UNIVERSIDADE LUSÓFONA DO PORTO

Os Efeitos Da Insolvência no Contrato—Promessa de Compra e Venda

Otávio Gouvêa de Bulhões Neto
otaviobulhoes@hotmail.com
Professora Orientadora: Dra. Letícia Marques Costa
Curso: Mestrado em Direito Empresarial
Junho de 2021

Otávio Gouvêa de Bulhões Neto

Os Efeitos Da Insolvência no Contrato—Promessa de Compra e Venda

Otávio Gouvêa de Bulhões Neto
Universidade Lusófona do Porto
Junho de 2021

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DO PORTO

Os Efeitos da Insolvência no Contrato – Promessa de Compra e Venda

Dissertação apresentada à Universidade Lusófona do Porto para obtenção do grau de Mestre em Direito Empresarial

Orientadora: Professora Doutora Letícia Marques Costa

Dissertação defendida em provas públicas na Universidade Lusófona do Porto no dia 29/11/2021, perante júri composto pelos Excelentíssimos (a) Doutores (a):

Presidente: Doutora Rosário Anjos
Orientadora: Doutora Letícia Marques Costa
Vogal – Arguente: Professor Doutor João Antonio Bahia de Almeida Garret

Otávio Gouvêa de Bulhões Neto

Universidade Lusófona do Porto
Junho de 2021

Agradecimentos,

Começo os agradecimentos por aqueles que abriram às portas de Portugal para mim e minha família, tendo contribuído de grande forma para a organização, conforto e convivência, especialmente os tios Alberto, Alice, Pedro e Leila.

Não posso deixar de lembrar dos meus sogros, que sempre foram entusiastas de todos os desafios do percurso acadêmico e profissional, tendo sempre alinhado palavras de experiência e apoio.

Também recordo do meu sócio que desde o início incentivou está minha jornada e cuja amizade não poderia deixar de recordar, além dele manter firme nosso propósito profissional no Rio de Janeiro.

In memorian, aos meus pais e avôs, cuja lembrança é revivida cotidianamente e são guardadas com os maiores carinhos, todavia, infelizmente, não estão presentes fisicamente neste momento, mas que tenho certeza de algum lugar olham por mim.

Agradeço a paciência e o amor da minha família, em especial a esposa e filho, que muitas vezes se veem privados da minha companhia, mas nunca cobram nada e ainda exprimem gestos de confiança e motivação. Sem eles, o caminho do aperfeiçoamento não faria sentido e sem o apoio deles não seria possível.

Agradeço à Universidade por ter trazido as salas de aulas excelentíssimos professores que partilharam seus conhecimentos em lições producentes que, além da ciência específica de suas matérias, trouxeram momentos de grande reflexão sobre questões relacionadas à filosofia, economia e União Europeia, o que sem dúvida aquilata a experiência pedagógica.

Ainda sobre os professores agradeço especialmente à Dra. Letícia Marques, minha orientadora, que esteve presente de forma permanente e profunda em suas orientações profícuas, o que sempre proporcionou o melhor entendimento de matérias que permaneciam nebulosas.

Por fim, dedico este trabalho ao meu grande amigo Alexandre que muito ajudou na vinda para Portugal, mas que agora repousa e cujas lembranças nunca se apagarão.

Sumário

Siglas e Abreviaturas: 8

1- Introdução: 9

2-Resumo 10

3- Pontos para uma melhor percepção do tema: 13

3.1- Negócio jurídico 14

3.2-Uma abordagem sobre o contrato e os direitos reais: 16

3.3- Direitos reais: 20

3.3.1- Princípios: 23

3.3.2- Direito de Retenção: 26

3.3.3- A hipoteca, a sequela e ainda a retenção: 30

3.4- Consumidor e sua protecção: 35

4- Insolvência: 44

4.1- Estado de Insolvência: 48

4.2- Caraterísticas: 52

4.3.- *Par conditium creditorum*: 56

4.4-Efeitos gerais da insolvência sobre os negócios em curso: 58

4.4.1- Negócios em curso 58

4.4.2- O administrador judicial: 59

4.4.3-Princípio geral do artigo 102 do CIRE: 63

4.4.4- Créditos dos credores 66

5- Contrato Promessa de Compra e Venda: 69

5.1- Motivos do CPCV e a sua definição: 70

5.2- Caraterística do CPCV: 73

5.3- Equiparação e Autonomia: 74

5.4- Efeitos do CPCV: 76

5.5- Formalidades 78

5.5.1- Ausência de “promete comprar” 80

5.5.2- Ausência da data da escritura definitiva, mora e inadimplemento:..... 80

5.6- Formalidades adicionais no caso de Previsão de Eficácia Real no Contrato Promessa de Compra e Venda 83

5.7- Imóveis em Construção 87

5.8- Sinal..... 93

6- Efeitos da Insolvência no Contrato Promessa de Compra e Venda e o Administrador: 95

6.1- Uniformização de Jurisprudência..... 99

6.2- Quando a eficácia for obrigacional: 103

6.2.1- Devolução do sinal de forma simples ou dobrada e a diferença do valor da coisa 104

6.3- Quando existir direito de retenção: 115

6.4- Quando a eficácia for real e o instrumento de concretização:..... 118

6.4.1- Execução Específica do art. 830º do Código Civil: 120

6.5- As questões colocadas no AUJ 04/2014: 123

7- Conclusão:..... 133

8- Bibliografia: 140

Siglas e Abreviaturas:

A.- autor ou autora

Ac. – acórdão

AUJ- acórdão de uniformização de jurisprudência

al. – alínea

art(s). – artigo(s)

C.A. – Conselho de Administração

CC – Código Civil Português

CCB – Código Civil do Brasil

CPC – Código de Processo Civil

CPCV – Contrato promessa de compra e venda

CRP – Código Registo Predial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CGS – Código de Governo das Sociedades

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CMVM – Comissão de Valores Mobiliários

CPCP – Contrato Promessa de Compra e Venda

CVM – Código de Valores Mobiliários

DL – Decreto Lei

D. m. v. – data maxima vênia

GN – grifo nosso

LAB- Lei de Arbitragem Brasileira

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal

LF- Lei de Falências do Brasil

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

SPE –Sociedade de Propósito Específico

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STJB – Superior Tribunal de Justiça do Brasil

STF- Supremo Tribunal Federal

TJ-RJ- Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TRC – Tribunal na Relação de Coimbra

TRG – Tribunal na Relação de Guimarães

TRL – Tribunal na Relação de Lisboa

TRP – Tribunal na Relação do Porto

1- Introdução:

A presente dissertação é apresentada em Mestrado de Direito Empresarial tendo como tema os efeitos da insolvência do promitente vendedor no contrato – promessa de compra e venda, o que pode ser classificado como o destino final do presente mister, no entanto existem aspetos que devem ser considerados para um melhor entendimento do tema. Assim, a pretensão do texto é inicialmente remeter o leitor até alguns institutos de direito civil e da insolvência, que são fundamentais ao desenvolvimento do tema, para, posteriormente, abordar de forma cientifica e didática os efeitos que o decreto da insolvência gera nas promessas contrato de compra e venda.

Palavras chaves:

Contrato promessa de compra e venda – insolvência – eficácia real – consumidor - AUJ

Abstract:

This dissertation is presented in a Master's Degree in Business Law having as its theme the effects of the insolvency of the promising seller in the contract - promise of purchase and sale, which can be classified as the final destination of this business, however there are aspects that must be considered for a better understanding of the theme. Thus, the aim of the text is to initially refer the reader to some institutes of civil law and insolvency, which are fundamental to the development of the theme, to subsequently address in a scientific and didactic way the effects that the insolvency decree generates a purchase and sale contract in the promises.

Promissory purchase and sale agreement - insolvency - real effectiveness - consumer -

2-Resumo

O assunto insolvência está no vocabulário popular, sendo conteúdo comum em periódicos no mundo inteiro, onde tal temática é abordada por jornalistas e colunistas, muitas vezes com foco numa insolvência específica ou em caráter genérico, bastando para isso ver os noticiários onde existe tal veiculação[1].

Tal afirmação não se faz baseada num evento extraordinário (como o vivido atualmente), todavia a escala global pode determinar uma avalanche de problemas financeiros. Assim, se atualmente temos uma multiplicação de quebras em razão das dificuldades acrescidas pelo Covid-19, o mesmo aconteceu com a crise financeira dos EUA em 2007 que determinou um cenário de colapso mundial atingindo "diversos sectores productivos"[2], ao qual foi seguido por uma pandemia de gripe A[3] em 2009/2010.

A presente dissertação presta a desenvolver um dos assuntos da insolvência que fica restrito aos operadores do direito, mas que deveria também ser motivo de atenção e conhecimento dos utentes, uma vez que são estes que possuem o risco de ver suas economias se transformarem num crédito face a uma massa insolvente e muitos desconhecem tal faceta.

Destarte, como referido, a eleição do tema ocorreu em razão da importância jurídica e social do assunto[4], onde utentes/consumidores dispõem muitas vezes de anos de economia para o pagamento de sinal do imóvel, quantia essa que pode vir a ser perdida no caso de incumprimento de tal contrato em razão da decretação da insolvência do vendedor. Assim, destaca-se que o presente trabalho tem como tema nuclear a decretação de insolvência do promitente vendedor de bem imóvel.

Exposto o motivo da escolha, é importante apontar que os Efeitos da Insolvência no Contrato Promessa de Compra e Venda resta inserto em diversos ramos do direito, assim sendo mesmo o CIRE a norma específica que traga e trate o mais agudo efeito do tema,

[1] Rapidamente vem vários destes ao pensamento: BES, BPN, TAP (várias vezes nos últimos anos o colapso de tal empresa é anunciado e soluções são implementadas), TECMAIA (essa em caráter regional nos arredores do Porto), Fundação José Berardo, entre muitos outros.

[2] Cordeiro, Antonio Menezes; Perspectivas evolutivas do Direito da Insolvência, RDS 2012-3, fls. 551. Disponível no link: http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202012-3%20(551-591)%20-%20Governo%20das%20Sociedades%20-%20Andr%C3%A9%20Figueiredo%20-%20Titularidade%20indireta%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20e%20exerc%C3%ADcio%20de%20direitos%20de%20voto.pdf

[3] Intitulada Gripe Suína e Gripe Mexicana.

[4] A Dra. Letícia Marques faz um relato importante sobre o universo das insolvências de pessoas singulares e seu sobreendividamento, onde narra, baseado em estatísticas o aumento deste fenômeno em Portugal. Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 35.

acabando este por transbordar além da insolvência e, tais assuntos, devem ter alguns aspetos jurídicos delineados de forma perfunctória.

Estando desnudados alguns pontos do negócio jurídico, do contrato, do consumidor e dos direitos reais, é necessário analisar alguns elementos da insolvência, tais como: a sentença (que tem como efeito privar imediatamente o seu administrador dos seus poderes, que passam a ser exercidos pelo administrador judicial[5]); o administrador judicial/administrador da insolvência (tendo o mesmo que assumir a representação do devedor perante os credores); a impositiva suspensão dos negócios em curso e a faculdade do referido administrador em prosseguir ou não com tais avenças, entre outros assuntos.

Portanto, o referido administrador passa a ser o defensor da sociedade e terá como objetivo conseguir satisfazer o maior número de credores que a empresa insolvente possua, e um dos mecanismos será a faculdade de seguir ou recusar o prosseguimento dos negócios que ainda não tenham sido finalizados[6].

Notadamente os negócios que poderão ser recusados serão aqueles já iniciados (requisito positivo) e ainda não finalizados na data do decreto de insolvência (requisito negativo), portanto, os que ainda estão em curso e o contrato promessa de compra e venda amolda-se a tal hipótese quando celebrado antes do decreto de falência[7] e ainda não tenha sido finalizado[8].

Aqui, já emergem outros pontos que serão descortinados na presente dissertação, uma vez ser de suma importância, compreender a diferença entre a eficácia real e a obrigacional, os seus efeitos, bem como a forma que o credor terá de assegurar seu direito, qual seja, o ressarcimento do sinal (em dobrou ou não) ou compelir o administrador a celebrar o contrato final.

---

[5] CIRE- Artigo 81, nº 1 – Sem prejuízo do disposto no título X, a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a competir ao administrador da insolvência.

6 CIRE-Artigo 102, nº 1 – Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.

7 O promissário comprador poderá exigir o cumprimento se estiverem preenchidos os requisitos que são enumerados no artigo 106 da CIRE, o que acaba por comprovar que os ramos do direito civil são fundamentais no presente trabalho (contrato com eficácia real e a tradição já tiver ocorrido a tradição).

[8] Observa-se que a presente dissertação não examina questão oriundas de crédito de resolução de CPCV antes do decreto insolvencial e, sim, de um CPCV em curso.

Portanto, o tema acaba por abranger uma série de normas e especialidades do direito[9], impondo que se traga à baila o Código Civil, quando verificamos os aspetos do contrato promessa de compra e venda, os efeitos reais ou obrigacionais e o regime do sinal; o CIRE, quando se analisa o tema de fundo e, consequentemente os assuntos que lhe introduzem; tal como novamente o Código Civil, pois no caso de negativa do administrador judicial pode haver a hipótese da ação que substitua o contrato previsto no CPCV, bem como o CPC quando se verifica a existência da UJ nº4/2004 que deu interpretação legal às normas relativas à faculdade do administrador prosseguir ou não com os negócios em curso.

Este último ponto acaba determinando uma breve passagem sobre a questão relacionada ao consumidor, uma vez que a previsão contida na UJ acaba por alinhar proteção ao mesmo e a UJ nº4/2019 complementa a sua abrangência, pois afasta algumas interpretações que poderiam ser equivocadas sobre quem é o consumidor.

