do artº.442º. do Código Civil, resulta claramente a ideia de que o aumento de valor da coisa ou do direito, a perda do sinal, ou o pagamento deste em dobro, são a indemnização devida pelo incumprimento do contrato, não

¹⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – Op. cit. p. 253.

¹⁰⁹ Ibidem

¹¹⁰ LEITÃO, Luís Manuel de Menezes – Op. cit. p. 253.

¹¹¹ Ibidem

¹¹² Ibidem

havendo lugar a qualquer outra indemnização na ausência de estipulação em contrário¹¹³.

Entende o Prof. Calvão da Silva que o valor da coisa e o pagamento do sinal em dobro materializam a mesma realidade, a indemnização compensatória devida em caso de resolução por incumprimento definitivo imputável ao promitente-vendedor¹¹⁴.

Segundo o Prof. Calvão da Silva, o direito de retenção concedido ao promitente-comprador pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, no n.º 3 do art.º 442.º do Código Civil e ampliado pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Dezembro, na al. f) do n.º 1 do art.º 755.º do Código Civil, não tem sentido na mora¹¹⁵. A obrigação de entrega da coisa traditada só nasce com a resolução do contrato-promessa por incumprimento definitivo e o direito de retenção sobre ela, que o legislador veio a conceder, é uma garantia real do crédito resultante do não cumprimento ou incumprimento definitivo imputável a outra parte nos termos do art 442.º. (art.º 755.º, n.º 1 al. f) do C.C.)¹¹⁶.

A Prof. Ana Prata entende que parece que o art.º 755.º, al. f) do Código Civil, não deve ser objecto de qualquer interpretação restritiva, considerando a atribuição do direito de retenção dependente da natureza do contrato prometido e da verificação da tradição da coisa, nos exactos termos enunciados pela disposição e de nada mais¹¹⁷.

Entende esta Professora que o direito de retenção só deve ser atribuído se estiverem preenchidos os pressupostos do art.º 442.º, n.º 2, 2.ª. parte do Código Civil, para garantir um crédito resultante do não cumprimento da outra parte, tendo por objecto o pagamento do sinal em dobro como o direito ao valor da coisa se tiver havido tradição da coisa¹¹⁸.

Porém, se não estiverem reunidos os pressupostos do art.º 442.º, n.º 2 do Código Civil e não existir nenhum crédito, entende que não deve ser atribuído o direito de retenção ao promissário, porque o citado artigo remete para o crédito e a tradição da coisa.

Defende a Professora que o direito de retenção deve ser afastado se não tiver ocorrido a

¹¹³ SILVA, João Calvão da – **Sinal e Contrato-promessa**. 13.ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010, p. 120.

¹¹⁴ SILVA, João Calvão da – Op.cit. p. 121.

¹¹⁵ SILVA, João Calvão da – Op. cit. p. 122.; Neste sentido: VASCONCELOS, Abílio – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Culpa. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 1554/04 - 2.ª Secção. 24-06-2004. [Consultado em 15/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. 2.ª. reimp. da ed. de 1994. Coimbra: Almedina, 2006, p. 887.

¹¹⁸ Ibidem

tradição da coisa¹¹⁹.

Contudo, reportando-se ao sinal como elemento constitutivo do direito de retenção, refere que o mesmo não parece indispensável, nem dele depende o cálculo da indemnização relativa ao valor da coisa a que se refere o artº. 442º. mas que nem o artº. 755º al. f) do Código Civil lhe faz referência¹²⁰.

Para a Professora o direito de retenção atribuído do promitente-comprador, garante o pagamento de qualquer crédito indemnizatório fundado no incumprimento, seja ele o da indemnização calculada nos termos gerais em consequência da convenção prevista no artº. 442º. nº. 4 do C.C., seja o de pena convencional, seja mesmo o de indemnização por benfeitorias realizadas pelo *accipiens* na coisa¹²¹.

Ora, segundo Salvador da Costa, o núcleo da motivação que esteve na origem do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador teve subjacentes outras razões para além do fortalecimento da confiança estabelecida na celebração do contrato, tais como a defesa dos interesses dos consumidores, assegurar o maior controlo por parte das instituições de crédito na concessão dos créditos, as deficiências e a insolvência das empresas construtoras¹²².

Contudo, não deixou de ser atribuída uma proeminência negativa à posição do promitente-comprador relativamente ao adquirente face à susceptibilidade da existência para a propensão de fraude à lei e de simulação de incumprimento contratual, situações que a ocorrerem prejudicariam a hipoteca que constitui a principal garantia do crédito ao investimento, designadamente da concessão do crédito para habitação¹²³.

Como adiante, poderemos verificar nem toda a entrega da coisa objecto do contrato prometido é susceptível de transferir a posse. Tudo depende do modo, isto é, da manifestação de vontade por parte do proprietário, promitente-vendedor, no acto da entrega da coisa, v.g. o caso do comodato, a ausência da vontade de abandono da coisa, a falta de consentimento de um dos consortes proprietário da coisa, ter havido ou não convenção de que o promitente-vendedor procedesse à entrega ao promitente-comprador da coisa a alienar, antes do contrato prometido ser celebrado, o qual pagará contra essa entrega simultânea de um quantitativo adicional a

¹¹⁹ PRATA, Ana – Op. Cit. p. 888

¹²⁰ PRATA, Ana – Op. cit. p. 888.

¹²¹ Ibidem

¹²² COSTA, Salvador da – **O concurso de credores**, 4ª. ed. actual. e ampliada. Coimbra: Almedina, 2009, p. 190.

¹²³ COSTA, Salvador da – **O concurso de credores**, 4ª. ed. actual. e ampliada. Coimbra: Almedina, 2009, p 191.

outro já pago ou não¹²⁴.

Salvador Costa entende que não é pressuposto essencial do direito de retenção a posse verdadeira e própria sobre a coisa objecto mediato do contrato-promessa, bastando a mera detenção ou posse em nome alheio¹²⁵.

Contudo, de acordo com a uma parte da jurisprudência, não sendo o promitente-comprador traditório possuidor em nome próprio não lhe é reconhecido o direito de retenção sobre o objecto mediato do contrato-promessa¹²⁶. Porém, outra parte da jurisprudência já aceita que assim seja¹²⁷, defendendo uma perspectiva diferente e contrária à anterior.

Para além destas referências, há que ter em consideração que existe quem defenda que o promitente-comprador é um verdadeiro possuidor e por isso pode usar a coisa objecto mediato do contrato-promessa com tradição da coisa, podendo usá-la como titular de um direito real e não como um mero direito pessoal de gozo¹²⁸, como refere Salvador da Costa.

Segundo este autor foi a partir desta consideração que passou a ser afirmado que se o direito de retenção for anterior à penhora que recai sobre o prédio, não pode o mesmo ser vendido como se fosse livre, seja como garantia dispensada de registo predial, seja como direito de gozo anterior também dele dispensado e dever subsistir à venda, nos termos da parte final do

¹²⁴ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. 2ª. reimp. da ed. de 1994. Coimbra: Almedina, 2006, p. 830.

¹²⁵ COSTA, Salvador da – **O concurso de credores**. 4ª. ed. actual. e ampliada. Coimbra: Almedina, 2009, p. 191.

¹²⁶ COSTA, Salvador da – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Promitente-comprador. Tradição da coisa. Posse. Posse precária. Benfeitorias. Direito de retenção. Abuso do direito. Ocupação do imóvel. Indemnização. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 09B425. 7ª. Secção. 05 de Março de 2009. [Consultado em 20/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt> ; SALAZAR, Silva – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Direito de retenção. Tradição da coisa. Documento particular. Força probatória. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 1282/06.0TVPRT.P1.S1. 6ª. Secção. 13 de Julho de 2010. [Consultado em 26/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>;

¹²⁷ RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Entrega do imóvel pelo promitente-vendedor. Posse. Natureza da posse do promitente-comprador. Usucapião. Direito de retenção. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 09A0265. 12-03-2009. [Consultado em 13/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>;

¹²⁸ COSTA, Salvador da – **O concurso de credores**. 4ª. ed. actual. e ampliada. Coimbra: Almedina, 2009, p. 191.; Neste sentido: CLUNY, Lima – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Subsistência dos contratos. Sinal. Perda. Ampliação da matéria de facto. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 070038. 2ª. Secção. 18 de Novembro de 1982. [Consultado em 25/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>; REAL, Corte – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Tradição. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 072013. 1ª. Secção. 04 de Dezembro de 1984. [Consultado em 28/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt> ; COSTA, Salvador da – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Promitente-Comprador. Tradição da coisa. Posse. Posse precária. Benfeitorias. Direito de retenção. Abuso do direito. Ocupação do imóvel. Indemnização. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 09B425. 7ª. Secção. 05 de Março de 2009. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

nº. 2 do artº. 824º. do Código Civil¹²⁹.

O objecto do contrato-promessa é o contrato prometido e não a coisa objecto deste, que pode convencionalmente ser objecto de uma entrega antecipada, cuja antecipação diz respeito ao seu vencimento e não ao seu nascimento, criando convencionalmente o contrato-promessa a obrigação de antecipação do cumprimento dessas futuras obrigações¹³⁰, que ainda não existem ou não foram constituídas, nem vencidas, pelo que não há uma antecipação de cumprimento, mas constituem expectativas jurídicas. Porém, a convenção de realização dessas prestações impõe para elas um regime próprio, autonomizado do dos direitos, que tendo a fonte no contrato prometido, constituirão o título legitimador de tais prestações.

Ora, o contrato definitivo ou prometido tem como efeito a transferência da propriedade por mero efeito do contrato - artº. 408º. do Código Civil.

A Professora Ana Prata, defende que a entrega antecipada da coisa ao promitente - comprador representa uma consolidação da expectativa do beneficiário dessa entrega e constitui para este um direito que varia em função da natureza e objecto do direito emergir do contrato definitivo bem como em função dos termos que a entrega tiver sido acordada através de convenção.

Significa isto que o promitente-comprador que tiver obtido a entrega da coisa fica investido na posse da mesma, se o contrato prometido tiver por objecto a alienação de um bem ou seja um contrato com eficácia real¹³¹.

Reconhece a Prof. Ana Prata que a entrega antecipada da coisa ao promitente- comprador visa conferir a disponibilidade material do bem antes de e na perspectiva ou expectativa de aquisição do direito, o promitente-comprador comportar-se-á como titular do direito, uma vez que é a possibilidade de tal comportamento que constitui o objecto do seu interesse na imediata apreensão do bem¹³².

Ora, entende a Prof. Ana Prata que o promitente-comprador traditório, retentor, goza da tutela

¹²⁹CORDEIRO, António Menezes – Da retenção do promitente-comprador na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ano 57, nº. 2 (Abril de 1997), pp. 562-563.

¹³⁰ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**, 2ª. Reimpressão da ed. de 1994. Coimbra: Almedina, 2006, p. 121.

¹³¹PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**, 2 reimp. da ed.1994. Coimbra: Almedina, 2006, p. 832.

¹³²Ibidem. Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes – **O novo regime do contrato-promessa**, pp. 45 a 47. Em sentido contrário FARIA, J. Ribeiro de – **Direito das obrigações**, Vol. 1, pp. 259-260. Ac. **STJ** de 18 de Novembro de 1982, **RLJ** 119º. nº. 3748, pp. 211-212; **STJ** de 04 de Dezembro de 1984, in **BMJ** nº. 342, pp. 348 a 350; **STJ** de 21 de Fevereiro de 1991 (inédito). Calvão da Silva, **Contrato-promessa**, análise para reformulação do Decreto-Lei 236/80, de 18 de Julho. In *Sinal e contrato-promessa*, pp. 160-161.

possessória nos termos dos artºs. 670º. al. a) e 759º. nº. 3 do Código Civil¹³³.

Porém, este facto não significa que o promitente-comprador tenha que ser retentor no momento em que se constituiu o direito real de garantia, porque na maior parte dos casos o promitente-comprador é um mero detentor antes da constituição do direito de retenção¹³⁴.

O ac. do STJ de 21 de Fevereiro de 1991, retira a qualificação da posse da actuação do promitente-comprador que consubstancia o *corpus* e o *animus* necessários para tal qualificação, como é atribuída à aquisição derivada do contrato-promessa, concluindo que o promitente-comprador é possuidor em nome próprio desde a data de entrega do bem até à da resolução do contrato-promessa¹³⁵.

O Prof. Menezes Cordeiro defende que a posse do promitente-comprador traditório é uma posse de natureza formal, uma vez que a propriedade permanece na esfera patrimonial do promitente-vendedor.

Na maior parte das vezes o contrato-promessa de compra e venda tem efeitos obrigacionais, a menos que as partes tenham lhe atribuído eficácia real expressando essa vontade no clausulado do próprio contrato, assinado pelo promitente-comprador e pelo promitente-vendedor, seguido do respectivo registo e tradição da coisa¹³⁶.

O modo como a entrega da coisa pelo promitente-vendedor ao promitente-comprador, terá subjacente a transmissão da posse se houver da parte do primeiro o abandono da coisa a favor do promitente-comprador e este ao receber a coisa para além do poder material e directo sobre a coisa a deter e usar no seu próprio interesse, agindo sobre a mesma como se de um verdadeiro proprietário se tratasse.

Mas em que se traduzirá este comportamento se tivermos presente que o proprietário pode adoptar vários dos seguintes comportamentos relativamente à coisa sem perder a sua qualidade de proprietário da coisa:

- a) – ter a habitação fechada a maior parte do ano utilizando-a como casa de férias ou de lazer tal como faria qualquer arrendatário ou detentor precário;

¹³³PRATA, Ana – Op. cit., p. 832.

¹³⁴Ibidem.

¹³⁵No sentido da necessidade da existência da posse: VASCONCELOS, Abílio – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Culpa. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 1554/04 - 2.ª Secção. 24-06-2004. [Consultado em 15/10/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

¹³⁶A palavra *traditio* designou a princípio apenas a apreensão dos móveis com o consentimento do antigo possuidor. Para exprimir a apreensão dos imóveis por via bilateral, empregaram-se, então, as expressões *inducere in possessionem*, *mittere in vacuum possessionem*, etc.

- b) – Não fazer obras mas mantendo-a em bom estado de conservação, fazendo uma utilização prudente da habitação tal como faria qualquer detentor precário.
- c) - Realizar benfeitorias no imóvel tal como faria qualquer detentor precário, fossem elas úteis, necessárias ou voluptuárias.

Os exemplos seriam vários os exemplos de comportamentos idênticos entre o possuidor e o detentor precário.

Parece que tudo se fundamenta na atitude manifestada pelo possuidor relativamente a coisa, consubstanciada no facto de não reconhecer um poder superior ao dele sobre a coisa.

Analizando o artº. 755º. nº. 1 al. f) e o artº. 442º. nº. 3 ambos do Código Civil, não resulta das disposições dos mesmos qualquer alusão a despesas efectuadas pela coisa, com a coisa ou em consequência da coisa, mas antes o direito à indemnização pelo crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa que tenha havido o pagamento do sinal e a tradição da coisa.

Se a este facto acrescermos o disposto no artº. 351º. do Código de Processo Civil, somos forçados a concluir que o direito de retenção atribuído ao promitente-comprador não tem subjacente necessariamente a posse mas pode ser mero detentor.

Essa entrega ou tradição da coisa na sequência da celebração do contrato-promessa dá ao promitente-comprador a posse material da coisa ou *corpus*, na maioria das vezes.

Neste caso, apenas podemos falar de detenção ou posse precária, por faltar o segundo elemento da posse que é *animus*, trata-se de uma posse em nome alheio em que o detentor não age na convicção de ser proprietário da coisa sobre a qual exerce os poderes materiais directos.

Outras vezes, a entrega da coisa pelo promitente-vendedor ao promitente-comprador leva a que este adquira a convicção de que a coisa entregue já lhe pertence, é sua, não reconhecendo outro poder sobre a coisa que não seja o seu, daí que ainda que a entrega seja simbólica consubstanciada na entrega das chaves ele se preocupe em mudar o canhão ou até mesmo a fechadura, realizando benfeitorias voluptuárias na coisa, para além das úteis ou necessárias, procede aos registos, celebra contratos de fornecimento ou de prestação de serviços, ajustando a coisa a seu gosto e conforto identificando-se com a mesma, temos, então, um segundo elemento da posse que é o *animus*, elemento intencional, para além do *corpus* ou poder material sobre a coisa, também designado *animus sibi habendi*. Esta exteriorização do exercício dos poderes materiais sobre a coisa pelo promitente-comprador cria junto de

terceiros a convicção de que é o proprietário da coisa. Neste caso, estamos perante a verdadeira posse.

Na maior parte das vezes, o promitente-comprador não age como se a coisa entregue já fosse sua, independentemente de não ter sido celebrada a escritura pública de compra e venda, praticando actos que exteriorizem os poderes exercidos e não deixem dúvidas a terceiros de que a coisa recebida é sua, como é o caso da entrega das chaves do imóvel pelo promitente-vendedor sem que tivesse havido uma mudança das chaves ou da fechadura entre outros actos, não obstante a entrega constar do clausulado do contrato-promessa, desacompanhada de prova testemunhal, não se entende que tenha havido uma entrega efectiva das chaves do imóvel, embora válida entre as partes mas não é oponível a terceiros que a desconhecem. Não sendo reconhecido o direito de retenção ao promitente-comprador por uma parte da jurisprudência¹³⁷, atentas as situações ludibrias que podem emergir do contrato-promessa.

Porém, para outra jurisprudência basta que tenha havido a entrega da coisa pelo promitente-vendedor ao promitente-comprador¹³⁸.

Com efeito, resulta do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, o direito de retenção é reconhecido ao promitente-comprador pelo crédito resultante do incumprimento imputável à outra parte, nos termos do artº. 442º. do Código Civil, não fazendo qualquer referência à coisa, como acontece no artº. 754º. do Código Civil em que refere que o devedor goza do direito de retenção se o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.

Parece que o novo regime criado em 1980 e 1986 com as alterações introduzidas no Código Civil, pretendeu afastar a conexão directa com a coisa, no caso do contrato-promessa, acrescentando as previsões dos artº. 442º. e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, fazendo nascer o direito de retenção do incumprimento contratual, desde que tivesse sido constituído sinal e havido tradição da coisa.

4.1 – A CONVENÇÃO DE TRADIÇÃO DA COISA E O SINAL

Refere o Prof. Menezes Cordeiro, a propósito das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº.

¹³⁷A título de exemplo: VASCONCELOS, Abílio – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Posse. *Corpus. Animus*. Tradição da coisa. Embargos de terceiro. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista nº. 2443/04 – 2ª. Secção. 28 de Outubro de 2004. [Consultado em 22/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

¹³⁸REAL, Corte - Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Tradição. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 072013. 1ª. Secção. 04 de Dezembro de 1984. [Consultado em 28/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt> ;

236/80, de 18 de Julho, que o promitente-comprador que tivesse obtido a tradição da coisa via a sua situação reforçada – *Blindada* - nas palavras do Professor: “*execução específica injuntiva (obrigatória), em alternativa a uma indemnização equivalente ao valor de uma coisa que não haviam (na generalidade dos casos) pago e um direito de retenção que, pelas regras gerais (759º. nº. 2), iria prevalecer sobre hipotecas, mesmo quando anteriormente registadas. O promitente-comprador recebia, ex legis, um direito mais forte do que a propriedade*”¹³⁹.

Porém, a reforma de 1980 embora enérgica, apresentava alguns aspectos que geraram algum desconforto na doutrina e na jurisprudência, como a este propósito refere o Prof. Menezes Cordeiro¹⁴⁰, designadamente no que respeita ao artº. 410º. nº. 3 do Código Civil, em que o legislador pretendeu passar deste artigo para o artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, esquecendo-se que o primeiro se prende com promessas urbanas para habitação e o segundo é de âmbito geral, pelo que se generalizou, pelo menos na forma, a todos os contratos-promessa uma situação de emergência requerida apenas pelas promessas habitacionais.

No entender do Prof. Menezes Cordeiro, a reforma de 1980 provocou uma confusão das noções básicas: porquanto, o novo artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, começa por referir coisa objecto do sinal e seguidamente, sem adjectivos, refere coisa objecto do contrato definitivo.

Segundo o Prof. Menezes Cordeiro o diploma de 1980, por um lado, excedeu-se ao conceder uma indemnização equivalente ao valor da coisa por algo que podia não ter sido minimamente pago; muito superior aos danos reais (artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte, do Código Civil, versão de 1980).

Por outro, considera que as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, foram excessivas ao atribuir um direito de retenção que supera a hipoteca (artº. 442º. nº. 3 do Código Civil). A prática (como se adivinhava) veio documentar conluíus entre promitentes para defraudar a banca.

Para colmatar a situação gerada pela reforma de 1980, designadamente do artº. 410º. nº. 3 do CC, o Prof. Vasco da Gama Lobo Xavier, propôs e foram aceites em 1986, quando se deu a reforma do Decreto-Lei nº. 379/86 de 11 de Novembro, as seguintes alterações:

- a) – A indemnização equivalente ao valor da coisa só funcionaria **desde que tivesse havido tradição da coisa;**
- b) - A referida indemnização, quando a ela houvesse lugar, **deveria ser deduzida do**

¹³⁹ CORDEIRO, António Menezes – Op. cit. p. 378.

¹⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes – Op. cit. p. 378-379

preço convencionado, descontado o sinal entregue¹⁴¹.

4.2 - O SINAL, A MORA E O INCUMPRIMENTO DEFINITIVO

Vários podem ser os motivos que conduzem ao incumprimento da prestação, mas outros factores como a busca de um acordo a todo o custo que à partida já se sabe que apenas servirão para defraudar o credor geram o justo receio de ser prejudicado.

Com efeito, para que a mora se converta em incumprimento definitivo torna-se

necessária a interpelação admonitória ou invocação de factos objectivos que demonstrem a perda de interesse do credor, daí exigir-se que a perda de interesse na prestação do vendedor seja fundamentada, uma vez que perda de interesse subjectiva não releva.

A interpelação admonitória é constituída por três elementos, a saber: a intimação para o cumprimento, a fixação de um prazo razoável para o efeito bem como a cominação no sentido de que o não cumprimento do prazo razoável será considerada a obrigação como definitivamente não cumprida¹⁴².

Contudo, este comportamento é exigido por lei ao credor na interpelação admonitória para que a mora se converta em incumprimento definitivo.

Infer-se deste modo que basta a mora para que possa ser accionada a execução específica e que a mora prolongada convertida em incumprimento definitivo, ou perda do interesse na prestação, permitem accionar o sinal e a resolução do contrato.

Na verdade, o cumprimento da promessa pode ser efectuado enquanto o credor não manifestar a sua perda de interesse na prestação que terá que ser judicialmente apreciada, tendo subjacente os fundamentos objectivos da perda de interesse.

Esta perspectiva da questão conduz-nos à responsabilidade das partes na formação e execução do contrato, da culpa *in contrahendo* e as alterações supervenientes das circunstâncias em que o negócio foi celebrado, aplicável ao contrato-promessa por força do princípio da equiparação consagrado no artº. 410º. nº. 3 do Código Civil.

Por essa razão, vislumbra-se, salvo melhor opinião, ser este entendimento se aproxima mais do espírito do legislador na tutela dos interesses, uma vez que o desconhecimento da lei não

¹⁴¹ CORDEIRO, António Menezes – Op. cit. p. 381

¹⁴² VELHO, Alves – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Interpelação admonitória. Concorrência de Culpas. Restituição do sinal. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 3358/04 - 1.ª Secção. 19-11-2004. [Consultado em 22/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

isenta as pessoas das suas responsabilidades e sanções estabelecidas por lei, de acordo com o preceituado no artº. 6º. do Código Civil.

Ora, a convenção do sinal consignada no contrato-promessa tem um prazo certo, é uma prestação certa e determinada, resultante da vontade das partes manifestada no clausulado do contrato-promessa.

Nesta medida, as partes não podem ignorar o cumprimento tempestivo da prestação.

Sucedem que por vezes não é estabelecido o prazo para o cumprimento da promessa gerando a mora no cumprimento, daí que seja necessária a interpelação admonitória ou manifestada a perda de interesse a fim de se obter o incumprimento definitivo e consequente resolução do contrato-promessa, permitindo o funcionamento do sinal com fundamento no incumprimento definitivo da promessa.

Com efeito, prevê o artº. 432º. do Código Civil, a resolução do contrato fundada na lei ou em convenção, sendo apenas reconhecido o direito de resolução à parte que tendo cumprido, estiver em condições de restituir o que houver recebido.

O artº. 433º. do Código Civil de 1966, dispõe o seguinte:

“Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, com a ressalva do disposto nos artigos seguintes.”

Ora, o sinal face a resolução clássica tem eficácia retroactiva – artº. 433º. e envolve a supressão de todo o contrato.

Entende uma parte da doutrina designadamente António Menezes Cordeiro que este argumento é mais do que suficiente para demonstrar que a resolução não foi pensada para o caso do sinal. Porque havendo incumprimento do contrato funcionará a parte do negócio vocacionada a intervir que é o sinal¹⁴³.

Ora, chamar resolução ao funcionamento do sinal é considerada uma distorção, uma vez que o regime aplicável não é propriamente o da resolução comum.

Por essa razão entende que chamar resolução ao funcionamento do sinal é uma distorção, uma vez que o regime aplicável é distinto do estipulado para a resolução comum¹⁴⁴.

¹⁴³ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, Tomo 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 387.

¹⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes – Op. cit. p. 388.

4.3 - A RELEVÂNCIA DO SINAL NO CONTRATO-PROMESSA DE COMPRA E VENDA E OS SEUS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RETENÇÃO

As reformas introduzidas em 1980 para os contratos-promessa urbanos para habitação, mais tarde generalizado em 1986, norteadas pela necessidade de combater a inflação, criaram um regime extraordinário do sinal que é designado sinal vinculístico¹⁴⁵ pelo Prof. Menezes Cordeiro.

O sinal vinculístico destinava-se a ligar o promitente-comprador à coisa objecto do contrato prometido, sempre que ela lhe tivesse sido entregue durante a vigência da promessa¹⁴⁶.

Entende o Prof. Menezes Cordeiro que, actualmente, este regime de extraordinário deixa de ter justificação na ausência de inflação, pelo que a sua interpretação deve ser prudente e restritiva¹⁴⁷.

Com efeito, o legislador não criou uma norma conjuntural e temporária daí que num quadro de estabilidade económica, pode conduzir a que a sua aplicação crie situações injustas.

O sinal vinculístico estabelece uma conexão objectiva entre a pessoa e a coisa¹⁴⁸, uma relação possessória, tutelada pelo Direito, uma vez preenchidos os pressupostos legais.

Assim sendo, o promitente-comprador beneficiará do sinal vinculístico desde que tenha pago o sinal (comum) e obtido a tradição da coisa, segundo o Prof. Menezes Cordeiro¹⁴⁹.

Em caso de incumprimento por parte do promitente-vendedor entende o Prof. Menezes Cordeiro que o promitente-comprador poderá decidir-se por tomar uma das seguintes opções:

- a) – ou optar pelo funcionamento comum do sinal, pondo termo ao contrato e exigindo o sinal em dobro;
- b) - ou por termo ao mesmo contrato mas exigindo o valor da coisa, com a dedução do

¹⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, Tomo 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 393.

¹⁴⁶ Ibidem

¹⁴⁷ Idem

¹⁴⁸ Nota: A construção jurídica da posse só foi estabelecida pelo Direito Romano, nas suas origens, como aplicação ao pleno domínio material que é a imagem da propriedade. Mais tarde ela tornou-se extensiva a outros direitos reais, mas os juristas romanos conservaram sempre a ideia de que a posse só era verdadeiramente adequada à situação de alguém que se comporta como proprietário e opuseram esta *possessio* à quase *possessio* dos outros direitos reais. Foram os juristas medievais, especialmente os germânicos, por influência do direito canónico, quem defenderam a extensão da posse a quase todos os direitos. A posse *ad interdicta* é formada pela relação física com a coisa, acompanhada da vontade de a ter livremente e de um modo completo à própria disposição com exclusão de qualquer outro – Apud RICCOBONO, Bullentino, XXII, pp. 5 e segs. in RODRIGUES, Manuel – A posse, estudo de Direito Civil Português. Coimbra: Almedina, 1981, p. 52.

¹⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, Tomo 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 393; LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito das obrigações**, vol. 1, 8ª. ed. Coimbra: Almedina, pp. 236-237 e nota 493.

preço e sendo-lhe restituído o sinal (artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte);

Tendo em vista impedir o enriquecimento do promitente-vendedor e obstar o empobrecimento do promitente-comprador, uma vez que este terá de satisfazer as suas necessidades no mercado a preços actuais, não revestindo esta opção a forma de sanção compulsória (Antunes Varela¹⁵⁰) nem uma verdadeira indemnização (Galvão Telles¹⁵¹),

c) – ou requerer a execução específica, nos termos do 830º. (artº.442º. nº. 3, 1ª. parte).

Por entender que se trata da solução mais comum, uma vez que o promitente-comprador deseja objectivamente a coisa objecto do contrato prometido, o que vai ao encontro do seu interesse efectivo. Os Professores Inocêncio Galvão Telles¹⁵² e Januário Gomes¹⁵³ entendem que o sinal vinculístico apenas possa funcionar com a tradição da coisa sem que tenha havido a constituição de sinal.

Entende o Prof. Menezes Cordeiro que *“tudo depende de as partes se terem refugiado no sinal afastando as regras comuns. Se não for esse o caso, ao incumprimento do promitente - alienante há que responder com as regras da responsabilidade civil as quais, computando todos os danos (patrimoniais, incluindo os lucros cessantes e morais) serão hoje mais favoráveis, para o adquirente, do que “aumento do valor da coisa, facturável na década de oitenta do século passado, mas hoje inexistente. (...)”*¹⁵⁴

O direito de retenção concedido ao promitente-comprador pelo Decreto – Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, no nº. 3 do artº. 442º. do Código Civil e ampliado ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, na al. f) do nº. 1 do artº. 755º. do Código Civil, não tem sentido na mora.

O promitente-comprador ou mais amplamente o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa, a que se refere o contrato prometido, não está obrigado a entregar essa coisa.

A obrigação de entregar a coisa, cuja *traditio* obteve antecipadamente, é uma consequência da resolução do contrato-promessa válido e o direito de retenção sobre ela, que o legislador lhe veio conceder, é a garantia real do crédito resultante do não cumprimento ou incumprimento

¹⁵⁰ VARELA, João de Matos Antunes - **O novo regime do contrato-promessa**. Coimbra: Almedina, p. 21

¹⁵¹ TELLES, Inocêncio Galvão - **Direito das obrigações**, 7ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 115.

¹⁵² Telles, Inocêncio Galvão - **Direito das obrigações**, 7ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 155.

¹⁵³ Gomes, Januário - **A eventual subsistência do interesse do credor após o incumprimento definitivo e a chamada excepção do cumprimento do contrato-promessa**, pp. 15-16.

¹⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**, Tomo 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 393, nota 1443.

definitivo imputável a outra parte, nos termos do artº. 442º. (artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil).

O que acaba de ser exposto, constitui mais uma prova de que a faculdade de exigir o valor da coisa tem lugar apenas no incumprimento definitivo e não no simples atraso ou mora¹⁵⁵.

Ora, o incumprimento definitivo pode ocorrer pelo decurso do prazo peremptório ou fixo estabelecido pelas partes no contrato-promessa para a celebração do contrato definitivo, pela conversão da mora em incumprimento definitivo ou pela perda de interesse do credor.

Há uma propensão por parte da maioria das pessoas que pretendem celebrar um contrato-promessa ou que o celebraram, pelas mais variadas razões presumirem que basta a celebração do contrato-promessa para que todos os seus interesses fiquem assegurados, confundindo ou subvalorizando as distinções dos interesses acautelados em cada um dos contratos-promessa e respectivos efeitos. Posteriormente, veêm-se confrontados com situações que deixaram de ser acauteladas tempestivamente, ou seja, por terem deixado de fazer uma séria reflexão sobre o conteúdo do contrato, no momento da sua celebração.

Importa desde já esclarecer que o nosso Código Civil contém normas que tutelam o sinal em geral e outras que regulam o sinal prestado no âmbito de um contrato-promessa. Tratam-se de dois regimes jurídicos distintos, com tutela diferente que não serão desenvolvidos neste trabalho e que apenas se fará uma breve alusão.

A diferença assenta desde logo na tutela autónoma da posição creditória do promitente a quem foi prometida a entrega do bem confrontada com a protecção reconhecida ao promitente a quem foi convencionado o pagamento do preço.

No primeiro caso, o promitente a quem foi prometida a tradição do bem móvel ou imóvel com determinada aptidão funcional poderá exigir a entrega do bem e a indemnização moratória daí decorrente, se não lhe for entregue a coisa ou esta não reunir as condições convencionadas.

Contudo, no segundo, o interessado a quem foi prometido o pagamento antecipado da totalidade ou parte do preço, poderá exigir o referido pagamento, caso não tenha ocorrido e haja mora por parte do devedor, acrescido dos respectivos juros moratórios.

Ora, constituindo a convenção, através da qual o promitente-vendedor tem a obrigação de entregar o bem e o promitente-comprador a obrigação de pagar o preço, um núcleo obrigacional autónomo e sinalagmático, a estas obrigações deverá ser aplicado o regime

¹⁵⁵ SILVA, Calvão da Silva – Op. cit. pp. 122-123.

próprio dos contratos bilaterais, por tais obrigações serem convencionalmente configuradas como sinalagmáticas e preencherem os requisitos da aplicabilidade do regime, estabelecidos na ordem jurídica portuguesa, nos artigos 408º. e seguintes, 795º. e 801º. do Código Civil.

Porém, verifica-se, neste caso, que as prestações obrigacionais têm prazos diferentes de cumprimento, encontrando-se ausente a regra da simultaneidade das prestações por ser de insusceptível aplicação, pese embora tenham um prazo certo para o seu cumprimento.

Poderá suscitar-se a questão de saber se tal situação, constituirá um obstáculo ao recurso à excepção do não cumprimento e o seu reflexo no funcionamento do sinal que já haja sido prestado, uma vez que o promitente a quem foi prometida a tradição da coisa pode recusar o pagamento a que se obrigou, caso não seja cumprida obrigação da entrega do bem pelo promitente-vendedor, nos termos convencionados.

Com efeito, a impossibilidade definitiva do cumprimento da obrigação de entrega, por culpa do promitente-vendedor, constitui fundamento de resolução da convenção a esta associada, sendo reconhecido ao promitente-comprador o direito à indemnização pelos danos que o referido incumprimento lhe causou, ficando consequentemente desobrigado do pagamento a que se obrigara realizar mantendo o direito ao cumprimento da obrigação de vender.

Porém, uma vez concluída a venda ou transitada em julgado a sentença que a substitui, constituir-se-ão novamente os contraentes na obrigação de entrega do bem e de pagamento do respectivo preço.

Destarte, se ocorrer uma situação de incumprimento do contrato-promessa por causa imputável ao promitente-vendedor, o objecto da obrigação indemnizatória que recai sobre o mesmo será propenso¹⁵⁶ a coincidir com os danos resultantes do incumprimento do contrato definitivo.

Contudo, se o bem prometido vender já se encontrar em poder do promitente-comprador para os fins a que se destina, a frustração do interesse na celebração do contrato prometido, reflectir-se-á nos prejuízos consubstanciados na privação do uso da coisa, ou seja, nos danos correspondentes aos danos emergentes da impossibilidade da conclusão daquela promessa acrescidos dos ganhos frustrados que poderiam resultar da opção por outra solução contratual, bem como os danos consubstanciados na supressão do valor patrimonial da posse da coisa que perde em consequência da resolução do contrato-promessa.

¹⁵⁶ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, p. 178-179.

Ora, a antecipação total ou parcial de cumprimento que se consubstancie na entrega de uma coisa fungível¹⁵⁷, não significa que a coisa entregue tenha o carácter de sinal.

Contudo, pode tê-lo desde que as partes atribuam à coisa entregue a título de antecipação total ou parcial de cumprimento que coincida com a prestação carácter de sinal.

Porém, nos contratos-promessa de compra e venda a lei presume que têm carácter de sinal todas as quantias entregues ainda que como antecipação de pagamento parcial ou total do preço convencionado, tal situação ocorrerá sempre que tenha sido estipulada a prestação de sinal e omitido o reforço do mesmo até à celebração da escritura pública de compra e venda, presumido a lei que todas as quantias entregues para além da primeira tem a mesma natureza da primeira ou no caso de nada ter sido estipulado e o promitente-comprador apesar disso ter entregue determinada quantia ao promitente-vendedor.

Com efeito, a lei configura a hipótese de no quadro do contrato-promessa, designadamente no de compra e venda, se antecipar o pagamento de uma parte ou da totalidade do preço, considerando tal antecipação como sinal.

Outrossim, prevê a lei a hipótese de se convencionar a antecipação da entrega da coisa, atribuindo especiais consequências a esta entrega em caso de incumprimento¹⁵⁸.

Trata-se de um negócio *quod constitutione*, porque a sua existência só ocorre com a entrega da coisa e para além disso, nos casos gerais, é necessário que as partes atribuam o carácter de sinal à coisa entregue (artº. 440º. do Código Civil).

Qual a diferença entre o preceituado no artº. 440º. e o preceituado no artº. 441º.?

O sinal pressupõe um contrato bilateral.

Ora, o próprio artº. 441º. do Código Civil delimita o seu âmbito de aplicação aos contratos-promessa de compra e venda contrariamente ao que acontece no artº. 440º. do Código Civil.

Acontece que, por um lado, as normas da compra e venda são aplicáveis a todos os contratos onerosos através dos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, em conformidade com a sua natureza e desde que não estejam em contradição com as disposições legais respectivas, de acordo com o artº. 939º. do Código Civil, por outro, dispõe o artº. 410º. nº. 1 do Código Civil que “à *convenção pela qual alguém se obriga a celebrar um certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas às*

¹⁵⁷ Ver Artº. 207º. do **Código Civil actual**.

¹⁵⁸ PRATA, Ana – Op. cit., p. 181.

relativas à forma e as que, pela sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa”.

Estamos perante dois regimes que tornam extensíveis ao contrato-promessa de compra e venda as normas do contrato de compra e venda definitivo ou prometido.

Suscita-se a questão de saber se a presunção de sinal estabelecida no artº. 441º. do Código Civil, é aplicável a todos os contratos-promessa de compra e venda ou onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles.

Na verdade, tendo presente o carácter paradigmático do contrato de compra e venda relativamente aos contratos onerosos com eficácia real, ao longo das diferentes épocas, parece resultar que todos estes tipos de contratos têm o seu enquadramento legal nas normas que regem a compra e venda, de acordo com a nossa lei.¹⁵⁹

A Prof. Doutora Ana Prata¹⁶⁰ entende que a presunção estabelecida no artº. 441º. do Código Civil está longe de demonstrar que a entrega de quantitativos pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor corresponda em regra à intenção de constituir sinal, pelo que considera que o mais adequado à realidade contratual é a aplicação da regra do 440º. do Código Civil, segundo a qual o sinal é a cláusula que só pode ter-se por acordada quando as partes tenham manifestado a sua vontade nesse sentido.

Estes artigos são diferentes, porquanto no artº. 440º. do Código Civil o objecto da prestação é uma coisa (*datio rei*) enquanto que no artº. 441º. do mesmo Código o objecto da prestação é uma quantia pecuniária (*datio pecuniae*).

Ambos se referem ao contrato-promessa. O primeiro visa a entrega da coisa como antecipação de cumprimento e o segundo visa a entrega de dinheiro como antecipação ou princípio de pagamento.

Ora, coloca-se a questão de saber porque razão o legislador utilizou expressões diferentes num e noutro artigo.

Cumprimento e pagamento são ou não expressões sinónimas?

Com efeito, diz-nos o artº.762º. do Código Civil que o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. As obrigações extinguem-se com o pagamento. Por

¹⁵⁹ Neste sentido, Galvão Telles, na **Exposição de motivos do ante-projecto do Código Civil**; Antunes Varella, **Sobre o contrato-promessa**, p. 43, nota 2; Pedro de Albuquerque – **Contrato de compra e venda**, p. 11, nota 3.

¹⁶⁰ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. 2ª. reimp. da ed. de 1994. Coimbra: Almedina, p. 814.

outro lado, o artº. 874º. do Código Civil preceitua que no contrato de compra e venda o vendedor obriga-se a entregar a coisa e o comprador obriga-se a pagar o preço.

Parece que não há grande razão para a utilização de expressões diferentes.

O contrato de compra e venda é um contrato sinalagmático.

O carácter sinalagmático ou não do contrato-promessa foi considerado tradicionalmente pela doutrina como função exclusiva e necessária do número de obrigações a contratar dele emergentes.¹⁶¹

Contudo, nos contratos-promessa que apenas tivessem sido assinados por uma das partes, embora sinalagmático, foi defendida, no Assento do STJ de 29/11/1989, a nulidade, podendo considerar-se válido se essa for a vontade das partes.

Calvão da Silva considerou que o assento qualificou a situação como redução mas aplicou o regime da conversão pelo que considerou-o inconstitucional¹⁶². O Assento redundaria na tese da nulidade total, como refere o professor Menezes Leitão¹⁶³.

Neste caso, é preferível optar-se pela tese da redução do que pela da conversão¹⁶⁴. Uma vez que a segunda não permitirá a articulação do contrato-promessa com o sinal, porque a conversão não salvaguarda a manutenção do sinal, já constituído, uma vez que o contrato-promessa bilateral é totalmente nulo e apenas se converte em contrato-promessa unilateral, por essa razão a conversão não poderia abranger a convenção bilateral do sinal, considerada nula¹⁶⁵.

A tese da redução tem sido defendida pela jurisprudência majoritária¹⁶⁶ e pelo Prof. Menezes Leitão porque permite manter a sanção do sinal em relação à parte que permanecesse vinculada à celebração do contrato definitivo¹⁶⁷. Uma vez que a situação em causa é considerada como uma mera hipótese de invalidade parcial.

O objecto das prestações no contrato de compra e venda são o pagamento do preço e a entrega da coisa. Enquanto que o objecto da prestação no contrato-promessa é o contrato definitivo.

¹⁶¹ VARELA, Antunes – **Das Obrigações em geral**, vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina, p.243-244.; M. J. Almeida e Costa – **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, p. 285.

¹⁶² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. cit. p. 229.

¹⁶³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. cit. p. 228.

¹⁶⁴ Ibidem

¹⁶⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op.cit. p. 229.

¹⁶⁶ Ac. RP de 18/12/1995 (REIS FIGUEIRA) em CJ 20 (1993), 5, 233-237; Ac. STJ 25/03/1993, MIRANDA GUSMÃO, em CJ-STJ I (1993), 2, pp. 39-42 e Ac. STJ 9/01/1997 (MIRANDA GUSMÃO) em BMJ 463 (1997) pp. 544-559. Pelo contrário, pronuncia-se a favor da conversão: Ac. STJ 16/12/1999 (TORRES PAULO) em BMJ 942 (2000), pp. 437-444.

¹⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op.cit. p. 229

O artº. 440º. do Código Civil tem por objecto os contratos enquanto que o artº. 441º. do Código Civil tem por objecto os contratos-promessa.

Para além disso, o artº. 440º. do Código Civil refere que a coisa entregue que coincidir com a prestação constitui uma antecipação de pagamento e só terá carácter de sinal se as partes manifestarem a sua vontade nesse sentido.

Porém, o artº. 441º. do citado diploma estipula uma presunção legal, para as quantias entregues pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ao considerar que todas elas têm carácter de sinal, ainda que entregues a título de antecipação ou início de pagamento do preço.

Contudo, o pressuposto geral do regime legal do sinal é que seja sinalagmático o contrato em que se inscreve.

Em virtude do elemento literal do artigo 441º. acima referido indicia que o sinal apenas se aplica aos contratos bilaterais, na falta de convenção em contrário, pelo que se infere que a presunção do artigo 441º. não deve estender-se as promessas unilaterais de venda obtidas por conversão de contratos-promessa de compra e venda quando o promissário da venda tenha entregue ao promitente um quantitativo em dinheiro¹⁶⁸.

Há que ter presente que a regra geral decorrente do artº. 350º. do CC é de que as presunções legais são ilidíveis mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir.

A lei não entende que as partes quiseram afastar a presunção do sinal para a entrega que fizeram¹⁶⁹.

A diferença é ainda mais visível se pensarmos nas consequências que emergem num e noutro artigo com o pagamento integral do preço pela parte que estivesse obrigada a realizar tal prestação.

Sucede que no contrato de compra e venda a outra parte ficaria obrigada a entregar a coisa, que por efeito do contrato transferia-se a propriedade, não podendo o vendedor resolver o contrato com fundamento na falta de pagamento do preço.

Ora, o pagamento integral do preço no contrato-promessa de compra e venda não lhe transmite a propriedade, mas apenas obrigando o promitente-vendedor a celebração do contrato – prometido, devendo para o efeito o promitente-comprador accionar a execução

¹⁶⁸ PRATA, Ana – Op. cit. p. 819

¹⁶⁹ Ibidem

específica, em caso de mora. Em caso de incumprimento definitivo, se tiver havido tradição da coisa, exercer sobre a mesma o direito de retenção, optando pelo pagamento do sinal em dobro¹⁷⁰, ou pelo pagamento do valor do bem ao tempo do incumprimento. Neste último caso, poderá o promitente-vendedor oferecer-se para cumprir a promessa, caso o promitente-comprador não tenha perdido o interesse na prestação.

Relativamente a esta questão o contrato-promessa institui apenas obrigações de facto jurídico (celebrar um contrato definitivo) de que a entrega de uma coisa nunca poderia constituir um cumprimento. Por esse motivo é excluída a aplicação do artº. 440º. do Código Civil, porque a obrigação do pagamento do preço só surge com a celebração do pagamento definitivo¹⁷¹.

Para a exigência do valor da coisa ou direito objecto do contrato prometido, é necessário que tenha havido a constituição do sinal ou basta que tenha havido apenas a tradição da coisa?

Parte da doutrina entende que é necessária a constituição do sinal – como é o caso do Prof. Doutor Menezes de Cordeiro¹⁷² e do Prof. Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão¹⁷³.

A Prof. Doutora Ana Prata entende que, no caso de ter havido tradição da coisa, haja ou não sinal, pode o credor escolher o que o devedor preferir, a prestação debitória ou a “indenização”¹⁷⁴.

No mesmo sentido se pronunciaram os Professores Galvão Telles e Januário Gomes, por entenderem que não motivo para só aplicar o regime quando o sinal exista, em alternativa a este¹⁷⁵.

Mais entende esta Professora que a protecção conferida por lei ao promitente-comprador que tenha obtido a tradição da coisa, não possa ser afastada por convenção das partes, porque só a

¹⁷⁰Em sentido contrário, cita-se parte do sumário do acórdão, CAMEIRA, Nuno – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Mora. Execução específica. Sinal. Direito de propriedade. Ónus da prova. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 09A0350. 07 de Maio de 2009. [Consultado em 17/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>: “(...) V - Tendo o A. antecipado o pagamento da totalidade do preço acordado, falece, em concreto, um pressuposto fundamental da aplicação do regime previsto no art. 442.º, n.º 2, que é precisamente a existência de sinal, seja ele confirmatório ou penitencial”

¹⁷¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações**, 9ª. ed. 2010. Coimbra: Almedina, pp. 238-239.

¹⁷² CORDEIRO, Menezes – A excepção do não cumprimento do contrato-promessa, In **Tribuna da Justiça**, nº, 27 (1987) pp. 1-5 recolhido em ID, Estudos de Direito Civil, vol. nº. 1. Coimbra: Almedina.

¹⁷³ Leitão - Luís Manuel Teles de Menezes, **Direito das Obrigações**, vol. nº. 1, Coimbra: Almedina. 9ª. ed., 2010, p. 243.

¹⁷⁴ PRATA, Ana- **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 2ª. reimpressão da ed.1994, p. 876 e 881.

¹⁷⁵ TELLES, Inocêncio Galvão - **Obrigações**, p. 155; GOMES, Januário – “A eventual subsistência do credor após o incumprimento definitivo e a chamada excepções do contrato-promessa”, em **Tribuna da Justiça**, nº. 35 (1987), recolhido em ID, em tema de contrato-promessa, Lisboa AAFDL, pp. 7-27 (15-16).

imperatividade pode assegurar a realização do escopo legal – a indemnização pelo valor da coisa ou direito ao tempo do incumprimento¹⁷⁶, embora entenda que não seja indiscutível o conteúdo do direito à indemnização que caiba a contraparte, que deve ser obtido através do disposto no artº. 801º. nº. 2 do Código Civil quando se entenda ser-lhe atribuída e não pelo artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte, do Código Civil¹⁷⁷.

Concretizando, os artº. 440º. e 442º. nº. 1 do Código Civil, tratam do sinal em geral.

A falta de cumprimento do contrato-promessa culmina com a resolução do contrato – promessa¹⁷⁸:

- a) - No caso de incumprimento culposo por parte do promitente a quem foi antecipadamente entregue a coisa.

Neste caso, a coisa será restituída, nos termos do artº. 289º. do Código Civil.

- b) – Se o incumprimento do contrato-promessa ficar a dever-se ao promitente que antecipou a entrega da coisa, há que distinguir:

- b.1) – A coisa entregue não terá de ser restituída pelo adquirente até que lhe seja reconhecido o direito indemnizatório decorrente do incumprimento da promessa por força do direito de retenção que lhe foi atribuído.

