



Mestrado em Direito
Vertente de Ciências Jurídico-Privatísticas

(Direito Comercial)

OS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA
SOBRE OS NEGÓCIOS EM CURSO
Em especial os efeitos sobre o contrato de promessa

Ana Isabel Martins de Sousa Ribeiro

Porto 2010



Mestrado em Direito
Vertente de Ciências Jurídico-Privatísticas

(Direito Comercial)

OS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA
SOBRE OS NEGÓCIOS EM CURSO
Em especial os efeitos sobre o contrato de promessa

Relatório de Mestrado em Direito na variante de Ciências Jurídico-Privatísticas para finalização do ciclo de estudos conducente à obtenção do grau de Mestre apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Porto sob orientação do Exmo. Sr. Professor Doutor Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ana Isabel Martins de Sousa Ribeiro

Porto 2010

O presente texto corresponde ao Relatório de Mestrado em Direito na variante de Ciências Jurídico-Privatísticas para finalização do ciclo de estudos conducente à obtenção do grau de Mestre apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Porto sob orientação do Exmo. Sr. Professor Doutor Luís Miguel Pestana de Vasconcelos.

A apresentação do presente relatório marca o final de uma nova etapa de um percurso que há muitos anos me propus percorrer e que, com altos e baixos, me tem trazido a realização pessoal e profissional que todos procuram.

Não obstante o presente relatório ser fruto, por vezes, de um trabalho solitário, constitui, como já referi, uma etapa de um percurso que não tenho percorrido sozinha, cabendo-me agora recordar e reconhecer aqueles que o têm feito comigo.

Aos meus Pais, que ao longo da minha vida foram e são o meu *porto seguro*, por todo o apoio e incentivo que sempre me deram e dão, quase sempre sem precisarem de palavras, por estarem sempre presentes, mas deixando-me escolher o meu caminho, amparando-me quando preciso.

Ao meu Irmão e Amigo, pelo carinho e pela cumplicidade que, mesmo com poucas palavras, sempre me dedicou.

Ao meu “*Pequenino*”, que quando um dia ler estas palavras me vai decerto dizer “*Mas eu já sou grande!*”, por ser capaz de me fazer sempre sorrir mesmo quando parece não haver razão para isso.

À Marisa, minha Amiga de todas as horas, com quem tenho percorrido lado a lado um difícil caminho e com quem ultrapassei já muitos obstáculos.

Ao meu Colega e Amigo António Esteves, a quem devo reconhecimento e gratidão.

E, para não correr o risco de pecar por defeito, a todos aqueles que fazem parte da minha vida, Família, Amigos, Colegas e que, cada um à sua maneira, me marcam diariamente.

Uma palavra especial ao Professor Doutor Pestana de Vasconcelos, que me deu a honra de aceitar a orientação deste relatório, não só pelo prestimoso apoio prestado na elaboração do mesmo, mas também pela inspiração que desde os bancos da faculdade sempre constituiu e que foi determinante para cultivar o meu interesse pela área de estudo sobre a qual me debrucei.

RESUMO

A entrada em vigor, em 15 de Setembro de 2004, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), revogando o até aí vigente Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), trouxe alterações profundas ao regime português da insolvência, marcando um corte com o passado nas soluções legais adoptadas, nomeadamente por ter introduzido um novo paradigma, traduzido na satisfação dos interesses dos credores.

As já aludidas alterações são transversais a todo o regime insolvencial, mas como o próprio legislador, no preâmbulo da Lei que aprovou o CIRE, reconheceu, o capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso encontra-se entre aqueles em que a reforma introduzida mais se fez sentir.

Neste contexto, mostra-se absolutamente essencial conhecer as soluções legais introduzidas pelo legislador, apreciando-as criticamente, tanto mais que as mesmas não mereceram a unanimidade da doutrina que sobre elas se debruçou no âmbito da discussão pública do diploma. Acrescentando-se ainda, como motivação para o presente estudo, a utilidade prática de que o mesmo parece revestir-se face ao actual contexto socioeconómico, no qual o recurso à insolvência tem proliferado.

Propomo-nos, assim, oferecer uma panorâmica geral sobre os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso à data da mesma, a qual incluirá também uma perspectiva sobre o regime legal anterior, por forma a que as diferenças saiam realçadas.

Concentrar-nos-emos depois na análise concreta dos efeitos da declaração de insolvência sobre contratos de promessa ainda não cumpridos à data da mesma, partindo do designado “princípio geral” estipulado no artigo 102.º do CIRE, o qual constitui uma das principais novidades relativamente ao regime resultante do CPEREF, até à norma específica sobre a promessa de contrato consagrada no artigo 106.º do mesmo diploma.

ABSTRACT

The entry into force on September 15, 2004, the Code of Insolvency and Corporate Restructuring (CIRE), repeal the hitherto existing Code of Special Procedures in Bankruptcy and Company (CPEREF), has brought profound changes to the Portuguese insolvency system, marking a break with the past in the legal solutions adopted in particular for having introduced a new paradigm, the satisfaction of the creditors' interests.

The changes already alluded to cut across the entire insolvencial system, but as the legislature itself, in the preamble of the Act approving the CIRE, recognized, the chapter of the effects of the declaration of insolvency on the ongoing business is among those in which the reform introduced was most felt.

In this context, seems absolutely essential to know the legal remedies introduced by the legislature, analyzing them critically, especially since they did not deserve the unanimity of doctrine. Adding also as motivation for the present study, the practical utility of the same seems to take on the current socio-economic context in which the use of insolvency has proliferated.

We will then provide an overview of the effects of the declaration of insolvency on the ongoing business, which will also include a perspective on the previous statutory scheme, so that the differences are highlighted.

We will focus later in the analysis of the effects of the declaration of insolvency on contracts promise not yet fulfilled, based on the designated "general principle" stipulated in Article 102. of the CIRE, which is one of the main novelties for the system under CPEREF and the specific provision for the promise of contract enshrined in Article 106. of the same law.

SIGLAS

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

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

THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

I. INTRODUÇÃO

Em 15 de Setembro de 2004 entrou em vigor o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março, sucedendo ao Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril.

Significativamente influenciado pela lei da insolvência alemã (*Insolvenzordnung*), o CIRE veio introduzir alterações substanciais no regime português da insolvência, descritas até por JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO como um “*grande abalo*”¹, alterações que não foram todas bem acolhidas por aqueles que exaustivamente se debruçaram sobre elas², nomeadamente no âmbito do debate público que antecedeu a aprovação do diploma.

Como se refere no próprio preâmbulo do Decreto-Lei que aprovou o CIRE, o legislador procurou com este diploma proceder a uma “*ampla reforma*”, acrescentando-se que:

“A reforma ora empreendida não se limita, porém, à colmatação pontual das deficiências da legislação em vigor, antes assenta no que se julga ser uma mais correcta perspetivação e delineação das finalidades e da estrutura do processo, a que preside uma filosofia autónoma e distinta, que cumpre brevemente apresentar.”

“O objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores”

Efectivamente³, a tónica dominante subjacente ao regime da insolvência deixa de ser a recuperação de empresas, como acontecia durante a vigência do CPEREF³, e passa a ser a satisfação do interesse dos credores, sendo a recuperação apenas um meio para atingir tal desiderato⁴.

Citando novamente o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março:

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

² Neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 76

³ Nas palavras de CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 7, na vigência do CPEREF “*hiperbolicou-se de tal forma o propósito de recuperação da empresa que se perderam de vista os seus critérios e os seus limites de aplicabilidade*”.

⁴ Neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 75, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda”, in *RFDUP* 3 (2006), p. 523, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 106

“É aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia, e é por essa via que, seguramente, melhor se satisfaz o interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado.”

“Fugindo da errónea ideia afirmada na actual lei [CPEREF], quanto à suposta prevalência da via da recuperação da empresa, o modelo adoptado pelo novo Código explicita, assim, desde o seu início, que é sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo “

Esta alteração do paradigma subjacente ao regime legal traduziu-se concretamente na adopção de novas soluções, produzindo-se *“um profundo corte em muitas matérias com o direito anterior”*⁵, sendo certo que estas novas soluções não se encontram ainda exaustivamente dissecadas pela doutrina e jurisprudência nacionais.

De salientar que a necessidade de conhecer aprofundadamente as soluções legais decorrentes do CIRE tem vindo a acentuar-se, face ao período de crise económica que se vive e que levou a um aumento exponencial dos processos de insolvência, tanto por apresentação do próprio insolvente como por requerimento de credores.

Com o presente trabalho pretende-se precisamente dar um contributo no sentido do necessário aprofundamento do conhecimento das soluções legais decorrentes do CIRE, contributo esse que necessariamente terá que ser adaptado e adequado às características de que o presente trabalho se reveste. Assim, não nos propomos fazer uma análise de todo o regime insolvencial português decorrente do CIRE, mas sim uma análise centrada nos efeitos que a declaração de insolvência produz nos negócios em curso à data da declaração de insolvência, ou seja, nos negócios ainda não cumpridos à data da declaração.

Como se refere no já aludido preâmbulo, *“o capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo do CPEREF”*.

No mesmo sentido refere PESTANA DE VASCONCELOS⁶ que *“a matéria dos negócios jurídicos em curso (...) foi uma daquelas em que maiores alterações foram introduzidas e também onde mais perto se nota a sombra da Insolvenzordnung, no que constitui um motivo adicional para o seu estudo”*.

De facto, a sentença de declaração de insolvência produz efeitos de diversas naturezas, a saber: efeitos sobre o devedor e outras pessoas (artigos 81.º e seguintes), efeitos processuais

⁵ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 523

⁶ *Ob. cit.*, p. 525

(artigos 85.º e seguintes), efeitos sobre os créditos (artigos 90.º e seguintes) e efeitos sobre os negócios em curso (artigos 102.º e seguintes).

Ora, é precisamente sobre esta última categoria que nos debruçaremos, em particular sobre os efeitos da declaração de insolvência sobre contratos de promessa ainda não cumpridos.

De referir que entre os sectores de actividade mais atingidos pela crise económica instalada encontram-se os da construção civil e do imobiliário, sendo que, como consequência, é notório que muitas empresas deste sector – com contratos de promessa celebrados mas ainda não cumpridos - foram decretadas insolventes, o que confere ao presente estudo uma inequívoca utilidade prática, o que, aliás, constitui um assumido objectivo do mesmo.

Neste contexto, começaremos por oferecer uma panorâmica geral, necessariamente sumária, sobre a temática em causa no período de vigência do CPEREF, por entendermos que a mesma é relevante para a compreensão das soluções legais actualmente em vigor.

Em seguida, abordaremos o actual regime dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso, assinalando as diferenças introduzidas pelo CIRE relativamente à legislação anterior, nomeadamente a introdução, no artigo 102.º, de um designado “*princípio geral*”, cujo âmbito de aplicação merece atenção, até pela sua eventual aplicabilidade ao negócio concreto que constitui o objecto da presente reflexão.

Passaremos depois à análise concreta dos efeitos da declaração de insolvência sobre contratos de promessa ainda não cumpridos – o que constitui especificamente o objecto do presente relatório –, concretamente o regime especial resultante do artigo 106.º e a aplicação do regime geral do artigo 102.º a estes negócios, análise essa que passará por uma apreciação crítica – adequada às características do presente trabalho – da bondade das soluções adoptadas pelo legislador, bem como por uma abordagem à jurisprudência já produzida sobre o tema em questão.

II. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA SOBRE OS NEGÓCIOS EM CURSO NA VIGÊNCIA DO CPEREF

1. Contextualização

O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência foi originalmente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril, tendo aquele diploma sido posteriormente alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 157/97 de 24 de Junho, 315/98 de 20 de Outubro, 323/2001 de 17 de Dezembro e 38/2003 de 08 de Março, sendo que, como já se referiu, este diploma veio a ser revogado pela aprovação do CIRE, através do já referido Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de Março. Por ser particularmente relevante para a temática em análise na presente reflexão, nomeadamente pelo aditamento do artigo 164.º-A – que *infra* analisaremos – destaca-se a alteração ocorrida em 1998, pelo Decreto-Lei n.º 315/98 de 20 de Outubro.

Na vigência do CPEREF, os efeitos da declaração de insolvência encontravam-se previstos no Capítulo IV do diploma, precisamente com a epígrafe “*Efeitos da Falência*”. Este capítulo encontrava-se dividido em três secções, coincidentes com as categorias em que o legislador agrupou aqueles efeitos, a saber: (i) efeitos em relação ao falido (artigos 147.º a 150.º), (ii) efeitos em relação aos negócios jurídicos do falido (artigos 151.º a 171.º) e (iii) efeitos em relação aos trabalhadores do falido (artigos 172.º a 174.º).

Concentrar-nos-emos, naturalmente, face ao propósito que assumimos, nos efeitos em relação aos negócios jurídicos do falido, nomeadamente nos efeitos sobre os negócios em curso.

2. Efeitos em relação aos negócios jurídicos do falido

Como já se referiu, os efeitos da declaração de falência sobre os negócios jurídicos do falido encontravam-se regulados nos artigos 151.º a 171.º do CPEREF.

CATARINA SERRA⁷ elenca os seguintes efeitos:

- Estabilização do passivo – artigo 151.º;
- Extinção dos privilégios creditórios – artigo 152.º;

⁷ “Efeitos da Declaração de Falência sobre o Falido (após a alteração do D.L. n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)”, in *Scientia Iuridica*, t. XLVII, n.º 274/276, Jul.-Dez., 1998, p. 283 e seguintes.

- Perda do direito de compensação – artigo 153.º;
- Apensação de acções e outros efeitos – artigo 154.º;
- Inoponibilidade dos negócios jurídicos do falido posteriores à declaração de falência à massa – artigo 155.º;
- Resolução de alguns actos jurídicos em benefício da massa falida – artigos 156.º, 159.º e 160.º;
- Impugnação pauliana em benefício da massa falida – artigos 157.º a 160.º;
- Efeitos sobre alguns negócios jurídicos em especial – artigos 161.º a 171.º.