Não se pode esquecer que a crise da insolvência nasce, via de regra, dentro de uma sociedade, assim muitas vezes o A. acaba impulsionado em trazer alguns pontos do CSC, bem como, em razão do tema estar em voga em todo mundo e existirem várias alterações legislativas[10], em certos momentos o A. faz o cotejo com legislações estrangeiras, especialmente a brasileira que traz uma solução bem efetiva à questão.

Destarte, o A. procurou condensar alguns pontos da insolvência e dos contratos que se ligam ao tema com o fito de otimizar o entendimento do leitor quando verifica a tarefa nuclear.

[9] Sendo importante deixar configurado a autonomia da insolvência face a existência do CIRE e das instancias especializadas (Lei 62/2003).
[10] Na (Espanha Real Decreto Legislativo 1/2020) e no Brasil (através da Lei nº14.122 de 2020)

3- Pontos para uma melhor percepção do tema:

O presente trabalho foca-se sobre os efeitos da insolvência no CPCV, tendo Catarina Serra[11] qualificado o tema como "complexo", valendo ainda dizer que também é extenso, tendo o artigo 102º do CIRE definido uma norma de carácter geral, onde introduz o conceito de negócio em curso, cria a suspensão dos contratos, determina que o AJ tem a faculdade de seguir ou não com o negócio e, posteriormente, o CIRE descortina as matérias casuisticamente, trazendo ainda uma norma de caráter imperativo no artigo 119º.

Portanto, o tema central do presente trabalho aprofunda uma questão ligada à celebração de um negócio jurídico que sofrerá efeitos do decreto de insolvência, sendo importante alinhar perfunctoriamente algumas questões contratuais e de direito real, ficando a contextualização da insolvência para o próximo capítulo.

A importância de tal capítulo demonstrar-se-á ao longo de todo o trabalho quando se desnudar a aplicação destes ao tema central, portanto é bom revalidar na memória do leitor alguns pontos das relações jurídicas e das garantias reais, sendo assim abordado no presente capítulo o conceito de ato jurídico, do contrato, da figura do consumidor e do contrato de compra e venda, bem como das garantias reais.

Tais temas são basilares para a compreensão de uma espécie de contrato analisado e da implicância das garantias, ainda mais para efeitos de uma sentença de insolvência quando aplicada ao mesmo.

Resta evidente que os assuntos abaixo alinhados são estudados de forma básica e em aspetos limitados, que somente prestam a organizar e concatenar o tema do presente trabalho.

[11]Serra, Catarina, Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 224. Logo no primeiro capítulo que trata do tema ela o titula "Noções introdutórias. A (indiscutível) complexidade da disciplina"

3.1- Negócio jurídico

O negócio jurídico pode ser conceituado como um género de ato jurídico no qual a ação humana, dotada de autonomia de vontade[12], regula interesse de forma lícita (não defesa em lei[13]) e destina-se à produção de efeitos jurídicos. O negócio jurídico típico é o contrato que visa à criação, à modificação e à extinção de direito e dever com conteúdo patrimonial[14], em que tal conceito clássico é inspirado no Código Civil da Itália *(articolo 1321 .-Nozione - Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimonial*[15]) e que sempre foi um norte ao direto civil português e brasileiro[16].

Quanto às classificações, em razão de não interessar ao presente tema, vamos ignorar várias e somente focaremos as que têm alguma importância, portanto, em primeiro lugar, é de bom alvitre destacar que os negócios jurídicos podem ser bilaterais ou plurilaterais, onerosos[17] (quanto às vantagens patrimoniais), inter vivos (aspecto temporal), formais/solenes (quanto à forma) e outras classificações que parecem menos importantes.

Repita-se, o presente trabalho não tentará trazer à baila todas as classificações de negócio jurídico, portanto, para exemplificar, por não ter pertinência alguma com o tema, restará ignorado o contrato unilateral e gratuito e etc, pois caso existisse um contrato com tais qualificações em uma promessa de compra e venda e uma insolvência, ele seria anulável de *per si*, eis que todos os detetores de fraude seriam acionados e os mesmos

---

[12] Tartuce, Flávio, Direito Civil, vol. 3, 9ª edição, Teoria Geral dos Contratos em Espécie, Glen às fls. 216: "Como é notório, foi demonstrado no presente volume da coleção que a autonomia privada contratual não é sempre soberana, encontrando limitações na ordem pública, o que muito bem expressa o princípio da função social dos contratos. Não é diferente para a compra e venda, havendo limitações quanto ao conteúdo do negócio, sob pena de sua nulidade, anulabilidade ou ineficácia da avença. A partir desse momento, serão estudadas as restrições ao negócio tratadas pelo Código Civil de 2002 no capítulo específico da compra e venda pela seguinte ordem: venda de ascendente a descendente (art. 496 do CC), venda entre cônjuges (art. 499 do CC), venda de bens sob administração (art. 497 do CC) e venda de bens em condomínio ou venda de coisa comum (art. 504 do CC)." Os artigos referidos são do Código Civil do Brasil.

[13] Artigo 280º do Código Civil: "É nulo o negócio jurídico (...), contrário à Lei (...)".

[14] Tartuce, Flávio; Direito Civil, Lei de Introdução e Parte Geral, volume 01, 6ª edição. Editora Método.

15 Tradução: "art. 1321.-Conceito O contrato é o acordo de duas ou mais partes para estabelecer, liquidar ou liquidar uma relação jurídica patrimonial entre eles."

[16] Tartuce, Flávio, Direito Civil, vol. 3, 9ª edição, Teoria Geral dos Contratos em Espécie, Glen às fls. 19, referindo NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005: traz uma definição mais contemporânea e que amolda com perfeição ao presente trabalho por referir os efeitos sobre terceiros: "relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros"

[17] Artigo 874ª do Código Civil: "Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço."

seriam passíveis de anulação, tema este extremamente interessante, mas que não mantém conexão com o contrato promessa de compra e venda.

Feita tal ressalva, destaca-se que o contrato promessa de compra e venda tem como característica envolver mais de uma pessoa, ser oneroso, pois deve haver sacrifício e vantagem patrimonial de todos os envolvidos com uma prestação e uma contraprestação (preço pode ser indicado pelas partes – artigo 482, por terceiro – artigo 185 ou por taxa de mercado, índices ou preço corrente arts. 486, 487 e 488, todos do Código Civil), devem ser celebrados por pessoa vivas e cercados de cuidados legais com obediência, de forma para o seu aperfeiçoamento e efeito[18], bem como são contratos que são principais e, assim, não se coadunam com a ideia de dependerem de outro negócio.

[18] Artigo 875º: "O contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública."

3.2-Uma abordagem sobre o contrato e os direitos reais:

O contrato é uma espécie de ato jurídico e possui uma pluralidade de características e classificações, todas capazes de causar algum efeito na relação contratual, sendo que o autor do presente trabalho vem de forma perfunctória trazer alguns pontos nevrálgicos de tais negócios jurídicos que se alinham com a negociação de imóveis.

Como já referido, o contrato possui classificações que podem ser: quanto ao número de partes contratantes- bilaterais, plurilaterais ou unilaterais; quanto ao modo da sua constituição – são consensuais, reais ou solenes; quanto à sua previsão legal – típicos ou atípicos; quanto ao sacrifício patrimonial – gratuitos ou onerosos; não devendo se estender mais na classificação, sendo o contrato aqui analisado bilateral[19], oneroso, formal/solene e legal.

Os contratos onerosos "são aqueles que trazem vantagens para ambos os contratantes, pois ambos sofrem o mencionado sacrifício patrimonial (ideia de proveito alcançado)"[20]. Ambas as partes assumem deveres obrigacionais, havendo um direito subjetivo de exigi-lo. Há uma prestação e uma contraprestação. O exemplo típico de contrato oneroso é a compra e venda.".

A solenidade e a sua previsão legal não têm o condão de afastar a autonomia privada contratual. As partes têm no contrato um vasto campo de atuação que se denomina autonomia privada e, dentro de tal amplo limite, podem elas tomar medidas que cuidem de salvaguardar eventuais inadimplementos contratuais com cláusulas que possibilitem maior segurança jurídica, tendo tais previsões o fim de evitar ocorrências desagradáveis e determinando um cuidado e zelo para que o negócio se concretize

Tal autonomia pode sofrer limitações materiais em razão de normas e princípios impositivos, sendo certo que o art. 119 da CIRE determina a imperatividade de sua previsão, impondo ser nula a convenção das partes que exclua ou limite a aplicação dos artigos anteriores do capítulo que ela se situa, portanto especifica que não poderá cláusula contratual excluir os art. 102 até ao 118, bem como não pode ela criar uma garantia real

19 O artigo 102º nº1 do CIRE determina que os contrato que podem ser atingidos são os bilaterais, vejamos: "1 - Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento."

20 Tartuce, Flávio, Direito Civil, vol. 3, 9ª edição, Teoria Geral dos Contratos em Espécie, Glen às fls. 33.

inexistente na Lei. Portanto, o artigo 119º do CIRE[21] e o artigo 1306º do CC[22] são bons exemplos da limitação na substância da liberdade contratual e da imperatividade legal, que pode ser tomada com a necessidade de um regramento que determina segurança jurídica.

Chama-se atenção que a limitação do art. 119º do CIRE será explorado de forma detida, pois sua interpretação determina grande celeuma jurisprudencial, havendo uma série de interpretações sobre a extensão do limite imposto por tal regramento.

Não é demais dizer que além das limitações materiais, também existem as limitações formais que acabam determinando que as partes devem seguir, na formalização de certos negócios jurídicos, solenidades especiais sob pena de invalidade do negócio jurídico[23] caso a nulidade seja absoluta, o que resta aguçado quando se tratar da questão atinente às garantias reais, o que será desnudado em momento oportuno.

Superado o aspeto ligado à formalidade da forma do negócio, mas ainda sobre a autonomia das partes, é preciso abrir um pequeno parêntese no intuito de asseverar que a autonomia das partes e a sua livre iniciativa determinam um teor contratual que demanda uma série de obrigações que devem ser seguidas, consoante o *pacta sun servanda*[24], desde que não confrontem outros princípios contratuais, principalmente o abuso de direito.

---

21 A imperatividade determinada no art. 119 da CIRE será melhor analisada em outro capítulo 4.4.3, portanto, somente foi trazida como exemplo face se alinhar com o tema final do trabalho e demonstrar que a imperatividade do sistema jurídico da CIRE acaba por afetar negócios jurídicos e demonstrar que os efeitos de tal artigo atingem todo o universo contratual.

22 Que traz o princípio da tipicidade e veda aos contratantes a criação de uma garantia que restrinja direitos de propriedade.

23CC:Art. 875: Sem prejuízo do disposto em lei especial, o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado.

No CCB as previsões vão no mesmo sentido da norma portuguesa, vejamos : o art. 104: A validade do negócio jurídico requer: III- Forma prescrita em lei.; já o art. 108: "Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País." e outro artigo repisa tal nulidade: art. 166: É nulo o negócio jurídico quando:
IV- não se revestir da forma prescrita em lei; e V- for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade.

24 *Pacta sun servanda* - pode ser traduzido como a força obrigatória que os contratos possuem. Portanto, todo o pactuado faz lei entre as partes e, assim, naturalmente, as previsões contratuais e suas obrigações devem ser respeitadas e cumpridas *in totum*. A ideia principal é que as partes por livre iniciativa e alicerçadas na autonomia de suas respectivas vontades assumiram obrigações que devem ser mantidas sem a intervenção de qualquer figura externa.

Portanto, diante de tal contexto, pode ocorrer que as partes estejam imbuídas de dolo[25], e maliciosamente escondam algum aspecto atinente ao negócio entabulado, não cumprindo o princípio/dever de informar[26].

Tal nuance seria suficiente para impregnar a vontade do outro contratante e, assim, ele deixaria de fazer o negócio, consequentemente tal contrato seria nulo, não sendo demais alinhar que a nulidade "constitui um tema de grande importância, mas também de grande dificuldade"[27].

As afirmações acima levam o leitor a pensar que seria o caso de anulação do negócio jurídico, conforme determina o Código Civil[28] e a jurisprudência[29] eis que ausente um dos elementos básicos da celebração (vontade[30]), todavia quando uma das partes é uma empresa que tenha a sua insolvência decretada, antes de ultimar o negócio, tal solução

---

25 "Dolo é o artifício ou expediente astuciosos, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico, que o prejudica, aproveitado ao autor do dolo ou a terceiro" Venosa, Silvio Savio Venosa, Direito Civil, vol. 1, 17ª ed., Atlas, fls. 301.

26 "O Código de Defesa do Consumidor assegura, expressamente a consumidora o direito à informação correta, clara e precisa ... Com efeito, na sociedade de consumo, o consumidor, muitas vezes é mal informado. E, sem informação completa, pode ficar privado de fazer uma escolha livre e de sua maior conveniência. Em consequência, faz-se necessária a intervenção do Estado para assegurar, em face do mau funcionamento do mercado que as informações imprescindíveis sejam prestadas aos consumidores" (Superior Tribunal de Justiça do Brasil, Recurso Especial 81.269-SP Rel Min. Castro Filho, j.08.05.01.DJU 25.06.2001).

27 Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Número Especial, Coimbra 1983.