- b.2) – A coisa terá que ser restituída se o promitente lesado já recebeu a indemnização que lhe era devida, ou,

- b.3) – Se face ao pedido judicial de restituição do bem não opôs o direito de retenção de que dispunha por não lhe ter sido paga a indemnização devida, ou

- b.4) – ainda se, por não ser aplicável à situação o regime do Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, não dispõe daquele direito de retenção¹⁷⁹.

A existência ou não do sinal irá determinar a medida da indemnização¹⁸⁰:

Tendo havido sinal este constituiria a medida da indemnização a que teria direito o promitente lesado.

Porém, da segunda parte do nº. 2 do artº. 442º. do Código Civil, surge um novo factor para o

¹⁷⁶ PRATA, Ana - **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, 2ª. reimpressão da ed.1994, p. 884.

¹⁷⁷ PRATA, Ana, Op. cit., p. 884-885.

¹⁷⁸ PRATA, Ana - **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina, p. 846

¹⁷⁹ *Acórdão do STJ* de 21 de Fevereiro de 1991, foi deliberado que a manutenção da coisa em poder do promitente-comprador, após a propositura (ou o trânsito em julgado da sentença) por este de acção de condenação na restituição em dobro do sinal, passa a constituir posse não titulada e de má fé, não se aludindo ao direito de retenção, o que bem se compreende porque à data da propositura da acção 17/02/1976 e do trânsito em julgado do Ac. **TRL** 07/04/1978, ainda a lei não atribuíra ao accipiens o direito de retenção.

¹⁸⁰ PRATA, Ana – Op. cit. p. 847.

cálculo da indemnização ao dispor do promitente lesado, caso tenha havido a tradição da coisa:

Este factor é o valor que o bem tiver ao tempo do incumprimento.

O citado artigo veio atribuir o direito ao promitente-comprador lesado que tenha recebido a coisa e pago o sinal, optar pela indemnização correspondente ao valor da coisa ao tempo do incumprimento, deduzidos o valor convencionado e o sinal pago.

Exemplo: o bem vale 150.000,00€

Foi convencionado ser vendido por 60.000,00€

Foi pago de sinal 10.000,00€

A indemnização a receber pelo promitente lesado seria no valor de 90.000,00€ = (150.000,00€-60.000,00€+10.000,00€)

Passando a gozar do direito de retenção sobre a coisa pelo crédito indemnizatório, nos termos do n.º. 3 do mesmo artigo, fosse ele correspondente ao sinal em dobro ou ao valor da coisa.

Por acórdão de 12/03/1996 (DR-II Série, de 08 de Junho de 1996) o STJ uniformizou a seguinte jurisprudência:

“nos termos do n.º. 3 do art.º. 442.º. do CC, (...), tendo havido tradição da fracção de prédio urbano, o promitente-comprador goza do direito de retenção, mesmo que o edifício ainda não esteja submetido ao regime de propriedade horizontal”.

A favor da admissibilidade do sinal nos contratos-promessa unilaterais¹⁸¹ – P. Ascensão Barbosa, João Calvão da Silva, Inocêncio Galvão Telles; Ana CoimbraVaz Serra.

António Menezes Cordeiro¹⁸² exprime-se em termos que restringem o contrato-promessa a qualquer contrato oneroso.

5 - EVOLUÇÃO DO DIREITO DE RETENÇÃO EM PORTUGAL

É mister ter presente que este instituto jurídico se encontra intimamente ligado a um outro que é a posse cuja verificação determina a existência do primeiro e sem a qual não se pode falar

¹⁸¹ – P. Ascensão Barbosa, **Do contrato-promessa**, op. cit., p. 190, onde analisa o regime do sinal no contrato promessa unilateral, onde considera admissível; João Calvão da Silva – Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, p. 303-304; Inocêncio Galvão Telles – Direito das Obrigações, 6ª. edição, p. 117; Ana Coimbra – O sinal, pp. 49-50; Vaz Serra, Anotação in RLJ 108º. nº. 3556, p. 297.

¹⁸² – O novíssimo regime do contrato-promessa, p. 14

de direito de retenção.

5.1 – O direito de retenção no Código de Seabra – Código Civil de 1867

A propósito do Direito de retenção escreve Manuel Rodrigues, in Posse, estudo de direito civil português. Coimbra: Almedina 3^a.ed. revista e prefaciada por Fernando Luso Soares, pág.163, o seguinte:

“O direito de retenção é um poder directo e immediato sobre uma coisa, que garante o cumprimento de um crédito com aquela relacionado. (...)

Os detentores detêm até ao momento em que se tornam credores – são mandatários, depositários, etc. – mas no próprio momento em que a conservação da coisa obriga a fazer despesas, etc., como passam a deter no interesse próprio, a lei eleva-lhes a detenção a posse.

Na verdade, há no direito de retenção um poder de facto sobre um objecto e esse poder exerce-se no interesse do detentor – os dois elementos em que no sistema português definem a posse.

Nem vale dizer que o retentor não seria obrigado a restituir a coisa senão quando fosse convencido na questão da propriedade; desde que invoca o direito de retenção como fundamento da sua posse, essa invocação só lhe aproveita enquanto tal direito existir. (...)”

No Código Civil de 1867, o direito de retenção constituía de meio defensivo de coerção ao dispor do credor contra o devedor.

O exercício de tal direito tinha como pressupostos, a existência de um crédito e o credor ter em seu poder uma coisa do devedor que estava obrigado a entregá-la, sendo-lhe reconhecido o direito recusar a entrega da mesma enquanto o seu crédito não fosse pago.

Este direito encontrava-se disperso por várias normas do Código Civil de 1867, designadamente, nos artºs. 498 e §2º., 499º., § 2º., 1349º., 1407º., 1414º., 1450º., § único, 1614º. e 2251º., porque o Código de Seabra não tratava em termos gerais o direito de retenção.

O mesmo Código, na sua versão original, consignava o seguinte nos artºs. 1021º., 1022º. e 1023º. a seguir transcritos¹⁸³:

Artº. 1021º. A arrematação, adjudicação ou transmissão de algum prédio, por qualquer modo feita, não prejudica os privilégios mobiliários especiais, que a esse tempo se achem constituídos sobre fructos, rendas ou móveis do prédio arrematado, adjudicado ou transmitido.

Artº. 1022º. Os ónus reaes, com registo anterior ao da hypoteca de que resultou a expropriação ou ao da transmissão mencionada no artigo antecedente, acompanham o prédio alienado, e do seu valor é deduzida a

¹⁸³ Ferreira, Dias. **Código Civil Portuguez**, Anotado, vol. nº. 2, 2^a. ed.(1895), 267-268.

importância dos ónus referidos.

Artº. 1023º. Os ónus reais, com registo posterior ao da hipoteca ou da transmissão, não acompanham o prédio.

§ único. Exceptuam-se da disposição d'este artigo os ónus reais constituídos antes da promulgação d'este código, que forem registados dentro de um anno, contado desde a mesma promulgação.

Em síntese, decorre dos preceitos acima referidos relativamente à venda executiva o seguinte:

- a) - Os ónus reais com registo anterior à hipoteca mantinham-se, bem como
- b) - Os privilégios mobiliários especiais que se encontrassem ao tempo da transmissão.

Contudo, havia um regime transitório¹⁸⁴, previsto no artº.856º. Código de Processo Civil de 1867, a seguir transcrito:

Os bens arrematados livres dos ónus reais que não tiverem registo anterior ao de qualquer penhora, arresto ou hipoteca, salvo contudo os ónus que, tendo sido constituídos em data anterior, subsistirem sem registo.

Porém, este artigo levou a que na época se questionasse o que eram ónus reais¹⁸⁵. Embora, o artº. 946º. do Código de Seabra, na versão original, enumerasse os ónus reais:

Servidão e compáscuo, uso, habitação e usufruto, enfiteuse e sub-enfiteuse, censo e quinhão, dote, certos arrendamentos e consignação de rendimentos.

Suscitava-se a dúvida legítima de saber se ónus se reportava apenas aos direitos reais de gozo – artº. 949º. nº. 2 do Código de Seabra ou se também abrangiam os direitos reais de garantia – artº. 949º. §2, do Código Civil, na versão de 1930, perante o preceituado no artº. 856º. do Código de Processo Civil de 1876.

Sucedeu que em 16 de Dezembro de 1930, a reforma do Código Civil, aprovada pelo Decreto nº. 19 126, alargou a dispensa do artº. 1021º. aos privilégios imobiliários, e alterou o procedimento.

Os direitos reais e ónus reais passaram a ser distinguidos, como resulta do texto do artº. 949º. do Código Civil.

Os direitos reais eram o domínio e as diferentes propriedades imperfeitas, e os ónus reais encontravam-se enumerados como as hipotecas, a penhora, o penhor em créditos hipotecários, o dote, o arrendamento por mais de um ano, a consignação de rendimentos e a adjudicação de rendimentos.

¹⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes – Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: A.57 (Abril 1997), p. 555. ISSN: 0870-8118

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes – Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: A.57 (Abril 1997), p. 555. ISSN: 0870-8118

O Código de Processo Civil de 1939, tentou esclarecer a dúvidas, dispondo no seu artº. 907º. o seguinte:

1. Os bens são transmitidos livres dos direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora, ou hipoteca, salvos os que, tendo sido constituídos em data anterior, produzam efeito em relação a terceiros independentemente de registo.
2. Em seguida ao pagamento do preço e da sisa são mandados cancelar os registos dos direitos reais que devam caducar, assim como os registos de quaisquer registos reais de garantia, transferindo-se para o produto da venda os direitos dos respectivos credores.

Relativamente a este artigo pronunciaram-se:

- a) - Fernando Olavo que defendeu que o numero um deste artigo não abrange os direitos de garantia¹⁸⁶ e que estes se transferiam para o produto da venda.
- b) – Eurico Lopes Cardoso que segundo Menezes Cordeiro parece ter concluído que eles caducam sempre com a venda judicial. De acordo com o preceituado no artº. 907º. nº. 2 II parte do C. P. Civil .
- c) - José Alberto dos Reis, veio defender que a expressão direitos reais contida no artº. 907º. nº. 1 do C.P.C. abrangeria os direitos reais de gozo e os ónus reais - direitos reais de garantia. Estes porém caducariam com a venda executiva uma vez que este artigo no seu número dois mandava cancelar os respectivos registos¹⁸⁷.

Qualquer destes autores não analisava a hipótese de o direito real de garantia ter sido constituído antes de qualquer arresto, penhora ou hipoteca e que produzisse efeitos em relação a terceiro independentemente de qualquer registo¹⁸⁸. Concluindo José Alberto dos Reis que os direitos reais que produziam efeitos em relação a terceiros, independentemente de registo, seriam os enumerados no artº. 274º. do (então) Código de Registo Predial.

Contudo, os privilégios mobiliários e imobiliários constituíam uma situação de direitos reais de garantia, nos termos do artº. 1021º. do Código Civil de Seabra que sobrevivia à venda executiva.

Estipulando o artº. 878º. do Código de Seabra, de modo genérico, que os privilégios creditórios produziam efeitos independentemente de registo. Razão pela qual eles não caíam

¹⁸⁶ CORDEIRO, António Menezes – Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: A.57 (Abril 1997), p. 555. ISSN: 0870-8118

¹⁸⁷ REIS, José Alberto dos - **Processo de Execução**, vol. 2 (1943), p. 404 e ss..

¹⁸⁸ REIS, Alberto dos – **Processo de execução**. vol. 2, (1943) p. 401.

na previsão do artº. 907º. nº. 2 do Código de Processo Civil de 1867, por não haver qualquer registo que se possa mandar cancelar.

Perante o direito de retenção puro – ou seja, aquele que não se reporta a um crédito privilegiado - Guilherme Moreira concluiu que “(...) o credor a quem é atribuído esse direito [de retenção] pode opor-se a que outros credores do devedor exerçam os seus direitos sobre a coisa retida, enquanto não pagarem o seu crédito ou garantirem esse pagamento”¹⁸⁹.

Menezes Cordeiro conclui que: não corresponde, de todo, à verdade histórica a afirmação de que, antes do Código Civil de 1966, o direito de retenção caducava, quando houvesse hasta pública.

Segundo este autor o direito de retenção implica uma retenção material que não pode desaparecer *ad nutum*.

Importa ter presente que as alterações introduzidas na década de oitenta, pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho e pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, tiveram em vista uma situação conjuntural de desequilíbrio de mercado provocada pela inflação que não se encontrava acautelada pelo Decreto-Lei nº. 47 344, de 25 de Novembro de 1966 que tinha em vista a estabilidade do mercado, e a defesa do interesse do consumidor, promitente-comprador.

Actualmente, reposta que está a estabilidade do mercado, a moeda, os preços praticados no mercado imobiliário leva-nos a uma aplicação distanciada, reflectida e ponderada das alterações legais introduzidas na década de oitenta, com vista a alcançarmos o justo equilíbrio na defesa dos interesses do promitente-comprador e do promitente-vendedor, tendo presente que as alterações introduzidas e o novo regime estabelecido relativamente ao contrato-promessa e ao direito de retenção não foram integrados numa lei temporal, pelo que continuam em vigor, sendo aplicáveis no presente.

O Professor Menezes Leitão tendo presente a necessidade do justo equilíbrio de interesses, evitando o enriquecimento injusto que pode ser gerado pela aplicação da lei, com as alterações introduzidas na década de oitenta, num quadro de estabilidade económica, procura restringir o ressarcimento dos danos causados pelo incumprimento ao aumento do valor da coisa, por ser aquele que apresenta uma conexão objectiva com a coisa, excluindo o sinal e o preço pagos bem como o preço convencionado, de modo a permitir o ressarcimento dos danos

¹⁸⁹ MOREIRA, Guilherme Alves – **Instituições do Direito Civil Português**, vol. nº. 2, Direito das Obrigações (1911), p. 533. Cit. CORDEIRO, Menezes - Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**, A. 57. (Abril de 1997). p. 559.

do credor hipotecário¹⁹⁰.

O Professor Menezes Leitão, ao referir-se ao direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador entende que este só tem ligação com o direito ao valor da coisa ou direito, e ser o único crédito que tem uma ligação directa com a coisa a reter em caso de incumprimento. Razão pela qual se deve restringir a indemnização ao valor da coisa ou direito¹⁹¹, uma vez que o sinal não tem ligação objectiva com a coisa objecto do direito de retenção e pode funcionar independentemente desta, deve ser afastado da indemnização, nos termos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, não obstante o direito de retenção pressupor a constituição do sinal e a tradição da coisa.

Assinala contudo que no regime do artº. 442º. do Código Civil, disposição excepcional, não abrange as situações previstas no artº. 798º. do Código Civil, aplicável aos casos em que não houve convenção de sinal¹⁹².

No caso de não haver convenção de sinal, o promitente-comprador pode recorrer à execução específica nos termos do artº. 830º. do Código Civil ou à indemnização por todos os danos causados pelo incumprimento, nos termos do artº. 798º. do Código Civil e caso tenha havido tradição da coisa deve a mesma ser entendida como um acto de mera tolerância¹⁹³.

Por essa razão não faz sentido, em caso de incumprimento a opção pelo valor da coisa ou direito por não constituir uma contrapartida do sinal¹⁹⁴⁻¹⁹⁵.

O Professor Menezes Cordeiro acompanhando a proposta apresentada pelo Professor Menezes Leitão, defende que o regime estabelecido pelas alterações introduzidas na década de oitenta, deixaram de fazer sentido e aplicação prática, pelo facto de ter sido alcançada a estabilidade do mercado, pelo que se torna mais vantajoso ao promitente-comprador, optar pelas regras gerais do direito em detrimento da indemnização pelo valor da coisa.

Não obstante, a divergência doutrinal e jurisprudencial quanto a esta questão sempre actual, bem como o lapso de tempo decorrido, parece que o direito de retenção para ser reconhecido tem subjacente a existência da posse em consequência da *traditio*¹⁹⁶ e do modo como foi

¹⁹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações**, 9ª. ed. 2010. Coimbra: Almedina, p. 253.

¹⁹¹ Ibidem

¹⁹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das Obrigações**, 9ª. ed. 2010. Coimbra: Almedina, pp. 243.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Ibidem

¹⁹⁵ Em sentido contrário se pronunciou Januário Gomes desde que tivesse sido afastada a presunção estabelecida no artº. 441º. do Código Civil.

entregue a coisa ao adquirente e os poderes que este passou a exercer sobre a mesma.

Parece ser entendimento que o direito de retenção existe sempre que exista posse, em consequência da tradição da coisa.

Porém, já não existe unanimidade relativamente à necessidade da constituição do sinal, para o reconhecimento do direito de retenção, admitindo uns autores que deve ser reconhecido o direito de retenção mesmo que não tenha havido a constituição de sinal enquanto outros defendem que só existindo sinal e tradição da coisa deve ser reconhecido o direito de retenção.

Entendo que o direito de retenção deve ser reconhecido sempre que tenha sido constituído sinal acompanhado da tradição da coisa, através da qual o adquirente se comporte como um verdadeiro proprietário relativamente à coisa atenta a expectativa jurídica criada pela entrega da coisa pelo promitente-vendedor com legitimidade para o fazer, garantindo assim a função de garantia real.

Efectivamente, o direito de retenção atribuído ao promitente-comprador é distinto do direito de retenção comum, por um lado, por o crédito emergir de um incumprimento contratual e por outro, o crédito não ser resultante das despesas com a coisa ou por causa dela. Trata-se de um direito especial que não tem subjacente uma relação objectiva com a coisa no seu sentido amplo¹⁹⁷, mas que a opção pelo aumento do valor da coisa por parte do promitente-comprador cria essa conexão objectiva, mas não deve restringir-se à mesma, salvo se o valor aumentado da coisa cobrir excessivamente o dano causado pelo incumprimento, de modo a obstar o enriquecimento injusto por parte do promitente-comprador e a estabelecer o equilíbrio da situação patrimonial de ambos contraentes.

6 - O OBJECTO DO DIREITO DE RETENÇÃO

Na doutrina, suscitava-se a questão relativa ao carácter integral ou excepcional do direito de retenção, contrária à regra *par conditio creditorum*¹⁹⁸.

Esta divergência doutrinal acabou por ser resolvida com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, no qual o direito de retenção passou a ser considerado um verdadeiro direito real de garantia, para além de constituir um meio de coerção do cumprimento da obrigação.

¹⁹⁶ Elementos da *traditio* – a) - *vacuum possessionem* (abandono) e b) - *a apprehensio* (o acto que denuncia que o novo possuidor adquiriu poder sobre o objecto.- RODRIGUES, Manuel – Op.cit., p. 203

¹⁹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das obrigações**, 12ª. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 975

¹⁹⁸ SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1997. p. 339-350.

Cumpra referir a doutrina da conexidade de créditos¹⁹⁹ defendida por Vaz Serra, que se consubstanciava no reconhecimento do direito de retenção quando dois créditos resultassem da mesma relação jurídica²⁰⁰, idêntica à solução do direito alemão²⁰¹. Porém, tal proposta não foi aceite pelo nosso legislador.

Entendeu-se que tal proposta criaria um terceiro género, tornando mais difícil a diferenciação entre o direito de retenção e a excepção de não cumprimento²⁰². Sendo de acrescentar que tal proposta não atribuíra carácter real ao direito de retenção²⁰³. Tratava-se de um simples direito de retenção obrigacional, cujo objecto seria a prestação de facto, caso a proposta obtivesse vencimento.

O legislador optou no Código Civil de 1966 por reconhecer o direito de retenção como garantia real das obrigações, com carácter geral, restringindo-o à sua fisionomia tradicional.

Na verdade, o direito de retenção encontra-se regulado Secção VII do Capítulo VI, Título I do Livro II sob a epígrafe – «Garantias Especiais das Obrigações» - nos artº. 754º. a 761º. do Código Civil.

Sendo de salientar que, no Código Civil de 1966, o legislador optou pela doutrina da conexidade objectiva entre o crédito e a coisa (*debitum cum re iunctum*) para que se reconheça a existência do direito de retenção.

O objecto do direito de retenção é uma prestação de coisa e não uma prestação de facto, incidindo sobre coisas e não sobre prestações de facto.

7 - O PROMITENTE-COMPRADOR E O DIREITO DE RETENÇÃO

Em 1980 e 1986, o Código Civil de 1966 sofreu duas reformas relativas ao contrato - promessa que importam ser referidas, por se revelarem com interesse para o desenvolvimento do tema²⁰⁴, tendo presente a conduta dos construtores relativamente aos promitentes-

¹⁹⁹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - Direito de retenção. Lisboa: Sep. do **Boletim do Ministério da Justiça**, nº. 65, 1957, p. 160.

²⁰⁰ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes - **Código civil anotado**. vol. I, cit. p. 744: SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e Sanção Compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1997, p. 341.

²⁰¹ Solução do direito Alemão (§273, al. 1 do BGB). Cfr., por todos, LARENZ, Lehrbuch de Schuldrechts, I, cit., § 16, p. 176 e 177.

²⁰² LIMA, Pires de e VARELA, Antunes - **Código civil anotado**. vol. I, cit. p. 744: Silva, João Calvão da - **Cumprimento e Sanção Compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1997, p. 341.

²⁰³ SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, 1997, p. 339-350. – p. 341.

²⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes - Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: A.57, nº.2 (Abril 1997), p. 547-563. ISSN: 0870-8118

compradores face ao lucro fácil e a necessidade de proteger os interesses dos promitentes-compradores, introduzidas pelo Decreto-Lei n.º. 236/80, de 16 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º. 379/86, de 11 de Novembro.

O primeiro dos citados diplomas veio impor um formalismo ao contrato-promessa, afastou a possibilidade do simples pagamento do sinal em dobro no caso de incumprimento ao atribuir a opção pelo pagamento de uma indemnização correspondente ao valor da coisa e tornando a execução específica obrigatória.²⁰⁵

Esta intervenção legislativa teve como consequência o surgimento de querelas quer a nível doutrinal quer a nível jurisprudencial, facto que determinou a necessidade de o legislador esclarecer o âmbito das alterações.

Daí que, na intervenção de 1986, o legislador tenha restringido as intervenções acautelando a posição dos promitentes-compradores de prédios urbanos/fracções autónomas e acolheu diversas soluções apresentadas relativamente às querelas causadas pela reforma de 1980²⁰⁶.

Na vigência da redacção introduzida no art.º. 442.º. do Código Civil pelo Decreto-Lei n.º. 236/80, de 18/07, aplicável a todos os contratos – promessa cujo incumprimento se tenha verificado após a sua entrada em vigor.

Dispunha o n.º. 3 deste artigo o seguinte:

“No caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, o promitente-comprador goza, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento do promitente-vendedor.”

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º. 379/86, de 11/11, esta redacção desaparece e é substituída por outra bastante diferente que se mantém até ao presente, e direito de retenção reconhecido ao promitente – comprador passa a ser integrado no art.º 755.º., ao qual foi acrescentado a al. f), com a seguinte redacção:

Gozam ainda do direito de retenção:

1. (...)

f) – O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição do direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante o não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º.

²⁰⁵ Ibidem

²⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes - Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: A.57, n.º. 2 (Abril 1997), p. 547-563.

Relativamente à tradição da coisa²⁰⁷ poderemos considerar três situações, uma vez que o promitente - alienante tem a disponibilidade dessa tradição:

- a) – Os promitentes - alienantes recusam-se a entregar a coisa objecto do contrato prometido aos promitentes - adquirentes antes da escritura de compra e venda;
- b) – Os promitentes - alienantes aproveitando-se da situação elevam o preço exigem novas prestações pela entrega da coisa;
- c) – Os promitentes - alienantes e os promitentes-compradores procedem em conluio as tradições, para bloquear as hipotecas registadas anteriormente a favor de favor dos banqueiros.

Ora, o direito de retenção do promitente-comprador é entendido na jurisprudência, como sendo constitucional a sua origem e dos diplomas que o aprovaram e o introduziram na nossa ordem jurídica, encontrando-se de acordo com os princípios de confiança, segurança legítima - cfr. Acs. n.ºs. 374/2003, de 15 de Julho e 594/2003, de 03 de Dezembro, do Tribunal Constitucional²⁰⁸.

Entende uma parte da jurisprudência que o direito de retenção, previsto no art.º 755.º n.º 1, al. f) do Código Civil, exige que tenha havido a constituição do sinal acompanhado da tradição da coisa²⁰⁹.

Uma outra parte da jurisprudência entende de modo diferente como foi o caso do Acs. Tribunal da Relação de Lisboa de 92SET1998²¹⁰ e de 14DEZ2006 (Carla Mendes).

O direito de retenção atribuído ao promitente-comprador não padece de inconstitucionalidade, nem os diplomas que o instituíram, como a este propósito foi manifestado o entendimento pela jurisprudência²¹¹.

²⁰⁷ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil**, Tomo 2, Coimbra: Almedina, 2010, p. 398.

²⁰⁸ TORRES, Mário José de Araújo – Acórdão n.º. 374/2003. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional. Processo n.º. 480/98. 2.ª. Secção. 15 de Julho de 2003. [Consultado em 27/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. BRITO, Maria Helena – Acórdão n.º. 594/2003. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional.. Processo n.º. 745/00. 1.ª. Secção. 03 de Dezembro de 2003. [Consultado em 27/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

²⁰⁹ Ac. **Tribunal da Relação do Porto** de 18SET1995 (Guimarães Dias) BMJ 449 (1995), p. 438; Ac. **Tribunal da Relação de Lisboa** de 04MAI1997 (Fernando Quinta Gomes). BMJ 465 (1997), p. 635.

²¹⁰ Ac. **Tribunal da Relação de Lisboa**, Pais do Amaral, CJ XXIII (1998), 4, 111-113; Ac. **Tribunal da Relação de Lisboa** Carla Mendes, Proc.º. 7796/2006-8.

²¹¹ TORRES, Mário José de Araújo – Acórdão n.º. 374/2003. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional. Processo n.º. 480/98. 2.ª. Secção. 15 de Julho de 2003. [Consultado em 27/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. BRITO, Maria Helena – Acórdão n.º. 594/2003. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional.. Processo n.º. 745/00. 1.ª. Secção. 03 de Dezembro de 2003. [Consultado em

O Professor Menezes Cordeiro aderiu a tese restritiva do direito de retenção defendida pelo Professor Menezes Leitão assente na necessidade de constituição de sinal, relativamente aos créditos a que se reporta o artº. 442º. do Código Civil por se restringirem à restituição do sinal em dobro ou do aumento do valor da coisa e não ao crédito geral indemnizatório ex 798º. e não havendo sinal a tradição da coisa ser apenas uma mera tolerância, não cabendo penalizar o promitente-comprador.

Na verdade o artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte do Código Civil referindo-se à tradição da coisa e ao pagamento em dobro do sinal ou o valor da coisa ao tempo do incumprimento, pressupõe a existência de um crédito, resultante do incumprimento definitivo do contrato-promessa.

Outrossim, por o direito de retenção só garantir o direito ao aumento do valor da coisa e não o direito à restituição em dobro, uma vez que esta é comum e não existirem valorações que expliquem o seu reforço por causa da tradição da coisa.

Defende o Professor Menezes Leitão que, perfilhando-se este entendimento, o credor hipotecário anterior passa a ser tratado com justiça, na medida em que o seu crédito se reporta ao valor da coisa ao tempo da constituição da hipoteca e não ao aumento desse valor “reservado por lei ao promitente-comprador traditário”²¹².

Parece que a tese restritiva proposta pelo Professor Menezes Leitão, tende a repor a justiça relativamente aos interesses do credor hipotecário que se veja confrontado com o exercício do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador.

Contra a tese da interpretação restritiva defendida por Menezes Leitão manifesta-se L. Miguel Pestana de Vasconcelos²¹³ que defende a tese restritiva do direito de retenção na perspectiva do promitente-comprador ser reconhecido como consumidor e só nesta qualidade ser-lhe reconhecido o direito de retenção²¹⁴, retirar-se o direito de retenção ao promitente-comprador seria deslocar o risco para a parte mais frágil, no sentido de se defenderem.

Se, por um lado, é verdade que a perda do sinal ou a restituição deste em dobro se integram no funcionamento da regra do sinal reconhecido a todos os contratos, sem que aquele que o

27/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Neste sentido também se pronunciaram, no foro cível, os acórdãos do **Tribunal da Relação de Coimbra** de 02 de Fevereiro (Távora Vitor) CJ XXIV (1999) 1, 19-22 (21/II); STJ 30JAN2003 (Nascimento Costa) Proc. 02B4471, **Tribunal da Relação de Lisboa** de 30JAN2003 (Tibério Silva), CJ XXVIII (2003) 1, 87-89. STJ 27NOV2007 (Silva Salazar) Proc. 07A3680. e STJ 18DEZ2007 (Alberto Sobrinho), Proc. 07B123

²¹² CORDEIRO – Menezes – **Tratado de direito civil** vol. 2, direito das obrigações, tomo 2. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 401-402

²¹³ Vasconcelos, L. Miguel Pestana de – **Direito das garantias**. reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 324.

²¹⁴ Vasconcelos, L. Miguel Pestana de – **Direito das garantias**. reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 323.

presta seja prejudicado e, por outro, tendo ocorrido a tradição da coisa, o direito à indemnização reconhecido ao promitente-comprador de optar pelo sinal em dobro ou pelo aumento do valor da coisa, estar-se-á aparentemente a cercear o direito reconhecido por lei ao promitente-comprador.

Contudo, tendo presente que o promitente-comprador ao optar pelo valor da coisa ou direito sobre a mesma fica impedido de requerer o pagamento do sinal em dobro, não se vislumbria qualquer impedimento à aceitação da restrição defendida pelo Professor Menezes Leitão, desde que o promitente-comprador ficasse ressarcido do prejuízo sofrido, tendo presente que o interesse do promitente-comprador é a aquisição do bem prometido vender e o direito de retenção recair sobre esse mesmo bem objecto imediato do contrato prometido, havendo estabilidade no mercado imobiliário.

Porém, nos casos em que o promitente-comprador tivesse pago a título de sinal o valor correspondente ao preço do bem, já suscita dúvida, se o promitente-comprador optar pelo pagamento em dobro do sinal, caso o bem tenha sido penhorado e posteriormente vendido e cujo produto da venda face ao valor do bem seja inferior ao crédito reclamado.

Consideremos a seguinte hipótese académica:

A promete vender a B e este promete comprar A uma fracção autónoma de que este é proprietário pelo preço de 100.000,00€. A tem constituída uma hipoteca sobre a dita fracção a favor do C – Banco no valor de 90.000,00€. B pagou a título de sinal 100.000,00€ contra a entrega da fracção, onde passou a viver. D credor de A instaura uma acção executiva nomeando à penhora a dita fracção que por sua vez vai à praça e é vendida por 90.000,00€, antes de ter sido celebrada a escritura pública de compra e venda.

Partindo do princípio que estejamos perante um incumprimento definitivo por parte do A. - promitente-vendedor por ter deixado de ter legitimidade para o alienar, em virtude do bem ter saído da sua esfera jurídica, suscitam-se as seguintes questões:

- a) - Se B estando na posse da dita fracção optar por exigir o pagamento do sinal em dobro e não exercer o direito de retenção, o seu crédito é um crédito comum e será pago com o remanescente do produto da venda de outros eventuais bens de que A seja proprietário, sendo C - credor hipotecário pago preferencialmente relativamente ao A e aos demais credores.

Deste modo, B e D ficam desprotegidos por não serem ressarcidos do prejuízo causado, por insuficiência de bens por parte de A. não obstante ter direito a receber 200.000,00€, em

consequência do pagamento do sinal em dobro.

- b) -Porém, se for reconhecido o direito de retenção o A. deve ser pago preferencialmente em detrimento dos demais credores, ficando o C – credor hipotecário prejudicado e o exequente D.

No caso em apreço, se a coisa não tiver sido objecto de qualquer valorização e, para além disso, o B não tiver direito ao pagamento do sinal em dobro fica duplamente prejudicado, na medida em que não recebe nem um valor nem outro, não obstante, ter cumprido o contrato-promessa.

Perante o quadro hipotético acima referido, parece que a tese restritiva proposta é susceptível de gerar a injustiça para o promitente-comprador, enquanto consumidor final que aplicou todas as suas economias no pagamento da totalidade do preço do bem pretendido, embora acautelando o interesse do credor hipotecário, pelo que a sua aplicação deverá ser objecto de estudo pontual casuístico, que nem sempre existe ou é possível pelas mais variadas razões.

8 - CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE RETENÇÃO

8.1 - Trata-se de um direito que resulta da própria lei e que tem por objecto apenas móveis ou imóveis coisas susceptíveis de penhora.

8.2 - É um direito que tem uma manifesta ligação à pessoa do seu titular.

8.3 - Trata-se um direito que proporciona ao seu titular o aproveitamento não do valor da coisa retida mas sim do valor de troca da mesma.

8.4 - Este direito é acessório da relação jurídica principal e visa assegurar ao seu titular o pagamento preferencial do crédito pelo valor da coisa relativamente aos demais credores do devedor.

8.5 - O titular do direito de retenção pode executar a coisa retida, a fim de obter o pagamento do seu crédito.

8.6 - O direito de retenção prevalece sobre a hipoteca.

8.7 - O direito de retenção pode ter por objecto coisas móveis ou imóveis e o seu titular é equiparado ao credor pignoratício ou ao credor hipotecário.

8.8 - É um direito que resulta geralmente de despesas feitas com a coisa, pela coisa ou de prejuízos causados pela coisa. Mas também, pode resultar de imposição legal ou contratual.

8.9 - Está integrado nos direitos reais de garantia.

8.10 - É um direito a que a lei atribui um carácter geral e um carácter especial expressamente tipificados, nos artºs. 754º. e 755º. do Código Civil. Porém, a sua aplicação a outros casos não previstos na lei como é o caso do empreiteiro, situação relativamente à qual quer a doutrina quer a jurisprudência não são unânimes quanto ao entendimento a ter.

8.11 - No que se refere aos casos especiais de direito de retenção previstos no artº. 755º. do Código Civil, há quem entenda que se trate de uma norma taxativa que não admite a aplicação analógica. Outros há que entendem que tal norma não é taxativa e defendam a sua aplicação a outros casos sem recorrer à aplicação analógica.

8.12 - É um direito transmissível com o crédito mas que necessita de ser manifestada essa intenção por parte do seu titular no momento da transmissão – artº. 760º. do Código Civil.

8.13 - É um direito que não está sujeito a registo.

Ora, nas relações jurídicas creditórias, o direito de crédito tem ligado a si outros direitos, designados **direitos potestativos**²¹⁵.

O direito potestativo puro é o direito de produzir uma alteração na esfera jurídica e outrem, mediante uma manifestação de vontade a esse fim dirigida. O direito potestativo misto ou impuro é aquele que pode resultar da violação de um direito a uma conduta de outrem. Os direitos potestativos têm de comum o facto de só serem passíveis de exercício uma só vez e com essa se extinguem (Hellwig, “Anspruch und Klagerecht”).(Artºs. 542º. e 549º. do Código Civil).

São potestativos os seguintes direitos:

- O direito de interpelar o devedor – artº. 805º. do Código Civil de 1966;
- O direito de demandar o devedor se não cumprir;
- O direito de executar o seu património se ele não cumprir a sentença condenatória – artº. 817º. do Código Civil;
- O direito de escolher a prestação se esta for alternativa ou genérica e a escolha pertencer ao credor - artº. 542º. e 549º. do Código Civil
- O direito de fixar um prazo razoável a que se refere o artº. 808º. do Código Civil.

²¹⁵ SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, 1997. p. 339-350.

9 - O DIREITO DE RETENÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR

Escreve o professor CALVÃO DA SILVA o seguinte:

“Âmbito e pressupostos de aplicação do direito de retenção no contrato-promessa:

1º. – O titular do direito de retenção é o beneficiário de qualquer contrato-promessa com «*traditio-rei*» e não só do contrato-promessa previsto artº. 410º. nº. 3;

2º. – O direito de retenção existe para garantia do crédito resultante do não cumprimento imputável à parte que promete transmitir ou constituir direito real. Isto é: está em causa o crédito (dobro do sinal valor da coisa, indemnização convencionada, nos termos do nº. 4 do artº. 442º.) derivado do incumprimento definitivo²¹⁶”.

Este direito de retenção é reconhecido pelo artº. 442º. nº. 3 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº.236/80, de 18 de Julho, segundo o qual no caso de ter havido tradição da coisa objecto (mediato) do contrato-promessa, o promitente-comprador goza, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor²¹⁷.

Mais se acresce que o direito de retenção incide apenas sobre coisas²¹⁸.

O entendimento jurisprudencial²¹⁹ na vigência da redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº.236/80, de 18 de Julho, segundo o acórdão do STJ de 04-12-1984:BMJ, 342º. -347, era no sentido de que o promitente-comprador tinha a sua posse legítima até ser convencido do seu incumprimento culposo, com exclusão do incumprimento por parte do promitente-vendedor, nos casos em que tivesse havido tradição da coisa.

Como podemos constatar do teor do citado acórdão, nos contratos-promessa em que tivesse

²¹⁶ SILVA, Calvão – **Sinal e contrato-promessa**, p. 111.

²¹⁷ Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça**, de 3-7-1985: BMJ 349º., p.- 448 .

²¹⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das obrigações**.12ª. ed. rev. e actualizada. Coimbra: Almedina, 2009, p. 978.

²¹⁹ “I- Na vigência da actual redacção do artº. 442º. do Cód. Civil (Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho) – apenas aplicável aos contratos-promessa cujo incumprimento se tenha verificado após a sua entrada em vigor –, havendo tradição da coisa para o promitente-comprador, este goza, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento do promitente-vendedor. E, assim – artºs. 1251º., 1253º., e 1306º. do Código Civil -, o promitente –comprador tem a sua posse legítima até ser convencido do seu incumprimento culposo, com exclusão do incumprimento por parte do promitente-vendedor. II – No domínio da redacção primitiva daquele artº. 442º., havendo tradição do prédio urbano, para o promitente-comprador, para aí permanecer, habitando-o, até à outorga da escritura de compra e venda ou resolução do contrato-promessa, aquele não é obrigado a restituir o prédio ao promitente-comprador, se não se tiver verificado nenhuma dessas circunstâncias; o respectivo contrato-promessa só termina ou com a celebração da escritura pública de compra e venda, deixando, então, de haver lugar à restituição do prédio, ou então com a resolução do contrato-promessa, tendo, nessa altura, o promitente-comprador de restituir o prédio ao promitente-vendedor.”

havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, reconhecia-se ao promitente-comprador o direito de retenção e a posse.

Para além disso, também era entendimento jurisprudencial que o direito de retenção e a posse de que gozasse o promitente-comprador não eram afectados pelo acto de penhora em execução que fosse instaurada contra o dono da coisa objecto do contrato-promessa e por essa razão não deveriam ser aceites os embargos de terceiro deduzidos pelo promitente-comprador²²⁰.

Mais tarde, um outro acórdão do mesmo tribunal, vem admitir que o promitente-comprador se defenda por embargos de terceiro contra a penhora efectuada em execução movida por terceiro contra o dono da coisa objecto do contrato-promessa, a fim de manter a posse da coisa até que venha a entregá-la, por não prejudicar a penhora.²²¹

Posteriormente, com a publicação do Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, foi introduzida a al. f) ao nº. 1 do artº. 755º. do Código Civil, estamos pois perante um direito especial tipificado legalmente, em nome da defesa do consumidor²²².

Contudo, a questão do reconhecimento da posse ao promitente-comprador a quem tenha sido entregue a coisa – *traditio*, não reflecte unanimidade na doutrina do STJ, exemplo disso é o acórdão do STJ de 23-01-1996, considera que o direito de retenção do promitente – comprador não confere qualquer direito de posse aos seus titulares, mas mera detenção, uso e fruição, explicitando que em caso de penhora não pode o promitente-comprador titular do direito de retenção deduzir embargos de terceiros.²²³

Porém o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-12-2007, reconhece que os embargos de terceiro são o meio idóneo de defesa para o retentor sempre que esteja ameaçada a garantia, referindo o seguinte:

“Este STJ, em acórdão de 29.01.2003, “sumários de Acórdão Cíveis” nº 67, decidiu que “os meios possessórios de que dispõe o credor garantido pelo direito de retenção só operam quando o acto lesivo prejudicar a sua garantia, e não enquanto mantiver, apesar da penhora, a possibilidade de exercício do seu direito.”

Sufragando este entendimento, não estando em causa que, pelo facto da penhora, o embargante veja ameaçado o seu direito real de garantia (direito de retenção), defeso lhe

²²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-04-1988:BMJ, 376º. 646.

²²¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-11-1991:CJ, 1991, 5º.-132.

²²² SILVA, João Calvão da – Sinal e contrato-promessa. 13ª. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina. 2010, p. 191.

²²³ Acórdão do STJ, 23-01-1996:CJ/STJ, 1996, 1º.-70.

está lançar mão de embargos de terceiro.”

“O direito de retenção conferido ao promitente-comprador nas condições em análise, não visa mantê-lo na fruição de qualquer direito de gozo, mas antes garantir o pagamento do seu crédito – dobro do sinal prestado – no pressuposto de que existe incumprimento definitivo imputável ao promitente vendedor que já recebeu o sinal.”

10 - FUNÇÕES DO DIREITO DE RETENÇÃO

O direito de retenção tem uma função coercitiva e uma função de garantia.

*A função de garantia está bem patente na qualificação jurídica do direito de retenção como direito real de garantia...*²²⁴

O direito de retenção funciona também como um excelente meio de pressão junto do devedor, caso a coisa retida seja mais valiosa do que o crédito cujo pagamento se reclama.

Por outro lado, o direito de retenção é um meio que impulsiona o devedor ao cumprimento da obrigação.

O titular do direito de retenção goza de preferência sobre os demais credores (artº. 666º. nº. 1 do Código Civil) do devedor.

Recaindo o direito de retenção sobre um imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência sobre os demais credores do devedor (artº. 759º. nº. 1 do Código Civil)²²⁵.

O direito de retenção do promitente – comprador a quem tenha sido entregue a coisa - *traditio manu* – é qualitativamente diferente do direito de retenção comum²²⁶.

A diferença reside essencialmente na função compulsória que resulta do valor do débito pela responde a coisa retida e a eficácia coercitiva que dela pode emergir.

Assim, é entendimento doutrinal que na retenção comum a coisa retida responde por débitos que em regra representam uma pequena percentagem do próprio valor da coisa. Enquanto que na retenção do promitente, a coisa retida responde por débitos que se aproximam do próprio

²²⁴ SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, 1997. p. 339-350. – p. 345.

²²⁵ SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, 1997. p. 339-350. – p. 346.

²²⁶ CORDEIRO, António Menezes - Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: A.57, N. 2 (Abril 1997), p. 547-563.

valor dela: bastando recordar que o sinal é substituído pelo valor dela, e consequentemente desapareça nesta última, a eficácia compulsória da medida²²⁷.

Suscitada a questão de saber se tanto a nova regra da segunda parte do n.º. 2 do art.º. 442.º. quanto a contida no n.º. 3 do mesmo artigo relativa ao direito de retenção de que gozaria o promitente-comprador se aplicariam a todos os contratos-promessa em que houvesse sido entregue antecipadamente a coisa objecto do contrato prometido ou se o âmbito desses preceitos se restringia aos contratos-promessa de compra e venda²²⁸. Ou ainda aos contratos-promessa unilaterais de venda e a outros contratos distintos da compra e venda. O direito à execução específica é independente de ter existido ou não tradição da coisa ²²⁹ e ²³⁰.

Porém, uma vez verificada a impossibilidade definitiva de cumprimento, fica afastada, concomitantemente, a possibilidade de recorrer à execução específica²³¹. A título de exemplo citam-se dois casos: o primeiro, a impossibilidade resultará do facto do bem prometido ter deixado de existir na esfera patrimonial do promitente-vendedor, por este o ter sido vendido a uma terceira pessoa; o segundo, resultará do facto de não ser possível a obtenção da licença de utilização para o bem prometido.

Perante, estas duas hipóteses, as sentenças que viessem a ser proferidas no âmbito das acções de execução específica, dando-lhes provimento, consubstanciaria uma venda de bens alheios, por ser subsumível ao preceituado no art.º. 892.º. do Código Civil, no primeiro caso. Relativamente à segunda hipótese, a sentença elidiria a obrigação de a licença de utilização ser obtida antes da transmissão do mesmo – de acordo com o Decreto-Lei n.º. 281/99, de 26 de Julho, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º. 116/2008, de 04 de Julho²³². Não são admissíveis actos desta natureza, atenta a cominação legal a que os mesmos estão sujeitos bem como o cumprimento do princípio da legalidade e da segurança jurídica a que se encontram vinculados.

Face à dúvida existente de saber se o novo regime do art.º. 442.º. n.ºs. 2 e 3 do Código Civil, se restringiam ao contrato-promessa de compra e venda, na medida em que embora o n.º. 3, se

²²⁷ CORDEIRO, António Menezes - Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: A.57, N. 2 (Abril 1997), p. 547-563.

²²⁸ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**, reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 849 e ss.

²²⁹ **Assento do Tribunal Pleno** de 19 de Dezembro de 1989. Diário da República. I Série. 23 de Fevereiro de 1990.

²³⁰ **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça** de 24 de Dezembro de 2007. Inédito.

²³¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das obrigações**, Volume 1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.233

²³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – Op. cit. pp. 233 – 234; Ac. RC 15/04/2008, (Gregório Silva), em CJ 33 (2008), 2, 41-44 e Ac. RC 28/10/2008, (Teles Pereira), em CJ 33 (2008), 4, pp.36-43.

referisse apenas aos contratos-promessa de compra e venda o mesmo já não acontecia com o n.º 2 do mesmo artigo e código, entendia-se que o mesmo era aplicável a todo e qualquer contrato-promessa em que reunisse os pressupostos legais. Restringindo-se o do n.º 3 à atribuição do direito de retenção aos contratos-promessa de compra e venda.

Ora, a regra do funcionamento do sinal é o incumprimento definitivo e não a simples mora de bitória²³³.

A doutrina dominante²³⁴ entende que o conceito de posse, acolhido nos art.ºs. 1251.º e ss do Código Civil, deve ser entendido de acordo com a concepção subjectivista, analisando por isso numa situação jurídica que tem como ingredientes necessários o *corpus* e o *animus possidendi*.

Relativamente ao *corpus* da posse, entendem os defensores da concepção subjectivista que o mesmo se traduz no poder de facto manifestado pela actividade exercida por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real - art.ºs. 1251.º e 1252.º n.º 2 do Código Civil. Porém, esta actividade não carece de ser sempre efectiva, na medida em que uma vez adquirida a posse o *corpus* permanece como que espiritualizado, enquanto o possuidor tiver a possibilidade de o exercer – art.º 1257.º n.º 1 do Código Civil.

Quanto ao *animus possidendi* os subjectivistas defendem que a presença e relevância daquele não poderão ser recusadas quando a actividade em que o *corpus* se traduz, pela causa que a justifica, seja reveladora, por parte de quem a exerce, da vontade de criar, em seu benefício, uma aparência de titularidade correspondente ao direito de propriedade ou outro direito real.

Outrossim, este entendimento é defendido jurisprudencialmente²³⁵, acrescentando à expressão concepção subjectivista *Iuris possessio* de tradição romanista, pela conjugação de dois elementos: o *corpus* e o *animus*.

Uma outra parte da doutrina²³⁶ perfilha de um entendimento contrário, ou seja, defende que o conceito de posse acolhido nos referidos artigos deve ser entendido de acordo com a concepção objectivista.

Para Menezes Cordeiro, o art.º 1251.º do Código Civil, acolhe uma orientação objectivista,

²³³ PRATA, Ana – Op cit. p. 859.

²³⁴ LIMA, Pires; VARELA, Antunes – **Código civil anotado** 2ª. ed., vol. 3, p.5; PINTO, Mota – **Direitos reais**, p. 189; MESQUITA, Henrique – **Direitos reais**, p. 69 e ss.; CARVALHO, Orlando de – **RLJ**, 122º., p. 65 e ss.; GONÇALVES, Penha – **Direitos Reais**, 2ª. ed., p. 243 e ss.

²³⁵ **Acórdão da RE**, 25-01-1994:BMJ, 433º.; **Acórdão da RP**. 20-09-1994: BMJ, 439º.- 652.

²³⁶ CORDEIRO, Menezes – **Direitos reais**, 1º., p. 563 e ss.; ASCENSÃO, Oliveira – **Direitos reais**, 4ª. ed. p. 42 e ss.

porquanto, segundo este Professor, não se discerne, no dispositivo deste artigo, qualquer referência à vontade, ao *animus* ou a qualquer ideia semelhante²³⁷.

“ Há posse da coisa quando uma pessoa desfruta uma coisa nos termos de um direito, ou seja, quando uma pessoa exerce sobre uma coisa a actividade correspondente ao conteúdo de um direito real. A posse é a situação em que uma pessoa actua como beneficiária da afectação de uma coisa independentemente de essa afectação ser considerada jurídico - positiva”²³⁸.

Por outro lado, a doutrina não é unânime quanto ao entendimento dos direitos reais de garantia serem susceptíveis de ser objecto de posse.

Uma parte da doutrina²³⁹ entende que não podem ser objecto de posse os seguintes direitos reais de garantia: o penhor de coisas – artº. 669º. e ss. -, a consignação de rendimentos nas hipóteses das als. b) e c) do artº. 661º. nº. 1 e o direito de retenção – artº. 754º. e ss. do Código Civil.

Porém, uma outra parte da doutrina²⁴⁰ contrariamente defende a susceptibilidade dos referidos direitos serem objecto de posse.