Por escaparem ao já delimitado objecto da presente reflexão, abster-nos-emos de analisar todos os efeitos supra elencados, limitando-nos a analisar a disciplina relativa às “*relações em curso*”^{8, 9}, contida nos artigos 161.º a 171.º.

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹⁰, à luz do CPEREF, definiu “*relações jurídicas em curso*” como

“relações jurídicas já constituídas, incumpridas total ou parcialmente por um ou por ambos os titulares, ou mesmo relações jurídicas duradouras (por exemplo, o arrendamento, o contrato de trabalho, a associação em participação), cujo denominador comum reside na necessidade de um régimen falencial particular (de manutenção, de extinção, ou até de suspensão, de cumprimento integral ou de cumprimento rateado)”.

No que se refere à disciplina aplicável a estas “*relações jurídicas em curso*”, a mais relevante constatação é a de que, ao contrário do que sucedia no regime falencial anterior ao CPEREF¹¹, este diploma não estabelecia qualquer princípio geral aplicável às mesmas, antes tendo o legislador optado por regular casuisticamente os efeitos daquela declaração sobre alguns negócios tipificados, enumerados nos já referidos artigos 161.º a 171.º daquele diploma.

⁸ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, ano 55, Dezembro, 1995, p. 658.

⁹ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Efeitos substantivos da Falência*, Universidade Católica, Porto, 2000, p. 221.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 220.

¹¹ Cfr. Artigo 1197.º n.º 1 do Código de Processo Civil, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril, que aprovou o CPEREF, o qual dispunha que “*a declaração de falência não importa a resolução dos contratos bilaterais celebrados pelo falido*”, revogado pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril, que aprovou o CPEREF.

Retomando as palavras de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹², verifica-se que o CPEREF “*não contém qualquer princípio geral definidor do destino das relações jurídicas preexistentes*”, mais acrescentando a mesma Autora que “*pelo contrário, a par de outros sistemas jurídicos, como o italiano, contém uma regulamentação casuística, não exaustiva, de diversas relações jurídicas em curso (nos arts. 161.º-174.º), com vista à adequação de cada solução legal à correspondente relação jurídica e aos particulares problemas por ela suscitados*”.¹³

Neste contexto, e face a esta opção do legislador pela regulamentação casuística, para os negócios tipificados na lei – para os quais, como se viu, se previa uma disciplina específica quanto aos efeitos sobre os mesmos da declaração de falência – não se suscitavam grandes dúvidas, porém o mesmo já não se aplicava aos negócios não incluídos naquelas normas específicas, sendo certo que também para estes era necessário definir quais os efeitos que a declaração de falência sobre eles tinha.

A necessidade de encontrar uma solução para os casos não expressamente previstos no CPEREF era unânime, e aliás notória, face à multiplicidade de relações jurídicas em curso em que o falido poderia ser parte à data da declaração de falência e para as quais seria essencial dar destino. Voltando às palavras de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO¹⁴, “*a ausência de um princípio geral deixa em aberto a questão da determinação da disciplina jurídico-falencial aplicável aos casos não previstos na lei*”.

O entendimento dominante da doutrina foi o de que para chegar a uma solução aplicável às relações jurídicas não previstas expressamente nos artigos 161.º a 171.º seria necessário analisar cada uma das previsões particulares estipuladas pelo legislador, procurando dessas previsões particulares retirar, por força da interpretação, uma regra jurídica aplicável aos efeitos da declaração de falência sobre os negócios em curso não expressamente tipificados no CPEREF.^{15 16}

Como já amplamente se referiu, face à natureza da presente reflexão não há espaço para uma análise de cada uma daquelas soluções particulares previstas para os negócios tipificados nos artigos 161.º a 171.º, à excepção do regime então aplicável à promessa de contrato – um dos

¹² *Ob. cit.*

¹³ No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido”, *ob. cit.*, p. 659.

¹⁴ Nas palavras de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 221.

¹⁵ Neste sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido”, *ob. cit.*, p. 659 e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 221.

¹⁶ Ainda assim, CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p. 299, refere que “*nem tão pouco parece que as situações se prestem a uma articulação ou que seja fácil retirar das disciplinas algum princípio comum*”.

negócios tipificados pelo legislador – , por ser esse o objecto central do presente trabalho e sobre o qual nos debruçaremos em seguida. Assim sendo, não nos propomos – nem tal seria relevante, face à revogação do CPEREF – proceder àquela análise das regulamentações casuísticas com vista à obtenção de um princípio comum.

Todavia, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁷ procedeu a tal análise e chegou a diversos “*princípios comuns*” aplicáveis aos efeitos da declaração de falência sobre os negócios em curso, os quais sumariamente reproduzimos:

1. “*Nenhuma relação jurídica pode deixar de ser levada a termo, se for necessário*”;
2. “*Os actos de cumprimento do falido não são repostos em causa*”;
3. “*Os contratos de transferência de propriedade são mantidos, em benefício da massa, desde que a coisa se tenha tornado inseparável*”;
4. “*Só nos casos estabelecidos na lei há a cessação automática*”;
5. “*Os contratos duradouros estão sujeitos a denúncia pelo liquidatário*”;
6. “*Não havendo disposição especial, o liquidatário judicial tem a opção entre manter os contratos ou pôr-lhes termo*”;
7. “*À outra parte cabe, por vezes, a alternativa de pôr termo à relação, ou pelo contrário de a manter*”;
8. “*O liquidatário pode por vezes opor-se a esta extinção, cumprindo integralmente o contrato*”.

Também CATARINA SERRA¹⁸ procedeu à referida análise das soluções tipificadas pelo legislador nos artigos 161.º a 171.º, tendo concluído que “*de acordo com o regime estabelecido nesse grupo de normas, os negócios são submetidos a um destino incerto, que poderá ser a manutenção ou a extinção*”, acrescentando ainda que “*sejam mantidos, sejam extintos os negócios, nem sempre se mantêm os direitos dos co-contratantes do falido que seriam, de acordo com a lei geral, inerentes à sua posição contratual*”.

¹⁷ “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido”, *ob. cit.*, p. 673 e seguintes.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 312.

Não obstante, em resultado de um esforço interpretativo das soluções legais tipificadas nos artigos 161.º a 171.º do CPEREF, ter sido possível ao Autor supra citado a fixação dos supra enumerados “*princípios comuns*”, a verdade é que a necessidade de estipular um princípio geral aplicável ao destino das relações jurídicas em curso à data da declaração de falência¹⁹ não ficou definitivamente colmatada, desde logo por não serem tais “*princípios comuns*” suficientes para atenuar a incerteza quanto ao desfecho dos negócios em curso à data da declaração de falência, à qual se referia CATARINA SERRA²⁰.

Como adiante se verá, o artigo 102.º do CIRE – que revogou o CPEREF – tem como epígrafe “*princípio geral quanto a negócios ainda não cumpridos*”. Pareceria, assim, à primeira vista, ter o legislador atendido às preocupações da doutrina quanto à necessidade de prever um princípio aplicável a todos os negócios em curso à data da declaração de insolvência, pondo fim, com a aprovação do CIRE, à já aludida incerteza.

Se assim foi é o que debateremos no ponto III do presente trabalho.

3. Em particular os efeitos da declaração de falência sobre o contrato de promessa

Na versão original do CPEREF, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 132/93 de 23 de Abril, a promessa de contrato não estava incluída no conjunto de negócios específicos cujo destino o legislador havia expressamente estipulado em caso de declaração de falência.

Porém, na alteração ao CPEREF operada pelo Decreto-Lei n.º 315/98 de 20 de Outubro, foi aditado ao diploma o artigo 164.º-A, com a epígrafe “*promessa de contrato*”:

“1 – O contrato-promessa sem eficácia real que se encontre por cumprir à data da declaração de falência extingue-se com esta, com perda do sinal entregue ou restituição em dobro do sinal recebido, como dívida da massa falida, consoante os casos; ressalva-se a possibilidade de o liquidatário judicial, ouvida a comissão de credores, optar pela conclusão do contrato prometido, ou requerer a execução específica da promessa, se o contrato o permitir.

2 — Tratando-se de promessa com eficácia real, o promitente-adquirente poderá exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou recorrer à execução específica que lhe seja facultada; sendo o falido promitente-adquirente, ao liquidatário judicial cabe decidir sobre a conveniência da execução do contrato, satisfazendo a contraprestação convencionada.”

¹⁹ Necessidade essa reconhecida por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido”, *ob. cit.*, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, e CATARINA SERRA, *ob. cit.*

²⁰ *Ob. cit.*

Passaremos, de seguida, a analisar o regime jurídico resultante deste artigo 164.º-A, por forma a que possamos, mais tarde, compará-lo com as soluções consagradas no CIRE para os efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa ainda não cumprido, assinalando as novidades introduzidas pelo CIRE, como antes nos propusemos fazer.

Como resulta da letra do transcrito artigo 164.º-A, no que se refere aos efeitos da declaração de falência, o CPEREF distinguia entre contratos de promessa com eficácia meramente obrigacional (n.º 1) e contratos de promessa com eficácia real (n.º 2).

Antes de prosseguir, importa circunscrever o âmbito de aplicação desta norma, precisando que a mesma tinha como pressuposto de aplicação estarmos perante um contrato de promessa ainda não cumprido. Nas palavras de LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *não se enquadravam aqui os casos de contrato-promessa resolvido por incumprimento por uma das partes, nem o contrato-promessa que, embora não resolvido pelo credor, o devedor tivesse já impossibilitado o seu cumprimento (p. ex., por alienação do bem objecto do contrato-promessa a terceiro – violação do contrato-promessa)*²¹. Partindo das palavras deste Autor, podemos, então, concluir que o regime do artigo 164.º-A se aplicava apenas a contratos de promessa ainda não cumpridos, mas cujo cumprimento fosse ainda possível.

É certo que a referência a contrato de promessa “*que se encontre por cumprir*” existe apenas no n.º 1, sendo omissa no n.º 2, mas, por maioria de razão, parece-nos que o pressuposto de estarmos perante um contrato de promessa ainda não cumprido é válido tanto para aqueles que têm eficácia meramente obrigacional como para os que têm eficácia real, não se justificando, neste âmbito, qualquer distinção.

Por outro lado, refira-se também que o regime do artigo 164.º-A se aplica a qualquer modalidade de contrato de promessa²² e não apenas ao contrato de promessa de compra e venda, não obstante ser esta a modalidade que se revela paradigmática.

3.1. Contratos de promessa com eficácia obrigacional

Feitas aquelas considerações gerais, partimos para a análise do n.º 1 do artigo 164.º-A.

Parece resultar da primeira parte deste n.º 1 que a declaração de falência importa a extinção automática dos contratos de promessa ainda não cumpridos à data daquela declaração,

²¹ “Contrato-promessa e falência/insolvência”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, Out./Dez., 2008, p. 58.

²² Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 289 e CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p. 303.

com as inerentes consequências, nomeadamente a perda do sinal ou a restituição do sinal em dobro, conforme o falido fosse o promitente comprador ou o promitente vendedor. Nas palavras de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO²³, “o contrato promessa que se encontre por cumprir à data da declaração de falência extingue-se automaticamente por efeito da falência de qualquer um dos contraentes”, acrescentando que “trata-se de uma situação de extinção ipso iure do contrato promessa que configura uma hipótese de caducidade do contrato”.²⁴

Não obstante, e como se prevê na 2.ª parte daquela norma, ainda assim era possível ao liquidatário judicial, depois de ouvida a comissão de credores, optar por cumprir o contrato ou requerer a execução específica do mesmo, sendo esta admissível.

Neste contexto, será realmente adequado falar em extinção automática?

Efectivamente, face à 2.ª parte do n.º 1 do artigo 164.º-A, será de entender que não estávamos face a uma extinção automática por efeito da declaração de falência, pois caso assim fosse não faria sentido conceder ao liquidatário judicial a faculdade de optar por cumprir ou requerer a execução específica de um contrato que já estivesse extinto²⁵. Assim sufragamos a posição de LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS²⁶ no sentido de que a extinção do contrato de promessa por efeito da declaração de falência “só se produziria se o liquidatário não optasse pela sua conclusão”, acrescentando o mesmo Autor que “só poderíamos falar numa verdadeira extinção do contrato depois da decisão do liquidatário pelo não cumprimento”.²⁷

Equacionando agora a hipótese de o liquidatário judicial não exercer a faculdade prevista na 2.ª parte deste n.º 1, o contrato de promessa ainda não cumprido extinguia-se. Em consequência, e de acordo com a própria letra da norma, teria o promitente não falido direito a reter o sinal recebido, no caso de ser o promitente vendedor, ou a receber em dobro o sinal entregue, caso fosse o promitente comprador, sendo este crédito satisfeito à custa da massa falida²⁸.

E se se tratasse de um contrato de promessa não sinalizado? Nesta hipótese, cumpre, antes de mais, referir que não parece haver razão para afastar a aplicação do n.º 1 do artigo 164.º-

²³ *Ob. cit.*, p. 290.

²⁴ No mesmo sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado* (3ª edição), Quid Juris, Lisboa, 1999, p. 428.

²⁵ CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p. 304, refere-se ao facto da faculdade prevista na 2.ª parte da norma contrariar a “sugestão do carácter automático da extinção dos efeitos do contrato que resultava da primeira parte”.

²⁶ “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 58

²⁷ Também MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 291, propugna que a faculdade concedida ao liquidatário judicial é anterior à extinção do contrato de promessa.

²⁸ Tanto MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 291, como LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 429, qualificavam este crédito como comum, não obstante tal qualificação não estar expressa na letra da lei, sendo certo que, como adiante se verá a propósito da análise do direito de retenção, poderá não ser efectivamente assim.