28 O CCB e o CC possuem regras que são parecidas e têm efeito idêntico:
Código Civil do Brasil e na nota imediatamente abaixo segue acórdão do TRG:
Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.
Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.
Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.
Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.
Código Civil de Portugal
Os artigos sobre as nulidades dos atos estão dispostos na Subsecção V- Falta e Vícios da Vontade – artigo 240 et seq.

29 Acórdão 6482/09.8TBBRG.G1TRG – Relação de Guimarães – Relator Felipe Caroço de 23/04/2015 "(...)omissis
3. O erro-vício ou erro-motivo previsto no art.º 251º do Código Civil --- ignorância (falta da representação exata) ou falsa ideia (representação inexata), por parte do declarante, acerca de qualquer circunstância de facto ou de direito que foi decisiva na formação da sua vontade --- incide sobre o objeto do negócio e releva para efeitos de anulação quando essencial e próprio e o declaratário conhece ou não deve ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incide o erro, ou seja, sobre o objeto." GN

30 "O elemento básico do negócio jurídico é a vontade. Para que essa vontade seja apta a preencher o conceito de um negócio jurídico, necessita brotar isenta de qualquer induzimento malicioso. Deve ser espontânea. Quando há perda dessa espontaneidade o negócio está viciado. O induzimento malicioso, é uma das causas viciadoras do negócio jurídico". " Venosa, Silvio Savio Venosa, Direito Civil, vol. 1, 17ª ed., Atlas, fls. 301.

razoável não poderá ser aplicada[31], uma vez que o fim colimado em demanda destas é o ressarcimento, o que não seria atingido.

Conforme se verificará no capítulo referente ao crédito do credor na insolvência deverá este ser inscrito em uma lista de pagamentos que além de possivelmente sofrer descontos poderá até mesmo não ser saldado.

Então, já alinhado alguns pontos referentes ao contrato que serão úteis ao presente trabalho, é importante dizer que no capítulo referente ao CPCV (capítulo 05), restará devidamente desnudado alguns elementos à tal modalidade específica de negócio jurídico, motivo pelo qual não se faz necessariamente maiores apresentações, passando o autor a verificar as questões dos direitos reais e da proteção ao consumidor.

31 A anulação somente determinaria que o crédito fosse habilitado sem privilégio algum.

3.3- Direitos reais:

A regra geral determina que uma obrigação "é o vínculo jurídico do qual uma pessoa fica obrigada para com a outra à realização de uma prestação", segundo o artigo 397º do CC, portanto a obrigação "enquanto realidade jurídica, recebe a protecção do direito"[32] que determina "ao credor os meios necessários para realizar seu direito"[33] [34].

No entanto, muitas vezes tal previsão é insuficiente para convencer o devedor do cumprimento da sua obrigação e, portanto, o credor necessita ter um meio eficaz de compelir o inadimplente a realizar a prestação em uma tutela eficaz onde se evita formular a pretensão contra a pessoa e sim ligá-la diretamente ao bem da vida - *actiones in re*[35].

Definir direito real subjetivo é uma tarefa hercúlea, mas pode-se dizer que a sua principal característica é de assegurar a realização de um interesse e de acautelar uma posição jurídica ou ainda de um poder jurídico sobre uma determinada coisa, o que não o conceitua, mas indica a sua mais forte atuação, sendo também interessante dimensionar a sua importância:

> "Para avaliar sua importância basta atentar em que é a parte do Direito Civil que rege a propriedade. A significação econômica, política e social deste instituto jurídico pode ser medida em função da influência que sua forma exerce na própria estrutura da sociedade"[36]

---

[32] Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Volume II, Transmissão e Extinção das Obrigações e Não Cumprimento e Garantias de Crédito, 05ª Edição, Almedina, Fls. 295.

[33] Idem acima.

[34] O CPC do Brasil, trazendo à baila um novo modo de busca de efetividade, determina inclusive meios atípicos de execução para compelir o devedor, assim, o juiz indiretamente (sem atacar o patrimônio) convence o devedor através da coação para que ele colabore. Os meios são, mas não só, multas pelo incumprimento (artigo 461) e "todas as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive, nas ações que tenha por objeto a prestação pecuniária" (artigo 139).

35 Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão; Direitos Reais, 2015, 5ª edição, Almedina, fls. 11, sobre o assunto "As ações romanas deram assim lugar a categorias de direitos subjetivos, falando em *iura in persona* e *iura in rem*, os quais deram origem aos modernos direitos de crédito e direitos reais. Fala-se por isso hoje que direitos reais, que incidem sobre coisas, por contraposição a direitos de crédito que são dirigidos contra a pessoa."

E prossegue às fls. 12: "A categoria de Direitos reais tem assim origem na *actiones in rem*, correspondendo actualmente aos direitos que incidem sobre as coisas. A sua actual caracterização unitária corresponde à denominada eficácia real, que consiste na eficácia do direito contra qualquer pessoa, o que atribui ao direito real cariz absoluto por contraposição ao direito de crédito, que possui apenas cariz relativo"

36 Gomes, Orlando; Direitos Reais, 14º Edição, Revista Forense, fls. 01.

Deve-se também dizer que a expressão muitas vezes vem em caráter genérico, e em outras especificando uma questão:

> "1-A expressão direitos reais é usada na linguagem jurídica em mais de uma acepção. Assim, num sentido subjectivo, identifica uma categoria de direito subjectivos. Quanto tomada em um sentido objetivo, designa um ramo do Direito (objetivo), como divisão do Direito Civil.
> (...)
> (...) comportando a expressão direitos reais esta dupla significação, (...). A primeira é de apurar, em cada momento, o sentido em que está a ser usada; a segunda, a de tomar partido quanto à sua utilização mais adequada (...)"[37]

Os direitos reais podem ser divididos em direito real sobre a coisa própria (*jus in re própria*) e sobre a coisa alheia. O que interessa ao presente trabalho são exatamente algumas modalidades de direito real *jus in re aliena,* que se divide em de gozo, de garantia e de aquisição.

O direito real de gozo também não guarda relevância no presente trabalho, portanto somente abordaremos a *jus in re aliena* de garantia e de aquisição, ou melhor, o direito real sobre a coisa alheia.

O direito real de garantia "é o que confere a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor de bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. A sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento"[38].

A garantia no mundo atual é fator de evidente redução no risco de inadimplemento contratual, o que permite uma atenuação da taxa de juros e maior confiança no devedor, fator determinante para a maior fluidez de bens e mercadorias e para ter o credor seu crédito alicerçado em patrimónios ou pessoas.

No caso da garantia real, um bem é separado do património do devedor para garantir a prestação, sendo que a garantia da hipoteca e da retenção têm grande importância no presente trabalho e serão abordadas no momento oportuno.

Já a garantia real de aquisição é ainda mais importante e liga-se umbilicalmente ao poder do promitente comprador conseguir realizar o negócio futuro, mesmo com o decreto de insolvência do promitente vendedor, pois mesmo na negativa do AJ deve prevalecer o objetivo da prestação, nem que seja através do Tribunal numa declaração substitutiva.

---

[37] Fernandes, Luís A. Carvalho; Lições de Direitos Reais, Quid Juris, 6ª edição, fls.15.
[38] Gomes, Orlando; Direito Civil. Direito reais. São Paulo: Forense, 2015, fls. 378.

O direito real tem alguns princípios que terão efeito ao longo do presente trabalho e, portanto, merecem ser verificados, estando entre eles a tipicidade, a especialidade a publicidade, a inerência e a sequela.

Vale acrescer que o direito real no Brasil é previsto no artigo 1255 do CC e traz em números *apertus* todas as suas espécies, todavia a doutrina acaba por alinhar que mesmo existindo claramente a taxatividade[39], deve-se reconhecer a flexibilização de tal rigor no caso da posse, pois ela possui natureza jurídica de direito real e tem eficácia contra todos[40] (para que seja percebido a influência de tais ideias as notas de rodapé são retirados de um livro que tem como autor um desembargador do TJ-RJ e outro é coordenado pelo ex-presidente do STF).

Tal aspeto chega a ser curioso por dois pontos, o primeiro que possuidor de boa-fé pode-se valer do *ius possedendis* e invocar os interditos possessórios, portanto tem um vasto poder de defesa da posse, inclusive, do desforço imediato. E, o segundo, que o CC de Portugal determina que a posse é suficiente para cumprir um dos requisitos mais importantes do direito real que é a publicidade, estando tal princípio abaixo abordado.

Destarte verifica-se que os dois ordenamentos jurídicos, cada uma a sua maneira, determinam a posse amplo efeitos. Em Portugal impõe-se que a posse caracteriza a publicidade que é determinante para imposição de efeitos contra todos e, no Brasil, a doutrina acaba por inseri-la nos direitos reais.

---

[39] Loureiro, Francisco Eduardo; Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, 4ª Edição, Manole, fls. 1198: "A doutrina tradicional afirma que os direitos reais são *numerus clausus* e típicos. A doutrina contemporânea questiona o princípio da tipicidade. Na lição de Gustavo Tepedino, se de um lado é certo que a criação de novos direitos reais depende de lei, por outro lado também "certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para esta atuação" (Multipropriedade imobiliária. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 83).
Essa interpretação elástica da tipicidade permite dar maior alcance a cada um dos direitos reais, acomodando situações jurídicas que necessitam ganhar realidade e colmatando as falhas e lacunas existentes em cada uma das figuras. Tome-se como exemplo a possibilidade de enquadrar a multipropriedade e o leasing imobiliário como modalidades do direito real de propriedade. Ou a admissão do direito real de superfície por cisão, permitindo ao proprietário alienar temporariamente construção já feita, em vez de simplesmente conceder o direito de construir ao superficiário. Em termos diversos, mantém-se íntegro o princípio positivado da taxatividade, mas se admite certa elasticidade no princípio da tipicidade, para que cada um dos direitos reais possa abrigar situações jurídicas que, embora não expressamente previstas, sejam compatíveis com seus princípios e mecanismo"

[40] Melo, Marco Aurélio Bezerra; Código Civil Comentado; Doutrina e Jurisprudência, 2ª edição, Editora Forense, fls. 892: "A posse, importante fato social, possuinatureza jurídica de direito reail por incidir sobre coisa determinada, ser dotada de eficácia contra todos e contra com o exercício direto, isto é, sem intermediários com sucede nos direitos pessoais prestacionais por excelência"

3.3.1- Princípios:

Como referido, os princípios do direito real guardam extrema relevância com o presente trabalho e merecem ser desnudados, todavia o presente capítulo não se imiscuirá em divergências doutrinárias que existe em cada um deles. O primeiro princípio a ser verificado é o da tipicidade que está previsto no artigo 1306º do CC[41]:

> "1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional."

Tal princípio determina uma limitação aos direitos reais previstos em lei, portanto "se as partes ao abrigo da autonomia privada quiserem criar novos direitos reais, a lei nega-lhes a pretendida eficácia real, atribuindo-lhes apenas natureza obrigacional"[42], sobre o assunto Scavone determina[43]:

> "O número dos direitos reais é sempre limitado nas legislações. Não há direito real senão quando a lei o declara. Os direitos pessoais são inumeráveis.
> (...) pelas regalias que munem os direitos reais, tais como a sequela e a oponibilidade erga omnes, a constituição de direitos reais não pode ficar à mercê da liberdade criadora das partes."

Portanto, em suma, pode-se dizer que tal princípio determina que o direito real somente deve estar previsto em lei, não cabendo na criação contratual, e estando restrito aos *numerus clausus* legais.

O princípio da prevalência do direito real é uma característica e determina que sempre prevalece o primeiro registado, "bem como sobre todos os direitos de crédito que venham a se constituir.", a prevalência/preferência[44] consiste no privilégio de atrelar o bem ao pagamento de uma dívida da primeira pessoa que a constituiu:

> "a doutrina clássica derivava da noção do poder directo e imediato sobre uma coisa a regra segundo o qual, em princípio, o direito real que primeiro se constituísse devia

[41] Também previsto no artigo 1225 do CCB: "Art. 1.225. São direitos reais:"
[42] Leitão, Luíz Manuel teles de Menezes; Direitos Reais, 2015, 5ª edição, Almedina, fls.19.
[43] Junior, Luiz Antonio Scavone; Direito Imobiliário Teoria e Prática, GEN, fls. 45.
[44] Fernandes, Luís A. Carvalho, Lições de Direitos Reais, Quid Juris, 6º edição, fls. 71. Determina que o termo preferência não deveria ser utilizado face ser ligado ao direito das coisas, vejamos: "Com efeito, a palavra preferência tem um sentido técnico jurídico preciso, justamente no domínio do Direito das Coisas, para além de se poder falar em direito de preferência, também com um sentido próprio, que nada tem a ver com o problema que se coloca na prevalência"

> levar a melhor sobre os demais, de acordo com o velho brocador *prior tempore, potior iure*"[45]

Tal princípio, no presente trabalho, é aplicado somente à hipoteca, que determina que o imóvel estará vinculado ao credor até à satisfação do crédito, mesmo no caso de alienação, face ao poder de sequela, portanto tal princípio somente far-se-á presente quando existir a colisão de direitos relativos a mesma coisa.

A sequela é um sinal existente somente no direito real e pode ser conceituada como "uma manifestação dinâmica da inerência, significando que o titular pode ir buscar a coisa, independentemente de qualquer o seu actual possuidor ou detentor, mesmo que ela venha ser objecto de uma cadeira de transmissões"[46], sendo a sequela ainda analisada noutro capítulo, visto ser uma característica da hipoteca.

O direito real ainda se liga à coisa e não pode ser dela separado, assim essa segunda características é intitulada de princípio da inerência.