É entendimento jurisprudencial²⁴¹ que “ o uso e a fruição de fracção prometida vender estabelecidos no contrato-promessa, dão ao promissário a posse da fracção referida, conferem-lhe a utilização de meio de defesa possessórios, mas obrigam-no a restituir a mesma logo que a razão de ser daquele contrato.

As três faculdades do direito de propriedade:

Ius utendus, abutendus et disponere. Usar, abusar e dispor as três faculdades que compõem o direito de propriedade.

Sendo um direito real de garantia, o mesmo faz com que o credor possa recusar a entrega do imóvel até que seja satisfeito o seu crédito, mas tal não obsta a que se penhore o imóvel já que entre os direitos reais de garantia (retenção e hipoteca) não há incompatibilidade mas sim coexistência conforme os artigos referentes à graduação de créditos estabelecem os artigos 745º., 747º., 748º. do Código Civil.

A *exceptio domini* prevista no artº. 357º. nº. 2 do CPC.

²³⁷ CORDEIRO, A. Menezes – **Direitos reais**, 1979, p. 553.

²³⁸ Ibidem

²³⁹ LIMA, Pires e VARELA, Antunes – **Código civil anotado**. 3º. vol., 2ª. ed., p. 3 e 4; PINTO, Mota – **Direitos reais**, p. 196; GONÇALVES, Penha – **Direitos reais**, 2ª. ed., 1993, p. 256 e ss.

²⁴⁰ ASCENSÃO, Oliveira – **Direitos reais**, 4ª. ed., p. 73 e ss.

²⁴¹ **Acórdão RL**, 11-10-1984: CJ, 1984, 4º.-107.

Indeferimento dos embargos de terceiros – artºs. 234º. – A nº. 1 e 354º. nº. 1-parte do CPC.

Porque os embargos de terceiros destinam-se a proteger a posse real e efectiva e não a mera detenção²⁴².

Anteriormente às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho e Decreto-Lei nº. 379/86 de 11 de Novembro, o entendimento jurisprudencial e doutrinal relativamente à posse do promitente – comprador obtida através do contrato-promessa é, no sentido de que se trata de, uma posse precária²⁴³, desde que o promitente - vendedor consente que o promitente – comprador ocupe a fracção ou prédio prometido vender, por essa razão, assiste ao promitente-vendedor o direito de intentar uma acção de restituição da posse do imóvel e não ser legítimo ao promitente - comprador deduzir embargos de terceiros dada a natureza da sua posse.

Porém, entendimento doutrinal e jurisprudencial diferente é defendido quando o mesmo promitente-comprador a quem foi entregue a coisa praticar actos como de se um verdadeiro proprietário se tratasse ou seja correspondentes ao direito de propriedade e não possuir em nome do promitente-vendedor mas em seu próprio nome, neste caso ele está a praticar actos possessórios com intenção de exercer o seu direito de propriedade.

“Nada fique convencionado entre as partes no contrato-promessa e a posição jurídica que ele tem relativamente ao bem persistirá de mera detenção; convencionem as partes que o poder que ele passa a exercer sobre o bem deixa de ter a sua raiz e fundamento no anterior título contratual e estar-se-á perante uma traditio brevi manu²⁴⁴” “a conversão da detenção a posse por acordo entre detentor e possuidor”²⁴⁵,

pelo que, mantendo-se inalterada a situação preexistente tem de entender-se ter havido a tradição a que se refere o nº. 2, segunda parte, do artº. 442º. do Código Civil, para os correspondentes efeitos²⁴⁶.

Por essa razão, já lhe será lícito lançar mão dos embargos de terceiros, destinada a proteger a sua posse. Porém,

O promitente-comprador não poderá opô-la ao promitente-vendedor para lhe recusar a utilização da coisa, nem oponível à pessoa a quem aquele vender a coisa²⁴⁷.

²⁴² **Ac. STJ**, de 28.11.1975:BMJ, 251º. – 135.

²⁴³ **Ac. STJ**, de 15.01.1974:BMJ, 233º.-173.; **Ac. STJ** de 28.11.1975:BMJ, 251º. – 135; **Ac. STJ**, de 29.01.80:BMJ, 293º.-341.; **Ac. RL**, de 26.10.1979:Col.Jur., 1979, 4º. – 1220.

²⁴⁴ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**, 2ª. reimp. da ed. de 1994. Coimbra: Almedina, 2006, p. 842.

²⁴⁵ RODRIQUES, Manuel – Op. cit. pp. 269-274.

²⁴⁶ PRATA, Ana – Op. cit. 842

Suponhamos que a promessa de compra e venda apenas se encontrava assinada pelo promitente-vendedor. Haveria neste caso direito de retenção?

Certamente que não, pois, a promessa de compra e venda apenas assinada pelo promitente-vendedor é nula²⁴⁸. Sendo de notar que o contrato-promessa bilateral assinado apenas pelos promitentes-vendedores não se confunde com a promessa unilateral.

Saber-se se a convenção de tradição num contrato-promessa bilateral assinada apenas pelo promitente-vendedor deve manter-se é uma questão que já foi decidida pelos nossos tribunais no sentido da sua manutenção com a consequente constituição do direito de retenção²⁴⁹.

Antunes Varela e Pires de Lima, DIAS MARQUES e Oliveira Ascensão ²⁵⁰defendem que a propriedade de que trata o Código Civil incide unicamente sobre coisa corpóreas, devendo por isso entender-se o sentido do termo propriedade que se lê no artº. 1251º. do CC. A posse está estruturada no sentido de proteger os casos em que as relações do titular com as coisas são exclusivas, (...) o que pressupõe que a posse é exercida em relação às coisas corpóreas. (...).

“A posse só é admissível em relação às coisas que podem ser objecto do direito de propriedade. É admissível a posse de coisas públicas, nos casos em sobre elas existam direitos adquiridos de natureza real, como dos direitos reais de gozo. Não são susceptíveis de posse as coisas fora do comércio (nomeadamente as dominiais – al. b) do nº. 1 do artº.1267º. e dos direitos reais de garantia e os direitos reais de aquisição.” – MESQUITA, Henrique – Direitos Reais, 1966, p. 75 e ss.

“A posse é também admitida relativamente aos direitos pessoais ou obrigacionais relacionados com as coisas.”²⁵¹

²⁴⁷ **RLJ**, 109º. 347 a 349 - “O promitente-comprador, que toma conta do prédio e nele pratica actos correspondentes ao exercício do direito de propriedade, sem que o faça por mera tolerância do promitente-vendedor, não procede com intenção de agir em nome do promitente vendedor, mas com a de agir em seu próprio nome. Logo, ao praticar na coisa actos possessórios fá-lo com ânimo de exercer em seu nome o direito de propriedade. Daí deriva que deve gozar dos benefícios que a lei reconhece ao possuidor, e entre eles, dos meios legais de defesa da posse, um dos quais os embargos de terceiro. A sua posse não é, contudo, oponível ao promitente-vendedor para lhe recusar a utilização da coisa, nem é oponível à pessoa a quem o promitente-vendedor veio a vender o prédio, como não é oponível à penhora registada posteriormente a favor da credora de uma sociedade em nome colectivo de que o comprador era sócio.”

²⁴⁸ Ac. RL, de 16.05.1971:**BMJ**, 207º.-222; Ac. STJ, de 25.02.1972:**BMJ**, 214º.-122; Ac. RC, de 30.03.1973:**BMJ**, 226º.-280; Ac. RC, de 15.11.1974:**BMJ**, 241º.-349; Ac. RE, de 28.10.1975:**BMJ**, 251º.-168; Ac. STJ de 03.01.1975; **BMJ**, 243º.-235; Abel Delgado, **Contrato-promessa**, 154, tendo o problema sido estudado por SERRA, Vaz, **RLJ**, 106º. – 125 e segs. cuja doutrina é seguida no Ac. STJ, de 08.03.1977; **BMJ**, 265º. – 219; Ac. STJ, de 07.11.1978;**BMJ**, 281º.-296; Ac. STJ, de 04.12.1979; **BMJ**, 292º.-352; Ac. STJ, de 03.06.1980; **BMJ**, 298º.- 283.

²⁴⁹ PRATA, Ana – Op. cit. 282.

²⁵⁰ Antunes Varela e Pires de Lima – **Código civil Anotado**, vol. 3, p. 2; DIAS MARQUES – **Prescrição aquisitiva**, vol. 1 p. 28, Oliveira Ascensão - **Direitos reais**, 2ª. ed. p. 242.

²⁵¹ SERRA, Vaz – **RLJ**, 114º.-22.

Os casos contemplados no artº. 755º. estão fora dos pressupostos do artº. 754º., pois a conexão entre a coisa e o crédito já não resulta de despesas feitas por causa dela ou por danos por ela causados. Trata-se aqui de uma concessão especial da lei e por isso deverá estender-se a outros casos ²⁵².

Vejamos a conexão causal pode ter por fundamento a detenção que emerge de uma relação legal ou contratual à qual a lei atribua esse direito como garantia²⁵³.

O direito de retenção é um direito real de garantia e por esse facto o retentor não pode apropriar-se da coisa mas apenas aliená-la no âmbito da execução da garantia²⁵⁴.

Porém, o contrato-promessa sendo um meio insusceptível de transmitir a propriedade transfere a posse não titulada por esse motivo que exercida de uma forma pública, pacífica e de boa fé decorridos que sejam 15 anos permite ao promitente-comprador adquirir por usucapião a coisa traditada de que é possuidor²⁵⁵. Trata-se da posse aquisitiva, para além de formal ou interdital.

Deste modo, é legítimo ao promitente-comprador enquanto possuidor em nome próprio deduzir embargos de terceiros, para além de outros meios de defesa possessória que lhe sejam reconhecidos, bem como acção de usucapião em vez da acção de execução específica ou o pedido do pagamento do sinal em dobro.

O reconhecimento da posse ao promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa pelo seu legítimo proprietário e promitente-vendedor depende do modo como agirá sobre a coisa traditada em nome próprio ou em nome alheio, no primeiro caso estaremos perante um possuidor e no segundo perante um detentor embora essa detenção se possa elevar a posse pelo *animus* no momento em que o detentor se torna credor.

11 – MEIOS DE DEFESA RECONHECIDOS AO PROMITENTE-COMPRADOR SEMPRE QUE PRETENDA EXERCER O DIREITO DE RETENÇÃO

Quando é que o promitente-comprador pode exercer o direito de retenção?

O direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador pelo Decreto-Lei nº. 230/80, de

²⁵²COELHO, Pereira – **Obrigações**, 222.

²⁵³LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direitos reais**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2011. p. 470

²⁵⁴LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direitos reais**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2011. p. 471 e 473.

²⁵⁵COSTA, Salvador da – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Tradição da coisa. Detenção. Posse. Posse titulada. Posse de Má fé. Matéria de facto. Matéria de Direito. Factos essenciais. Factos instrumentais. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 08B3743. 7ª. Secção. 11 de Dezembro de 2008. [Consultado em 25/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

18 de Julho, no n.º 3 do art.º 442.º do Código Civil e ampliado pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, na al. f) do n.º 1 do art.º 755.º do Código Civil, não tem lugar enquanto se verificar a mora, mesmo que tenha havido tradição da coisa a que se refere o contrato prometido.

Com efeito, o art.º 754.º do Código Civil prevê o direito de retenção com carácter geral cujo fundamento assenta nas despesas feitas com a coisa ou prejuízos causados pela coisa, pressupondo uma relação objectiva entre a coisa e o crédito.

Contudo, o direito de retenção previsto no art.º 755.º n.º 1 al. f) do Código Civil, tem um carácter especial, resultante da mesma relação jurídica.

Neste caso, o art.º 755.º n.º 1 al. f) do Código Civil reconhece o direito de retenção ao promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa objecto do contrato prometido, pelo crédito resultante do incumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.º 442.º do Código Civil.

Ora, a atribuição do direito real de garantia ao promitente-comprador, pressupõe a existência do contrato-promessa, a tradição da coisa objecto do contrato prometido, a posse e o incumprimento definitivo do contrato-promessa pelo promitente vendedor.

O direito de retenção nasce na esfera jurídica do promitente-comprador com o incumprimento definitivo do contrato-promessa desde que este se encontre a posse sobre a coisa objecto do contrato definitivo, em consequência da celebração do contrato-promessa, pelo crédito resultante do incumprimento imputável ao promitente-vendedor, sobre a coisa traditada.

É neste momento que o promitente-comprador passa a poder exercer o direito de retenção, necessitando para o efeito de recorrer a competente acção judicial para reconhecimento do seu direito cuja sentença uma vez transitada em julgado servirá de título executivo, com o qual poderá fazer valer o seu direito real de garantia, no sentido de ser pago preferencialmente aos demais credores do promitente-vendedor. – art.º 759.º do C.C.

A detenção eleva-se a posse a partir do momento em que o detentor se torna credor, passando a deter no interesse próprio e por esse motivo a lei eleva a detenção a posse²⁵⁶.

Na posse desse título executivo que é a sentença transitada em julgado é que o retentor poderá executar a coisa nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário e fazer-se pagar pelo produto da venda da coisa retida.

²⁵⁶Neste sentido: RODRIGUES, Manuel – Op. cit. p. 163.

Caso já se encontre pendente o processo executivo terá o retentor de apresentar a sua reclamação no prazo fixado para o efeito.

A aquisição da posse²⁵⁷ por parte do promitente-comprador é obtida em consequência da prática de actos públicos, pacíficos, de boa fé na sequência da entrega da coisa pelo seu legítimo proprietário que exteriorizados criam perante terceiros a convicção de que é o verdadeiro proprietário, havendo o abandono da coisa por parte do promitente-vendedor a favor do promitente-comprador e a apreensão da coisa por este e a vontade de agir como se de um real proprietário se tratasse, na expectativa de adquirir a coisa com a celebração do contrato definitivo.

O promitente-comprador passa a ser um possuidor em nome próprio, porque só esta confere a verdadeira posse, susceptível de por via dela adquirir a propriedade por usucapião, se necessário for.

É o caso do promitente-comprador que pagou o preço convencionado no contrato-promessa mas que por qualquer motivo se viu impedido de celebrar o contrato definitivo, tendo obtido a entrega da coisa objecto do contrato deste último.

Um outro factor para além da posse é determinante para o nascimento do direito de retenção, que é o incumprimento definitivo do contrato-promessa pelo promitente vendedor.

Enquanto, este não se verificar não há lugar ao reconhecimento do direito de retenção ao promitente-comprador, porque a situação de mora por parte do promitente-vendedor não confere o direito de retenção ao promitente-comprador.

Ora, apesar de legalmente atribuído o direito de retenção do promitente-comprador, o seu exercício não se resume à sua invocação é necessário que o mesmo seja reconhecido por sentença transitada em julgado, em cujo processo tenham sido partes todos os credores para que goze de oponibilidade *erga omnes*, sendo o promitente-comprador um consumidor final com vista a aquisição de habitação própria e permanente.

Pese embora, a eficácia do direito de retenção não depender de declaração, decorrendo da própria lei e é oponível *erga omnes*²⁵⁸.

²⁵⁷A posse é o poder directo e imediato exercido sobre uma coisa e o seu titular tem a faculdade de exigir de todos os indivíduos uma abstenção que lhe permita exercer os elementos constitutivos do direito que exterioriza. - Manuel Rodrigues.

²⁵⁸SOBRINHO, Alberto - Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Contrato-promessa: Omissão de requisitos formais. Tradição da coisa no contrato-promessa. Constitucionalidade da norma do n.º 1 al. f) do art.º 755.º do Código Civil. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Porém, na maior parte dos casos o promitente-comprador tem um contrato-promessa obrigacional e não um contrato-promessa com eficácia real, como é o caso do promitente-comprador que obteve a tradição da coisa através de um contrato de comodato, situação em que será sempre um possuidor em nome alheio.

Neste caso, não se pode falar de uma verdadeira tradição da coisa – *traditio*, porque o seu verdadeiro proprietário – promitente-vendedor não a abandonou a favor do promitente-comprador, não há a *vacua possessio*.

Na realidade, geralmente o promitente-comprador não exerce uma verdadeira posse, mas uma posse precária ou mera detenção, em virtude de o direito pessoal de gozo conferido pela *traditio* ao promitente-comprador assenta na expectativa da venda prometida e circunscreve-se a esta.

Com efeito, o direito de retenção enquanto direito real de garantia atribuído ao promitente-comprador permite-lhe o gozo e a fruição sobre a coisa objecto do contrato - prometido bem como o direito de não a restituir enquanto o seu crédito não for integralmente pago, garantindo a preferência sobre os demais credores desde que entrou na posse da coisa prometida vender.

Em caso de mora o promitente-comprador não está obrigado a entregar a coisa objecto do contrato prometido, cuja *traditio* tenha sido obtida antes deste, porque a obrigação de entrega que recai sobre o promitente-comprador é uma consequência da resolução do contrato-promessa válido, constituindo o direito de retenção uma garantia real do crédito emergente do incumprimento definitivo imputável ao promitente-vendedor, nos termos do artº. 442º. do Código Civil com referência ao artº. 755º. nº. 1 al. f) do mesmo Código.

Com efeito, a opção pelo valor da coisa traditada apenas tem lugar verificado que seja o incumprimento definitivo fundamento da resolução do contrato-promessa que tem de ser reconhecido por sentença.

Idêntico pressuposto é exigido ao promitente-comprador que opte pelo pagamento do sinal em dobro, mesmo tendo havido tradição da coisa objecto do contrato prometido, porque só o incumprimento ou a perda do interesse do credor constituem fundamento da resolução do contrato-promessa.

Processo nº. 07B4123, 7ª. Secção. 18 de Dezembro de 2007. [Consultado em 30/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

Porém, constituindo-se o promitente-vendedor em mora e encontrando-se o promitente-comprador impedido de resolver o contrato-promessa mas mantendo o interesse na realização da prestação, pode o promitente-comprador instaurar a competente acção de execução específica, com vista a obter a declaração do promitente faltoso, reconhecida por sentença, ainda que contra a vontade deste, porquanto a acção de execução de execução específica produz imediatamente os efeitos da declaração negocial do faltoso, com a sentença constitutiva prevista no artº 830º. do Código Civil, obtendo o credor o cumprimento funcional da promessa, independentemente da vontade do faltoso e sem ter de recorrer à sentença de condenação, nem ao processo executivo.

Ora, resultando do próprio contrato-promessa a obrigação de prestar o consentimento, o recurso à acção de condenação revelar-se-ia inútil, porque seria uma repetição.

É de acrescentar que a execução específica da obrigação de concluir o contrato prometido não tem subjacente a existência da culpa ou do dano como requisitos, basta a mora, ainda que não seja por culpa do promitente-vendedor, em defesa e realização do interesse do promitente-comprador, tendo presente que a execução específica tem como pressuposto a mora e não o incumprimento definitivo, como decorre do entendimento jurisprudencial²⁵⁹.

No caso de o promitente-vendedor não ter cumprido pontualmente os prazos e demais cláusulas do contrato-promessa e o promitente-comprador, fundamentadamente, tiver perdido o interesse no cumprimento da prestação, teria de considerar violado o contrato como incumprimento definitivo optando pela resolução do contrato e consequentemente intentaria a acção de resolução do contrato-promessa em vez da acção de execução específica.

²⁵⁹A este propósito Acórdãos: Acórdão do STJ de 19 de Maio de 2010 (processo 158/06.5TCFUN.L1.S1); Acórdão do STJ de 07 de Maio de 2009 (Processo nº. 09A0350); Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06 de Março de 2008 (Processo nº. 0830739); Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de Maio de 2007 (Processo nº. 0731918); Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Abril de 2007 (Processo nº. 0751483); Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08 de Maio de 2006 (Processo nº. 0651298); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04 de Dezembro de 2006 (Processo nº.1980/2006-6); Acórdão do STJ de 23 de Setembro de 2003 (Processo nº. 03A2088); Acórdão do STJ de 05 de Março de 1996, in **Colectânea de Jurisprudência** – Acórdão do STJ – 1996, 1, p. 115; Acórdão do STJ de 15 de Fevereiro de 1990, in *Actualidade Jurídica*, 1990, nº. 7, sob o nº. 1396: “ Constitui contra-senso pretender que para a execução específica de contrato-promessa, seja necessária a prévia resolução do mesmo contrato”. Igualmente, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Junho de 1993, in **Colectânea de Jurisprudência**, 1993, 3, p. 132: “ O pressuposto da execução específica de um contrato-promessa não é o incumprimento definitivo mas a mora”.; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Junho de 1992, in **Colectânea de Jurisprudência**, 1992, 3, p. 308 e ss.: “ O mecanismo de execução específica do artº. 830 do Código Civil só pode desencadear desde que haja mora no cumprimento”; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Março de 1992, in **Colectânea de Jurisprudência**, 1992, 2, p. 146 e ss.: “ Só a mora e não o incumprimento definitivo, dá direito ao contraente não faltoso de requerer a execução específica do contrato, nos termos do artº. 830º. do Código Civil”; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de Maio de 1990, in **Colectânea de Jurisprudência**, 1990, p. 48.

Há por vezes alguma dificuldade em distinguir estas duas situações que não são comparáveis, mas têm a dificuldade de demonstrar a perda do interesse – artº. 808º. do Código Civil.

Porém, se tiver sido atribuída eficácia real ao contrato-promessa, nos termos do artº. 413º. do Código Civil, já o promitente-comprador pode fazer valer o próprio direito de crédito – ao cumprimento e execução específica – oponível *erga omnes*, em consequência do registo, através de embargos de terceiro contra a penhora posterior da coisa, que determinará a suspensão da instância, nos termos do artº. 279º. nº. 1 do Código de Processo Civil, até ser proferida a sentença a proferir na acção de execução específica, ficando o processo de oposição à penhora através de embargos de terceiros a aguardar.²⁶⁰

A invocação do direito de retenção pelo promitente-comprador como garantia de um crédito resultante do incumprimento imputável à outra parte constitui uma excepção peremptória²⁶¹, recaindo o ónus da prova da constituição dessa excepção sobre quem invocou, nos termos do artº. 342º. nº. 2 do Código Civil.

O Professor Lebre de Freitas entende que só tem direito de retenção sobre a coisa o beneficiário da promessa que, verificado o incumprimento definitivo, tenha optado pela indemnização compensatória, nos termos dos artºs. 442º., nº. 2 e 755º. nº. 1, al. f) ambos do Código Civil, e a partir do momento em que essa opção seja tomada ser-lhe aplicável o regime a que está sujeito o titular do direito de real de garantia.²⁶²

Porém, parece resultar da letra da segunda parte do nº. 2 do artº. 442º. do Código Civil que o direito de retenção sobre a coisa emerge do crédito em consequência do incumprimento que será o sinal em dobro ou o valor da coisa ao tempo do incumprimento, mas a opção pelo valor da coisa só poderá ocorrer se a coisa tiver sido traditada para o beneficiário da promessa, tendo presente que o valor da coisa no espírito do legislador consubstanciou uma actualização do sinal.

Neste sentido, tendo o promitente-comprador optado pelo valor da coisa ficará impedido de optar pelo pagamento do sinal em dobro em consequência do incumprimento do contrato-promessa.

²⁶⁰Miguel Mesquita, **Apreensão de bens em processo executivo e oposição de terceiro**, 2ª. ed. Coimbra, 2001, p. 18 e ss, especial, p. 185; **Ac. STJ** de 20 de Março de 2003 (Procº. 03B62).

²⁶¹ Neste sentido: BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Direito de retenção. Benfeitorias. Acção de reivindicação. Tradição da coisa no contrato-promessa. Ónus da prova. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. 7º. Secção. Proc. 441/07.2TBPD. 04-03-2010. [Consultado em 30/10/2010]. Disponível em WWW: [http://: www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

²⁶²FREITAS, José Lebre de – **Estudos sobre Direito civil e processo civil**. Vol. 2, 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 375. Anotação nº. 5.

Considera o Professor Lebre de Freitas que a posse baseada num direito real de garantia, em regra, não é ofendida pela penhora por ter um mero fim de garantia de um crédito do possuidor e, reclamando-o no processo de execução, o credor verá o seu interesse totalmente satisfeito.²⁶³

Ora, a consideração de que a entrega da coisa prometida antecipa um efeito indirecto do contrato prometido, em consequência do qual a titularidade da posse da coisa vai coincidir com a do direito de fundo, inclinaria para a configuração de uma posse em nome próprio, enquanto que a consideração de que a entrega feita em cumprimento de uma obrigação levará a pensar que se está perante uma posse em nome alheio²⁶⁴, entendimento que o Professor Lebre de Freitas reconhece ser o correcto.

Segundo o Professor Lebre de Freitas a posse do promitente adquirente é exercida na expectativa de uma aquisição futura e que enquanto esta não se realizar não terá nunca como suporte um direito real cuja presunção de titularidade não fará sentido.

Defende o Professor Lebre de Freitas que, baseada num direito de crédito, a posse do promitente-comprador é exercida em nome do promitente-vendedor e, por essa razão, só poderá deduzir embargos de terceiro quando o promitente-vendedor não for o executado, cedendo de outro modo perante a garantia constituída pela penhora, situação que só poderá ser alterada pela aplicação das regras do registo, designadamente no caso da sentença de proferida em acção de execução específica registada em data anterior à do registo da penhora²⁶⁵.

A penhora enquanto acto fundamental do processo executivo²⁶⁶ delimita o objecto dos ulteriores actos executivos e assegura a sua viabilidade pela apreensão dos bens sobre os quais incide, com vista a satisfação do interesse dos credores (exequente e demais credores se existirem) não esgota em si mesma a sua finalidade.

Segundo Lebre de Freitas²⁶⁷ podem consubstanciar-se em três os efeitos decorrentes do conceito e função da penhora:

- A transferência para o tribunal dos poderes de gozo que integram o direito do executado;

²⁶³FREITAS, José Lebre de – **Estudos sobre Direito civil e processo civil**. Vol. 2, 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 376. Anotação nº. 6.

²⁶⁴FREITAS, José Lebre de – Op. cit. p. 376.

²⁶⁵Ibidem.

²⁶⁶FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 263.

²⁶⁷FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 263-264

- A ineficácia relativa dos actos dispositivos do direito subsequentes;
- A constituição de preferência a favor do exequente.

Incidindo a penhora sobre bens imóveis ou móveis ocorre uma transferência da posse em consequência da transferência dos poderes de gozo de que o executado era titular sobre o bem para o tribunal, passamos a estar perante uma posse judicial do bem penhorado, cessando a posse do executado.

Ora, a função própria da penhora, abrange a constituição de um direito real de garantia²⁶⁸.

Com efeito, após a penhora, o executado perde os poderes de gozo sobre a coisa conservando os poderes de disposição relativamente à mesma, pese embora os actos de disposição ou de oneração por si praticados enfermem de ineficácia relativa e sejam inoponíveis à execução, porquanto uma vez levantada a penhora os actos de disposição adquirem validade e a eficácia plena.

Na verdade os actos de disposição praticados pelo executado depois da penhora dos bens de que é proprietário não são nulos, mas padecem do vício de ineficácia relativa.

Consideremos a seguinte Hipótese académica:

“ Joaquim é executado e no âmbito do processo executivo foi-lhe penhorado o veículo de que é proprietário. Na pendência da execução Joaquim vende o dito veículo a Leontílio por 10000,00€. Não é levantada a penhora e o veículo é vendido no âmbito do processo executivo, sem a intervenção do Joaquim, a Balalau. O direito de propriedade adquirido por Leontílio através da compra e venda caduca, embora transferindo-se, por sub-rogação objectiva, para o produto da venda – artº. 824º. do Código Civil.

Porém, Leontílio não poderá opor o seu direito de propriedade em virtude dele ser ineficaz relativamente à penhora e só recupera a plena eficácia com o levantamento e cancelamento da penhora.

De outro modo, Leontílio apenas poderá fazer valer o seu direito de propriedade sobre o remanescente do produto venda do dito veículo fora do processo executivo, após terem sido satisfeitos os interesses do exequente bem como dos demais credores.

Se o produto da venda se tiver esgotado, o Leontílio apenas poderá exercer os seus direitos em sede obrigacional “

²⁶⁸FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 269.

Neste caso, o direito de Leontilho caduca, pelo facto de ser inoponível à execução.”

Não considerando o artº. 5 nº. 4 do Código do Registo Predial, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 533/99, de 11 de Dezembro, terceiros os adquirentes por causa diversa dum acto dispositivo do titular anterior da inscrição registal, dispõe que terceiros, para efeitos de registo, são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si.

Deste modo, ficam excluídos da protecção conferida à prioridade registal todos os outros que não reunirem pressupostos estabelecidos pelo referido artigo e código.

Com efeito, os actos de disposição ou oneração de bens devem ser praticados pelos seus respectivos proprietários, de acordo com a vontade destes, no exercício direito de propriedade. Assim o pressupõe o artº. 819º. do Código Civil.

Por conseguinte, a regra da ineficácia relativa não abrange os actos constitutivos de direito real de garantia sobre bens penhorados em que não intervenha o respectivo titular.

Esta é a situação que se verifica com a penhora, com o arresto, bem como com a hipoteca legal ou judicial.

Outrossim, além dos casos acima referidos, estão excluídos da aplicação da regra, designadamente, a usucapião, as sentenças constitutivas proferidas contra o executado²⁶⁹, a amortização da sua quota e outros actos independentes da sua vontade.

Reconhecendo a lei quatro meios de reagir contra a penhora ilegal, designadamente, a oposição por simples requerimento; o incidente de oposição à penhora; os embargos de terceiro e acção de reivindicação.

Os embargos de terceiro constituem o meio mais específico de reagir contra a ilegalidade do acto, podem ser deduzidos por apenso ao processo de execução.

Os embargos de terceiro são o meio de oposição a qualquer diligência judicial de apreensão ou entrega de bens, com excepção da apreensão em processo de insolvência (penhora, arresto, arrolamento, apreensão de coisa em processo cautelar comum, restituição provisória de posse, despejo) – cfr. Artº. 351º. do Código de Processo Civil²⁷⁰.

²⁶⁹São exemplo: a acção de execução específica instaurada pelo promitente-comprador contra o promitente-vendedor (executado); acção de denúncia do contrato de arrendamento instaurada pelo senhorio contra o arrendatário (executado); Acção de anulação de contrato e de compra e venda através do qual o executado adquiriu o direito de propriedade do bem; a acção de constituição de servidão, etc. – cfr. FREITAS, José Lebre de - **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed.. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 268.

²⁷⁰FREITAS, José Lebre de - **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 271.

Este artigo alargou a legitimidade activa para os embargos de terceiro, desvinculando-se da posse, quando admite que os embargos têm o seu fundamento em direito incompatível com a realização ou âmbito da diligência e confere legitimidade a todo e qualquer possuidor (em nome alheio ou próprio) cuja posse seja incompatível com a realização ou âmbito da diligência²⁷¹.

Os embargos de terceiro, sendo uma acção declarativa, pressupunham que o embargante fosse um possuidor em nome próprio, antes das alterações introduzidas ao artº. 351º. do Código de Processo Civil, que alargou a possibilidade da dedução de tais embargos aos possuidores precários, passando a admitir que os possuidores em nome alheio pudessem também eles para além dos possuidores em nome próprio deduzir embargos de terceiro.

Com efeito, apenas aos credores que sejam titulares de direitos de garantia sobre os bens penhorados podem ser convocados – artº. 864º. nº. 3 e 865º. nº. 1 do C.P.C. - por terem o ónus de reclamar o seu crédito na execução, a fim de poder concorrer na distribuição do produto da venda.

Segundo entendimento de Lebre de Feitas, no caso do promitente-comprador refere que este poderá optar por mover acção de execução específica, devendo na acção de execução específica o bem ser vendido como litigioso, de acordo com o estabelecido no artº. 910º. do C.P.C., referindo que continuam a ser inadmissíveis os embargos de terceiros deduzidos pelo promitente-comprador cuja procedência teria de ficar dependente do êxito da acção de execução específica²⁷².

Relativamente ao direito do promitente ou do preferente que não goze de eficácia real, uma vez registada a acção de execução específica ou de preferência, ficam numa situação semelhante à do promitente ou do preferente que seja titular de um direito com eficácia real²⁷³.

Entende o Professor que a penhora não é incompatível com o direito real de aquisição nem com o direito real de garantia uma vez que o esquema da acção executiva permite que o respectivo titular satisfaça a sua pretensão, tendo presente que o promitente adquirente tem direito a adquirir o bem nos termos convencionados, podendo a venda ser-lhe feita directamente, nos termos do artº. 903º. do C.P.C., desde que tenha sido atribuída eficácia real

²⁷¹ FREITAS, José Lebre de – Op.cit. p. 286.

²⁷² FREITAS, José Lebre de – Op. cit. p. 287.

²⁷³ FREITAS, José Lebre de – Op. cit. p. 288.

ao contrato-promessa o titular pretenda exercer o direito à execução específica, neste caso ser-lhe-á feita a venda executiva²⁷⁴.

Assim sendo, o promitente-comprador vê salvaguardados os seus direitos no processo de execução, adquirindo os bens nos termos contratualmente estipulados sem se poder opor à penhora²⁷⁵.

Realizada a penhora é constituído fiel depositário o retentor quando o bem for objecto de direito de retenção, em consequência de incumprimento contratual judicialmente verificado, em cumprimento do disposto no artº. 839º. nº. 1 al. c) do Código de Processo Civil.

Contudo, uma parte da jurisprudência entende que já não poderá deduzir embargos de terceiro contra a diligência judicialmente ordenada o promitente-comprador que seja mero detentor da coisa.

Com efeito, é entendimento jurisprudencial que apenas o promitente-comprador que tenha a verdadeira posse poderá deduzir embargos de terceiro²⁷⁶.

O acórdão do STJ de 12/03/2009 refere que a posse do promitente-comprador deve ser analisada casuisticamente se é em nome alheio ou em nome próprio, embora na maior parte das vezes a posse do promitente-comprador seja uma posse precária.

Para além disso, o citado acórdão reconhece que a aquisição da fracção autónoma promitente-comprador por usucapião, tendo em conta que o promitente-comprador exteriorizou uma posse pública, pacífica, titulada, de boa fé, ininterruptamente desde a entrega da fracção, com *animus sibi habendi e o corpus*, tendo o promitente comprador pago quase a totalidade do preço e obtido a tradição da coisa.

Ora, infere-se do exposto que o direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador tem como pressupostos: o contrato-promessa, a tradição da coisa, a constituição do sinal, o

²⁷⁴ FREITAS, José Lebre de – Op. cit. p. 286

²⁷⁵ FREITAS, José Lebre de – Op. cit. p. 327.

²⁷⁶ RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Entrega do imóvel pelo promitente-vendedor. Posse. Natureza da posse do promitente-comprador. Usucapião. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 09A0265 - 7.ª Secção. 12-03-2009. [Consultado em 13/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt> ; MONTEIRO, Santos – Acórdão. [Em linha]. Credor preferencial. Hipoteca. Terceiros. Direito de retenção. Graduação de créditos. Contrato-promessa de compra e venda. Nulidade. Reivindicação. Caso julgado. Tradição da coisa. Promitente-comprador. Promitente-vendedor. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 081297 - 10-11-1992. [Consultado em 15/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

incumprimento do contrato-promessa imputável à outra parte, a posse interdita por parte do promitente-comprador.

Porquanto, a posse atribuída ao promitente-comprador para o exercício do direito de retenção sobre a coisa traditada, apesar de ser exercida em nome próprio, não é uma posse aquisitiva, ou seja, o promitente-comprador está impedido de adquirir a coisa traditada por usucapião, uma vez que está obrigado a restituí-la ao promitente-vendedor embora a possa alienar para pagamento do seu crédito.

O direito de retenção apenas é reconhecido em incumprimento definitivo imputável à contraparte e não em situações de simples mora.

Sucedo que não basta invocar o direito de retenção, porque ele necessita de ser reconhecido por sentença e para este efeito o promitente-comprador tem que intentar a competente acção, demonstrar nessa acção que houve incumprimento do contrato-promessa imputável a outra parte, que esse incumprimento é definitivo. Para além disso, o promitente-comprador tem que demonstrar que obteve a tradição da coisa e que passou a exercer a posse em nome próprio e não em nome alheio. O promitente-comprador tem que demonstrar a existência do crédito.

Na realidade, há entendimento jurisprudencial no sentido acabado de referir²⁷⁷.

Relativamente à execução específica, o acórdão n.º. 4/98, de 5 de Novembro, do Supremo Tribunal de Justiça, fixou a seguinte jurisprudência:

“ A execução específica do contrato-promessa sem eficácia real, nos termos do art.º. 830.º. do Código Civil, não é admitida no caso de impossibilidade de cumprimento por o promitente-vendedor haver transmitido o seu direito real sobre a coisa objecto do contrato prometido antes de registada a acção de execução específica, ainda que o terceiro adquirente não haja obtido o registo da aquisição antes do registo da acção; o registo da acção não confere eficácia real à promessa.”²⁷⁸.

Com efeito, a acção de execução específica da obrigação de contratar está sujeita a registo nos termos dos art.ºs. 3.º. n.º. 1 do Código de Registo Predial, sem o qual não poderá a acção prosseguir nos termos do art.º 3.º. n.º. 2 do Código do Registo Predial.

²⁷⁷Neste sentido: BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Direito de retenção. Benfeitorias. Acção de reivindicação. Tradição da coisa no contrato-promessa. Ónus da prova. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. 7.º. Secção. Proc. 441/07.2TBPDL. 04-03-2010. [Consultado em 30/10/2010]. Disponível em WWW: [http://: www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

²⁷⁸ In **Diário da República** de 18 de Dezembro de 1998

O registo a acção de execução específica vigorará pelo período de 3 anos, nos termos do artº 53º. do Código de Registo Predial, renováveis carecendo para o efeito do comprovativo da pendência da causa que serve de fundamento ao registo.

Porém, uma vez proferida a sentença no processo de execução específica deve a mesma ser registada por imposição legal, nos termos do artº. 3º. nº. 1 al. c) do Código de Registo Predial, por averbamento à inscrição correspondente ao registo da acção, nos termos do artº. 101º. nº. 2 al. b) do Código de Registo Predial. Operando a oposição contra terceiros da sentença desde o registo da acção, nos termos do artº. 5º. do Código de Registo Predial²⁷⁹.

Entende o Professor Lebre de Freitas que a penhora implicaria a tradição do bem penhorado para o tribunal e ocorrendo a tradição do bem para o tribunal deixariam de poder subsistir a posse do promitente-comprador para quem contratualmente tenha sido transferida a posse da coisa prometida, bem como a posse do locatário, do comodatário do depositário e do parceiro pensador²⁸⁰.

Os embargos de terceiro quando são fundados apenas na posse, a legitimidade activa tem como pressuposto a presunção de propriedade que pode ser ilidida, permitindo o artº. 357º.nº. 2 do Código de Processo Civil ao exequente e ao executado a alegação e a prova de que são titulares do direito a que se arrogam, ou seja, do direito de fundo.

12 - MEIOS DE DEFESA DO PROMITENTE-COMPRADOR TITULAR DE CONTRATO-PROMESSA SEM EFICÁCIA REAL

12.1 – CONTRATO-PROMESSA DE EFICÁCIA MERAMENTE OBRIGACIONAL:

O promitente-comprador tem um direito de crédito (à celebração do contrato prometido) sem eficácia real.

Acção de execução específica e registo desta o que vai fazer que quando for proferida a sentença que será também registada os efeitos desta vão reportar-se à data do registo provisório da acção, sendo **a sentença oponível *erga omnes***.

Os actos praticados pelo promitente-vendedor posteriormente ao registo da acção são ineficazes relativamente ao promitente-comprador.

²⁷⁹SILVA, João Calvão da - **Sinal e Contrato Promessa**.13ª.ed. revista e aumentada. Coimbra: Almedina, 2010, p. 176

²⁸⁰FREITAS, José Lebre de – Op. Cit., pp. 288-289

Será também ineficaz relativamente ao promitente-comprador, a penhora da coisa quando tenha ocorrido em data posterior ao registo da acção de execução específica procedente.²⁸¹

12.2 – OS EMBARGOS DE TERCEIRO

Os embargos de terceiro, enquanto meio de oposição à penhora, mantêm-se configurados na lei civil como meio possessório²⁸² facultado ao possuidor em nome próprio – artº. 1285º. do Código Civil, quer a sua posse seja efectiva ou meramente jurídica, ou seja, independentemente do contacto material com a coisa – cfr. artºs. 1264º. e 1255º. ambos do Código Civil, ainda que seja exercida por intermédio de outrem – cfr. artº. 1252º. nº. 1 do Código Civil.

Porém, a lei civil permite o uso dos meios possessórios a determinados possuidores em nome alheio – cfr. artºs. 1037º. nº. 2, 1125º. nº. 2, 1132º. nº. 2 e 1188º. nº. 2 todos do Código Civil, ao locatário, parceiro pensador, comodatário e ao depositário, respectivamente.²⁸³ Os embargos de terceiro deixaram de estar necessariamente destinados à defesa da posse do embargante, de acordo com o estabelecido no artº. 351º. Código de Processo Civil²⁸⁴.

Actualmente, o lesado em caso de violação de um direito pela penhora passou a poder ser invocada no próprio processo de resultou a violação, a fim de obstar a venda dos bens e eventual anulação da mesma, desde que a acção de reivindicação seja julgada procedente.

Os embargos de terceiros são o meio para que se viabilize a execução específica em vez do direito de retenção, como é referido pelo Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1999.

Porque quem pede a execução específica não goza do direito de retenção e quem goza do direito de retenção não goza de execução específica.

Para que o promitente-comprador possa deduzir embargos de terceiros, é necessário que previamente tenha intentado a acção de execução específica e procedido ao registo da mesma, mesmo que não tenha havido tradição da coisa²⁸⁵.

²⁸¹Neste sentido: Acórdão do **STJ** de 26 de Fevereiro de 2004 (Procº. 03B4296) – (prevalência da penhora anteriormente registada) e Acórdão do **STJ** de 20 de Março de 2003 (Proc. 03B62) (prevalência da execução específica sobre a penhora porque registada antes).

²⁸² FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 280.

²⁸³ FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 280.

²⁸⁴ – Cfr. Acórdão **STJ** de ano V, , t 2, p. 5 e ss, Eliseu Figueira, Contrato-Promessa de compra e venda . Função inovadora dos embargos de terceiros no Código de Processo Civil revisto de 1996, in **Colectânea de Jurisprudência**.

²⁸⁵ FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 287.

Ora, o titular do direito de retenção pode usar das acções destinadas à defesa da posse contra qualquer acto de esbulho, mesmo que seja o próprio dono, nos termos do artº. 670º. al. a) conjugado com os artºs. 758º. e 759º. nº. 3 todos do Código Civil.

Com efeito, o titular do direito de retenção poderá deduzir embargos de terceiros, nos termos do artº. 1285º. do Código Civil conjugado com o artº. 351º. do Código de Processo Civil, contra diligência judicialmente ordenada, desde que da mesma não resulte a caducidade do direito, como acontece no caso da execução para entrega de coisa certa, nos termos do artº. 928º. e seguintes do Código de Processo Civil²⁸⁶.

Os embargos eram tratados como uma acção possessória antes da revisão do Código Civil e posteriormente a esta passaram a ser tratados como um incidente (de intervenção de terceiros) da instância executiva, os embargos de terceiro constituem uma tramitação declarativa dependente do processo executivo e que correm por apenso a este.

Os embargos de terceiro devem ser deduzidos contra o exequente e o executado, nos termos do artº. 357º. nº. 1 do Código de Processo Civil e têm a particularidade de se desdobrarem em duas fases, designadamente, a fase instrutória e fase contraditória, tendo a primeira por finalidade a emissão pelo tribunal de um juízo de admissibilidade, devendo para o efeito o embargante oferecer a prova sumária dos factos em que fundamenta a sua pretensão – cfr. artº. 353º. nº. 2 do CPC - bem como a data em que teve conhecimento da penhora se já tiverem decorrido 30 dias.

Uma vez proferido o despacho liminar de prosseguimento do processo, segue-se a fase da produção de prova seguida do recebimento ou rejeição dos embargos, nos termos do artº. 354º. do Código de Processo Civil, conforme haja ou não probabilidade séria da existência do direito ou da posse invocados pelo embargante.

O despacho que receba os embargos determina a suspensão dos termos do processo em que se inserem quanto aos bens a que os embargos digam respeito bem como a restituição provisória da posse, se o embargante a tiver requerido, nos termos do artº. 356º. do Código de Processo Civil.

²⁸⁶ A este propósito o entendimento jurisprudencial contido nos seguintes acórdãos: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09 de Março de 1993, in **Colectânea de Jurisprudência**, 1993, t 2, p. 187 e ss; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Fevereiro de 1999, in **Colectânea de Jurisprudência**, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1999, 1, p. 103 e ss, Acórdão do **Tribunal da Relação do Porto** de 13 de Novembro de 2007, (Processo nº. 0724885); Doutrina: Miguel Mesquita, **Apreensão de bens**, p. 269 e ss.

Se os embargos tiverem sido deduzidos antes da penhora, esta não chegará a realizar-se até decisão final, sem prejuízo da fixação de caução nos termos do artº. 359º. nº. 2 do Código de Processo Civil. Porém, se ocorrer a venda dos bens penhorados em momento posterior ao recebimento dos embargos de terceiro, fica tal acto sujeito ao regime da nulidade²⁸⁷.

Pese embora, os embargos de terceiro tenham passado a ser regulados entre os incidentes da instância, classificados como incidente de oposição, a sua estrutura é a de uma acção cuja finalidade é verificar a existência de um direito ou de uma posse, sendo que a formação dessa acção de caso julgado material acentua inequivocamente a natureza de acção declarativa de mera apreciação²⁸⁸.

Na fase contraditória que tem início com a notificação dos embargados para contestarem, segue os termos do processo ordinário ou sumário de declaração conforme o valor, de acordo com o disposto no artº. 357º. nº. 1 do CPC.

No final, se os embargos de terceiro forem julgados procedentes, a penhora, se já tiver sido efectuada, é levantada²⁸⁹.

A sentença de procedência ou de improcedência dos embargos de terceiro tem a eficácia de caso julgado fora do processo executivo, de acordo o disposto no artº. 358º. do Código de Processo Civil²⁹⁰.

Outras situações existem em que a diligência judicialmente ordenada faz caducar o direito de retenção transferindo-se os direitos de crédito que assistiam ao retentor para o produto da venda, nos termos do artº. 824º. nº. 3 do Código Civil, como acontece no caso da venda em execução, o promitente comprador já não poderá deduzir embargos de terceiro para fazer valer o direito de retenção, a posse ou detenção por terem caducado, nos termos do artº. 824º. nº. 2 do Código Civil, com excepção dos que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo.

Consideremos a seguinte hipótese:

O promitente-comprador reclamou o pagamento do seu crédito e viu atendida a reclamação, na sequência da citação para execução nos termos dos números 3, al. b), 6 e 9 do artº. 864º. do Código de Processo Civil ou não tendo sido citado, reclamou espontaneamente o seu crédito

²⁸⁷ Neste sentido: Acs. do STJ de 22-03-1974, BMJ, 25, p. 235 e de 27-11-79, BMJ, 291, p. 437; REIS, José Alberto dos – **Anulação de venda judicial**. p. 375.

²⁸⁸ FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009,p. 295

²⁸⁹ FREITAS, José Lebre de – Op. cit. p. 296

²⁹⁰ Ibidem

até a transmissão do bem penhorado nos termos do artº. 865º. nº. 3 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a excepção final do nº. 2 do artº. 824º. do Código Civil, diz respeito aos direitos reais de garantia²⁹¹.

Ora, não sendo a penhora incompatível com o direito de retenção, nem a existência deste determinar a impenhorabilidade do bem de acordo com o artº. 831º. nºs. 1 e 2 do Código de Processo Civil, ambos os casos o direito de retenção caduca nos termos do artº. 824º. nº. 3 do Código Civil, transferindo-se o seu direito de crédito para o produto da venda, com a mesma prioridade e preferência que o direito caducado lhe conferia²⁹².

Contudo, o promitente-comprador titular de um contrato-promessa com eficácia real e que goze de um direito de garantia real sobre bem que lhe foi prometido vender e que tenha sido penhorado pode o bem ser-lhe vendido directamente, nos termos do artº. 903º. do Código de Processo Civil, adquirindo o bem nos termos contratualmente acordados. Não sendo obrigado a adquirir senão nas condições contratuais, tal pode implicar a suspensão da execução quando a obrigação de celebrar o contrato prometido não se tenha ainda vencido. Porém, vencida a obrigação e não tendo sido celebrada a escritura pública por facto imputável ao promitente-comprador, pode vir a ser penhorada a posição contratual do executado, desencadeando subsequentemente o processo que conduzirá à resolução do contrato-promessa²⁹³.

Porém, sendo o promitente-comprador titular de um contrato-promessa sem eficácia real mas que goze do direito de retenção sobre o bem prometido vender, restar-lhe-á ser indemnizado pelo executado podendo reclamar a indemnização no processo executivo²⁹⁴. Mas, se registada a acção de execução específica ou de preferência, fica em situação idêntica à do promitente ou preferente cujo direito goze de eficácia real.