A²⁹, nomeadamente o direito do promitente não falido ser indemnizado no caso do liquidatário judicial não exercer a faculdade prevista na 2.ª parte da norma, sendo que a diferença de regime entre o contrato de promessa sinalizado e o não sinalizado residiria na forma de cálculo da indemnização devida. Concretizando, no caso do contrato de promessa sinalizado a indemnização seria calculada em abstracto, de acordo com a regra expressamente prevista na letra da lei, tratando-se de uma promessa não sinalizada a indemnização seria calculada em concreto em função dos danos sofridos pelo promitente não falido³⁰. Sufragamos, quanto a esta matéria, a posição de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA³¹, quando referiam que, não obstante a extinção do contrato resultar da lei e não de uma manifestação de vontade do liquidatário, haveria necessidade de compensar o promitente não falido “*por ver frustrada a sua confiança na manutenção do contrato*”.

Por outro lado, outra questão relevante, ainda dentro da hipótese equacionada do contrato de promessa efectivamente se extinguir por não ser exercida a faculdade prevista na 2.ª parte do n.º 1 do artigo 164.º-A – relevância essa justificada pela utilidade prática e pelo facto de adiante considerarmos também esta questão ao abrigo do CIRE –, é a de se o crédito de que era titular o promitente não falido em resultado da extinção do contrato gozava do direito de retenção previsto no transcrito artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil.

Recorde-se que, por força do disposto no n.º 2 do artigo 759.º do Código Civil, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, o que suscita ainda mais interesse pela análise da relevância deste direito em sede da falência / insolvência.

Dispõe o artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil que gozam do direito de retenção “*o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º*”.

Como resulta da letra da alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil, de uma maneira geral são dois os pressupostos deste direito de retenção³²:

o Tradição da coisa;

²⁹ Neste sentido, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 59.

³⁰ Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 291.

³¹ *Ob. cit.*, p. 429.

³² Veja-se, a este propósito, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato Promessa*, 11.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, p. 176.

O Não cumprimento imputável à outra parte.

Dos enumerados pressupostos, resulta que o promitente fiel de um qualquer contrato de promessa goza de direito de retenção sobre a coisa a que se refere o contrato prometido, desde que tenha havido tradição dessa coisa, direito que tem como fim a garantia do crédito resultante do não cumprimento imputável à contraparte.

Neste contexto, pergunta-se: em caso de falência, e tendo havido tradição da coisa, o promitente não falido é titular de direito de retenção sobre a coisa a que se refere o contrato de promessa em causa?

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO³³ respondia negativamente a esta questão, fundamentando tal resposta no facto de, na sua perspectiva, o legislador ser peremptório na qualificação do crédito resultante da aplicação do artigo 164.º-A n.º 1 como comum, o que significaria que não gozava de qualquer garantia.

CATARINA SERRA³⁴ respondia também negativamente à questão colocada, mas com diferente fundamento. De acordo com esta Autora, no caso de, no âmbito de um processo de falência, o contrato de promessa se extinguir por força do disposto na 1.ª parte do n.º 1 do artigo 164.º-A, falha um dos pressupostos previstos no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil, *in casu* ser o promitente não falido titular de um crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte.

Quanto a nós, pendemos para uma resposta positiva à questão colocada.

Relativamente ao argumento defendido por MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, não nos parece que o legislador fosse peremptório em qualificar o crédito resultante para o promitente não falido da extinção operada pela 1.ª parte do n.º 1 do artigo 164.º-A como um crédito comum. A verdade é que o legislador refere-se a este crédito apenas como uma “*dívida da massa falida*”. Ora, a verdade é que os créditos privilegiados, por terem subjacentes direitos de garantia, não deixam de ser dívidas da massa falida. Parece-nos, assim, que a expressão utilizada pelo legislador não teve como propósito a qualificação do crédito como comum, pois se assim fosse tê-lo-ia expressamente consagrado referindo-se textualmente a essa qualificação. Assim, parece-nos que o crédito seria comum se não houver tradição da coisa e seria privilegiado se tivesse havido *traditio rei*, pois neste caso estaria o crédito garantido pelo direito de retenção.

No que se refere ao argumento utilizado por CATARINA SERRA, o mesmo parece-nos, apesar de tudo, mais razoável. Mas se é verdade que a extinção do contrato por força da 1.ª parte

³³ *Ob. cit.*, p. 292.

³⁴ *Ob. cit.*, p.304

do n.º 1 do artigo 164.º-A não resultava de uma manifestação de vontade do liquidatário judicial e que a opção do liquidatário de não exercer a faculdade prevista na 2.ª parte da norma é um “*acto lícito*”³⁵, também não poderíamos daí concluir que não era, de algum modo, imputável ao falido. Socorrendo-nos das palavras de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA³⁶, “*não poderia ser esquecida a circunstância de o facto extintivo ser (...) de algum modo imputável ao falido*”.

Acrescentamos para já ainda um outro argumento que se prende à necessidade de justiça material, já que o facto de não se reconhecer a existência de um direito de retenção na titularidade do promitente não falido, havendo tradição da coisa, implicaria um grave prejuízo para este, por comparação com os direitos de que seria titular nos termos gerais de direito, prejuízo este que não encontraria, no nosso entendimento, qualquer fundamento razoável. Nas palavras de CATARINA SERRA³⁷, “*como é difícil ser-se contraparte do falido!*”.

Todavia, voltaremos a este ponto mais tarde, já no âmbito da análise do CIRE.

Passamos agora a equacionar a hipótese de o liquidatário judicial optar por cumprir a promessa de contrato, usando a faculdade prevista na 2.ª parte do n.º 1 do artigo 164.º-A.

Como já referimos, a 2.ª parte da norma em apreço permitia que o liquidatário judicial, não obstante a declaração de falência, optasse por cumprir voluntariamente o contrato de promessa ou requerer a execução específica do mesmo se esta fosse admissível (no caso de a contraparte não pretender a celebração do contrato prometido), evitando assim a extinção do contrato por efeito da declaração de falência.

Antes de mais, importa referir que, não obstante a opção caber ao liquidatário judicial, esta deveria ser necessariamente precedida de auscultação da comissão de credores, embora não ficasse vinculado ao parecer desta. Importa, contudo, frisar que tal não se traduzia na concessão de um poder discricionário ao liquidatário judicial, já que este estava vinculado ao dever de diligência que sobre si recaía por força do disposto no artigo 145.º n.º 1 alínea a). Nas palavras de JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO³⁸, “*o liquidatário judicial não é apenas o algoz da massa falida, mas deve ser antes de mais o gestor criterioso que aproveita as potencialidades*

³⁵ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 58.

³⁶ *Ob. cit.*, p. 429.

³⁷ *Ob. cit.*, p. 312.

³⁸ “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido”, *ob. cit.*, p. 661.

económicas daquela”. Assim, a opção do liquidatário – como toda a sua actuação ao longo do processo – deveria ter na base os interesses da massa falida³⁹.

Optando o liquidatário por cumprir o contrato, estando a contraparte igualmente disponível para esse cumprimento, cada parte realizava a prestação a que estava obrigada, cumprindo-se o contrato prometido.

Se o liquidatário optasse por cumprir, mas a contraparte não estivesse disponível para a celebração do contrato prometido, o liquidatário judicial intentaria uma acção de execução específica, obtendo sentença que substituísse a declaração negocial da contraparte, nos termos do disposto no artigo 830.º do Código Civil.

Na mesma hipótese, mas com a variante de o contrato em causa não admitir a execução específica, caberia ao liquidatário judicial, na defesa dos interesses da massa, exercer os direitos do falido face ao incumprimento da contraparte, nomeadamente exigindo a indemnização devida, calculada nos termos do artigo 442.º do Código Civil caso se tratasse de um contrato sinalizado.

3.2. Contratos de promessa com eficácia real

Como já sublinhámos, no que se refere aos efeitos da declaração de falência sobre contratos de promessa ainda não cumpridos, o CPEREF distinguia-os consoante estes tenham ou não eficácia real. Analisado que está – ainda que sinteticamente, como não poderia deixar de ser – o destino dos contratos de promessa com eficácia meramente obrigacional, passaremos agora à análise do destino dos contratos de promessa com eficácia real.

Recorde-se que, em regra, os contratos de promessa têm eficácia meramente obrigacional, produzindo efeitos apenas entre as partes. Ainda assim, é possível às partes convencionarem a oponibilidade a terceiros de contrato de promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, conferindo-lhe eficácia real, desde que sejam cumpridos três requisitos, previstos no artigo 413.º do Código Civil, a saber: (i) constar de escritura pública ou documento partícula com reconhecimento de assinatura, quando aquela não for exigível; (ii) pretenderem as partes atribuir-lhe eficácia real; (iii) inscrição no registo.⁴⁰

O regime dos efeitos da declaração de falência sobre os contratos de promessa com eficácia real em curso, previsto no n.º 2 do artigo 164.º-A é substancialmente diferente do regime

³⁹ Neste sentido, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 59 e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 290

⁴⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 329.

previsto no n.º 1 da mesma norma, precisamente por força da oponibilidade a terceiros que resulta da eficácia real convencionada pelas partes. Assim, a declaração de falência não tem como efeito a extinção do contrato de promessa, mostrando-se necessário distinguir, quanto aos efeitos daquela declaração, consoante o falido seja o promitente comprador ou o promitente vendedor:

a) Falido como promitente vendedor

Nesta hipótese, tinha o promitente não falido a faculdade de exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou, caso o liquidatário recusasse tal celebração, a recorrer à execução específica do mesmo.

Se a execução específica não fosse possível por motivo imputável à contraparte, era entendimento dominante da doutrina que teria o promitente não falido a indemnização calculada nos termos previstos no n.º 1 do artigo 164.º-A⁴¹.

b) Falido como promitente comprador

Nesta hipótese, conferia-se ao liquidatário a faculdade de decidir sobre a celebração ou não do contrato definitivo, sempre tendo como bússola o interesse da massa falida, sendo este o interesse a salvaguardar na avaliação ou não da conveniência da celebração do contrato.

Optando o liquidatário judicial pela celebração do contrato, teria que realizar a prestação a que o falido estava obrigado, como aliás expressamente se prevê no texto da lei.

Se, pelo contrário, o liquidatário decidisse pela não celebração do contrato, a letra da lei é omissa quanto às consequências. Ainda assim, a doutrina é unânime⁴² em considerar que o promitente não falido deverá ser indemnizado, nos termos já referidos a propósito dos efeitos da declaração de falência sobre o contrato de promessa com eficácia meramente obrigacional⁴³.

⁴¹ Veja-se, a este propósito, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 293 e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 430.

⁴² MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *ob. cit.*, p. 293 e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 430.

⁴³ CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p. 305 fala ainda na possibilidade do promitente não falido recorrer à acção de execução específica no caso de o liquidatário judicial entender que a celebração do contrato não é conveniente.

Analisado que está o regime dos efeitos da declaração de falência sobre os negócios em curso na vigência do CPEREF - de uma forma geral, como não poderia deixar de ser, face às circunstâncias já expostas, passaremos agora à análise do regime legal decorrente do CIRE.

III. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA SOBRE OS NEGÓCIOS EM CURSO NA VIGÊNCIA DO CIRE

No âmbito do CIRE, os efeitos da declaração de insolvência encontram-se no Título IV do diploma e são agrupados da seguinte forma:

- Capítulo I – efeitos sobre o devedor e outras pessoas – artigos 81.º a 84.º;
- Capítulo II – efeitos processuais – artigos 85.º a 89.º;
- Capítulo III – efeitos sobre os créditos – artigos 90.º a 101.º;
- Capítulo IV – efeitos sobre os negócios em curso – artigos 102.º a 119.º;
- Capítulo V – resolução em benefício da massa insolvente – artigos 120.º a 127.º.

Como já fizemos a propósito do CPEREF, e como nos propusemos na fixação do objecto da presente reflexão, centrar-nos-emos apenas nos efeitos sobre os negócios em curso.

Como já assinalámos, no âmbito do CPEREF o legislador optou por não estipular qualquer princípio geral aplicável aos efeitos da declaração de falência sobre os negócios em curso⁴⁴, antes preferindo regular casuisticamente aqueles efeitos quanto a alguns negócios tipificados.

Essa opção foi largamente criticada pela doutrina dominante⁴⁵, que defendeu a necessidade de se encontrar um princípio geral aplicável aos negócios não expressamente previstos na lei.

Com a entrada em vigor do CIRE, tal necessidade parecia estar colmatada, já que o artigo 102.º deste diploma⁴⁶ tem como epígrafe “*princípio geral quanto a negócios ainda não cumpridos*”. Procederemos à análise desta norma mais adiante.

Apesar da estipulação de um aparente “*princípio geral*”, o legislador não abandonou a regulação particular do destino de alguns negócios jurídicos face à declaração de insolvência, nomeadamente nos artigos 104.º a 118.º, optando assim por um “*critério misto*”⁴⁷.

⁴⁴ Contrariando o que sucedia antes da entrada em vigor do CPEREF, nomeadamente no artigo 1197.º do Código de Processo Civil, entretanto revogado.

⁴⁵ Destaca-se, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido”, *ob. cit.*, p. 658.

⁴⁶ Na falta de menção em contrário, todas as referências legais que se seguem serão relativas ao CIRE.

Um dos negócios para os quais o legislador expressamente regulou os efeitos da declaração de insolvência foi precisamente a promessa de contrato, nomeadamente no artigo 106.º, sendo que mais tarde analisaremos as soluções adoptadas pelo legislador neste caso concreto, bem como a bondade das mesmas.

1. O artigo 102.º do CIRE

1.1. Princípio geral?

Como resulta da própria letra da lei, aquilo que o legislador qualificou como “*princípio geral*” poderá efectivamente não o ser⁴⁷, pelo que começaremos a presente análise do artigo 102.º pela definição do âmbito de aplicação desta norma.

Por facilidade, optamos por transcrever o n.º 1 do artigo 102.º:

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

A suposta regra geral que resulta deste artigo 102.º é a de suspensão do cumprimento até que o Administrador de Insolvência declare optar pela execução ou pela recusa do cumprimento, mas será esta a regra para todos os negócios ainda não cumpridos à data da declaração de insolvência? A resposta parece ser negativa, já que a própria letra da lei delimita o campo de aplicação apenas a “*qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte*”.