Pode-se dizer que o principal carácter do direito real é ser um direito absoluto oponível *erga omnes*, portanto, numa exceção às regras do direito contratual, ele tem o poder de atingir pessoas fora do contrato e, tal facto jurídico, acaba por ocorrer devido à aplicação de alguns princípios, entre eles a inerência, face à ligação do credor com o bem do devedor:

> "A inerência, enquanto característica dos direitos reais, mantém estreita relação com o modo por que o conteúdo do direito real se projecta sobre a coisa corpórea determinada que constitui o seu objecto. Dito por outras palavras, ao falar em inerência dos direitos reais entende-se, em geral, significar que o interesse dos seu respectivo titular é realizado por ele, pelo aproveitamento imediato de utilidades da própria coisa."[47]

O último princípio a ser analisado é o da publicidade, que determina "que os factos relativos aos direitos reais devem ser dados a conhecer"[48] a todos da sociedade, que pode ser executada através da posse ou do registo.

Somente sobre bens registáveis poderá se constituir o direito real, pois ele somente terá o efeito *erga omnes* com a publicidade, todavia em alguns casos a publicidade dar-se-á através da posse.

---

[45] Fernandes, Luís A. Carvalho, Lições de Direitos Reais, Quid Juris, 6º edição, fls. 71.
[46] Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão; Direitos Reais, 2015, 5ª edição, Almedina, fls. 44.
[47] Fernandes, Luís A. Carvalho; Lições de Direitos Reais; Quid Juirs, 06ª edição, fls. 63.
[48] Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão; Direitos Reais, 2015, 5ª edição, Almedina, fls. 24.

A posse, apesar de não ser registável, é a "forma mais comum de assegurar a publicidade dos direitos reais"[49]. O Código Civil determina em dois artigos que a materialidade exercida pela posse revela a publicidade inerente ao direito real. O art. 1251º afirma que "Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real." e o 1262º impõe que a posse adquire-se "pela prática reiterada, com publicidade, dos actos materiais correspondentes ao exercício do direito".

Vejamos a interpretação da doutrina sobre o assunto:

> "Esta noção de posse é claramente marcada por duas notas: a primeira liga-a aos direitos reais de gozo; a segunda revela que a posse envolve uma atividade material, genericamente de uso e fruição de uma coisa, correspondente ao conteúdo de certo direito real. Por isso mesmo, pela sua materialidade, a posse é perceptível por terceiros"

Então a publicidade ocorrerá pela posse, mas também pelo registo, sendo certo que no caso que será estudado, o registo guarda imensa importância, pois será um dos elementos que poderá levar à concretização do negócio mesmo com o decreto da insolvência.

Sobre a publicidade é de se dizer que a função principal do registro é dar publicidade a uma situação jurídica, assim um CPCV com efeitos reais, obrigatoriamente, terá que ser levado ao cartório competente para o devido processo registal[50] do facto jurídico[51].

Destarte, desde já, chama-se especial atenção para o princípio da publicidade no caso de um CPCV que, determinará efeito *erga omnes* e a obrigatoriedade do administrador judicial cumprir o CPCV.

Ainda sobre a publicidade da posse é interessante refletir sobre tal ponto, uma vez que poder-se-á chegar em questões que determinem que um bem hipotecado foi adquirido com retenção, e ambas garantias reais cumprem os requisitos, todavia a segunda pode ser

---

[49] Idem acima

[50] Gonzáles, José Alberto; Direitos Reais e Direito Registral, 4ª edição , Quid Juris, fls.152, traz lição do jurista espanhol Manuel Albalejo (Derecho de Bienes) "*Se llama procedimento registral al processo contituido por el conjuto de atividades que tienen lugar desde que alguien solicita la prática de um asiento hasta que ésta se realizar o se deniega por el registrado*".

[51] Gonzáles, José Alberto; Direitos Reais e Direito Registral, 4ª edição , Quid Juris, fls.142/144, observa que muitas vezes os próprios operadores do direito se manifestam de modo equivocado e afirmam que o direito está registrado, posteriormente ele rejeita uma perspectiva formal e materialista, passando às fls 144 a descortinar o que entende correto: "Ideia diferente se deve fazer, por fim, da opinião (majoritária) segundo o qual são os factos jurídicos o objecto do registo (v.g. venda, doação, nascimento, casamento, óbito, etc). Na verdade, não só os mais importantes actos de registo praticados têm por objecto factos cuja inscrição é pedida, como é precisamente sobre a existência, veracidade e conteúdo dos mesmos que se fundamenta a confiança (fé pública) de terceiros."

maculada por um ato intencionalmente lesivo ao primeiro. Ou melhor, o segundo negócio pode ser celebrado somente com o fim de lesar o credor hipotecário, hipótese essa que foi ventilada em AUJ, tendo sido em parte tese da banca e será abordado no fim do presente trabalho.

3.3.2- Direito de Retenção:

O Estado detém o monopólio da Justiça, e ao particular é proibido fazer valer o seu direito em autotutela, mas o ordenamento jurídico acaba por determinar algumas exceções enérgicas, uma delas exatamente o direito de retenção que também é um direito real.

Em diversos contratos, as partes são credoras e devedoras (contratos bilaterais – onde cada uma sacrificar um patrimônio) e pode uma delas recusar-se a cumprir a sua parte na avença. Na retenção, diante do incumprimento pela contraparte, surge a hipótese da parte credora se recusar a entregar o bem[52].

Os contratos existem para serem cumpridos devido aos seus princípios da força obrigatória[53] [54] e ao princípio da força vinculante[55], mas ocorrendo uma invariável tendência de descumprimento, criaram-se algumas formas de garantia para a satisfação da obrigação, sendo exatamente o que o direito real tenta dar o melhor tratamento.

Entre tais formas de se garantir o cumprimento, surge o direito real de retenção (*ius retentionis*), sendo certo que aqui somente se analisará a matéria afeita ao tema do presente trabalho, previsto nos artigos 754 e 755º, nº 1 f do Código Civil que determina o seguinte:

> "Direito de Retenção – Artigo 754º
> O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados.
>
> Artigo 755º - Casos Especiais
> Gozam ainda do direito de retenção:

---

[52] Exemplo típico é o penhor, onde fica bem fácil perceber a garantia real. Em tal caso as partes contratantes celebram contrato de empréstimo garantido pela entrega de bem móvel que é avaliado naquele momento e, no caso de inadimplência poderá a banca leiloar o bem.

[53] Gomes, Orlando; Contratos, 07ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, pg 40.

[54] Novamente o *pacta sun servanda* aparece, assim remetemos as explicações alinhadas no capítulo 3.2 do presente trabalho.

55 "O princípio da força vinculante das convenções consagra a ideia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai construir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante (...)" Rodrigues, Sílvio, Direito Civil, Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, 29ª ed. Saraiva, 2003, p 17).

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

Logo, o detentor/credor do bem em verdadeira autotutela[56] pode manter, sob sua posse direta o bem do devedor, até que este cumpra a obrigação, sendo uma prerrogativa do credor para forçar o seu titular a cumprir uma prestação que lhe é devida, mediante justificada negativa de devolução da coisa[57], não sendo demais expor que tal previsão reside no Código Civil do Brasil, nos artigos 571, parágrafo único e 578[58] e outras legislações são bem claras sobre tal instituto[59].

A doutrina determina que a perfeita exegese do art. 754º impõe que o direito de retenção deve observar 3 requisitos[60]: licitude na detenção do bem, ser o detentor o devedor/credor da outra parte, e a coisa ligar-se-á dívida.

Portanto, a coisa objeto da retenção tem que ter elo com o crédito do retentor ou nas palavras do ínclito relator do apelo 511/10.0 TBSEI-E-C1: "Um dos pressupostos do direito de retenção é a existência de um nexo causal entre o crédito e a coisa: é o que decorre da declaração da lei de que o crédito deve resultar de despesas por causa da coisa ou de danos por ela causados (art. 754º do Código Civil)[61]", portanto não se pode confundir com a hipótese de pagamento por compensação, ou melhor tem de haver conexão material entre a retenção e o direito de quem a pratica[62].

56 Maldonado, João Pedro Nunes; Julgar nº13 – 2011; Coimbra Editora
57 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.
58 Art. 571. (*omissis*)
Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.
Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador.
59 Tal como o Código Civil Polaco que determina em seu artigo 461, §1º: A pessoa obrigada a entregar o bem alheio pode retê-lo até que sejam satisfeitos ou garantidos os pedidos de reembolso das despesas e de indemnização pelos danos causados pelo bem.
60 César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 168.
61 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/fcfe3256279b94d680257afb004e0cfa?OpenDocument
62 Neste modo se verifica a importância do conhecimento dos princípios de direito real. O acordão referido nada mais faz do que dizer que vige o princípio da inerência que já teve o conceito exposto com apoio das lições de Fernandes.

Outro ponto que deve ser observado é que o regime da retenção obedece à natureza da coisa. O bem imóvel observa o regramento determinado no artigo 758 do CC e os imóveis seguem o regime hipotecário[63].

Pois bem, após tais pinceladas, cabe expor ao leitor que o elo entre tal instituto do direito civil e o tema do presente trabalho, é a previsão do legislador de determinar que o promitente comprador, sobre coisa objeto de contrato-promessa, pode estipular o direito de retenção, uma vez que, na época, a previsão de devolução em dobro do sinal não bastava face à inflação, ou seja, muitas vezes era lucrativo ao promitente-vendedor não celebrar o contrato prometido e ressarcir em dobro o valor do sinal, uma vez que a inflação acabava corroendo o valor da moeda[64].

Por conseguinte, o promitente comprador usava o direito de retenção em verdadeira autotutela, para obrigar o devedor a celebrar o contrato final e, consequentemente, não ficava à mercê de grande variação da desvalorização da moeda. Tal instituto, inclusive, evitou que o promitente-vendedor beneficiasse da própria torpeza[65], conduta que está vedada no ordenamento jurídico de diversos países, não sendo demais dizer que no direito brasileiro existe previsão do artigo 187 do atual Código Civil[66] [67].

O direito de retenção "é, pois, um verdadeiro direito real de garantia de origem legal e, ao mesmo tempo, um meio de compelir o devedor ao cumprimento, sendo-lhes, por isso, apontadas duas funções: uma de garantia e outra de persuasão coercitiva"[68].

Portanto, a retenção é o direito do credor ficar na posse do bem até que o negócio final seja celebrado, podendo assim, caso prevista na promessa, exercer tal autotutela, o que seria capaz de trazer enormes embaraços ao administrador judicial, sendo necessário

---

[63] Fernandes, Luís A. Carvalho; Lições de Direitos Reais; Quid Juirs, 06ª edição, fls. 164. "O regime do direito de retenção não é uniforme, mas sim comandado pela natureza da coisa retida."

[64] Assim o direito de retenção além de ser uma auto proteção também é um método para criar iguais condições negociais entre o comprador e o vendedor, tendo o comprador um método eficaz para impedir que o vendedor simplesmente desista do negócio para ganhar mais, sobre este ponto é observado por Fernandes, Tereza Fernanda Mofreita,; A Oponibilidade do Direito de Retenção e a Protecção de Terceiros, um curioso aspecto histórico, vejamos: "Ao longo das várias épocas constitutivas do Direito Romano, observamos uma presença crescente do ius retentionis, não como forma pura de autotutela, mas sim, enquanto meio juridicamente autorizado e controlado pelo juiz de (auto) protecção perante danos ou despesas que, sem o mesmo não seriam reparados ou reembolsadas, criando iniquidade nas relações jurídicas11. Todavia, não assistimos a qualquer elaboração de uma sua teoria geral ou de um sistema orgânico que regulasse os seus princípios e orientasse o julgador1" fls. 17.

65 *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

66 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

67 No Direito brasileiro, o revogado Código Civil de 1916 não previa expressamente o instituto do abuso do direito. Por este motivo, a doutrina e a jurisprudência utilizavam uma interpretação inversa do dispositivo contido no inciso I do art. 160, o qual, por sua vez, albergava como excludente do ato ilícito o exercício regular de um direito.

[68] Silva, João Calvão da; Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, fls. 345.

trazer a jurisprudência, o que também sem dúvida terá a capacidade de retirar qualquer incompreensão do leitor:

> "Tribunal de Relação de Coimbra 728/14.8
> Relator: Moreira do Carmo
> 1.Se a A. reclama o reconhecimento de um seu crédito ulterior e sua graduação como crédito garantido por direito de retenção, num processo de insolvência, e utiliza, para tal efeito a acção prevista no art. 146º do CIRE utilizou a forma processual adequada, pelo que não existe erro na forma do processo; ademais o erro na forma do processo só pode ser arguido até à contestação (arts. 193º, nº 1, e 198º, nº 1, do NCPC), o que a ora recorrente não fez, não podendo fazê-lo em recurso.
> (...)
> 6. Da letra da lei – art.102º, nº 2, do CIRE - resulta que a fixação de um prazo para o administrador da insolvência cumprir ou recusar o cumprimento de um contrato depende da iniciativa do outro contraente, não determinando a lei nenhuma forma especial obrigatória para tal interpelação ao administrador, podendo por isso ser judicial ou extrajudicial.
> 7. Optando a A. pela interpelação por via judicial, a partir do momento em que a massa insolvente é citada, foi-lhe dado conhecimento da pretensão da A. formulada na p.i. - de o administrador cumprir o contrato se assim o entendesse - (art. 219º, nº 1, do NCPC), produzindo tal interpelação efeitos a partir daí (art. 259º, nº 2, do NCPC), designadamente tornando estáveis os elementos essenciais da causa, como o pedido e a causa de pedir (arts. 564º, b) e 260º do mesmo código), o que quer dizer que a massa insolvente/administrador de insolvência foi interpelada para tomar uma decisão sobre o cumprimento do aludido contrato ou recusa do seu cumprimento;
> 8. Existe recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, em cumprir um determinado contrato promessa, se o outro contraente o interpela judicialmente para tomar a sua opção e o mesmo na contestação da acção apresentada pela insolvente, por si representada, concluiu tal articulado requerendo que os pedidos da A., outra contraente, sejam julgados improcedentes, o que equivale, muito claramente, a uma declaração tácita (art. 217º, nº 1, do CC) por parte de tal administrador de que recusava o cumprimento do aludido contrato promessa.
> 9. Se a A. é uma promitente-compradora, consumidora, que celebrou um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional, que sinalizou o mesmo, que recebeu a tradição do imóvel prometido vender, contrato esse que não chegou a ser cumprido por parte do insolvente e que também não obteve o cumprimento do administrador da insolvência (AI), goza a mesma do direito de retenção, estatuído no art. 755º, nº 1, f), do CC, pelo seu crédito derivado do incumprimento de tal contrato, em estrita consonância com o entendimento firmado AUJ nº 4/14, em DR, 1ª série, de 19.5.2014. (acórdão do supremo de uniformização de jurisprudência)"

Tal direito é de suma importância no presente trabalho, uma vez que a *ius retentiones* é previsto como fundamento para obrigar o administrador a celebrar o negócio jurídico, no caso de a empresa em insolvência ser a promitente vendedora[69]:

> "Artigo 106º - Promessa de Contrato
> No caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprado."

