

CONTRATO-PROMESSA

RUTE TEIXEIRA PEDRO

SUMÁRIO: 1. Noção; 2. Razões justificativas da celebração de um contrato-promessa; 3. Distinção do contrato-promessa em relação a figuras próximas (actos de negociação, minuta, punctação; proposta contratual; pacto de opção; contratos preparatórios ou preliminares; pacto de preferência; venda a retro; contrato sujeito a termo inicial; clausula compromissória; sinal); 4. História legislativa; 5. Requisitos de forma e substância — princípio de equiparação e excepções ao mesmo; 5.1. Quanto à forma: A) Artigo 410.º, n.º 2; 1. contrato-promessa unilateral oneroso; 2. falta de assinatura de um dos promitentes no contrato-promessa bilateral; B) Artigo 410.º, n.º 3 — Contrato-Promessa relativo à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir; 5.2. Efeitos; 6. Eficácia real; 7. Transmissão de direitos e obrigações das partes; 8. Incumprimento do contrato-promessa; 8.1. Execução específica; 8.2. Resolução do contrato; 9. Violação do contrato-promessa.

1. NOÇÃO

O contrato-promessa é a convenção pela qual uma ou ambas as partes se vinculam a celebrar um determinado contrato, dentro de certo prazo ou preenchidos certos pressupostos. O contrato-promessa integra-se no processo genético e formativo do contrato prometido. Já integrará os elementos essenciais do contrato a que funcionalmente se dirige, sob pena de desencadear a aplicação do n.º 1 do artigo 280.º do Código Civil ⁽¹⁾ por indeterminação ou indeterminabilidade do seu objecto. É claro que o artigo 280.º só se aplica, prescrevendo a nulidade do contrato-promessa, se os artigos que contêm regras para integrar lacunas da declaração da vontade das partes no contrato prometido (artigos 236.º a 239.º, 543.º e 883.º) — e que são aplicáveis ao contrato-promessa em virtude do princípio da

(1) Sempre que sejam referidos artigos, sem indicação expressa do diploma a que pertencem, reportam-se ao Código Civil de 1966.

equiparação constante do n.º 1 do artigo 410.º — não forem aptos a preencher o vazio da manifestação volitiva.

Cumpra advertir que, o objecto do contrato-promessa pode ser constituído, não pela celebração de um outro contrato mas, pela celebração de um negócio jurídico unilateral. Será o caso da promessa de confirmação de um negócio anulável (2) ou de outorga de procuração em que o procurador também tenha interesse.

O artigo 410.º, formulado com o propósito de abarcar a generalidade dos casos, refere-se apenas ao contrato-promessa tendo por objecto outro contrato (3), já que essa é a situação mais frequente. Mas o seu regime e dos artigos seguintes aplicar-se-á, directamente ou por analogia (4), àqueles cujo objecto seja um negócio jurídico unilateral.

(2) Vide Professor Rui de Alarcão, *A confirmação dos Negócios Anuláveis*, 1971, Coimbra.

(3) O contrato, objecto do contrato-promessa, pode ser um outro contrato-promessa. Esta possibilidade não é logicamente inviabilizada e pode corresponder a interesses das partes. Veja-se o exemplo dado pelo Professor Almeida Costa em *Contrato-Promessa — Uma síntese do regime actual*, pp. 12 e 13 “A, residente em Lisboa, escreve a B, residente em Viseu, a propor-lhe a venda do apartamento X, por 7.000 contos, e declarando na mesma carta que, se B estiver de acordo, celebrarão o contrato-promessa, nos termos legais, dentro de três meses; B, logo no dia imediato ao da recepção da referida carta, responde igualmente por escrito, afirmando não só que o negócio lhe interessa e que aceita as condições apresentadas, mas ainda ter já depositado 1.000 contos em nome de A, a título de sinal”. O primeiro contrato-promessa não é despiçando, porque permite a vinculação das partes à celebração do contrato-promessa futuro, sem que ainda se tenham observado os requisitos formais que o n.º 3 do artigo 410.º impõe a tal celebração — reconhecimento presencial das assinaturas dos promitentes e certificação pelo notário da existência de licença de utilização ou construção do prédio. O acórdão do STJ de 12 de Março de 1996 (*in* CJ, STJ, Ano 1996, Vol. I) versa sobre uma situação em que as partes celebram um contrato-promessa que tem por objecto um outro contrato-promessa. A esse propósito dispõe o STJ nos seguintes termos: “assim como as partes, não querendo ou não podendo desde logo, realizar o contrato definitivo, podem obrigar-se a celebrá-lo mediante contrato-promessa, assim também as partes, não querendo ou não podendo, desde logo celebrar um contrato-promessa de compra e venda de imóvel, designadamente por falta de determinados requisitos, mas interessando-lhes garantir a sua futura concretização, podem por sua vez obrigar-se a fazê-lo, mediante determinadas cláusulas ou condições. Esta extensão atribuída ao contrato-promessa de servir de garantia a qualquer contrato, designadamente a outro contrato-promessa, resulta do disposto no n.º 1 do artigo 410.º e é acolhido na doutrina como instrumento de satisfação de interesses juridicamente atendíveis como expressamente referem Almeida Costa (*Direito das Obrigações*, 1994, p. 318, nota 1) e Ana Prata (*Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, pp. 330 e ss.)”.

(4) É esse o entendimento do Professor Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, 1997, p. 101, nota 1.

O contrato-promessa pode ser unilateral ou bilateral (sinalagmático) ⁽⁵⁾, conforme uma ou ambas as partes se vinculem à celebração do contrato prometido. Quer numa quer noutra situação, o contrato-promessa é sempre um negócio jurídico bilateral ⁽⁶⁾ (no contrato-promessa unilateral exige-se a manifestação de vontade do promissário que dá o seu assentimento ao direito de que passa a ser titular).

O Professor Galvão Telles ⁽⁷⁾ adverte para a não total correcção da definição do contrato-promessa bilateral como sendo aquele em que ambas as partes se obrigam a celebrar o contrato prometido. Tem aqui em vista o contrato-promessa unilateral oneroso, isto é, aquele em que apenas uma das partes se vincula à celebração futura do contrato prometido e a outra, beneficiária da promessa, se compromete a pagar uma dada quantia monetária (normalmente uma percentagem do preço acordado para o bem que o promitente se obriga a alienar) como forma de compensar a imobilização do bem na esfera jurídica do promitente que não pode dispor dele durante um certo período, e que tem que manter o preço acordado. Esta é uma contrapartida para o sacrifício suportado pelo promitente. Este será um contrato bilateral imperfeito porque gera obrigações para ambas as partes (uma obriga-se a vender e outra a pagar uma quantia, caso não exerça o seu direito de crédito), mas elas não estão numa relação de correspectividade.

A obrigação emergente do contrato-promessa para uma ou ambas as partes, consoante ele seja unilateral ou bilateral, tem por objecto uma prestação de *facere* de natureza jurídica, isto é, a emissão da declaração de vontade integrante do contrato prometido.

A esta eficácia obrigacional típica pode juntar-se a eficácia real desde que se preencham os requisitos do artigo 413.º Ainda assim, o contrato-promessa não tem efeitos constitutivos ou translativos de direitos

(5) O Professor Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 1994, reimpressão, p. 465, utiliza as expressões contrato-promessa monovinculante ou bivinculante.

(6) Negócio jurídico bilateral é sinónimo de contrato. Em tal modalidade de negócio, segundo as palavras do Professor Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, p. 38 “há duas ou mais declarações de vontade — ou grupos de declaração de vontade (declarações de vontade plurais) — com conteúdos diversos e até opostos, mas que se harmonizam ou conciliam reciprocamente, que se ajustam uma à outra como diversas partes do mesmo objecto, pois se dirigem à produção de um resultado jurídico unitário, embora tendo para cada um dos declarantes — ou grupos de declarantes — significações distintas e até certo ponto antagónicas”.

(7) Vide Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 102.

reais. O direito do promitente apenas passa a estar mais protegido por um direito real de aquisição, que fará prevalecer o direito de crédito, assim reforçado, do promitente sobre os direitos reais incompatíveis que se venham a constituir sobre o mesmo bem após a data de registo da promessa.

2. RAZÕES JUSTIFICATIVAS DA CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO-PROMESSA

O contrato-promessa assume grande relevância no tráfego jurídico mercantil da actualidade e várias são as razões que justificam a sua utilização.

Normalmente, as partes, tendo já acordado nos termos essenciais do contrato e querendo vincular-se definitivamente, mas não o podendo fazer por causa da verificação de obstáculos materiais e/ou jurídicos, celebram um contrato-promessa para assegurar o contrato prometido que, dentro de algum tempo, estarão em condições de realizar. Não são, pois, na generalidade das situações, incertezas quanto à oportunidade ou conveniência da vinculação definitiva que motivam o recurso ao contrato-promessa. As partes querem celebrar o contrato prometido, mas ainda não o podem fazer.

E não o podem fazer, porque carecem de consentimento de terceiro (por exemplo, quando um dos contraentes é casado e necessita da autorização do cônjuge — artigo 1682.º), porque o bem ainda não existe materialmente — bem absolutamente futuro (por ex. o edifício só está projectado ou ainda não está concluída a sua construção), ou, embora existindo, ainda não está no poder do disponente ou este a ele não tem direito ao tempo do contrato-promessa — bem relativamente futuro, artigo 211.º (por ex. é um bem que ainda está no património de terceiro e que o promitente pretende adquirir para depois alienar).

Por outro lado, pode também acontecer que se queira expurgar a garantia real com que o bem está onerado antes que se verifique o efeito translativo de propriedade. Por exemplo, quando uma fracção autónoma está hipotecada e o promitente adquirente só se vincula definitivamente quando o bem estiver desonerado ⁽⁸⁾.

(8) Ver a faculdade conferida pelo n.º 4 do artigo 830.º

Outras vezes, porque a propriedade horizontal ainda não foi constituída, não se pode celebrar um contrato de compra e venda sobre fracção ainda não individualizada.

A exigência de escritura pública para a validade de certos contratos definitivos, pelo lapso de tempo que consome e pelas formalidades burocráticas que envolve (já que a data da sua celebração depende da disponibilidade do notário e as partes têm que apresentar certos documentos), importa o proteramento da celebração do contrato definitivo. Os contraentes socorrem-se, então, do contrato-promessa para garantirem o contrato futuro.

As mais das vezes, são razões económicas que justificam o emprego do contrato-promessa. As partes não dispõem de capital para pagar o bem que pretendem adquirir ou para liquidar as obrigações que do contrato prometido emergem (a sisa), tendo que recorrer ao crédito bancário que, para se efectivar, demora um certo intervalo de tempo.

3. DISTINÇÃO DO CONTRATO-PROMESSA EM RELAÇÃO A FIGURAS PRÓXIMAS

O contrato-promessa, sobretudo o unilateral, aproxima-se de certas figuras que uma visão mais cuidada e criteriosa permite extremar.

Antes de mais, há que distingui-lo de fases que se vão configurando ao longo do *iter* formativo de um negócio.

O contrato-promessa não se confunde com **actos de negociações** nem com a **minuta** ou a **punctação** ⁽⁹⁾. Enquanto que aquele é já um contrato que se aperfeiçoou, os últimos integram-se na tramitação que antecede a formação de um contrato, na qual, as partes, através de um contacto mais ou menos longo, procuram delinear os termos que o contrato — ainda que inexistente — deverá vir a ter. Apesar de as partes ainda não estarem vinculadas, a relação de confiança que se estabelece entre elas importa que cada uma actue de acordo com os ditames da boa fé, sob pena de vir a constituir-se em responsabilidade pré-contratual (artigo 227.^o).

O contrato-promessa destaca-se também da **Proposta Contratual**. O contrato-promessa é um contrato perfeito, enquanto que a proposta é uma mera declaração da vontade emitida por um dos contraentes que, só suscitando a declaração de aceitação da outra parte, dará origem a um contrato.

(9) Vide Professor Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 458.

No **Pacto de Opção** uma das partes emite a sua declaração de vontade dirigida ao contrato que pretende celebrar, ficando a outra com a faculdade de aceitar ou recusar o contrato dentro de certo prazo. Se a última emitir a declaração de aceitação, o contrato aperfeiçoa-se. Já o contrato-promessa é um contrato consumado que, para ser cumprido, exigirá um acordo posterior consubstanciador do contrato prometido.

O contrato-promessa distingue-se também dos **contratos preparatórios ou preliminares** ⁽¹⁰⁾, que são uma categoria mais ampla de que aquele é um mero elemento, se bem que seja o dotado de mais consistência.

Neste âmbito, cumpre expor as diferenças que afastam o contrato-promessa unilateral do **Pacto de Preferência**. Enquanto que no primeiro uma das partes assume a obrigação de celebrar um contrato no futuro, no último não surge qualquer obrigação de contratar para nenhuma delas. O Pacto de Preferência é um negócio duplamente condicionado. No Pacto de Preferência, o promitente obriga-se apenas a, caso pretenda celebrar o negócio, (aqui está a condição *si volet* do promitente) fazê-lo com o preferente, desde que este aceite os termos em que um terceiro está disposto a celebrá-lo (2.^a condição). Quer dizer, o promitente não está obrigado a contratar, só está a dar preferência no caso de decidir contratar.

A venda a retro não se confunde com o contrato-promessa, já que ali o comprador fica sujeito ao exercício do direito potestativo de resolução da venda pelo vendedor, dentro de certo prazo, mediante simples notificação. O comprador não assume qualquer obrigação de contratar, nem tem que emitir nova declaração de vontade.

No **contrato sujeito a termo inicial**, a produção de efeitos é diferida para o momento em que o termo se verificar, sem necessidade de celebrar novo contrato.