Assim sendo, não obstante a epígrafe atribuída pelo legislador ao artigo 102.º, a verdade é que o princípio contido nesta norma não é susceptível de aplicação a todos os negócios jurídicos do insolvente ainda não cumpridos à data da declaração de insolvência, mas antes apenas àqueles negócios que reúnam as seguintes características⁴⁹⁵⁰:

⁴⁷ Utilizando a expressão de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2008, p.388

⁴⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, p. 388, falam em “*inadequação*” da epígrafe do artigo 102.º do CIRE.

⁴⁹ Também assinaladas por JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, *ob. cit.*, p. 111.

⁵⁰ Também neste sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 388.

- Contrato;
- Sinalagmático;
- Não integralmente cumprido nem pelo insolvente nem pela contraparte;
- Inexistência de regulação especial nos artigos 104.º a 118.⁵¹.

A relevância da delimitação do campo de aplicação do artigo 102.º é mais do que muita, desde logo porque não é meramente académica⁵² a possibilidade de, à data da declaração de insolvência, existir na esfera jurídica do insolvente um largo espectro de negócios ainda não cumpridos que não se subsumam ao proclamado “*princípio geral*” contido na norma em análise, nomeadamente, como refere LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS⁵³, “*os negócios unilaterais, os contratos unilaterais, os contratos bilaterais imperfeitos, assim como aqueles contratos bilaterais sinalagmáticos em que uma das partes já tenha cumprido na íntegra*”.

Também LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁵⁴, afirma que “*uma norma sobre contratos bilaterais dificilmente pode ser elevada à categoria de princípio geral, uma vez que os contratos não sinalagmáticos ficam de fora e em relação a estes não aparece qualquer regime*”.

Quanto aos negócios não subsumíveis ao disposto no artigo 102.º mantém-se, como já acontecia na vigência do CPEREF – como anteriormente assinalamos –, a ausência de uma regra geral capaz de obstar à incerteza que decorre da declaração de insolvência para aqueles que com o insolvente celebraram um negócio ainda não cumprido àquela data, quanto ao destino desse mesmo negócio.

Ainda assim, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁵⁵ propugna a possibilidade de aplicação analógica do regime previsto no artigo 102.º aos negócios jurídicos unilaterais, afirmando que “*a comum natureza de negócio jurídico, associada à ratio legis, ampara bem esta solução*”. O mesmo Autor defende ainda a possibilidade de aplicação analógica do designado “princípio geral” aos contratos unilaterais.

⁵¹ Esta última característica assinalada por LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda*, cit., p. 537.

⁵² Neste sentido, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, *ob. cit.*, p. 111.

⁵³ *O Novo Regime Insolvencial da Compra e Venda*, cit., p. 537

⁵⁴ “Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso”, in *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas*, publicação do Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2004, p. 63-

⁵⁵ “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, cit., p. 111.

Contra esta aplicação analógica insurge-se LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁵⁶, referindo que “*não vemos que a analogia se justifique*”.

Face a estas posições antagónicas, cumpre tomar posição e, para tal, é necessário atender à *ratio* da norma, nomeadamente da suspensão do cumprimento para que o Administrador exerça o seu direito de opção. Atente-se, a este propósito, nas palavras de LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁵⁷:

“A concessão deste direito de opção ao administrador da insolvência resulta do facto de a insolvência consistir numa impossibilidade geral de cumprimento das obrigações, que justifica a adopção de medidas em defesa dos credores. Ora, se o insolvente se visse forçado a cumprir negócios em curso, os pagamentos que efectuasse beneficiariam alguns credores em detrimento de outros, sendo por isso que a lei estabelece que os credores perdem, com a declaração de insolvência, a possibilidade de exigir autonomamente os seus créditos. Correspondendo, no entanto, esse negócio em curso a contratos bilaterais, o sinalagma leva a que a outra parte não seja obrigada a cumprir, se o insolvente não o fizer. Ora, como o cumprimento desses contratos pode ser conveniente aos interesses da massa, concede-se ao administrador a possibilidade de optar entre o cumprimento do contrato e a sua recusa”.

Face à *ratio* enunciada, parece-nos, de facto, não ser possível uma aplicação analógica do artigo 102.º, como sustenta JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO.

De facto, a suspensão do negócio prevista no n.º 1 do artigo 102.º não é um fim em si mesma, antes sendo um meio de dar tempo ao administrador de insolvência para avaliar da conveniência para os interesses da massa falida do cumprimento do negócio em causa.

No âmbito de um contrato bilateral⁵⁸, não nos é difícil configurar uma hipótese em que, não obstante a declaração de insolvência, seja conveniente para a massa insolvente, nomeadamente por ter interesse em que a outra parte realize a prestação a que está obrigada, o cumprimento do contrato.

Pelo contrário, no âmbito de um negócio jurídico unilateral ou de um contrato unilateral⁵⁹ – salienta-se, em que o insolvente é a parte obrigada à realização de uma prestação, pois no cenário oposto caímos no âmbito de aplicação do artigo 91.º – já não é fácil configurar, ainda que teoricamente, uma hipótese em que seja conveniente a realização da prestação, já que não existe qualquer sinalagma, ou seja, não está a parte não insolvente obrigada ao cumprimento de qualquer obrigação. Ora, não sendo a massa insolvente credora de qualquer obrigação da

⁵⁶ *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 172.

⁵⁷ *Direito da Insolvência*, p. 172.

⁵⁸ Sobre a definição de contrato bilateral veja-se JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 396

⁵⁹ Sobre a definição de contrato unilateral veja-se JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 396.

contraparte, não se vislumbra qualquer conveniência no cumprimento da obrigação que sobre o insolvente recaia. Aliás, o cumprimento pelo administrador de insolvência de um negócio jurídico unilateral ou contrato unilateral em que só o insolvente estivesse obrigado consubstanciaria uma inexplicável benefício do credor dessa obrigação em detrimento dos restantes. Neste contexto, a suspensão de um negócio jurídico unilateral ou de um contrato unilateral por força da declaração de insolvência não se mostra necessária, já que a conveniência do cumprimento está afastada *ab initio*, podendo até constituir um entrave à celeridade que se pretende incutir na tramitação do processo de insolvência.

Vamos até um pouco mais longe, avançando a possibilidade de, em alterações legislativas posteriores, e tendo por base a já referida *ratio* do artigo 102.º, ser consagrado um princípio geral de extinção dos negócios jurídicos unilaterais e contratos unilaterais em que fosse o insolvente o obrigado, sem prejuízo de quaisquer previsões particulares consagradas pelo legislador e salvaguardando a possibilidade, óbvia, de o credor em causa reclamar o crédito de que é titular no âmbito do processo de insolvência.

Ainda assim, apesar das notórias limitações da previsão contida no artigo 102.º, nomeadamente face ao campo de aplicação do mesmo, assinalamos que a consagração de um princípio geral, ainda que só aplicável a contratos sinalagmáticos ainda não cumpridos nem pelo insolvente nem pela outra parte, constitui um passo na direcção certa, direcção que nos parece ser o abandono de soluções casuísticas e a adopção de regras gerais, atenuadoras, o mais possível, de qualquer grau de incerteza.

1.2. Regime

Na medida em que, como adiante veremos, o disposto no artigo 102.º poderá ter aplicação no domínio dos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa, debruçar-nos-emos agora, ainda que sumariamente, sobre o regime legal decorrente daquela norma, sendo que a natureza sumária desta análise prende-se com a natureza e objecto do presente relatório e não com a relevância do tema.

Como já aflorámos anteriormente, o n.º 1 do artigo 102.º prevê que o cumprimento de qualquer contrato bilateral que à data da declaração de insolvência não esteja ainda integralmente cumprido nem pelo insolvente nem pela outra parte fique suspenso por efeito daquela

declaração. Não se trata de uma suspensão *sine die*, mas antes de uma suspensão transitória⁶⁰, com vista a permitir ao administrador de insolvência avaliar se é mais conveniente para os interesses da massa insolvente o cumprimento do contrato ou, em alternativa, a recusa do mesmo.

Refira-se, antes de mais, que as opções que se apresentam ao administrador consubstanciam “*duas faculdades potestativas*”⁶¹, mas a escolha do administrador entre aquelas opções não deixa de ser, ainda que indirectamente, condicionada. Condicionada, antes de mais, pelos interesses da massa insolvente e pela finalidade do processo de insolvência⁶², cabendo ao administrador fazer a opção que melhor se coadune com estes. Condicionada ainda pelo disposto no n.º 4 do artigo 102.º, no qual se prevê que a opção do administrador pelo cumprimento é abusiva se for manifestamente improvável que a massa insolvente cumpra pontualmente as suas obrigações contratuais, sendo que, nesta hipótese, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO fala num verdadeiro “*dever de recusar o cumprimento*”⁶³. Importa referir que caso o administrador de insolvência opte pelo cumprimento do contrato, ainda que seja provável que a massa insolvente não cumpra pontualmente as obrigações que sobre si recaem, poderá a contraparte invocar judicialmente esta excepção⁶⁴.

Equacionemos agora o cenário que à partida menos questões suscita, ou seja, aquele em que, declarada a insolvência e suspenso o cumprimento dos contratos que reúnam as características previstas no artigo 102.º, o administrador opta pelo cumprimento.

Em caso de opção pelo cumprimento, pode o administrador de insolvência exigir da contraparte o cumprimento das obrigações assumidas pelo contrato em causa, podendo a contraparte fazer o mesmo⁶⁵, sendo que, nesta hipótese, tudo decorre como se o contrato não tivesse sofrido a vicissitude da suspensão. Assim sendo, a contraparte não terá direito a qualquer indemnização ou compensação pela suspensão do contrato⁶⁶.

De referir, porém, que no caso de o administrador não ter recusado o cumprimento do contrato, o crédito da contraparte consubstancia uma dívida da massa, nos termos previstos na alínea f) do n.º 1 do artigo 51.º.

⁶⁰ Como refere JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, *ob. cit.*, p. 118, “*a suspensão não é por si solução*”, acrescentando que “*dá tempo para que se pondere qual essa solução, mas não é mais do que um statu quo, que haverá que transcender*”.

⁶¹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p.389.

⁶² Cfr. artigo 1.º e ponto 3 do preâmbulo do DL n.º 53/2004 de 18 de Março.

⁶³ “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, *ob. cit.*, p. 119.

⁶⁴ Este sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 389.

⁶⁵ Neste sentido, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 173.

⁶⁶ Neste sentido, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, *ob. cit.*, p. 119.

E se o administrador nada disser?

Como já se aludiu, a suspensão do contrato por força da declaração de insolvência tem um carácter meramente transitório, pelo que não pode manter-se indefinidamente. Aliás, seria excessivamente oneroso para o contratante não insolvente que a situação de suspensão contratual se pudesse prolongar por tempo indefinido, sem que fosse concedida a este um meio de pôr fim a esta suspensão. Acrescente-se ainda que a inexistência de um meio legal adequado a pôr um fim à suspensão determinada pela declaração de insolvência – para além da opção do administrador, claro – seria susceptível de fazer prolongar uma situação de incerteza jurídica, sempre indesejável, e que a *ratio* da norma – já anteriormente dissecada – não justifica.

Neste contexto, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 102.º, a lei concede ao promitente não insolvente a faculdade de conceder ao administrador um prazo razoável para aquele exercer a opção a que se refere a parte final do n.º 1 daquela norma.

Todavia, tal como acontece em situações similares⁶⁷, o legislador optou por não definir o que se deve tomar por prazo razoável, não oferecendo sequer directrizes nesse sentido, pelo que sempre caberá ao promitente não insolvente estipular o prazo que entende ser razoável, sem prejuízo de, em caso de não haver entendimento quanto à razoabilidade do prazo fixado, ser necessário o recurso às instâncias judiciais⁶⁸.

Importa ainda acrescentar que, como resulta evidente da letra do n.º 2 do artigo 102.º – na qual está expressamente prevista a cominação para o silêncio do administrador –, estamos perante uma situação em que o silêncio tem efeito declarativo⁶⁹ no sentido da recusa do cumprimento, ou seja, se o administrador nada disser no decurso do prazo razoável fixado, o cumprimento tem-se como recusado.

E se o administrador optar pela recusa do cumprimento?

Reitera-se, antes do mais, que esta recusa pode suceder de forma expressa ou pela via que acabámos de analisar, ou seja, por não ter o administrador exercido a opção entre o cumprimento e a recusa no prazo razoável que tenha sido fixado pela contraparte.

A este propósito atente-se – até porque tal será relevante para a análise que infra se fará do regime específico da promessa do contrato, nomeadamente da aplicação no domínio

⁶⁷ Cfr. Artigo 808.º n.º 1 do Código Civil.

⁶⁸ Neste sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotad*”, cit., p. 390.

⁶⁹ Cfr. Artigo 218.º do Código Civil.

insolvential do artigo 442.º e 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil – que o acto de recusa de cumprimento por parte do Administrador de Insolvência é um acto lícito⁷⁰.

As consequências da recusa do cumprimento por parte do administrador estão elencadas no n.º 3 da norma em questão. Abster-nos-emos de analisar detalhadamente todas as alíneas daquele n.º 3, centrando-nos, antes, nas consequências indemnizatórias resultantes da recusa do cumprimento.

A primeiro nota a registar quanto a esta matéria vai no sentido de, não obstante a recusa do cumprimento pelo administrador se tratar de um acto lícito, não ficar afastado o direito de o contratante não insolvente ser indemnizado pelos prejuízos que a recusa do cumprimento pelo administrador lhe causa, como resulta expressamente da letra da lei.