[69] Ac. TRP de 28.03.2017 - O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº 4/2014 tornou a qualidade de consumidor elemento constitutivo essencial do direito de retenção previsto no art. 755º, nº 1, al. f) do Cód. Civil nas situações de insolvência do promitente-vendedor.

3.3.3- A hipoteca, a sequela e ainda a retenção:

A hipoteca, consoante o artigo 703º do Código Civil, pode ser judicial, legal ou voluntária, sendo essa, que resulta de um contrato, e é exatamente a que é tratada no presente capítulo, sendo ela "dependente da vontade do titular da coisa hipotecada, manifestada em contrato ou negócio unilateral (...). Quando o acto constitutivo seja entre vivo e tiver por objecto bens imóveis, deve constar de escritura pública ou de documento particular autenticado"[70], não havendo qualquer dúvida sobre tal ponto pois o CC tem isto bem claro: "Artigo 712: A hipoteca voluntária é a que nasce de contrato ou declaração unilateral."

Como já afirmado, a regra basilar do direito das obrigações é que o patrimônio do devedor[71] deve responder por suas dívidas[72], todavia nem sempre o crédito é honrado, sendo comum que os dadores de crédito na celebração do negócio visem assegurar o adimplemento, fazendo valer alguma garantia, sendo muito usada a hipoteca de imóveis que vem prevista no artigo 686º *et seq* do CC[73].

As garantias em empréstimos podem ser pessoais (como exemplo a fiança) e reais (incide diretamente sobre determinado bem, no caso de bens móveis sem registo existe a hipótese do penhor), assim temos a hipoteca que, por sua vez, consiste numa garantia real que recai sobre o bem do devedor e tal coisa acaba atrelada ao pagamento da dívida. Portanto, no caso de inadimplemento, o credor poderá atingir diretamente tal coisa, não necessitando de se preocupar com a solvabilidade do seu devedor, nem com o futuro negócio realizado com o bem hipotecado face o direito de sequela[74]:

---

[70] Fernandes, Luís A. Carvalho; Lições de Direitos Reais; Quid Juirs, 06ª edição, fls. 159.

[71] Artigo 789 do CPC do Brasil:
Da Responsabilidade Patrimonial:
Artigo 789: O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo restrições estabelecidas na Lei.

[72] Artigo 601 do CPC: Princípio Geral:
Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.

73 Artigo 686: 1. A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.
2. A obrigação garantida pela hipoteca pode ser futura ou condicional.

[74] O direito de sequela determina que o credor com garantia hipotecária pode perseguir o bem, independente do credor originário ter vendido o mesmo, o teor das legislações portuguesas e brasileiras são bem claras quanto a existência de tal direito:
CC art. 686

> Processo 00300/003- Acórdão do T. Central Administrativo do Sul
> Data 27/05/2003
> "I)- Nos termos do arts. 686° e 749° do CG os créditos garantidos por hipoteca só poderão ser preteridos pôr créditos que gozem de privilégio especial, de prioridade do registo ou do direito de sequela.
> II)- A hipoteca é uma garantia real das obrigações que incide sobre determinadas coisas imóveis e lhes é inseparável enquanto não expurgada ou extinta.
> III)- Numa execução hipotecária, o possuidor da coisa é parte legítima, mesmo que não tenha sido ele a assumir a garantia e só se os bens hipotecados não chegarem, então é que a execução prosseguirá contra o verdadeiro devedor.
> IV)- Porque assim, o embargante que recebeu dos executados a posse de uma fracção nos precisos termos em que ela se encontrava, ou seja, com os ónus e encargos que sobre ela recaíam, não pode opor a terceiros titulares de direitos reais aquilo que resulta de contratos feitos pelos executados já que a sua posse deriva de uma aquisição que nunca poderia ser mais lata que a do alienante.
> V)- É que a hipoteca, com base na qual foi instaurada a execução, confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.
> VI)- Estamos em presença de um direito real de garantia que se desdobra num duplo aspecto:- por um lado, confere ao credor o direito de se pagar pelo valor de certa coisa, com preferência sobre os demais credores; por outro, antes de se chegar a essa fase de satisfação processual, exerce uma função de segurança do crédito."

A sequela permite que o credor persiga a coisa mesmo diante do facto dela ter sido negociada, portanto a sequela é a manifestação dinâmica da inerência, significa que o titular pode ir buscar a coisa, independentemente de qual é o seu atual possuidor ou detentor, mesmo que ela venha a ser objeto de uma cadeia de transmissões"[75]

Portanto, verificado os efeitos[76] da garantia realizada através de uma hipoteca e o direito do credor de perseguir o bem hipotecado, mesmo negociado e o comprador tendo boa-fé, em razão da eficácia da sequela, é de se alinhar que a coisa hipotecada pode ser negociada com o *ius rententionis*. Como já visto, a retenção consiste basicamente no direito do credor ficar na posse do bem até que o negócio final seja celebrado.

Então, imaginemos que o devedor tenha uma relação creditícia com uma instituição bancária que é garantida pela hipoteca. Paralelamente ao primeiro negócio jurídico

---

CCB art. 1419: Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

[75] Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão; Direitos Reais, 2015, 5ª edição, Almedina, fls. 45.

76 Os efeitos da hipoteca somente são atingidos com o devido registo – art: 687º: A hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes. Tal determinação é repisada no art. 4º, nº2 do CRP: 1 - Os factos sujeitos a registo, ainda que não registados, podem ser invocados entre as próprias partes ou seus herdeiros. 2 - Excetuam-se os factos constitutivos de hipoteca cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo.

entabulado, ele negoceia[77] o bem através de CPCV, recebe o sinal[78] e permite o direito de retenção para tal promitente comprador, passando o bem a servir como garantia em dois negócios jurídicos entabulados com o mesmo devedor e tendo, repita-se, o mesmo bem em garantia.

Pois bem, atualmente a regra é que a retenção prevaleceria e criaria um limitador na hipoteca, não podendo ser o outro o entendimento da redação do CC:

> "Art. 759:
> 1. Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor.
> 2. O direito de retenção prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.
> 3. Até à entrega da coisa são aplicáveis, quanto aos direitos e obrigações do titular da retenção, as regras do penhor, com as necessárias adaptações."

Tal previsão é bem controversa. Gisela Cesar[79] enumera as críticas, entre elas referindo Lebre de Freitas que afirma "que dificilmente terá paralelo em legislação de outro país da União Europeia", e que Varela chama atenção que "todo conteúdo económico da hipoteca pode ser esvaziado posterior celebração de contratos-promessa de compra e venda com *traditio*" e aponta ainda para a questão muito bem percebida por Pedro Sameiro "que ultimamente temos assistido, com frequência a perversão de todo este sistema. O construtor utiliza os promitentes compradores e o seu direito de retenção como um escudo contra o banco credor, tentando força-lo a negociar (...)".

Um resumo das críticas Doutrinárias também é trazido pela Dra. Teresa Fernandes[80] da seguinte forma:

> "Nesta linha, Antunes Varela qualifica o aparecimento da *retentio* do promitente comprador como viola no enterro . A. Menezes Cordeiro sublinha que a actuação legislativa fez tremer a hipoteca nos seus alicerces, ao potenciar um esvaziamento do seu conteúdo económico pela posterior celebração de contratos-promessa. Vejamos em que termos"

77 O contrato de hipoteca não poderá conter clausula de inalienabilidade: Artigo 695º: É igualmente nula a convenção que proíba o respectivo dono de alienar ou onerar os bens hipotecados, embora seja lícito convencionar que o crédito hipotecário se vencerá logo que esses bens sejam alienados ou onerados.

78 Importante determinar que o recebimento de sinal é, segundo alguns autores, verdadeiro requisito para a existência do direito de retenção, pois caso não exista a figura do sinal também não haverá a retenção e, sim, mero ato de tolerância do vendedor.

79 CÉSAR, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 171 e 172.

80 Fernandes, Teresa Fernanda Mofreita; A Oponibilidade do Direito de retenção e a Proteção de Terceiros: no âmbito do Contrato-Promessa do Contrato de Subempreitada.

Sobre tal hipótese, é de se alinhar que já se verificou no capítulo referente aos princípios que a publicidade é cumprida através da posse e que a doutrina brasileira vem qualificando a posse como direito real, mesmo ela não estando dentro do rol taxativo que determina o direito real.

Não se pode deixar de referir que a diluição dos efeitos da hipoteca é um tema que determina efeitos além do direito, pois afinal tal modalidade de garantia tem a finalidade de garantir ao credor o recebimento da prestação e, assim como alinhado (no segundo parágrafo do presente capítulo), acabaria por determinar efeitos de circulação de bens e redução de juros, portanto existe toda a sorte de argumentos sociais e económicos para a sua higidez, sendo que o risco do negócio entabulado acaba medindo-se em juros que afetam todo o mercado consumidor.

Mas, atualmente, vemos os efeitos da hipoteca sendo reduzidos, não só no caso da retenção, para dar lugar à efetivação de outros direitos, sendo reconhecida no Brasil, a sua debilidade quando o imóvel é vendido durante a realização da obra de construção. Portanto, a construtora toma empréstimo com garantia hipotecária para a construção da coisa e negoceia-a através de um CPCV (algumas vezes com quitação do preço), mas ao entregar o bem ao comprador, a hipoteca ainda perdura.

Então, pode ocorrer o comprador final ter um imóvel, mas o vendedor não ter quitado o seu empréstimo, o que colocaria o consumidor em posição de grande desvantagem, tendo o STJB sumulado tal questão:

> "Súmula 308 do STJB - A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel."[81]

Ambas as questões que levam à menor eficácia da hipoteca parecem concebidas face à maior necessidade do interesse do consumidor prevalecer. Neste ponto é de se dizer que, caso a retenção não tivesse a prevalência do CC, o consumidor ficaria desprotegido ante o incumprimento de negócio que ele não participou.

[81] Tal entendimento acabou sendo usado também nos casos de alienação fiduciária: "Partindo-se da conclusão acerca do real propósito da orientação firmada por esta corte – e que deu origem ao enunciado sumular em questão –, tem-se que as diferenças estabelecidas entre a figura da hipoteca e a da alienação fiduciária não são suficientes a afastar a sua aplicação nessa última hipótese, admitindo-se, via de consequência, a sua aplicação por analogia" – RESP 1576164 – Relatora Ministra Nancy Andrighi

Ademais, o instituidor da hipoteca é dotado de grande capacidade financeira e jurídica, podendo formular cláusulas contratuais que promovam maior segurança e determine que o devedor mantenha valores em conta e/ou que a venda das unidades tenha o preço do sinal recebido na instituição bancária, solução essa que não afrontaria qualquer direito do tomador do empréstimo.

Mas nem só de crítica vivem as legislações que tratam de minorar os efeitos da "rainha das garantias", restando exposto vários factos que levam a crer no acerto das referidas leis, em que o A se socorre nas palavras da Dra. Teresa Fernandes[82]:

> "(...) há que levar em linha de conta a política legislativa que impulsionou os DL 80 e 86. À luz dos respectivos preâmbulos, a *ratio legis* consistiu num objectivo de maior protecção de uma parte contratualmente mais fraca, na lógica de defesa do consumidor. Pretendeu-se reajustar o regime do contrato-promessa, de forma a alcançar um verdadeiro equilíbrio entre os outorgantes. Em suma, as reformas do contrato-promessa foram absorvidas por preocupações sociais, concedendo relevância jurídica a uma situação de facto socialmente atendível.
> O DL 86 é claro quanto à sua *occasio legis*. O legislador expressa que partiu de uma situação típica de contrato-promessa entre uma empresa construtora e um particular que, tendo por objecto mediato um prédio ou uma fracção autónoma dele, destina-se à habitação, sendo que, via de regra, aquela empresa recorreu ao empréstimo bancário para financiar a construção do imóvel. Com a presença da *traditio rei*, o legislador não foi insensível à forte expectativa de aquisição do imóvel pelo particular e optou pela prevalência do seu crédito indemnizatório perante o crédito hipotecário da instituição de crédito.
> Isto é, o legislador teve consciência do conflito de interesses emergente da concessão de um *ius retentionis* a favor do promitente-adquirente e alimentado pelo art.759.º, n.º 2, mas nem por isso alterou a norma nem excepcionou a sua aplicação nesta facti species. A contrario, reiterou a atribuição da *retentio* no DL 86 e mencionou *expressis verbis* a prioridade à tutela dos particulares.