²⁹¹ – Cfr. J. Oliveira Ascensão, **R.O.A.**, 45º. p. 352

²⁹² A este propósito refere o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1994, in **Colectânea de Jurisprudência**, o seguinte no seu sumário: “I- O direito de retenção do promitente-comprador existe para lhe garantir o crédito de indemnização por incumprimento do contrato-promessa e não para lhe facultar o uso da coisa prometida vender. II – O interesse de terceiro em dar à execução a coisa retida não conflitua com a garantia do titular do direito de retenção, uma vez que o direito de ser pago com preferência por demais credores se transfere para o produto da venda. III – Os embargos de terceiro constituem o instrumento processual adequado para o o titular do direito de retenção reagir contra a penhora, havendo execução. IV – Efetuada a venda judicial, o direito de retenção do promitente-comprador não lhe confere o direito de não entregar a coisa, mas apenas o de ser pago com preferência sobre os demais credores do devedor, mesmo que hipotecários, com registo anterior.”

²⁹³ FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 327, nota 3.

²⁹⁴ Ibidem

Entende o Professor Lebre de Freitas que entre casos de posse incompatíveis com a realização da penhora, considerando aquela que é exercida em nome de outrem que não o executado, se encontra a do promitente adquirente para quem em cumprimento de uma obrigação contratual, tenha sido transferida a posse da coisa prometida, na medida em a tradição do bem penhorado para o tribunal, via depositário judicial, implicaria a insubsistência da posse deste e com ela a das pessoas em nome de quem detêm²⁹⁵.

Deste modo, defende que é no plano funcional que a incompatibilidade entre a penhora e o direito de terceiro se verifica, com apelo ao âmbito da futura venda executiva, ao passo que a incompatibilidade entre ela e a posse de terceiro se verifica perante os efeitos imediatos da penhora, só assim se explicando a atribuição da legitimidade para os embargos de terceiro a qualquer possuidor em nome alheio que seja afectado pela diligência²⁹⁶.

Ora, a reclamação de créditos tem a finalidade de garantia do credor e não tanto a de pagamento do seu crédito²⁹⁷, tem como pressupostos designadamente, a existência de garantia real sobre os bens penhorados; a existência de título executivo²⁹⁸ e a certeza e a liquidez da obrigação, de acordo com o disposto no artº. 865º. nºs. 1, 2 e 7 do Código de Processo Civil²⁹⁹.

Na verdade, uma vez realizada a venda – mostrando-se integralmente pago o preço e satisfeitas as obrigações fiscais, em cumprimento do disposto no artº. 900º. nº. 2 do Código de Processo Civil, o agente de execução comunica a venda aos serviços de registo competente, juntando o título para que seja efectuado o registo do facto e oficiosamente proceda ao cancelamento das inscrições respeitantes aos direitos caducados, nos termos do nº. 2 do artº. 824º. do Código Civil.

Se os bens não forem entregues voluntariamente ao adquirente dos bens vendidos em execução pode o mesmo requerer, na própria execução, contra o detentor a entrega, nos termos do artº. 901º. do Código de Processo Civil.

²⁹⁵FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. pp. 288-289.

²⁹⁶FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 289.

²⁹⁷FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 338.

²⁹⁸PÓVOAS, Sebastião – Acórdão. [Em linha]. Reclamação de Créditos. Título executivo. Direito de Retenção.- Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça.12/09/2009. [Consultado em 28/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

²⁹⁹FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 307.

Vejamos a conexão causal pode ter por fundamento a detenção que emerge de uma relação legal ou contratual à qual a lei atribua esse direito como garantia³⁰⁰.

O direito de retenção é um direito real de garantia e por esse facto o retentor não pode apropriar-se da coisa mas apenas aliená-la no âmbito da execução da garantia³⁰¹.

O Código de 1966 proclama o subjectivismo de SAVIGNY bem como a doutrina maioritária³⁰².

A faculdade de sobre elas exercer poderes de retenção, de uso, de fruição e transformação que reside na essência dos direitos reais de gozo, dos direitos reais de garantia e direitos pessoais, constituindo todos eles direitos relacionados com as coisas.

Daqui se infere que a doutrina do Professor Manuel Rodrigues sobre o fenómeno da posse transcendia os direitos reais de gozo estendendo-se a outros direitos que não eram considerados reais.

A posse é um direito, a lei organizou de forma especial a defesa da posse, da letra do artº. 474º. do Código Civil de 1867 resulta que a posse só existe quando se frui ou retém um direito e evidentemente não frui ou não retém no sentido normal, quem exerce esses poderes para outrem³⁰³.

A posse de direitos que tem por base uma relação de obrigação, mas que não estão imediatamente relacionados com as coisas, a posse de uma prestação de dinheiro, de um serviço, não é admissível³⁰⁴.

A defesa da posse entre os romanos era constituída pelos interditos *retinendae possessionis* e *recuperandae possessionis*³⁰⁵.

Os primeiros destinavam-se a manter a posse contra qualquer turbacão ou pretensão de terceiro e os segundos contra o esbulho *vim clam aut precário*.

Os interditos não constituem em rigor a única forma de defesa da posse, pois em certos casos, também esta se obtinha pelas *condictiones*³⁰⁶.

No direito havia duas formas de interditos *retinendae*:

³⁰⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direitos reais**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2011. p. 470

³⁰¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direitos reais**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2011. p. 471 e 473.

³⁰² RODRIGUES, Manuel, Op.cit., 103.

³⁰³ RODRIGUES, Manuel – Op.cit. p. 98.

³⁰⁴ RODRIGUES, Manuel – Op.cit, 114.

³⁰⁵ RODRIGUES, Manuel – Op. cit. 354.

³⁰⁶ Ibidem

O Interdito clássico *uti possidetis* que se destinava a defender a posse dos imóveis e era concedido àquele que possuísse o imóvel no momento da propositura da acção e o interdito *ut-rubi* porque se defendia a posse dos móveis e que era concedido a quem possuísse na maior parte do ano que precedia a propositura do interdito.

Excepcionalmente estes dos interditos poderiam ter um fim recuperatório. Quando isso acontecesse, o interdito *uti possidetis* seria usado sempre que o que possuísse no momento da propositura possuísse, *vi, clam, aut* precário. Já o interdito *ut-rubi* seria o mais indicado sempre que quem possuísse no momento da propositura não fosse o que possuísse na maior parte do ano que precedera a acção.

Eram vários os interditos *recuperandae*³⁰⁷. Entre estes havia o interdito de *vi cottidiana*, que podia ser instaurado pelo esbulhado dentro do prazo de um ano a contar do esbulho contra aquele que o tivesse expulsado, desde que a sua posse não fosse viciosa perante o esbulhador. Para além deste, havia o interdito *vi armata* adequado para os casos em que o esbulhador tivesse recorrido a utilização de armas, caso em que o esbulhado intentava este tipo de interdito contra o esbulhador ainda que o acto tivesse sido praticado por terceiros por sua ordem. Este tipo de interdito podia ser deduzido mesmo que a posse do esbulhado fosse viciosa e o esbulho tivesse ocorrido há mais de um ano.

Relativamente à tradição de imóveis, segundo a doutrina, esta exige o abandono do gozo o imóvel pelo vendedor a favor do comprador.

Com efeito, a primeira condição para que o adquirente possa exercer um poder de facto sobre o imóvel é a verificação do abandono ou *vacua possessio*, ou seja, que o imóvel tenha sido abandonado pelo vendedor.

Este facto constitui o primeiro elemento da tradição material dos imóveis.

Outrossim, é exigido o segundo elemento que se manifesta através da prática de actos que evidenciem os poderes materiais que podem ser exercidos sobre as coisas.

Uma vez preenchidos estes dois pressupostos, temos estabelecida a relação material positiva entre o novo titular da posse e a coisa possuída.

Escreve o Professor Manuel Rodrigues – Op. Cit. p. 220 - o seguinte:

³⁰⁷Ibidem

“Em conclusão – a posse só se pode adquirir pelo registo quando o alienante possui no momento em que o registo tem lugar. Se, porém, no momento em que o registo se faz já não é titular da posse aquele que transfere o direito dela susceptível, mas um outro, este pode mantê-la contra o adquirente do respectivo direito.”

Segundo o Professor Manuel Rodrigues – Op. Cit., p. 312:

“É no processo executivo para entrega de coisa certa que se faz valer o direito de retenção.”

Qual a legitimação activa da acção possessória³⁰⁸?

A existência da posse é a condição que está na base de toda a acção possessória que é a garantia da relação possessória, pelo que a acção possessória só existe se existir posse.

Ora, são elementos da *traditio* – a) - *vacuum possessionem* (abandono) e b) - *a apprehensio* (o acto que denuncia que o novo possuidor adquiriu poder sobre o objecto³⁰⁹).

A *traditio* foi considerada um elemento necessário da transmissão do direito, num período em que não havia melhor meio de publicidade para garantir a boa fé de terceiros. Com efeito, desde que não se podia transmitir a propriedade sem a posse, o adquirente não podia ser iludido, visto que o alienante se não tinha esta não podia transmitir aquela.³¹⁰

Na aquisição derivada o acto material, qualquer que seja a sua forma, é constituído pela *traditio*³¹¹.

A terminologia da posse no direito moderno é sensivelmente a mesma do direito romano³¹².

A posse é um direito³¹³, porque reveste todos os caracteres de um direito. Ela é na verdade um poder que prossegue um interesse garantido pela lei (artº. 1251º. do CC).

Interdicta (os interditos)³¹⁴

Conceito

Um *interdictum* (interdito) era uma ordem sumária dada pelo pretor baseada no seu “*imperium*”, para resolver de momento uma situação que tem de protegê-la pelo menos pela aparência jurídica (*fumus iuris*), ficando porém essa ordem condicionada a uma possível apreciação ulterior.

³⁰⁸RODRIGUES, Manuel – Op. cit., p 327.

³⁰⁹*Ibidem*.

³¹⁰RODRIGUES, Manuel – Op. cit., p 202

³¹¹RODRIGUES, Manuel – Op. cit., p 203

³¹²RODRIGUES, Manuel – Op. cit., p 41

³¹³RODRIGUES, Manuel – Op. cit., p 37

³¹⁴CRUZ, Sebastião – **Direito Romano** 1, 4º. ed. rev. e actual. Coimbra (1984), p. 327-331.

O interdito era concedido ou a pedido dum interessado ou em caso de interesse público, a pedido de qualquer cidadão e então esses *interdicta* denominavam-se “interditos populares”.

Os interditos eram redigidos em termos imperativos: “*exibeas*” = (apresenta, mostra) *exibge*; “*restituas*” = (devolve) restitui; “*vim fieri veto*” = proíbo que se faça violência (que se esteja a perturbar alguém).

Em consequência as expressões imperativas usadas nas fórmulas dos vários interditos, estes podiam ser exhibitórios, restitutórios e proibitórios.

Entre os vários interditos (*interdicta*) estão os relativos à posse – “interditos possessórios”.

Os interditos possessórios são proibitórios e outros são restitutórios e em rigor não há nenhum que seja exhibitório.

Os interditos possessórios são expedientes que o pretor destinava a proteger a posse, pois, o *ius civile* não lhe concedia protecção jurídica. (porém não ignora a *possessio* e até se serve dela para efeitos de aquisição da propriedade por *usucapio*).

Os interditos possessórios constituem uma das várias aplicações dos interditos.

Classe de interditos possessórios:

1 – “*retinendae possessionis*” (são proibitórios)

2 – “*recuperandae possessionis*” (são restitutórios)

Os *interdicta retinendae possessionis* (interditos para reter a posse) – estes interditos têm por objecto obter o reconhecimento da posse, no caso de perturbação ou incómodo por parte de terceiros. Proibir que alguém perturbe a posse pacífica de outrem, são, portanto, proibitórios. Só se aplicam aos que estiverem a desfrutar uma posse pacífica, isto é, obtida *nec vi* (nem por violência) *nec clam* (nem clandestinamente) *nec precário* (nem a título precário, quer dizer por favor).

Os *interdicta retinendae possessionis* podem ser *uti possidetis* e *utrubi*³¹⁵.

- a) *Uti possidetis* eram interditos proibitórios concedidos para a defesa da posse de coisas imóveis;

A quem podia ser concedido ?

- 1 - ao proprietário civil, ou seja aquele que tinha adquirido a coisa por negócio

³¹⁵CRUZ, Sebastião – Op. cit., p. 330-331.

jurídico válido face ao *ius civile*; geralmente através da *mancipatio*;

2 - ao proprietário natural, o que tinha adquirido uma coisa sem ser através de um negócio jurídico válido face ao *ius civile*; algo semelhante como hoje, comprar um imóvel, pagar e não fazer a escritura pública;

3 - ao precarista – o que possui a título precário, mas só no caso de ser perturbado na sua posse por alguém, diferente do dono da coisa, pois, este tinha contra o precarista o *interdicta recuperandae* de precário;

4 - ao credor de um penhor sobre uma coisa imóvel.

b) *Interdicta ut rubi* eram interditos proibitórios concedidos para defesa da posse de coisas móveis;

Ora, o direito de retenção conferido pelo n.º 1 al. f) do art.º 755.º do Código Civil ao promitente-comprador que tenha obtido a tradição da coisa, seja o contrato-promessa bilateral ou unilateral, tem a ver com o que prescreve o art.º 442.º, n.ºs. 2 e 4 do Código Civil³¹⁶.

Sucede por que não se encontrar prevista a indemnização em termos gerais, em virtude do art.º 442.º, não remeter para o 778.º, o direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador restringe-se ao pagamento do sinal em dobro ou ao valor da coisa em caso de incumprimento definitivo imputável à outra parte – promitente-vendedor³¹⁷.

A constituição do direito de retenção da verificação em sentença dos respectivos pressupostos, em acção adrede instaurada ou no âmbito do concurso de credores³¹⁸.

É idónea à constituição do direito de retenção sobre um prédio a sentença homologatória do contrato de transacção, através da qual os referidos pressupostos fiquem constituídos, porém, não constitui o efeito de caso julgado relativamente ao titular do direito de hipoteca concernente se à respectiva acção não foi chamado, sendo conferido a este o direito à impugnação, no concurso de credores, do crédito e da garantia³¹⁹

O direito de retenção não pode ser constituído por negócio jurídico.

³¹⁶COSTA, Salvador da – **O concurso de credores**. Sobre as várias espécies de concurso de credores e de garantias creditícias. 4.ª. Ed. actualizada e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009. p. 190.

³¹⁷LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direitos reais**.

³¹⁸COSTA, Salvador da – **O concurso de credores**. Sobre as várias espécies de concurso de credores e de garantias creditícias. 4.ª. Ed. actualizada e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009. p. 192.

³¹⁹Ibidem. Neste sentido, v.g. - VELHO, Alves – Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Falência. Reclamação de créditos. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento. Competência Convencional. Efeitos. – Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Revista n.º. 05A2158. 04/10/2005. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>. e COSTA, Salvador da – Acórdão. [Em linha]. Transacção. Direito de retenção. Hipoteca. Impugnação - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 06B2468. 7.ª. Secção. 14 de Setembro de 2006. [Consultado em 25/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

O exercício do direito de retenção, em regra, só pode ocorrer quando se verifique o vencimento do crédito³²⁰, mas no caso do promitente-comprador apenas pode exercer o direito de retenção com o incumprimento definitivo do contrato-promessa.

Com efeito, o credor poderá desencadear o vencimento do crédito no caso das obrigações puras, nos termos do artº. 805º.nº. 1 do Código Civil, mas o vencimento do crédito poderá resultar do prazo estipulado pelas partes para o cumprimento das obrigações, prazo certo ou peremptório, de acordo com o preceituado no artº. 805º. nº. 2 do Código Civil. Neste último caso, poderá ocorrer a perda do benefício do prazo, havendo uma declaração de insolvência ou uma diminuição das garantias patrimoniais prestadas, de acordo com o preceituado no artº. 780º. do Código Civil, ou o não pagamento de uma prestação nas dívidas cujo pagamento seja fraccionado em várias prestações, nos termos do artº. 781º. do Código Civil, facto que torna o crédito imediatamente exigível e subsequentemente permite ao credor exercer o direito de retenção, ao abrigo do disposto no artº. 757º. nº. 1 do Código Civil³²¹.

O direito de retenção pode ser exercido mesmo no caso de iliquidez do crédito garantido, uma vez que a eficácia do direito de retenção como garantia não depende da determinação exacta do valor do crédito, constituindo essa iliquidez um elemento circunstancial comum nos casos de danos causados pela coisa³²².

Tendo havido a tradição da coisa a favor do promitente-comprador na sequência da celebração de um contrato-promessa e o promitente-vendedor tenha sido declarado insolvente, Salvador da Costa entende que o administrador da insolvência só não poderá recusar o cumprimento do contrato-promessa se estiver perante um contrato-promessa com eficácia real, atento ao preceituado no artº. 106º.nº. 1 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas - CIRE³²³.

Perante a impossibilidade de cumprimento do contrato-promessa com tradição da coisa objecto do contrato prometido resultante da declaração de insolvência tem sido controvertida a questão de saber se esta exclui ou não a constituição do direito de retenção, havendo entendimento jurisprudencial no sentido de que fica excluído o direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador³²⁴.

Porém, também existe jurisprudência a defender que o direito de retenção se mantém ainda

³²⁰LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Garantia das obrigações**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2008, p. 242.

³²¹Ibidem

³²²Ibidem.

³²³COSTA, Salvador da – Op. cit., p. 193.

³²⁴ Acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa**, de 19 de Janeiro de 2006, Processo nº. 7802/05-6.

que ocorra a declaração de insolvência³²⁵.

Salvador da Costa entende que neste caso parece que o direito de retenção não deve ser excluído³²⁶.

Ora, no direito de retenção do contrato-promessa de compra e venda a conexão causal é estabelecida pelo facto de a detenção da coisa resultar de uma relação legal ou contratual a que a lei – artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil - atribuiu como garantia esse direito³²⁷.

O direito de retenção nunca está sujeito a registo ainda que recaia sobre bens sujeitos a registo, contudo goza de publicidade específica resultante da posse da coisa pelo retentor que permite que os outros se apercebam da garantia³²⁸.

O direito de retenção é uma garantia acessória, porque pressupõe um crédito garantido cujas vicissitudes acompanha³²⁹.

Para além disso, o direito de retenção é indivisível nos mesmos termos da hipoteca – artº. 696º. do Código Civil e do penhor art. 758º. do Código Civil, por cujo regime se rege³³⁰.

Entre as causas de extinção do direito de retenção encontramos a entrega voluntária da coisa retida, porém, em caso de insolvência, designadamente quando é ordenada a apreensão de bens o promitente-comprador retentor é obrigado por imposição legal a proceder à entrega da coisa retida que integra a massa insolvente, constituindo uma entrega coerciva, deixando de ser a entrega voluntária, sendo reconhecido o direito de retenção como garantia real, sendo considerado na verificação e graduação de créditos, gozando o retentor de preferência no pagamento dos créditos relativamente aos demais credores, resultante do produto da venda.

Com efeito, recaindo o direito de retenção sobre uma coisa imóvel – habitação – o promitente-comprador que goze do direito de retenção, nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, sendo equiparado ao credor hipotecário, em caso algum, se pode apropriar da coisa retida, pese embora possa proceder à sua alienação no âmbito da execução da garantia³³¹, uma vez reconhecido por sentença o direito de retenção que servirá de título

³²⁵ Neste sentido, se pronunciou: PÓVOAS, Sebastião – Acórdão. [Em linha]. Falência. Graduação de Créditos. Contrato-Promessa. - Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 06A2335. 16/09/2006. [Consultado em 28/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>, quando a insolvência é imputável ao promitente-vendedor que se colocou na situação de não poder satisfazer pontualmente as suas obrigações.

³²⁶ COSTA, Salvador da – Op. cit. p. 193

³²⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Garantia das obrigações**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2008, p. 243.

³²⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Garantia das obrigações**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2008, p. 240

³²⁹ Idem, p. 241

³³⁰ Ibidem

³³¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Garantia das obrigações**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2008, p. 244.

executivo.

Porém, em caso de esbulho da coisa retida, poderá o retentor intentar as acções possessórias a fim de a recuperar, ao abrigo do disposto nos artºs. 758º., 759º. nº. 3 e 670º. al. a) do Código Civil, que uma vez recuperada lhe permitirá retomar o exercício do direito de retenção³³².

Sucede que apenas as coisas penhoráveis podem ser objecto do direito de retenção, nos termos do artº. 822º. e 823º. do Código de Processo Civil, enquanto direito real de garantia³³³.

Adquirindo o retentor a coisa em acção executiva instaurada contra o devedor, parece que se deverá aplicar analogicamente o artº. 724º. nº. 1 do Código Civil, estabelecendo-se o direito e o seu atendimento no quadro do artº. 824º. nº. 2 do Código Civil, como defende o Professor Doutor Menezes Leitão³³⁴, que culminará com a extinção do direito de retenção por confusão.

Relativamente à questão da extinção ou não do direito de retenção após a venda executiva, a doutrina e jurisprudência maioritária pronunciam-se no sentido da extinção do direito de retenção com a venda executiva³³⁵.

Porém, o Professor Menezes Cordeiro, entende que o direito de retenção não se extingue com a venda executiva, sobrevivendo à mesma, por considerar que a excepção da parte final do artº. 824º. do Código Civil abrange direitos reais de garantia que produzem efeitos em relação a terceiros independentemente de registo³³⁶.

Verificados os créditos o juiz proferirá uma sentença de verificação dos créditos reclamados – 364º. 1 C.P.C, acabando aí o processo – artº. 868º. nº. 2 do C.P.C. Logo que estejam verificados todos os créditos reclamados o juiz gradua-os.

Sucede que também em face da acção de verificação e graduação dos créditos se coloca a questão da eficácia extraprocessual da sentença nela proferida.³³⁷

O caso julgado produz-se apenas quanto ao reconhecimento do direito real de garantia, ficando por ele reconhecido o crédito reclamado só na estrita medida em que se funda a existência desse direito real.

³³² LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op. cit., p. 245

³³³ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op. cit., p. 242

³³⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Garantia das obrigações**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2008, p. 245-246.; Acórdão do **STJ** de 25/03/1999 (Lúcio Teixeira) em CJ-ASTJ 7 (1999), 2, pp.40-43 e Acórdão do **STJ** de 24/10/1994 (Silva Caldas), em CJ-ASTJ 2 (1994) 3, pp. 100-101; COSTA, Salvador da - **Concurso**, p. 231.

³³⁵ Pires de Lima e Antunes Varela, **Código civil anotado**, 2, 4ª. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, sub artº. 824º. nº. 2, p. 97.

³³⁶ CORDEIRO, António Menezes – Da retenção do promitente-comprador na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**, 1997, pp. 547-563 (560 e ss).

³³⁷ FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009. p. 321.

Contrariamente ao que acontece com embargos a acção de verificação e de créditos não oferece garantias idênticas ou equiparáveis à da acção declarativa comum, vigorando nela o efeito cominatório pleno³³⁸

Terminado o prazo para as reclamações o processo executivo prossegue para a venda executiva dos bens penhorados para se efectuar o pagamento com o produto da venda executiva, sem prejuízo da verificação de crédito e graduação cujo processo corre por apenso, nos termos do artº. 873º. nº. 1 do C.P.C..

O Decreto-Lei nº. 274/97, no seu artº. 2º. condicionou a reclamação do credor titular de direito de retenção à invocação deste direito no acto da penhora.

O credor com garantia real sobre os bens penhorados que não tenha título executivo continua a ter de recorrer à acção autónoma do artº. 869º. do CPC para reconhecimento do seu direito, aguardando entretanto a graduação de créditos.³³⁹

Porém, uma vez requerido que a graduação de créditos aguarde a obtenção do título nessa acção, proposta ou a propor, é notificado o executado para se pronunciar sobre a existência do crédito e, se ele não impugnar, considera-se formado o título executivo, dispensando-se assim a acção autónoma, sem prejuízo da impugnação do exequente ou dos restante credores cfr. art. 869º. nºs. 1 a 3 do CPC³⁴⁰.

13 - OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

O regime dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso tem natureza injuntiva³⁴¹.

Atento o preceituado no nº. 2 do artº. 119º. confrontado com o disposto no nº. 3 do mesmo artigo do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas, parece haver algo de paradoxal, como refere o Professor Menezes Leitão³⁴², quando por um lado considera nula a cláusula que atribua à situação de insolvência condição resolutiva do contrato e por outro considera a situação de insolvência justa causa de resolução ou denuncia do contrato.

Se o executado for declarado insolvente nos termos do Artº. 3º. do CIRE, qualquer credor pode requerer a suspensão da execução em virtude de ter sido instaurado o processo de

³³⁸FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p. 322

³³⁹FREITAS, José Lebre de – **Estudos sobre direito civil e processo civil**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 755

³⁴⁰ FREITAS, José Lebre de – Op. cit., p. 756.

³⁴¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 212.

³⁴² Ibidem

insolvência e da recuperação da empresa, de modo a impedir que se realizem pagamentos³⁴³.

No processo de insolvência o concurso é universal, uma vez que os credores comuns do insolvente estão obrigados a reclamar o pagamento no processo insolvencial³⁴⁴.

Consideremos a hipótese do promitente-vendedor que é declarado insolvente antes da celebração do contrato definitivo. Que consequências adviriam para o promitente-comprador se tal acontecesse?

O contrato-promessa ficaria suspenso até que o administrador da insolvência optasse por cumprir o contrato ou recusar o cumprimento do contrato-promessa, nos termos do artº. 102º. nº. 1 do CIRE.

Se o administrador da insolvência decidisse cumprir o contrato-promessa não resultariam consequências para o promitente-comprador porque via satisfeita a sua pretensão que se consubstanciava na celebração da escritura publica de compra e venda adquirindo o bem imóvel.

Porém, situação diversa resultaria se o administrador se recusasse cumprir o contrato-promessa.

Suscitam-se várias questões a saber: que promitente-comprador a lei quis tutelar? E o CIRE tutela? O regime do contrato-promessa previsto no Código Civil mantém-se no CIRE ou foi afastado? Será que o CIRE tutela do mesmo modo o promitente-comprador insolvente e o promitente-vendedor insolvente? Vejamos:

Respondendo à primeira questão, resulta da *ratio legis*, doutrina e jurisprudência que o legislador quis proteger os interesses do promitente-comprador, enquanto consumidor.

É de notar que o artº. 351º. nº. 2 do Código de Processo Civil exclui a possibilidade do promitente-comprador deduzir embargos de terceiro relativamente à apreensão de bens no processo de insolvência.

Se o executado promitente-vendedor for declarado insolvente cessa a preferência resultante da penhora, bem como a resultante de hipoteca judicial – cfr. Artº. 140º. nº. 3 do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

A definição de insolvência é-nos dada pelo artº. 3º. do CIRE - Código da Insolvência e da

³⁴³FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva**. Depois da reforma da reforma. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.p.324.

³⁴⁴Ibidem

Recuperação de Empresas e os sujeitos passivos da declaração de insolvência são os enumerados nas alíneas a) a h) do n.º. 1 do art.º. 2.º. do CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Assim, importa ter presente que as pessoas singulares podem ser declaradas insolventes, independentemente de serem empresárias ou não, bem como as pessoas colectivas abrangidas pela referência feita pelo art.º. 2.º. n.º. 1 al. a) do CIRE são as associações, as fundações bem como as sociedades comerciais – em nome colectivo, por quotas, anónimas e em comandita -, as sociedades civis sob a forma comercial e as cooperativas³⁴⁵.

Ora, a declaração de insolvência das pessoas colectivas acarreta geralmente a dissolução das mesmas, de acordo com o preceituado nos art.ºs. 182.º. n.º. 1 al. e) e 192.º. n.º. 1 al. c) do Código Civil; art.º. 141.º. do Código das Sociedades Comerciais e art.º. 77.º. do Código Cooperativo, as quais perdem posteriormente a personalidade jurídica com o encerramento da liquidação³⁴⁶.

Contudo, a declaração de insolvência continua a ser possível após a dissolução da pessoa colectiva mas antes do encerramento da liquidação³⁴⁷.

Um outro sujeito passivo da declaração de insolvência é a herança jacente de acordo com o estipulado no art.º. 2.º. n.º. 1 al. b) do CIRE a qual pode ser requerida por qualquer credor da herança, a fim de controlar a sua liquidação³⁴⁸. Contudo conjugando esta disposição legal com o preceituado no art.º. 10.º. al. a) do CIRE que permite o processo continuar contra a herança, proibindo a sua divisão pelos herdeiros até ao encerramento.

Deste modo, lei impede que a aceitação da herança tenha como efeito a extinção da sua autonomia patrimonial prolongando esta até ao encerramento do processo ao impor a obrigatoriedade da sua indivisão.

Ora, acontece que mesmo depois da aceitação da herança por parte de qualquer herdeiro, mantêm-se a possibilidade de declarar a sua insolvência, uma vez que esta constitui um património autónomo – art.º. 2.º. n.º. 1 al. h) do CIRE - sob a administração do cabeça – de - casal até à sua liquidação e partilha – de acordo com o preceituado no art.º. 2079.º. do Código Civil.

Ora, estando os patrimónios autónomos sujeitos à declaração de insolvência infere-se que para além da herança jacente referida na al. b) do n.º. 1 do art.º. 2.º. do CIRE,- Código da

³⁴⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. p. 82.

³⁴⁶Ibidem

³⁴⁷Idem

³⁴⁸Idem

Insolvência e da Recuperação de Empresas - também a herança no seu sentido amplo pode ser objecto da declaração de insolvência³⁴⁹.

Com efeito, a declaração de insolvência retira de imediato ao insolvente a capacidade de poder de administração e disposição dos bens integrantes da massa insolvente, estes poderes passam a ser atribuídos ao administrador de insolvência, como preceitua o artigo 81º., nº. 1 do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - há uma transferência de poderes do insolvente para o administrador de insolvência.

O insolvente perde a posse material e as faculdades de administração e de disposição do seu património em consequência da declaração de insolvência³⁵⁰, quer relativamente a todo o património de que é possuidor quer relativamente aos bens e direitos que o insolvente adquira na pendência do processo, nos termos do artº. 46º. do CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

O artº. 164º.-A, nº. 1 do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência, aditado pelo Decreto-Lei nº. 315/98, de 20 de Outubro, com epígrafe Promessa de contrato preceituava o seguinte:

“1 – O contrato-promessa sem eficácia real que se encontra por cumprir à data da declaração de falência extingue-se com esta, com a perda do sinal entregue ou com a restituição em dobro do recebido, como dívida da massa falida, consoante os casos; ressalva-se a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido, ou requerer a execução específica, se o contrato o permitir.

2 – Tratando-se de promessa com eficácia real, o promitente-adquirente poderá exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou requerer a execução específica que lhe seja facultada; sendo o falido promitente-adquirente, ao liquidatário judicial cabe decidir sobre a conveniência da execução do contrato, satisfazendo a contraprestação convencionada.”

Ora, este artigo estabelecia um regime próprio para o contrato-promessa não cumprido à data da declaração da falência, na parte respeitante aos efeitos da falência relativamente aos actos praticados anteriormente pelo falido, considerando que os contratos-promessa de eficácia meramente obrigacional se extinguiriam por caducidade, sempre que o liquidatário não optasse

³⁴⁹Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. p. 83.

³⁵⁰Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. p. 154.

pela conclusão do contrato prometido ou execução específica da promessa, caso esta permitisse.

Subsequentemente, se o cumprimento ou a execução específica da promessa não tivessem interesse para a massa falida, surgiriam duas soluções:

- a) - seria reconhecido ao promitente-comprador o direito à indemnização nos termos gerais, na hipótese de não ter havido sinal, ou
- b) – seria aplicado o regime do sinal, sempre que este tivesse sido constituído.

Estaríamos perante um crédito comum sobre a massa falida que uma vez verificado, seria integrado na graduação geral de bens, nos termos do artº. 200º. nº. 2 do Código dos Processos Especiais e de Recuperação da Empresas e de Falência – (C.P.E.R.E.F.)

Porém, se estivéssemos perante uma promessa com eficácia real, o promitente-comprador conservaria o direito de exigir à massa falida a prestação do contrato-promessa - a celebração do contrato prometido ou a execução específica³⁵¹. O CIRE também dispensa no seu artº. 106º. nº. 1, uma proteção especial ao contrato-promessa com eficácia real, caso em que o administrador da insolvência não poderá recusar o cumprimento do contrato-promessa ao promitente-comprador ocorrendo a insolvência do promitente-vendedor.

Contudo, caso o fosse o promitente-comprador o falido, a execução do contrato ficaria dependente da decisão a ser tomada pelo liquidatário judicial relativamente à execução do contrato, pagando o preço convencionado ou resolvendo o contrato pagando a respectiva indemnização ao promitente-vendedor.

Quer no primeiro caso quer no segundo haveria sempre a impossibilidade legal de recurso à execução específica da promessa, não obstante o carácter real da promessa no segundo, o crédito seria sempre um crédito comum indemnizatório. Cfr. Acórdão do STJ de 08 de Maio de 2001 (internet); Acórdão do STJ de 11 de Abril de 2000, in Colectânea de Jurisprudência, 2000, 2, p. 34, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Outubro de 1999, in Colectânea de Jurisprudência, 1999, 4, p. 122.

Porém, o Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa (CIRE), relativamente aos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato-promessa em vigor à data da declaração

³⁵¹ ROQUE, Hélder – Acórdão. [Em linha]. Nulidade de Acórdão. Excesso de pronúncia. Contrato-promessa de compra e venda. Eficácia real. Execução específica. Alteração da qualificação jurídica. Promitente-vendedor. Insolvência. Tradição da coisa. – **Supremo Tribunal de Justiça**. 1ª. Secção. 20-10-2011. Processo nº. 273/05.2TBGVA.C1.S1 [Consultado em 04/12/2011]. Disponível em: WWW: hppt: www.dgsi.pt.

de insolvência, estabelece no seu artº. 106º., que no verificando-se a insolvência do promitente vendedor desde que tenha havido a tradição da coisa a favor do promitente-comprador e atribuída eficácia real do contrato-promessa celebrado entre ambos, o administrador da insolvência fica obrigado a cumprir o contrato-promessa em curso.

Contudo, estando perante contratos-promessa com eficácia obrigacional, pode o administrador da insolvência recusar-se a cumprir o contrato-promessa, sinalizado e em que tenha havido a tradição da coisa a favor do promitente-comprador, aplicando-se, neste caso, o estabelecido no nº. 5 do artigo 104º. nº. 5 do Código da Insolvência e de Recuperação da Empresa, independentemente de quem tenha sido declarado insolvente – o promitente-comprador ou o promitente-vendedor.

Resulta desta disposição a tutela dos direitos reais de aquisição, como é o caso dos contratos-promessa com eficácia real em que tenha havido tradição da coisa, o administrador da insolvência não poderá recusar o cumprimento do contrato, reconhecendo implicitamente o direito ao promitente - comprador de exigir à massa insolvente a prestação do contrato-promessa, podendo intentar acção de execução específica do contrato-promessa, em detrimento dos direitos reais de garantia como são contratos-promessa com eficácia obrigacional sinalizados e em que tenha havido a tradição da coisa, penalizando-se severamente o promitente-comprador de uma forma geral, sem se cuidar de acautelar os casos em que o próprio promitente vendedor se colocou intencionalmente em situação de insolvência ou as situações em que já tenha havido o pagamento da totalidade do preço acordado por parte do promitente-comprador.

Porquanto, nos restantes casos de contrato-promessa, poderá o administrador da insolvência optar entre o celebrar o contrato promessa ou recusar o cumprimento da promessa, de acordo com o preceituado nos artigos 102º. nº. 1, do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa.

Caso o administrador da insolvência opte pela recusa de cumprimento e proceda à indemnização, nos termos do artº. 102º. nº. 3 do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, impossibilita o pedido de cumprimento ou o recurso à execução específica por parte do promitente-comprador.

Sucedendo a declaração do administrador de insolvência não está sujeita a forma especial nem se exige que seja expressa, por essa razão, o Professor Doutor Nuno Manuel Pinto

Oliveira e a Professora Doutora Catarina Serra defendem que devem ser aplicados os princípios da liberdade declarativa e da liberdade de forma, consignados nos artigos. 217º. e 219º. do Código Civil³⁵².

Mais referem estes Professores que o direito de opção atribuído ao administrador da insolvência é um direito potestativo, mas criterioso e não arbitrário, que exige do administrador a ponderação dos actos e a escolha da melhor opção para melhor servir o processo de insolvência maximizando a massa insolvente com vista a serem acautelados os interesses dos credores³⁵³.

13.1 - O CONTRATO-PROMESSA NO DIREITO DA INSOLVÊNCIA

Importa analisar as repercussões que tem a declaração de insolvência nos contratos - promessa tenham eles eficácia real ou não, bem como os casos em que seja declarado insolvente o promitente-vendedor ou o promitente-comprador, nos casos em que houve a tradição da coisa e naqueles em que não houve tradição da coisa, com constituição de sinal e sem que tenha ocorrido o pagamento do sinal ou preço.

Tendo presente que os efeitos à luz do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas são diferentes em cada uma das situações acima referidas, impõe-se uma reflexão sobre os mesmos.

Como já foi referido com a prolação da sentença que declare a insolvência, o insolvente deixa de poder administrar e dispor dos bens que integram a massa insolvente, nos termos do artº.81º. nº. 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, passando tais poderes a serem da competência do administrador de insolvência.

Ora, o contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, atenta a previsão legal relativamente aos negócios em curso no momento da declaração da insolvência, inspira grande apreensão e reflexão partilhada pelos diferentes intervenientes, sabendo-se que o administrador da insolvência pode recusar-se, no exercício de um direito potestativo atribuído pelo artº. 102º. nº. 1 do CIRE, a cumprir o contrato-promessa obrigacional, não obstante encontrar-se na posse do bem imóvel, com o afastamento da teoria da culpa no direito da insolvência.

³⁵²Oliveira, Nuno Manuel Pinto - e Serra Catarina - Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa obrigacional. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 70. Lisboa. Jan./ Dez. 2010, p. 401.

³⁵³Oliveira, Nuno Manuel Pinto - e Serra Catarina - Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa obrigacional. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 70. Lisboa. Jan./ Dez. 2010, p. 402.

Consideremos o caso do promitente-comprador de uma fracção - autónoma que o promitente-comprador tendo pago, a título de sinal, parcialmente o preço da coisa obteve a tradição da coisa na sequência da celebração de contrato-promessa sem eficácia real, em curso à data da declaração da insolvência do promitente-vendedor, que administrador de insolvência se recusou cumpri-lo.

Perante este caso suscita-se a questão de saber se o promitente-comprador pode exigir o pagamento do sinal em dobro e se o seu crédito deve ser qualificado como garantido pela via do direito de retenção?

A resposta a esta questão não é simples, porque antes teremos que responder a questão de saber se o artº. 442º. do Código Civil é directamente aplicável no CIRE? Parece que não como veremos mais adiante porque o legislador quis efectivamente afastar o regime geral do Código Civil ao criar um regime especial no CIRE no consagrado nos seus artº. 106º. nº.s 1 e 2 e 119º. nº. 2.

Uma parte da doutrina entende que o administrador da insolvência pode recusar-se a celebrar a escritura pública de compra e venda cumprindo o contrato-promessa, independentemente da *traditio* quando o contrato-promessa tem eficácia obrigacional, de acordo com o disposto no artº. 106º. nº. 1, a contrário, do CIRE.³⁵⁴

Os Professores Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra entendem que tudo indica que o promitente-comprador não possa exigir o sinal em dobro, por um lado, porque o direito potestativo de recusa do reconhecido ao administrador de insolvência conflituaria com o regime do sinal confirmatório, atento ao preceituado no nº. 2 do artº. 442º. do Código Civil, e, por outro lado, porque o exercício do direito de recusa pelo administrador de insolvência entraria em conflito com o regime dos artº.s. 102º. a 118º. do CIRE, atento ao preceituado no artº. 119º. do CIRE³⁵⁵.

O Professor Menezes Leitão entende que o promitente-comprador não poderá exigir o

³⁵⁴Entendimento defendido por: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina - Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa obrigacional. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 70. Lisboa. Jan./ Dez. 2010, p. 403.; SILVA, João Calvão da,- Sinal e contrato-promessa. Coimbra: Almedina. 2007, p. 165; FERNANDES, Luís Carvalho - e LABAREDES, João – **Código da insolvência e da recuperação da empresa anotado**. Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 400; FREITAS, José Lebre de – aplicação do tempo do artº. 164º.-A do **Código de processo especial de recuperação de empresa e de falência** – Anotação do Ac. do STJ de 09-05-2006, Ver. 827/06, in **Cadernos de Direito Privado**, 2006, nº. 16, p. 65 nota 8; e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos – Contrato-promessa e falência/insolvência – Anotação ao Ac. do TRC de 17-04-2007, Agravo 65/03, in **Cadernos de Direito Privado**, 2008, nº. 24, pp. 61 e ss.

³⁵⁵OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina - Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa obrigacional. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 70. Lisboa. Jan./ Dez. 2010, p. 416

pagamento do sinal em dobro nem exigir a execução específica ou o direito de retenção nos casos em que ocorrer a recusa do administrador da insolvência quando não tiver havido a tradição da coisa, independentemente do contrato-promessa ter eficácia real ou ser obrigacional, nos termos do artº. 102º. nº. 3 do CIRE³⁵⁶.

Porém, o Professor Menezes Leitão, nos casos em que tenha havido a entrega da coisa ao promitente-comprador, defende que o contrato promessa deve ser cumprido, independentemente de ter ou não eficácia real, devendo o direito de retenção ser atendido em sede insolvência, por constituir uma garantia real, uma vez que a entrega da coisa ao promitente comprador faz funcionar sempre o artº. 755º. nº. al. f) do Código Civil³⁵⁷.

Porém, o Professor Menezes Leitão, só admite que possa haver recusa do administrador da insolvência relativamente aos casos de insolvência do promitente-vendedor em que não tenha havido a tradição da coisa.³⁵⁸

Neste caso, entende o Professor Menezes Leitão que havendo recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, o promitente-vendedor não está a obrigado a restituir o sinal recebido ou qualquer antecipação do preço, como estabelece o artº. 102º. nº. 3 al. a) do CIRE. No entanto, o promitente-comprador terá direito a receber a diferença, se positiva, entre o valor da coisa objecto do contrato prometido, na data da recusa, e a quantia a ser paga a título de preço, nos termos do artº. 104º. nº. 5 do CIRE, que constitui um crédito sobre a insolvência.

Entende o Professor Menezes Leitão que, no caso em apreço, o promitente-comprador não poderá recorrer à execução específica (artº. 830º. do Código Civil) nem solicitar o pagamento do sinal em dobro (artº. 442º. nº. 2 do Código Civil), deste modo, o promitente-comprador acabará por ver afectados os direitos decorrentes do contrato-promessa³⁵⁹.

Porém, tal privação não abrange os bens excluídos da massa insolvente, designadamente aos bens impenhoráveis ou os abrangidos por uma separação de patrimónios, relativamente aos quais o devedor conserva a liberdade de disposição.

Para além disso, a privação não abrange os negócios obrigacionais, na medida em que o devedor pode contrair dívidas, contudo essas dívidas não são da responsabilidade da massa

³⁵⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.183

³⁵⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.182

³⁵⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op.cit., p. 183

³⁵⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.183

insolvente³⁶⁰.

Em consequência da declaração de insolvência, os negócios que o insolvente possa celebrar sobre bens da massa insolvente são ineficazes relativamente a esta³⁶¹, a qual apenas responderá nos termos do enriquecimento sem causa pelo que lhe tiver sido prestado, como resulta do artº. 81º. nº. 6 do CIRE.

Quer dizer, se o insolvente recebeu o preço do bem alienado e fez seu, a massa não responde porque não passou a fazer parte dela mas se o preço tiver sido integrado na massa insolvente, neste caso, a massa já responde nos termos do enriquecimento sem causa – de acordo com o preceituado no artº. 479º. nºs. 1 e 2 do Código Civil³⁶².

Neste último caso, serão eficazes relativamente à massa insolvente se tiverem sido celebrados a título oneroso com terceiros de boa-fé em data anterior ao registo da sentença de declaração de insolvência, realizado nos termos do artº. 38º. nº. 2 do CIRE³⁶³.

Ora, o Código dos Processos Especiais da Recuperação da Empresas e da Falências foi revogado pelo Decreto-Lei nº. 53/2004, de 18 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decretos-Lei 200/2004, de 18 de Agosto e pelo Decreto-Lei nº. 28/2007, de 7 de Agosto, que aprovou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE, reportando-se os artºs. 102º. e 106º. deste Código, aos efeitos da declaração de insolvência sobre os contratos-promessa.

O artº. 102º. do Código Insolvência e da Recuperação de Empresas é o primeiro de um capítulo que regula os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos que se encontrem pendentes no momento da declaração de insolvente relativamente aos quais este seja parte³⁶⁴.

O artº. 102º. do CIRE só se aplica em três situações³⁶⁵:

- a) – Tratar-se de um contrato bilateral;
- b) – Haver incumprimento de todo o contrato por ambas as partes;
- c) – Inexistência de regime diferente para os negócios especialmente regulados nos artigos seguintes.

³⁶⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.154

³⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op.cit. p.156

³⁶² Ibidem;

³⁶³ Ibidem. Neste sentido Ac. RL de 28/02/2008, Salazar Casanova, in CJ 33 (2008), 1, pp. 122-124.

³⁶⁴ CARVALHO, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – **Código da insolvência e da recuperação de empresas, anotado**. Lisboa: Quid Juris. 2008, p. 387, anotação 2.

³⁶⁵ CARVALHO, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – **Código da insolvência e da recuperação de empresas, anotado..** Lisboa: Quid Juris. 2008, p. 389, anotação 5.

Com efeito, o regime do contrato-promessa na insolvência encontra-se regulado no artº. 106º. do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa. – CIRE³⁶⁶.

Assim, relativamente à questão de saber se a declaração de insolvência afecta ou não o contrato-promessa? A resposta é afirmativa como oportunamente foi referido.

Uma vez declarada a insolvência os contratos bilaterais ficam suspensos, nos termos do artº. 102º. nº. 1 do CIRE, desde que não se encontrem totalmente cumpridos por qualquer das partes e se verifiquem os pressupostos acima referidos, sendo atribuída ao administrador da insolvência duas faculdades potestativas, alternativas, ou executar o contrato ou recusar o seu cumprimento³⁶⁷.

Reportando-me a esta questão, é de referir que a declaração de insolvência, parece que o contrato-promessa com eficácia real em que tenha havido a tradição da coisa goza de uma tutela diferente daquela que é dispensada aos contratos-promessa com eficácia meramente obrigacional em que tenha havido a tradição da coisa para o promitente- comprador, ao não considerar que o primeiro não ficará afectado³⁶⁸ e no segundo, poder ser o mesmo objecto de recusa por parte do administrador da insolvência em consequência da qual por aplicação do artº. 106º. nº. 2 do CIRE que por sua vez nos remete para o artº. 104º. nº. 5 do CIRE onde se encontra plasmada a teoria da diferença, sem que haja lugar a uma tutela igual à estabelecida nos artºs. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, que pressupõem a culpa da parte faltosa bem como a ilicitude do não cumprimento e o administrador não ser parte no contrato-promessa que se recusa licitamente dar cumprimento. Na verdade, como refere o Professor Menezes Leitão, parece dificilmente justificável fazer-se depender a não afectação do contrato-promessa do facto de o promitente-comprador ter obtido a tradição da coisa à data da declaração de insolvência, na medida em que o contrato-promessa com eficácia real institui um direito real de aquisição a favor do beneficiário da promessa³⁶⁹.

Por esta razão, independentemente do promitente-comprador ter ou não a posse, não se vislumbra o fundamento em que se consubstancie a afectação do contrato-promessa com eficácia real de que seja titular o beneficiário da promessa, em consequência da declaração de insolvência.³⁷⁰

³⁶⁶LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.182.

³⁶⁷CARVALHO, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 389, anotação 6.

³⁶⁸LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.145, anotação 3.

³⁶⁹Ibidem.

³⁷⁰Ibidem

Com efeito, o artº. 106º. nº. 1 do CIRE ao exigir a tradição da coisa difere do artº. 903º. do Código de Processo Civil, sem que seja feita qualquer referência à posse do bem pelo promissário.

Deste modo, o artº. 106º. nº. 1 do CIRE, parece excluir todos os demais casos que não sejam subsumíveis à sua previsão, como é o caso do contrato-promessa obrigacional com ou sem tradição da coisa e do contrato-promessa com eficácia real sem tradição da coisa, relativamente aos quais o administrador da insolvência poderá recusar o cumprimento do contrato-promessa.

Relativamente a aplicabilidade do artº. 442º. do Código Civil aos casos de recusa pelo administrador de insolvência os Professores Nuno Manuel Pinto de Oliveira e Catarina Serra **pronunciam-se no sentido da inaplicabilidade atento o teor ao artº. 119º. do CIRE**, reportando-se aos artigos 102º. a 118º. do CIRE, cuja natureza é imperativa³⁷¹.

Ora, tendo presente que os actos de disposição e administração dos bens do insolvente cessam com a declaração de insolvência, os quais são transferidos para o administrador de insolvência, por imposição legal, que os praticará em representação do insolvente, de acordo com atribuição legal que é feita pelo artº. 81º. nº. 4 do CIRE, mas no interesse dos credores e da massa insolvente. Contudo, os actos praticados pelo administrador de insolvência não estão dependentes do consentimento ou confirmação por parte do insolvente e por outro lado a situação de incumprimento resulta da própria lei e não do clausulado do contrato, sucede que o artº. 119º. do CIRE reporta-se ao clausulado do contrato e por essa razão parece que se encontram excluídas as cominações respeitantes ao incumprimento, em virtude de a declaração de insolvência não determinar a resolução automática dos contratos ou negócios jurídicos em curso à data da declaração de insolvência, mas sim a sua suspensão.