Todavia, o referido direito à indemnização sofre as condicionantes e limitações previstas no n.º 3 do artigo 102.º, sendo que há a apontar ao legislador, nesta matéria, o facto de a letra da norma não se pautar pela simplicidade desejada, mas antes por alguma complexidade que dificulta a sua adequada compreensão e aplicação, nomeadamente no que se refere à conciliação entre o disposto na alínea c) e o disposto na alínea d) da norma em análise. Assim, optamos por transcrever as palavras de LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS⁷¹:

“Do critério legal resulta que, no fundo, a intenção do legislador parece ter sido a de estabelecer na al. c) do n.º 3 do art. 102.º do CIRE um mecanismo que possibilite a fixação de forma rápida do valor indemnizatório (recorrendo à teoria da diferença⁷²), permitindo, no entanto, ao vendedor exigir um montante superior, sempre que os prejuízos que a recusa do cumprimento pelo administrador tenha gerado sejam superiores ao valor acima apurado [para o que existe em certos casos, ou seja, quando houver lugar à obrigação prevista no art. 102.º, n.º 3, alínea b), um limite]”

De facto, o método de cálculo do crédito de que o contraente não insolvente é titular nos termos do disposto na alínea c) consagra a teoria da diferença⁷³, no sentido em que aquele crédito corresponde ao valor da prestação a que o insolvente estava obrigado, na parte que não foi por aquele cumprida, deduzido do valor da contraprestação a que o não insolvente estava obrigado mas ficou desonerado por força da recusa do cumprimento por parte do administrador. De facto, a não realização da prestação, ainda que parcialmente, por parte do insolvente, causa inequívocos

⁷⁰ Neste sentido, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 62 e LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 173.

⁷¹ *O Novo Regime Insolvential da Compra e Venda*, cit., p. 540.

⁷² Sobre a teoria da diferença, ainda que sumariamente, veja-se JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p.907

⁷³ Neste sentido, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, “Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso”, *ob. cit.*, p. 64.

prejuízos ao não insolvente, sendo que a lei associa o montante desses prejuízos ao valor da prestação não efectuada. Porém, esse prejuízo é atenuado pela desoneração do cumprimento da obrigação de realizar a prestação que ainda não tivesse realizado. Assim, a solução da alínea c) do n.º 3 do artigo 102.º afigura-se, na nossa perspectiva, adequada. Porém, haverá que salvaguardar a possibilidade de os prejuízos do não insolvente serem superiores, daí a previsão da alínea d) do n.º 3 do artigo 102.º, ainda que com as limitações constantes da mesma.

Por fim, mostra-se ainda relevante salientar que o crédito resultante do direito à indemnização pela recusa do cumprimento consubstancia um crédito sobre a insolvência e não uma dívida da massa, com as inerentes consequências, nomeadamente quanto à prioridade no pagamento de que estas gozam⁷⁴.

2. Em particular os efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa

2.1. Considerações gerais

Analisado que está – nas condições a que nos propusemos – o regime contido no artigo 102.º, denominado por “*princípio geral*”, mas não exactamente com essas características, passaremos agora, em concreto, à análise dos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa.

Começemos apenas por salvaguardar que, sem prejuízo de algumas considerações gerais que se mostrem relevantes, abster-nos-emos de analisar detalhadamente o regime legal do contrato de promessa, já que tal escapa ao objecto da presente reflexão, não sendo este o local adequado para tal análise.

Feita esta ressalva, prosseguimos considerando que, tratando-se de um contrato sinalagmático, não fica afastada, à partida, a aplicação do princípio geral contido no artigo 102.º, desde que à data da declaração de insolvência o contrato de promessa não estivesse ainda cumprido, nem pelo insolvente, nem pela contraparte, já que, como já tivemos oportunidade de constatar, são essas as condições de aplicação do princípio contido no artigo 102.º.

⁷⁴ A este propósito veja-se LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 573 e seguintes.

Todavia, a aplicação daquele designado “*princípio geral*” está ainda dependente de uma outra condição, traduzida na inexistência de regulação especial para o negócio em causa, nomeadamente nos artigos 104.º a 118.º.

Ora, o artigo 106.º tem como epígrafe “*promessa de contrato*”, o que indicia a existência de regulação especial para os efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa. Importa, contudo, verificar se aquela regulação especial abrange todas as promessas de contrato e, em caso negativo, debruçarmo-nos sobre o regime aplicável aos contratos de promessa que não se subsumam à previsão do artigo 106.º.

2.2. O Artigo 106.º

Como vimos anteriormente, no âmbito da regulação dos efeitos da declaração de falência sobre o contrato de promessa, o legislador do CPEREF optou por distinguir entre contratos de promessa com eficácia real e contratos de promessa com eficácia meramente obrigacional. O legislador do CIRE, como veremos, não seguiu esta metodologia, optando por um “*desvio de rumo*”⁷⁵ que não ficará isento de críticas⁷⁶.

Analisemos, então, o regime do artigo 106.º, sendo que, por facilidade, optamos por transcrever o n.º 1 daquela disposição:

“No caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente- comprador”.

Da letra do artigo 106.º constata-se que, ao contrário do que resulta do “*princípio geral*” previsto no artigo 102.º, tratando-se de um contrato de promessa com eficácia real e desde que tenha havido tradição da coisa, não pode o administrador de insolvência recusar o cumprimento do contrato, em caso de insolvência do promitente vendedor.

Verificamos assim que, aparentemente à semelhança do que sucedia no âmbito do CPEREF, o legislador consagrou, no caso de insolvência do promitente vendedor, a impossibilidade de recusa do cumprimento pelo administrador de um contrato de promessa com eficácia real ainda não cumprido à data da declaração de insolvência. Todavia, o legislador do

⁷⁵ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 61.

⁷⁶ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 181, afirma que o regime previsto no artigo 106.º “*suscita a maior perplexidade*”.

CIRE introduziu uma diferença – e é uma grande diferença! – relativamente ao regime legal anterior, diferença que se traduz na sujeição da impossibilidade de recusa do cumprimento à condição de ter havido tradição da coisa. Assim, para que o administrador de insolvência esteja obrigado ao cumprimento do contrato não basta que as partes tenham convencionado atribuir eficácia real ao mesmo, sendo ainda necessário que tenha havido *traditio rei*.

Antes de continuarmos com a análise concreta do artigo 106.º, importa dedicarmos algumas linhas aos efeitos gerais da eficácia real, o que permitirá, no nosso entendimento, perceber melhor as críticas apontadas à solução consagrada na norma ora em análise. Já antes, a propósito do regime legal resultante do CPEREF, nos debruçamos sobre as condições e características que o contrato de promessa tem que preencher para estar dotado de tal eficácia, pelo que, por economia, remetemos para as considerações já registadas.

Já anteriormente referimos que a atribuição de eficácia real a um contrato de promessa pelas partes determina a oponibilidade dos seus efeitos perante terceiros e já não somente entre as partes. Mas em que é que se traduz, na prática, tal eficácia *erga omnes*? Seguindo os ensinamentos de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA⁷⁷, a atribuição de eficácia real a um contrato de promessa determina que aquela promessa “*enquanto não for revogada, declarada nula ou anulada ou não caducar, prevalece sobre todos os direitos (pessoais ou reais) que posteriormente se constituam em relação à coisa, tudo se passando, sob esse aspecto, em relação a terceiros, como se a alienação ou oneração prometida, uma vez realizada, se houvesse efectuado na data em que a promessa foi registada*”.

Outro contributo importante para a nossa reflexão é o de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA⁷⁸, segundo o qual “*a oponibilidade erga omnes da promessa [com eficácia real] determina a ineficácia dos actos realizados em sua violação*”.

Assim, verificamos que, nos termos gerais do direito – e pondo agora de parte o domínio da insolvência –, tendo as partes convencionado atribuir ao contrato de promessa eficácia real (e verificando-se os demais requisitos constantes do artigo 413.º do Código Civil), e no caso de o promitente vendedor violar esse contrato vendendo a coisa a terceiro, o promitente fiel poderá demandar não só o promitente vendedor/faltoso, mas também o terceiro adquirente, exigindo, através da execução específica, o cumprimento do contrato, sendo que, em caso de procedência de tal acção, o terceiro adquirente é obrigado a entregar a coisa. Citando LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁷⁹, perante uma promessa com eficácia real “*a aquisição feita por terceiro*

⁷⁷ *Ob. cit.*, p. 329.

⁷⁸ *Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente*, 8.º edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 50 e 51.

⁷⁹ *Ob. cit.*, p. 20.

será ineficaz – ineficácia relativa – em relação ao promissário, que pode exigir o cumprimento (leia-se, execução) específico do seu direito à celebração do contrato prometido”.

Como entender, assim, já de volta ao domínio da insolvência, a solução consagrada pelo legislador no artigo 106.º, nomeadamente a introdução da condição da *traditio rei* para a impossibilidade de recusa do cumprimento?

De facto, já a propósito do CPEREF tínhamos adiantado que a impossibilidade de recusa do cumprimento tinha a sua *ratio* na oponibilidade a terceiros que resulta da atribuição da eficácia real, conclusão essa que mantemos.

Na verdade, como já vimos, sendo convencionada pelas partes a eficácia real, o direito que do contrato de promessa resulta para o promitente comprador é eficaz perante terceiros, o que leva alguns autores a falarem até de um “*direito real de aquisição*”⁸⁰. Esta eficácia *erga omnes* tem como consequência a possibilidade de o promitente comprador/fiel opor a terceiros esse direito, ainda que a coisa tenha já sido transmitida ou onerada. Neste sentido, podemos acrescentar que a eficácia *erga omnes* do contrato de promessa com eficácia real tem ainda como tradução prática o facto de o direito do promitente comprador/fiel ser oponível aos restantes credores e à própria massa insolvente, o que justifica que, nesse caso, seja vedada ao administrador de insolvência optar pela recusa ou pelo cumprimento em função dos interesses da massa.

Ora, a oponibilidade a terceiros dos efeitos de um contrato de promessa depende apenas da atribuição ao mesmo de eficácia real e não também de ter havido tradição da coisa. Assim sendo, e face ao já exposto, não encontramos explicação para a solução adoptada pelo legislador de fazer depender a impossibilidade de recusa do cumprimento em caso de promessa com eficácia real às situações em que tenha havido tradição da coisa, sendo que, face ao já exposto, a atribuição de eficácia real a um contrato de promessa deveria ser suficiente para determinar a impossibilidade de recusa do cumprimento do mesmo pelo administrador de insolvência.

Face ao exposto, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁸¹ defende uma interpretação correctiva⁸² do n.º 1 do artigo 106.º, neste sentido:

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

⁸⁰ Mário Júlio de Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 50, e LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 181.

⁸¹ *Idem*, p. 181

⁸² Sobre o conceito de interpretação correctiva, JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 1999, p. 421 e seguintes.

- “o contrato-promessa sem eficácia real não poderia ser objecto de recusa do cumprimento se o beneficiário tiver obtido a tradição da coisa, sendo esta hipótese contemplada no art. 106.º, n.º 1”;
- “a recusa do cumprimento do contrato-promessa, em caso de insolvência do promitente-vendedor, só será possível se não se tiver verificado a tradição da coisa para o promitente-comprador, independentemente de o contrato-promessa ter ou não eficácia real”.

Não obstante as críticas apontadas à solução legal, e que reiteramos, não sufragamos a posição do supra aludido Autor.

Antes de mais, porque, fazendo nossas as palavras de JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO⁸³, “por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete”, não nos parecendo a interpretação correctiva admissível, face ao disposto no artigo 9.º do Código Civil.

Por outro lado, porque, no nosso entendimento, nos casos em que as partes não convencionaram a atribuição de eficácia real ao contrato deve ser concedida ao administrador a opção entre o cumprimento e a recusa do mesmo, como resulta do n.º 1 do artigo 102.º, ainda que tenha havido tradição da coisa, sem prejuízo de, como adiante abordaremos, a tradição da coisa ter reflexos ao nível das garantias de que o crédito do promitente comprador não insolvente beneficia em caso de recusa do cumprimento, nomeadamente do direito de retenção. De facto, saindo novamente do regime da insolvência e partindo para os termos gerais do direito, verificamos que a tradição da coisa não atribui ao promitente comprador aquilo que alguns designam por “direito real de aquisição”, sendo que a *traditio rei* determina apenas que, em caso de violação do contrato de promessa pelo promitente vendedor, o crédito de que o promitente comprador/fiel beneficie do direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil, bem como que possa a indemnização devida ser calculada nos termos da 2.ª parte do n.º 2 do artigo 442.º do Código Civil. Assim sendo, voltando ao domínio da insolvência, não encontramos razão para que a *traditio rei* tenha outros reflexos na posição contratual dos contraentes, o que, na prática, aconteceria caso fosse vedada ao administrador de insolvência a possibilidade de recusa de cumprimento na hipótese agora em equação.

⁸³ *Idem.*

Ainda assim, e de *iure constituendo*, sufragamos, pelas razões que já expusemos, que, em caso de insolvência do promitente vendedor, a impossibilidade de recusa do cumprimento não fique dependente de ter havido tradição da coisa, bastando, para que seja vedada ao administrador a opção entre a recusa e o cumprimento, que as partes tenham convencionado a atribuição ao contrato de promessa em causa de eficácia real, ou seja, que o cumprimento do contrato de promessa com eficácia real não seja, em caso algum (haja ou não tradição da coisa), afectado pela declaração de insolvência.

Estamos, sem dúvida, de acordo com LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁸⁴ quando este afirma que o artigo 106.º “omite, porém, a hipótese muito frequente de o beneficiário da promessa de venda sem eficácia real se encontrar na posse da coisa, caso em que o art. 755.º f) do Código Civil lhe atribui um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem que ser atendida em sede de insolvência”. Estamos apenas em desacordo quanto à forma como aquele direito de retenção deve ser atendido em sede de insolvência, já que não nos parece que seja pela via de vedar ao administrador a possibilidade de recusa do cumprimento. Todavia, voltaremos mais tarde a este ponto.

Analísado que está o n.º 1 do artigo 106.º, e sem esquecer as críticas já apontadas à solução consagrada pelo legislador, passamos à análise do n.º 2 da norma em questão, o qual se aplicará às hipóteses não subsumíveis ao n.º 1, ou seja, aos contratos de promessa sem eficácia real, com ou sem tradição da coisa, quer o insolvente seja o promitente comprador, quer seja o promitente vendedor, e aos contratos com eficácia real em que não tenha havido *traditio rei* ou em que, havendo *traditio rei*, o insolvente seja o promitente comprador.