Os argumentos referidos são suficientes para impor, no modo de vista do A, que o legislador acertou em imprimir maior relevo à retenção, todavia nada impede que em certos casos o promitente vendedor, visando não ter melhores condições de negócio da hipoteca, use um expediente oculto e tenha como intenção a lesão de direito.

[82] Fernandes, idem acima, fls. 104.

3.4- Consumidor e sua protecção:

Antes de entrar na movediça questão de quem é o consumidor e tentar delimitá-lo com a ajuda das UJs, o A crê ser necessário fazer uma pequena contextualização da figura do consumidor com a evolução social.

A produção de bens sofreu uma profunda modificação com a revolução industrial que, entre outras coisas determinou, o "maior aprimoramento das forças produtivas do trabalho"[83], permitindo a produção em escala e, consequentemente, o acesso de uma grande parcela da população aos bens de consumo face à redução de preços, que é resultado desta modalidade de produção e melhor distribuição.

Tal massificação ocorreu num momento, que a sociedade (portuguesa e mundial) migrava dos campos para as grandes cidades[84] (em alguns lugares, os camponeses mais pobres foram forçados a abandonar os campos pelas corporações que introduziam a produção mecanizada que acarretava maior produtividade e redução dos preços aos artigos agrícolas[85]), e acabou por fazer nascer uma nova classe social denominada operariado[86].

Então, existia uma força centrípeta sobre as pessoas que as fazia elegerem um mesmo núcleo para moradia e consumir os mesmos bens, mas opostamente foi a ciência que começou difundir-se-a e trazer novos parâmetros para a vida comum. São inúmeras as consequências da revolução industrial, entre elas o nascimento do consumo em massa e uma inovação que, após ultrapassado o período de exploração do trabalho e com a implementação de normas, permitia aos trabalhadores terem maior qualidade de vida[87],

[83] O maior aprimoramento das forças produtivas do trabalho, e a maior parte da habilidade, destreza e bom senso com os quais o trabalho é em toda parte dirigido ou executado, parecem ter sido resultados da divisão do trabalho. Smith, Adam; A Riqueza das Nações, ´Vol. I, Editora Nova Cultura, fls. 65, disponível no link: A Riqueza das Nações, Vol. 1 - Adam-Smith.pdf

[84] Na segunda metade do sec. XIX os primeiros governos da monarquia liberal/constitucional incentivaram os agricultores tendo tratado de questões referentes à divisão de terra pertencente aos nobres e a ordem religiosa e as distribuindo para um maior número de proprietários, no entanto os proprietários agrícolas mais ricos inseriram a mecanização nos campos se aproveitando da modernização da indústria que criava bens capazes de resultar maior produção agrícola sem a interferência humana. O curioso é que tal questão acaba se inserindo na história do Brasil colônia e Portugal, pois pode-se alinhar que ela foi fruto da guerra civil e o triunfo da monarquia liberal, quando D. Pedro deixa o Brasil e volta a Portugal para lutar junto as tropas liberais contra D. Miguel e vencê-lo.

[85] Não se pode deixar de dizer que a produção agrícola em escala introduziu comida à mesa dos portugueses, o que além de acabar com a fome os tornou longevos.

[86] Não é demais dizer que o operariado já representava uma grande evolução social, uma vez que pouco tempo antes ele era mero servo que, sequer, era dono de sua capacidade e força de trabalho e passa a vendê-la ao dono da indústria, relação esta que inexistia.

[87] O que somente veio a ocorrer mais de um século depois do seu início em Inglaterra quando o operariado começa a perceber que não tem autonomia alguma para negociar sua força de trabalho e sempre trabalhavam por adesão premidos por grande necessidade, acabando, portanto, em se organizar, o que fez

bem como certos aspetos filosóficos e sociais da vida, que não tinham como não desaguar no direito:

> "No longo e penoso passado, de minguados meios de produção, foi difícil imprimir-se maior rêlevo à pessoa.
> Os desumanos processos da produção obscureciam o valor do homem.
> Entretanto agora que podemos produzir em melhores condições, graças à extraordinária revolução técnica dos últimos decênios, precisamente agora é que se volta a insistir na insignificância dos indivíduos. À luz do progresso e da técnica de produção, estão sendo feitas afirmações de submissão ao agregativo. Assim, pelo fato de a produção ser em massa e, portanto, em massa o comparecimento dos consumidores no mercado, julgam alguns ter desaparecido a individualização dos homens"[88]

Portanto, a ideia da coletivização não é um fenómeno que nasceu nos últimos anos[89] e já existiam estudos que demonstram o surgimento ser contemporâneo ao maior implemento tecnológico e cientifico na produção de massa, onde autores, sobretudo de economia, afirmam que o consumidor "é condicionado a consumir segundo padrões estabelecidos pela produção em massa"[90].

O progresso científico ainda trouxe mecanismos de convencimento através de campanhas publicitárias[91] [92], pensadas para atingir o pensamento de pessoas ao redor de todo o mundo globalizado, fazendo assim nascer verdadeiros impulsos de consumo.

O indivíduo ao realizar o ato de compra acaba realizando um desejo e satisfazendo suas necessidades, o que acaba permitindo perceber um sentimento de melhora na sua

---

ascender socialmente principalmente na Europa onde atualmente possuem uma vida confortável de classe média e acabaram por se tornar consumidores.

88 Bulhões, Octávio Gouvêa de; Dois Conceitos de Lucro; 2ª Edição, Apec fls. 21.

89 "Como vem sendo lugar comum dizer-se, longe vão os tempos em que imperava o fabrico artesanal de produtos simples e singulares, com características próprias e específicas, destinadas a clientes determinados." Oliveira, Fernando Baptista; O Conceito de Consumidos, Perspectiva Nacional e Comunitária, Almedina, fls. 21

90 Bahia, Luiz Alberto; A Dimensão Injusta, Zahar; fls. 60,1 24-125, onde ele cunhou alguns termos que são bens atuais, apesar, da defasagem de quase um Século, tais como: "massificação do indivíduo", onde o consumidor não é mais uma pessoa e, sim, um "coletivo impessoal".

91 Verifica-se a preocupação com a publicidade enganosa no texto constitucional:
Art. 60º:
1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.
3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.

92 Tal ponto (publicidade) é relatado como sendo um dos pontos que causou um grande consumo: "Ademais, o baixo nível de endividamento da generalidade de agregados familiares e as campanhas publicitárias agressivas para a concessão de crédito contribuíram para a criação de um consumo desenfreado" Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 37.

condição de vida[93] e, sem dúvida, a compra de um imóvel permeia a vontade humana, ainda mais para classes mais baixas com acesso ao crédito.

Logo, tal longo caminho histórico acaba por estruturar a sociedade atual e tem impacto na relação das pessoas e nos contratos que elas celebram[94], onde existem imposições pelo fornecedor do bem, acabando por trazer, desvantagem ao consumidor[95], o que é mitigado pelo princípio fundamental constitucional que empenha a construção de "uma sociedade justa"[96], onde a busca da equidade é uma das tarefas constitucionais "Fundamentais do Estado"[97], além das previsões expressas que asseguram a "protecção aos consumidores".

Tal previsão não definiu quem é o consumidor[98], mas Canotilho ressalta que:

> "A Constituição não define, porém quem é o consumidor. Seguramente que o preceito se refere, de acordo com o direito nacional e europeu, ao consumidor final enquanto tal, que adquire a fornecedores profissionais e serviços para o uso e fruição própria (ou alheia) e não para o uso profissional (...)"[99]

A dúvida sobre tal ponto parecia afastada pelo artigo 2º da Lei nº24/96 que *a priori* deveria definir quem é o consumidor[100], mas ela somente enumera a questão sem exauri-la[101]:

> "1 - Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por

---

[93] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 36. "O consumo preenche uma dupla função, do ponto de vista do indivíduo: a satisfação de necessidade e a realização de desejos. Assim, o crédito aos consumidores contribui para a realização pessoal, expressa simbolicamente por um nível de vida melhorando. Simultaneamente, permite a criação de novas identidades culturais e novas oportunidade de participação social (...), dano origem à denominada "democracia de gastos".

[94] A Constituição de 1976 já determinada a proteção do consumidor como uma das incumbências prioritárias do Estado.

[95] De outro lado deve-se observar que a propaganda não só um evento nocivo ao consumo quando efetuada dentro dos limites de ética e moralidade. "O anúncio não representa, como se costuma alegar, uma imposição. É, antes indicio de acirrada concorrência da oferta de produtos, da qual o consumidor pode tirar partido, em melhores condições do que em um mercado homogêneo (...). O consumidor está longe de ser um "automâto" dirigido por organizações vendedoras." Bulhões, Octávio Gouvêa de; Dois Conceitos de Lucro; 2ª Edição, Apec fls. 22.

96 Constituição da República Portuguesa: Artigo 1.º - República Portuguesa - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

[97] Artigo 9º - São tarefas fundamentais do Estado: (...) d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais

[98] Oliveira, Fernando Baptista de; O Conceito de Consumidor Perspectiva Nacional e Comunitária, Almedina, Fls.36.

[99] Canotinho, JJ Gomes; Constituição da República Portuguesa Anotada, referido no livro acima às fls. 37/38.

[100] Todavia, como alinhado no Acórdão nº04/2019: "A Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31-07) fornece uma noção de consumidor que se apresenta com vocação de aplicação supletiva, sempre que o conceito não seja especificamente formulado por outro diploma para determinada área temática."

[101] Tal fato jurídico impôs intenso debate e serão mais a frente analisado.

> pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.
> 2 - Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos."

Tal classificação é primordial também no direito do Brasil, onde o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8078/1990) determinou que o consumidor é toda a pessoa física ou coletiva que é destinatário final do produto (art. 2º)[102], trazendo assim a figura do consumidor por equiparação (art. 29), sendo certo que tradicionalmente a questão da vulnerabilidade[103] (técnica, jurídica, fática e informacional[104]), somado ao facto da pessoa ser a destinatária final, acaba por atrair a incidência da referida norma[105].

A *Ley General de la Defesa de Los Consumidores* em Espanha traz disposições que assemelham-se muito à Lei do Brasil e de Portugal, no que concerne à vulnerabilidade do consumidor ser o ponto nodal que determina a aplicação da norma de sua proteção[106],

---

[102] No Brasil existem algumas teorias sobre a figura do consumidor, entre ela a finalista e a maximalista, onde, não se exclui a empresa de ser consumidora, afinal o artigo 2º determina essa possibilidade "Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

[103] Lei 8078/90 reconhece que a vulnerabilidade do consumidor é um fator de risco e que deve receber atenção "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo"

[104] Scavone, Luiz Antonio; Direito Imobiliário, Teoria e Prática, 09º edição, fls. 244: refere que a vulnerabilidade pode ser : "a) Fática, pela posição do fornecedor, um monopólio por exemplo. b) Jurídica, presumida para o não profissional em face de ignorância dos preceitos jurídicos e econômicos que permeiam das relações jurídicas. C) Técnica, em face do desconhecimento, por parte do consumidor, do objeto da relação jurídica."

[105] Marques, Cláudia Lima; Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais, 4ª edição, revista dos Tribunais, fls. 252, leciona: "quando se fala em proteção ao consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.
(...)
Para os finalistas pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta e tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais do mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso, I. Logo convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem então, que se interprete a expressão "destinatário final" (...) de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC (...).
Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo está interpretação teleológica não baste ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção (...) é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para recenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo o preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu (...)"

[106] *Artículo 3- Conceptos de consumidor (...):*

como também existe similaridade dos princípios que salvaguardam a relação consumerista, tais como o dever geral de segurança, princípio da informação[107] (já abordado anteriormente) e a irrenunciabilidade do direito.

Portanto, tendo em vista a "ideia básica do consumidor como parte fraca, leiga, profana, a parte débil economicamente ou menos preparada tecnicamente de uma relação de consumo concluída com um contraente profissional, uma empresa"[108], mas deve-se ressaltar que tal proteção é efetuada devido à geral impossibilidade financeira de se ter uma justa negociação com fornecedores de elevada capacidade financeira e não basta uma compra ser realizada, como na descrição seguinte veremos:

> "Nestes casos, como acrescenta Calvão da Silva, seria injustificada e até abusiva a aplicação do direito especial de protecção do consumidor, na medida em que a qualificação técnica e profissional que o adquirente dispõe ou pode normalmente

1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.
Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.
2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

[107] Tal ponto do dever de informar é bem claro nas legislações, portanto, o fornecedor do produto tem a obrigação legal de informar tudo que seja necessário a decisão do consumidor, o que está em total consonância com os princípios contratuais, principalmente o da boa-fé, portanto teria o fornecedor a obrigação legal de informar ao consumidor qualquer tema relevante não só em sua publicidade, mas também contratualmente e sua omissão constituiria dolo, vejamos o teor das leis:
Artículo 12: 1. Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación.
Artículo 18:
1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente:
(...) omissis
2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:
(...)
e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.
3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado.
4. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos legalmente habilitados para hacerlas cesar.

[108] Silva, Calvão, referido no AUJ nº4/2019

> dispor lhe permitem evitar os riscos e abusos a que, nas mesmas circunstâncias, o consumidor normal, mais vulnerável - por debilidade económica ou por impreparação técnica -, está exposto."