O Professor Menezes Cordeiro apresentava a **cláusula compromissória** como um exemplo de contrato-promessa ⁽¹¹⁾. Actualmente, tal qualifica-

⁽¹⁰⁾ Sói distinguir-se, de entre esta categoria abrangente, as condições gerais de certos contratos (contrato de adesão), o contrato tipo (aquele em que uma parte ou ambas fixam de antemão a matriz a que os seus negócios obedecerão no futuro, mas em que nenhuma se vincula a futuras declarações) e os contratos normativos (de que são um exemplo as convenções colectivas de trabalho que apesar de terem uma origem consensual são dotadas de uma eficácia para-legislativa), *vide* Professor Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 9.^a edição, Vol. I, p. 317, nota 1.

⁽¹¹⁾ *Vide* Professor Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 459.

ção torna-se de difícil sustentação, em virtude da substituição do regime legal, operada com a entrada em vigor da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto. O legislador adoptou o entendimento seguido em França de que a cláusula compromissória *vaut* compromisso arbitral. Deste modo, tendo as partes estipulado cláusula, segundo a qual os litígios eventualmente emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extra-contratual, serão resolvidos pela decisão de árbitros, a lei dispensa a celebração posterior de um compromisso arbitral, quando e se o litígio surgir. Anteriormente, o legislador exigia-o na esteira duma posição autoritária, que cerceava a possibilidade de os tribunais do Estado serem postergados pelos particulares na sua função de dirimir os conflitos.

Por outro lado, o contrato-promessa bilateral distingue-se do **sinal**. O sinal é uma cláusula que depende de um contrato em que seja aposta (seja contrato-promessa, seja um contrato definitivo). O contrato-promessa é uma convenção autónoma. No contrato-promessa, aquilo que um dos contraentes entregar ao outro, seja dinheiro, seja outra coisa fungível ou infungível, terá carácter de sinal ou de antecipação de pagamento, em função das circunstâncias do caso. Quanto ao contrato-promessa de compra e venda, o artigo 441.º contém uma presunção segundo a qual toda a quantia entregue pelo promitente comprador ao promitente vendedor, ainda que declaradamente a título de antecipação ou princípio de pagamento, assume o carácter de sinal, até prova em contrário.

4. HISTÓRIA LEGISLATIVA

O Código de Seabra apenas contemplava o contrato-promessa bilateral de compra e venda, no seu artigo 1548.º Por seu lado, a doutrina já admitia contratos promessa relativos a outros contratos, que não apenas o de compra e venda.

Naquele diploma, submetia-se o contrato-promessa às regras gerais dos contratos, apenas ressalvando a disciplina a aplicar ao sinal. A perda dele pelo seu autor e a restituição em dobro por quem o recebeu seria a compensação das perdas e danos em caso de incumprimento do contrato-promessa.

Ora, um só artigo, com esta formulação, levantou questões e dúvidas que o Decreto n.º 19 126, de 16 de Dezembro de 1930, em parte, veio resolver. Assim se estabeleceu que, a qualquer quantia recebida pelo promitente vendedor, se atribuiria o sentido de sinal.

Uma dúvida que então existia era a de saber qual o tratamento a dar nos casos em que o marido celebrava um contrato-promessa sem outorga da mulher, tendo por objecto bens imobiliários. O artigo alterado apenas dispunha, que o promitente vendedor ficaria constituído em responsabilidade, perante o promitente comprador. Não se pronunciava sobre a validade, ou falta dela, do contrato-promessa, assim celebrado. Uma nota oficiosa do Ministério da Justiça veio esclarecer que o dito contrato era nulo.

Com a alteração legislativa de 1930 passou a exigir-se a redução a escrito do contrato-promessa de venda de bens imobiliários ⁽¹²⁾.

O Código Civil de 1966 veio introduzir uma disciplina com carácter geral para o contrato-promessa nos artigos 410.º a 413.º, 441.º, 442.º e 755.º, n.º 1, al. f), e 830.º

Assim, o legislador passou a admitir a validade do contrato-promessa de qualquer contrato prometido (e não só a do contrato-promessa de compra e venda) e mesmo de negócios jurídicos unilaterais. Por outro lado, a reciprocidade da promessa deixa de ser exigida, admitindo-se a figura da promessa unilateral.

No artigo 413.º, reconheceu-se a possibilidade de as partes atribuírem eficácia real à sua convenção.

Por outro lado, a execução específica foi admitida como faculdade a que as partes podiam recorrer em caso de inadimplência.

Os artigos relativos ao contrato-promessa sofreram importantes alterações, em 1980 e 1986, de que destacamos apenas algumas.

O Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, introduziu uma sanção pesada ao promitente vendedor que faltasse à promessa. Havendo sinal passado e tradição da coisa objecto do contrato prometido, o promitente comprador, em vez de exigir o dobro do sinal entregue, podia optar por uma indemnização correspondente ao valor da coisa no momento do cumprimento.

Continuava a admitir-se a execução específica, mas deixou de se considerar que a existência de sinal ou a fixação de cláusula penal constituíam presunção de que as partes quiseram afastar essa faculdade.

Por outro lado, tendo havido tradição da coisa, atribuíam-se ao promitente comprador o direito de retenção sobre ela, como garantia dos direitos de crédito que para ele nasciam do incumprimento da promessa.

(12) O assento do STJ de 15-11-63 vem estabelecer que basta que o documento seja assinado pelo promitente vendedor, desde que este nele declare ter recebido determinada importância como sinal, com designação do promitente comprador, especificação da coisa e determinação do preço.

Este reforço da posição do promitente comprador ficou a dever-se ao fenómeno inflacionista que caracterizou a economia portuguesa no período pós revolução de 1974. A conjuntura tornava atractivo aos promitentes vendedores o incumprimento do contrato-promessa, suportando como única sanção a restituição do sinal em dobro. Ora, a alienação do bem objecto do contrato-promessa a terceiro por preço suficientemente elevado, não só compensava a indemnização prestada, como ainda garantia uma vantagem patrimonial acrescida ao promitente inadimplente. Ora, foi para reagir contra este clima propiciador da quebra do princípio de *pacta sunt servanda* que o legislador interveio (talvez sendo excessivo nos dispositivos introduzidos).

Outro fenómeno preocupante que se avolumava em Portugal era o da proliferação de construções clandestinas. Para pôr cobro a tal situação, o legislador passou a exigir o cumprimento dos requisitos formais constantes do n.º 3 do artigo 410.º, para a validade do contrato-promessa de constituição ou transmissão do direito real sobre edifício ou fracção autónoma dele. A acrescer à exigência de documento escrito do n.º 2 do artigo 410.º, a intervenção do notário, reconhecendo presencialmente a assinatura do(s) promitente(s) e certificando a existência de licença de construção ou utilização do edifício, funcionaria como protecção de compradores mais incautos.

Em 1986, o Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, veio, mais uma vez, reformar as disposições relativas ao contrato-promessa. Várias foram as alterações introduzidas, mas só daremos conta de duas.

A primeira tem a ver com a indemnização gravosa que, em 1980, tinha sido introduzida. O legislador, e a nosso ver bem, veio reformular o critério de determinação do montante indemnizatório, passando este a corresponder ao valor diferencial entre o valor da coisa, objecto do contrato-promessa, no momento do seu incumprimento e o preço que se havia convenicionado.

Por outro lado, o n.º 2 do artigo 830.º reintroduziu o entendimento de que a constituição de sinal e a estipulação de cláusula penal constituem convenção em contrário da faculdade de execução específica.

5. REQUISITOS DE FORMA E SUBSTÂNCIA

Quanto ao regime jurídico aplicável aos requisitos e efeitos do contrato-promessa, vale um **princípio de equiparação** que se retira do n.º 1 do artigo 410.º Assim sendo, a disciplina do contrato prometido aplica-se ao contrato-promessa.

A lei, no mesmo artigo, prevê, no entanto, duas exceções a esse princípio — uma relativa à forma e outra às normas que pela sua razão de ser não se devam estender ao contrato-promessa.

Ocupamo-nos agora da primeira exceção.

5.1. Quanto à forma

Nos termos, agora, do n.º 2 do artigo 410.º, “a promessa respeitante à celebração do contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral” (13) (14).

(13) Com a redacção dada ao n.º 2 do artigo 410.º pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro calou-se a única voz dissonante quanto à interpretação a dar à referida disposição.

A redacção anterior rezava o seguinte: “A promessa relativa a celebração do contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico quer particular, só vale se constar de documento assinado pelos promitentes”. Ora, o Professor Galvão Telles (*vide ob. cit.*, pp. 104 e ss.) entendia que, mesmo no contrato-promessa unilateral, o dispositivo legal impunha que o documento escrito exigido no artigo 410.º, n.º 2, fosse assinado por ambos os contraentes.

Este entendimento retirava-o, o autor, do emprego pelo legislador do termo “promitentes” também utilizado no artigo 412.º. Ora, esta última disposição admitia a transmissão de direitos e obrigações emergentes do contrato-promessa aos sucessores dos promitentes. Por promitentes entendiam-se, não só aqueles contraentes que se vinculavam à celebração futura do contrato prometido, mas também os beneficiários no contrato-promessa unilateral (aliás fora esta situação a que o legislador queria dar abrigo legal, pois que ela era a que colocava mais dúvidas). Assim, sendo utilizado pelo legislador o termo promitentes neste sentido, (e não num sentido técnico-jurídico) no artigo 412.º, também assim o deveria ser no n.º 2 do artigo 410.º O Professor Galvão Telles alertava ainda para as situações inaceitáveis a que outro entendimento conduziria — o contrato-promessa unilateral não teria que constar do documento escrito, porquanto, nem o n.º 2 do artigo 410.º, nem qualquer outra norma (o artigo 411.º relativo ao contrato-promessa unilateral ocupa-se apenas da questão da fixação judicial de prazo para o exercício do direito do beneficiário da promessa quando não tenha sido convencionalmente estabelecido) o impunha. Por fim, o mesmo autor chamava, em subsídio da sua tese, o princípio geral retirado das soluções legalmente consagradas de que “os instrumentos contratuais precisam de ser assinados pelos dois contraentes, e não apenas pelo único que contrai obrigações nos casos em que apenas um se vincula”, *in ob. cit.*, p. 106. Tal orientação legal, assim definida, seria ilustrada pelos exemplos do n.º 3 do artigo 945.º e do artigo 947.º relativos às doações em que se exige que o documento seja também assinado pelo donatário — que é um mero beneficiário da doação — e do artigo 1143.º em que, para a validade do mútuo de valor superior a 3.000 contos, se exige escritura pública em que deve intervir, firmando-a, o mutuante apesar de para ele não

Quanto ao contrato-promessa relativo à celebração de contrato oneroso translativo ou constitutivo de direito real sobre edifício ⁽¹⁵⁾, ou fracção autónoma dele, o legislador foi ainda mais exigente, requerendo que o documento escrito, previsto no n.º 2 do artigo 410.º, contenha o reconhecimento presencial da assinatura do promitente ou promitentes e a certificação notarial da existência da licença respectiva de utilização ou construção (*vide* artigo 410.º, n.º 3) ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾.

resultar qualquer obrigação (a entrega da quantia mutuada pelo mutuante ao mutuário é um elemento constitutivo do contrato de mútuo — contrato real *quoad constitutionem* — e não um acto de cumprimento de qualquer obrigação dele emergente). Regime diverso é o do mútuo de valor entre 200.000\$00 e 3.000.000\$00 em que o documento só necessita de ser assinado pelo mutuário, isto é, por aquele que se vincula.

Ora, o legislador veio em 1986 acrescentar a esta excepção mais uma derrogação à orientação geral, descrita anteriormente, e que é relativa ao contrato unilateral em que o documento só necessita de ser assinado pela parte que se vincula. O legislador fê-lo substituindo o termo promitentes pelo “partes que se vinculam”.

O Professor Galvão Telles considera, agora, legítima a interpretação que a generalidade da doutrina acolhia antes de 1986.

⁽¹⁴⁾ Tratando-se de promessa bilateral, o STJ admitiu no seu Acórdão de 12 de Março de 1996 (*in* CJ, Ano 1996, Tomo I, pp. 141 e ss.), que as assinaturas dos promitentes podem incluir-se em documentos recíprocos e paralelos, não sendo indispensável que as assinaturas de ambos os outorgantes constem do mesmo exemplar do contrato-promessa.

⁽¹⁵⁾ A palavra “edifício” abrange, não só, edificações e construções, mas também, terrenos para os quais já exista projecto para construção. Assim entendeu a Relação de Lisboa no Acórdão de 20 de Novembro de 1997 (*in* CJ-Acórdãos do STJ, Vol. V, pp. 95 e ss.). Nesse sentido se pronuncia o Professor Almeida Costa, *in* ROA, 1990, Vol. I, p. 36, o Professor Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, p. 42 e o Professor Menezes Cordeiro, *in* BMJ n.º 306, pp. 31 e ss.

⁽¹⁶⁾ O n.º 3 do artigo 410.º aplica-se aos contratos promessa de constituição ou transmissão de direito real sobre edifício ou fracção autónoma dele, qualquer que seja a finalidade a que tal edifício se destina, não tendo uma aplicação restrita à promessa de compra e venda de prédios destinados à habitação própria. É assim, desde logo, se se atentar na letra do n.º 3 do artigo 410.º que não consente qualquer leitura restritiva. Por outro lado, a *ratio* deste regime é o de evitar a comercialização de prédios clandestinos, qualquer que seja o fim para que sejam utilizados, o que só é cabalmente alcançado se se fizer aplicação genérica do preceito.