Por facilidade, transcrevemos também o n.º 2 do artigo 106.º:

“À recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador de insolvência é aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 104.º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor”.

Verificamos, assim, que não havendo disposição especial quanto aos efeitos da declaração de insolvência sobre os contratos de promessa não subsumíveis ao n.º 1 do artigo 106.º – já enunciados – deverá aplicar-se o denominado “*princípio geral*” previsto no n.º 1 do artigo 102.º, verificando-se os já analisados pressupostos de aplicação daquela regra, ou seja,

⁸⁴ *Direito da Insolvência*, cit., p. 181 e 182.

tratando-se de um contrato bilateral ainda não cumprido à data da declaração de insolvência, nem pelo insolvente, nem pela contraparte. Todavia, o n.º 2 do artigo 106.º introduz uma especificidade relativamente à regra do artigo 102.º traduzida no facto de o crédito previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 102.º ser calculado nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 104.º.

Assim sendo, em caso de declaração de insolvência, tratando-se de um contrato de promessa sem eficácia real, com ou sem tradição da coisa, quer o insolvente seja o promitente comprador, quer seja o promitente vendedor ou de contratos com eficácia real em que não tenha havido *traditio rei*, ou em que, havendo *traditio rei*, o insolvente seja o promitente comprador, o mesmo fica suspenso até que o administrador de insolvência opte por cumprir o contrato ou por recusar o cumprimento do mesmo, sendo esta opção feita de acordo com a conveniência para os interesses da massa insolvente.

Caso o administrador opte pelo cumprimento, não se oferece qualquer dificuldade, valendo o que já supra dissemos quanto a esta hipótese aquando da análise do artigo 102.º.

No caso de o administrador de insolvência nada dizer, poderá o promitente não insolvente fixar àquele um prazo razoável para o exercício daquela opção, tendo o silêncio valor declarativo no sentido da recusa do cumprimento, valendo o que já supra dissemos sobre este prazo, também a propósito do artigo 102.º.

Centremo-nos, então, na hipótese de o administrador de insolvência optar por recusar o cumprimento. Como referimos, neste cenário o promitente não insolvente terá direito a exigir um crédito sobre a insolvência, não obstante, como já vimos, a recusa consubstanciar um acto lícito. De facto, como já antes havíamos concluído, não obstante a licitude do acto de recusa, e mesmo que outra razão não houvesse, a frustração da expectativa do promitente não insolvente no cumprimento do contrato justificaria o direito daquele a ser indemnizado pelos prejuízos sofridos⁸⁵.

O crédito de que o promitente não insolvente é titular será, em princípio, calculado nos termos previstos no n.º 5 do artigo 104.º, por remissão do n.º 2 do artigo 106.º, pelo que aquele corresponderá à “*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*”⁸⁶. Trata-se, mais uma vez, da consagração da teoria da diferença.

⁸⁵ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 173, afirma que o direito do promitente não insolvente a ser indemnizado pelos prejuízos resultantes da recusa deve ser considerado como “*correspondente a uma responsabilidade por factos lícitos*”.

⁸⁶ LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 182.

Recordando a análise que fizemos do artigo 164.º-A do CPEREF, cumpre assinalar as significativas diferenças relativamente ao regime consagrado no CIRE, também quanto às consequências da recusa do cumprimento, nomeadamente por ter o legislador abandonado a referência expressa ao direito ao dobro do sinal ou à perda do sinal, o que suscita dúvidas quanto às consequências da recusa do cumprimento pelo administrador em caso de promessa sinalizada, como de seguida analisaremos.

Antes disso, de referir ainda que, com excepção da forma de cálculo do crédito previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 102.º – o qual, por remissão do n.º 2 do artigo 106.º é calculado de acordo com o n.º 5 do artigo 104.º –, aplicam-se à hipótese ora em apreço os restantes efeitos da recusa do cumprimento previstos no n.º 3 do artigo 102.º, o que expressamente resulta do n.º 5 do artigo 104.º.

2.2.1. O cálculo da indemnização no caso de promessa de contrato sinalizada

Como acabámos de assinalar, o CIRE não distingue expressamente, no que diz respeito aos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa, entre promessa sinalizada e promessa não sinalizada, nomeadamente no que se refere às consequências da recusa do cumprimento pelo administrador. Ainda assim, importa determo-nos agora sobre a questão de se a constituição de sinal tem ou não reflexos naquelas consequências, não só face à relevância que o sinal assume no âmbito do regime geral do contrato de promessa, mas também porque ditam as regras da experiência que os contratos de promessa sinalizados são significativamente mais frequentes, o que acentua a utilidade prática destas considerações.

O artigo 442.º do Código Civil tem como epígrafe “*sinal*” e, de uma forma simplista e assumidamente pouco rigorosa, podemos afirmar que regula as consequências da constituição de sinal no regime jurídico do contrato de promessa.

A principal consequência da constituição de sinal prende-se com a forma de cálculo da indemnização em caso de incumprimento do contrato de promessa. De facto, tendo o promitente comprador prestado sinal, a indemnização a fixar por um eventual incumprimento imputável a qualquer uma das partes será encontrada em abstracto, de acordo com as regras contidas no n.º 2 do artigo 442.º, e não em concreto, atendendo ao valor dos danos efectivamente resultantes do mesmo. Como refere JOÃO CALVÃO DA SILVA⁸⁷, o sinal “*determina previamente o quantum*

⁸⁷ *Ob. cit.*, p. 145.

respondeatur resultante do não cumprimento, independentemente do montante ou até da existência do dano efectivo”, tendo, por isso, uma função de “*determinação prévia da indemnização devida em caso de não cumprimento*”.

Não se justificará, decerto, dedicarmos muitas linhas à análise do regime resultante do n.º 2 do artigo 442.º, já que as regras de fixação da indemnização dele resultantes e a *ratio* a elas subjacente estão (ou deveriam estar...) na *ponta da língua* de qualquer jurista ou estudante de direito. Assim recordaremos, muito genericamente, que, sendo o incumprimento imputável ao promitente comprador, este perderá o sinal prestado, sendo a indemnização devida ao então promitente fiel correspondente ao valor daquele sinal. Se, pelo contrário, o incumprimento for imputável ao promitente vendedor, a indemnização devida ao então promitente fiel será de valor igual ao dobro do sinal prestado. Acrescendo, nesta última hipótese de o incumprimento ser imputável ao promitente vendedor, poder o promitente fiel, tendo havido tradição da coisa, optar por uma indemnização calculada nos termos da parte final do n.º 2 do artigo 442.º⁸⁸.

Aqui chegados, perguntamos: no âmbito da insolvência, terá o promitente não insolvente direito a ser indemnizado pela recusa do cumprimento pelo administrador nos termos consignados no artigo 442.º n.º 2 do Código Civil? Ou, pelo contrário, está limitado ao crédito sobre a insolvência previsto no n.º 5 do artigo 104.º e aos demais efeitos previstos no n.º 3 do artigo 102.º?

Na vigência do CPEREF era inequívoco, por expressamente resultar da letra da lei, que, no caso dos contratos de promessa sinalizados, havendo recusa do cumprimento o promitente não falido tinha direito a receber o dobro do sinal prestado (caso se tratasse do promitente comprador) ou a fazer seu o sinal recebido (tratando-se do promitente vendedor), solução que vai de encontro ao regime indemnizatório que resulta da aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil, com excepção da parte final daquela norma.

No CIRE, pelo contrário, não há qualquer referência expressa a tal forma de indemnização, desde logo porque, como já vimos, não se faz qualquer distinção expressa entre a promessa sinalizada e a promessa não sinalizada, o que suscita a dúvida sobre a aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil no âmbito da insolvência, nomeadamente se com a retirada daquela referência expressa na disposição específica (artigo 106.º) pretendeu o legislador afastar o regime geral daquela norma e se haverá ainda espaço, face à legislação em vigor, para atribuir

⁸⁸ Sobre o artigo 442.º n.º 2 do Código Civil, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 69 e seguintes, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 97 e seguintes.

ao promitente não insolvente uma indemnização calculada em abstracto, de acordo com as regras do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil⁸⁹.

Avançamos, desde já, que, no nosso entendimento, o regime resultante do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil não ficou afastado do domínio da insolvência, pelo que em caso de recusa do cumprimento por parte do administrador de insolvência de um contrato de promessa sinalizado terá o promitente não insolvente direito a indemnização correspondente ao dobro do sinal ou o direito a reter o sinal recebido, consoante os casos. Porém, esta conclusão terá necessariamente que ser acompanhada pelas considerações que a sustentam.

A primeira consideração a registar prende-se com o âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 442.º do Código Civil. Da letra da lei resulta expressamente que a indemnização nela prevista está dependente da verificação de um incumprimento contratual imputável à outra parte, ou seja, a aplicação do artigo 442.º n.º 2 tem como pressuposto um incumprimento contratual imputável a um dos contraentes⁹⁰. Nas palavras de JOÃO CALVÃO DA SILVA⁹¹, “o regime jurídico do art. 442.º, n.º 2, pressupõe um incumprimento devido a causa imputável ao tradens ou ao accipiens do sinal”, acrescentando ainda o mesmo Autor que “em caso de incumprimento devido a causa não imputável a qualquer dos contraentes, os efeitos do sinal, previstos e regulados no art. 442.º, n.º 2, não se produzem”.

Ora, assim sendo, como compatibilizar a já defendida aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil às situações de recusa do cumprimento de contrato de promessa sinalizado com a qualificação do acto daquela recusa como um acto lícito, já assinalada? De facto, se o acto de recusa por parte do administrador não aparece ferido de ilicitude, antes traduzindo o exercício de uma faculdade que a lei lhe atribui, não poderá aquela recusa ser qualificada, à primeira vista, como um incumprimento contratual imputável à massa insolvente.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS – que também se mostra favorável à aplicação das sanções do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil aos casos de recusa do cumprimento de contrato de promessa sinalizado⁹² – levantou o véu sobre esta questão, afirmando que “a solução aqui teria que passar por uma interpretação do art. 442.º, n.º 2, que ligasse à recusa de cumprimento do administrador as consequências desta disposição”⁹³.

⁸⁹ Esta mesma questão foi suscitada por LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 62

⁹⁰ “...se quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável...”, “...se o não cumprimento for devido a este último...” – cfr. Artigo 442.º n.º 2 do Código Civil.

⁹¹ *Ob. cit.*, p. 143.

⁹² “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 62.

⁹³ *Idem.*

Seguindo esta referência, propugnamos que, não obstante a recusa do administrador não poder deixar de ser qualificada como um acto lícito, até por decorrência lógica do n.º 1 do artigo 102.º, a verdade é que o acto de recusa tem como um *a priori* a declaração de insolvência em si. De facto, a faculdade concedida ao administrador resulta da declaração de insolvência, sendo que não fosse esta e ambas as partes estariam obrigadas ao cumprimento do contrato, sem a possibilidade de uma delas se desonerar lícitamente do mesmo. Ora, a insolvência, ainda que venha a ser qualificada como fortuita⁹⁴, não deixa de ser imputável, *lato sensu*, ao insolvente, ou seja, o facto que – ainda que indirectamente, na medida em é a declaração de insolvência que despoleta os efeitos do artigo 102.º, nomeadamente a possibilidade de recusa do cumprimento – leva ao não cumprimento do contrato é imputável ao insolvente.

Com esta interpretação, fica aberta a porta, na nossa perspectiva, à aplicação das sanções previstas no artigo 442.º n.º 2 do Código Civil à situação de recusa do cumprimento pelo administrador de insolvência quando esteja em causa um contrato de promessa sinalizado. Assim sendo, o crédito que resulta da aplicação do n.º 5 do artigo 104.º ficará reservado à recusa de cumprimento de contratos de promessa não sinalizados. Voltando às palavras de LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS⁹⁵, que subscrevemos, *“é defensável que a lei se limita a fixar de forma mais simples e rápida a posição do promitente que seja contraparte do insolvente, quando não tenha sido constituído sinal”*, acrescentando o mesmo autor que *“quando tal suceder, aplicar-se-á o regime da promessa sinalizada, ponto é, como se referiu, que o art. 442.º, n.º 2, do CC possa funcionar”*, sendo que, de acordo com a interpretação que supra defendemos, parece que poderá funcionar. No mesmo sentido, também FERNANDO DE GRAVATO MORAIS⁹⁶ conclui que *“parece que legitimamente se pode concluir pela interpretação restritiva do art. 106.º, n.º 2, de sorte que este tão-somente se deve aplicar às promessas não sinalizadas”*, acrescentando que *“às promessas sinalizadas, vale o regime geral do art. 442.º, n.º 2, do CC, na mesma medida em que isso estava previsto no art. 164.º-A do CPEREF.”*

Para além das considerações supra, no sentido da aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil no domínio da insolvência vão também razões de justiça material, no sentido em que a rejeição da interpretação que propomos traria um inequívoco prejuízo para o promitente não insolvente sem que houvesse qualquer fundamento substantivo que o justificasse.

⁹⁴ Cfr. Artigos 185.º e 186.º.

⁹⁵ “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 62.

⁹⁶ “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor”, in Cadernos de Direito Privado n.º 29, Janeiro/Março de 2010, p. 7

Imaginemos uma situação em que A e B celebram entre si um contrato de promessa de transmissão de bem imóvel, sem eficácia real, e sem tradição da coisa, sendo A o promitente vendedor e B o promitente comprador. O preço acordado é de €150.000,00, sendo que B constitui um sinal no valor de €50.000,00. As partes convencionam um prazo para a celebração da escritura pública de compra e venda, cabendo a sua marcação a B. No decurso do prazo convencionado, B marca a escritura pública, mas A não comparece, pelo que B interpela A para o cumprimento, nomeadamente fixando um prazo razoável para o mesmo, nos termos do artigo 808.º n.º 1 do Código Civil, e marcando nova data para a escritura no decurso desse prazo razoável. Mais uma vez A não comparece.