A definição de quem é o consumidor é essencial[109], pois será tal elemento que o fará ascender ao direito de afastar a faculdade de negativa do administrador judicial e o obrigará a confirmar o negócio, bem como para a graduação do crédito em insolvência, todavia no que diz respeito à delimitação do texto legal já referido, alguns pontos permaneceram obscuros e são motivos de litígio e de divergência jurisprudencial.

Destarte, ter a qualidade de consumidor pode fazer com que a pessoa tenha mais facilidade em exercer, seus direitos e, quando possível, obrigar o AJ a celebrar o negócio final; ou receber a devolução do sinal (inclusive antecedendo o credor hipotecário); ou ainda exercer o direito de retenção.

Portanto, logo no Sumário do Acórdão de UJ nº4/2019 do STJ, já resta devidamente consubstanciado que tendo sido reconhecido tratar-se de um consumidor, ele acabará precedendo outros credores:

> "Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de *traditio*, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa."

Num acórdão anterior (nº04/2014), que guarda importante relevância com o tema do presente trabalho, acabou por não se alinhar definitivamente quem é o consumidor[110], no entanto na nota de rodapé nº10[111] já se revela a exclusão daquele que comprou o bem para futura revenda, entre outros pontos que são usados no Acórdão nº04/2019[112], mesmo que

---

[109] Vale dizer que muitas leis trazem quem é o consumidor, mas os conceitos são restritos as espécies que regulam, como exemplo, no contrato celebrado à distância, a figura do consumidor está descrita em artigo 3º, "c": Para efeitos do presente decreto-lei, entende-se por: «Consumidor», a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.
Existe ainda definição de consumidor em outras normas: art.1º, "b" da Lei 67/2003; DL nº57/2008 – art. 3º, "a"; DL nº74-A/2017 – art. 4º "d".

110 Ac. TRP de 28.03.2017: "(...) III - O AUJ nº 4/2014 não incluiu o conceito de consumidor no seu segmento uniformizador, devendo considerar-se excluído deste conceito apenas aquele que adquire o bem no exercício da sua atividade profissional de comerciante de imóveis."

111 Conforme disposto no Acórdão nº04/2019.

112 "A opção legislativa no conflito entre credores hipotecários e os particulares consumidores, concedendo-lhes o direito de retenção teve e continua a ter uma razão fundamental: a proteção destes últimos no mercado da habitação; na verdade, constituem a parte mais débil que por via de regra investem no imóvel as suas poupanças e contraem uma dívida por largos anos, estando muito menos protegidos do que o credor hipotecário (normalmente a banca) que dispõe regra geral de aconselhamento económico, jurídico e logístico que lhe permite prever com maior segurança os riscos que corre ...".

tal decisão tenha feito vários alertas de que estes argumentos não "permite, por si só, formular conclusões em nenhum sentido da discussão".

Ainda em tal acórdão é determinado que o conceito de consumidor deve ser tomado no sentido estrito, sendo somente aquele que comprou a unidade para residir[113], portanto resta excluído de tal entendimento aquele que adquiriu um imóvel para a satisfação da sua profissão ou empresa, tendo prevalecido os argumentos do recorrente[114] e a decisão, após citação da doutrina, definiu o consumidor usando vários critérios de exclusão, portanto tenta delimitá-lo de forma categórica:

> "(19) «Consumidor», aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.
> (20) «Consumidor», a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.
> (21) «Consumidor» qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;
> (22) «Consumidor» a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional;

Vale dizer que tal posição vem sendo mitigada, havendo a extensão do entendimento de quem é consumidor em obediência da fragilidade do promitente comprador, caráter esse já acima referido.

---

113 Portanto deve ser o destinatário final do produto.

114 Tais argumentos foram assim resumidos no referido Acórdão:
"13 - Afigura-se-nos, pois, claro, que subjaz à interpretação que vingou no AUJ n.º 4/2014 a protecção da parte mais débil e com inferiores recursos (técnicos e financeiros), ou seja, o consumidor que adquire (ou promete adquirir) bens para uso privado, a fim de satisfazer necessidades pessoais e familiares.
14 - Tal protecção certamente não abrange quem adquire imóveis para neles prosseguir a sua actividade profissional.
15 - Ainda que o negócio em si mesmo não se insira no âmbito da actividade profissional do promitente-comprador, se o mesmo se destinar a fins profissionais e económicos, e não à satisfação de suas necessidades pessoais e/ou familiares, não poderá aquele ser considerado consumidor, entendido este em sentido estrito
16 - E dúvidas não se nos oferecem de que o conceito de consumidor adoptado no nosso ordenamento jurídico é estrito. Como ensina o Professor Calvão da Silva - in "Venda de Bens de Consumo", 4.ª Ed. (2010), Almedina, pág. 55 e ss. - "É a consagração da noção de consumidor em sentido estrito, a mais corrente e generalizada na doutrina e nas Directivas Comunitárias: pessoa que adquire um bem ou um serviço para uso privado - uso pessoal, familiar ou doméstico [...] - , de modo a satisfazer as necessidades pessoais e familiares, mas não já aquele que obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou empresa".

Em tal caso a jurisprudência parece no caminho de determinar proteção para pessoas coletivas[115] que adquirem imóveis para o comércio no imóvel, restando vedado a possibilidade apenas quanto `aqueles que compram o imóvel para a atividade comercial de negociador de tal bem, conforme se verifica no acórdão abaixo que, inclusive, revela o conceito trazido pelo Doutor Calvão Silva:

> Processo 1092/10.0TBLSD-G.P1.S1 – 29/05/2014
> STJ – 2ª Secção -
> "7. Para efeitos do Acórdão proferido em revista ampliada em 20.3.2014, no processo n.º 92/05.6TYVNG-M.P1.S1, deve ser considerado consumidor o promitente-comprador que, na fração prometida comprar, tem um estabelecimento de venda ao público de artigos para o lar, que explora através duma sua sociedade com sede na mesma fração.
> (...) omissis
> 9 . O conceito de consumidor não é unívoco.
> Em sentido lato consumidor será aquele que "adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional" (Calvão da Silva, A responsabilidade do Produtor, 58).
> Em sentido estrito, não abrangerá a utilização para necessidades profissionais.
> Dentro deste sentido estrito, ainda cremos poder distinguir aqueles casos em que a aquisição, posse ou utilização se insere na própria atividade profissional da pessoa, daqueles em que tais atos, ainda que visem satisfação de necessidades profissionais, não constituem elemento integrante daquela (...)
> A Lei n.º 24/96 define no artigo 2.º, n.º1, consumidor como "todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios."
> Já o Decreto-Lei n.º24/2014, de 14.2 define consumidor, pare efeitos deste normativo, como "a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional".
> Este Decreto-Lei transpôs a Diretiva n.º 2011/83/EU do Parlamento e do Conselho, de 25.10.2011, que, no artigo 2.º, define, para efeitos dela mesma:
> "Consumidor: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;
> Profissional: qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue, incluindo através de outra pessoa que actue em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional."
> É manifesto que todos estes textos legais conferem ao conceito de consumidor o sentido estrito.
> Mas fica alguma dúvida sobre a opção pela distinção que fizemos dentro do conceito estrito, parecendo até pela definição de "profissional" constante da diretiva – que não passou para o texto de origem interna, mas que será de atender em obediência ao princípio da interpretação conforme – que a exclusão se situa só nos casos em que a aquisição, posse, ou uso faz parte da própria atividade profissional.
> A inclusão do consumidor no texto uniformizante apoiou-se, como da fundamentação consta, no que defende Miguel Pestana de Vasconcelos, em Cadernos de Direito Privado, n.º33, 3 e seguintes.
> Este autor dedica ali a extensa nota de pé de página n.º 25 à noção de consumidor, sustentando que é ponderada e equilibrada, devendo "orientar o intérprete na

[115] A Lei do Brasil confere as pessoas coletivas o atributo de consumidora – Código de Defesa do Consumidor: "Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

> concretização do consumidor para este efeito", a definição resultante dos artigos 10.º, n.º1 e 11.º, n.ºs 1 e 2 do anteprojeto do Código do Consumidor.
> É, então, "consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional."
> Podendo estender-se o conceito às pessoas coletivas, se provarem que não dispõem nem deveriam dispor de competência específica para a transação em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade e às pessoas singulares que atuem na prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua atividade profissional, se provarem o que acaba de ser referido relativamente às pessoas coletivas.
> O próprio texto fundamentante do Acórdão Uniformizador fornece na nota n.º10 elementos que permitem vislumbrar o que se quis incluir e excluir quando se inseriu o conceito na parte da uniformização.
> Ali se refere que:
> "…Não sofre dúvida que o promitente-comprador é in casu um consumidor no sentido de ser um utilizador final com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda."
> Deste texto, conjugado com o que vimos referindo em abstrato, cremos poder concluir que do conceito de "consumidor" inserto no texto da uniformização só está excluído aquele que adquire o bem no exercício da sua atividade profissional de comerciante de imóveis.
> 20 . Sendo assim, não releva no sentido da exclusão que na fração prometida comprar pelo reclamante CC se encontre instalado e aberto ao público e aberto ao público, desde Janeiro de 2010, um estabelecimento de venda de artigos para o lar, que ele explora através da sua sociedade, que tem sede na referida fração.
> Havendo, então, que seguir a orientação favorável ao direito de retenção constante da mesma uniformização."

Vale ainda referir que o acórdão acima referido traz relevantes fundamentos para a inclusão de pessoas coletivas no conceito de consumidores, referindo a questão dela ser consumidora final do imóvel, portanto, a questão que acaba sendo importante é se ela desempenha função atinente ao ramo de imóveis ou não.

Fazendo o cotejo da decisão acima referida com o entendimento esposado no Brasil verifica-se que o STJD acaba por alargar mais o espectro da lei consumerista, fazendo com ela salvaguarde àqueles que não são investidores profissionais:

> "o adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor), não abrangendo em seu âmbito de proteção aquele que desenvolve a atividade de investimento de maneira reiterada e profissional" (REsp 1785802/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 06/03/2019).

4- Insolvência:

Historicamente pode-se dizer que: a insolvência[116], na sua forma mais primitiva[117] parece remontar ao Império Romano e faz parte da bagagem e influência que tal domínio exerceu sobre os territórios que conquistou, onde as previsões arcaicas determinavam pesados castigos ao devedor na Lei das XII Tábuas[118] [119]. Não sendo demais dizer que tal norma serviu de forma embrionária vários institutos jurídicos atuais[120].

Mais tarde, houve a invasão dos bárbaros e a influência de suas regras, todavia o desenvolvimento da insolvência ocorreu nas cidades do norte de Itália, em "virtude do florescimento das atividades comerciais nessa região"[121], local que é a verdadeira origem da insolvência[122]. Destarte, a falência passou a ocorrer através de requerimento dos credores e/ou devedor, tendo ainda outras figuras que eram embriões do atual direito falimentar:

> "O velho direito italiano foi, póde-se dizer, o laboratório da fallencia moderna. Estabeleceu a designação normal dos syndicos; o seqüestro dos bens e livros do devedor; o balanço; o exame de livros e contas; a verificação do activo e passivo; a publicidade da fallencia; o vencimento antecipado das dividas a prazo; o período

[116] O vocábulo "insolvência" é moderno e atual, antes tal realidade era traduzida pela palavra "quebra" e outras que traziam o sentido de algo havia partido.

[117] Onde o devedor poderia ser condenado a morte, a escravidão ou ainda vendido pelo ser credor ao estrangeiro (*trans Tiberim*).

[118] DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. Malheiros Editores. 5ª Edição. São Paulo. 1997, fls. 43/44. Determina que tal Lei foi substituída pela *Lex Poetelia Papíria* onde os excessos forma afastados e os castigos corporais abolidos e concentrou os atos na expropriação do patrimônio do devedor para saldar as dívidas, vejamos: """.....com a Lex Poetelia do ano 326 a.C (ou 441 a.u.c), a qual ditou várias normas atenuadoras do sistema então vigente, a saber: a) proibiu a morte e o acorrentamento do devedor; b) institucionalizou o que antes era simples alternativa oferecida ao credor, ou seja, a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; c) permitiu que o executado se livrasse da *manus injectio*, repelindo a mão que o prendia (*anum sibi depellere*) mediante o juramento de que tinha bens suficientes para satisfazer o crédito (*bonam copiam jurare*); e, acima de tudo isso, (d) extinguiu o *nexum*, passando então o devedor a responder por suas obrigações com o patrimônio que tivesse, não mais com o próprio corpo (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*). Estava aberto o caminho para eliminar a execução corporal."

[119] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls.60: " A Lei das XII Tábuas estabelecia que, em caso de incumprimento, o credor deveria obter uma certidficação do incumprimento (...). O próprio devedor respondia pessoalmente pelas suas dívidas, podendo ser acorrentado, vendico como escravo ou até mesmo esquartejado (...)"

[120] Tal como a boa-fé, onde era determinado "*patronus si cliente fraudem fecerit, sacer esto*" que é traduzido por Judith Martins Costa e referido em seu livro A Boa-Fé no Direito Privado Critérios para sua aplicação, Saraiva, 2ª Edição: "Se um patrono tiver cometido alguma fraude contra seu clientes, que seja condenado"

[121] Filho, Mario Megale da Silveira; Visão Histórico-Evolutiva do Direito Recuperacional; UNIFAFIBE; teor constante no link http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf

[122] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls.61: "Mas a verdadeira origem do conceito de falência – ora insolvência – reside no Direito Intermédio, mormente nas principais cidades italiana (Veneza, Florença, Milão e Génova). Com o incremento do comercio internacional (...)"