⁽¹⁷⁾ Veja-se o Acórdão do STJ de 26 de Setembro de 1995 (*in* CJ, Ano 1995, Vol. III, p. 22). A situação que motivou a intervenção do STJ foi a celebração entre as partes litigantes de um contrato-promessa, pelo qual uma delas se obriga a ceder à outra (e esta a adquirir) as suas quotas numa sociedade por quotas, depois de transferir para esta (sociedade) a propriedade de um bem imóvel. Assim, e como entendeu o STJ, o objecto directo e imediato do contrato-promessa era a celebração de um contrato de cessão onerosa de quotas de uma sociedade. A transmissão do direito real sobre o imóvel para o património da

Relativamente a outras formalidades exigidas para o contrato prometido vigora o princípio geral de liberdade de forma ou princípio da consensualidade (artigo 219.º).

Finalmente, o artigo 413.º dispõe que, quando as partes pretendam atribuir eficácia real ao contrato-promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, este conste de escritura pública. Na parte final do n.º 2 desse artigo, o legislador prescinde de formalismo tão rigoroso quando, para o contrato prometido, não se exige a celebração de escritura pública, sendo suficiente, nesses casos, documento particular com reconhecimento da assinatura da parte ou das partes que se vinculam.

A) Artigo 410.º, n.º 2

1. Contrato-promessa unilateral oneroso

Antes de mais, cumpre dar notícia de uma controvérsia doutrinal relativa ao regime legal a aplicar quanto à forma dos contratos-promessa unilaterais onerosos. Esta figura caracteriza-se pelo facto de apenas uma das partes se vincular à celebração futura do contrato prometido, enquanto que a outra, beneficiária da promessa, apenas se obriga a prestar uma certa quantia pecuniária ao promitente, no caso de não exercer o direito de crédito à celebração do contrato prometido, que para ela nasce do contrato-promessa — o direito de celebrar o contrato prometido, se o quiser. Ora, aquele valor a prestar visa, apenas, compensar o prejuízo que a imobilização do bem na esfera patrimonial do promitente constitui⁽¹⁸⁾. Então, pergunta-se: o documento escrito de que conste o contrato-promessa unilateral oneroso deve ser assinado apenas pelo promitente ou também pelo promissário?

O Professor Antunes Varela⁽¹⁹⁾ entende que ambos os contraentes, promitente e promissário, devem assinar o documento escrito de que conste o contrato-promessa. Este entendimento radica na semelhança que este autor

sociedade não constituía parte integrante desse objecto, antes obrigação prévia de um dos contraentes. Assim, o contrato-promessa não estava sujeito às formalidades do n.º 3 do artigo 410.º

⁽¹⁸⁾ Ver sobre esta figura os Acórdãos da Relação de Lisboa de 11 de Março de 1999 (*in* CJ, Ano de 1999, Vol. II, p. 84 e ss.) e 11 de Maio de 1999 (*in* CJ, Ano 1999, Vol. III, p. 94 e ss.).

⁽¹⁹⁾ Professor Antunes Varela *apud* Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 26.

divisa entre o contrato-promessa unilateral oneroso e o contrato-promessa bilateral, submetendo-os aos mesmos requisitos formais. Vai ainda mais longe, afirmando que, no caso de um dos contraentes não assinar o documento, se deve aplicar a mesma solução que mereça consagração legal para os contratos promessa bilaterais.

O Professor Galvão Telles ⁽²⁰⁾ sufraga a mesma orientação, alicerçando-a na ideia de que o facto de o promissário se vincular a uma prestação pecuniária compensatória metamorfoseia o contrato-promessa unilateral oneroso em contrato-promessa bilateral (pelo menos imperfeito).

Posição oposta é a do Professor Calvão da Silva ⁽²¹⁾. Para ele, na hipótese agora analisada, só o promitente deve assinar o documento em que se verta o contrato-promessa unilateral oneroso. E isto por uma quádrupla ordem de razões.

Por um lado, é manifesta a diferente posição jurídica do promitente e do beneficiário da promessa unilateral onerosa. Este não está vinculado à celebração, como aquele — que até pode ser compelido à sua celebração, despoletado que seja o mecanismo do artigo 830.º O beneficiário é livre de celebrar ou não o contrato prometido. Ele é titular de um direito de crédito à celebração do contrato e não de um dever judicialmente garantido.

Por outro lado, o elemento literal afeiçoa-se mais a este entendimento já que o n.º 2 do artigo 410.º fala da “parte que se vincula “a contratar. Os artigos 410.º, no seu n.º 1, 411.º e 412.º abonam também neste sentido.

Em terceiro lugar, a qualificação de um contrato deve basear-se nos seus elementos essenciais. Ora, a cláusula pela qual se convencionou a prestação de um certo valor monetário por parte do promissário em caso de não exercício do seu direito de crédito é uma cláusula acessória que não deve ser tomada em consideração para esse efeito ⁽²²⁾.

Finalmente, as razões que subjazem às exigências formais não se aplicam à declaração daquele que não se vincula à celebração do contrato prometido, não limitando a sua autonomia e liberdade contratual. O promissário não assume a obrigação jurídica de contratar, que suscitaria a preocupação do legislador o proteger, face a actos irreflectidos e levianos, que beliscassem a componente imobiliária do seu património. O legisla-

⁽²⁰⁾ Vide Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 118

⁽²¹⁾ Vide Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, pp. 26 e ss.

⁽²²⁾ O Professor Calvão da Silva admite que quando a prestação convencionada seja muito elevada, o julgador negligencie os termos utilizados pelas partes e se ache perante um contrato-promessa bilateral. *Vide ob. cit.*, p. 29.

dor ainda se encontra imbuído por uma concepção ultrapassada de que são os bens imobiliários os que mais valor têm e que, por isso, devem ser protegidos. Não é por o beneficiário da promessa se comprometer a pagar uma prestação muito elevada que o legislador lhe impõe que subscreva o documento, pois que também o não exige, quando somas avultadas estão em jogo, tratando-se de simples bens móveis que são transaccionados.

Também o Professor Almeida Costa ⁽²³⁾ navega por estas águas. Para este autor, apesar da estipulação de uma cláusula pecuniária para compensar a imobilização do bem converter o contrato-promessa em contrato-promessa oneroso e bilateral (ambas as partes assumem obrigações), o dever que recai sobre o promissário é meramente secundário, pelo que não se exige que ele subscreva o documento contendor do contrato-promessa.

Os argumentos do Professor Calvão da Silva, tocando a materialidade da situação em análise, parecem-nos mais razoáveis e a solução deles retirada a mais acertada. Sobretudo a disparidade das situações jurídicas em que o promitente e o promissário se encontram parece-nos decisiva nesta questão para extremar a solução legal a aplicar.

2. Falta de assinatura de um dos promitentes no contrato-promessa bilateral

Outra questão polémica é a de saber qual o tratamento jurídico a dar ao contrato-promessa bilateral que conste de documento assinado apenas por um dos promitentes. Normalmente, acontece que só o promitente-vendedor (empresa) assina o documento, ficando este em seu poder, não facultando cópia ao promitente-comprador, — (consumidor isolado).

O Professor Galvão Telles ⁽²⁴⁾ ilustra bem o que acontece ao referir-se à situação em que existe apenas recibo do sinal entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor (do recibo retira-se declaração de vontade do promitente vendedor, mas não a do promitente comprador) ou em que, apesar do contrato ser redigido em termos tais que integre as duas declarações de vontade convergentes capazes de gerar o mútuo consenso, só um dos contraentes o subscreve.

Várias são as soluções que se perfilam para responder a este problema.

⁽²³⁾ Ver Professor Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição, 1998, pp. 347 e ss.

⁽²⁴⁾ In Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 111.

Inicialmente, a doutrina e jurisprudência orientaram-se no sentido de reconhecer a validade incondicional ao contrato-promessa, mas valendo apenas como mera promessa unilateral.

Porém, um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 1977, veio perturbar este entendimento, pois dispôs que o contrato-promessa bilateral assinado apenas por um dos promitentes era nulo por vício de forma (artigo 220.º).

Perante a concepção de que o contrato-promessa enfermava do vício de nulidade, duas seriam as modalidades que tal doença podia revestir: nulidade parcial (aplicando-se o artigo 292.º — redução) ou nulidade total com possibilidade de conversão (artigo 293.º).

O Professor Galvão Telles (25) sufraga a opinião de que o contrato é totalmente nulo, admitindo a possibilidade de conversão.

Nesse sentido, aponta a reciprocidade das obrigações que emergem de um contrato-promessa bilateral. Ambas as partes se vinculam, pelo que as declarações de ambas devem obedecer aos requisitos formais que o legislador impõe. Se só um contraente assina o contrato-promessa bilateral, só uma parte dele se encontra documentado.

Em segundo lugar, ao ser posto em marcha o mecanismo da redução, estar-se-ia a admitir implicitamente que o contrato-promessa unilateral é um elemento formativo do contrato-promessa bilateral. Ora, tal entendimento não é acertado, já que o contrato-promessa unilateral é, em si mesmo, um contrato perfeito e completo. Ora, o que se poderá fazer será converter o contrato-promessa bilateral em contrato-promessa unilateral.

Finalmente, abraçar a tese da redução seria, para este autor, gerador de muitas injustiças, ao fazer recair sobre aquele que subscreveu o acordo e que se encontra vinculado, o ónus da prova (e os riscos que ele comporta) de que, sem a parte viciada, o contrato não teria sido celebrado.

Oposta é a posição do Professor Calvão da Silva (26). Para ele, o contrato é parcialmente nulo, aplicando-se o regime do artigo 292.º Este entendimento é alicerçado, fundamentalmente, em três razões.

Primeiramente, o vício de forma restringe-se a uma das declarações de vontade, ficando a outra incólume a tal deficiência. Se uma parte permanece sã, ela pode valer autonomamente *per se*, até porque um contrato é objectivamente divisível em partes.

(25) In Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, pp. 114 e ss.

(26) In Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, pp. 33 e ss.

Por outro lado, e dirigindo-se agora para a vertente subjectiva, a decomposição do contrato em duas partes também é possível, para este autor. Nas suas palavras, não deixamos “de ligar a reciprocidade (instrumental) das prestações dos promitentes à sinalagmaticidade (final) do contrato definitivo que preparam e em última instância querem concluir — aspecto fundamental, porquanto este pode ser validamente firmado apesar da nulidade parcial daquele, sem desequilíbrio prestacional e, portanto, sem qualquer prejuízo para o interesse final do promitente unilateralmente vinculado” (27).

Há, ainda, a aduzir a presunção, que o nosso ordenamento jurídico consagrou, de divisibilidade subjectiva do negócio jurídico. Por oposição ao BGB, o nosso Código Civil acolheu a regra da invalidade parcial e da redução. E, segundo este autor, bem, porquanto aquele que quer a nulidade total do contrato, terá que invocá-la e alegar que, sem a parte viciada, não teria celebrado o negócio. A facilitar a prova, está ainda o carácter sinalagmático da promessa. Ora, é mais fácil provar aquilo que se localiza na nossa esfera de interesses do que, aplicando-se o regime da conversão, provar que a outra parte teria celebrado o contrato-promessa, apesar dele estar parcialmente viciado.

O Professor Calvão da Silva alerta, ainda, para a situação, que configurará um nítido abuso do direito, que é a da parte que não firmou o documento estar disposta a cumprir pontualmente o seu conteúdo e o seu subscritor procurar fazer vencer a tese da nulidade total do contrato-promessa. Aqui, impor-se-á a redução.

O Professor Ribeiro de Faria considera que a nova redacção dos n.ºs 2 e 3 do artigo 410.º vem confortar a tese da redução, “via trilhada hoje maioritariamente pela doutrina e à qual a jurisprudência vai finalmente entreabrindo as portas” (28).

O Professor Almeida Costa, depois de considerar que o problema exige uma ponderação casuística, vem apresentar um argumento sistemático a favor da redução. Segundo este autor, “a disciplina do contrato-promessa consagrada pelo nosso legislador apresenta várias aflorações em que sobressai o propósito da protecção do adquirente, «maxime» no âmbito do comércio de unidades habitacionais. Ora, sempre que falte assinatura do promitente comprador, via de regra um simples particular em face de pessoa ou empresa especializada, compreende-se que recaia sobre esta

(27) In Professor Calvão da Silva, *Sinal e contrato-promessa*, p. 35.

(28) In Professor Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 278.

última, dentro da referida linha, o ónus da alegação e prova de que a vontade hipotética seria a da não aceitação do negócio sem a vinculação dos dois contraentes” (29).

O Supremo Tribunal de Justiça, no assento de 29 de Novembro de 1989, veio pronunciar-se sobre esta questão e dispôs que: “No domínio do texto primitivo do n.º 2 do artigo 410.º, o contrato-promessa bilateral de compra e venda de imóvel exarado em documento assinado apenas por um dos contraentes é nulo, mas pode considerar-se válido como contrato-promessa unilateral, desde que essa tivesse sido a vontade das partes”.

A formulação do assento e a contradição existente na sua fundamentação geraram interpretações divergentes do seu conteúdo normativo.

Para o Professor Antunes Varela (30), o Assento prejudica a tese da validade directa do contrato bilateral subscrito apenas por um dos promitentes como contrato-promessa unilateral, bem como, a da nulidade parcial com aplicação do instituto da redução. E isto, porque o Assento se pronuncia no sentido da nulidade do contrato-promessa, fazendo depender a sua validade como contrato-promessa unilateral da alegação e prova de que a vontade das partes era conforme à subsistência do contrato-promessa expurgado da declaração não formalizada. Ora, a distribuição do ónus da prova feita pelo Assento é paralela à que o artigo 293.º estipula para a conversão. Mas, o Assento não obedeceria sequer ao esquema aí traçado, porque, em vez de exigir meramente a vontade hipotética ou conjectural das partes para que se proceda à conversão, vem requerer a prova da vontade real. Todavia, o Professor Antunes Varela, atendendo à fundamentação do Assento, julga que o Supremo Tribunal de Justiça queria referir-se à vontade hipotética, consagrando a orientação segundo a qual o contrato é totalmente nulo, com possibilidade de conversão, desde que se preencham os requisitos do artigo 293.º

Da mesma opinião é o Professor Galvão Telles que escreve (31) que “o Assento, não obstante a ambiguidade da sua fundamentação não pode deixar de se entender que acolheu objectivamente, a tese de conversão que sempre temos sustentado”.