Considerando, por um lado, que o artº. 81º. nº. 4 do CIRE, prevê que o insolvente seja substituído pelo administrador da insolvência passando a ser representado por este para todos os efeitos de carácter patrimonial que se revelem com interesse para a insolvência, em consequência da declaração de insolvência e, por outro, que, nos termos do artº. 91º. nº. 1 do CIRE, se vencem todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva nas quais em princípio não se integra o contrato-promessa de compra e venda que tenha sido constituído sinal a favor do insolvente acompanhado da tradição da coisa a favor do promitente-comprador que passou a exercer sobre a coisa actos como se de um real

³⁷¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto -; SERRA, Catarina - Insolvência e contrato-promessa. **Revista da Ordem do Advogados. Lisboa: Ano 70, 2010, p. 420.**

proprietário se tratasse antes da declaração de insolvência e respectivo registo e se encontre na posse da coisa.

Com efeito, estatui o artº. 106º. nº. 1 do CIRE que não deve ser afectado o contrato-promessa com eficácia real em que o promitente-comprador se encontre na posse da coisa. Porém, nada refere relativamente ao contrato-promessa sem eficácia real em que tenha havido tradição da coisa e o promitente-comprador se encontre na posse desta, contrariamente ao que acontecia no CPEREF que extinguia os contratos-promessa sendo aplicável a indemnização nos termos gerais com o funcionamento do sinal, por incumprimento definitivo.

Parece que o legislador, pretendeu corrigir a questão da extinção pura e simples em consequência da declaração de insolvência, consagrando a suspensão do contratos em curso, mas omitiu o direito do consumidor no caso do contrato promessa meramente obrigacional em que tenha havido tradição da coisa e o promitente se encontre na posse da coisa, gerando a controvérsia na doutrina relativamente ao procedimento a ser adoptado, aplicação da indemnização em termos gerais, manter a aplicação do funcionamento do regime do sinal, afastar o direito de retenção.

Porém, quer o contrato-promessa com eficácia real quer o contrato promessa obrigacional em que tenha havido a tradição da coisa e o promitente-comprador se encontre na posse da coisa, há o direito de retenção, em ambos os casos os promitentes- compradores têm a posse do bem, pelo que não se vislumbra que a omissão do legislador tenha sido intencional, no sentido de estabelecer um regime diferente para duas situações idênticas relativamente à posse do bem um dos pressupostos do direito de retenção, para além de outros, não exigindo a lei o registo do direito de retenção, pelo que parece ser o mais correcto, deveria ser aplicado em ambos os casos o estatuído no artº. 106º. nº. 1 do CIRE, sob pena de se gerar uma injustiça que por diploma próprio o legislador pretendeu afastar protegendo o promitente-comprador enquanto consumidor final. O que não parece ser o caso, atento os direitos reconhecidos ao retentor, titular de uma garantia real, pelo artº. 164º. nºs. 2 e 3 do CIRE, que tem sempre se pronunciar relativamente à modalidade da venda e ser informado do preço fixado bem como do potencial comprador, podendo o retentor propor a aquisição do bem por preço superior, caso em que o administrador da insolvência, se recusar, fica obrigado a colocar o credor na situação que decorreria da alienação pelo preço por este oferecido, se a venda vier a ser realizada por um

preço inferior³⁷².

Parece que o regime que resulta do processo de insolvência relativamente ao direito de retenção é no sentido de que ele deve ser mantido e não deve ser afastado, ao permitir que o promitente-comprador com direito de retenção, venha pela via acabada de referir a adquirir o próprio bem traidado e que se encontra na sua posse³⁷³.

Com efeito, o direito real de garantia não se extingue com a entrega do bem pelo retentor nos termos do artº. 46º. nº. 1 do CIRE, na sequência da declaração da insolvência do promitente-vendedor dono da coisa, cabendo ao retentor exercer o seu direito, como titular de um crédito garantido – artº. 47º. nº. 4 al. a) do CIRE, no processo de insolvência, apresentando a respectiva reclamação do seu direito de crédito³⁷⁴.

Relativamente aos casos em que o promitente-comprador não seja titular de uma garantia real, parecem ser subsumíveis ao artº. 106º. nº. 2 do CIRE que determina que à recusa de cumprimento do contrato-promessa de compra e venda pelo administrador de insolvência é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artº. 104º. nº. 5 do CIRE.

O estatuído no artº. 106º. nº. 1 do CIRE encontra-se em perfeita harmonia com o equivalente estatuído no artº. 104º. nº. 1 do CIRE³⁷⁵, se o promitente-comprador já se encontrar na posse da coisa, à data da declaração de insolvência, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento do contrato, o que vincula ambas as partes a celebrar o contrato definitivo.

Porém, se não tiver ocorrido a entrega da coisa ao promitente-comprador e não houver posse da coisa por parte deste segue-se o regime geral estabelecido no artº. 102º. do CIRE, independentemente do insolvente ser o promitente-vendedor ou o promitente-comprador³⁷⁶.

Assim sendo, pode concluir-se que o regime estabelecido no CIRE permite que existam casos no contrato-promessa relativamente aos quais é permitido ao administrador da insolvência optar pela recusa do cumprimento do contrato cujos efeitos são regulados pelo artº. 106º. nº. 2 do CIRE³⁷⁷, pelo que é aplicável o disposto no artº. 102º. nº. 3 do CIRE, para os casos em que não tenha havido a tradição da coisa e o promitente-comprador não se encontre na posse da coisa.

³⁷²VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – **As garantias especiais das obrigações**. Coimbra: Almedina.2011, p. 327

³⁷³VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. cit., p. 328.

³⁷⁴VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – Op. cit. pp. 326-327.

³⁷⁵FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 400, anotação 4.

³⁷⁶FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 400, anotação 5.

³⁷⁷FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 388, anotação 6.

Ora, caso o administrador da insolvência opte pela recusa de cumprimento fica a outra parte constituída no direito de reclamar pela indemnização como crédito da insolvência³⁷⁸.

O Professor Menezes Leitão entende que o artº. 102º. do CIRE é aplicável aos contratos bilaterais, não sendo susceptível a aplicação analógica deste artigo aos contratos unilaterais, uma vez que não vê que a analogia se justifique, pelo que não acompanha o entendimento defendido pelo Professor Oliveira Ascensão ao propor a aplicação analógica do artº. 102º. do CIRE não apenas aos contratos bilaterais mas também aos contratos e negócios unilaterais³⁷⁹.

Porém, os Professores Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra³⁸⁰ partem do princípio que o sinal confirmatório para actuação do direito ao sinal em dobro tem como pressupostos: a ilicitude, a culpa e a imputabilidade do não cumprimento ao devedor, por ter sido causado com culpa.

Cumpra assim diferenciar cada uma das situações acima referidas relativamente à licitude e a ilicitude, começando pelo cumprimento da prestação.

A este respeito defendem os Professores Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra que o devedor que não cumpre a sua obrigação porque entende que não deve cumprir não obstante encontrar-se obrigado, e o motivo da sua recusa não ser lícito. Então, neste caso, o devedor deve ser responsabilizado/punido por não ter cumprido, deste modo, sendo o sinal confirmatório – penal e tendo sido constituído sinal pelo promitente-comprador deve o promitente-vendedor ser condenado a pagar o sinal dobro³⁸¹.

Diferentemente, acontece com o devedor que se recusa a cumprir em virtude de já ter cumprido ou terceiro ter feito por si, recusa lícita, não há incumprimento.

Com efeito, o artº. 442º. n. 1 e 2 do Código Civil, tem implícita essa distinção, estabelecendo que aquele que deixar de cumprir perderá o sinal isto por parte do promitente-comprador e por outro lado pagará o sinal em dobro por parte do promitente-vendedor, desde que haja um incumprimento definitivo do contrato-promessa, referindo-se o nº. 2 em concreto ao contrato-promessa.

³⁷⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009.p. 140

³⁷⁹ Ibidem

³⁸⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto -; SERRA, Catarina - Insolvência e contrato-promessa. **Revista da Ordem do Advogados**. Lisboa: Ano 70, 2010, p. 416.

³⁸¹ ³⁸¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto -; SERRA, Catarina - Insolvência e contrato-promessa. **Revista da Ordem do Advogados**. Lisboa: Ano 70, 2010, p. 416.

A Professora Ana Prata³⁸² refere que ocorrendo o incumprimento de uma das obrigações contratuais, a primeira parte do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, consagra aquele que é o regime histórico do sinal:

- a) - Perda, quando o incumprimento provenha de uma actuação (positiva ou omissiva) culposa do contraente que o constituiu;
- b) – Restituição em dobro quando o incumpridor seja o *accipiens* do sinal.

Este regime significa uma pena convencional de igual montante para qualquer das partes no contrato³⁸³.

O sinal confirmatório, sendo uma cláusula destinada a funcionar a dois títulos jurídicos em alternativa, ele desempenha a sua função penal em caso de incumprimento, nos mesmos termos em que uma cláusula penal desempenharia. Quer isto dizer que a eficácia penal a que é feita referência está dependente da verificação de dois pressupostos:

- a) – que a obrigação não cumprida seja aquela para que o sinal foi constituído;
- b) – que o incumprimento ocorrido reúna as características que, legal ou convencionalmente, integrem a aptidão para desencadear a eficácia indemnizatória convencional que o sinal reveste³⁸⁴.

Daí que se as partes nada tiverem convencionalizado, o regime sancionatório do sinal estipulado por lei só será aplicável se a obrigação que não for cumprida corresponder àquela que constitui a relação obrigacional principal e tipificadora do contrato.

Significa o acima referido que não é todo e qualquer incumprimento que desencadeia a eficácia penal do sinal.

Com efeito, se o incumprimento tiver por objecto uma obrigação secundária, legal ou convencional, será aplicável o regime geral – execução específica, caso a obrigação dela seja passível, se o não for, haverá lugar a uma indemnização moratória, nos termos gerais, caso se encontrem reunidos todos os pressupostos.

Porém, sendo o sinal completamente alheio à situação de incumprimento, a indemnização compensatória resultará do regime geral³⁸⁵.

³⁸² PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. 2ª. reimp. da ed. de 1994. Coimbra: Almedina. 2009, p. 776

³⁸³ Ibidem.

³⁸⁴ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. 2ª. reimp. da ed. de 1994. Coimbra: Almedina. 2009, p. 777

³⁸⁵ Ibidem

Uma outra situação a ser tida em consideração é aquela em que a obrigação não cumprida era acessória ou instrumental da obrigação principal, caso em que a produção de efeitos penais do sinal resultantes desse incumprimento dependerá dele determinar ou não subsequentemente o incumprimento da obrigação principal. Assim sendo, só ao não cumprimento desta respeita o sinal na sua eficácia sancionatória.

Ora, o administrador da insolvência deve agir com a diligência exigida a um gestor criterioso e ordenado relativamente à massa insolvente – artº. 59º. nº. 1 do CIRE -, ou seja com a diligência exigida de *um bonus pater familiae*, pelo que a sua recusa, apesar de ser legalmente admissível não podemos perder de vista que cessando os poderes disposição do insolvente com a declaração de insolvência, são os mesmos transferidos para o administrador de insolvência que vai agir em representação do devedor, pelo que a recusa infundada não obstante o interesse da massa insolvente, há culpa que pode resultar da acção ou da omissão de um comportamento que lhe seria exigido por lei, se estando ele obrigado a praticar o acto – celebrar o contrato-promessa meramente obrigacional – há ilicitude e culpa pelo que estão reunidos os pressupostos para o funcionamento da regra do sinal. Porquanto, a declaração de insolvência não extingue os negócios em curso mas suspende a execução dos mesmos – artº. 102º. nº. 1 do CIRE.

Com efeito, o facto constitutivo do direito do credor ao sinal indemnizatório é o incumprimento culposos da obrigação, sendo suficiente ao credor, para o exercício do direito a produção da prova do incumprimento, presumida, como está legalmente, a culpa do devedor³⁸⁶.

Sucedendo que o administrador da insolvência não assume nenhuma obrigação contratual, mas é investido por lei no exercício de funções.

A eficácia sancionatória do sinal pressupõe a extinção do contrato de que ele constitui cláusula acessória, designadamente a sua restituição em dobro.

Ocorrendo o não cumprimento definitivo por impossibilidade culposa ou por perda do interesse creditício ou pelo decurso do prazo suplementar cominatório, o credor resolve o contrato e acciona os efeitos cominatórios próprios do sinal.

Relativamente à questão do contrato ser unilateral e não terem as partes constituído convencionalmente o direito à resolução do contrato com fundamento no incumprimento

³⁸⁶ PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. 2ª. reimp. da ed. de 1994. Coimbra: Almedina. 2009, p. 793.

culposo, a convenção arral comporta esse significado convencional.

Porém, a lei portuguesa não o refere nem se afigura que a natureza e a função do instituto do sinal supõem, nos contratos unilaterais, a prévia extinção do contrato, teremos que concluir pela inexistência de tal conteúdo convencional na cláusula de sinal, facto que está de acordo com a tradição histórica do instituto.

É entendimento doutrinário que, actualmente no CIRE, o promitente-comprador que tenha constituído sinal em caso de insolvência não tem direito à restituição do sinal em dobro.³⁸⁷

Efectivamente o artº. 164º.-A, nº. 1 do CPEREF previa no caso de extinção do contrato-promessa a perda do sinal ou a restituição do sinal em dobro.

No caso do contrato-promessa com eficácia obrigacional entende uma parte da doutrina³⁸⁸ que recusando-se o administrador de insolvência em cumprir o contrato promessa, a indemnização será calculada nos termos dos artºs. 104º. nº. 5 e 103º. do CIRE.

Suscitada a questão da compatibilidade entre a actuação do sinal confirmatório previsto no artº. 410º. nº. 3 e 830º. nº. 3 do Código Civil e o reconhecimento do direito ao administrador de insolvência de poder recusar o cumprimento do contrato-promessa, entende uma parte da doutrina que a resposta parece dever ser negativa³⁸⁹, em virtude de o direito em causa ser susceptível de gerar conflitualidade com o regime do sinal confirmatório, face ao preceituado no artº. 442º. nº. 2 do Código Civil bem como com o regime dos artºs. 102º. a 118º. do CIRE, atento ao preceituado pelo artº. 119º. do CIRE.

Para além disso, considerando que as funções compulsória ou indemnizatória do sinal confirmatório relativamente ao funcionamento do sinal em dobro têm subjacente a verificação de três pressupostos:

- a) – O não cumprimento por parte do devedor;
- b) - Que o não cumprimento seja ilícito;
- c) – Que a ilicitude do não cumprimento seja imputável ao devedor, por ter sido causado por culpa.

Ora, se o não cumprimento for lícito a função compulsória do sinal frustra-se.

³⁸⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina – Insolvência e contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70. 2010. p. 413.

³⁸⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina – Insolvência e Contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70. 2010. p. 413.

³⁸⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina – Insolvência e Contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70. 2010. p. 416.

Porém, se o promitente-vendedor deixar de cumprir o contrato-promessa estando reunidas todas as condições para o seu cumprimento, a sua conduta passa a ser ilícita e culposa, a função compulsória da cláusula do sinal produzirá os seus efeitos repercutindo-se na esfera jurídica daquele que deixou de cumprir, como é o caso do devedor que não cumpre por não quer e por isso deve ser sancionado.

Posteriormente, à declaração de insolvência a defesa do interesse dos credores ganha primazia relativamente aos interesses de terceiros que contrataram com o devedor, determina a atribuição ao administrador de insolvência do direito de optar pela execução do contrato ou pela recusa de cumprimento do contrato, fundamentando a suspensão do cumprimento do contrato bilateral ainda não executado pelas partes³⁹⁰.

Não havendo recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência, a obrigação correspondente ao período posterior passa a constituir dívida da massa insolvente, nos termos do artº. 51º. nº. 1 e), f) e g) do CIRE³⁹¹.

Porém, o artº. 102º. limita a indemnização ao valor da prestação do devedor deduzido do valor da contraprestação de que a outra parte ficou exonerada. Admite este artigo que o administrador de insolvência possa exigir da outra parte o valor da prestação já realizada pelo devedor, na parte em que o mesmo exceda o valor da contrapartida recebida.³⁹²

Segundo o Professor Menezes Leitão³⁹³, a recusa de cumprimento gera uma indemnização por incumprimento em que o legislador manda aplicar integralmente a teoria da diferença.

Salienta o Professor Menezes Leitão que, atento ao estatuído no artº. 102º. nº. 3 al. d) (iii) do CIRE a indemnização por incumprimento constitui um crédito sobre a massa insolvente, não gozando da mesma prioridade de satisfação dos créditos da massa.³⁹⁴ Acrescentando que ao ser estabelecido, no seu nº. 3 al. d):i), como limite máximo o valor da obrigação correspondente à prestação já efectuada pelo devedor, parece que o crédito é meramente eventual, só existindo na medida em que possa ser compensado por dívidas à massa, estabelecendo, para além disso, o nº. 3 al. d):ii) que o crédito de indemnização é abatido do valor que a parte tenha direito como direito por aplicação da al. c) do nº. 3 do artº. 102º. do CIRE.

³⁹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009.p. 140.

³⁹¹ Ibidem

³⁹² Ibidem

³⁹³ Ibidem

³⁹⁴ Ibidem

Entende o Professor Menezes Leitão que o artº. 106º. do CIRE omite a hipótese de o beneficiário da promessa sem eficácia real se encontrar na posse da coisa, caso em que o artº.755º. al. f) do CC lhe atribui um direito de retenção que constitui uma garantia que tem de ser atendida em sede de insolvência, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento do contrato. Mais acresce o Professor que a estipulação de sinal e o direito ao aumento do valor da coisa não podem ser afectados por esta recusa do administrador, pelo que a solução deste artigo é dificilmente compreensível³⁹⁵.

Relativamente aos casos em que o promitente-comprador não tenha beneficiado da entrega da coisa, entende o Professor Menezes Leitão que já é possível haver a recusa de cumprimento do contrato por parte do administrador de insolvência, não podendo o promitente-comprador exigir o pagamento do sinal em dobro nem recorrer à execução específica e nos termos do artº. 104º. nº. 5 do CIRE, terá direito como indemnização a receber a diferença, se positiva, entre o valor da coisa objecto do contrato prometido à data da recusa e a parte do preço que ainda teria que pagar, diferença essa que constitui um crédito sobre a insolvência³⁹⁶.

Sucede que a declaração de insolvência tem como efeito a perda do benefício do prazo nos casos do prazo estipulado pelas partes situação que desencadeia o vencimento do crédito que por sua vez legitima o exercício do direito de retenção, uma vez que este, em regra, só pode ser exercido com o vencimento do crédito³⁹⁷. Contudo, no caso do contrato-promessa só o incumprimento definitivo permite o exercício do direito de retenção que no caso da insolvência deixa de ter o mesmo sentido, propriedade que tem no artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, face à recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência que não teve intervenção no contrato-promessa celebrado entre o promitente-comprador e o promitente vendedor e tenha havido tradição da coisa.

Outrossim, declarada a insolvência do dono da coisa, o retentor terá que a entregar ao administrador, na medida em que sendo o bem do insolvente integra a massa – artº. 46º. nº. 1 do CIRE – e o administrador terá de o apreender – artºs. 149º. e 150º. do CIRE, sem que o direito real de garantia do promitente-comprador se extinga. Devendo para o efeito exercer o seu direito, como titular de um crédito garantido - artº. 47º. nº. 4 al. a) do CIRE, no processo de insolvência. O promitente-comprador terá de reclamar³⁹⁸.

³⁹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009.p. 146.

³⁹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009.p. 183.

³⁹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Garantia das obrigações**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009.p. 242.

³⁹⁸ VASCONCELOS, Miguel Pestana de – **Direito das garantias**. Coimbra: Almedina. 2011.p.326.

Sucedee, porém, que há entendimento jurisprudencial³⁹⁹, que defende o não reconhecimento do sinal nem do direito de retenção ao promitente-comprador titular do contrato promessa com eficácia obrigacional que tenha beneficiado da tradição da coisa no caso de recusa por parte do administrador da insolvência, por ausência de culpa e de comportamento ilícito, seguindo o entendimento dos Professores Doutores Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA e Catarina SERRA⁴⁰⁰.

Sendo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE, omissivo relativamente aos contratos-promessa sem eficácia real, é-lhe aplicável o regime geral do artº. 102º. do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas⁴⁰¹.

Luís Carvalho Fernandes e João Labaredas entendem que regulando o artº. 106º. nº. 1 do CIRE o caso de ser insolvente o promitente-vendedor, se se verificar esta situação e o promitente-comprador se encontrar na posse da coisa traditada, o administrador da insolvência não poderá recusar o cumprimento do contrato, ficando ambas as partes vinculadas a celebrar o contrato definitivo⁴⁰².

Porém, já admite a possibilidade de recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência nos casos em que o contrato-promessa com eficácia real mas que não tenha havido a tradição da coisa⁴⁰³, entendimento que parece estar de acordo com a letra nº. 1 do

³⁹⁹ QUERIDO, Carlos - – Acórdão. [Em linha]. Insolvência. Contrato- Promessa. Recusa. Cumprimento. Coimbra: Tribunal da Relação de Coimbra. Processo nº. 273/05.2 TBGVA.C1. 30/11/2010. [Consultado em 27/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt> - Sumário: “I – Decorre do nº. 1 do artº 106º. do CIRE, que o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento do contrato-promessa, desde verificados cumulativamente dois requisitos: i) se for atribuída eficácia real ao contrato; ii) se houve tradição. II – Não tendo sido atribuída eficácia real ao contrato-promessa verificando-se a ausência de um dos requisitos essenciais previstos no nº. 1 do artº. 106º. do CIRE, apesar de ter havido tradição da coisa prometida, o administrador da insolvência pode recusar o cumprimento do contrato. III – Não se poderá considerar sinal, um crédito não quantificado pelo contrato, referente a comissões de vendas, devido pelo promitente-comprador. IV – Ainda que haja sinal, porque o administrador da insolvência actua de forma lícita, no âmbito das suas atribuições e competências legais, ao abrigo da faculdade de recusa que lhe é conferida pelo artº. 106º. do CIRE, não se verifica o incumprimento culposos, mas antes uma forma especial de extinção do contrato, prevista na lei, sem que importe a restituição em dobro.”

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina – Insolvência e Contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70. 2010.

⁴⁰¹ CARVALHO, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado** e actual. de acordo com o Decreto-Lei nº. 282/2007. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora. 2008, p. 400, anotação 2.

⁴⁰² CARVALHO, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit., p. 400, anotação 4.

⁴⁰³ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2 ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.183.

artº. 106º. do CIRE que expressamente contempla os casos de ter havido tradição para os casos em que é defeso um comportamento de recusa.

O Professor defende uma interpretação correctiva do artº.106º. nº. 1 do CIRE no sentido, por lado, da declaração de insolvência não prejudicar o contrato-promessa com eficácia real e, por outro, os contratos-promessa sem eficácia real em que tivesse havido tradição da coisa, sendo esta a hipótese contemplada no artº 106º. nº. 1 do CIRE.⁴⁰⁴

Porém, o artº. 106º. nº. 2 do CIRE apenas abrangeria as situações em que não tivesse ocorrido a tradição da coisa para o promitente-comprador, neste caso, admite o Professor Menezes Leitão que o administrador da insolvência se possa recusar a cumprir o contrato-promessa, nos termos gerais, mas devendo o crédito sobre a insolvência ser calculado de acordo com o critério do artº. 104º. nº. 5 do CIRE, o crédito previsto no artº. 102º. nº. 3 al. c) do CIRE, diferença interpretativa esta que deve ser tomada em consideração⁴⁰⁵.

Entende o Professor que o artº. 106º. do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, suscita a maior perplexidade⁴⁰⁶.

Porém, o artº. 106º. nº. 2 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, sujeita ao mesmo regime da venda com reserva de propriedade, a recusa de cumprimento da promessa de compra e venda quanto à limitação da indemnização independentemente da declaração de insolvência se reportar ao promitente-vendedor ou ao promitente-comprador.

O Professor Menezes Leitão considera que o artº. 106º. do CIRE omite a hipótese do promitente-comprador que tenha obtido a tradição da coisa mas que não é titular de um contrato-promessa com eficácia real, situação que se verifica com amiúde, em que o artº. 755º. do Código Civil atribui um direito de retenção⁴⁰⁷, que constitui uma garantia real que tem de ser considerada em sede de insolvência, assim como não podem ser afectados a estipulação do sinal e o direito ao aumento do valor da coisa pela recusa de cumprimento, pelo que considera dificilmente compreensível a solução deste artigo⁴⁰⁸.

Entende o Professor Menezes Leitão que a recusa de cumprimento do contrato-promessa só deve ser admitida nos casos em que o promitente-comprador não tenha beneficiado da

⁴⁰⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência**. 5 ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.146, anotação 5.

⁴⁰⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.182

⁴⁰⁶ CARVALHO, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit., p. 400, anotação 4.

⁴⁰⁷ Ibidem

⁴⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.146, anotação 4.

tradição da coisa, quer o contrato-promessa tenha ou não eficácia real⁴⁰⁹.

Uma vez recusado o cumprimento, nenhuma das partes terá direito à restituição do que prestou de acordo com o disposto no artº. 102º. nº. 3 al. a) do CIRE, consequentemente o promitente-vendedor, por força desta disposição, não terá de restituir o sinal recebido ou qualquer antecipação do preço. No entanto, neste caso, o promitente-comprador, ao abrigo do disposto no artº. 104º. nº. 5 do CIRE, terá direito a receber uma indemnização correspondente à diferença, se positiva, entre o valor da coisa objecto do contrato prometido, na data da recusa, e o montante do preço que teria que pagar, o qual constitui crédito sobre a insolvência⁴¹⁰.

Consequentemente, a recusa de cumprimento irá afectar os direitos do promitente-comprador decorrentes do contrato-promessa, uma vez que não poderá recorrer à execução específica, nos termos do artº. 830º. do Código Civil nem solicitar o pagamento do sinal em dobro, nos termos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil⁴¹¹.

Por outro lado, é dificilmente compreensível a solução deste artigo relativamente ao facto de a recusa de cumprimento afectar a estipulação do sinal e o direito ao aumento do valor da coisa⁴¹².

Na realidade, a recusa de cumprimento do administrador de insolvência não pode afectar o sinal nem o direito ao aumento ao valor da coisa⁴¹³.

O contrato-promessa com eficácia real é um direito real de aquisição a favor do beneficiário da promessa, pelo que não vislumbra o fundamento ou o motivo porque deve ser afectado pela insolvência, independentemente de se encontrar ou não na posse do bem objecto do contrato prometido⁴¹⁴.

Ora, por essa razão dificilmente é compreensível a solução do artº. 106º. nº. 1 do CIRE⁴¹⁵.

Este facto levou a que o Professor Menezes Leitão **defenda uma interpretação correctiva da** citada disposição, no sentido de resultar da mesma que em situação alguma o contrato-promessa eficácia real ficará afectado com a declaração de insolvência⁴¹⁶.

⁴⁰⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.183

⁴¹⁰ Ibidem

⁴¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.146, anotação 4.

⁴¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.182

⁴¹³ Ibidem

⁴¹⁴ Ibidem.

⁴¹⁵ Ibidem

Mais defende o Professor Menezes Leitão que o contrato-promessa sem eficácia real também não deve ser objecto de recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência, caso o beneficiário tenha obtido a tradição da coisa⁴¹⁷.

Ora, quer nos casos do contrato-promessa com eficácia real quer nos casos em que tenha havido a tradição da coisa nos contratos-promessa sem eficácia real, havendo posse da coisa, deve ser reconhecido o direito de retenção, garantia real que não pode deixar de ser considerada no processo de insolvência designadamente na graduação de créditos.

Porque neste caso, o promitente-comprador goza do direito de retenção, em virtude de se encontrarem reunidos os pressupostos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil.

O direito de retenção é um direito real de garantia enquanto que o contrato-promessa com eficácia real é um direito real de aquisição.

Defende ainda o Professor Menezes Leitão que a recusa do incumprimento por parte do administrador de insolvência **só deverá ter por objecto apenas os casos em que o promitente-comprador não beneficiou da tradição da coisa**, devendo o crédito sobre a insolvência previsto no artº. 102º. nº. 3 al. c) ser calculado com o critério do artº. 104º. nº. 5 do CIRE⁴¹⁸.

Luís A. Carvalho FERNANDES e João LABAREDDAS entendem que caso não exista a posse por parte do promitente-comprador, na data da declaração da insolvência, deve ser aplicado o regime geral previsto no artº. 102º. do CIRE⁴¹⁹ - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas.

Ocorrendo a referida recusa nenhuma das partes terá direito ao que prestou, como resulta do disposto no artº. 102º. nº. 3 al. a) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, subsequentemente, o promitente-vendedor não terá que restituir o sinal recebido ou qualquer antecipação do preço⁴²⁰.

Porém, nesse caso e nos termos do disposto no artº. 104º. nº. 5 do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, o promitente - comprador terá direito receber uma

⁴¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.146, anotação 5.

⁴¹⁷ Ibidem

⁴¹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, pp. 182-183.

⁴¹⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – **Código da insolvência e da recuperação de empresa anotado** e actual. de acordo com o Decreto-Lei nº. 282/2007. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora. 2008, p. 400, anotação 5.

⁴²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 183.

indenização correspondente à diferença, no caso de ser positiva, entre o valor da coisa objecto do contrato prometido à data da recusa e o valor do preço que ainda teria que pagar, que constitui um crédito sobre a massa insolvente⁴²¹.

Deste modo, ficam afectados os direitos do promitente-comprador em consequência da recusa de cumprimento, em virtude de ficar impedido de recorrer à execução específica e de solicitar o pagamento do sinal em dobro, nos termos dos artº. 830º. e 442º. nº. 2, respectivamente, ambos do Código Civil⁴²².

Porém, no caso de a insolvência ser do promitente-comprador, segundo o Professor Menezes Leitão, é bastante mais complexo o regime estabelecido para o efeito⁴²³.

Neste regime, qualquer recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência não obstará a manutenção do direito do promitente-vendedor de requerer a restituição e separação de bens, nos termos do artº. 141º. nº. 1 al., a), caso a coisa objecto do contrato prometido se encontre na posse do promitente-comprador, na medida em que não deixou de ser proprietário da coisa prometida vender, entendimento defendido pelo Professor Menezes Leitão⁴²⁴.

Para além disso, uma vez que a recusa de cumprimento não implica a restituição do que tiver sido prestado – cfr. artº. 102º. do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, não poderá, o administrador da insolvência, reclamar a restituição do sinal que o promitente-comprador insolvente tenha prestado ao promitente-vendedor⁴²⁵.

Face ao exposto, entende o Professor Menezes Leitão que não faz sentido que o promitente-vendedor adquira simultaneamente direito à indemnização consignada no artº. 104º. nº. 5 do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, atento ao disposto no artº. 106º. nº. 2 do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, na medida em que seria necessário que a insolvência da outra parte lhe atribuisse um benefício que é excluído expressamente pelo artº. 442º. nº. 4 do Código Civil⁴²⁶.

Assim sendo, ocorrendo a insolvência do promitente-comprador e tenha havido a constituição de sinal parece que o promitente-vendedor estará impedido de reclamar a indemnização prevista no artº. 104º. nº. 5 do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas,

⁴²¹ Ibidem

⁴²² Ibidem

⁴²³ Ibidem

⁴²⁴ Ibidem

⁴²⁵ Ibidem

⁴²⁶ Neste sentido: LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op. cit. p. 183 e VASCONCELOS, Pestana – **A cessão**, pp. 901-902, nota 1669.

havendo apenas direito ao sinal recebido e a restituição ou separação da coisa⁴²⁷.

Ocorrendo a situação acima referida, o direito à indemnização do promitente-vendedor apenas existirá em relação aos contratos-promessa não sinalizados, em que não tendo o promitente-vendedor que restituir a parte do preço já recebida, ser-lhe reconhecido o direito de reclamar, como crédito sobre a insolvência, a diferença, se positiva, entre o preço ainda não satisfeito e o valor da coisa no momento da recusa⁴²⁸.

Contudo, o administrador da insolvência pode optar pela execução do contrato -promessa, nos termos do n.º 1 do art.º 102.º do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, solicitando a execução específica do contrato-promessa, caso em que o promitente-vendedor perderá, se não for o insolvente, o direito à restituição e separação de bens⁴²⁹.

Ficando o cumprimento do contrato-promessa suspenso, nos termos do n.º 1 do art.º 102.º do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, consequentemente parece que a outra parte não poderá desencadear os efeitos resolutivos da estipulação de sinal previstos no art.º 442.º do Código Civil, enquanto o administrador da insolvência não comunicar a sua opção⁴³⁰.

Porém, o credor do insolvente pode fazer uma interpelação admonitória ao administrador da insolvência, nos termos do art.º 102.º n.º 2 do CIRE, estipulando uma data para que o contrato seja cumprido e caso o comportamento seja omissivo, será entendido como recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência o promitente-vendedor uma vez ultrapassado será considerado como recusa de cumprimento, nos termos do art.º 102.º n.º 2 do CIRE.

É de referir que generalizam no art.º 102.º do CIRE - Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, alguns dos pontos do regime que o art.º 161.º do CPEREF dedicava à “compra e venda ainda não cumprida⁴³¹.”

O princípio geral do art.º 102.º do CIRE não tem o alcance que a sua epígrafe sugere, mas antes mais limitado⁴³², porque o estatuído no número um deste artigo cede perante o disposto nos artigos seguintes sempre que estes se afastem da previsão do número um.

O Professor Menezes Leitão defende que existe uma outra limitação que se traduz no facto

⁴²⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op. cit. p. 183

⁴²⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op. cit. p. 184

⁴²⁹ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op. cit. p. 184.

⁴³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – Op. cit. p. 184

⁴³¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 388, anotação 2.

⁴³² FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 388, anotação 5.

deste artigo só se aplicar a contratos bilaterais desde que nenhuma das partes tenha cumprido na totalidade o contrato, como refere⁴³³.

Acrescentando que é difícil que ambas as partes não cumpram o contrato, podendo no entanto verificar-se o incumprimento por parte de uma delas⁴³⁴.

O artº. 102º. nº. 2 do CIRE atribui um valor declarativo ao silêncio do administrador da insolvência, nos termos do artº. 218º. do Código Civil, considerando haver silêncio se o administrador nada declarar, pelo que caso ele pretenda dar execução ao contrato deve declará-lo dentro do prazo concedido para cumprimento do contrato.

A recusa de cumprimento do administrador de insolvência causará, geralmente, prejuízos à outra parte, estabelecendo o artº. 102º. nº. 3 al. d) um regime de indemnizações para os danos que ocorrerem⁴³⁵.

Os Professores Luís A. Carvalho Fernandes e João Labaredas entendem que se o promitente-comprador não se encontrar na posse da coisa à data da declaração de insolvência, deve ser aplicado o regime geral fixado pelo artº. 102º. do CIRE⁴³⁶.

Idêntico regime deve ser aplicado no caso de o insolvente ser o promitente-comprador⁴³⁷.

É verdade que o CIRE, como resulta do seu preâmbulo tem por objecto a defesa do interesse dos credores, sendo legítimo questionar se o direito do consumidor constitucionalmente consagrado que presidiu ao aparecimento do artº. 442º. e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei nº. 379/86 de 11/ de Novembro, com a redacção dada pela Declaração de 31 de Dezembro de 1986, atribuído ao promitente-comprador deve ceder perante o interesse dos credores.

Parece que não deve no caso do promitente-comprador consumidor. Porém, já assim ocorrerá nos demais casos, atento aos efeitos da recusa previstos no artº. 104º. 5 do CIRE aplicável em cumprimento do nº. 2 do artº. 106º. do CIRE.

Com efeito o CPEREF previa a extinção dos contratos-promessa com eficácia meramente obrigacional e o pagamento do sinal em dobro ou a perda do sinal. Porém, o CIRE estipula a suspensão dos negócios em curso no seu artº. 102º. nº. 1, atribuindo ao administrador da

⁴³³ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 140.

⁴³⁴ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 118.

⁴³⁵ Cfr. - FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 390, anotação 10.

⁴³⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 400, anotação 5.

⁴³⁷ Ibidem.

insolvência o direito de recusar ou cumprir o contrato-promessa e estipulando uma norma imperativa no seu artº. 119º. que afasta o regime previsto no Código Civil, não dizendo claramente que o contrato-promessa sem eficácia real se extingue com a declaração da insolvência, deixando o promitente-comprador que seja consumidor desprotegido, não fazendo referência ao direito do consumidor nem à tutela deste e do conjunto de normas afasta as regras do direito civil, ao reconhecer o direito ao administrador da insolvência de recusar o cumprimento do contrato-promessa, legalizando a recusa afastando deste modo a culpa e a ilicitude subjacentes aos artºs. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, fazendo intervir na relação jurídica uma terceira pessoa que não é parte no contrato e decidir sobre o mesmo ainda que contra a vontade da parte insolvente e obrigada, sem proteger o direito do consumidor designadamente do promitente-comprador.

Relativamente ao contrato-promessa sem eficácia real, entende uma parte da doutrina que o legislador disse no CIRE o que efectivamente queria dizer, não havendo qualquer omissão⁴³⁸, sendo que outra parte da doutrina entende que estamos perante uma omissão⁴³⁹.

Jurisprudencialmente⁴⁴⁰, é entendido que a lei insolvencial não quis adoptar o regime da lei geral que é o Código Civil, atento o estatuído no nº. 2 do artº. 119º. do CIRE, reportando-se aos artºs. 102º. a 118º. do mesmo Código, afastando o artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, não sendo a indemnização correspondente à restituição do sinal em dobro, segundo o Professor Menezes Leitão⁴⁴¹, *ainda que seja fortemente restringida* – artº. 102º. nº. 3 al. d) do CIRE.

Ora, segundo o Professor Menezes Leitão que:

“ A recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência não prejudica o direito à indemnização pelos prejuízos causados à outra parte pelo incumprimento, ainda que esta indemnização seja fortemente restringida (artº. 102º. nº. 3 al. d)). Assim, para além de esta indemnização ter a natureza de crédito sobre a insolvência (artº. 102º. nº. 3 d) (iii)) o seu montante é correspondente à prestação já efectuada pelo devedor, na medida em que não tenha sido realizada pela outra parte (artº. 102º. nº. 3, d) (i) e nº. 3 b)), sendo ainda abatida do quantitativo a que a outra parte tenha direito (artº. 102º. nº. 3 d) (ii), isto é, a parte da prestação que não foi paga pelo devedor subtraindo-se o houver sido pago pelo credor, desobrigando-o (artº. 102º. nº. 3 c)).”

O que permite inferir que o promitente-comprador não tem direito ao pagamento do sinal em

⁴³⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto -; SERRA, Catarina - Insolvência e contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Ano 70, 2010, p. 405.

⁴³⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.182

⁴³⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 400, anotação 5.

⁴⁴⁰ RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº. 6132/08.0TBRRG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em //2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁴⁴¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.174

dobro, por não ser aplicável o artº. 442º. nº. 2 do Código Civil.

Sucedendo que o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, reconhece o direito de retenção ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre o crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artº. 442º.

O direito de retenção como direito real de garantia, é invocável pelo promitente-comprador que obteve a tradição da coisa, visando o crédito pelo dobro do sinal prestado em caso de incumprimento definitivo do contrato pelo promitente-vendedor.⁴⁴²

Ora, não sendo aplicável na insolvência o artº. 442º. nº. 2 do Código Civil consequentemente não dispõe o promitente-comprador do direito de retenção nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil.⁴⁴³

Deste modo, infere-se que o promitente-comprador de coisa imóvel que obteve a tradição da coisa, não goza no direito insolvencial dos mesmos direitos reconhecidos pelo Código Civil⁴⁴⁴.

No CIRE o legislador não distingue o promitente-comprador enquanto consumidor do promitente-comprador que se dedica à compra para revenda com vista à obtenção do lucro, pese embora se tratem de situações diferentes que merecem tutela diferente.

O regime consagrado nos artºs. 442º. nº. 2 e 775º. nº. 1 al. f) do Código Civil tem subjacente a culpa e a ilicitude no caso de incumprimento definitivo do contrato-promessa imputável à parte contrária, designadamente ao promitente-vendedor protegendo o promitente-comprador enquanto consumidor daí atribuir-lhe o direito de retenção desde que tivesse havido tradição da coisa.

Porém o regime estabelecido no CIRE no artº. 106º. nº. 2, 104º. nº. 5 e 102º. não pressupõem a culpa do administrador nem a ilicitude, conferindo-lhe um direito potestativo de recusar o cumprimento do contrato-promessa ou decidir-se pelo seu cumprimento, procurando afastar o direito de retenção em caso de recusa do administrador da insolvência relativamente aos promitentes-compradores que tivessem beneficiado da tradição da coisa mas cujo contrato-

⁴⁴²SILVA, Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**. 11ª. ed. Coimbra: Almedina. 2006, p. 176

⁴⁴³RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Tradição. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº. 6132/08.0TBORG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁴⁴⁴Ibidem

promessa fosse meramente obrigacional, caindo no âmbito do artº.106º. nº. 2 do CIRE, sendo por esse facto aplicável o regime estabelecido no artº. 102º. do CIRE que esvaziando a culpa subjacente no artº. 442º. do Código Civil, consequentemente deixa de haver fundamento para aplicação do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, uma vez que este remete para o primeiro.

Porém, o direito do consumidor tem consagração constitucional no artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa e na Lei 24/96 de 18 de Julho, materializada no artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, relativamente ao promitente-comprador na qualidade de consumidor⁴⁴⁵.

Sucedo que o CIRE não considerou o direito do consumidor daí não fazer qualquer referência nas suas diferentes disposições, pese embora, o artº. 755º. nº. 1 do Código Civil tenha surgido na lógica da defesa do Consumidor⁴⁴⁶.

Ora, sendo consumidor, o promitente-comprador de habitação própria que tenha beneficiado da tradição da coisa carece de tutela legal, no caso de incumprimento definitivo do contrato-promessa por parte do vendedor ou no caso de recusa por parte do administrador da insolvência, consequentemente há uma lacuna no CIRE relativamente ao direito do consumidor.

Suscita-se porém a questão da tutela do promitente-comprador adquirente de habitação própria que o integra na qualidade de consumidor, tendo presente que o legislador pretendeu protegê-lo como resulta do nº. 4 do preâmbulo do Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, com a redacção dada pela Declaração de 31/12/1986, que esteve na origem do regime especial de direito de retenção, no artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, ao referir o seguinte:

“(…)Neste conflito de interesse, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do consumidor. Não que se desconheçam ou esqueçam a protecção devida aos legítimos direitos das instituições de crédito e o estímulo que merecem como elementos de grande importância na dinamização da actividade económico-financeira. Porém, no caso, estas instituições, como profissionais, podem facilmente precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de selectividade do crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares a respeito das deficiências e da solvência das empresas construtoras.

Persiste, em suma o direito de retenção que funciona desde 1980. No entanto, corrigem-se inadvertências terminológicas e desloca-se essa norma para lugar mais adequado, incluindo-a entre os restantes casos de

⁴⁴⁵Ibidem e Vasconcelos, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Em recente estudo publicado nos **Cadernos de Direito Privado, nº. 33 – Janeiro/Março de 2011.**

⁴⁴⁶ Cfr. Ponto 4 do Preâmbulo do Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro com a Redacção dada pela **Declaração** de 31 de Dezembro de 1986.

direito de retenção [artigo 755º. nº. 1 al. f)](...)”.

Por sua vez o artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa sob a epígrafe “Direitos dos consumidores” dispõe o seguinte:

“1 – Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.”

O conceito de consumidor resulta do nº. 1 do artº. 2º. da Lei nº. 24/96, de 31 de Julho.

A *ratio* da norma é a tutela do promitente-comprador que seja consumidor, por serem estes que carecem de protecção daí serem os destinatários da norma.⁴⁴⁷

Sucedem que do preâmbulo do Decreto-Lei nº. 53/2004, de 18 de Março que aprovou o CIRE e os diferentes diplomas que introduziram alterações, norteados pela defesa dos interesses dos credores e da segurança jurídica, com vista ao afastamento da possibilidade de ser facilmente frustrada através da prática pelo devedor de actos de dissipação da garantia comum dos credores, preocupação esta que desde o Decreto-Lei nº. 236/80 de 18 de Julho foi manifestada, não resulta qualquer referência à tutela do consumidor.

O legislador não distingue no artº. 102º. nº. 3 do CIRE o promitente-comprador enquanto consumidor do promitente-comprador não consumidor, apesar de se tratarem de duas realidades diferentes que merecem tutela diferente, uma vez que quer o incumprimento definitivo por parte do promitente-vendedor quer a recusa de cumprimento do contrato pelo administrador da insolvência geram a impossibilidade de celebração do contrato prometido e o direito à indemnização, divergindo na tutela legal que recai sobre cada um deles, pelo que não podem ser tratados do mesmo modo, sob pena de serem violados princípios e normas constitucionais.

Na verdade, a necessidade de tutela do interesse do promitente-comprador adquirente de habitação própria, enquanto consumidor, tem a sua origem desde 1980 tendo sido considerada constitucional, não obstante o decurso dos anos persiste a necessidade de tutela quer as causas subjacentes à frustração da celebração do contrato prometido sejam lícitas ou ilícitas e culposas, atenta a expectativa jurídica criada na consolidação e estabilidade do contrato bem com convicção da segurança jurídica na concretização do contrato prometido e a aquisição da habitação própria, independentemente do contrato-promessa ter ou não eficácia real, uma vez que a própria lei não exige que os contratos- promessa tenham que ser registados e o direito de retenção também não está sujeito a registo.

⁴⁴⁷Vasconcelos, L. Miguel Pestana de – **Direito das garantias**. Coimbra: Almedina. p. 323

Com efeito, o promitente-comprador traditório, enquanto consumidor, em caso de recusa por parte do administrador da insolvência, porque lícita, face ao estatuído no artº. 102º. n.ºs. 1 e 3 do CIRE, perde uma garantia do próprio contrato que é o direito de retenção que foi reconhecido como sendo constitucional que visa o pagamento do sinal em dobro ou a opção pelo valor da coisa ao tempo do incumprimento, pese embora, neste caso, por ausência dos pressupostos do artº. 442º. n.º. 2 do Código Civil, tenhamos que empregar o termo recusa de cumprimento uma vez que o administrador da insolvência não substitui o promitente-vendedor, mas possa decidir contrariamente à vontade deste, gerando o direito à indemnização diferente do pagamento do sinal em dobro.

Ora, o legislador ao retirar o direito de retenção ao promitente-comprador adquirente de habitação própria que tenha beneficiado da tradição da coisa e se encontre na posse desta, agindo como se de um normal proprietário se tratasse, convicto da estabilidade e consolidação do contrato-promessa que tem por objecto mediato o bem prometido vender, deixou desprotegido o promitente-comprador enquanto consumidor, a quem o legislador quis proteger, consagrando constitucionalmente a tutela do seu direito bem como na lei ordinária.

Com efeito, enquanto consumidor, o promitente-comprador que tenha obtido a tradição da coisa e se encontre na posse da mesma continua a carecer de tutela, porém, o CIRE é omissivo relativamente ao direito do consumidor, pelo que se impõe a integração de lacuna, como foi decidido pelo acórdão do STJ de 14 de Junho de 2011⁴⁴⁸, a propósito da recusa por parte do administrador da insolvência relativamente aos negócios em curso.

Entende Luís Miguel Pestana de Vasconcelos que o artº. 755º. n.º. 1 al. f) do Código Civil, é uma norma material de protecção do consumidor e deve ser interpretada restritivamente para o beneficiar somente a ele⁴⁴⁹.

O direito de retenção só tutela o promitente-comprador quando este for um consumidor.

Porém, o CIRE não tutela o consumidor que seja promitente-comprador, apesar de carecer de tutela, o que nos permite detectar e preencher de seguida a lacuna⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº. 6132/08.0TBRRG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: [WWW: http://www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

⁴⁴⁹Vasconcelos, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Em recente estudo publicado in **Cadernos de Direito Privado**, n.º. 33 – Janeiro/Março de 2011.

⁴⁵⁰RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº.

Ora, essa carência de protecção, essa necessidade da tutela do promitente-adquirente/consumidor que a norma visa conceder, não existe só no caso de incumprimento imputável ao promitente alienante, mas verifica-se principalmente, na insolvência, face ao caso de recusa (lícita) de cumprimento pelo administrador (a quem a lei atribui o poder de decidir o destino do contrato)⁴⁵¹.

Parece que neste caso estamos perante uma verdadeira lacuna porque o direito do consumidor constitucionalmente consagrado continua a merecer a tutela jurídica e a prevalecer sobre os interesses dos credores, mas o CIRE é omissivo relativamente ao mesmo pelo que impõe a integração de lacuna nos termos do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil⁴⁵².

Entendimento sufragado jurisprudencialmente⁴⁵³, que entende que se o promitente-comprador for consumidor e o objecto da promessa for uma habitação, nesse caso, mesmo declarada a insolvência do promitente-vendedor, o promitente-comprador *in boni* (não insolvente) tem direito de retenção.

Concluindo o citado acórdão que:

“Em caso de recusa pelo administrador da insolvência em cumprir o contrato –promessa de compra e venda, só no caso do promitente-comprador tradicional ser um consumidor é que goza do direito de retenção e tem direito a receber o dobro do sinal prestado”⁴⁵⁴.