Nesta situação concreta, e por aplicação do disposto no artigo 442.º n.º 2 do Código Civil, não se levantam dúvidas de que B teria direito a indemnização correspondente ao dobro do sinal que havia prestado, ou seja, no montante de €100.000,00.

Equacionemos, agora, que, no decurso do prazo que as partes haviam convencionado para a outorga da escritura pública, A é declarado insolvente, ficando, em consequência, o cumprimento do contrato em causa suspenso por força do disposto no n.º 1 do artigo 102.º. O administrador de insolvência acaba por declarar expressamente que recusa o cumprimento do contrato.

Neste cenário, e de acordo com a interpretação que supra sufragamos, as consequências para B, promitente vendedor, seriam exactamente as mesmas que já vimos no cenário anterior.

Mas se, pelo contrário, se defender que o artigo 442.º n.º 2 do Código Civil não tem aplicação neste domínio, antes se defendendo uma interpretação restrita da remissão do artigo 106.º n.º 2 para o artigo 104.º n.º 5, a solução poderá ser bem diferente e muito mais desfavorável para o promitente fiel. De facto, e considerando que o valor do bem imóvel em causa à data da recusa é ainda de €150.000,00, o crédito a que B teria direito seria de apenas €50.000,00, correspondente à diferença entre o valor da coisa à data da recusa e o montante que B ainda teria por pagar.

Com esta hipótese prática facilmente se constata o prejuízo que resultaria para o promitente fiel de uma interpretação legal que vedasse a aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil ao domínio insolvencial e o consequente enfraquecimento da posição contratual do promitente fiel.

Resta apreciar se existe no domínio insolvencial alguma especificidade que justifique um tratamento diferente da posição do promitente fiel neste âmbito e a resposta parece-nos negativa. De facto, não nos parece que exista no domínio da insolvência qualquer especial interesse

susceptível de protecção que deva prevalecer sobre o interesse do promitente fiel e que justifique o afastamento da regra contida no artigo 442.º n.º 2 do Código Civil em detrimento de uma aplicação estrita do artigo 104.º n.º 5, por remissão do artigo 106.º n.º 2.

Ora, no contexto descrito, entendemos, de facto, que a justiça material só estará assegurada através da interpretação que defendemos⁹⁷.

Concluindo este ponto da nossa reflexão, reiteramos, então, que em caso de declaração de insolvência de alguém que seja parte de um contrato de promessa sem eficácia real ou com eficácia real, mas em que não tenha havido tradição da coisa ou em que, tendo havido tradição da coisa, o insolvente seja o promitente comprador, ainda não cumprido à data daquela declaração, o cumprimento do referido contrato fica suspenso até que o administrador de insolvência declare optar pelo cumprimento ou pela recusa do mesmo. Se o administrador recusar o cumprimento (quer expressamente, quer por não dar qualquer resposta no prazo razoável que lhe seja fixado pelo promitente não insolvente) haverá que distinguir consoante esteja em causa um contrato de promessa sinalizado ou um não sinalizado. Na primeira hipótese, o promitente não insolvente terá direito a uma indemnização calculada em abstracto, nos termos previstos no artigo 442.º n.º 2 do Código Civil⁹⁸. Na hipótese de se tratar de um contrato de promessa não sinalizado, o promitente não insolvente terá direito a um crédito sobre a insolvência calculado nos termos do n.º 5 do artigo 104.º.

Não escondemos que a solução que defendemos depende, efectivamente, de um esforço interpretativo por parte de quem aplica a lei, mas não se trata de uma interpretação ab-rogante, já que, nos termos que já referimos, encontra suporte na letra e no espírito das normas legais em análise⁹⁹.

⁹⁷ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 62, afirma mesmo que não se reconhecendo a possibilidade de aplicação do artigo 442.º do Código Civil recusa de cumprimento por parte do administrador “*quase se criaria um incentivo para o administrador optar pela recusa*”.

⁹⁸ Também LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 182, parece inclinar-se para a aplicação do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil no domínio da insolvência, ao afirmar, propósito do artigo 106.º n.º 2, que “*a estipulação de sinal e o direito ao aumento do valor da coisa não podem ser nesse caso afectados por esta recusa de cumprimento do administrador*”.

⁹⁹ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 63, adianta a possibilidade de o legislador ter entendido como desnecessária a referência expressa às consequências do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil: “*Cremos mesmo que o legislador terá pressuposto (erradamente) que a disciplina específica da promessa sinalizada era dispensável, dado que funcionaria o regime geral do art. 442.º do CC, não tendo visto a dificuldade que apontamos*”.

2.2.2 O direito de retenção

Uma outra questão suscitada pela inexistência de regulação expressa dos efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa sinalizado prende-se com a apreciação sobre se o crédito de que o promitente não insolvente é titular em resultado da recusa do cumprimento goza ou não do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil.

Já antes abordámos os pressupostos daquele direito de retenção, a propósito do CPEREF, e verificámos que este direito de retenção se destina a garantir o crédito que, nos termos do disposto no artigo 442.º, decorre para o promitente fiel em caso de incumprimento contratual imputável à contraparte, desde que tenha havido tradição da coisa.

O reconhecimento deste direito de retenção é mais um dos “*mecanismos de especial tutela do promitente fiel*”¹⁰⁰ consagrados na lei. Nas palavras de MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA¹⁰¹, a constituição de sinal e a tradição da coisa “*têm subjacente uma forte confiança na firmeza ou concretização do negócio*”, o que justifica, efectivamente, uma especial tutela do promitente fiel. E esta parece-nos, de facto, a *ratio* da consagração do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil¹⁰².

No que toca à *ratio* daquele direito e face ao que expusemos sobre a mesma, é inequívoca a pertinência substantiva do reconhecimento ao promitente não insolvente de um contrato de promessa sem eficácia real, sinalizado, em que tenha havido *traditio rei*, do direito de retenção ora em apreço. Como já vimos a propósito da aplicação do artigo 442.º do Código Civil, já que os fundamentos então invocados a favor da mesma são igualmente relevantes no âmbito da questão agora em análise, só assim será possível assegurar a justiça material e não impor ao promitente não insolvente um enfraquecimento da sua posição contratual sem qualquer fundamento substantivo que o suporte.

Por outro lado, também não nos parece haver qualquer fundamento “formal” que afaste o reconhecimento do direito de retenção ao promitente não insolvente. Já vimos que aquele direito de retenção tem como pressuposto de aplicação um incumprimento contratual imputável ao promitente vendedor, já que se destina a garantir o crédito que daquele incumprimento resulta nos termos do artigo 442.º. Voltamos assim à problemática já abordada de, sendo o acto de

¹⁰⁰ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, *ob. cit.*, p. 63.

¹⁰¹ *Ob. cit.*, p. 73.

¹⁰² A este propósito, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 319 e seguintes.

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

A resposta será a mesma que já defendemos a propósito da aplicação do artigo 442.º, pelo que, por economia, remetemos para as considerações já registadas naquele âmbito. Ainda assim, recordamos que a nossa interpretação vai no sentido de, não obstante a licitude da recusa, a insolvência em si – que é o facto que abre portas à possibilidade do promitente vendedor se desonerar livremente do cumprimento do contrato – é imputável *lato sensu* ao insolvente, ainda que venha a ser qualificada como fortuita.

Assim sendo, defendemos que estão verificados os pressupostos do reconhecimento ao promitente não insolvente do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil.

Chegados à conclusão de que o direito de retenção em causa tem aplicação no domínio da insolvência, será necessário perceber como é que se efectiva, então, o direito de retenção do promitente não insolvente face às regras específicas da insolvência, nomeadamente com o disposto no n.º 1 do artigo 149.º.¹⁰³

De facto, o artigo 149.º determina a apreensão dos bens integrantes da massa insolvente pelo administrador de insolvência, “*ainda que estes tenham sido arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos, seja em que processo for*”, sendo certo que o direito de retenção não subtrai o bem em causa ao património do insolvente¹⁰⁴. Neste contexto, parece inquestionável que, face à declaração de insolvência, o bem objecto do direito de retenção será igualmente apreendido, estando o titular do direito obrigado a entregar a coisa ao administrador.

Aliás, nesse sentido, já antes nos tínhamos manifestado a favor desta solução, quando, a propósito da interpretação correctiva proposta por LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO do artigo 106.º n.º 1, defendemos, ao contrário daquele Autor, que não havendo eficácia real não deveria estar vedada ao administrador de insolvência a opção pela recusa, mesmo que haja tradição da coisa, conclusão que está relacionada com o artigo 149.º.

Todavia, o facto de entregar a coisa não subtrai o direito de retenção à esfera jurídica do promitente não insolvente, nem traduz qualquer renúncia ao mesmo.

¹⁰³ Sobre esta problemática, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., p. 326 e 327.

¹⁰⁴ A este propósito, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 181.

Assim, o promitente não insolvente terá que reclamar o seu crédito no processo de insolvência, nos termos previstos no artigo 128.º, invocando a existência de um direito real de garantia¹⁰⁵, nomeadamente o direito de retenção.

Passaremos, de seguida, a uma perspectiva sobre a forma como os tribunais se têm posicionado face a algumas das questões que abordamos supra.

2.2.3. Jurisprudência

Acabamos de analisar duas questões que têm levantado maior discussão doutrinal no que se refere aos efeitos da declaração de insolvência sobre os contratos de promessa ainda não cumpridos à data daquela declaração, a saber a susceptibilidade de aplicação do artigo 442.º do Código Civil à recusa do cumprimento por parte do administrador e ainda a existência ou não, na esfera jurídica do promitente não insolvente, do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil, quando tenha havido *traditio rei*.

A ambas as questões respondemos, pelas razões que oportunamente expusemos, afirmativamente, sendo que tivemos oportunidade de oferecer uma panorâmica, ainda que limitada, sobre a doutrina produzida quanto àquelas temáticas.

Mostra-se agora relevante uma análise sobre a forma como aquelas questões se reflectem na jurisprudência, ou seja, sobre a resposta que os tribunais têm oferecido às mesmas.

Para tal, seleccionámos uma amostra de três acórdãos proferidos por tribunais superiores, os quais abordam, ainda que de formas diferentes, as questões sobre as quais nos debruçamos.

a) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06 de Janeiro de 2009¹⁰⁶

No caso aqui sujeito a apreciação judicial está em causa um contrato de promessa de compra e venda de fracção autónoma, sinalizado, sem eficácia real, mas com tradição da coisa. Tendo o promitente vendedor sido declarado insolvente, os promitentes compradores reclamaram no respectivo processo de insolvência um crédito correspondente ao dobro do sinal

¹⁰⁵ Cfr. Artigo 47.º n.º 4 alínea a).

¹⁰⁶ In www.dgsi.pt, processo n.º 0824534.

prestado, alegando ainda que o mesmo se encontrava garantido por direito de retenção sobre a fracção prometida comprar.

No caso aqui *sub judice*, à data em que a insolvência foi declarada estava a promitente vendedora em mora no cumprimento da obrigação, já que a escritura pública não tinha ainda sido outorgada por motivos imputáveis àquela.

Em 1.^a instância, o Tribunal entendeu verificar o crédito reclamado pelos promitentes compradores, correspondente ao dobro do sinal prestado, mais reconhecendo a existência de uma garantia traduzida no direito de retenção sobre a fracção prometida comprar, na medida em que face à factualidade então dada como provada, houve efectivamente tradição da coisa.

Porém, em sede de recurso, veio aquela decisão da 1.^a instância a ser alterada pelo Tribunal da Relação do Porto.

Todavia, como resulta da análise do teor do Acórdão proferido, a alteração da decisão da 1.^a instância não se prende com uma recusa da aplicação do artigo 442.º e 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil ao domínio da insolvência.

O que o Tribunal da Relação do Porto considera no caso em análise é que a indemnização calculada nos termos do artigo 442.º n.º 2 do Código Civil é devida apenas em situação de incumprimento definitivo do contrato de promessa e não em situação de simples mora, sendo a conversão da mora em incumprimento definitivo efectuada pela interpelação admonitória de marcação de prazo peremptório a que se refere o artigo 808.º n.º 1 do Código Civil.

Ora, no caso em apreço, como já referimos, a promitente vendedora/insolvente estava em mora à data da declaração de insolvência, sendo que, por efeito do artigo 102.º, o cumprimento do contrato ficou suspenso por efeito da declaração de insolvência. O administrador de insolvência não fez qualquer opção expressa quanto ao cumprimento e os promitentes compradores não fixaram ao administrador de insolvência um prazo razoável previsto no n.º 2 do artigo 102.º para este exercer a opção a que se refere o n.º 1 da mesma norma.

Neste cenário, o Tribunal da Relação do Porto considerou não estarem verificados os pressupostos para ser devida aos promitentes compradores a indemnização calculada nos termos do artigo 442.º do Código Civil, já que a declaração de insolvência “*não torna impossível a realização da prestação a que se encontra obrigada* [a promitente vendedora]”, acrescentando que para que aquela indemnização fosse devida os promitentes compradores “*deveriam ter interpelado a promitente vendedora insolvente através do respectivo administrador da insolvência, fixando-lhe um prazo para cumprir o prometido*”.

Há, pois, como que uma equiparação dos efeitos do artigo 102.º n.º 2 aos do artigo 808.º n.º 1 do Código Civil.

Mas o que, de facto, se destaca do Acórdão ora em análise e o torna relevante no contexto da nossa reflexão é o expresse reconhecimento da susceptibilidade de aplicação do artigo 442.º do Código Civil à recusa do cumprimento por parte do administrador de insolvência:

“Só na última dessas hipóteses, não tendo a contraente faltosa cumprido no prazo fixado nessa interpelação, é que seria de considerar definitivamente não cumprida a obrigação, por culpa da última, dando lugar a que os AA. beneficiassem das sanções contidas nas apontadas previsões legais, nomeadamente do direito de retenção a que se alude na al. f), do art. 755.º, por referência ao art.º 442.º.”