Já o Professor Calvão da Silva (32), aliás em conformidade com sua posição sobre a matéria, faz uma leitura diferente do Assento, apoiando-se

(29) In Professor Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, 1998, p. 338.

(30) Vide Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 331 e ss.

(31) In Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, pp. 116 e ss.

(32) Vide Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, pp. 35 e ss.

na sua fundamentação para deslindar os termos pouco claros e precisos em que foi tirado. Antes de mais, põe a tónica numa passagem do fundamento do Assento que reza assim: “Devemos aceitar a ideia de nulidade do contrato-promessa bilateral por falta de forma, *ex vi* do disposto no artigo 220.º, mas nulidade meramente parcial, por serem autónomos os negócios e o vício registado afectar apenas o suporte volitivo da declaração do contraente que não assinou o documento titular do negócio jurídico viciado”. Ora, daqui se retira que, nem a tese da nulidade total e sistemática, nem a da conversão são acolhidas, porque não são compatíveis com a nulidade parcial que o Supremo Tribunal de Justiça reconhece no contrato-promessa bilateral firmado por um só promitente.

Mas, para este autor, o Assento também não subscreve a aplicação do instituto da redução, tal como ele está cristalizado no artigo 292.º O Supremo Tribunal de Justiça, aproximando-se da orientação do B.G.B., faz recair o ónus da prova sobre a parte que defende a tese da nulidade parcial do contrato-promessa e a sua subsistência como contrato-promessa unilateral.

Quanto a nós, é difícil compatibilizar o conteúdo fundamentador do Assento com a *ratio decidendi* nele consagrada.

Se, por um lado, o teor do Assento (e salvo a referência à vontade real das partes que, segundo a melhor opinião, deve ser entendida como vontade conjectural) nos conduz indubitavelmente à tese da conversão, pelo decalque que parece existir entre a forma por que o ónus *probandi* é distribuído no Assento e no artigo 293.º; por outro, não sabemos como compatibilizar tal solução com a qualificação que o Supremo Tribunal de Justiça faz do vício que macula o contrato-promessa como nulidade meramente parcial. O Supremo Tribunal de Justiça é claro ao afirmar que “o vício registado afecta apenas o suporte volitivo da declaração do contraente que não assinou o documento titular do negócio jurídico viciado”. Ora, sendo a nulidade meramente parcial, o nosso ordenamento jurídico prescreve-lhe o instituto da redução. Parece-nos que assim deverá ser, porque deste modo, garante-se o princípio da conservação dos negócios jurídicos e uma adequação entre a causa — invalidade parcial — e o efeito — expurgação da parte viciada. Caberá, portanto, ao contraente que não quer que o contrato valha como promessa unilateral, o ónus de provar a indivisibilidade subjectiva do contrato — isto é, provar que o contrato-promessa não teria sido celebrado se apenas uma das partes ficasse vinculada.

Em todo o caso, cumpre recordar que, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, foram revogados os arti-

gos 763.º a 770.º do Código de Processo Civil, que disciplinavam os assentos. Tal diploma veio dispor (no n.º 2 do artigo 17.º do seu capítulo IV) que os assentos já proferidos têm o valor dos proferidos nos termos dos artigos 732.º-A e 732.º-B do Código de Processo Civil, isto é, constituem um dispositivo de uniformização de jurisprudência, sem beneficiarem da força obrigatória geral que o artigo 2.º do Código Civil lhes dispensava.

Há, por fim, a referir a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 1998 ⁽³³⁾ que se pronunciou no sentido de que, ao contrato-promessa bilateral assinado apenas por um dos promitentes, é aplicável o disposto no artigo 292.º Recai, assim, segundo esta decisão, sobre a parte que assinar o contrato, o ónus de alegar e provar factos susceptíveis de ilidirem a presunção legal da admissibilidade subjectiva de redução do contrato.

B) Artigo 410.º, n.º 3 — Contrato-Promessa relativo à celebração de contrato oneroso de transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fracção autónoma dele, já construído, em construção ou a construir

Outra das manifestações da excepção ao princípio da equiparação, que o regime da forma do contrato-promessa constitui, consta do n.º 3 do artigo 410.º, como já acima referimos.

O n.º 3 do artigo 410.º *in fine* estabelece que o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão dos requisitos aí previstos, quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte.

Ora, em face do disposto, diferentes entendimentos surgiram, quanto à invalidade que contaminava os contratos promessa a que o n.º 3 do artigo 410.º se refere, quando os requisitos aí previstos são negligenciados.

O Professor Galvão Telles pronunciava-se no sentido de que o legislador consagrou uma nulidade atípica, híbrida ou mista, porque combina elementos da nulidade pura e simples e da anulabilidade. Trata-se de uma nulidade que, em oposição ao disposto no artigo 286.º, não pode ser invocada por qualquer interessado (aqueles que encabeçam relações jurídicas, cuja consistência, ainda que apenas prática, seja afectada pelos efeitos do contrato-promessa), nem declarada *ex officio* pelo tribunal, mas apenas invocável pelo promitente adquirente, no interesse do qual foi estabelecida.

(33) Este Acórdão está publicado na CJ, Ano 1998, Vol. I, p. 124.

Este autor afirma que a “solução em causa redundando afinal numa anulabilidade arguível a todo o tempo” (34).

Na mesma orientação se posiciona o Professor Calvão da Silva. Tal entendimento alicerça-o, o autor, num argumento teleológico retirado do n.º 3 do artigo 410.º e do regime geral do contrato-promessa. Perscrutando as razões que conduziram o legislador na formulação deste artigo, encontra-se nitidamente a protecção dos consumidores, dos adquirentes não profissionais que, por tão variados constrangimentos da vida, se vêm confrontados com a necessidade de recorrer ao contrato-promessa para adquirir uma casa para habitar. A sua impreparação técnico-jurídica torna-os particularmente vulneráveis, perante promitentes-vendedores experimentados na celebração de contratos promessa, dado que dela fazem a sua actividade profissional. Por outro lado, este autor defende que as exigências do n.º 3 do artigo 410.º “não são formalidades integrantes da chamada ordem pública de direcção pela qual os poderes públicos realizam certos objectivos de interesse geral e dirigem a economia nacional — a interessar directamente a sociedade, terceiros em geral, e a justificar a supremacia dos interesses gerais, dos interesses de terceiros, sobre os interesses das partes contratantes. Trata-se antes de formalismo informativo, constitutivo da dita ordem pública de protecção ou ordem pública social — modalidade de ordem pública que não cessa de aumentar (...), através de intervencionismo legislativo destinado a proteger os mais variados «consumidores», sinónimo de «contratantes não profissionais», que habitualmente não concluem um contrato como o que concretamente celebram com um profissional que dia a dia firma contratos desta espécie — cujo fim é tutelar a parte considerada contratualmente mais débil, julgada leiga e profana no sector” (35).

O Professor Calvão da Silva procura depois integrar esta invalidade, com as características que lhe são assacadas, numa categoria conceitual. Opta pela nulidade, para fazer ressaltar a recusa *ipso jure*, de todos os efeitos a que o contrato-promessa tende, como forma de melhor proteger o promitente adquirente. E, citando o Professor Rui de Alarcão lembra que “o carácter automático é o elemento essencial, indefectível, estrutural e diferenciador da nulidade” (36).

(34) In Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 122.

(35) Vide Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 56.

(36) Professor Rui de Alarcão, *Sobre a invalidade do negócio jurídico apud* Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 61.

Para além desta característica identificadora da nulidade, a invalidade do n.º 3 do artigo 410.º é invocável a todo o tempo, afeiçoando-se, também aqui, ao regime geral da nulidade. Mas afasta-se dele, segundo o autor, quanto à legitimidade para a arguição (que aqui está limitada ao promitente adquirente) e quanto à possibilidade de sanção ou convalidação que aqui é admitida (artigo 906.º *ex vi* artigo 913.º).

O Professor Almeida Costa ⁽³⁷⁾ tem, sobre a matéria, uma posição diferente das anteriormente explanadas.

Segundo este autor, há que distinguir os dois tipos de formalidades previstos no n.º 3 do artigo 410.º Qualquer delas se destina a proteger o adquirente não profissional de direitos reais sobre edifícios ou fracções autónomas deles, pelo que, em princípio, não devem ser postergados os seus interesses em favor de interesses de terceiro, da sociedade em geral ou do tráfico jurídico em especial. Mas, quanto à exigência de certificação notarial da existência da licença de utilização ou construção, não são apenas os interesses do promitente adquirente que estão em causa. Há um interesse geral da comunidade em pôr um travão ao fenómeno crescente das construções clandestinas. Então, quando for esta a formalidade em falta, a invalidade pode ser invocada por terceiro e declarada oficiosamente pelo tribunal.

O Professor Antunes Varela ⁽³⁸⁾, apesar de não rejeitar, *de iure constituendo*, que da nulidade se possa apenas prevalecer o promitente adquirente, com exclusão de terceiros interessados e do próprio tribunal, considera que não é essa a disciplina positivamente consagrada e para tal aduz as seguintes razões.

Por um lado, milita nesse entendimento o elemento sistemático retirado do artigo 220.º que consagra, como regra geral, o regime da nulidade para o desrespeito pelos requisitos formais.

Por outro lado, para que se atribua o “monopólio” da legitimidade da arguição da nulidade a apenas uma parte é necessário que a lei nesse sentido disponha expressamente ⁽³⁹⁾. Qualquer norma que o faça é excepcional, por traduzir um desvio à regra extraída dos artigos 220.º e 286.º, pelo que não pode ser aplicada analogicamente (artigo 11.º).

⁽³⁷⁾ *In* Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 344 e ss.

⁽³⁸⁾ *In* Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, pp. 327 e ss.

⁽³⁹⁾ Como acontecia — o Professor Antunes Varela exemplifica na p. 329 da obra citada — relativamente ao arrendamento comercial em que se omitisse a celebração da escritura pública, nos termos do n.º 3 do artigo 1029.º, hoje revogado pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro.

O Supremo Tribunal de Justiça interveio através de dois assentos. Num primeiro de 28 de Junho de 1994, o Supremo Tribunal de Justiça dispôs que: “no domínio do n.º 3 do artigo 410.º do C.C. (redacção do Decreto-Lei n.º 236/80 de 18 de Julho) a omissão de formalidades previstas nesse número não pode ser invocado por terceiros”.

No Assento de 1 de Fevereiro de 1995, o Supremo Tribunal de Justiça veio acrescentar que “no domínio do n.º 3 do artigo 410.º do C.C. (redacção do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho) a omissão das formalidades previstas neste número não pode ser oficiosamente conhecida pelo tribunal” (40).

O Supremo Tribunal de Justiça consagrou, pois, o entendimento defendido pelos Professores Calvão da Silva e Galvão Telles e, em parte, pelo Professor Almeida Costa. Este último autor considera que o segundo Assento foi longe demais, porque “não se afigurava certo privar os tribunais dessa via (declaração de nulidade) de intervir na erradicação de um notório flagelo da colectividade” (construções clandestinas) (41).

A crítica do Professor Antunes Varela é ainda mais acerada, questionando se o Supremo Tribunal de Justiça através dos seus dois Assentos não viola o disposto no artigo 8.º, n.º 2 (42).

Apesar de sermos sensíveis aos argumentos daqueles que defendem que a nulidade não é invocável por terceiro, nem declarável pelo tribunal, julgamos que não é essa a solução prescrita na lei. Julgamos, portanto, que o Professor Antunes Varela tem razão no libelo que tece.

Tudo o que acaba de ser dito não impede que, tal como resulta da lei (artigo 410.º, n.º 3, *in fine*) o promitente alienante possa prevalecer-se da nulidade do contrato-promessa, sempre que a contraparte actue culposamente (admite-se qualquer modalidade e grau de culpa e não só o dolo como na redacção anterior a 1986).

Por outro lado, o promitente adquirente não poderá invocar a invalidade formal do contrato-promessa por inobservância dos requisitos do n.º 3 do artigo 410.º, se foi ele que a provocou e criou na contraparte a confiança de que não invocaria tal vício. A arguição de tal invalidade contraria o seu comportamento anterior que induziu a contraparte a omitir o formalismo legal e seria, portanto, violador do princípio da boa fé que deve

(40) Em consonância com o disposto neste Assento, decidiu o STJ no Acórdão de 11 de Março de 1997 (*in* CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1997, Vol. I, p. 148).

(41) *In* Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 346.

(42) *In* Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 330.

pautar a formação e cumprimento dos contratos. A invocação de tal invalidade formal por quem lhe deu causa constituiria um *venire contra factum proprium* consubstanciador dum abuso do direito (artigo 334.^o). Aliás, este é um entendimento defendido pela Doutrina ⁽⁴³⁾ e Jurisprudência ⁽⁴⁴⁾.

5.2. Efeitos

A segunda exceção ao princípio da equiparação é aquela relativa às normas do contrato prometido que, atenta a *ratio* que lhes subjaz, não devem ser aplicadas ao contrato-promessa.

Assim, ao contrato-promessa de compra e venda não se aplica o artigo que prevê o efeito translativo do direito (artigo 879.^o, al. *a*)), nem aquele que regula o risco que recai sobre o comprador pelo perecimento ou deterioração da coisa (artigo 796.^o, n.^o 1), nem o artigo que proíbe a alienação ou a oneração da coisa comum por um dos comproprietários (artigo 1408.^o).

Também não se aplica o artigo 892.^o que proíbe a venda de bens alheios, salvo se as partes os houverem como futuros (artigo 893.^o) ⁽⁴⁵⁾.