Tendo presente a teleologia da lei, centrada na tutela do consumidor, impõe-se a protecção do direito do promitente-comprador enquanto consumidor que tenha beneficiado da tradição da coisa, tutela que lhe deve ser dispensada, perante a controvérsia gerada pelo CIRE em consequência da recusa do administrador da insolvência, em que está ausente a culpa e a ilicitude bem como a participação no celebração do contrato-promessa entre o insolvente promitente-vendedor e o promitente-comprador, face à lacuna existente a este respeito no CIRE. Uma vez que foi afastado o regime do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil pelo CIRE nos

6132/08.0TBURG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁴⁵¹Vasconcelos, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Em recente estudo publicado in **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33 – Janeiro/Março de 2011.

⁴⁵²RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº. 6132/08.0TBURG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁴⁵³RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº. 6132/08.0TBURG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁴⁵⁴ Ibidem

termos do qual se fundamenta o direito de retenção do promitente-comprador atribuído pelo artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, com a recusa lícita por parte do administrador da insolvência, não obstante terem subjacente a defesa do consumidor. Razão pela qual o legislador o integrou nos casos especiais de direito de retenção, parece que o promitente-comprador, se for consumidor, deve continuar a merecer a protecção legal estabelecida nos artºs. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, com recurso à integração de lacuna, nos termos do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil, atenta à lacuna existente no CIRE, cujo fundamento legal radica no artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa, devendo ser-lhe reconhecido o direito ao pagamento do sinal em dobro ou o direito ao valor da coisa à data do incumprimento, deduzido o valor convencionado, acrescendo à diferença o sinal e preço pagos, bem como o direito de retenção sobre a coisa se o promitente comprador se encontrar na posse da coisa à data da declaração da insolvência⁴⁵⁵. Atenta a necessidade da tutela do promitente-comprador enquanto consumidor que por esse facto não deixa de ser credor, por ser titular de um contrato-promessa sem eficácia real que tenha beneficiado da tradição da coisa e de encontre na posse da mesma, face à recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência.

Com efeito a necessidade de tutela do promitente-comprador que seja consumidor existe quer no caso de incumprimento imputável ao promitente-vendedor quer no caso de recusa do cumprimento do contrato pelo administrador da insolvência, que apesar de lícita é mais gravosa para o promitente-comprador/consumidor traditário que tenha celebrado um contrato-promessa meramente obrigacional, como já foi referido, vendo coartados os seus direitos tutelados por lei, atenta a confiança mais forte na estabilidade ou concretização do negócio, legitimamente criada com a tradição da coisa ao promitente-comprador, sendo certo que o direito de retenção não está sujeito a registo, mas constitui uma garantia oportuna no contrato.

Segundo o Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos, o direito de retenção prevalece, de forma anómala, no que respeita à regra de prevalência de direitos reais, nos termos do artº. 759º. nº. 2 do Código Civil, sobre uma hipoteca anteriormente registada, seja na execução singular seja na insolvência, sendo graduado em primeiro lugar no concurso entre o crédito do

⁴⁵⁵RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº. 6132/08.0TBRRG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: [WWW: http://www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

promitente-comprador e do credor hipotecário⁴⁵⁶.

Relativamente ao artº. 106º. nº. 1 e 2 do CIRE, o Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos concorda com o entendimento defendido pelo Professor Menezes Leitão ao nível *De jure constituendo* mas diverge do entendimento defendido *De jure constituto* na sustentação da interpretação restritiva⁴⁵⁷.

Defende o Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos uma interpretação restritiva do artº. 106º. nº. 2 do CIRE, no sentido só ser aplicável ao contrato-promessa não sinalizado⁴⁵⁸, ficando excluído do seu âmbito a promessa sinalizada nos casos de insolvência do promitente-vendedor.

Porém, quando tiver sido constituído sinal, a contraparte do insolvente terá direito, como crédito (comum ou garantido) sobre a insolvência, ao sinal em dobro ou a uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, tal como a prevista no artº. 442º. nº. 2 do CIRE⁴⁵⁹, por entender ser esta a solução correcta.

O Professor L. Miguel Pestana Vasconcelos não perfilha da interpretação segundo a qual a contraparte do insolvente teria direito à indemnização pela diferença, se esta de acordo com o critério do artº. 104º. nº. 5 do CIRE fosse positiva, podendo ainda exigir uma indemnização em quantia superior, nos termos do artº. 102º. nº. 3 al. d) do CIRE, tendo que provar esses danos e não teria direito à restituição do sinal prestado – cfr. artº. 102º. nº. 3 al. a) do CIRE, por entender que nesta interpretação seria possível, indirectamente, a recuperação do sinal em singelo, atendo ao preceituado no artº. 104º. nº. 5 do CIRE nos casos de contrato-promessa de compra e venda com sinal em dinheiro, ou então por via do artº. 102º. nº. 3 al. d) do CIRE, estava afastado o sinal em dobro⁴⁶⁰.

Considerando que a indemnização pela diferença para a insolvência do promitente-vendedor

⁴⁵⁶ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 4.

⁴⁵⁷ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 11, anotação 34.

⁴⁵⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 17.

⁴⁵⁹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 15. Neste sentido, na jurisprudência – DIAS, Artur – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Efeitos sobre os negócios em curso do insolvente. Direitos do terceiro contratante. Contrato-promessa de compra e venda. Eficácia real desse contrato. Acção declarativa baseada no contrato-promessa sua inutilidade superveniente. - Coimbra: Tribunal da Relação de Coimbra. Processo nº. 63/07.8TBMGR-M.C1. 01/07/2008. [Consultado em 27/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

⁴⁶⁰ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 14.

se encontra consagrada no artº. 106º. nº. 2 que por sua vez remete para o artº. 104º. nº. 5 do CIRE, nos seguintes termos: *A diferença, se positiva, entre o valor da coisa, à data da recusa e o valor das totalidade das prestações vencidas e não pagas a que estava contratualmente obrigado, acrescido dos respectivos juros calculados até à data da declaração de insolvência*⁴⁶¹.”

Partindo do princípio que no contrato-promessa as prestações são de facto jurídico, entende o Professor L. Miguel de Vasconcelos Pestana que a aplicação do critério estabelecido no artº. 106º. nº. 2 do CIRE, implique que se tenha em conta as prestações decorrentes do contrato definitivo, consubstanciado na diferença entre o valor da coisa e o preço acordado⁴⁶²”

Considerando que em caso de cumprimento o sinal integra-se no preço – cfr. artº. 442º. nº.1 do Código Civil, a diferença seria entre o valor da coisa e a quantia que o promitente-comprador teria que pagar, descontando deste o valor pago a título de sinal, actualizado para a data da declaração da insolvência⁴⁶³”.

Assim sendo, para além da diferença entre o valor da coisa e do preço, integrar-se –ia nesse quantia, o valor do sinal prestado⁴⁶⁴.”

Dando o seguinte exemplo⁴⁶⁵:

Se o valor da coisa for de 100, tendo sido o preço de acordado de 98 e o sinal prestado de 20, a aplicação do critério em questão devidamente adaptado do artº. 104º. nº. 5 do CIRE, conduzir-nos-ia a um valor de 22 resultante da diferença do valor 100 respeitante ao valor da coisa subtraído aquilo que teria que ser pago pelo promitente-comprador, o que corresponderia, de facto, a restituição do sinal em singelo – 20 – acrescida da diferença – 2.

Acrescenta dizendo que caso esta interpretação não seja aceite, seria possível integrar o valor da restituição do sinal em singelo nos danos que o promitente-comprador sofresse com a pela recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, em virtude de a contraparte do insolvente ter direito a ser indemnizada pelos prejuízos sofridos por causa do incumprimento do administrador da insolvência, nos termos do artº. 102º nº. 3 alínea d) do CIRE, calculando-se essa indemnização do seguinte modo⁴⁶⁶:

- a) trata-se sempre de um crédito sobre a insolvência – iii);
- b) tem como limite o valor da obrigação “eventualmente imposta nos termos da alínea b)

⁴⁶¹ Ibidem

⁴⁶² Idem

⁴⁶³ Idem

⁴⁶⁴ Idem

⁴⁶⁵ Idem

⁴⁶⁶ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 14.

atento o preceituado no artº. 102º. nº. 3 al. d) i) do CIRE;

- c) ao valor dessa indemnização terá de ser abatido o quantitativo que o valor a que o promitente-comprador tenha direito por aplicação da al. c) do nº. 3 do artº. 103º. do CIRE o que para este contrato se traduz no critério do artº. 104º. nº. 5 com referência ao artº. 102º. nº. 3 al. d) ii) do CIRE, decorrendo daqui a diferença.

Assim sendo e retomando o exemplo acima dado: se o valor da coisa for 100 e o preço acordado for 98, a diferença será 2.

Deste modo, entende o Professor que a indemnização pelos prejuízos decorrentes da recusa do cumprimento integraria, pelo menos, o valor do sinal não recuperado mais a diferença entre o valor da coisa e o preço acordado. Donde, se o valor do sinal for de 20 e a diferença, como resulta do exemplo anterior, for de 2, seria 22 valor a que se teria de retirar a diferença (no exemplo dado, os 2. Significando que o credor poderia exigir 2 em resultado da aplicação do artº. 104º. nº. 5 do CIRE e 20 por aplicação do artº. 102º. nº. 3 al. d) do CIRE, chegando-se por esta via ao mesmo resultado inicialmente referido.

Ficando assim demonstrado que o sinal poderia ser integrado no crédito do promitente - comprador sobre a insolvência.

Porém, entende o Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos não ser essa a solução correcta⁴⁶⁷. Uma vez que o artº. 106º. nº. 2 do CIRE só se aplica ao contrato-promessa não sinalizado. Assim sendo, entende que o promitente-comprador terá direito ao pagamento do sinal em dobro ou a uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, tal como a prevista no artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, como crédito sobre a insolvência, desde que tenha constituído sinal e não seja o insolvente, por ser a mais correcta⁴⁶⁸, havendo entendimento jurisprudencial neste sentido⁴⁶⁹.

13.2 – A RECLAMAÇÃO DE CRÉDITO

Tendo sido proferida a declaração de insolvência por sentença, segue-se a fase de verificação do passivo que constitui um processo declarativo que corre por apenso ao processo de

⁴⁶⁷ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 15 anotação 41.

⁴⁶⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 15 anotação 15.

⁴⁶⁹ DIAS, Artur – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Efeitos sobre os negócios em curso do insolvente. Direitos do terceiro contratante. Contrato-promessa de compra e venda. Eficácia real desse contrato. Acção declarativa baseada no contrato-promessa sua inutilidade superveniente. - Coimbra: Tribunal da Relação de Coimbra. Processo nº. 63/07.8TBMGR-M.C1. 01/07/2008. [Consultado em 27/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

insolvência.

A verificação do passivo compreende as fases de:

- a) - reclamação de créditos – artº. 128º. e seguintes do CIRE;
- b) - saneamento – artº. 136º. do CIRE -,
- c) - instrução – artº. 137º. do CIRE-, discussão e julgamento da causa – artºs. 138º. e 139º. do CIRE e
- d) - sentença – artº. 140º. do CIRE,

Na fase da reclamação de créditos são citados os credores para apresentarem as reclamações de créditos e os credores da insolvência que pretendam fazer valer os seus direitos de créditos no âmbito do processo de insolvência têm que apresentar a respectiva reclamação de créditos, inclusive o requerente da mesma.⁴⁷⁰

Note-se que apenas são reclamáveis os créditos sobre a insolvência respeitantes a prestações patrimoniais.

Deste modo, não são reclamáveis as obrigações naturais, os direitos referentes à constituição e extinção de estados pessoais, bem como os direitos potestativos referentes a anulação e resolução de negócios jurídicos.

A reclamação de créditos em sede de processo de insolvência é regulada pelo artº. 128º. do CIRE, relativamente à legitimidade e prazo da reclamação, bem como os elementos que devem constar do respectivo requerimento, a entidade a que o mesmo deve ser dirigido – administrador da insolvência - e o objecto da verificação.

Ora, em sede de processo de insolvência e de acordo com o princípio de direito substantivo são reclamáveis os créditos relativos a prestações de natureza patrimonial sobre o insolvente, já constituídos no momento da declaração de insolvência, susceptíveis de tutela jurisdicional⁴⁷¹.

Todos os credores do insolvente estão obrigados a reclamar o pagamento do seu crédito no processo de Insolvência, nos termos do disposto no n.º 3 do artº. 128º. do CIRE e dentro do prazo fixado pelo juiz após a prolação da sentença que declare o devedor insolvente, a fim do crédito ser verificado e reconhecido, não estando dispensado de reclamar no processo de

⁴⁷⁰ Neste sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **O direito da insolvência**, 2.ª ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 230.

⁴⁷¹ COSTA, Salvador – Op. cit., p. 319

insolvência o credor que tenha o seu crédito reconhecido por decisão definitiva, se quiser obter pagamento no processo de insolvência.

Findo o prazo das reclamações, apenas é possível reconhecer outros créditos por intentando-se a competente acção contra a massa insolvente, credores e o devedor nos termos dos artºs. 146º. a 148º. do CIRE.

Sendo de notar que a sentença declarativa da insolvência configura-se como um título executivo universal que serve de base à abertura do concurso de credores no processo de insolvência⁴⁷².

Tendo legitimidade para apresentar a reclamação de créditos as pessoa que deles sejam titulares nos termos do direito substantivo, de acordo com o disposto no artº. 26º. nºs. 1 e 3 do Código de Processo Civil.

A consideração da qualidade de credor, no plano da legitimidade *ad causam* até à verificação do passivo, só depende de prova sumária de que é verosímil a titularidade dos direitos de crédito em causa⁴⁷³.

Relativamente aos direitos de crédito prescritos, a reclamação pode ter êxito se o beneficiário não invocar a excepção peremptória de prescrição em causa nos termos do artº. 304º. nº. 1 do Código Civil⁴⁷⁴.

O credor reclamante, de acordo com o disposto no nº. 1 do artº. 128º. do CIRE, para além de indicar no requerimento de reclamação a respectiva causa, natureza e condições, garantias que haja e taxa de juros moratórios aplicável, deve juntar os documentos comprovativos destinados a provar o fundamento, a natureza ou o valor do crédito reclamado, em cumprimento do disposto no artº. 342º. nº. 1 do Código Civil, em virtude de sobre ele recair o ónus da prova.

Deste modo, independentemente da publicação dos respectivos anúncios respeitantes à declaração de insolvência mas logo que saibam da declaração de insolvência devem encetar diligências no sentido de obter toda a documentação, mormente as respeitantes a sentenças condenatórias cujas certidões serão necessárias para instruir do requerimento de reclamação de créditos⁴⁷⁵.

⁴⁷²Ac. da Relação do Porto, de 07 de Janeiro de 1992, **CJ**, Ano XVII, tomo 1, p. 221.

⁴⁷³ COSTA, Salvador – Op. cit., p. 320; Ac. do STJ de 11 de Maio de 1982, **BMJ**, nº. 317, p. 193

⁴⁷⁴ COSTA, Salvador – Op. cit. p. 320

⁴⁷⁵ COSTA, Salvador – Op. cit. p. 321

O prazo para a apresentação das reclamações é de 30 dias fixado pela sentença declarativa da insolvência que começa a contar a partir da data da notificação, como decorre do artº. 37º. do CIRE.

Tal como nas reclamações de crédito em geral também nesta sede não é aplicável o disposto no artº. 486º. nº. 2 do Código de Processo Civil, ou seja, deixa de haver a possibilidade de apresentar a reclamação até ao termo do prazo que começou a correr em último lugar, como acontece com a apresentação da contestação em que sejam vários os réus.

O requerimento da reclamação de créditos deve observar as regras da petição inicial, inserindo factos que permitam organizar a base instrutória, prevenindo a necessidade da sua organização⁴⁷⁶.

O reclamante deve indicar a título de causa de pedir os factos que as alíneas a) a e) do nº. 1 do artº. 128º. CIRE, designadamente o valor dos créditos e respectivos juros e taxa, os factos constitutivos, os factos integrantes de alguma condição suspensiva ou resolutiva a que estejam sujeitos, as garantias e ou privilégios e os bens ou direitos que os consubstanciam, incluindo a identificação no registo e a sua natureza subordinada ou comum⁴⁷⁷.

A instância na acção declarativa e condenação do devedor no pagamento de determinada prestação pecuniária extingue-se por impossibilidade superveniente da lide declarada que seja a sua insolvência, independentemente de o autor reclamar o seu direito de crédito no processo de insolvência⁴⁷⁸.

Para além disso, a reclamação no processo de insolvência do mesmo crédito que se discute na acção declarativa em que seja réu o insolvente inutiliza a instância desta, dada a inutilidade superveniente da lide, nos termos do artº. 287º. al. e) do Código de Processo Civil⁴⁷⁹.

O administrador da insolvência na sequência da apreensão da documentação de suporte contabilístico do insolvente que está obrigado a entregar ao administrador de insolvência deverá os créditos que constem da mesma bem como aqueles venha a tomar conhecimento, nos termos do artº. 129º. nº. 1 *in fine* do CIRE, para além dos créditos reclamados.

As reclamações de crédito devem ser apresentadas, sob a forma de requerimento, dentro do prazo estabelecido na sentença e endereçadas para o domicílio do administrador da

⁴⁷⁶ COSTA, Salvador – Op. cit. p. 325

⁴⁷⁷ COSTA, Salvador – Op. cit.p. 325-326

⁴⁷⁸ COSTA, Salvador – Op. cit.p. 327

⁴⁷⁹ Ibidem

insolvência devendo ser remetido por via postal registado com aviso de recepção.

A reclamação é deduzida sob a forma articulada, nos termos do artº. 151º. nº. 2 do Código de Processo Civil aplicável em cumprimento do estatuído no artº. 17º. do CIRE, acompanhado de todos os documentos probatórios no qual deverá ser indicado: a) proveniência do crédito data de vencimento, capital e juros vencidos e respectiva taxa; b) – a forma como foi celebrado o negócio jurídico, caso tenha sido sob condição se se tratou de uma condição suspensiva ou resolutiva; c) – a natureza comum, subordinada, privilegiada ou garantida, com a indicação de quais os bens ou direitos objectos da garantia e a respectivo comprovativo do registo, se estiver sujeito a registo; d) – a existência de eventuais garantias pessoais identificando os garantes – de acordo com o preceituado no artº. 128º. nº. 1 do CIRE.

O administrador da insolvência apreciará as reclamações de crédito apresentadas no prazo de 15 dias, posteriores ao termo da apresentação, elaborando uma lista dos créditos reconhecidos e outra respeitante aos créditos não reconhecidos, nos termos do artº. 129º. nº. 1, primeira parte, do CIRE.

Porém, o administrador de insolvência pode reconhecer créditos que não tenham sido reclamados mas que por meios lícitos tenham chegado ao conhecimento, designadamente pelos elementos da contabilidade lançamentos e documentos de suporte, ou outros, nos termos do artº. 129º. nº. 1, segunda parte, do CIRE.

Os créditos reconhecidos podem ser impugnados dentro do prazo de 10 dias, por qualquer credor, às quais podem responder quer o administrador da insolvência ou qualquer interessado que manifeste entendimento contrário.

Se não tiverem sido deduzidas impugnações aos créditos reclamados é proferida sentença de homologação do reconhecimento dos créditos na tentativa de conciliação tendo o despacho saneador proferido que os verifique e gradue a forma e o valor de sentença, nos termos do artº. 136º. nºs. 3 e 6 do CIRE.

Durante a diligência de tentativa de conciliação, o(a) juiz acompanhando a apresentação de cada uma das listas apresentadas pelo administrador da insolvência – cfr. artº. 130º. nº. 1 do CIRE, tem sempre a oportunidade de aferir da oportunidade e legitimidade do reconhecimento do crédito. Nesse momento, ocorrendo um erro manifesto relativamente ao reconhecimento do crédito, o(a) juiz procederá à respectiva correcção, não o reconhecendo ou

tendo o mesmo fundamento para ser reconhecido⁴⁸⁰ mas não ser possível o reconhecimento de um valor superior àquele que foi pago, como é o caso do sinal pago e o direito de opção entre o receber o sinal em dobro ou o valor da coisa ao tempo do incumprimento definitivo ocorrido com a venda judicial do bem prometido antes da declaração da insolvência, deduzido o valor convencionado e o sinal entregue.

Ocorrendo uma situação idêntica à acima referida, poderá o(a) juiz, em caso de não ter sido apresentada a reclamação, informar o interessado que tem duas hipóteses ou optar pelo pagamento do sinal em singelo e o crédito ser reconhecido nos termos do artº. 129º. nº. 1, parte final, do CIRE, ou então, apresentar a reclamação dentro do prazo de um ano, com vista a obter o pagamento de uma quantia superior de acordo com a opção tomada, nos casos em que o requerente da insolvência tenha sido o promitente-comprador.

Com efeito, os fundamentos do pedido da declaração de insolvência, em consequência incumprimento definitivo do contrato-promessa em que tenha sido constituído sinal e havido a tradição da coisa e que o beneficiário desta ainda se mantenha na posse da coisa retida, são do conhecimento do(a) juiz e nesta medida apresentada a integração da lista de créditos reconhecidos pelo administrador de insolvência, o juiz decide conscientemente com conhecimento dos factos.

Porém, nos casos em que não é possível ao juiz analisar porque não tomou conhecimento das reclamações, em virtude das mesmas terem sido apresentadas ao administrador da insolvência, o Professor Menezes Leitão⁴⁸¹ defende um entendimento contrário : “ *Parece-nos* (relativamente à posição defendida por Carvalho Fernandes, João Labareda no sentido de uma interpretação em termos amplos do conceito de erro manifesto o juiz poder sempre verificar a conformidade substancial e formal dos títulos de crédito constantes da lista)*incompatível (ao referir-se à limitação dos poderes do juiz relativamente ao controlo das listas que se limita à correcção de erros evidentes), quer com o facto de o juiz nem sequer ter conhecimento das reclamações apresentadas quer com a não aplicação do princípio inquisitório no âmbito da verificação dos créditos, conforme resulta do artº. 11º. (do CIRE)*”.

Com efeito, de acordo com este artigo o juiz poderá tomar conhecimento na decisão que tomar de factos notórios e outros cujo conhecimento lhe advenha pelo exercício das funções ainda que as partes os não tenham alegado.

⁴⁸⁰Cfr. ROCHA, Coelho - Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 14/02/2007, in **Colectânea de Jurisprudência**, 2007, tomo 1, pág. 192; FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João Labareda – **Código da insolvência e da recuperação de empresa anotado** e actual. de acordo com o Decreto-Lei nº. 282/2007. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora. 2008.

⁴⁸¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.233, nota 283.

Posteriormente a esta fase segue-se a fase da liquidação da massa insolvente - fase importante – que se destina a permitir a satisfação dos interesses dos credores do insolvente, para o que é necessário que o património deste seja convertido em quantia pecuniária que possa ser repartida por esses credores.

Para esse efeito, há que proceder à cobrança dos créditos, alienação dos bens e direitos que integram a massa insolvente, de modo a obter a soma monetária (produto da venda) que permitirá proceder aos pagamentos.

Esta fase está regulada nos artºs. 156º. e seguintes do CIRE que correrá por apenso ao processo de insolvência, nos termos do artº. 170º. do CIRE.

13.3 – A GRADUAÇÃO DE CRÉDITOS

Na graduação de créditos com garantia real ou preferência de pagamento sobre bens imóveis, cumpre referir a este propósito que entre os direitos reais de garantia de natureza substantiva susceptíveis de se constituírem sobre bens imóveis se encontra o direito de retenção, sendo que no confronto de um crédito garantido por direito de retenção e um crédito garantido por hipoteca registada, prevalece o primeiro ainda que constituído depois daquele registo⁴⁸².

Ocorrendo na graduação de crédito o confronto entre um direito de crédito garantido por um privilégio imobiliário geral e um direito de crédito garantido por um direito de hipoteca registado ou por um direito de retenção, prevalecem estes últimos sobre o primeiro⁴⁸³.

Porém, quando na graduação de crédito seja confrontado um direito de crédito garantido por consignação de rendimentos com um direito de crédito garantido por um direito de retenção, prevalece aquele cujo direito de garantia que tiver sido constituído em primeiro lugar, sem prejuízo da prioridade resultante do registo.

Contudo, quando confrontado um direito de crédito garantido por consignação de rendimento, por hipoteca ou por um direito de retenção e um direito de crédito garantido por privilégio imobiliário especial é este último que na graduação prevalece sobre cada um dos primeiros⁴⁸⁴.

Por último segue-se a fase ao pagamento dos créditos da insolvência que se encontra regulada no artº. 172º. e seguintes do CIRE.

Estabelece este artigo que sejam deduzidos os bens e direitos suficientes que integrem a massa insolvente para pagamento das dívidas, antes de procederem ao pagamento dos créditos

⁴⁸² COSTA, Salvador – **O concurso de credores**. 4ª. ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009. p. 267.

⁴⁸³ COSTA, Salvador – **O concurso de credores**. 4ª. ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009. p. 268

⁴⁸⁴ Ibidem.

sobre a insolvência.

Estes últimos só poderão ser liquidados se tiverem sido verificados por sentença de verificação transitada em julgado, nos termos do artº. 173º. do CIRE.

Ora, procedendo-se à hierarquização dos créditos sobre a insolvência resulta que terão de ser liquidados em primeiro lugar os créditos garantidos previstos no artº. 174º. e privilegiados previstos no artº. 175º. do CIRE, seguidamente os créditos comuns artº. 176º. e por último os créditos subordinados consignados no artº. 177º. do CIRE.

Nesta parte importa-nos apenas a parte respeitante ao pagamento dos créditos que beneficiam de garantia real.

O pagamento destes créditos só se inicia após o pagamento das dívidas da massa insolvente.

Entre as garantias reais encontramos – artº. 47º. nº. 4 al. a) do CIRE – os privilégios creditórios especiais, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca e o direito de retenção.

Não relevam nesta sede as garantias reais que se extingam com a declaração de insolvência – artº. 97º. nº. 1 a), b), c), d) e e) do CIRE - nem as garantias de origem processual como a penhora, o arresto e a hipoteca judicial – artº. 140º. nº. 3 do CIRE

A lei estabelece que os privilégios imobiliários especiais preferem à consignação de rendimentos, à hipoteca, ou ao direito de retenção ainda que essas garantias sejam anteriores – artº. 751º. do Código Civil⁴⁸⁵.

Porém, as hipotecas que visem garantir o pagamento dos créditos hipotecários subjacentes a obrigações hipotecárias prevalecem sobre qualquer privilégio creditório imobiliário – artº. 3º. nº. 2 do Decreto-Lei nº. 59/2006, 20 de Março.

Contudo, o direito de retenção que recaia sobre uma fracção autónoma ou um prédio urbano prevalece sobre a hipoteca ainda que tenha sido constituída anteriormente – artº. 759º. nº. 2 do Código Civil.

Se os bens objecto da garantia não forem suficientes para a liquidação integral dos créditos que garantem, o devedor responderá com os todos bens que integrem o seu património – artº. 174º. nº. 1 na parte final do CIRE. Sendo atendido nos rateios que se realizarem entre os credores comuns – artº. 174º. nº. 2 do CIRE.

⁴⁸⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Direito da insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p.259

O pagamento aos credores garantidos é realizado com base no produto da alienação dos bens objecto da garantia, abatidas as correspondentes despesas e a percentagem de 10% destinada à liquidação das dívidas da massa insolvente – artº. 174º. nº. 1 e 172º. nº. 2 do CIRE.

Porém, caso os bens se encontrem onerados com garantias reais a favor de vários credores, o pagamento deve ser realizado de acordo com a hierarquização das garantias em questão.

A graduação de créditos no processo de insolvência distingue-se em geral e especial, a primeira tem por objecto os bens da massa insolvente e a segunda é referente aos bens a que respeitem direitos reais de garantia e privilégios creditórios gerais, como resulta do preceituado no artº. 140º. nº. 2 do CIRE⁴⁸⁶.

No concurso com os outros credores garantidos sobre o bem objecto da garantia, aplicam-se as regras do penhor e da hipoteca, caso estejamos perante bens móveis ou bens imóveis, nos termos dos artºs. 758º. e 759º. do Código Civil, com excepção da sua prevalência sobre as hipotecas anteriormente constituídas, de acordo com o disposto no artº. 759º. nº. 2 do Código Civil⁴⁸⁷.

Uma vez liquidada a coisa objecto do direito de retenção, abatidas as correspondentes despesas e sem prejuízo do disposto no artº. 172 nºs. 1 e 2 do CIRE, relativo às dívidas da massa, será de imediato feito o pagamento aos credores garantidos de acordo com a sua prioridade.

Porém, caso o credor que beneficie do direito de retenção não ficar integralmente pago será o saldo respectivo incluído entre os créditos comuns, nos termos do artº. 174º. nº. 1 do CIRE.

Ao titular do direito real de garantia são atribuídos os direitos estipulados no artº. 164º. nºs. 2 e 3 do CIRE. Com efeito o retentor terá sempre que ser ouvido sobre a modalidade de alienação e informado do valor fixado ou do preço da alienação do bem a determinada pessoa ou entidade. Acontece que se no prazo de uma semana ou em tempo útil o credor com garantia real manifestar interesse na aquisição do bem oferecendo um preço superior ao anunciado para a venda, o administrador de insolvência deverá aceitá-lo sob pena de responder pela diferença, caso aliene o bens por um valor inferior ao oferecido pelo credor. Assim sendo, por esta via permite-se que o promitente-comprador com direito de retenção

⁴⁸⁶ VASCONCELOS, Miguel Pestana de – Op. cit. p. 327.

⁴⁸⁷ VASCONCELOS, Miguel Pestana de – **Direito das garantias**. Coimbra: Almedina. 2011. p. 327.

venha deste modo a adquirir o próprio bem objecto do contrato promessa⁴⁸⁸.

Os Professores Nuno Manuel Pinto de Pinto de Oliveira e Catarina Serra respondendo à questão de saber que direitos assistem ao promitente-comprador perante a hipótese de recusa de cumprimento de um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional pelo administrador da insolvência e sendo o promitente vendedor o insolvente?

Entendem que o direito que assiste ao promitente-comprador não será certamente o direito à restituição do sinal em dobro, mas sim o direito ao valor correspondente ao produto da diferença entre o valor pelo qual o bem foi prometido vender e o valor que o bem tiver no momento da recusa por parte do administrador de insolvência, ao qual será adicionado a quantia entregue a título de sinal, que corresponde à solução dada pela aplicação conjugada dos artºs. 106º.nº. 2, 104º. nº. 5 que por sua vez remete para o artº. 102º. nº. 3 al, c) do CIRE⁴⁸⁹. A solução dada⁴⁹⁰ pela conjugação dos artºs. 106º.nº. 2, 104º. nº. 5 do CIRE que por sua vez este último remete para o artº. 102º. nº. 3 al, c) do CIRE, como se pode constatar, apenas não contemplam a restituição da parte do preço que tenha sido paga.

Partindo da ausência de culpa do devedor no incumprimento do contrato resultante da recusa de cumprimento do contrato por parte do administrador da insolvência, uma parte da doutrina defende que deixa de haver lugar à aplicação no processo de insolvência do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil e consequentemente fica afastada a aplicação do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, pois, apesar de ter havido a entrega do bem ao promitente-comprador pelo promitente-vendedor, o contrato-promessa não é cumprido por um facto que possa ser atribuído ao devedor, nos termos do artº. 442º. do Código Civil, mas ao exercício de um direito por parte do administrador de insolvência, que não é parte no contrato-promessa.

Entendem que a causa de incumprimento do contrato-promessa é a recusa do incumprimento. Com efeito, é também a recusa de cumprimento que alude o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, como primeiro elemento e causa do incumprimento, havendo uma diferença essencial entre ambas situações, inferindo que consequentemente o promitente-comprador que obteve a entrega da coisa não seja titular de direito de retenção⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Neste sentido: PROENÇA, J.C. Brandão – para necessidade de uma melhor tutela dos promitentes - adquirentes de bens imóveis , cit. p. 8; VASCONCELOS, Miguel Pestana de – **Direito das garantias**. Coimbra:Almedina.2011..p. 329.

⁴⁸⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina – Insolvência e Contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70. 2010. p. 428.

⁴⁹⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina – Insolvência e Contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70. 2010. p. 416,

⁴⁹¹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina – Insolvência e Contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 70. 2010. p. 434.

Segundo o Professor Calvão da Silva apenas o promitente-comprador beneficiário da tradição da coisa cujo contrato-promessa goze de eficácia real conserva o direito de exigir à massa insolvente a celebração do contrato prometido ou a execução específica da promessa, ficando os restantes casos impedidos de pedir o cumprimento ou a execução específica, caso o administrador da insolvência opte por recusar a celebração do contrato prometido, embora tenha o dever de indemnizar, nos termos do artº. 102º. nº. 3 do CIRE⁴⁹².

Ora, entre os efeitos da declaração de insolvência há a considerar que a mesma determina: a) – Vencem-se todas as obrigações do insolvente com excepção das resultantes de negócios jurídicos celebrados sob condição suspensiva, nos termos do artº. 91º. nº. 1 do CIRE; bem como a perda do benefício do prazo nas obrigações que as partes tenha estabelecido um prazo para cumprimento das mesmas nos termos do artº. 780º. no Código Civil e prevendo o artº. 91º., nº. 5 do CIRE a aplicação da redução do montante da dívida nos casos em que tenha ocorrido a perda do benefício do prazo. Determinando a declaração de insolvência o encerramento das contas correntes, nos termos do artº. 116º. do CIRE.

Pese embora, o incumprimento definitivo da obrigação resulte da recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, **não parece que o legislador tenha pressuposto a existência da culpa no processo de insolvência em consequência da recusa por parte do administrador da insolvência no cumprimento da obrigação**, nos casos em que o promitente-comprador já se encontrava na posse do bem antes da declaração da insolvência, em que o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil atribui o direito de retenção, tendo presente que a perda do benefício do prazo ocorre com a declaração de insolvência, nos termos do artº. 780º. nº. 1 do Código Civil podendo o credor exigir o cumprimento imediato do crédito e, por outro lado, o artº. 102º. nº. 1 do CIRE aplicável aos contratos bilaterais, determina a suspensão dos negócios em curso até que o administrador de insolvência exerça o direito de opção pela recusa ou pela aceitação e conclusão do negócio tendo em vista a defesa dos interesses dos credores, nos casos em que os contratos ainda não tenham sido totalmente cumpridos nem pelo insolvente nem pela outra parte. Ora, tendo havido tradição da coisa por parte do promitente-vendedor o contrato está parcialmente cumprido.

Assim sendo, parece que nos casos em que já tenha havido cumprimento parcial com a tradição da coisa, pese embora, o contrato-promessa não goze eficácia real, deveria ser aplicável o preceituado no artº. 106º. nº. 1 do CIRE, com as necessárias adaptações tendo presente o estatuído no artº. 102º. nº. 4 do CIRE, desde que a opção da execução não seja

⁴⁹² SILVA, João Calvão da- **Sinal e contrato-promessa**. 13ª. ed. Coimbra: Almedina. 2010. p. 174

abusiva, caso em que não deve ser recusado o cumprimento pelo administrador da insolvência, acompanhando o entendimento defendido pelos Professores Luís Carvalho Fernandes e João Labaredas e Luís Manuel Teles Menezes Leitão no sentido de que: “(...) *se o promitente-comprador se encontrar já na posse da coisa, o administrador não pode recusar o cumprimento do contrato, o que vincula ambas as partes a celebrar o contrato definitivo.*

Com a ressalva do requisito relativo à posse da coisa, alcança-se assim uma solução equivalente à contemplada na primeira parte do n.º 1 do art.º 164.º-A do CPEREF, embora neste, o problema fosse encarado do ponto de vista do promitente adquirente.

O requisito relativo à posse da coisa é considerado dificilmente justificável por Luís M. T. Menezes Leitão (Código da Insolvência, ed. cit. pág. 122), posição que, pelas razões invocadas pelo Autor, merece a nossa concordância. Certo, porém é estar o regime aqui fixado em perfeita harmonia com o equivalente estatuído no n.º 1 do art.º 104.º (...)⁴⁹³”.

Se, à data da declaração da insolvência, o promitente vendedor já tiver entregue a coisa ao promitente adquirente tem este o direito de exigir o cumprimento do contrato, nos termos do disposto no art.º 104.º, n.ºs. 1 e 2 do CIRE⁴⁹⁴.

Tendo presente todo o exposto, verificamos que até à da entrega da coisa, quanto aos direitos e obrigações do titular do direito de retenção tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, sempre que o objecto do contrato prometido seja um imóvel, de acordo com o disposto no art.º 759.º, n.º 1 do Código Civil.

Decorre deste preceito que o possuidor de coisa imóvel com fundamento no direito de retenção se pode fazer pagar relativamente ao direito de crédito que tenha sobre o dono da coisa imóvel de que é retentor, pelo valor dela, tendo preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio creditório imobiliário, incluindo o credor hipotecário, desde que seja ou venha a ser detentor um título executivo, em cumprimento do disposto no art.º 869.º do Código Civil.

Como oportunamente foi referido o direito de retenção sobre coisas imóveis na parte que interessa ao presente estudo pode ter por fundamento um contrato-promessa de compra e venda de imóveis com *traditio* a favor do promitente-comprador⁴⁹⁵.

Entende Salvador Costa tal como a maioria da doutrina que uma vez alienado o objecto do direito de retenção no processo de execução caduca o referido direito. Contudo, se o retentor reclamar nela o respectivo crédito, o seu direito de ser pago preferencialmente transfere-se

⁴⁹³ FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 400, anotação 4.

⁴⁹⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – Op. cit. p. 396, anotação 4.

⁴⁹⁵ COSTA, Salvador – **O concurso de credores**. 4ª. ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009, p. 199.

para o produto da alienação⁴⁹⁶. Vemos assim, que a consequência que resulta da venda não é a anulabilidade ou a nulidade da venda, mas apenas é atribuído ao seu titular o direito de ser pago com preferência em relação aos demais credores reconhecidos no confronto do executado⁴⁹⁷.

Sendo de referir que relativamente à prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, na parte respeitante ao direito de crédito resultante do incumprimento do contrato-promessa com tradição da coisa por parte do promitente-vendedor, aquela apenas recai, por um lado, sobre as hipotecas constituídas após 18 de Julho de 1980, no caso da promessa ter por objecto a compra e venda de uma fracção de prédio urbano ou fracção autónoma de edifício construído ou em construção ou a construir de acordo com o disposto nos artºs. 2º. e 3º. do Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho e, por outro, sobre as hipotecas constituídas posteriormente a 16 de Novembro de 1986, caso a promessa se refira à transmissão ou a constituição de direito real diverso do anteriormente referido⁴⁹⁸.

A finalidade do direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador tradicional é essencialmente de tutela da expectativa da parte presumivelmente mais fraca na contratação, em regra para aquisição de habitação própria⁴⁹⁹.

Porém, este regime de prevalência deixa de funcionar relativamente às hipotecas respeitantes aos créditos hipotecários a que se refere o artº. 3º. nº. 2 do Decreto-Lei nº. 59/2006, de 20 de Março, porque o retentor tem a posse sobre a coisa retida, relativa ao direito de retenção, o que explica o facto de ele ter, em conformidade com o disposto no nº. 3 do artº. 3º. deste

⁴⁹⁶ COSTA, Salvador – **O concurso de credores**. 4ª. ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009, p. 199.

⁴⁹⁷ Ibidem

⁴⁹⁸ Ibidem. O Tribunal Constitucional, pronunciou-se no sentido da constitucionalidade dos Decretos-Leis 236/80 de 18 de Julho e 379/86 de 11 de Novembro, apesar de disporem, sem autorização da Assembleia da República, sobre direito e garantias patrimoniais, tal como o artº. 41º. nº. 3 do Código Civil interpretado como não reconhecendo legitimidade ao titular da hipoteca com registo anterior à celebração de um contrato-promessa de venda do imóvel sobre o qual recai aquela garantia para invocar a nulidade decorrente do vícios formais daquele contrato, nem os artºs. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) ambos do Código Civil interpretados como concedendo ao promitente comprador de imóvel ou fracção autónoma, com tradição da coisa objecto do contrato, o direito de retenção, com preterição do titular da hipoteca constituída e registada em data anterior à invocação do direito de retenção. BRITO, Maria Helena – Acórdão nº. 594/2003. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional. Processo nº. 745/00. 1ª. Secção. 03 de Dezembro de 2003. [Consultado em 27/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt> e in **Diário da República, II Série**, de 10 de Fevereiro de 2005

⁴⁹⁹ COSTA, Salvador – **O concurso de credores**. 4ª. ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009, p. 201.

Decreto-Lei, um estatuto relativo a direitos e obrigações muito próximo do titular do direito de penhor, ao contrario do que acontece em relação ao credor hipotecário⁵⁰⁰.

Uma outra perspectiva do reconhecimento ou não dos direitos do promitente-comprador consagrados no Código Civil ocorrendo a recusa por parte do administrador da insolvência reporta-se à distinção entre ser ou não consumidor o promitente-comprador.

No caso o promitente-comprador não seja consumidor, uma parte da jurisprudência⁵⁰¹ entende que, pese embora, os direitos reconhecidos ao promitente-comprador nos artºs. 442º. e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil não tenham aplicação em consequência da recusa do administrador em cumprir o contrato prometido por ausência de culpa, não havendo lugar ao pagamento do sinal em dobro nem ao direito de retenção e por força do regime imperativo do artº. 119º. do CIRE, gozará do direito de retenção e terá direito a receber o dobro do sinal prestado o promitente-comprador tradicional que seja consumidor⁵⁰².

Defende o Professor Menezes Leitão, sob a perspectiva do direito real de garantia, que a recusa do administrador de insolvência só será admissível nos casos em que o promitente-comprador tenha a posse do bem, por não ter havido tradição da coisa, situação em que o promitente-comprador não terá direito a restituição do sinal em dobro nos termos do artº. 442º. nº. 2 d Código Civil nem recorrer à execução específica, mas terá direito como indemnização a receber a diferença, se positiva, entre o valor da coisa objecto do contrato prometido, na data da recusa, e o montante do preço que ainda teria que pagar, a qual constitui um crédito sobre a insolvência, nos termos do nº. 5 do artº. 104º. do CIRE. Porém, a recusa do administrador da insolvência deixaria de ser possível se o promitente-comprador tivesse beneficiado da tradição da coisa e se encontrasse na posse desta, uma vez que o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil atribui ao promitente-comprador um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem de ser atendida em sede de insolvência, independentemente de o contrato-promessa ter ou não eficácia real, uma vez que esta constitui um direito real de aquisição a favor do beneficiário da promessa, que não vê por que deva ser afectado pela insolvência, encontre-se ou não o bem na posse do promitente-comprador⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ RAMOS, Fonseca - Ac. [Em linha]. – Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. **Supremo Tribunal de Justiça**, de 14-06-2011, Procº. 6132/08.0TBBRG-J.G1.S1. [Consultado em 15/11/ 2011]. Disponível em: www.dgsi.pt

⁵⁰² Ibidem

⁵⁰³ LEITÃO, Luís Manuel Tele de Menezes – **Direito da Insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, pp. 182-183.

14 – A EXTINÇÃO DO DIREITO DE RETENÇÃO

O direito de retenção pode extinguir por uma das seguintes causas:

- a) – só por entrega voluntária da coisa retida, por declaração tácita, pelo que não releva para o efeito a entrega por sentença judicial⁵⁰⁴,
- b) – ter a coisa entrado no poder do seu dono através de esbulho, caso em que o retentor pode contra ele as acções possessórias a que se reportam os artº. 670º. al. a), 758º. e 759º. nº. 3 todos do Código Civil. O exercício do direito de retenção só recomeça depois do retentor recuperar a coisa;
- c) – A extinção da obrigação a que o direito de retenção serve de garantia;
- d) - A prescrição a favor de terceiro adquirente da coisa imóvel retida decorridos vinte e cinco anos sobre o registo da aquisição e cinco anos sobre o vencimento da obrigação⁵⁰⁵,
- e) – O perecimento da coisa retida, sem prejuízo, nos termos do disposto nos artºs. 692º. e 701º. do Código Civil, da sua preferência de pagamento sobre o valor da indemnização e do direito à substituição ou ao reforço da garantia;
- f) – a renúncia do retentor, isto é, a perda voluntária do direito derivada de manifestação da sua vontade.

A morte do promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa, titular do direito de retenção, não implica a extinção deste, o qual passa a integrar o respectivo acervo hereditário⁵⁰⁶.

Deixando de ser exercido o poder de facto correspondente ao direito de retenção sobre a coisa pelo retentor, volta à disponibilidade do titular do direito de propriedade sobre a coisa e extingue-se o direito de retenção, independentemente de manifestação de vontade, expressa ou tácita, do retentor⁵⁰⁷.

Sendo julgada procedente acção de execução específica intentada pelo promitente-comprador com direito de retenção sobre o objecto mediato do contrato prometido, extingue-se por

⁵⁰⁴ ANTUNES, Faria – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Falência. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 04A041. 16 de Março de 2004. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

⁵⁰⁵ COSTA, Salvador – **O concurso de credores**. 4ª. ed. rev. e ampliada. Coimbra: Almedina. 2009. p. 203.

⁵⁰⁶ Ac. da Relação de Lisboa, de 04 de Novembro de 1993, **CJ**, Ano XVIII, Tomo 5, P. 112.

⁵⁰⁷ Ac. do STJ de 10 de Maio de 2001, Revista nº. 3774/2000, 7ª. Secção.

confusão aquele direito⁵⁰⁸.

Porém, se o promitente-comprador titular de direito de retenção sobre a coisa objecto mediato do contrato prometido a adquirir em acção executiva intentada contra o promitente-vendedor, é configurável o renascimento daquele direito e a atendibilidade no quadro do artº. 824º., nº. 2, do Código Civil conjugado com os artºs. 10º. nºs. 1 e 2 e 724º. nº. 1 do Código Civil.

Caso o insolvente seja o promitente-comprador e se encontre na posse da coisa, atento ao preceituado no artº. 102º nº. 3 do CIRE o promitente-vendedor fará seu o sinal que lhe tenha sido prestado, haverá lugar à restituição da coisa, nos termos do artº. 141º. nº. 1 al. a) do CIRE porque o promitente-vendedor manteve a propriedade na sua esfera jurídica. Contudo, o administrador pode optar pela execução do contrato⁵⁰⁹.

15 - CONCLUSÃO

Já no Código Civil de 1867, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº. 19126, de 16 de Dezembro de 1930, passou a ser exigida a redução a escrito do contrato-promessa, bem como a outorga por ambos cônjuges sempre o promitente-vendedor fosse casado e referindo-se ao sinal considerava como tal toda a quantia entregue. Uma vez que não admitia a execução específica, a mora constituía uma causa de resolução do contrato e de funcionamento do sinal.

O artº. 1548º. do Código Civil com redacção dada pelo Decreto nº. 19126 de 16 de Dezembro de 1930, referia de forma expressa que a promessa de venda constitui uma mera convenção de prestação de facto, contrariamente o artº. 410º. nº. 1 do Código Civil de 1966.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 47344/66, de 25/11, a mora deixa de constituir causa de resolução do contrato-promessa e de funcionamento do sinal, por passar a ser admitida a execução específica⁵¹⁰, pelo que a partir deste Código o funcionamento do sinal só passou a possível em caso de incumprimento definitivo da obrigação que culmina com resolução do contrato-promessa, ou com a conversão da mora em incumprimento definitivo precedida de interpelação admonitória.

Ora, a obrigação principal do contrato-promessa é a celebração do contrato definitivo – prestação de facto jurídico, constituindo obrigações acessórias a entrega do sinal e a tradição

⁵⁰⁸ Ac. do STJ de 24 de Outubro de 1994, CJ, Ano II, Tomo 3, p. 100; e Ac. do STJ de 25 de Agosto de 1999, Agravo nº. 178/99, 2ª. Secção.

⁵⁰⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito da Insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, anotação 4 pp. 183-184.

⁵¹⁰ SILVA, João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e aum.. Coimbra: Almedina. 2010, p. 124

da coisa, as quais decorrido que seja o prazo contratual da obrigação gera a mora e não o incumprimento definitivo, este só ocorrerá se o prazo for peremptório e certo, ou a mora convertida em incumprimento definitivo procedida de interpelação admonitória, bem como na perda de interesse do credor – promitente-comprador, a quem foi atribuído o direito alternativo de optar pelo sinal em dobro ou por uma indemnização equivalente ao valor da coisa ao tempo do incumprimento nos termos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, mais tarde alterada pelo Decreto –Lei nº. 376/86, de 11 de Novembro, estabelecendo que havendo tradição da coisa o promitente-comprador tem o direito a exigir o valor da coisa ou do direito a transmitir ou a constituir, determinado objectivamente, à data do incumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago, mantendo a intenção de defesa do promitente-comprador enquanto consumidor, ou seja o adquirente de habitação própria.

O direito de retenção do promitente-comprador pressupõe, para além da reciprocidade de créditos, a existência de um contrato-promessa que contenha a convenção de tradição da coisa na qual se manifeste a transferência da posse, a convenção do sinal, acompanhada de entrega da coisa e constituição do sinal, outorgado por quem tenha legitimidade para o acto e o incumprimento definitivo ou a mora convertida em incumprimento definitivo, constituindo um meio lícito da entrega da coisa.

No estudo do direito de retenção do promitente-comprador necessitamos de ter presente se estamos perante uma obrigação principal – celebração do contrato-promessa ou uma obrigação secundária constituição, reforço e completamento do sinal e a tradição da coisa, se o prazo para cumprimento da obrigação é peremptório e certo ou não, o problema da culpa para efeito de incumprimento que implica a resolução do contrato e não se verificando, aferir se a mora foi convertida em incumprimento definitivo precedido de interpelação admonitória.