Acrescentamos, apenas, que sufragamos a posição vertida neste Acórdão de que as sanções previstas no artigo 442.º do Código Civil só têm campo de aplicação havendo recusa do cumprimento (expressa ou por decurso do prazo razoável fixado pelo promitente não insolvente) e não apenas por efeito da declaração de insolvência.

b) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 31 de Março de 2009¹⁰⁷

No âmbito deste processo, foram várias as questões colocadas à apreciação do Tribunal da Relação do Porto, sendo que, no que agora releva, a principal será o crédito de que o promitente não insolvente goza pela recusa do cumprimento pelo administrador do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil.

O Tribunal da Relação do Porto, à semelhança do que concluiu no Acórdão já analisado, concluiu pelo reconhecimento do direito de retenção naqueles casos, ou seja, concluiu, como nós, que não há razão para afastar a aplicação do artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil aos casos de recusa do cumprimento pelo administrador, referindo-se que *“seria incompreensível e um verdadeiro contra-senso que essas garantias cessassem, ou não produzissem efeitos, por efeito da insolvência”*.

c) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Novembro de 2009¹⁰⁸

¹⁰⁷ In www.dgsi.pt, processo n.º 708/07.0TBPRD-G.P1.

¹⁰⁸ In www.dgsi.pt, processo n.º 1246/06.3TBPTM-H.S1

Neste Acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça verte uma tomada de posição um pouco diferente da que se encontra plasmada nos Acórdãos já analisados e ainda da que supra defendemos:

“A simples invocação de matéria de facto integradora do aludido direito de retenção é, por si só, insuficiente para que o credor obtenha, em sede de verificação e graduação de créditos, o reconhecimento daquele direito. Torna-se, antes, necessário que junte o título que reconheça esse mesmo direito, que, no caso, é a sentença condenatória a reconhecer o incumprimento do promitente-vendedor e a tradição da coisa para o promitente-comprador, factos estes que determinam a consagração do direito de retenção, tal como está consagrado no artigo 755.º, n.º 1, alínea f) do Código Civil”.

Ou seja, ao que nos parece, o STJ pronuncia-se aqui no sentido de que o promitente não insolvente só goza do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil se, à data da declaração de insolvência, estivessem já judicialmente reconhecidos o incumprimento contratual definitivo imputável ao insolvente bem como a tradição da coisa, o que parece afastar, *a contrario*, o reconhecimento do direito de retenção ao promitente não insolvente como garantia do crédito que lhe é devido em caso de recusa do cumprimento pelo administrador de insolvência.

Não sufragamos, pelas razões que já expusemos e reiteramos, esta posição do STJ.

IV. CONCLUSÕES

Chegados ao fim do presente relatório, importa sintetizar e sistematizar as conclusões que fomos avançando ao longo do mesmo, mão se vislumbrando, todavia, necessidade de nos repetirmos quanto às mesmas.

Começamos, então, por referir que a declaração de insolvência não é, manifestamente, inócua quanto aos negócios do insolvente em curso à data da declaração, antes produzindo efeitos, por vezes extremos, nos mesmos, nomeadamente sobre o contrato de promessa.

Neste domínio, como em muitos outros, o CIRE introduziu significativas mudanças de regime, adoptando, em muitos aspectos, soluções diferentes daquelas que estavam em vigor na vigência do CPEREF.

A diferença mais assinalável prende-se com a tentativa de introdução de um princípio geral que regulasse o destino dos negócios em curso em caso de declaração de insolvência, sendo certo que uma das críticas mais apontadas ao CPEREF havia sido precisamente a regulação meramente casuística dos efeitos da falência sobre os negócios em curso. E dizemos tentativa, porquanto, como tivemos oportunidade de concluir, o princípio introduzido, não obstante a sua designação de “geral”, não logrou atingir tal âmbito de aplicação, estando a sua aplicabilidade reduzida aos contratos bilaterais ainda não cumpridos à data da declaração de insolvência, nem pelo insolvente nem pela contraparte, para os quais não exista regulação especial, o que, como é notório, exclui uma largo leque de negócios.

Uma outra diferença assinalável entre as soluções legais consagradas no CIRE e as que vigoravam durante a vigência do CPEREF encontra-se já no âmbito da regulação especial prevista naquele diploma para os efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa (artigo 106.º), sendo que não podemos, pelas razões que fomos expondo, deixar de apontar o dedo à solução consagrada.

De facto, logo no n.º 1 daquela norma foi o legislador infeliz ao vedar a impossibilidade de recusa do cumprimento pelo administrador de insolvência apenas aos contratos de promessa com eficácia real nos quais tenha havido *traditio rei*. Face aos fundamentos que apresentamos, não nos parece haver qualquer razão para a introdução desta condição, sendo que a solução legal adequada seria impossibilitar o administrador de recusar o cumprimento de todo e qualquer contrato de promessa ao qual as partes tivessem atribuído eficácia real, pois, ao fazerem-no, conferiram-lhe uma oponibilidade *erga omnes* que não pode ser posta em causa pela declaração de insolvência, tanto mais que não existem razões ponderosas para que tal aconteça.

Acrescentando-se que a *traditio rei* não constitui um pressuposto ou condição da oponibilidade a terceiros da promessa com eficácia real, concluímos que, de facto, a limitação da impossibilidade de recusa do cumprimento aos contratos com eficácia real em que, cumulativamente, tenha havido tradição da coisa é uma solução difícil de sustentar.

Assim sendo, como já referimos, concluímos que a solução adequada seria consagrar a impossibilidade de recusa do cumprimento pela administrador para todos os contratos de promessa com eficácia real ainda não cumpridos à data da declaração de insolvência, no pressuposto do insolvente ser o promitente vendedor.

Concluimos ainda que, para que a solução que a aplicação da solução que reputamos adequada passará necessariamente por uma alteração do artigo 106.º n.º 1, não havendo espaço, face à letra da lei, para qualquer tipo de interpretação correctiva.

Também na solução consagrada no n.º 2 do artigo 106.º não foi o legislador do CIRE feliz, desde logo porque deixou grande espaço para incerteza quanto às soluções legais aplicáveis, o que é sempre indesejável no mundo jurídico.

O n.º 2 do artigo 106.º aplica-se aos contratos de promessa não subsumíveis ao disposto no n.º 1 da norma, ou seja, a todos os contratos de promessa sem eficácia real e ainda àqueles em que, ainda que tenham eficácia real, não houve tradição da coisa ou em que o insolvente seja o promitente comprador.

Como já concluimos, os contratos de promessa com eficácia real em que o insolvente seja o promitente vendedor deveriam estar excluídos do campo de aplicação do n.º 2, já que deveriam estar enquadrados no n.º 1, solução essa que propugnamos.

No que se refere aos contratos de promessa não subsumíveis ao n.º 1, aplicar-se-á o denominado princípio geral previsto no artigo 102.º, pelo que, por efeito da declaração de insolvência, aqueles ficarão suspensos até que o administrador de insolvência opte pelo cumprimento do contrato ou pela recusa do mesmo, sem prejuízo da faculdade de fixar um prazo razoável para que o administrador exerça tal opção.

Todavia, caso o administrador opte pela recusa, os efeitos da mesma serão os previstos no n.º 5 do artigo 104.º, já que o crédito previsto no artigo 102.º n.º 3 alínea c) será calculado nos termos daquela norma, sem prejuízo da aplicação dos demais efeitos previstos no n.º 3 do artigo 102.º.

No nosso entendimento, reside nesta remissão do n.º 2 do artigo 106.º para o n.º 5 do artigo 104.º o ponto fraco da solução legal em análise, nomeadamente porque oferece margem para incerteza quanto aos efeitos da recusa do cumprimento pelo administrador de um contrato

de promessa sinalizado, o qual, como é notório, constitui a regra e não a excepção no “mundo real”.

No artigo 164.º-A do CPEREF, o legislador havia expressamente previsto que a recusa do cumprimento pelo administrador de um contrato de promessa sinalizado dava lugar uma indemnização correspondente ao dobro do sinal ou à perda do sinal, consoante os casos, o que corresponde às sanções previstas na 1.ª parte do n.º 2 do artigo 442.º do Código Civil.

O legislador do CIRE retirou qualquer referência expressa àquela forma de cálculo abstracto da indemnização, sendo certo que também não introduz na letra da lei qualquer distinção entre contratos de promessa sinalizados e não sinalizados. Assim sendo, face à letra da lei não se mostra possível descortinar, com o grau de certeza necessário, se a intenção do legislador foi, pura e simplesmente, afastar a aplicação das sanções previstas no artigo 442.º do Código Civil ou se, pelo contrário, entendeu que tal aplicação estava implícita sem necessidade de previsão expressa.

Ainda assim, concluímos pela aplicação das sanções previstas no artigo 442.º do Código Civil em caso de recusa de cumprimento pelo administrador de um contrato de promessa sinalizado. Fazemo-lo com suporte em razões de justiça material, já que a solução contrária implicaria para o promitente não insolvente um inequívoco agravamento da sua posição contratual, nomeadamente no que se refere ao crédito de que é titular, sem que existam especificidades substantivas no domínio da insolvência que justifiquem tal agravamento relativo às regras gerais do direito. Fazemo-lo, ainda, porque consideramos que, não obstante a licitude do acto de recusa pelo administrador, o facto que abre a porta a esta recusa é a própria declaração de insolvência e esta não deixar de ser imputável, *lato sensu*, ao insolvente, ainda que seja qualificada como fortuita. Com esta interpretação, facilmente se justifica a aplicação do regime do artigo 442.º à recusa do cumprimento, já que ficam preenchidos os requisitos de que aquela depende.

Uma outra questão que o CIRE não resolve de uma forma clara e inequívoca - e que está necessariamente associada à questão da aplicação do artigo 442.º do Código Civil - é a de se o crédito do promitente não insolvente pela recusa do cumprimento beneficia ou não do direito de retenção previsto no artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil.

Pelas mesmas razões que já apontamos para defender a aplicação do artigo 442.º do Código Civil ao domínio insolvencial, defendemos também a aplicação do artigo 755.º n.º 1 alínea f), pelo que concluímos que o crédito de que o promitente comprador/não insolvente de

um contrato de promessa sinalizado é titular face à recusa do cumprimento pelo administrador goza daquele direito de retenção, o qual deverá ser invocado em sede de reclamação de créditos.

Insistimos, porém, na falta de clareza da letra da lei, a qual não espelha de forma suficiente a real intenção do legislador, tornando, assim, bem mais difícil a tarefa do intérprete. Acresce que, quando assim é, a possibilidade de a casos semelhantes serem aplicadas soluções divergente é bem mais real, com todas as consequências que daí podem resultar.

Parece-nos, assim, evidente que, decorridos 6 anos desde a entrada em vigor do CIRE, período temporal esse que se afigura suficiente para avaliar da bondade das soluções originalmente acolhidas, mostra-se necessário repensar tais soluções, procurando colmatar as falhas supra elencadas e outras que eventualmente existam mas não tenham sido objecto da nossa reflexão.

A necessidade a que agora aludimos é ainda mais premente face ao actual contexto económico, o qual tem determinado um aumento exponencial dos processos de insolvência, muito acentuado na área da construção civil e imobiliária. É, assim vital que se encontre um regime aplicável aos efeitos da declaração da insolvência sobre os contratos de promessa ainda não cumpridos despido, o mais possível, de soluções pouco claras, pois só assim estarão cabalmente assegurados os interesses dos credores.

V. BIBLIOGRAFIA

- ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, “*Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso*”, in *Themis*, 2005, edição especial, Almedina, Coimbra
- ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, “*Efeitos da Falência sobre a Pessoa e os Negócios do Falido*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, ano 55, Dezembro, 1995
- ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA, “O Direito – Introdução e Teoria Geral”, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 1999
- COSTA, MARIO JÚLIO DE ALMEIDA, “*Contrato-Promessa: uma síntese do regime vigente*”, 8.^o edição, Almedina, Coimbra, 2004
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, “*Efeitos substantivos da Falência*”, Universidade Católica, Porto, 2000
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, “*Manual de Direito da Insolvência*”, Almedina, Coimbra, 2009
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / LABAREDA, JOÃO, “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado (3.^aedição), Quid Juris, Lisboa, 1999
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, Lisboa, Quid Juris, 2008
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES / LABAREDA, JOÃO, “*Estudos sobre a insolvência*”, Quid Juris, Lisboa, 2009
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, “*Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, “*Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso*”, in “*Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas*, publicação do Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2004
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, “*Garantias das Obrigações*”, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2008
- MORAIS, FERNANDO GRAVATO, “*Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*”, *Cadernos de Direito Privado* n.º 29, Janeiro/Março 2010

SERRA, CATARINA, “O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução”, Almedina, Coimbra, 2004

SERRA, CATARINA, *Efeitos da Declaração de Falência sobre o Falido (após a alteração do D.L. n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)*”, in *Scientia Iuridica*, t. XLVII, n.º 274/276, Jul.-Dez., 1998

SILVA, JOÃO CALVÃO, “Sinal e contrato promessa”, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “Das Obrigações em Geral”, vol. I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005

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

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, “A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência, em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

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

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, “Direito das Garantias”, Almedina, Coimbra, 2010

ÍNDICE

I.	Introdução	7
II.	Os Efeitos da Declaração de Falência sobre os negócios em curso na vigência do CPEREF	10
	1. Contextualização	10
	2. Efeitos em relação aos negócios jurídicos do falido	10
	3. Em particular os efeitos da declaração de falência sobre o contrato de promessa.....	14
	3.1. Contratos de promessa com eficácia obrigacional	15
	3.2. Contrato de promessa com eficácia real	20
III.	Os Efeitos da Declaração de Insolvência sobre os negócios em curso na vigência do CIRE	23
	1. O artigo 102.º do CIRE	24
	1.1. Princípio geral	24
	1.2. Regime	27
	2. Em particular os efeitos da declaração de insolvência sobre o contrato de promessa.....	31
	2.1. Considerações gerais	31
	2.2. O artigo 106.º	32
	2.2.1. O cálculo da indemnização no caso de promessa de contrato sinalizada	38
	2.2.2. O direito de retenção	44
	2.2.3. Jurisprudência	46
IV.	Conclusões	50
V.	Bibliografia	54