Por fim, não é inválido o contrato-promessa pelo qual o marido, sem autorização da mulher, promete alienar bens imóveis, quando careça desse

⁽⁴³⁾ Vide, entre outros, Professor Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1985, 3.^a edição, p. 438; Professor Manuel de Andrade, *Sobre as Cláusulas de Liquidação de Partes Sociais pelo Último Balanço*, Ano 1955, p. 100. Em sentido contrário Larenz (*apud* Professor Mota Pinto, *ob. cit.*) que entende que o direito a invocar a invalidade formal dos negócios não deve ser afastado pelo funcionamento do instituto do abuso do direito. E é assim em virtude das exigências de certeza e segurança do tráfego jurídico a que as regras sobre a forma visam dar satisfação.

⁽⁴⁴⁾ Veja-se o Acórdão do STJ de 12 de Novembro de 1998 (*in* CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. III, p. 110): “Por abuso do direito, traduzindo manifesta violação do princípio da boa fé (artigo 334.^o), não pode o promitente comprador invocar a invalidade formal do contrato-promessa de compra e venda de fracções autónomas, por não reconhecimento das assinaturas dos outorgantes e a falta de certificação notarial da licença de obras (artigo 410.^o, n.^o 3), no caso de ter sido ele a pedir ao promitente vendedor que dispensasse tais formalidades, argumentando que entre pessoas de bem e conhecidas elas não se justificavam, sendo que nesse enquadramento de confiança o contrato foi-se realizando com reforços do sinal por parte do promitente comprador, e com a realização da obra que tais entregas pressupunham, por parte do promitente vendedor”. Veja-se também o Acórdão da Relação do Porto, de 26 de Março de 1996, *in* CJ, Ano 1996, Vol. II, p. 204 e o Acórdão de Relação de Lisboa de 20 de Maio de 1999, *in* CJ, Ano 1999, Vol. III, p. 105.

⁽⁴⁵⁾ Vide Acórdão da Relação do Porto de 17 de Junho de 1996, *in* CJ, Ano 1996, Vol. II, p. 219 e ss.

consentimento por força do artigo 1682.º-A, porque este artigo não se aplica ao contrato-promessa (pois este não produz qualquer efeito translativo de propriedade) (46).

6. EFICÁCIA REAL

Em regra, o contrato-promessa produz efeitos meramente obrigacionais. Os promitentes obrigam-se à emissão de uma declaração de vontade conducente à celebração do contrato prometido. Em caso de violação do contrato-promessa, (pela constituição sobre a coisa de um direito incompatível com aquele que se visa constituir / transmitir com o contrato que se prometeu celebrar) há lugar à efectivação de mera responsabilidade obrigacional.

A lei permite que as partes atribuam eficácia *erga omnes* à sua promessa relativa à transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo. Para tal, é necessário que se cumpram os requisitos do artigo 413.º

Assim, é necessário que exista uma declaração expressa das partes nesse sentido, que se fará através de palavras que permitam concluir de forma directa que essa é a vontade das partes. Não se aplica, portanto, o artigo 217.º

Por outro lado, a promessa com eficácia real deve constar de escritura pública, salvo quando para o contrato prometido a lei não exija o cumprimento dessa formalidade, caso em que, é suficiente documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato-promessa unilateral ou bilateral.

A promessa deve ser inscrita no registo, o que garante a sua publicidade, permitindo que o direito do promitente adquirente prevaleça sobre todos os direitos reais ou pessoais, que se constituam sobre a mesma coisa, desde que registados em data posterior à do registo do contrato-promessa com eficácia real.

7. TRANSMISSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTES

O artigo 412.º admite a transmissão *mortis causa* ou por acto *inter vivos* de direitos e obrigações nascidos do contrato-promessa. No pri-

(46) Assim decidiu o STJ no seu Acórdão de 18 de Janeiro de 1996, *in* CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1996, Vol. I, p. 46.

meiro caso (transmissão por morte) aplicam-se as regras da sucessão (artigos 2597.º e ss.); no segundo (transmissão por acto *inter vivos*), as regras gerais da cessão de posição contratual — artigos 424.º e ss. (quando se transmitam concomitantemente direitos e obrigações — por exemplo é o caso da cessão da posição dos promitentes), ou da cessão de créditos — artigo 577.º (quando se transmita só um direito de crédito — por exemplo, direito do beneficiário duma promessa unilateral).

Veda-se esta possibilidade de transmissão quando os direitos e obrigações sejam exclusivamente pessoais. Para tal qualificação deve ter-se em atenção a natureza abstracta da figura negocial em causa, a factualidade específica envolvente do negócio concreto e mesmo a vontade efectiva ou presumível das partes.

Como exemplos de contratos promessa cujos direitos e obrigações não são transmissíveis, sói apontar-se o contrato-promessa de trabalho, contrato-promessa de prestação de serviços, contrato-promessa de mandato e contrato-promessa de locação quanto ao locatário.

8. INCUMPRIMENTO DO CONTRATO-PROMESSA

O incumprimento do contrato-promessa, em virtude do princípio da equiparação constante do n.º 1 do artigo 410.º, é regido pelas disposições de carácter geral dos artigos 790.º e ss.

Assim, cumpre distinguir as diferentes modalidades que o incumprimento pode revestir.

Uma classificação possível é a que atende à causa da falta de cumprimento. Tendo por guia tal critério, detectam-se situações em que o não cumprimento ocorre por facto imputável ao devedor. Suponhamos que o promitente vendedor aliena a um terceiro o imóvel que prometera vender, ou que destrói o bem cuja propriedade prometera transmitir. A situações deste tipo aplica-se o regime constante dos artigos 798.º a 812.º

Outras vezes, o incumprimento fica a dever-se a facto de terceiro (que destrói o bem objecto de contrato-promessa), ou a acontecimento fortuito ou de força maior (cataclismo natural imprevisível e de proporções desmesuradas que inviabilizam uma actuação preventiva da destruição do bem que se prometeu alienar) ou a factos do credor (se é ele que não disponibiliza documentos indispensáveis à emissão da declaração de vontade do outro promitente). Para estas situações o legislador previu a disciplina que resulta dos artigos 790.º a 797.º. Atente-se ao regime dos artigos 813.º e ss. que regem as hipóteses da mora do credor.

Uma outra grelha classificatória é a que respeita ao efeito do incumprimento sobre a relação obrigacional. À luz deste critério, distinguem-se as situações de mora das do incumprimento definitivo.

Existe mora quando o devedor não realiza a prestação no momento devido, mas ainda a pode realizar, porque é factualmente possível e ainda satisfaz os interesses do credor. Constitui pois um atraso ou retardamento da prestação (47).

O momento da constituição em mora é o da interpelação do devedor para cumprir, salvo se a obrigação tiver prazo certo (artigo 805.º, n.º 1, al. a), e n.º 2).

A mora, quando resulte de facto imputável ao devedor, segue o regime dos artigos 804.º e ss. Quando o atraso se fique a dever ao credor, aplica-se o disposto nos artigos 813.º e ss. Se a mora não provier de facto imputável ao credor nem ao devedor, tratar-se-á de uma situação que o artigo 792.º regula sob a epígrafe de impossibilidade temporária.

Noutras situações, verifica-se um incumprimento definitivo. Este pode traduzir-se numa verdadeira impossibilidade de cumprimento (porque a prestação deixou de ser material ou juridicamente possível), ou numa falta de cumprimento irreversível.

Nesta última hipótese enquadram-se, desde logo, as situações em que a prestação devia ter sido realizada impreterivelmente até um determinado momento, em observância de um prazo fixo absoluto, e não o foi. Aí, o não cumprimento temporalmente pontual consubstancia um incumprimento definitivo.

Incumprimento definitivo também se verifica, quando o devedor declara inequívoca e peremptoriamente ao credor que não cumprirá a obrigação a

(47) Nos contratos promessa é usual convencionar que caberá a um dos contraentes marcar a data e o lugar para a outorga da escritura do contrato definitivo. Tal cláusula apenas atribui a esse contraente a iniciativa para a marcação; não sujeita o contrato a uma cláusula “*cum voluerit*”, não colocando o seu cumprimento na dependência do arbítrio do contraente a quem é atribuída tal faculdade. Assim, passado que seja um período de tempo excessivo sem que tal contraente proceda à marcação da escritura, pode a contraparte recorrer ao tribunal para que este, nos termos do n.º 3 do artigo 777.º do C.C., fixe um prazo para a celebração da dita escritura. Só depois dessa fixação e se o contraente a quem competia inicialmente a marcação da data da escritura não cumprir no prazo fixado, é que incorrerá em mora. É o que defende o Professor Brandão Proença, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1989, pp. 264 e 265. Vide Acórdão do STJ de 30 de Junho de 1998, in CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. II, p. 151.

que está adstrito, apesar de tal ainda ser possível e corresponder ao interesse do credor (48).

Por vezes, o incumprimento definitivo sobrevem em virtude do retardamento na realização da prestação provocar a perda do interesse do credor nessa realização.

Finalmente, haverá um incumprimento definitivo quando o devedor não realiza a prestação até ao esgotamento do prazo suplementar e razoável que o credor lhe fixou, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 808.º (49).

O incumprimento definitivo segue o regime dos artigos 790.º, 791.º e 794.º e ss., se não for imputável ao devedor e dos artigos 798.º a 803.º, se lhe for imputável.

Ao lado das situações de mora e de incumprimento definitivo, há a assinalar as situações de cumprimento defeituoso ou imperfeito — quando o devedor realiza uma prestação qualitativamente deficiente ou que constitui um *aliud* face ao que havia sido estipulado. A disciplina que regula tal tipo de incumprimento não está autónoma e especialmente pre-

(48) A inclusão destas situações no incumprimento definitivo é propugnada pelo Professor Antunes Varela (*in ob. cit.*, Vol. II, p. 92) e pelo Professor Vaz Serra (*vide* “Impossibilidade superveniente. Desaparecimento do interesse do credor. Casos de não cumprimento da obrigação”, 1955, p. 192). Quanto à jurisprudência, esse entendimento também é partilhado, entre outros, nos Acórdãos do STJ, 1.ª Secção de 10-12-96 e 2.ª Secção de 13-3-97, Acórdão do STJ de 21 de Maio de 1998, CJ-Acórdãos, Ano 1998, Vol. II, p. 91, e Acórdão de 26 de Janeiro de 1999, *in CJ*, Ano 1999, Vol. I, p. 61 e ss.. Neste último Acórdão entende-se que perante declaração expressa e categórica da intenção de um contraente não honrar o compromisso assumido, não se justifica a fixação de um prazo razoável para cumprir como condição para converter a mora em incumprimento definitivo. É assim porque “o recurso à notificação admonitória representaria então, um acto inútil e uma pura perda de tempo, motivo pelo que se considera tal notificação substituída por aquela declaração antecipada de não cumprimento”. Neste Acórdão retira-se a manifestação da intenção de não cumprir o contrato-promessa da rescisão unilateral injustificada (porque relativa a uma condição suspensiva originariamente estipulada, mas posteriormente substituída) do contrato por um dos contraentes.

(49) A fixação deste prazo pelo credor, para ter a virtualidade de concolar a mora em incumprimento definitivo, tem que, para além de ter duração razoável, conter inequivocamente a cominação de que se o devedor não realizar a prestação durante esse lapso de tempo a prestação se tem por definitivamente incumprida. Por isso, o STJ no seu Acórdão de 28 de Abril de 1998 (*in CJ*, Ano 1998, Vol. II, p. 65) entende que “interpelação dos promitentes compradores aos promitentes vendedores para estes designarem dia e cartório para a celebração da escritura, sob cominação de recurso à via judicial, não é admonitória”. O Professor Ribeiro de Faria também adverte, *in ob. cit.*, Vol. II, p. 458, nota 1, que não basta que o credor ameace o devedor com o empreendimento de novas diligências ou com a entrega do caso ao advogado se ele não cumprir no prazo suplementar assinalado.

vista, no capítulo relativo ao não cumprimento mas, pode extrair-se do regime de contratos especiais como a compra e venda e a empreitada.

No âmbito desta exposição interessa-nos particularmente a distinção entre as situações de mora e de incumprimento definitivo, quando sejam imputáveis ao devedor.

Apesar do referido princípio da equiparação que manda aplicar ao contrato-promessa as disposições gerais dos artigos 790.º e ss. (que são as que regulam o incumprimento do contrato prometido), há algumas especificidades que cumpre salientar.

A execução específica e a resolução do contrato são as duas vias que o promitente fiel pode trilhar. A primeira em caso de mora e a segunda em caso de incumprimento definitivo ⁽⁵⁰⁾.

8.1. Execução específica ⁽⁵¹⁾

Em caso de incumprimento de um dos promitentes do contrato-promessa bilateral, ou do único promitente no contrato-promessa unilateral, o outro promitente ou o beneficiário da promessa, respectivamente, podem dirigir-se ao tribunal para obter sentença que substitua a declaração de vontade do promitente faltoso. Trata-se de uma sentença constitutiva (porque produz imediatamente na ordem jurídica os efeitos da celebração do

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido se pronuncia o STJ nos Acórdãos de 10 de Dezembro de 1997 e de 30 de Junho de 1998 (*in* CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1997, Vol. III, pp. 164 e ss., e Ano 1998, Vol. II, pp. 151 e ss., respectivamente) e a Relação de Lisboa no Acórdão de 18 de Janeiro de 1996 (*in* CJ, Ano 1996, Vol. I, pp. 95 e ss.). Pelo contrário, nos Acórdãos de 3 de Outubro de 1995 e de 21 de Maio de 1998 (*in* CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1995, Vol. III, pp. 44 e ss.; Ano 1998, Vol. II, pp. 91 e ss. respectivamente) o STJ entendeu que «é admissível a execução específica do contrato-promessa tanto no caso de mora como no de verdadeira falta de cumprimento do contrato “(assim se dispõe no último dos acórdãos referidos) — tal entendimento é justificado pelo STJ (no Acórdão de 3 de Outubro de 1995) da seguinte forma:”... a lei fala em “não cumprir a promessa” (artigo 830.º, n.º 1) e em “deixar de cumprir “ (artigo 442.º, n.º 2, para o qual remete o seu n.º 3) e afigura-se-nos que tanto a mora como o incumprimento definitivo são abrangidos por tais expressões».