O direito de retenção manifesta-se através do poder de facto sobre um objecto exercido no interesse do detentor, dois elementos que integram o conceito de posse à luz do direito civil português – o *corpus* e o *animus*.

O direito de retenção geral é distinto do direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador relativamente aos pressupostos do seu surgimento e reconhecimento, embora em ambos os casos constitua um direito real de garantia cuja posse é interdictal, porque a posse como fundamento do direito de retenção invocado só lhe aproveita enquanto tal direito existir.

O direito de retenção não está sujeito a registo é atribuído pela própria lei mas seu exercício depende de invocação e reconhecimento judicial por sentença relativamente às coisas imóveis, como é o caso do promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa na sequência da celebração do contrato-promessa.

O regime do sinal do contrato-promessa, previsto no artº. 442º. nº. 2, segunda parte, do Código Civil, é distinto do regime do sinal em geral, sendo reconhecido ao promitente-comprador, nos casos em que tenha havido tradição da coisa, o direito de exigir o sinal em dobro ou o valor da coisa ou direito sobre ela, ao tempo do incumprimento, deduzido o preço convencionado, e a restituição do sinal bem como a parte do preço que tenha pago, que constitui o crédito do promitente-comprador pelo incumprimento imputável ao promitente-vendedor.

O direito de retenção do promitente-comprador em termos gerais surgiu com o artº. 442º. nº. 3 na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho que mais tarde foi alterado pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, que lhe conferiu uma natureza especial, integrando-o no artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, gozando dos mesmos direitos do credor hipotecário por se tratar de imóveis, enquanto não entregar a coisa retida, podendo executá-la e ser pago com preferência com preferência aos demais credores do devedor.

O direito de retenção do promitente-comprador surgiu com as alterações introduzidas no Código Civil pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, tendo em vista a protecção do promitente-comprador, adquirente de habitação própria, enquanto consumidor, por ser a parte mais fraca na relação contratual, encontrando-se o contrato-promessa regulado com carácter geral nos artºs. 410º. a 413º., 441º., 442º. e 830º. do Código Civil, tendo o legislador estendido o regime do contrato de compra e venda ao contrato-promessa – cfr. artºs. 410º. nº. 1, parte final e 939º. ambos do Código Civil.

A partir de 1986 a execução específica passou a ser vinculativa, foi atribuído o direito alternativo consubstanciado no sinal em dobro ou valor da coisa.

Sucedem que o legislador, pretendeu proteger o promitente-comprador enquanto consumidor, face à conjuntura de instabilidade económica, ao começar por atribuir o direito de retenção do promitente-comprador nos termos do artº. 442º. nº. 3 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80 de 18 de Julho, em termos gerais, desde que tivesse havido tradição da coisa e constituído sinal, reportando-se ao nº. 2 do mesmo artigo, vindo, mais tarde, o legislador através do Decreto Lei nº. 376/86, de 11 de Novembro, a integrar o direito de

retenção do promitente-comprador, nos casos especiais, do artº. 755º. do Código Civil, no seu nº. 1 al. f), com base nos pressupostos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, deixando de ser reconhecido em termos gerais como acontecia anteriormente, desde que tivesse havido tradição da coisa, pelo crédito resultante do incumprimento imputável ao promitente-vendedor.

O direito de retenção atribuído pelo art. 755º. nº. 1 a. f) do Código Civil ao promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa a que se refere o contrato prometido que opte pela indemnização do pagamento do sinal em dobro ou pelo valor da coisa ao tempo do incumprimento, nos termos do artº. 442º. nº 2 do Código Civil, não se reporta a todo e qualquer crédito e pressupõe que o incumprimento definitivo seja ilícito e culposo por parte do promitente-vendedor.

O direito de retenção do promitente-comprador tem subjacente um contrato-promessa sinalizado, reduzido a escrito, assinado por quem tenha legitimidade e capacidade para o efeito, cujas assinaturas deverão ser reconhecidas presencialmente, pelo notário que, neste acto, para além disso deverá certificar no contrato-promessa o licenciamento da fracção autónoma ou habitação, a fim de evitar a comercialização de construções clandestinas, protegendo o promitente-comprador, em que tenha havido a tradição da coisa – de acordo com o estatuído no artº. 410º. nºs. 1, 2 e 3 do C.C.

Para além deste pressuposto, é necessário que o promissário que tenha beneficiado da tradição da coisa aja sobre a mesma como se de um real proprietário se tratasse, como é o caso do promitente-comprador de habitação própria que passa a habitar a fracção autónoma ou moradia, praticando todos os actos sobre a coisa de modo a ajustá-la ao seu conforto, realizando obras, sem depender da autorização do promitente-vendedor e mesmo contra a vontade deste, como se de coisa sua se tratasse, em consequência da consolidação e estabilidade do negócio criada com a entrega da coisa e o pagamento do sinal que será formalizado com a celebração da escritura pública de compra e venda, independentemente de ter sido ou não atribuída eficácia real ao contrato-promessa de compra e venda.

O direito de retenção surge em consequência do incumprimento definitivo, desde que tenha havido a constituição do sinal por parte do promitente-comprador, enquanto consumidor e a tradição da coisa – pressupostos do artº. 442º. nº. 2, 2ª. parte e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil.

Se por um lado, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em entender que o contrato-promessa bilateral que falte uma assinatura é nulo por vício de forma. Porém divergem relativamente ao entendimento da nulidade ser total ou parcial, bem como relativamente à teoria que deve ser adoptada, em consequência da nulidade: a teoria da conversão ou da redução do negócio jurídico, atento os pressupostos e efeitos próprios de cada um dos regimes.

Ora, a obrigação principal do contrato-promessa é a celebração do contrato definitivo – prestação de facto jurídico, constituindo obrigações acessórias a entrega do sinal e a tradição da coisa, as quais decorrido que seja o prazo contratual da obrigação gera a mora e não o incumprimento definitivo. Este só ocorrerá se o prazo for peremptório e certo, ou a mora convertida em incumprimento definitivo procedida de interpelação admonitória, ou manifestada a perda de interesse do credor – promitente-comprador, a quem foi atribuído o direito alternativo de optar pelo sinal em dobro ou por uma indemnização equivalente ao valor da coisa ao tempo do incumprimento nos termos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, mais tarde alterada pelo Decreto-Lei nº. 376/86, de 11 de Novembro, estabelecendo que havendo tradição da coisa o promitente-comprador tem o direito a exigir o valor da coisa ou do direito a transmitir ou a constituir, determinado objectivamente, à data do incumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago, mantendo a intenção de defesa do promitente-comprador enquanto consumidor, ou seja o adquirente de habitação própria.

Sucedendo que o legislador começou por atribuir o direito de retenção do promitente-comprador nos termos do artº. 442º. nº. 3 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80 de 18 de Julho, em termos gerais, desde que tivesse havido tradição da coisa e constituído sinal, reportando-se ao nº. 2 do mesmo artigo, vindo, mais tarde, o legislador através do Decreto Lei nº. 376/86, de 11 de Novembro, a integrar o direito de retenção do promitente-comprador, nos casos especiais, do artº. 755º. do Código Civil, no seu nº. 1 al. f), com base nos pressupostos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil, deixando de ser reconhecido em termos gerais como acontecia anteriormente, desde que tivesse havido tradição da coisa, pelo crédito resultante do incumprimento imputável ao promitente-vendedor.

Ora, tendo havido a tradição da coisa para o promitente-comprador, estabelecia, o próprio preâmbulo do Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, no ponto 2, que em consequência da mesma se havia criado uma forte expectativa de estabilização do negócio e uma situação de

facto atendível, a indemnização devida por causa da resolução do contrato, seja o valor que a coisa tiver ao tempo do incumprimento, conferindo-se ao promitente-comprador o direito de retenção da coisa sobre a mesma coisa por tal crédito, materializando esta intenção na previsão do artº. 442º. nº. 3 do Código Civil, em termos gerais.

Decorre daqui que o direito de retenção pressupõe a constituição do sinal acompanhado da tradição da coisa em consequência do contrato-promessa, reduzido a escrito e assinado por ambos promitentes, acompanhado do reconhecimento presencial das respectivas assinaturas, constituindo o direito de retenção uma garantia do crédito em caso de incumprimento imputável ao promitente-vendedor, compelindo-o simultaneamente ao cumprimento, através do factor dissuasor.

Posteriormente, o legislador mantendo a mesma intenção no Decreto-Lei nº. 376/86, de 11 de Novembro, enquadrou o direito de retenção no artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, presidida pela defesa do direito do consumidor, continuando a proteger o promitente-comprador, enquanto consumidor, sem perder a qualidade de credor, a conexão causal resulta do contrato, com fundamento no incumprimento definitivo.

Não existe unanimidade na doutrina relativamente à necessidade de constituição do sinal para o reconhecimento do direito de retenção, entendendo o Professor Menezes Leitão que se não tiver sido constituído sinal não obstante ter havido a tradição da coisa, a qual deve ser entendida como um acto de mera tolerância por parte do promitente vendedor, sendo neste caso o promitente-comprador possuidor em nome alheio, como já foi referido.

O crédito no direito de retenção do promitente-comprador emerge do incumprimento contratual e não de despesas com a coisa ou por causa da coisa, distinguindo-se assim do direito de retenção geral ou comum.

O direito de retenção do promitente-comprador difere do direito de retenção comum essencialmente na função compulsória e quanto ao valor pelo qual responde a coisa retida, no primeiro há uma aproximação do valor, desaparecendo a eficácia compulsória sendo o sinal substituído pelo valor da coisa e no segundo o valor é diminuto e mantém-se a eficácia compulsória.

O direito de retenção do promitente-comprador prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente – art. 759º. do Código Civil.

O direito de retenção tem uma função coercitiva e uma função de garantia.

O direito de retenção do promitente-comprador é entendido pela jurisprudência como sendo constitucional na sua origem encontrando-se de acordo com os princípios de confiança e segurança legítima. Caracteriza-se por ser um direito que não é transmissível sem que seja transmitido o crédito que ele garante.

A sua extinção tem as mesmas causas porque cessa direito de hipoteca e ainda pela entrega voluntária da coisa retida - artº. 761º. do Código Civil, para além de outras oportunamente referidas.

Relativamente aos direitos e obrigações do titular do direito de retenção enquanto a coisa retida não for entregue, goza das regras aplicáveis ao penhor com as necessárias adaptações – 759º. nº. 3 do Código Civil.

O regime aplicável ao funcionamento do sinal que tem como pressupostos a constituição do sinal e o incumprimento definitivo, não sendo admitido nos casos de mora, é distinto da resolução comum, pois esta tem uma eficácia retroactiva – como decorre do artº. 433º. do Código Civil implica a restituição de tudo o que tiver sido prestado, envolvendo a supressão de todo o contrato.

O sinal vinculístico destinava-se a ligar o promitente-comprador à coisa, sempre que ela tivesse sido entregue durante a vigência do contrato, como refere o Professor Menezes Cordeiro.

O direito de retenção do promitente-comprador é uma garantia real do crédito resultante do incumprimento definitivo imputável à parte contrária, nos termos do artº.442º. nº. 2 do Código Civil, por remissão do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, não havendo unanimidade relativamente ao fundamento de ser ou não objecto de interpretação restritiva, atentas as características que lhe são próprias e os pressupostos do 442º. do Código Civil bem como a existência do crédito.

Não é unânime na doutrina o entendimento da posse constituir um pressuposto do direito de retenção, sendo admitida a mera detenção ou posse em nome alheio e não a posse verdadeira e própria sobre a coisa como é o caso de Salvador Costa e Ana Prata.

Com efeito, como foi referido na exposição, Menezes Leitão defende a interpretação restritiva com fundamento no facto de o direito ao aumento do valor da coisa, excluindo o sinal e o preço pago, ser a indemnização que tem uma conexão objectiva com a coisa. Porém, Pestana de Vasconcelos defende que o fundamento da interpretação restritiva assenta no facto de o promitente-comprador ser consumidor, justificando com o elemento teleológico da lei e a

ratio da norma. Porém, a Ana Prata entende que o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil parece não haver razão substancial para fazer qualquer interpretação restritiva deste artigo, assim considerando a atribuição do direito de retenção dependente da natureza do contrato prometido e da verificação da tradição da coisa, nos exactos termos enunciados pela disposição e de nada mais⁵¹¹.

Havendo a perda do benefício do prazo, como acontece se o devedor (promitente-vendedor) se tornar insolvente ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada, é reconhecido ao devedor o direito de retenção mesmo antes do vencimento do crédito de que seja titular, independentemente de ser líquido ou ilíquido. e não depende da liquidez deste – cfr. artºs. 757º. do Código Civil conjugado com o artº. 780º. do mesmo Código, podendo o credor exigir o cumprimento imediato da obrigação, sem ter que aguardar a declaração judicial dessa situação⁵¹².

Quais são os mecanismos jurídico-processuais de aplicação do direito de retenção? Ou seja, como pode o promitente – comprador reagir de para fazer valer o direito de retenção?

O promitente-comprador beneficiário da tradição da coisa que se encontre na posse desta pode ao abrigo do artº. 1285º. do Código Civil defender a posse mediante embargos de terceiro, nos termos do artº. 351º. e seguintes do Código de Processo Civil contra uma diligência judicial que tenha sido ordenada que não tenha como consequência a caducidade do direito de retenção⁵¹³.

Situação que ocorre, a título de exemplo, na execução para entrega de coisa certa.

Resulta do artº. 865º. do Código de Processo Civil que os embargos de terceiro pressupõem a existência de um título exequível por parte do embargante.

O promitente-comprador titular do direito de retenção, se tiver título exequível, poderá deduzir acções possessórias que lhe são legalmente reconhecidas para defesa da posse, sempre que esta seja ameaçada, quer por acto de esbulho por parte de terceiro ou por parte do próprio dono da coisa, nos termos dos artºs. 670º. al. a), ex-758º. e 759º. nº. 3 do Código Civil⁵¹⁴.

Porém, se da diligência judicial decorrer a caducidade do direito de retenção e consequentemente da posse ou detenção, o promitente-comprador não poderá deduzir

⁵¹¹PRATA, Ana – **O contrato promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina. 2ª. reimp. da ed. de 1994. p. 887.

⁵¹² Neste sentido: Ac. STJ de 01-03-1979: **BMJ**, 285º. – 347, e **RLJ**, 112º. – 281, com anotação de Vaz Serra.

⁵¹³ Ibidem

⁵¹⁴ SILVA, José Calvão – **Sinal e contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina. 2010, p. 196.

embargos de terceiros para fazer valer o direito de retenção, posse ou detenção já caducado, de acordo com o preceituado no artº. 824º. nº. 2 do Código Civil Neste caso, deve distinguir-se o promitente-comprador que se apresenta a reclamar o seu crédito no processo executivo daquele que não se apresenta⁵¹⁵.

O que acontece se tiver sido citado, nos termos do artº. 864º. nºs. 3 al. b), 6 e 9 do Código de Processo Civil ou tiver reclamado espontaneamente o seu crédito até à transmissão do bem penhorado?

Segundo o Professor Calvão da Silva se o promitente-comprador reclamar o pagamento do seu crédito e vê atendida a sua reclamação, o direito de retenção e correspondente posse ou detenção caducam em consequência da alienação e o crédito de que é titular transfere-se para o produto da venda com a mesma prioridade ou preferência que o direito caducado lhe conferiria. – cfr. Artº. 824º. nºs. 2 e 3 do Código Civil)⁵¹⁶.

Pensemos no caso do promitente-comprador titular de um contrato-promessa com eficácia obrigacional que pagou o sinal e beneficiou da tradição da coisa e que se encontra na posse da coisa, mas não dispõe de título exequível que lhe permita reclamar o seu crédito no concurso de credores, nos termos do artº. 865º. nº. 2 do Código de Processo Civil. O que como poderá ele fazer valer o direito de retenção?

Neste caso, sendo um credor com garantia real sobre o bem penhorado, é-lhe reconhecido o direito de requerer, dentro do prazo para a reclamação de crédito, que a graduação de crédito aguarde a obtenção do título em falta, relativamente aos bens sobre quais recai a garantia, nos termos do Artº. 869º., nº. 1 do Código Civil⁵¹⁷.

Uma vez apresentado o requerimento, se o executado na sequência da notificação ao executado pela secretaria para se pronunciar sobre a existência do crédito invocado, reconhecer o crédito considera-se formado o título e reclamado o crédito nos termos do requerimento apresentado pelo credor promitente-comprador, sem prejuízo da sua impugnação pelo exequente e demais credores, passando o promitente-comprador a ter um título executivo, nos termos do artº. 869º. nº. 3 do Código de Processo Civil.

O mesmo acontece se o executado nada disser na sequência da notificação pela secretaria para

⁵¹⁵ Idem

⁵¹⁶ SILVA, João Calvão da- Op. cit., pp. 196-197.

⁵¹⁷ Ibidem

se pronunciar sobre a existência do crédito e estiver pendente acção declarativa para a respectiva apreciação, de acordo com o preceituado no artº. 869º. nº. 3 do Código de Processo Civil.

Quando o executado negar a existência do crédito invocado pelo promitente-comprador, este enquanto credor obtém na acção própria sentença exequível, na qual o exequente e os credores interessados serão réus, para além do executado, provocando o promitente-comprador a sua intervenção principal, nos termos do artº. artº. 325º. e seguintes do Código de Processo Civil, reclamando seguidamente o crédito na execução, como dispõe o artº. 869º. nºs. 4 e 5 do Código de Processo Civil.

Verificada a situação acima referida, o promitente-comprador está obrigado a apresentar a certidão comprovativa da pendência da acção, no prazo de 20 dias a contar da notificação de que o executado negou a existência do crédito sob pena de caducidade do requerimento em questão, nos termos do artº. 869º. nº. 7 al. a) do Código de Processo Civil.

Outrossim, o dito requerimento caducará se o exequente provar que não foi dado cumprimento ao preceituado no nº. 5 do artº. 869º. do Código de Processo Civil, que a acção foi julgada improcedente ou que esteve parada durante 30 dias, por negligência do promitente-comprador enquanto autor, nos termos do artº. 869º. nº. 7 al. b) do Código de Processo Civil.

Sucede que o requerimento apresentado pelo promitente-comprador, enquanto credor, não obsta à venda ou a adjudicação dos bens, nem à verificação dos créditos reclamados, embora o promitente-comprador, na qualidade de requerente, seja admitido a exercer no processo os mesmos direitos que competem ao credor cuja reclamação tenha sido admitida, como resulta do artº. 869º. nº. 6 do Código de Processo Civil.

Para além das situações de caducidade referidas, temos como acto subsequente apresentação do requerimento, a necessidade de o promitente-comprador, enquanto autor, juntar a certidão da sentença com nota de trânsito em julgado, ao processo executivo onde o requerimento foi apresentado, dentro dos 15 dias a contar do trânsito em julgado, sob pena de caducarem os efeitos do requerimento, de acordo com o preceituado no artº. 869º. nº. 7 al. c) do Código de Processo Civil.

Daí que o promitente-comprador terá que ter presente a caducidade dos efeitos do requerimento, previstas nas várias alíneas do nº. 7 do artº. 869º. do Código de Processo

Civil⁵¹⁸.

Ora, o direito de retenção não é um direito incompatível com a realização da penhora, estabelecendo o artº. 831º. nº. 2 do Código de Processo Civil, que deve ser anotado o domicílio do retentor para posterior notificação nos termos do artº. 864º. nº. 9 do Código de Processo Civil.

O crédito garantido deve ser reclamado na execução pendente, nos termos do artº. 864º. nº. 1 e 3 al. b) e artº. 865º. do Código de Processo Civil⁵¹⁹.

Se, apesar de citado, o promitente-comprador não reclamar o seu crédito, no processo executivo, nem reclama espontaneamente, - artº. 865º. nº. 3 do Código de Processo Civil o direito de retenção caduca sem transferência do direito de crédito para o produto da venda, uma vez que esse direito não foi verificado e graduado.

Posteriormente, uma vez caducado o direito de retenção por inércia do seu titular, o beneficiário da promessa poderá fazê-lo valer contra o devedor como credor quirografário ou comum.

Se apesar de conhecido não foi citado, pode arguir a nulidade por falta de citação – artºs. 864º. nº. 10, e 194 do Código de Processo Civil.

Se o bem sobre o qual recai o direito de retenção não tiver sido vendido ou adjudicado o juiz ordena o cancelamento de todo o processado posterior à falta de citação deste promitente-comprador conhecido que não foi citado.

Porém, se o bem já tiver sido vendido não haverá lugar a anulação da venda, adjudicações,

⁵¹⁸ Idem e ANTUNES, Faria – Acórdão. [Em linha]. Contrato de Locação Financeira. Cláusula contratual geral. Cláusula Penal. Resolução do contrato. Nulidade. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 03A564. 18 de Março de 2003. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt> e SOARES, Duarte – Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Penhora,. Venda judicial. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 02B4386. 23 de Janeiro de 2003. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt> COSTA, Nascimento – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Sinal. Incumprimento. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 02B2150. 19 de Setembro de 2002. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>, SILVANO, Gonçalo - Acórdão [Em linha]. Contrato –promessa de compra e venda. Direito de retenção. Embargos de terceiro. Porto: **Tribunal da Relação do Porto**. Processo nº. 0732323. 24/05/2007. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.trp.pt>.

⁵¹⁹ SILVANO, Gonçalo - Acórdão [Em linha]. Contrato–promessa de compra e venda. Direito de retenção. Embargos de terceiro. Porto: **Tribunal da Relação do Porto**. Processo nº. 0732323. 24/05/2007. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.trp.pt>.

remições, ou pagamento já efectuados, regendo o artº. 864º. nº. 10, segunda parte, do Código de Processo Civil dos quais o beneficiário não tenha sido o único beneficiário, ficando salvo à pessoa que deveria ter sido citada o direito de ser indemnizada pelo exequente segundo as regras do enriquecimento sem causa, sem prejuízo da responsabilidade civil, nos termos gerais, da pessoa a quem seja imputável a falta de citação. Estas indemnizações têm de ser pedidas em acção de condenação especialmente intentada para o efeito⁵²⁰

Neste caso, o credor, ocorrendo a recusa do promitente-vendedor deverá intentar a competente acção de condenação a fim de obter o cumprimento coersivo da prestação, antes da declaração de insolvência, uma vez que ainda não estamos perante um incumprimento definitivo da obrigação imputável ao devedor. Porém, uma vez declarada a insolvência a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência sendo um acto lícito, no exercício de um direito potestativo, deixa de ser aplicável o regime geral previsto no artº. 780º. do Código Civil, por não relevar em sede de insolvência, nos termos do artº. artº. 99º. nº. 2 do CIRE, continuando o promitente-comprador - consumidor sem tutela no CIRE.

No caso de contratos-promessa sem eficácia real, mas que o promitente-comprador tenha intentado e registado a acção de execução específica bem como a sentença que tenha sido proferida nesses autos passa a gozar de eficácia real nos mesmos termos que goza o titular de contrato-promessa com eficácia real, registada que pode requerer a execução específica do contrato-promessa e a quem não poderá ser recusado o cumprimento do contrato.

O direito de retenção atribuído ao promitente-comprador pressupõe a tradição da coisa – entrega lícita, a posse, o contrato-promessa reduzido a escrito bem como todas as cláusulas de pagamento do sinal e entrega da coisa a transferência da posse, o incumprimento definitivo, tratar-se de coisa penhorável, ser o incumprimento do contrato-promessa ser imputável ao vendedor, ter havido sinal, haver uma reciprocidade de créditos, legitimidade dos outorgantes do contrato-promessa.

Como foi referido, o direito de retenção reúne os dois elementos que integram a posse – o poder de facto exercido sobre a coisa – o corpus e a vontade de agir como se de coisa sua se tratasse - o *animus sibi habendi*.

O direito de retenção tal como o regime sinal têm subjacente o pressuposto o incumprimento definitivo e culposo, imputável ao promitente-vendedor, não sendo reconhecidos em caso de mora no cumprimento da obrigação.

⁵²⁰ SILVA, João Calvão da- Op. cit., pp.198 199

A doutrina é unânime relativamente ao funcionamento do regime do sinal em caso de ausência de tradição da coisa, já o mesmo não acontece nos casos de incumprimento, em que tenha havido sinal e tradição da coisa, uma parte da doutrina entende que neste caso o direito a uma indemnização deve ser calculado com base no regime do sinal.

Uma outra entende que a indemnização se deve restringir ao aumento do valor da coisa, excluindo o sinal e o preço pago, atenta a conexão entre o crédito e a coisa objecto do direito de retenção, uma vez que o sinal não tem qualquer uma conexão directa com a coisa e o funcionamento do seu regime não depender da entrega da coisa.

O regime geral do sinal e do direito de retenção encontra-se fixado no Código Civil, tendo o direito do consumidor consagração constitucional, no artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa, fundamento do elemento teleológico da Lei, tendo sido declarada a constitucionalidade do direito de retenção atribuído ao promitente-comprador, por diversos acórdãos do Tribunal Constitucional, já oportunamente citados, em consequência da falta da unanimidade por parte da doutrina, relativamente à sua prevalência sobre o crédito hipotecário anteriormente registado e o direito de retenção não estar sujeito a registo.

Os promitentes poderão conferir ou não eficácia real ao contrato-promessa, nos termos do artº. 413º. do Código Civil, sem que a ausência determine qualquer tipo de invalidade relativamente ao contrato-promessa meramente obrigacional, nem determina a lei que o promitente-comprador adquirente de habitação própria, consumidor, não deva gozar da tutela legalmente estabelecida atenta a *ratio* teleológica da lei, desde que estejam preenchidos os pressupostos legais exigidos para reconhecimento da existência do direito de retenção, por sentença.

Com efeito, o direito de retenção do promitente-comprador, sendo um direito de garantia real, só nasce com o incumprimento definitivo do contrato-promessa por parte do promitente-vendedor.

Se, por um lado, é verdade que em caso de incumprimento a opção pelo aumento do valor da coisa a título de indemnização é aquela que tem uma conexão mais directa com a coisa, em detrimento do sinal em dobro que não tem uma relação directa com a coisa, não é menos verdade que o direito de retenção atribuído ao promitente-comprador emerge do incumprimento do contrato-promessa imputável ao promitente-vendedor que fica constituído na obrigação de pagar o sinal em dobro ou o valor da coisa como sendo uma actualização do sinal, sob a perspectiva da defesa dos interesse do consumidor como é o caso do promitente-

comprador, devendo receber nos termos do preceituado no artº. 442º. nº. 2, segunda parte, do Código Civil.

Sucedendo que verificado o incumprimento definitivo as regras do sinal funcionam independentemente de ter havido ou não tradição da coisa, ficando excluída a hipótese de deduzir a execução específica.

Decretada a penhora há a tradição da coisa para o tribunal cessando a posse do executado ou de terceiro relativamente ao bem do executado.

O registo da acção de execução específica e da sentença conferem eficácia real aos actos tal como a eficácia real atribuída com o contrato.

O direito de retenção só existe nos casos de incumprimento contratual definitivo e não nos casos de mora.

A lei reconhece quatro meios de reacção contra a penhora ilegal, são eles a oposição por simples requerimento, o incidente de oposição à penhora, os embargos de terceiros e a acção de reivindicação.

Não basta invocar o direito de retenção porque ele tem de ser reconhecido por sentença – artº. 869º. do C.P.C.

No processo de executivo os titulares de direito de garantia que não tenham sido citados podem reclamar espontaneamente o seu crédito até à venda (transmissão) dos bens penhorados, nos termos do artº. 865º. nº. 3 do C.P.C.

Só o credor com garantia real pode reclamar do seu crédito, a reclamação tem subjacente um título exequível.

Os embargos de terceiro sendo uma acção declarativa são o meio mais específico para reagir contra a ilegalidade de um acto ou diligência judicial anterior à declaração de insolvência, de acordo com o nº. 1 do artº. 351º. do CPC mas deixam de ser admissíveis em processo de insolvência, como resulta do nº. 2 do mesmo artigo e Código.

A legitimidade activa para deduzir embargos de terceiro deixou de estar vinculada à posse em nome próprio e em nome alheio, passando a ser admissível em caso de mera detenção.

Porém, o reconhecimento do direito de retenção do promitente-comprador está longe de ser unânime quer pela doutrina quer pela jurisprudência, como acabamos de verificar ao longo de toda a exposição, dependendo da perspectiva através da qual é analisada a existência do

direito de retenção e o seu exercício pelo promitente-comprador quer na fase do processo declarativo, através de uma acção propositadamente instaurada com vista ao seu reconhecimento na sequência do incumprimento, quer no âmbito do processo executivo na reclamação de créditos e concurso de credores em que se mantêm os princípios do artº. 755º. nº. 1 al. f) e 442º. nº. 3 do Código Civil, bem como no processo de insolvência em que o actual Código de Insolvência e da Recuperação das Empresas, ocorrendo a recusa de cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador da insolvência, pese embora seja afastado pelo artº. 119º. do CIRE o regime do artº. 442º. e do artº. 755º. nº. 1 do Código Civil, relativamente à devolução do sinal em dobro e o reconhecimento do direito de retenção em caso de recusa por parte do administrador de insolvência quando os contratos-promessa em que tenha havido tradição da coisa com constituição de sinal não tenham eficácia real, relativamente ao promitente-comprador não consumidor, mas ser reconhecido desde que o promitente-comprador seja consumidor, com recurso ao preenchimento da lacuna nos termos do artº. 10º. do Código Civil determinado pela teologia da lei na protecção do consumidor omissa no CIRE.

Com efeito, sendo declarada a insolvência e havendo contratos em curso, estabelece o artº. 102º. nº. 1 do CIRE que os contratos ficam suspensos até que o administrador da insolvência opte pelo cumprimento do contrato ou pela recusa de cumprimento.

Ora, estabelece o Código Civil, no seu artº. 757º. nº. 1 que o devedor goza do direito de retenção, mesmo antes do vencimento do seu crédito, desde que entretanto se verifique alguma circunstância que importe a perda do benefício do prazo, podendo o credor exigir o cumprimento imediato da obrigação, nos termos do artº. 780º. nº. 1 do Código Civil, se o devedor se tornar insolvente, ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada.

Parece decorrer destas disposições, ser suficiente a verificação da situação de facto o devedor ter-se tornado insolvente, para que possa ser exigido pelo credor o cumprimento da obrigação.

Sucedem que a lei confere ao administrador da insolvência o direito potestativo de recusar o cumprimento da obrigação, nos termos do nº. 1 do artº. 102º. do CIRE, estabelecendo no artº. 102º. nº. 3 do CIRE o regime geral da recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência, aplicável nos termos do nº. 5 do artº. 104º. do CIRE, em cumprimento do disposto no artº. 106º. nº. 2 do CIRE, aplicável aos contratos-promessa não sinalizados⁵²¹.

⁵²¹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência – Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

Estabelece o artº. 102º. nº. 3 do CIRE que se o administrador de insolvência se recusar a cumprir o negócio em curso, não será restituído a nenhuma das partes o que tiverem prestado, se não tiver havido a contraprestação, a massa insolvente pode exigir o valor idêntico ao da prestação realizada pelo devedor; tendo sido cumprido parcialmente o negócio, é reconhecido o direito ao credor de exigir o pagamento do produto da diferença relativa entre o valor da prestação e o valor da parte que não foi paga, como crédito de sobre a insolvência; a parte lesada tem o seu direito à indemnização pelos prejuízos sofridos limitado ao valor da contraprestação correspondente à prestação já efectuada pelo devedor, sendo abatido a esse valor o quantitativo a que a outra parte tinha direito.

No caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência, não poderá recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real se já tiver havido a tradição da coisa a favor do promitente-comprador, como resulta do preceituado no artº. 106º. nº. 1 do CIRE.

Nos demais casos, ocorrendo a recusa de cumprimento do contrato-promessa de compra e venda por parte do administrador da insolvência, de acordo com o preceituado no arº. 106º. nº. 2 do CIRE, será aplicado o disposto no artº. 104º. nº. 5 do CIRE, com as necessárias adaptações, quer se trate da insolvência do promitente-vendedor quer se trate da insolvência do promitente-comprador.

Porém, não há entendimento doutrinal nem jurisprudencial relativamente aos casos abrangidos pelo artº. 106º. nº. 2 do CIRE, defendendo o Professor Pestana de Vasconcelos que o nº. 2 deste artigo apenas se aplica ao contrato-promessa não sinalizado enquanto que Calvão da Silva defende que se aplica a todos os demais casos não previstos pelo nº. 1 do mesmo artigo, como já foi referido oportunamente na exposição.

Ocorrendo a insolvência do promitente-comprador, em que não tenha havido a constituição de sinal, o promitente-vendedor terá direito a uma indemnização, que terá direito a reclamar como crédito sobre a massa insolvente correspondente à diferença, se positiva, entre o valor do preço ainda não satisfeito e o valor da coisa na data da recusa⁵²².

Assim sendo, nº. 1 artº. 106º. do CIRE apenas é aplicável aos contratos-promessa com eficácia real com tradição da coisa a favor do promitente-comprador. Por sua vez o artº. 106º. nº. 2 do CIRE, segundo o Professor Calvão da Silva seria aplicável a todos os demais contratos-promessa incluindo os contratos-promessa sem eficácia real em que tivesse havido a

⁵²² VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Op. cit, p. 20

tradição da coisa. Relativamente a este número dois defende o Professor Pestana de Vasconcelos que o mesmo só é aplicável aos contratos não sinalizados⁵²³. Contudo, o Professor Menezes Leitão entende que os contratos-promessa sem eficácia real com tradição da coisa deveriam beneficiar do mesmo tratamento que os contratos-promessa com eficácia real com tradição da coisa, pelo que deveria ser aplicável o preceituado no n.º. 1 do art.º. 106.º do CIRE, sempre que o promitente comprador se encontrasse na posse da coisa, pelo que o n.º. 2 deste artigo abrangeria apenas as situações em que ainda não tivesse ocorrido a entrega da coisa ao promitente comprador, caso em que poderá haver recusa de cumprimento, nos termos gerais⁵²⁴.

Ora, o legislador ao atribuir o direito potestativo de cumprir ou recusar o cumprimento do contrato ao administrador da insolvência, na sequência da declaração da insolvência, afastou o pressuposto da culpa e da ilicitude, impedindo deste modo a aplicação directa do art.º. 442.º. n.º. 2 do Código Civil, como é defendido por uma parte da doutrina e da jurisprudência, deixando desprotegido o promitente-comprador, enquanto consumidor, ao ser-lhe retirado o direito de retenção que lhe é atribuído pelo art.º. 755.º. n.º. 1 al. f) do Código Civil⁵²⁵.

Assim, nos casos em que tenha sido constituído sinal, o promitente-comprador não insolvente terá direito, como crédito sobre a insolvência, comum se não tiver havido tradição da coisa ou garantido no caso ter ocorrido a tradição da coisa, ao sinal em dobro ou a uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, tal como a prevista no art.º. 442.º. n.º. 2 do Código Civil⁵²⁶.

Pretendeu o legislador no CIRE tutelar os interesses dos credores, afastando o regime geral previsto no Código Civil sem ter acautelado o direito do consumidor, que também é um credor como é o caso do promitente-comprador adquirente de habitação própria, como refere o Professor Pestana de Vasconcelos e parte da jurisprudência, impondo-se a tutela dos interesses do promitente-comprador enquanto consumidor, uma vez que da teleologia da Lei e da *ratio* dos art.ºs. 442.º. n.º. 2 e 755.º. n.º. 1 al. f) do Código Civil, resulta que o legislador não pretendeu restringir os direitos do promitente-comprador enquanto consumidor mas antes reforçar a defesa dos seus interesses por ser a parte mais fraca na relação contratual,

⁵²³ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Op. cit, p. 15

⁵²⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Código da Insolvência anotado** 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, anotação 4 p. 146.

⁵²⁵ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Op. cit, p. 18

⁵²⁶ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Op. cit, p. 15 e na Jurisprudência: DIAS, Artur – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Efeitos sobre os negócios em curso do insolvente. Direitos do terceiro contratante. Contrato-promessa de compra e venda. Eficácia real desse contrato. Acção declarativa baseada no contrato-promessa sua inutilidade superveniente. - Coimbra: Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n.º. 63/07.8TBMGR-M.C1. 01/07/2008. [Consultado em 27/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.trc.pt>

necessitando de maior tutela principalmente no caso de insolvência do promitente-vendedor⁵²⁷.

Impondo-se assim o recurso à integração de lacunas, nos termos do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil, estendendo o estatuído no artº. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, aos casos de recusa do administrador de insolvência, sempre que estejamos perante um contrato-promessa sem eficácia real em que tenha havido a tradição da coisa e o promitente-comprador se encontre na posse da mesma, enquanto consumidor, atendo o disposto no artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa⁵²⁸.

Porém, o administrador da insolvência pode optar pela execução do contrato, nos termos do artº. 102º. nº. 1 do CIRE, solicitando a execução específica do contrato-promessa, caso em que o promitente-vendedor perderá o direito à restituição ou separação de bens.

Sucedendo que o legislador dispensa uma tutela diferente, mais forte, ao promitente-vendedor no caso de insolvência do promitente-comprador, como resulta do artº. 102º. do CIRE parecendo haver uma inversão da tutela do promitente-comprador no Código Civil relativamente à qual já foi declarada a sua constitucionalidade.

Em caso de insolvência do promitente-vendedor, o promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa poderá exigir a diferença entre o valor da coisa objecto do contrato prometido, na data da recusa, e o montante do preço que ainda teria que pagar, que constitui crédito sobre a insolvência, mas não sinal em dobro, nos termos dos artºs. 104º. nº. 5 e 106º. nº. 2 do Código da Insolvência, a título de indemnização, se não for consumidor.

Decorre assim que, em caso de insolvência do promitente-vendedor, o promitente-comprador verá os seus direitos decorrentes do contrato-promessa afectados, perante a recusa do administrador de insolvência, uma vez que não poderá exigir o pagamento do sinal em dobro nem recorrer à acção de execução específica quando o contrato-promessa seja meramente obrigacional e não tenha havido tradição da coisa, se não for consumidor.

É controverso o entendimento doutrinal e jurisprudencial no processo insolvencial quanto aos direitos reconhecidos ao promitente-comprador pelo Código Civil em caso de recusa de cumprimento do contrato-promessa por parte do administrador de insolvência, no que respeita à admissibilidade do direito de retenção e à restituição do dobro do sinal, face ao regime estabelecido no Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, com vista à defesa dos

⁵²⁷ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Op. cit, p. 19

⁵²⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Op. cit, p. 19

interesses dos credores, atento o estipulado pelo artº. 119º. do CIRE..

Atribuindo o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil um direito de retenção ao promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa, titular de um contrato-promessa sem eficácia real mas que tenha a posse da coisa objecto do contrato prometido, defende o Professor Menezes Leitão que deveria o direito de retenção ser considerado em processo de insolvência por constituir um direito real de garantia, não devendo neste caso ser afectado o direito ao sinal e ao aumento do valor da coisa, pela recusa do administrador da insolvência, bem como também não deverá ser afectado o contrato-promessa sem eficácia real⁵²⁹. Porém, o acto do administrador da insolvência é um acto lícito e o acto do insolvente pressuposto pelo artº. 442º. nº. 2 do Código Civil é um acto ilícito e culposo, que é afastado pelo artº. 119º. do CIRE, embora se chegue a esta solução pela via da integração de lacuna do direito do consumidor, atenta a teleologia da lei na defesa do direito do consumidor omissa no CIRE, como defende o Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos e Fonseca Ramos.

O direito de retenção é um direito de garantia real que visa assegurar o pagamento do crédito ao seu titular que se encontra na posse da coisa pertencente ao devedor, em consequência do incumprimento definitivo.

Na verdade, confrontados com a questão de saber o promitente-comprador de uma fracção autónoma em que tenha havido a tradição da coisa e constituição do sinal com efeitos meramente obrigacionais, ainda não cumprido à data da declaração de insolvência do promitente-vendedor, em caso de recusa por parte do administrador da insolvência pode exigir o pagamento do sinal em dobro e exercer o direito de retenção sobre o bem que se encontra na sua posse, parece ser difícil a resposta em virtude de não ser unânime o entendimento doutrinal e jurisprudencial em consequência da omissão quiçá intencional do legislador relativamente a essa questão no seu artº. 106º. no CIRE contrariamente ao que acontecia no artº. 164º.-A nº. 1 do CPEREF, que de uma forma expressa estipulava a extinção do contrato e o funcionamento da regra do sinal com a declaração de falência.

No Código de Processo Especial de Recuperação da Empresa e Falência, entretanto revogado, o direito de retenção e o funcionamento do regime do previsto nos artºs. 442º. nº. 3 e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, continuavam a ser aplicados no processo de falência.

Sucedem que actualmente o CIRE no seu artº. 102º. nº. 1 não estabelece a extinção dos

⁵²⁹Neste sentido: LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª.ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 146.

negócios em curso mas sim a suspensão dos mesmos, conferindo ao administrador de insolvência o direito potestativo de cumprir ou recusar o cumprimento dos contratos em curso.

Ora, é neste último caso que a situação dos negócios em curso tem gerado controvérsia, ou seja, no caso de recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência no entendimento a ser acolhido.

Com efeito, a recusa do administrador de insolvência é uma recusa lícita porque no exercício de um direito potestativo posterior à declaração de insolvência – cfr. Artº. 102º. nº. 1 do CIRE, momento em que o insolvente já perdeu a posse e o poder de disposição sobre os bens que integram a massa insolvente, por terem sido transferidos para o administrador de insolvência, nos termos do artº. 81º. do CIRE.

Assim sendo, parece que desde que tenha havido tradição da coisa e o promitente-comprador se encontra na posse da mesma, vencida a obrigação em consequência da declaração de insolvência, passa o promitente-comprador a gozar do direito de retenção pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, garantia esta que não deve ser afectada pela declaração de insolvência e deve ser atendida em sede de processo de insolvência, sob pena de se frustrar a expectativa jurídica de consolidação do negócio jurídico com a entrega do bem e o pagamento do sinal, desde que o promitente-comprador seja consumidor.

A resposta a questão acima suscitada, leva-nos à ponderação de duas outras, sendo a primeira, no sentido de saber se o artº. 102º. nº. 1 do CIRE é aplicável dos contratos que tenham sido parcialmente cumpridos e a segunda a de saber qual o enquadramento a dar aos contratos-promessa sem eficácia real e em que tenha havido a tradição da coisa, face à redacção do artº. 106º. nº. 1 do CIRE, sabendo que é controversa a questão de saber se os contratos-promessa de compra e venda sinalizados e em que tenha havido a entrega da coisa ao promitente-comprador com efeitos meramente obrigacionais deve ou não ser integrado na previsão do nº. 1 do artº. 106º. do CIRE, ou se o administrador de insolvência pode em todas as situações recusar o cumprimento, nos termos do disposto no artº. 102º. nº. 1 do CIRE, uma vez que o legislador não diz de forma explícita e por outro lado a susceptibilidade de serem criadas prejudiciais para a parte cumpridora, mormente tendo em atenção que os poderes de administração e de disposição dos bens do insolvente que integram a massa insolvente são assumidos pelo administrador da insolvência com a declaração de insolvência.

Procurando responder à primeira questão, parece haver uma restrição à aplicação do artº. 102º. nº. 1 do CIRE aos contratos que não tenham sido totalmente cumpridos, entende o Professor Menezes Leitão que a norma não se irá aplicar à maioria dos contratos bilaterais, uma vez que rara é a situação em que nenhuma das partes executou o contrato o que restringe consideravelmente o princípio geral deste artigo⁵³⁰.

Resulta do artº. 102º. nº. 1 do CIRE que os contratos bilaterais que não tenham sido totalmente cumpridos nem pelo insolvente nem pela outra parte fica suspenso o cumprimento até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento, no que diz respeito ao contrato –promessa parece-me que esta norma tem por objecto o contrato-promessa sinalizado e que se encontra a aguardar a celebração da escritura pública, nos demais casos serão os contratos iniciados mas não concluídos, como acontece por exemplo na compra e venda a prestações, situações em que os contratos foram parcialmente cumpridos.

Este artigo restringe o seu âmbito de aplicação aos contratos bilaterais que não tenham sido totalmente cumpridos, salvo o devido respeito, daí que parece poder ser aplicado aos casos em que já tenha havido um cumprimento parcial do contrato por qualquer das partes, logo se o contrato-promessa em que tenha havido a tradição da coisa e a constituição de sinal, porque parcialmente cumpridos, deverá ser aplicado o regime estabelecido no artº. 102º. nº. 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, ficando suspensos os contratos bilaterais parcialmente cumpridos à data da declaração da insolvência.

Com efeito, o CIRE afasta o juízo de censura relativamente à recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, na medida em que é-lhe conferido um direito potestativo de optar pelo cumprimento ou recusa de cumprimento do contrato-promessa e por outro lado a lei insolvencial não quis adoptar como lei especial o regime geral que é o Código Civil, como resulta do regime imperativo estabelecido no artº. 119º. do CIRE⁵³¹.

Face ao exposto, não é de aplicável o artº. 442º. nº. 2 do CC no processo insolvencial, consequentemente o promitente-comprador deixa de gozar do direito de retenção, nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do CC., por ter sido afastado pelo legislador o regime geral do Código Civil, como decorre do disposto no artº. 119º. nº. 2 do CIRE⁵³².

⁵³⁰ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 140.

⁵³¹ Idem

⁵³² RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão

A recusa por parte do administrador da insolvência determinará o não cumprimento definitivo do contrato-promessa, sem que lhe possa ser imputada culpa, face ao vencimento da obrigação em consequência da declaração de insolvência como resulta do disposto no artº. 780º. nº. 1 do Código Civil, uma vez que não releva em sede de insolvência, nos termos do artº. 99º. nº. 2 do CIRE, nem pode reportar-se ao devedor – promitente-vendedor, não parece que se possa imputar a culpa ou presumir a culpa - artº. 799º. nº. 1 do Código Civil - do administrador da insolvência pela recusa, sendo temerário considerar como regra geral que quem não cumpre é o promitente-vendedor que caiu na situação de insolvência⁵³³.

O reconhecimento do direito de retenção ao promitente-comprador, nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, enquanto norma material de proteção do consumidor, salvo o devido respeito, apenas se ocorrerá pelo recuso à integração de lacunas, por extensão do preceituado neste artigo ao regime do CIRE, a fim de proteger o promitente-comprador consumidor, preenchendo deste modo a lacuna existente no CIRE, como é entendimento jurisprudencial neste sentido⁵³⁴.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial é no sentido que o CIRE é omissivo relativamente ao contrato-promessa sinalizado sem eficácia real em que tenha havido a tradição da coisa⁵³⁵, Pestana de Vasconcelos e Menezes Leitão também entendem a existência no CIRE da mesma omissão⁵³⁶.

Contudo, respondendo à questão de saber se estamos perante uma lacuna que demanda a aplicação do regime do incumprimento do Código Civil, mormente do artº. 442º. do Código Civil, a integrar segundo os critérios do artº. 10º. do Código Civil, defende que não crer que se trate de uma lacuna a que se deva aplicar analogicamente o regime do Código Civil, atento o disposto no artº. 119º. nº. 2 do CIRE⁵³⁷

do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBBERG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/11/ 2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁵³³ RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBBERG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/11/ 2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁵³⁴ Neste sentido: Ibidem.

⁵³⁵ RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBBERG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/11 / 2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁵³⁶ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**. Anotado. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 146; VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de - Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março de 2011.

⁵³⁷ L. Miguel Pestana de - Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março de 2011.

Porquanto, é apenas a decisão do administrador da insolvência optar pela recusa do cumprimento que inviabilizará a pretensão do promitente-comprador beneficiário da tradição da coisa e que se encontre na posse desta cujo contrato-promessa sem eficácia real, que gerará um direito à indemnização⁵³⁸.

Ora, o artº. 106º. nº. 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, faz depender a impossibilidade de recusa por parte do administrador da insolvência relativamente aos contratos promessa com eficácia real de ter havido a tradição da coisa, ou seja, ter havido parcial cumprimento do contrato.

Sucedem que o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil atribui um direito de retenção ao promitente comprador titular de um contrato-promessa sem eficácia real que se encontre na posse da coisa⁵³⁹.

Porém, defende o Professor Menezes Leitão que constituindo o direito de retenção uma garantia real não pode o mesmo deixar de ser atendido em sede de insolvência⁵⁴⁰.

Sucedem que o artº. 106º. nº. 1 do CIRE é omissivo relativamente ao caso do contrato-promessa sem eficácia real e em que o promitente-comprador que tenha obtido a tradição da coisa e se encontre na posse da coisa⁵⁴¹.

Face à omissão no CIRE relativamente ao contrato-promessa sem eficácia real com tradição da coisa e que se encontre na posse desta, situação não é subsumível do preceituado no artº. 102º. nº. 1 do CIRE, pelo que defende o Professor Menezes Leitão, deve, neste caso, ser aplicado o mesmo procedimento estabelecido no artº. 106º. nº. 1 do CIRE para os contratos-promessa com eficácia real em que tenha havido a tradição da coisa, impedindo o administrador da insolvência de recusar o cumprimento do contrato-promessa, por terem em comum o requisito da posse da coisa⁵⁴².

⁵³⁸ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 173.

⁵³⁹ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 146.

⁵⁴⁰ Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 146.

⁵⁴¹ RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBBERG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/11/ 2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>; VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**. Anotado, 5 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 146.