⁽⁵¹⁾ Admite-se actualmente a execução específica, uma vez que se apreendeu a distinção entre a incoercibilidade e a infungibilidade da declaração negocial do promitente faltoso. Se o tribunal não pode condenar o promitente a emitir a declaração negocial em falta, pode proferir sentença que substitua essa declaração que, com a declaração expressa ou tácita do promitente fiel, formará o contrato prometido. Isso mesmo explica o Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 343 e 344.

contrato prometido — tem a mesma eficácia que teria o contrato prometido) que é proferida numa acção declarativa e não numa acção executiva.

A execução específica tem uma natureza supletiva, conquanto as partes podem afastá-la por convenção em contrário. O n.º 2 do artigo 830.º atribui presuntivamente à constituição de sinal e à estipulação de cláusula penal a natureza de convenção em contrário da faculdade prevista no seu n.º 1. Trata-se de uma presunção *juris tantum* que pode ser elidida mediante prova em contrário (artigo 350.º, n.º 2).

A execução específica conquista uma natureza imperativa, quando se trate de contrato-promessa relativo à celebração de contrato oneroso constitutivo ou translativo de direito real sobre edifício ou fracção autónoma dele (artigo 410.º, n.º 3). Esta opção legal, constante do n.º 3 do artigo 830.º, justifica-se pela preocupação, que enformou a intervenção do legislador em 1986 neste instituto, de proteger o consumidor contra um promitente vendedor profissional que pressionasse o primeiro a renunciar à faculdade prevista no artigo 830.º, mediante convenção em contrário. O n.º 3 do artigo 830.º, segunda parte, vem permitir ao tribunal que, na sentença em que substitua a declaração do faltoso, a requerimento deste, possa proceder à modificação do contrato nos termos do artigo 437.º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora. Este regime excepcional o do artigo 438.º que exclui o direito de modificação do contrato se a alteração anormal das circunstâncias ocorre em momento posterior àquele em que o devedor se constituiu em mora ⁽⁵²⁾.

A acrescentar à convenção em contrário, a natureza da obrigação prometida pode obstar ao exercício da faculdade prevista no n.º 1 do artigo 830.º Ora, há que distinguir duas ordens de situações que se integram na expressão legal.

Por um lado, todos os contratos que revistam uma natureza pessoal em virtude do carácter duradouro de que são dotados (que exige que as partes possam sempre desistir da vinculação definitiva, ainda que por tal se constituam em responsabilidade) não são susceptíveis de serem gerados

(52) O Professor Calvão da Silva não vislumbra razões que justifiquem tal excepção. Aliás, este autor não compreende mesmo a justificação da natureza imperativa da execução específica nos contratos a que se refere o n.º 3 do artigo 410.º Ver *ob. cit.*, pp. 116 e 117.

Já para o Professor Almeida Costa, “o desvio ao disposto representa uma atenuação à severidade do sistema imperativo de execução específica”. In *ob. cit.*, p. 360.

por via do mecanismo do artigo 830.º São exemplos desta situação o contrato-promessa de trabalho ⁽⁵³⁾, de empreitada, sociedade, doação...

Por outro lado, também nos contratos reais *quoad constiutionem*, para cuja perfeição se exige a entrega da coisa objecto do contrato (que não é pois uma obrigação que dele resulte, mas um elemento formativo do contrato), a execução específica não é possível. A sentença não era suficiente para dar origem ao contrato definitivo. Estão neste caso, o contrato de mútuo, penhor, comodato.

O Professor Antunes Varela ⁽⁵⁴⁾ acrescenta os casos “em que é o carácter indisponível de certos direitos (como o de perfilhar alguém, o de instaurar ou não acção de divórcio ou uma acção de investigação da paternidade, etc.) que obsta à validade do contrato-promessa e, conseqüentemente, à execução específica da respectiva promessa.

O Professor Almeida Costa ⁽⁵⁵⁾ vem ainda acrescentar aquelas hipóteses “em que a execução específica se encontra impedida por outros preceitos da lei, como sucede na promessa de venda de coisa alheia que o proprietário recusa alienar”.

Por último, cumpre chamar a atenção, como faz o Professor Galvão Telles, para aquelas situações em que é o formalismo específico do contrato que torna a declaração de vontade em falta insubstituível por sentença. É o caso do contrato-promessa de aceitação de uma letra ⁽⁵⁶⁾.

Uma questão que levantou alguma controvérsia ⁽⁵⁷⁾ foi a de saber se será possível a execução específica nos casos em que a celebração do contrato prometido exija a intervenção do notário (por dever constar de documento autêntico) e o contrato-promessa tenha sido, aliás, validamente (artigo 410.º, n.º 2) celebrado em documento particular.

O Assento de 30 de Janeiro de 1985 veio estabelecer que “o contrato-promessa de compra e venda de imóveis que conste de documento particular assinado pelos promitentes, é susceptível de execução específica nos termos do art. 830.º, n.º 1, do C.C. na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho”. Este entendimento vale para o direito que hoje vigora ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵³⁾ Vide n.º 3 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969.

⁽⁵⁴⁾ Vide Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 374.

⁽⁵⁵⁾ Vide Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 364.

⁽⁵⁶⁾ Vide Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 142.

⁽⁵⁷⁾ Vide Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 375 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Vide Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 143, nota 1.

O Professor Antunes Varela justifica a doutrina do Assento deste modo: “A intervenção do magistrado judicial na elaboração da sentença a que se refere o n.º 1 do artigo 830.º do C.C. garante, tanto pelo menos como a participação do notário na redacção da escritura pública, a consecução das finalidades que a exigência desta visa preencher e que tenham real cabimento na execução do contrato-promessa” (59).

O n.º 4 do artigo 830.º vem introduzir, no caso dos contratos promessa previstos no n.º 3 do artigo 410.º, e para efeito da expurgação de hipoteca que onere o objecto do contrato-promessa, a possibilidade de, na sentença que substitua a declaração em falta, se condenar o promitente remisso, na entrega “do montante do débito garantido ou no valor nele correspondente à fracção do edifício ou do direito objecto do contrato e dos juros respectivos, vencidos e vincendos até ao pagamento integral”.

Cumpra analisar as situações em que se recorra à execução específica e seja possível invocar a excepção de não cumprimento do contrato. Este mecanismo consta do artigo 428.º Assim, sendo o contrato prometido um contrato sinalagmático cujas obrigações devam ser cumpridas simultaneamente, pode o réu, na acção de execução específica, invocar a excepção de não cumprimento, recusando-se a cumprir a sua obrigação, enquanto o autor não oferecer o cumprimento da dele (60).

Deve, então, o autor consignar em depósito a sua prestação. Mas quando? Antes da apreciação do mérito da causa ou depois de proferida a sentença final?

Para o Professor Almeida Costa (61) “se a excepção proceder, o juiz deverá — mas só na decisão final que decreta a execução específica — tornar esta dependente da consignação em depósito, dentro do prazo que fixe, da contraprestação cuja falta se demonstre”.

Já o Professor Galvão Telles segue entendimento diverso. Para este autor, a consignação em depósito deve ocorrer ainda na pendência do processo em 1.ª instância, sem o que a acção será julgada improcedente. Se o depósito se verificar, o sentido da decisão final dependerá da apreciação do mérito da causa (62) (63)

(59) Vide Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 380.

(60) Esta faculdade existe, quer o autor seja o promitente comprador, quer seja o promitente vendedor. Ver Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 138.

(61) Vide Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 362.

(62) Vide Professor Galvão Telles, *ob. cit.*, p. 137.

(63) O Professor Calvão Silva segue orientação idêntica, *in ob. cit.*, p. 118.

Parece-nos que a razão está na posição defendida pelo Professor Almeida Costa. E tal entendimento decorre dos argumentos apresentados por aquele autor. Se se fizesse da consignação em depósito uma condição da apreciação do mérito da acção de execução específica “correr-se-ia o risco de o tribunal ordenar a consignação em depósito, por admitir que se estava perante um contrato que permitia invocar a excepção de não cumprimento, e o autor ver a acção julgada improcedente pela simples falta dessa consignação, sem que fossem apreciados os fundamentos da execução específica” (64).

Por último, cumpre advertir que, com a execução específica se pode cumular o pedido de uma indemnização pelos danos moratórios que se tenham produzido.

8.2. Resolução do contrato

A segunda via que se apresenta ao promitente fiel (65) é a de resolver o contrato-promessa. O direito à resolução do contrato existe, quando se está perante uma situação de incumprimento definitivo imputável ao devedor. A resolução opera por declaração unilateral receptícia (artigo 436.º, n.º 1), que se torna irrevogável a partir do momento que chega ao poder do devedor ou é dele conhecida (*vide* artigo 224.º, n.º 1).

O accionar do mecanismo resolutivo não é excludente do direito à indemnização. Aliás, o nosso legislador garante a cumulação do meio resolutivo com o dispositivo indemnizatório, desde logo no n.º 2 do artigo 801.º

Aqui importa distinguir as situações em que existe sinal daquelas em que ele não existe.

Se não se tiver constituído sinal, em caso de resolução, o promitente remisso tem de indemnizar o outro segundo as regras gerais da responsabilidade civil. E, nesse caso, a indemnização será calculada nos termos do n.º 1 do artigo 564.º, correspondendo aos danos efectivamente suportados.

Existindo sinal, há que atender ao disposto no artigo 442.º

Deve, desde já, salientar-se que a disciplina do sinal não é imperativa. Desde logo, é ilidível, nos termos do n.º 2 do artigo 350.º, a presunção de

(64) *In* Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 362.

(65) Já ao promitente faltoso não é lícito, no contrato bilateral, invocar o seu próprio incumprimento como fundamento da resolução do contrato, ver neste sentido Acórdão do STJ de 21 de Maio de 1998, *in* CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. II, pp. 91 e ss.

que no contrato-promessa de compra e venda a quantia entregue pelo promitente comprador ao promitente vendedor (ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço) assume o carácter de sinal (artigo 441.º). Por outro lado, como decorrência do princípio da autonomia privada que enforma o nosso ordenamento, o legislador, no n.º 1 do artigo 405.º, dispõe que “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos (...) ou incluir nele as cláusulas que lhes aprouver”. Ora, no artigo 442.º, em que o legislador traça o regime do sinal, ressalva-se a relevância da vontade das partes que podem formular estipulação contrária ao disposto no n.º 4 desse artigo, que reza assim: “Na ausência de estipulação em contrário, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda de sinal ou de pagamento do dobro deste, ou do aumento do valor da coisa ou do direito à data do não cumprimento”. Cumpre salientar que a regra deste número, que proscreve a existência de outra espécie indemnizatória, para além das que decorrem do n.º 2 do mesmo artigo, vale para o ressarcimento dirigido ao incumprimento do contrato. Nada obsta a que, simultaneamente à actuação dos mecanismos do n.º 2 do artigo 442.º previstos para a situação de incumprimento, haja lugar a uma indemnização por responsabilidade *in contrahendo* (artigo 227.º). Será assim se, o devedor não tiver agido nas negociações e no iter formativo do contrato, de acordo com os ditâmes da boa fé e se, do ilícito pré-contratual emergirem danos individualizáveis em relação aos que decorrem do incumprimento do contrato.

Em todo o caso e mesmo quanto à situação de incumprimento, é o n.º 4 do artigo 442.º a denunciar na parte introdutória, “Na ausência de estipulação em contrário...”, o carácter supletivo da regra que formula. Assim, as partes podem admitir que ao funcionamento das regras do sinal, ou da indemnização pelo valor diferencial (artigo 442.º, n.º 2), acresçam outros mecanismos indemnizatórios ou podem mesmo afastar o funcionamento daquelas regras ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁶⁾ Nesta orientação, o STJ dispôs no Acórdão de 12 de Março de 1996 (CJ, Ano 1996, Vol. I, p. 139) que, sem prejuízo de se considerar a quantia entregue pelo promitente comprador ao promitente vendedor como sinal, é válida a estipulação das partes no sentido de que, em caso de incumprimento imputável ao promitente vendedor, este deva restituir o sinal em singelo acrescido dos juros a contar da data da entrega das quantias que constituem o sinal (em vez da entrega do sinal em dobro).

Vejamos, no entanto, qual o regime aplicável na falta de cláusula derogadora da disciplina legal do sinal.

Por um lado, existe o mecanismo do sinal, que corresponde à fixação antecipada da indemnização para o caso de inadimplência.

Se quem não cumpre é o *tradens* do sinal, tem aquele que o recebeu o direito a fazê-lo seu. Para que haja uma identidade de sanções, se o promitente faltoso é o *accipiens* do sinal, deve restituí-lo em dobro ⁽⁶⁷⁾.

Ora, o legislador, em 1980, introduziu uma nova sanção que funciona a favor do *tradens* do sinal, quando haja incumprimento imputável à contraparte. A sanção foi corrigida em 1986, através de nova intervenção legislativa.

O dispositivo introduzido na parte final do n.º 2 do artigo 442.º só funciona quando haja *traditio rei* ⁽⁶⁸⁾. Como nestes casos se gera uma situa-

⁽⁶⁷⁾ A obrigação do pagamento do sinal em dobro está sujeita ao princípio nominalista, pelo que não se aplicam as normas dos artigos 562.º a 564.º e 566.º, nomeadamente no que respeita à correcção monetária do montante a pagar, segundo as variações constantes do índice de preços no consumidor fornecido pelo I.N.E. Não há pois lugar à actualização do valor nominal por forma a que o montante a pagar apresente um valor real correspondente ao que o montante do sinal multiplicado por dois tinha no momento da celebração do contrato-promessa e da entrega das quantias integradoras do sinal. É este o entendimento que o STJ sufraga no Ac. de 9 de Dezembro de 93 in CJ-Acórdãos do STJ, Ano I, Tomo III, p. 170, e no Ac. de 30 de Junho de 1998, in CJ-Acórdãos STJ, Ano 1998, Tomo II, pág. 145. Neste último, dispõe o STJ que “neste caso não se está em face de uma obrigação de indemnização consistente em dívida de valor posteriormente convertida em obrigação pecuniária, mercê da fixação do seu montante em dinheiro, mas perante quantia em dinheiro, determinada com base no critério certo da multiplicação por dois da quantia recebida como sinal”.

⁽⁶⁸⁾ A tradição do bem, objecto do contrato-promessa, implica atribuição ao promitente comprador de um direito pessoal de gozo. Tal direito coenvolve o reconhecimento de poderes de uso, fruição ou utilização do dito bem. Vide Acórdão do STJ de 26 de Setembro de 1995 in CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1995, Vol. II, p. 22 e Acórdão da Relação do Porto de 9 de Outubro de 1995, in CJ, Ano 1995, Vol. IV, pp. 205 e ss. Estes poderes sobre a *res* alicerçam-se no direito de crédito emergente do contrato-promessa. Assim sendo, a *traditio* não envolve a transmissão da posse legítima do bem, já que a posse, nas palavras do artigo 1251.º, se define como “o poder de facto que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou outro direito real”. Ora, o promitente comprador não actua em conformidade com um direito absoluto de natureza real (de que ainda não é titular mas espera vir a ser, em virtude do cumprimento do contrato-promessa), mas enquanto titular de um direito de crédito que tem uma eficácia limitada às partes do contrato de que emerge esse direito. Assim, o *accipiens*, em virtude da *traditio* da coisa, fica investido na qualidade de detentor ou possuidor precário da mesma (nos termos do artigo 1253.º). Daí que os Professores Antunes Varela e Pires de Lima escrevam,

ção de facto dotada de uma forte aparência de estabilidade, justifica-se uma indemnização mais gravosa. O *quantum* indemnizatório corresponde ao valor da coisa ou do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do não cumprimento com dedução do preço convencionado ⁽⁶⁹⁾, a que se deve acrescentar o sinal em singelo e a parte do preço já paga.

O carácter especialmente gravoso da tal sanção — que se justifica pela preocupação de atenuar as violações dos contratos promessa que a desvalorização da moeda promovia — explica que na segunda parte do n.º 3 do artigo 442.º, o legislador, no caso do promitente fiel por ela optar, conceda ao promitente faltoso o contra direito de se opor a essa faculdade, oferecendo o cumprimento do contrato. Ora a polémica surge, quando o legislador vem ressaltar o disposto no artigo 808.º

O Professor Ribeiro de Faria detectou, de imediato, a incongruência que os termos legais escondem. Diz o autor “ou há mora ou não cumprimento. Se há mora, não há ainda lugar ao direito pelo «valor», que é uma indemnização (pelo não cumprimento definitivo); se há não cumprimento definitivo (hipótese do artigo 808.º), e onde cabe precisamente a indemnização pelo valor, o que já se não pode é voltar mais à relação contratual originária”. E explica “Isto é, ou se verifica a hipótese do artigo 808.º, e o promitente faltoso (devedor) já não pode mais desvincular-se oferecendo a prestação (porque houve a conversão da mora em não cumprimento definitivo); ou, então, ainda não se caiu no âmbito do artigo 808.º, e, nesse caso, também o devedor não pode desonerar-se pres-

em anotação ao artigo 1251.º no Código Civil Anotado, Vol. III, p. 6: “O contrato-promessa, com efeito, não é susceptível de só por si transmitir a posse ao promitente comprador. Se este obtém a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, adquire o *corpus* possessório, mas não assume o *animus possidendi*, ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário”. Esta precisão é importante, porque o titular de um direito pessoal de gozo não pode invocar os poderes que exerce sobre a coisa, em virtude desse direito, para accionar os mecanismos de protecção possessória, salvo nas situações excepcionais em que o legislador estende tal protecção a situação de mera detenção.

⁽⁶⁹⁾ O Professor Calvão da Silva defende *de jure constituto*, que o valor a deduzir não é o do preço convencionado, mas o valor objectivo da coisa ou do direito ao tempo da celebração. Caso contrário, se o preço convencionado fosse inferior ao valor referido, o montante indemnizatório seria excessivo. A letra do n.º 4 do artigo 442.º conforta este entendimento. Vide Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 79.

O Professor Antunes Varela considera também que o legislador “definiu mal o objecto da segunda das sanções apontadas...”, *in ob. cit.*, p. 351.

tando coisa diferente (nem o credor exigi-la) da devida nos termos contratuais” (70).

O Professor Antunes Varela entende que “se o contra-direito do faltoso de afastar a sanção mais grave cominada contra o não cumprimento só existe quando não tenha ocorrido qualquer das situações de falta de cumprimento tabeladas no artigo 808.º, é porque a sanção se aplica logo que, nas situações previstas de promessa com tradição da coisa, o faltoso incorre em simples mora” (71). Para além disso, considera que “o pior é que a solução de ligar à simples mora do promitente vendedor faltoso (com sinal e tradição da coisa) a aplicação imediata da sanção mais grave cominada na lei para o não-cumprimento da promessa arrasta consigo a aplicação do mesmo esquema às demais sanções previstas na mesma disposição legal” (72).

O autor considera que o legislador apenas veio consagrar mais uma excepção ao regime geral do artigo 808.º Como diz este autor “embora afectada pelo erro de nascença que envenena a sua raiz, a equiparação da mora à falta definitiva de cumprimento da obrigação, na área da promessa sinalizada, virou lei” (73).

Trata-se de uma solução semelhante à que consta hoje da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 64.º do Regime do Arrendamento Urbano (RAU) e dos artigos 1150.º, 1235.º e 1242.º, todos do Código Civil. Mas, se a solução de dar ao credor a faculdade de se prevalecer da resolução do contrato em situação de simples mora, se justifica nas hipóteses agora enumeradas por razões ponderosas (74), já quanto ao contrato-promessa sinalizado não há qualquer argumentação que sustente a opção legislativa. O Professor Antunes Varela diz “nada justificaria essa equiparação com base na aplicação analógica doutras normas contidas no sistema, quer porque o carácter excepcional das normas o não permitiria, quer porque nenhuma analogia existe entre as situações confrontadas” (75).

Ora, o autor considera mesmo que “ se há convenção negocial que justifique o travão da chamada interpelação admonitória, pela natureza intrínseca das prestações que dela decorrem e sobretudo com o agravamento

(70) *In* Professor Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 282.

(71) *In* Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 358.

(72) *In* Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p.358.

(73) *In* Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p.367.

(74) *In* Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p 368.

(75) *In* Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p.369.

de sanções decretado a partir de 1980, essa convenção é contrato-promessa” (76).

Apesar das críticas aceradas que a solução lhe suscita, o autor, em homenagem ao dever de obediência à lei “proclamada solenemente do alto do trono do artigo 8.º do C.C.” (77), retira as devidas consequências da mesma.

O Professor Mário Júlio de Almeida Costa entende que a conversão da mora em incumprimento definitivo, no caso do contrato-promessa sinalizado, se afasta do regime geral. Para ele “ a exigência do sinal ou da indemnização actualizada constitui uma declaração tácita de resolução do contrato-promessa (artigo 436.º, n.º 1)” (78) (79). Para este autor, a ressalva do artigo 808.º, justifica-se porque, “por um lado, subentende que o beneficiário da promessa pode exercer opção indemnizatória (do artigo 442.º, n.º 2, *in fine*), sem a verificação dos pressupostos do número um deste preceito; e, por outro lado, implica que ao promitente remisso apenas cabe invocar a excepção do cumprimento do contrato-promessa, desde que não ocorra algum desses pressupostos” (80).

Por último, o Professor Calvão da Silva (81) defende um interpretação ab-rogante de todo o n.º 3 do artigo 442.º O autor apresenta vários argumentos nesse sentido.

Quanto à primeira parte do n.º 3 do artigo 442.º, que diz que “em qualquer dos casos previstos no número anterior, o contraente não faltoso pode, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, nos termos do artigo 830.º”, o autor considera que há uma errada inserção sistemática.

Por um lado, o âmbito de aplicação de execução específica e da indemnização pelo valor ou do sinal são diferentes. A primeira só tem lugar quando se está numa situação de mora, enquanto que a segunda só funciona quando haja incumprimento definitivo (82). Por outro lado, a expressão com que o legislador abre o artigo, “em qualquer dos casos previstos no número anterior”, parece estar em contradição com o n.º 1 do artigo 830.º e sobre-

(76) In Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 367.

(77) In Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 367.

(78) In Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 376.

(79) Ver Acórdão do S.T.J, de 8-11-88, in R.L.J., Ano 124, p. 91 e ss., com anotação do Professor Almeida Costa.

(80) In Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, p. 373.

(81) In Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 99.

(82) Assim não entende o Professor Antunes Varela que admite execução específica mesmo em caso de incumprimento definitivo. *Vide ob. cit.*, p. 362.

tudo com o seu n.º 2. Isto, porque o n.º 2 do artigo 442.º se refere a contratos sinalizados e o n.º 2 do artigo 830.º presume que o sinal funciona como convenção em contrário da faculdade da execução específica. Ora, a aparente contradição é afastada pela referência que o legislador faz aos “termos do artigo 830.º”.

Quanto à segunda parte do mesmo n.º 3 que parece admitir a aplicação da sanção mais gravosa do n.º 2 em caso de simples mora do *accipiens* do sinal, o autor apresenta vários argumentos em sentido desfavorável a essa solução ⁽⁸³⁾.

Por um lado, faz apelo a um argumento literal que retira do n.º 2 do mesmo artigo em que se utilizam as seguintes expressões: “se quem constitui o sinal deixar de cumprir”; “se o não cumprimento do faltoso”. Estas expressões referem-se à existência de um verdadeiro e próprio incumprimento definitivo.

Por outro lado, chama à colação o preâmbulo do Decreto-Lei que milita no sentido de que as sanções do n.º 2 do artigo 442.º só existem quando haja resolução do contrato-promessa.

Em terceiro lugar, considera — e o texto legal confirma-o — que a faculdade da execução específica é “uma alternativa ao direito de resolução” ⁽⁸⁴⁾.

Vários outros argumentos são elencados, dos quais destaco apenas o que o Professor Calvão da Silva enumera em sétimo lugar e que é o seguinte: “o próprio direito de retenção — direito de retenção concedido ao promitente-comprador pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, no n.º 3 do artigo 442.º, e ampliado ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, na al. f) do n.º 1 do artigo 755.º — não tem sentido na mora, hipótese em que o promitente-comprador ou mais amplamente o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa, a que se refere o contrato prometido, não está obrigado a entregar essa coisa; a obrigação de entregar a coisa, cuja *traditio* obteve antecipadamente, é uma consequência da resolução e o direito de retenção sobre ela, que o legislador lhe veio conceder, é a garantia real do crédito resultante do não cumprimento ou incumprimento definitivo imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º” ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸³⁾ Vide Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 86.

⁽⁸⁴⁾ In Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 87.

⁽⁸⁵⁾ In Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 89.

Conclui o autor que “sendo o incumprimento definitivo pressuposto do funcionamento do n.º 2 do artigo 442.º, e portanto da opção pelo aumento do valor da coisa, não faz sentido a possibilidade de o promitente faltoso oferecer o cumprimento: essa possibilidade é precludida pelo incumprimento definitivo e opção pela resolução do contrato feita pelo promitente comprador, acompanhada do valor da coisa, em vez do sinal dobrado, como indemnização. Logo, sem utilidade fica também a ressalva do disposto no artigo 808.º, visto que, se o contraente faltoso oferecer o cumprimento da promessa resolvida, a outra parte pode legitimamente recusar a oferta, invocando o incumprimento definitivo como facto que fundamentou o direito de resolução, sendo inadmissível que possa oferecer-se (ou exigir-se) o adimplemento de um contrato resolvido pelo exercício de um direito potestativo (...). Seria a negação pura e simples do direito potestativo, que, por natureza e definição não é susceptível de violação” (86).

A argumentação do Professor Calvão da Silva parece-nos repleta de sentido. E por isso justificar-se-ia *de jure constituendo* a abolição do n.º 3 do artigo 442.º Mas, enquanto tal não acontece, o intérprete é confrontado com aquela disposição. O que fazer? O Professor Calvão da Silva defende a interpretação ab-rogante. Ora, seguindo a doutrina do Professor Baptista Machado (87) “o intérprete recorrerá a tal forma de interpretação, é claro, apenas quando só por essa via seja possível alcançar o fim visado pelo legislador”.

Sendo a interpretação ab-rogante uma última *ratio*, parece-nos que o entendimento do Professor Mário Júlio Almeida Costa é o que melhor se coaduna com a letra da lei, sem prejudicar a arquitectura geral do regime de incumprimento.

Por fim, cumpre fazer apenas uma referência à orientação jurisprudencial.

O Professor Calvão da Silva apresenta um número apreciável de decisões judiciais que fazem depender o funcionamento do mecanismo do sinal ou da sanção pelo valor diferencial do incumprimento definitivo e não da simples mora (88).

Mas, esse entendimento não é pacífico na jurisprudência (89). Apre-

(86) *In* Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 98.

(87) *In* Professor Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao discurso Legitimador*, 1995, p. 186.