⁵⁴² Em sentido contrário: OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto -; SERRA, Catarina – Insolvência e Contrato-promessa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 70. Lisboa. Jan./Dez. 2010, p. 404.

Considera o Professor Calvão da Silva, reportando-se ao artº. 106º. do CIRE que só nos contratos-promessa com eficácia real (artº. 413º. do Código Civil) acompanhado de *traditio rei*, o administrador da insolvência do promitente-vendedor não poderá recusar o cumprimento como decorre do artº. 106º. nº. 1 do CIRE, conservando o promitente comprador o direito de exigir à massa insolvente a celebração do contrato prometido ou a execução específica, aplicando-se nos demais casos a regra geral do artº. 102º. do CIRE que confere ao administrador da insolvência a opção entre celebrar o contrato prometido ou recusar o cumprimento da promessa (artº. 102º. nº. 1 do CIRE) com a aplicação do disposto no nº. 5 do artº. 104º. do CIRE em cumprimento do artº. 106º. nº. 2 do CIRE, entendendo que com o dever de indemnizar nos termos do artº. 102º. nº. 3 do CIRE, fica o promitente-comprador impossibilitado de pedir o cumprimento ou a execução específica da promessa, mesmo de promessa com eficácia real sem *traditio rei*, assim confinado a um crédito indemnizatório⁵⁴³, uma vez que a lei insolvencial não quis adoptar como lei especial o regime da lei geral que é o Código Civil, como resulta do artº. 119º. nº. 2 do CIRE.

Ora, de acordo com o disposto no artº. 104º. nº. 5 do CIRE, recusando-se o administrador da insolvência em cumprir o negócio em curso terá os efeitos no artº. 102º. nº. 3 do CIRE, entendendo-se como crédito sobre a insolvência, o direito consignado na al. c) do nº. 3 do artº. 102º. do CIRE, que é o pagamento da diferença.

Deste modo, se a insolvência for do promitente-vendedor, o direito consignado na al. c) do nº. 3 do artº. 102º. do CIRE tem por objecto, como crédito sobre a insolvência, o pagamento da diferença, se positiva, o preço convencionado da coisa e o valor que o bem tiver no momento da recusa. Contudo, se estivermos caso de o insolvente ser o promitente-comprador, terá por objecto o pagamento da diferença, se positiva, entre o valor da coisa na data da recusa e o preço convencionado da coisa.

Entende o Professor Menezes Leitão a indemnização não é assim a da restituição do sinal em dobro, mas uma indemnização fortemente restringida⁵⁴⁴.

No direito insolvencial, o promitente-comprador cujo contrato-promessa sem eficácia real que tenha por objecto mediato coisa imóvel e tenha beneficiado da tradição da coisa, não goza dos mesmos direitos reconhecidos pelo Código Civil, no caso do incumprimento definitivo do

⁵⁴³ SILVA, José Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**. Coimbra: Almedina. 13ª. ed. rev. e aum.. pp.173-174

⁵⁴⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito da Insolvência**. Coimbra: Almedina. Janeiro de 2009, p. 173; e RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBRRG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/11/ 2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

contrato-promessa ser imputável ao promitente-vendedor, uma vez que não sendo aplicável na insolvência o artº. 442º. nº. 2 do Código Civil fica excluído ao promitente-comprador o direito de retenção, nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil⁵⁴⁵.

Porém, se o promitente-comprador for um consumidor e o objecto mediato do contrato-promessa for uma habitação, segundo uma parte da jurisprudência⁵⁴⁶ sufragando o entendimento do Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos,⁵⁴⁷ mesmo declarada a insolvência do promitente-vendedor, o promitente-comprador não insolvente tem direito de retenção e direito ao pagamento do sinal em dobro ou o valor da coisa ou direito sobre ela, à data do incumprimento, deduzido o preço convencionado devendo ser restituído o sinal e a parte do preço pago, com recurso à integração de lacunas nos termos do artº. 10 do Código Civil, uma vez que o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil é uma noma material de protecção do consumidor e à teleologia da lei.

Assim sendo, parece que a declaração de insolvência não deve prejudicar o regime do sinal, no sentido de em caso de incumprimento ser devido o pagamento do sinal em dobro ou o valor da coisa ou o cumprimento desde que tivesse havido tradição da coisa, atenta a teleologia da lei centrada na tutela do consumidor, uma vez que se encontra consagrada no artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa e nos permite detectar a existência da lacuna conduzindo ao seu preenchimento com atribuição dessa garantia ao promitente-adquirente, nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, face à recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador de insolvência⁵⁴⁸, recorrendo-se à aplicação do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil.

Deste modo, face a redacção do artº. 106º. do CIRE parece que afastamento o funcionamento do sinal e o direito de retenção nos contratos-promessa sem eficácia real, se deve restringir ao promitente-comprador não consumidor⁵⁴⁹, com a não aplicação no CIRE do artº 442º. e do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, tendo presente os princípios que nortearam o legislador na publicação do Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho, na protecção dos interesses do promitente-comprador enquanto consumidor – artº. 2º. nº. 1 da Lei nº. 24/96 de 31 de Julho -

⁵⁴⁵Idem

⁵⁴⁶Idem

⁵⁴⁷VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

⁵⁴⁸RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBRRG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁵⁴⁹Idem

e parte mais fraca, sendo o direito do consumidor um direito constitucional que continua a merecer a tutela legal, de acordo com o entendimento do Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos.

Numa perspectiva diferente, defende o Professor Menezes Leitão que o administrador da insolvência não deverá recusar a celebração do contrato-promessa ainda não cumprido desde que o promitente-comprador traditório se encontre na posse da coisa independentemente do contrato-promessa ser meramente obrigacional ou gozar de eficácia real, porque o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, atribui, neste caso, um direito de retenção que constitui uma garantia que tem de ser atendida no processo de insolvência.⁵⁵⁰ Mais entende o Professor Menezes Leitão que a recusa do administrador da insolvência também não deve afectar a estipulação do sinal e o direito ao aumento da coisa, nos casos em tenha havido tradição da coisa e o promitente-comprador se encontra na posse da coisa⁵⁵¹.

Por essa razão considera o Professor Menezes Leitão incompreensível a solução do artº. 106º. nº. 2 do CIRE, defendendo uma interpretação correctiva do artº. 106º., no sentido de o contrato-promessa com eficácia real nunca ser afectado com a declaração de insolvência e de o administrador de insolvência nunca poder recusar a celebração do contrato prometido nos casos em que o promitente-comprador tivesse beneficiado da tradição da coisa e se encontrasse na posse da mesma, na sequência de um contrato-promessa sem eficácia real, sendo esta a hipótese do artº. 106º. nº. 1 do CIRE⁵⁵².

Porém, aceita o Professor que a recusa já poderia ocorrer desde que o promitente-comprador não se encontrasse na posse da coisa, independentemente do contrato-promessa gozar ou não de eficácia real⁵⁵³, caso em que pode haver recusa nos termos gerais, apenas com a diferença de o crédito sobre a insolvência previsto no artº. 102º. nº. 3 al. c) do CIRE, ser calculado de acordo com o critério do artº. 104º. nº. 5 do CIRE.

Neste caso, o promitente-comprador terá direito a receber uma indemnização correspondente à diferença, se positiva, entre o valor da coisa objecto do contrato prometido, na data da recusa, e a parte do preço da coisa que ainda teria que pagar, a qual constitui crédito sobre a insolvência⁵⁵⁴.

Contudo, o promitente-comprador não poderá recorrer à execução específica nos termos do

⁵⁵⁰Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito da Insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 182.

⁵⁵¹Ibidem

⁵⁵²Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito da Insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 182.

⁵⁵³Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito da Insolvência**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 183

⁵⁵⁴Ibidem

artº. 830º. do Código Civil nem solicitar o pagamento do sinal em dobro – artº. 442º. nº.2 do C.C., em consequência da recusa por parte do administrador da insolvência, razões pela quais o promitente-comprador vê afectados os seus direitos decorrentes do contrato-promessa⁵⁵⁵.

O Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, é omissivo relativamente à tutela do direito dos consumidores, impondo-se a integração da lacuna nos termos do artº. 10º. do Código Civil, com a aplicação do estabelecido nos artºs. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) ambos do Código Civil, nos casos de recusa por parte do administrador da insolvência em cumprir o contrato-promessa sem eficácia real em que tenha havido tradição da coisa e o promitente-comprador se encontre na posse da mesma, sendo-lhe reconhecido o direito ao recebimento do sinal em dobro e ao direito de retenção, enquanto consumidor⁵⁵⁶.

Com efeito, pressupondo o artº. 442º. do Código Civil a culpa do promitente-vendedor não pode o mesmo ser aplicável directamente no processo insolvencial, cujos efeitos da recusa do administrador da insolvência são os previstos no artº. 102º. nº. 3 do CIRE e por força regime imperativo do artº. 119º. do CIRE que afasta também a aplicação do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, em caso de recusa do administrador da insolvência, não sendo susceptível a aplicação analógica, nos termos do artº. 10º. nº.2 do Código Civil, no caso do promitente-comprador, não ser consumidor, por ter sido essa a vontade do legislador⁵⁵⁷.

Contudo, o promitente-comprador enquanto consumidor continua a carecer de defesa dos seus direitos constitucionalmente consagrados no artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa, com a redacção dada pela Lei nº. 1/2005 de 12 de Agosto, principalmente no caso de declaração de insolvência do promitente-vendedor, atenta a teleologia da lei, na protecção do consumidor, relativamente à qual o CIRE é omissivo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Idem

⁵⁵⁶ RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBBERG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/ 11/2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>; VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

⁵⁵⁷ RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBBERG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/ 11/2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>; VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

⁵⁵⁸ RAMOS, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 14-06-2011, Proc. 6132/08.0TBBERG-J.G1.S1, 6ª. Secção. [Consultado em 15/ 11/2011]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>; VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

Como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro na redacção dada pela Declaração de 31 de Dezembro de 1986, a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador, vem na lógica da defesa do consumidor, situação que é omissa no CIRE que tem subjacente a defesa do interesse dos credores, pese embora o promitente-comprador adquirente de habitação própria e permanente seja um consumidor final - cfr. artº. 2º. nº. 1 da Lei 24/96 de 31 de Julho, alterada pelo Decreto-Lei nº. 67/2003, de 8 de Abril - continua a carecer de tutela legal, artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa -, pelo que sendo consumidor deve ser reconhecido, ao promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa, o direito ao recebimento do sinal em dobro ou à indemnização pelo aumento do valor da coisa, nos termos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil e o exercício do direito de retenção em caso de recusa pelo administrador da insolvência, uma vez que a norma do artº. 755º. nº. 1 a. d) do Código Civil é uma norma material de protecção do consumidor, recorrendo-se à aplicação do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil, uma vez que se encontram preenchidos os pressupostos, face à lacuna⁵⁵⁹.

Porém, caso o promitente-comprador não seja consumidor não gozará da protecção acima referida, passando a ser um credor comum da insolvência, em caso de recusa do administrador da insolvência em cumprir o contrato-promessa, uma vez que a sua recusa é lícita e por esse facto não há culpa, pelo que não se verificam os pressupostos do artº. 442º. nº. 2 do Código Civil e consequentemente impossibilita a aplicação do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, face ao regime imperativo estabelecido pelo artº. 119º. do CIRE⁵⁶⁰.

Com efeito, o artº. 755º. nº.1 al. f) do Código Civil, é uma norma material de protecção do consumidor e deve ser interpretada restritivamente para o beneficiar somente a ele⁵⁶¹.

Neste ensejo, encontramos o elemento teleológico da lei relativamente ao direito de retenção na defesa do promitente-comprador enquanto consumidor, atento o preceituado no artº. 9º. nº. 3 do Código Civil.

Contudo, o direito de retenção não é atribuído a todo e qualquer incumprimento mas apenas quando se verifique o incumprimento definitivo, caso em que o legislador sempre pretendeu alargar a protecção atribuída ao promitente-comprador adquirente de habitação própria, que tivesse beneficiado da tradição da coisa e se encontre na posse da mesma, credor mas também consumidor, que constitui a parte mais fraca na relação contratual, não se vislumbrando que o

⁵⁵⁹ Ibidem

⁵⁶⁰ Idem

⁵⁶¹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

legislador alguma vez tenha pretendido deixar desprotegido o promitente- comprador, enquanto consumidor.

Relativamente à interpretação restritiva é de referir que divergem quanto aos fundamentos, o Professor Menezes Leitão defende uma interpretação restritiva do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, no sentido de que o promitente-comprador que opte pela indemnização sobre o valor da coisa, só deve poder exercer o direito de retenção sobre o aumento do valor da coisa ou direito sobre esta e ser pago preferencialmente ao credor hipotecário de modo a permitir que este obtenha o pagamento do seu crédito que tem sobre o promitente vendedor garantido pela hipoteca, com exclusão dos créditos relativos à restituição do sinal em singelo e do preço pago, uma vez que lhes falta a conexão directa com a coisa⁵⁶². Porém, o Professor L. Miguel Pestana de Vasconcelos entende que o direito de retenção atribuído ao promitente-comprador permite-lhe ser pago preferencialmente relativamente ao credor hipotecário, só e enquanto for consumidor, atento o elemento teleológico do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil – norma material de defesa do direito do consumidor, devendo ser-lhe reconhecido o direito à restituição do sinal em dobro caso opte pelo regime do sinal, se assim não for pelo aumento do valor da coisa ao tempo do incumprimento, acrescida do pagamento do sinal em singelo e do preço pago, nos termos do artº. 442º. nº. 2, segunda parte, do Código Civil, quer no processo executivo quer no processo insolvencial, beneficiando apenas o promitente-comprador consumidor enquanto tal⁵⁶³.

O recurso à *ratio* do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, permite-nos encontrar aquela que mais se aproxima do sentido da norma, face às duas concepções referidas, busca a primeira satisfação de todos os credores mas restringindo os direitos do promitente-comprador em benefício do credor hipotecário, ao reduzir o direito do promitente-comprador ao aumento do valor da coisa com exclusão do sinal, por ser aquele que tem conexão objectiva com a coisa, contrariamente à segunda que pretende manter os direitos do promitente-comprador/consumidor.

O direito de retenção reconhecido ao promitente-comprador tem na sua génese a protecção do consumidor.

A declaração de insolvência não determina a extinção dos contratos-promessa ainda não cumpridos mas a sua suspensão até que o administrador da insolvência manifeste a sua

⁵⁶² Leitão, Luís Teles Menezes – **Direito das Obrigações**, vol.1, 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 253.

⁵⁶³ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

intenção em cumprir o contrato-promessa sem eficácia real ou recusar-se a cumpri-lo – cfr. art. 102º. nº. 1 do CIRE.

Na sequência da recusa por parte do administrador de insolvência, uma vez ocorrida a insolvência do promitente-vendedor, o regime geral do contrato-promessa e do sinal, consagrado no artº. 442º. nº. 2 do C.C., deixa de poder ser aplicável aos casos de negócios em curso, se o administrador da insolvência se recusar a celebrar o contrato-promessa meramente obrigacional, situação que já levou a doutrina e a jurisprudência a manifestarem-se sobre a tutela do interesse do promitente-comprador titular de um contrato-promessa sem eficácia real atento o estipulado nos artºs. 106º. nº. 2 e 119º. do CIRE.

O Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, visa a tutela dos interesses do credor e não do insolvente, como acontecia com o revogado CPEREF, tutelando apenas o promitente-comprador que tenha um contrato-promessa com eficácia real.

Ora, a tutela dispensada no CIRE ao promitente-vendedor em caso de insolvência do promitente-comprador é muito mais forte que tutela atribuída ao promitente-comprador, enquanto consumidor, no caso de insolvência do promitente-vendedor, ocorrendo a recusa do administrador da insolvência⁵⁶⁴.

Porquanto, o promitente-vendedor não insolvente poderá reter o sinal, não tendo de o restituir à massa insolvente e reclamar depois o seu crédito como credor comum, sujeito a rateio nos termos gerais, tratando-se de uma situação privilegiada, mesmo relativamente aos credores beneficiários de garantias reais, podendo o promitente-vendedor obter uma quantia superior aos danos sofridos e recebe esse valor na totalidade e não pelas exíguas forças da massa⁵⁶⁵.

Parece haver no CIRE como que uma inversão da tutela legalmente estabelecida ao promitente-comprador, enquanto consumidor, ao serem-lhe retiradas todas as garantias legais que lhe foram atribuídas enquanto consumidor, por ser a parte mais fraca.

Com efeito, se o administrador da insolvência se recusar a cumprir o contrato promessa sem eficácia real e tendo havido tradição da coisa, nos termos dos artºs. 102º. nº. 1 do CIRE, o promitente-comprador não pode exigir o pagamento do sinal, nos termos do artº. 442º. do CC, consequentemente não pode exercer o direito de retenção, atribuído pelo artº. 755º. nº. 1 al. f)

⁵⁶⁴ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 21.

⁵⁶⁵ Ibidem

do C.C., ainda que se encontre na posse da coisa,⁵⁶⁶ por ser lícita a recusa no exercício de um direito potestativo que lhe foi atribuído por lei.

Na verdade, o administrador da insolvência:

- a) – O administrador da insolvência não é parte no contrato-promessa nem representa qualquer deles mas apenas os interesses dos credores da insolvência.
- b) – A recusa de cumprimento tem o seu fundamento no exercício de um direito potestativo atribuído por lei ao administrador da insolvência, sem que se possa considerar que não cumprindo age com culpa ou com culpa presumida – artº. 799º. nº. 1 do CC.
- c) – Tão pouco se pode dizer que quem não cumpre seja o promitente-vendedor por se ter colocado na situação de insolvência.

Porém, no caso de o insolvente ser o promitente-comprador, o CIRE confere ao administrador da insolvência maiores poderes de tutela do que os conferidos ao promitente-comprador não insolvente titular de contrato-promessa sem eficácia real, no caso de o insolvente ser o promitente-vencedor.

Ora, não dispõe o CIRE de norma que tutele os interesses do promitente-comprador que seja titular de um contrato-promessa sem eficácia real, adquirente de habitação própria, ou seja, enquanto consumidor e credor.

Com efeito, o artº. 106º. nº. 1 do CIRE protege o promitente-comprador cujo contrato tenha eficácia real e tenha beneficiado da tradição da coisa. Porém, esta mesma disposição nada refere relativamente ao casos de contrato-promessa meramente obrigacional em que tenha havido tradição da coisa para o promitente-comprador acompanhado de passagem de sinal.

Outrossim, do preâmbulo do Decreto-Lei nº. nº. 52/2004, de 18 de Março, é omissivo quanto ao promitente-comprador beneficiário da tradição da coisa cujo contrato-promessa seja meramente obrigacional, enquanto consumidor, adquirente de habitação própria.

O regime da recusa do administrador da insolvência encontra-se estabelecido no artº. 102º. nº. 3 do CIRE, segundo o critério do artº. 104º. nº. 5 CIRE, de acordo da remissão feita pelo artº. 106º. nº. 2 do CIRE.

Este regime estabelecido no CIRE impede a aplicação directa do regime geral do contrato - promessa e do sinal previsto no Código Civil ao processo insolvencial, para além de ser mais gravosa para o promitente-comprador não insolvente do que para o promitente-vendedor não

⁵⁶⁶ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

insolvente, na medida em que para este é mais protectora.

Com efeito o direito do consumidor é tutelado constitucionalmente, no artº. 60º. nº. 1 da CRP. A Lei nº. 24/96, de 31 de Julho estabelece o regime geral à defesa do consumidor cujo dever geral de protecção do consumidor resulta do seu artº. 1º.

O consumidor carece de tutela legal quer relativamente aos actos ilícitos e culposos quer quanto aos actos lícitos.

Relativamente ao promitente-comprador o legislador atribuiu ao promitente-comprador adquirente de habitação própria, enquanto consumidor um meio de tutela dos seus interesses no artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, o direito de retenção.

Como já foi referido, o direito de retenção como meio de tutela do promitente-comprador enquanto consumidor surgiu no artº. 442º. nº. 3 do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho e mais tarde no artº. 755º. nº. 1 al. f) ambos do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro.

A constitucionalidade da atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador decorrente dos artº. 442º. e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil tem sido reafirmada por diversos acórdãos do Tribunal Constitucional, entendendo que não viola os princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança – cfr. ac. do TC 22/04 de 14/01/2004 (Maria Helena Brito e ac. 698/05, de 14/12/2005 (Pamplona de Oliveira)⁵⁶⁷.

O promitente-comprador, na qualidade de consumidor é simultaneamente um credor que necessita de tutela da Lei, não tendo sido intenção do legislador retirar ou restringir a tutela ao atribuir-lhe o direito de retenção pelo incumprimento imputável à outra parte.

Se é certo que no caso da recusa do administrador da insolvência, não possa empregar a expressão incumprimento com o sentido e significado de culposos e ilícitos, em virtude da recusa resultar do exercício de um direito potestativo atribuído por Lei, o certo é que essa mesma recusa, embora lícita e não culposa, é mais gravosa para o promitente-comprador enquanto consumidor, por reduzir as garantias atribuídas por Lei, aumenta a necessidade de

⁵⁶⁷ BRITO, Maria Helena – Acórdão nº. 22/2004. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional. Processo nº. 224/03. 1ª. Secção. 14 de Janeiro de 2004. [Consultado em 30/11/2010]. Disponível em: WWW: [http://www.tribunalconstitucional.pt.](http://www.tribunalconstitucional.pt;); OLIVEIRA, Pamplona de – Acórdão nº. 698/2005. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional. Processo nº. 253/03. 1ª. Secção. 14 de Dezembro de 2005. [Consultado em 30/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

tutela dos interesses do promitente-comprador adquirente de habitação própria atento os meios de defesa de que dispõe face aos demais credores.

Sucede que o legislador não acautelou no CIRE a tutela do promitente-comprador enquanto consumidor, não insolvente, contrariamente à teleologia da lei relativamente ao promitente-comprador adquirente de habitação própria, na qualidade de consumidor, que tenha pago o sinal e beneficiado da tradição da coisa objecto do contrato prometido.

Por esta razão, estamos perante uma lacuna no CIRE que a teleologia da lei centrada na tutela do direito do consumidor, designadamente o artº. 60º. nº. 1 da CRP, nos permite detectar a existência da lacuna e nos conduz ao seu preenchimento, com a atribuição dessa garantia ao promitente-comprador, nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, desde que tenha sido pago o sinal e havido tradição da coisa, face à recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, como é entendimento doutrinal e jurisprudencial, por aplicação do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil, no caso de insolvência do promitente-vendedor.

Destarte, segundo parte da doutrina e da jurisprudência entendem que se o promitente-comprador for consumidor e o objecto da promessa for uma habitação, mesmo que seja declarada a insolvência do promitente-vendedor, o promitente-comprador não insolvente tem direito de retenção⁵⁶⁸.

Fundamentam o seu entendimento na teleologia da lei, centrada na defesa do consumidor e do recurso aos elementos hermenêuticos, tendo a tutela do consumidor guardada no artº. 60º. nº. 1 da CRP. Sendo o elemento teleológico que nos permite detectar a existência da lacuna e conduz-nos ao seu preenchimento com a atribuição dessa garantia ao promitente adquirente nos termos do artº. 755º. nº. 1 al. f) do CC, face à recusa de cumprimento do administrador da insolvência.

O consumidor necessita de ser protegido quer na sequência de comportamentos lícitos quer na sequência de comportamentos ilícitos, no caso em apreço a tutela do promitente - comprador consumidor deve ser maior no caso de insolvência do promitente-vendedor, face as consequências gravosas que resultam da recusa por parte do administrador da insolvência para o promitente-comprador, consumidor, adquirente de habitação própria⁵⁶⁹.

Porém, o promitente-comprador que não seja consumidor já não goza do direito de retenção, atribuído pelo artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil.

⁵⁶⁸ Idem e VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

⁵⁶⁹ Idem

Com efeito o CIRE trata indistintamente o promitente-comprador consumidor e o promitente-comprador não consumidor, sem ter em consideração a tutela dos direitos do consumidor.

Ora, a vontade do legislador foi afastar do CIRE o regime do Código Civil e por essa razão não é aplicável directamente no processo insolvencial o regime dos artºs. 442º. nº. 2 e do artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, nem o recurso à analogia, se o promitente-comprador não for consumidor.

Contudo, a necessidade de tutela dos direitos do promitente-comprador é maior no caso de insolvência do promitente-vendedor, pelo que tendo presente a ratio dos artºs. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, bem como o artº. 60º. nº. 1 da Constituição da República Portuguesa, impõe-se a tutela do promitente-comprador, preenchendo-se a lacuna existente no CIRE, recorrendo à analogia nos termos do artº. 10º. nº. 2 do Código Civil, aplicando-se deste modo no processo insolvencial, o estatuído nos artºs. 442º. nº. 2 e 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil⁵⁷⁰, reconhecendo-se o direito ao pagamento do sinal em dobro ou o valor da coisa ou direito a transmitir ou a constituir sobre a mesma, ao tempo da recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, deduzido o preço convencionado, mais a restituição do sinal e preço pago, bem como o direito de retenção sobre nos casos em que tenha havido a tradição da coisa a favor do promitente-comprador, enquanto consumidor.

O promitente-comprador que não seja consumidor vê os seus direitos afectados com a recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência, em caso de declaração de insolvência do promitente-vendedor.

Vemos assim, que o promitente-comprador que seja consumidor e tenha beneficiado da tradição da coisa não perde no processo insolvencial o direito de retenção nem o direito ao pagamento do sinal em dobro ou o direito ao valor da coisa, ao tempo da recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência, deduzido o valor convencionado, acrescendo a esta diferença o sinal e o preço pagos, desde que se encontre na posse da coisa.

Destarte, persiste o direito de retenção que funciona desde 1980 – artº. 442º. nº. 3 do Código Civil com as alteações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 236/80, de 18 de Julho e que foi deslocado para o artº. 755º. nº. 1 al. f) do Código Civil, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 379/86, de 11 de Novembro, nos quais se procura tutelar prioritariamente o interesse dos particulares contra as empresas construtoras, considerando que as instituições de

⁵⁷⁰ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. In **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011, p. 28.

crédito como profissionais, dispõem de meios que lhes permitem conhecer das deficiências e da solvabilidade das empresas construtoras, a fim de tomarem as precauções necessárias na concessão dos créditos.

Sendo se realçar que os Decreto-Lei n.ºs. 53/2004, de 18 de Março que aprova o Código da Recuperação da Empresa e da Insolvência e o Decreto-Lei n.º 282/2007, de 07 de Agosto que introduz alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, são omissos relativamente aos consumidores enquanto promitentes-compradores, com excepção da manifestação feita à bondade das soluções respeitantes à insolvência das empresas e consumidores que o CPEREF terá contribuído, inferindo-se daí que o legislador ter-se-á preocupado com a defesa dos interesses dos credores, esquecendo-se que entre estes se encontra o promitente-comprador que merece a tutela do direito, até pela sua fragilidade, preparação e a insuficiência de meios de defesa ao dispor para acautelar as situações de solvência das empresas construtoras.

16 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

A – DOUTRINA

I - EM SUPORTE DE PAPEL

- 1 – ASCENSÃO, José Oliveira – Insolvência: Efeitos sobre os negócios em curso. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 65. (Setembros de 2005), p. 281 e ss.
- 2 - BARBOSA, P. Ascensão - **Do contrato-promessa**, op. cit., p. 190,
- 3 – CARVALHO, Luís A. Carvalho - e Labareda, João – **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**. Anotado. Lisboa: *Quid Juris*. 2008. p. 400, anotação 2.
- 4 – COIMBRA, Ana – “**O sinal: Contributo para o Estudo do seu Conceito e Regime**”, em *O Direito* 122 (1990) III-IV, pp. 621-671
- 5 – COIMBRA, Ana – O sinal..., pp. 49-50
- 6 - CORDEIRO, António Menezes – Da retenção do promitente na venda executiva. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Ano 57, nº. 2 (Abril 1997), p. 547-563.
- 7 - CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil português**. 2 Direito das obrigações. Tomo 2. Coimbra: Almedina, 2010.
- 8 - CORDEIRO, António Menezes – **A excepção do cumprimento do contrato promessa**, na *Tribuna da Justiça*, nº. 27, Março de 1987, p. 5.
- 9 - CORDEIRO, António Menezes – A excepção do cumprimento do contrato-promessa, in **Estudos de direito civil**, vol. 1, p. 41 e ss;
- 10 - CORDEIRO, António Menezes – **O novíssimo regime do contrato-promessa**, p. 14.
- 11 - COSTA, Mário Júlio Almeida – **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 973- 982.
- 12 - COSTA, Salvador da – **O concurso de credores**, 4^a. ed. actualizada e ampliada. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 190. p. 229 -244 e 318 ss.
- 13 – CUNHA, Maria Guida Pitta da - **Alguns aspectos do direito de retenção** – Lisboa: [s.n], 1990. 249 f. Tese de mestrado em Ciências Jurídico – Comerciais apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- 14 - FARIA, Ribeiro de -, **Obrigações**, 1, p. 250, nota (1)

- 15 - FREITAS, José Lebre de – **A acção executiva. Depois da reforma da reforma.** 5^a. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.
- 16 - FREITAS, José Lebre de – **Estudos sobre direito civil e processo civil.** 2^a. ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- 17 - GERALDES, António Santos Abrantes - **Direito de retenção: Breves notas.** Lisboa: [s.n.], 1995.Centro de Estudos Judiciários.
- 18 - GERALDES, António Santos Abrantes - **Direito de retenção: Breves notas.** Lisboa: [s.n.], 1998. Centro de Estudos Judiciários.
- 19 - GOMES, Manuel Januário da Costa – **em tema de contrato-promessa**, p. 7 e ss.
- 20 - GOMES, Manuel Januário da Costa – **A eventual subsistência do interesse**, p. 22.
- 21- GONÇALVES, António Luís - O Direito de retenção e a sua aplicação aos contratos de promessa. **Revista de Direito e de Estudos Sociais.** Coimbra: Ano 30, nº.3 (Julho - Setembro 1988), p. 273-284.
- 22 - GONÇALVES, Augusto da Penha - **Curso de Direitos Reais**, 2^a ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993. p. 196-197.
- 23 - LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito das obrigações**, Volume 1, 9^a. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 241
- 24 - LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito reais**, 2^a. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- 25 - LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Garantia das obrigações**, 2^a. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- 26 - LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito da insolvência**, 2^a. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- 27 – MARTINEZ – Pedro Romano – **Direito das obrigações** (parte especial) contratos. compra e venda. locação. empreitada. 2^a.ed. Coimbra: Almedina, (Junho 2001), p. 377-379.
- 28 – MESQUITA, Miguel - **Apreensão de bens em processo executivo e oposição de terceiro**, 2^a. ed. Coimbra, 2001, p. 18 e ss, especial, p. 185;
- 29 - MONTEIRO, António Pinto – **Cláusula Penal**, pp.163 e ss..
- 30- OLIVEIRA, Nuno Pinto – **Ensaio sobre o sinal.** Coimbra: Coimbra Editora. 2008.

- 31 - OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - e SERRA, Catarina - Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa obrigacional. *In Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 70. Lisboa. Jan./ Dez. 2010, p. 401.
- 32 – PRATA, Ana – **O contrato-promessa e o seu regime civil**. Coimbra: Almedina. (Agosto 2001).
- 33 - SAMEIRO, Pedro - O Direito de retenção e a situação do credor hipotecário. *In Revista da Banca*. Lisboa, nº.26. Lisboa: (Abril - Junho 1993), p. 89-101.
- 34 - SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - **Direito de retenção**. Lisboa: Sep. do Boletim do Ministério da Justiça, nº. 65, 1957,p. 160.
- 35 – SERRA, Vaz - Anotação in RLJ 108º. nº. 3556, p. 297
- 36 - SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**, 2ª. ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1997, p. 339-350.
- 37 - SILVA, Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**. 11ª. ed. Coimbra: Almedina. 2006, p. 176
- 37 – SILVA, João Calvão da – **Sinal e contrato-promessa**. 13ª. ed. rev. e actualizada. Coimbra: Almedina, 2010. p. 125
- 38 - SOUSA, Miguel Teixeira de - A penhora de bens na posse de terceiros. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, A. 51, nº.1 (Abril 1991), p. 75-85.
- 39 - TELLES - Inocência Galvão – **Direito das Obrigações**, 6ª. edição, p. 117
- 40 - VARELA, João de Matos Antunes - **Das Obrigações em geral**, 7ª. ed. 5ª. Reimp. da 7ª. ed. de 1997. Coimbra: Almedina, Vol. 2, 2010, p. 577-581.
- 41 - Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, 2, 4ª. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, sub artº. 824º. nº. 2, p. 97.
- 42 - PROENÇA, J.C. Brandão – para necessidade de uma melhor tutela dos promitentes - adquirentes de bens imóveis , cit. p. 8
- 42 - VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – **Direito das garantias**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011, p. 324.
- 43 - VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência. Braga: CEJUR. **Cadernos de Direito Privado**, nº. 33, Janeiro/Março 2011.

44 - VASCONCELOS, Miguel Pestana de – **Cessão**. Coimbra:Almedina.2011.

II -DIGITAL OU WEB

A - DOCTRINA:

1 - FREITAS, José Lebre de – [Em linha]. Sobre a prevalência, no apenso da reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença. [Consultado em 30/11/2010] Disponível em WWW: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?...

B - JURISPRUDÊNCIA:

I - EM SUPORTE DE PAPEL

1- Acórdão do STJ de 25/03/1999 (Lúcio Teixeira) em CJ-ASTJ 7 (1999), 2, pp.40-43

2 - Acórdão do STJ de 24/10/1994 (Silva Caldas), em CJ-ASTJ 2 (1994) 3, pp. 100-101;

3 - Acs. do STJ de 22-03-1974, BMJ, 25, p. 235 e de 27-11-79, BMJ, 291, p. 437; REIS, Alberto dos – Anulação de venda judicial. p. 375

3 - Acórdão STJ de ano V, t 2, p. 5 e ss. - Eliseu Figueira, Contrato-Promessa de compra e venda . Função inovadora dos embargos de terceiros no Código de Processo Civil Revisto de 1996, in Colectânea de Jurisprudência.

4 - Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1999

II - DIGITAL OU WEB

- PORTUGAL

1 - ALMEIDA, Moitinho de – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Efeitos. Tradição. Posse. Usucapião. Propriedade. Aquisição originária - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 2657/04 - 2.ª Secção. 23-09-2004. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

2- ANTUNES, Faria – Acórdão. [Em linha]. Contrato de Locação Financeira. Cláusula contratual geral. Cláusula Penal. Resolução do contrato. Nulidade. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 03A564. 18 de Março de 2003. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

- 3 - ANTUNES, Faria – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Falência. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 04A041. 16 de Março de 2004. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.
- 4 - BARROS, Araújo – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Coisa alheia. Interpretação do negócio jurídico. Incumprimento definitivo. Indemnização. Abuso do direito. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 2089/04 - 7.ª Secção. 23-09-2004. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 5 – BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro – Acórdão [Em linha]. Contrato-promessa. Direito de retenção. Benfeitorias. Acção de reivindicação. Tradição da coisa no contrato-promessa. Ónus da prova. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. 7.º. Secção. Proc. 441/07.2TBPD. 04-03-2010. [Consultado em 30/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 6 - BERNARDO, Viriato. **Acórdão**. [Em linha]. Contrato-Promessa. Direito de retenção. Embargos de terceiro – Porto: **Tribunal da Relação do Porto**, 15/10/2004. Porto. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt> .
- 7 - BRITO, Maria Helena – Acórdão nº. 594/2003. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional.. Processo nº. 745/00. 1ª. Secção. 03 de Dezembro de 2003. [Consultado em 27/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.
- 8 - BRITO, Maria Helena – Acórdão nº. 22/2004. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional. Processo nº. 224/03. 1ª. Secção. 14 de Janeiro de 2004. [Consultado em 30/11/2010]. Disponível em: WWW: [http://www.tribunalconstitucional.pt.;](http://www.tribunalconstitucional.pt;)
- 9 - CAMEIRA, Nuno – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Mora. Execução específica. Sinal. Direito de propriedade. Ónus da prova. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 09A0350. de 07 de Maio de 2009. [Consultado em 17/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 10 - CARVALHO, Anabela Figueiredo Luna de – Acórdão. [Em linha]. Graduação de créditos. Hipoteca. Direito de retenção. Porto: **Tribunal da Relação do Porto**. Porto,

15/10/2007. Apelação n.º. 2716/07-5ª.Sec. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.trp.pt> .

11 - CASANOVA, Salazar. Acórdão. [Em linha]. Embargos de terceiros. Questão Nova. Direito de retenção. Execução Hipotecária – Lisboa: **Tribunal da Relação de Lisboa**, 13/12/2007. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt> .

12 - CLUNY, Lima – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Subsistência dos contratos. Sinal. Perda. Ampliação da matéria de facto. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 070038. 2ª. Secção. 18 de Novembro de 1982. [Consultado em 25/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

13 - COSTA, Nascimento – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Sinal. Incumprimento. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 02B2150. 19 de Setembro de 2002. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

14 - COSTA, Salvador da – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Promitente-comprador. Tradição da coisa. Posse. Posse precária. Benfeitorias. Direito de retenção. Abuso do direito. Ocupação do imóvel. Indemnização. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 09B425. 7ª. Secção. 05 de Março de 2009. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

15 - COSTA, Salvador da – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Tradição da coisa. Detenção. Posse. Posse titulada. Posse de Má fé. Matéria de facto. Matéria de Direito. Factos essenciais. Factos instrumentais. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 08B3743. 7ª. Secção. 11 de Dezembro de 2008. [Consultado em 25/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

16 - COSTA, Salvador da – Acórdão. [Em linha]. Transação. Direito de retenção. Hipoteca. Impugnação - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 06B2468. 7ª. Secção. 14 de Setembro de 2006. [Consultado em 25/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>.

17 - DIAS, Artur – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Efeitos sobre os negócios em curso do insolvente. Direitos do terceiro contratante. Contrato-promessa de compra e venda. Eficácia real desse contrato. Acção declarativa baseada no contrato-promessa sua inutilidade

superveniente. - Coimbra: Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n.º. 63/07.8TBMGR-M.C1. 01/07/2008. [Consultado em 27/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

18 - FIGUEIRA, Reis – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Inumprimento. Excepção de não cumprimento. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 2213/04 - 1.ª Secção. 12-10-2004. [Consultado em 22/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

19 - FONSECA, Granja da - Acórdão. [Em linha]. Perda de interesse do credor. Resolução do negócio. Mora. Contrato-promessa. Incumprimento. Ónus real. Encargos. Arresto. Sinal. Incumprimento definitivo. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 868/08.2TBCBR.C1.S1. – 7.ª. Secção. 06 de Julho de 2011. [Consultado em 25/09/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>:

20 - GERALDES, António – Acórdão [Em linha]. Legitimidade Processual. Contrato-promessa de venda de bem alheio. Incumprimento definitivo. Resolução do Contrato. Registo na matriz predial. Efeitos. Direito de retenção. *Traditio* da coisa. Responsabilidade civil. Danos morais. Coimbra: **Tribunal da Relação de Coimbra**. Apelação n.º. 3268/2000. 30/01/2001. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.trc.pt>.

21 - INÊS, Sousa – Acórdão [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Cessão da posição contratual. Tradição da coisa. Direito de retenção. Responsabilidade contratual. Incumprimento do contrato. Junção de documento. – Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do STJ. Proc.º. n.º. 818/96 – 2.ª. Secção. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.pgdlisboa.pt>.

22 - LIMÃO, Fonseca – Acórdão [Em linha]. Embargos de terceiro. Hipoteca. Posse. Contrato-promessa. – Lisboa: **Supremo Tribunal Administrativo**. 12-11-1997. Proc.º. 21550 – 2.ª. Secção. [Consultado em 20/10 /2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt> .

23 – MARIANO, João Cura – Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Verificação de créditos. Insolvência. – Lisboa: **Tribunal Constitucional** - 365/2010. 06/10/2010. 2.ª. Secção. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://w3.tribunalconstitucional.pt> .

24 - MONTEIRO, Santos – Acórdão. [Em linha]. Credor preferencial. Hipoteca. Terceiros. Direito de retenção. Graduação de créditos. Contrato-promessa de compra e venda. Nulidade. Reivindicação. Caso julgado. Tradição da coisa. Promitente-comprador. Promitente-vendedor. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Revista n.º 081297 - 10-11-1992. [Consultado em 15/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

25 - OLIVEIRA, Pampelona de – Acórdão n.º. 698/2005. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional.. Processo n.º. 253/03. 1ª. Secção. 14 de Dezembro de 2005. [Consultado em 30/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>

26 - OLIVEIRA, Carlos Pampelona de – Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Penhora. Embargos de terceiros. Inconstitucionalidade. – Lisboa: **Tribunal Constitucional** - 570/2007. Proc. 920/06 - 1ª. Sec. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://w3.tribunalconstitucional.pt> .

27 - PIMPÃO, António – Acórdão. [Em linha]. Embargos de terceiros. Execução fiscal. Contrato-promessa. Posse. – Lisboa: **Supremo Tribunal Administrativo** – 24-09-2003. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt> .

28 - PÓVOAS, Sebastião – Acórdão [Em linha]. Reclamação de Créditos. Título executivo. Direito de Retenção. - Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça.12/09/2009. [Consultado em 28/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

29 - PÓVOAS, Sebastião – Acórdão [Em linha]. Falência. Graduação de Créditos. Contrato-Promessa. - Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 06A2335. 16/09/2006. [Consultado em 28/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

30 - QUERIDO, Carlos – Acórdão [Em linha]. Insolvência. Contrato- Promessa. Recusa. Cumprimento. - Coimbra: Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n.º. 273/05.2 TBGVA.C1. 30/11/2010. [Consultado em 27/10/2011]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

31 – RAMOS, Fonseca - Acórdão. [Em linha]. Insolvência. Reclamação de créditos. Direito de retenção. Contrato-promessa: Hipoteca voluntária. Graduação. Inconstitucionalidade. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º. 07A2235. 19 de Setembro de 2007. [Consultado em 19/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

- 32 - RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Entrega do imóvel pelo promitente-vendedor. Posse. Natureza da posse do promitente-comprador. Usucapião. Direito de retenção. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 09A0265. 12 de Março de 2009. [Consultado em 13/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 33 - RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento. Mora. Execução específica. Prova Ilícita. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 158/06.5TCFUN.L1.S1. de 19 de Maio de 2010. [Consultado em 28/10/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 34 - RAMOS, Fonseca – Acórdão. [Em linha]. Insolvência. Contrato-promessa obrigacional. Traditio. Negócio em curso. Administrador. Recusa de cumprimento. Consequências. Promitente-comprador não consumidor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Procº. 6132/08.0TBBRG-J.G1.S1 de 14-06-2011. [Consultado em 15/11/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 35 - REAL, Corte - – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Tradição. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 072013. 1ª. Secção. 04 de Dezembro de 1984. [Consultado em 28/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 36 - REGO, Lopes do – Acórdão. [Em linha]. Nulidade de sentença. Regra da substituição do tribunal recorrido. Contrato-promessa de compra e venda. Nulidade por falta de forma. Conhecimento oficioso. Obrigação de restituir - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 445/09.0YFLSB - 7.ª Secção. 22-10-2009. [Consultado em 27/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 37 - REGO, Lopes do – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa. Imóvel a construir. Sinal. Resolução. Incumprimento definitivo. Perda objectiva de interesse na prestação - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 2434/08.3TBSTS.P1.S.C1.S1. – 7ª. Secção. 06 de Outubro de 2011. [Consultado em 27/11/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>
- 38 - RIBEIRO, Neves - Acórdão [Em linha]. Contrato-promessa. Cónjuge assinatura. Eficácia do negócio. Direito de retenção. Bem imóvel. Reivindicação. – Lisboa: **Supremo Tribunal**

de Justiça. 27/01/2004. [Consultado em 23/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

39 - ROCHA, António Domingos R. Coelho da – Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Promitente-comprador. Bem comum do casal. *Traditio*. Graduação de Créditos. Dívida hospitalar. Prazo de prescrição. Porto: **Tribunal da Relação do Porto**. 13/09/2007. Apelação nº. 3924/07-3ª. Sec. [Consultado em 21/10 /2010]. Disponível em WWW: <http://www.trp.pt>

40 - RODRIGUES, Álvaro – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Intervenção de um só cônjuge promitente. Execução específica. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 850/2001.C1.S1. – 2ª. Secção. 03 de Novembro de 2011. [Consultado em 28/03/2012]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>:

41 - ROQUE, Hélder - Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Impossibilidade do cumprimento. Incumprimento parcial. Resolução do Negócio. Cálculo da Indemnização. Interesse contratual positivo. Bem imóvel. Determinação do valor. Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. 12/01/2010. Procº. nº. 899/05.4TVLSB.L1.SQ - 1ª. Secção. [Consultado em 11/11/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>

42 – ROQUE, Hélder - – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Tradição da coisa. Posse. Aquisição derivada. Contrato de comodato. Mera detenção. Acto de mera tolerância. Restituição da posse. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 284/06.0TBFND.C1.S1. 1ª. Secção. 09 de Fevereiro de 2010. [Consultado em 05/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

43 - ROQUE, Hélder – Acórdão. [Em linha]. Nulidade de Acórdão. Excesso de pronúncia. Contrato-promessa de compra e venda. Eficácia real. Execução específica. Alteração da qualificação jurídica. Promitente-vendedor. Insolvência. Tradição da coisa. – Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. 1ª. Secção. Processo nº. 273/05.2TBGVA.C1.S1. De 20-10-2011. [Consultado em 04/12/2011]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

44 - SÁ, Paulo – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Execução específica. Preço. Depósito do preço. Consignação em depósito. Prazo. Poderes da Relação - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Processo nº. 1449/08.6TBVCT.G1.S1. – 1ª. Secção. 14 de Setembro de 2010. [Consultado em 14/12/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>:

45 - SALAZAR, Silva – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Direito de retenção. Tradição da coisa. Documento particular. Força probatória. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 1282/06.0TVPR.T.P1.S1. 6ª. Secção. 13 de Julho de 2010. [Consultado em 26/11/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

46 - SERRANO, Mário Antunes Mendes. Acórdão [Em linha]. Graduação de créditos. Direito de retenção. Insolvência. Porto: **Tribunal da Relação do Porto**. Apelação nº. 708/07.0TBPRD-G.P1-2ª. Sec. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.trp.pt>.

47 - SILVANO, Gonçalo - Acórdão [Em linha]. Contrato –promessa de compra e venda. Direito de retenção. Embargos de terceiro. Porto: **Tribunal da Relação do Porto**. Processo nº. 0732323. 24/05/2007. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.trp.pt>.

48 - SOARES, Duarte – Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Penhora,. Venda judicial. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 02B4386. 23 de Janeiro de 2003. [Consultado em 20/09/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

49 - SOBRINHO, Alberto - Acórdão. [Em linha]. Direito de retenção. Contrato-promessa: Omissão de requisitos formais. Tradição da coisa no contrato-promessa. Constitucionalidade da norma do nº. 1 al. f) do artº. 755º. do Código Civil. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 07B4123, 7ª. Secção. 18 de Dezembro de 2007. [Consultado em 30/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

50 - TORRES, Mário José de Araújo – Acórdão nº. 374/2003. [Em linha]. Lisboa: **Tribunal Constitucional**. Jurisprudência do Supremo Tribunal Constitucional. Processo nº. 480/98. 2ª. Secção. 15 de Julho de 2003. [Consultado em 27/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

51 – VELHO, Alves – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Resolução do contrato. Mora do devedor. Incumprimento definitivo. Perda do interesse do credor. Sinal. Restituição do sinal. Actualização. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 2526/04 - 1.ª Secção. 12-10-2004. [Consultado em 22/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

52 - VELHO, Alves – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Interpelação admonitória. Concorrência de Culpas. Restituição do sinal. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 3358/04 - 1.ª Secção. 19-11-2004. [Consultado em 22/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

53 - VELHO, Alves – Acórdão [Em linha]. Direito de retenção. Falência. Reclamação de créditos. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento. Competência Convencional. Efeitos. – Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Revista n.º. 05A2158. 04/10/2005. [Consultado em 21/10/2010]. Disponível em WWW: <http://www.dgsi.pt>.

54 - VASCONCELOS, Abílio – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Incumprimento definitivo. Culpa. Direito de retenção. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º 1554/04 - 2.ª Secção. 24-06-2004. [Consultado em 15/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

55 - VASCONCELOS, Abílio – Acórdão. [Em linha]. Contrato-promessa de compra e venda. Posse. *Corpus*. *Animus*. Tradição da coisa. Embargos de terceiro. - Lisboa: **Supremo Tribunal de Justiça**. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Revista n.º. 2443/04 – 2ª. Secção. 28 de Outubro de 2004. [Consultado em 22/10/2010]. Disponível em: WWW: <http://www.dgsi.pt>

18 - ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Actual. – Actualizado (o)

Artº.(s) – Artigo(s)

Aum. - Aumentada

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

C.C. – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. - Conforme

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CJ – Colectânea de Jurisprudência

C.P.C. – Código de Processo Civil

CPEREF – Código de Processo Especial da Recuperação de Empresas e de Falência

Ed. – Edição

Op. cit. – Obra citada

P. – Página

PP – Páginas

Procº. - Processo

Reimp. – Reimpressão

Rev. – Revista

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

R.O.A. – Revista da Ordem dos Advogados

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SS – Seguintes

Vol. - Volume

WWW – Web (Internet)