(88) *In* Professor Calvão da Silva, *ob. cit.*, p. 93 e ss.

(89) Para além dos Acórdãos referidos em texto, no sentido de que a aplicação das sanções do artigo 442.º depende de incumprimento definitivo destacam-se o Acórdão do STJ

sentamos, a título meramente exemplificativo, alguns acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça relativamente recentes que atestam o carácter efervescente e polémico que a situação encerra.

No acórdão de 18 de Março de 1997 ⁽⁹⁰⁾ o Supremo Tribunal de Justiça dispõe que o direito de exigir o sinal em dobro pressupõe apenas a mora do promitente vendedor e não uma situação de incumprimento definitivo.

Em acórdão de 27 de Novembro de 1997, o Supremo Tribunal de Justiça navegou por outras águas e estatui que “a aplicação das sanções previstas no artigo 442.º pressupõe o incumprimento definitivo do contrato-promessa e não simples mora”.

Já num acórdão de 10 de Fevereiro de 1998 ⁽⁹¹⁾ o Supremo Tribunal de Justiça estabeleceu que “no regime do artigo 442.º (redacção do Decreto-Lei n.º 236/80) a resolução do contrato-promessa exigia o incumprimento definitivo de um dos contraentes; no regime actual (redacção do Decreto-Lei n.º 379/86) para a resolução basta a simples mora”.

No Acórdão de 26 de Maio de 1998 ⁽⁹²⁾ o Supremo Tribunal de Justiça voltou a sufragar a tese que faz depender a aplicação das sanções do artigo 442.º da verificação de um incumprimento definitivo.

Qualquer que seja o entendimento propugnado para a questão anterior — a de saber se o direito à indemnização pelo valor diferencial e por maioria de razão para a restituição do sinal em dobro depende de simples mora ou de incumprimento definitivo — a lei concede ao beneficiário da promessa da transmissão ou constituição do direito real quando obteve a

de 18 de Janeiro de 1995 (*in* CJ.-Acórdãos do STJ, Ano 1995, Vol. I, pp. 34 e ss.), o Acórdão do STJ de Novembro de 1995 (*in* CJ.-Acórdãos do STJ, Ano 1995, Vol. III, pp. 78 e ss.), o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Julho de 1995 (*in* CJ., Ano 1995, Vol. IV, pp. 86 e ss.) e o Acórdão da Relação de Lisboa de 28 de Novembro de 1996 (*in* CJ., Ano 1996, Vol. V, pp. 118 e ss.). Diferente é o entendimento da Relação do Porto no Acórdão de 10 de Julho de 1997 (*In* CJ., Ano 1997, Vol. IV, pp. 183 e ss.). Aí se entende que: «Constitui diferença na estrutura do funcionamento das sanções do sinal e da indemnização do aumento do valor do objecto mediato do contrato-promessa sobre o preço convencional, a admissão, quanto a esta, da excepção de cumprimento, que o regime do sinal recusa. Da inovadora admissão desta excepção, no n.º 3 do artigo 442.º, na redacção do Decreto-Lei n.º 379/86 de 11 de Novembro e dessa diferença estrutural da “nova sanção” é mera decorrência a sua aplicação em situação de *mora debitoris*. A sua introdução no sistema sancionatório do contrato-promessa, não conduz à subversão do regime do sinal, funcionando este em situação de definitivo incumprimento».

⁽⁹⁰⁾ *In* CJ.-Acórdãos do STJ, Ano 1997, Vol. I, pp. 160 e ss.

⁽⁹¹⁾ *In* CJ.-Acórdãos do STJ Ano 1998, Vol. I, pp. 63 e ss.

⁽⁹²⁾ *In* CJ.-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. II, pp. 100 e ss.

tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o direito de retenção⁽⁹³⁾ sobre essa coisa pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte (artigo 755.º, n.º 1, al. f).

Esta faculdade reveste tanta mais importância quanto o direito de retenção prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente (artigo 759, n.º 2). O direito de crédito daquele que obteve a *traditio rei* fica, assim, dotado de uma força robustecida. Diz o Professor Ribeiro de Faria “no diferendo ou jogo de interesses polarizados, em torno do consumidor final e das instituições de crédito, a lei, repensando tudo deixou-se cair, mais uma vez, para o lado do primeiro. E bem. É que as armas com que as instituições de crédito se podem defender neste contexto levam de longe a palma às capacidades de defesa dos simples particulares. Àquelas basta, na verdade, para se acautelarem adequadamente, seleccionar os créditos a conceder”⁽⁹⁴⁾.

Concordamos com a opção legislativa e julgamos que na passagem que acabamos de transcrever, o Professor Ribeiro de Faria é muito claro e convincente nas razões que para ela apresenta.

Cumprе assinalar que o direito de retenção que a lei confere pelo crédito que resulta do incumprimento do contrato-promessa por culpa da contraparte é um direito real de garantia que vale *erga omnes*, assegurando ao credor o direito de seqüela sobre o objecto retido, ainda que haja transmissão do direito de propriedade. Logo, o direito de retenção onera a coisa, qualquer que seja o seu proprietário. Assim, o promitente comprador, enquanto revestido do direito de retenção, poderá ser capaz de defesa possessória mesmo contra o proprietário do bem (ainda que este já não seja o promitente alienante que incumpriu o contrato-promessa, e que

⁽⁹³⁾ O direito de retenção extingue-se por confusão, se o promitente comprador adquirir, em hasta pública, a propriedade do bem sobre que incide o direito de retenção de que é titular em virtude do artigo 755.º, n.º 1, al. f). Este foi o entendimento do STJ no Acórdão de 25 de Março de 1999 (CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1999, Vol. II, p. 40). Assim, o STJ entende que não se verifica a caducidade do direito de retenção por razões de eficácia processual que subjazem aos n.ºs 2 e 3 do artigo 824.º, mas que se verifica a extinção desse direito por força da operação jurídica de natureza substantiva estrita que é a confusão. Assim sendo, com a extinção por confusão, da sujeição real que afectava o bem adquirido em hasta pública, o promitente comprador não pode prevalecer-se da transferência do direito de retenção para o produto da venda do bem como prevê o artigo 824.º, n.º 3, para a situação do direito caducar nos termos do n.º 2 deste dispositivo.

⁽⁹⁴⁾ In Professor Ribeiro de Faria, *ob. cit.*, p. 281.

transmitiu o direito real sobre o bem objecto desse contrato-promessa a outrem, seu actual proprietário) ⁽⁹⁵⁾.

9. VIOLAÇÃO DO CONTRATO-PROMESSA

Existe violação do contrato-promessa quando, por culpa de um dos promitentes, não mais é possível celebrar o contrato prometido, cumprindo as obrigações emergentes do contrato-promessa.

Acontece, por exemplo, quando no contrato-promessa de compra e venda o promitente aliena a coisa, objecto do contrato-promessa, a terceiro.

As consequências são diferentes consoante o contrato-promessa tenha eficácia relativa ou absoluta .

Se o contrato-promessa não preenche os requisitos exigidos no artigo 413.º, tem a sua eficácia limitada às partes, não sendo oponível a terceiro (artigo 406.º) ⁽⁹⁶⁾.

Assim, o promitente fiel ou o beneficiário da promessa apenas tem o direito a ser indemnizado pelos danos emergentes do não cumprimento. O *quantum* indemnizatório é que variará consoante haja ou não sinal ou cláusula penal. Se existir, o montante da indemnização será aferido em função da estipulação das partes, à luz do disposto no artigo 442.º, para o sinal, e artigo 811.º, para a cláusula penal ⁽⁹⁷⁾.

Se existir sinal e tiver havido *traditio rei*, o promitente pode, em vez

⁽⁹⁵⁾ É isso que o STJ defende no Acórdão de 11 de Fevereiro de 1999, *in* CJ-Acórdãos do STJ, Ano de 1999, Vol. I, p. 103 e no Acórdão de 25 de Fevereiro de 1986, *in* RLJ, 124, pp. 339 e ss. No mesmo sentido, Antunes Varela, *in* RLJ, 124, pp. 350 e ss.

⁽⁹⁶⁾ Veja-se, no entanto, o Acórdão do STJ de 11 de Março de 1997, CJ-Acórdãos do STJ, Ano 1997, Vol. I, p. 141, em que o STJ admite que o terceiro adquirente do bem — e que, assim, impediu o cumprimento do contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional — responda perante o credor — promitente comprador. Para que assim seja é necessário que o terceiro “ao exercer a sua liberdade de contratar, tenha excedido (...)” manifestamente os limites impostos pela boa fé, sendo a sua conduta particularmente chocante e censurável. “(Acórdão supracitado). O terceiro será responsabilizado se o seu comportamento consubstanciar um abuso do direito (artigo 334.º). Sobre a problemática da eficácia das obrigações, ver Professor Antunes Varela, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 184 e 185; Professor Almeida Costa, *ob. cit.*, pp. 73 e 75; Professora Ana Prata, *Contrato-promessa e seu Regime Civil*, p. 694 a 703 e Professor Ribeiro de Faria, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 41 a 47.

⁽⁹⁷⁾ Quanto ao sinal não existe qualquer norma equivalente à do artigo 812.º, pelo que o julgador não pode reduzir, por razões de equidade, o montante indemnizatório que resulta da constituição do sinal.

de exigir a restituição do sinal em dobro, optar pela indemnização correspondente ao valor diferencial previsto no n.º 2 do artigo 442.º

Se o contrato-promessa, ao abrigo do artigo 412.º tem eficácia *erga omnes*, o direito do promitente prevalece sobre todo o direito incompatível que seja constituído sobre a coisa, objecto do contrato-promessa e tenha sido registado posteriormente ao registo do contrato-promessa.

Assim, apesar da alienação ou oneração da coisa a terceiro, o promitente pode interpor acção pela qual obtenha a execução específica da promessa, independentemente da existência do sinal ou cláusula penal.

Na mesma acção, o autor pode requerer a declaração da nulidade da alienação realizada pelo promitente inadimplente a terceiro e como consequência a entrega da coisa.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, *Contrato-Promessa — Uma Síntese do Regime Actual*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1998.
- — *Direito Das Obrigações*, 7.ª edição 1998.
- ANA PRATA, *Contrato-Promessa e o seu Regime Civil* — Coimbra, Almedina, 1999.
- ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almedina, 9.ª edição 1996.
- A. VARELA e P. DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1997.
- CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, Coimbra, 1987.
- GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, 1997.
- MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1966.
- MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1994, Reimpressão.
- MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, 3.ª edição.
- RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 1987.
- RUI DE ALARCÃO, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, 1971, Coimbra.

Jurisprudência utilizada:

- Assento de 15 de Novembro de 1963, *in Diário da Governo* de 3 de Dezembro de 1963.
- Assento de 30 de Janeiro de 1985, *in Diário da República*, I Série, de 5 de Março de 1985.
- Assento de 29 de Novembro de 1989, *in Diário da República*, I Série, de 23 de Fevereiro de 1990.
- Assento de 28 de Junho de 1994, *in R.L.J.* n.º 3848, pp. 335 e ss.
- Assento de 1 de Fevereiro de 1995, *in Diário da República*, I Série, de 22 de Abril de 1995.
- Acórdão de 9 de Dezembro de 1993 *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1993, Tomo III, pp. 170 e ss.
- Acórdão do STJ de 26 de Setembro de 1995, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1995, Vol. III, pp. 22 e ss.
- Acórdãos de 3 de Outubro de 1995, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ Ano 1995, Vol. III, pp. 44 e ss.

- Acórdão do STJ de 18 de Janeiro de 1996, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, ano 96, Vol. I, pp. 46 e ss.
- Acórdão do STJ de 12 de Março de 1996, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1996, Vol. I., pp. 141 e ss.
- Acórdão do STJ de 11 de Março de 1997, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1997, Vol. I, p.148.
- Acórdão do STJ de 18 de Março de 1997, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1997, Vol. I, pp. 160 e ss.
- Acórdãos do STJ de 10 de Dezembro de 1997 *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1997 Vol. III, pp. 164 e ss.
- Acórdão do STJ de 10 de Fevereiro de 1998, *in* Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. I, pp. 63 e ss.
- Acórdão do STJ de 12 de Março de 1998, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. I, p. 124.
- Acórdão do STJ de 26 de Maio de 1998, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. II, pp. 100 e ss.
- Acórdão do STJ de 28 de Abril de 1998 *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. II, pp.65 e ss.
- Acórdãos do STJ de 21 de Maio de 1998, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. II, pp. 91 e ss.
- Acórdão do STJ de 30 de Junho de 1998, *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol II, pp. 151 e ss.
- Acórdão do STJ de 12 de Novembro de 1998 *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1998, Vol. III, pp.110 e ss.
- Acórdão do STJ de 11 de Fevereiro de 1999 *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1999, Vol. I, pp. 103 e ss.
- Acórdão do STJ de 25 de Março de 1999 *in* Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do STJ, Ano 1999, Vol. II, pp. 40 e ss.
- Acórdão da Relação do Porto de 9 de Outubro de 1995, *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano 1995, Vol. IV, pp. 205 e ss.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Janeiro de 1996 *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano 1996 Vol. I, pp. 95 e ss.
- Acórdão da Relação do Porto, de 26 de Março de 1996, *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano 1996, Vol. II, pp. 204 e ss.
- Acórdão da Relação do Porto de 17 de Junho de 1996, *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano 1996, Vol. II, pp. 219 e ss.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Novembro de 1997, *in* CJ — Acórdãos do STJ, Ano 1997, Vol. V, pp. 95 e ss.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Março de 1999, *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano de 1999, Vol. II, pp. 84 e ss.
- Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Maio de 1999 *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano 1999, Vol. III, pp. 94 e ss.
- Acórdão de Relação de Lisboa de 20 de Maio de 99, *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano 1999, Vol. III, p. 105.