> suspeito; a privação do fallido da administração de seus bens; a distribuição de dividendos proporcionaes á importância dos créditos, salvo as preferências hypothecarias e privilegiadas; a prestação de alimentos ao fallido em certos casos; o accordo entre o fallido e os syndicos representantes dos credores e approvado pela maioria destes, obrigando a todos os outros ausentes e dissidentes; a cessão de bens concedida aos fallidos casuaes, etc.etc."[123]

Portanto desde a idade média percebe-se que a questão da insolvência está ligada à satisfação do crédito do devedor e a falências "presumia-se "*iuris et de iure*" uma vez ocorrida a cessação de pagamentos"[124], e visando impedi-lo de dilapidar ou fraudar o património, passou-se a apreensão dos bens e nomeação de um administrador que terá o objetivo de saldar as dívidas.

Atualmente, pode-se definir que a insolvência é a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações vencidas (art. 3º, nº1 da CIRE), portanto a patologia da empresa é o incumprimento contratual que acaba por afetar, via de regra, uma série de credores e "ser insolvente significa ser incapaz de cumprir as suas obrigações (...)"[125].

Já o direito da insolvência é um sistema jurídico autónomo[126] (mas não está completamente apartado do Direito Comercial, do Direito Civil, do Direito do Trabalho e até mesmo do Direito Penal), tendente a evitar e a resolver a insolvência, através de um abrangente conjunto de normas[127], onde são tratados os direitos do devedor e dos credores.

Tal sistema engloba não somente a sociedade[128], uma vez que o art. 02ª da CIRE, insere a possibilidade de pessoas singulares e jurídicas serem partes no processo, mas também os patrimônios autônomos, todavia existem diferenças nos procedimentos.

O decreto de insolvência torna mais aguda a grande quantidade de informações e efeitos, pois de uma só tacada faz surgir vários institutos jurídicos que merecem análise e guardam complexidade.

Destaca-se que o decreto de insolvência não determina obrigatoriamente o fim da sociedade, na verdade pode-se falar que a tentativa de recuperação e manutenção têm

---

[123] Mendonça, Jose Xavier Carvalho de; Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 7 ed., fls. 19.
[124] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 62.
[125] Leitão, Luís Menezes; Pressupostos da declaração de insolvência; I Congresso de Direito da Insolvência, fls. 175.
[126] Castro, Carlos Aberto Farracha, Revista de Direito da Insolvência – nº1 – fls. 126/127"De um modo ou de outro, não se pode mais ignorar a autonomia do Direito da Insolvência face os demais ramos do direito, ainda que possua nítido caráter transversal, abrangendo normas de diversas índoles"
[127] Idem acima referindo Epifâncio, Maria do Rosário. In Manual de Direito da Insolvência. Coimbra, Almedina, 5ª ed. 2013, p. 13-14: "abrange um conjuntod de normar jurídicas de índole processual e, antes do mais, de ordem substantiva, que pertencem, no seu conjunto, e na sua essência, ao Direito Privado, e, dentro deste, ao Direito de responsabilidade patrimonial (...)"
[128] Tal fato jurídico é uma tendência mundial, sendo certo que a Lei Espanhola traz previsão neste sentido: Art. 1. *La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*

primazia no ordenamento jurídico[129] e uma das finalidades do processo deve ser a recuperação da empresa[130], mas observada a obrigação de saldar as dívidas.

A manutenção da empresa traria o efeito de resguardar o emprego dos trabalhadores que laboram na sociedade insolvente e, assim, o resultado perfeito seria que os credores fossem pagos e que a empresa fosse mantida, o que é pretendido pelo princípio constitucional implícito da manutenção da empresa.[131].

Sobre a manutenção da empresa é ainda de se alinhar que o momento crucial ocorre após o decreto da insolvência, quando a realização da assembleia dos credores[132] determinar se é possível salvaguardar a sociedade do perecimento definitivo[133].

Os credores exercem um papel central no processo de insolvência. Gisela Cesar, no seu livro, chama atenção para tal realidade e após traçar as "linhas orientador do processo de insolvência", conclui dizendo que:

---

[129] CIRE: Art.1º, nº1: "O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores." GN

[130] Princípio da preservação da empresa – previsto no art. 47 da LF (Lei 11.101-2005) – determina: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Teixeira, Tarcisio, Direito Empresarial Sistematizado, doutrina e jurisprudência, 7º ed, sobre tal princípio leciona que "princípio da preservação da empresa, que pode ser entendido como aquele que visa recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores." e complementa que tal princípio obrigatoriamente para ser levado à efeito, terá que estar ligado ao princípio da função social, ou melhor, somente se justifica a preservação da empresa quando a função social é cumprida "Além disso, o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa (Lei n. 6.404/76, art. 116, parágrafo único), que considera o fato de que a atividade empresarial é a fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc. Desse modo, é relevante ponderar que a preservação da empresa justifica-se nos casos de empresas que cumpram a sua função social, e não o contrário. Também, como já apontado anteriormente, toda atividade empresarial, em maior ou menor grau, envolve risco; por isso, o ordenamento jurídico, em especial as leis empresariais, busca estimular o desenvolvimento da atividade econômica por meio de incentivos, como, por exemplo, com regras sobre a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade. Assim, o instituto da recuperação de empresa deve ser visto como mais um incentivo ao empreendedorismo, uma vez que se pode contar com essa ferramenta em caso de uma crise afetar a atividade empresarial."

[131] Castro, Carlos Aberto Farracha, Revista de Direito da Insolvência – nº1 – fls. 138.

[132] Serra, Catarina, Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 49: "Embora o processo de insolvência se inicie com a declaração de insolvência do devedor, o momento decisivo para a recuperação da empresa é o da reunião da assembleia de credores para a apreciação do relatório do administrador da insolvência, pois é aí que se escolhe sobre a continuidade da empresa e seu encerramento (...).

[133] CIRE- Art. 156º nº2: "A assembleia de credores de apreciação do relatório delibera sobre o encerramento ou manutenção em actividade do estabelecimento ou estabelecimentos compreendidos na massa insolvente."

> "os credores têm papel central, sendo-lhes atribuído diversos poderes-deveres, incluindo o poder fundamental de decidirem o destino do processo, escolhendo o meio que melhor se adeque à satisfação dos seus interesses"[134]

O estado de insolvência, apesar de não ligado diretamente aos efeitos do decreto de insolvência, merece ser verificado, pois assim temos a base para alinhar a responsabilidade do administrador que se omite ao requerer a insolvência e o momento correto em que os credores podem fazer o requerimento.

Também é exposta uma série de caraterísticas da insolvência, o que acarretará uma exata noção sobre temas vistos posteriormente, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade das perdas que acaba por resultar num fiel entendimento do motivo que leva o credor signatário de um CPCV, sem eficácia real, ter o risco de não receber a devolução do total do que pagou de sinal.

Não é demais dizer que a insolvência traz uma série de efeitos sobre os devedores, credores, trabalhadores e pode também estender-se aos administradores e/ou sócios, mas tais consequências não serão aqui tratadas[135], sendo somente alinhados os efeitos sobre o contrato promessa de compra e venda especificamente.

O momento do decreto de insolvência tem elementos que se não forem devidamente compreendidos afetarão um ao outro e assim, o Autor tentou apresentá-los numa ordem cronológica onde desnuda os assuntos na mesma colocação que eles aparecem na Lei, todavia alguns acabam por ocorrer de forma simultânea e, assim, quando tal facto se deu, o Autor alinhou uma breve explicação sobre o que não era o tema.

Destarte, se o único requisito objetivo da insolvência não comporta maiores digressões, uma vez ser a própria insolvabilidade da sociedade, o contrário pode-se dizer das características, princípios e, sobretudo, efeitos.

134 César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 68.

135 Recomenda-se sobre o assunto leitura do livro da Professora Catarina Serra, fls. 140 e seguintes.

4.1- Estado de Insolvência:

O CIRE não estabeleceu mecanismos legais que detetem a proximidade e iminência do estado de insolvência, e o intérprete do direito acaba por fazer o cotejo da legislação estrangeira, tal como o nº2 do §18 do Código Alemão da Insolvência[136] e a *Ley Concursal* espanhola[137] [138].

Pode-se dizer que o estado de insolvência ocorre quando uma sociedade está na situação de não conseguir honrar as suas dívidas, existindo o critério do *cash flow* e do *asset* (*balance sheet*) para aferir a capacidade de solvabilidade.

O *cash flow* (fluxo de caixa) somente verifica o caixa da empresa, e o devedor somente será insolvente no momento, que não tenha liquidez para honrar os seus compromissos, restando ignorado se o ativo de tal sociedade, se liquidado teria

---

[136] Vale neste ponto acrescer que a Lei Alemã (*Insolvenzordnung*) acabou por trazer pontos mais seguros para tornar mais fácil a abertura do processo.
InsO: *§ 18 Drohende Zahlungsunfähigkeit*
(...) omissis
(2) Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. In aller Regel ist ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen.
Seção 18: Iliquidez iminente
(1) Se o devedor solicitar a abertura de um processo de insolvência, a iliquidez iminente também será motivo para a abertura.
(2) O devedor será considerado em situação de iliquidez iminente se for provável que não consiga cumprir as suas obrigações de pagamento existentes na data de vencimento. Via de regra deve ser utilizado um período de 24 meses.

[137] Onde a nova Lei editada em 2020 traz no art. 2 os "pressupostos objetivos":
Artículo 2. Presupuesto objetivo.
1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor.
2. La solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia.
3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.
4. La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:
1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.
2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.
3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.
6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

[138] A Lei do Brasil em seu artigo 94 expõe detidamente os casos onde a "falência" pode ser decretada.

capacidade de honrar os compromissos. Já o *balance sheet* verifica se os bens do devedor são capazes para honrar as obrigações.

A Lei determina o critério do fluxo de caixa e utiliza acessoriamente o critério do balanço, o que é bem esclarecido por Menezes Leitão:

> "Consequentemente, em face da rejeição do critério do balanço, deve salientar-se que a insolvência corresponde à impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações e não à mera insuficiência patrimonial, correspondente a uma situação líquida negativa."[139]

Tal autor ainda explicita a questão relacionada à "situação líquida negativa", considerando que ela "não implica a insolvência do devedor se o recurso ao crédito lhe permitir cumprir pontualmente as suas obrigações"[140], portanto ter fluxo de caixa advindo de empréstimo configura a situação que afasta a insolvência[141], o que também se percebe pelo teor das normas estrangeiras acima referidas.

Em consonância com o acima referido, as lições de Catarina Serra determinam:

> "A insolvência no sentido acima referido (impossibilidade de cumprir) não coincide necessariamente com – e por isso não significa – uma situação patrimonial líquida negativa (superioridade do passivo face ao activo).
> Com efeito, pode muito bem verificar-se a primeira sem se verificar a segunda: não obstante ser titular de um património sólido e abundante, o devedor vê-se impossibilitado de cumprir por falta de liquidez. E pode-se verificar a segunda sem se verificar a primeira: não obstante não ter património suficiente para cumprir as obrigações, o devedor mantém a capacidade de cumprir por via do crédito que lhe é disponibilizado"[142]

Não de outra forma determina a Dra. Letícia Marques ao falar da insolvência de pessoas singulares[143]:

> "Tal sucede, normalmente, por não existir a liquidez suficiente em determinado momento ou porque o total das responsabilidades de certa pessoa singular excede os bens de que ela dispõe para se satisfazer.

---

[139] Leitão, Luís Menezes; Pressupostos da declaração de insolvência; I Congresso de Direito da Insolvência, fls. 117.
[140] Idem acima.
[141] Afasta a insolvência, mas pode acabar por determinar que agentes externos, mesmo sem fazer parte dos quadros sociais ou da diretoria, tenham o pleno controle da companhia devedora em uma relação de dominação, onde o credor acaba tendo uma posição fática de extrema influência.
Notadamente tais fatos são precedidos pelo famigerado ciclo viciosos, onde o devedor toma empréstimos seguidos
[142] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 58.
[143] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 49, 50 e 51.

> Assim sendo, esta tradução da insolvência como a impossibilidade de cumprir, e não como a mera situação patrimonial líquida negativa, está relacionada com a opção legislativa operada
> com a entrada em vigor do CIRE.
> (...)
> De acordo com o primeiro critério, o devedor é tido como insolvente a partir do momento em que, por liquidez insuficiente, se torna incapaz de pagar as suas dívidas. Assim, não é relevante o facto de o seu ativo ser inferior ao seu passivo, mas a circunstância de, uma vez vencidos os seus débitos, ele não os conseguir satisfazer.
> (...)
> Por seu turno o critério adotado pela lei portuguesa é precisamente o primeiro por nós referido, tal como o preceituado no artigo 3º, número 1 do CIRE. Assim, a insolvência corresponderá à impossibilidade de cumprimento pontula das obrigações e não à mera insuficiência patrimonial (...)"

O sobreenvidamento pode ocorrer de forma passiva (quando é fruto de uma anormalidade da vida do devedor), ou activa, quando o comportamento do devedor influencia e contribui para que a empresa não tenha como honrar os seus compromissos.

Neste contexto, o sistema europeu acaba por dar uma maior proteção aos devedores passivos e pune o activo (ainda mais quando ele atuou de forma dolosa), existindo um filtro comum onde a boa-fé[144] é o acesso ao sistema mais benéfico[145], existindo defesa de que a atuação dolosa seja punida[146], consoante previsão do CIRE[147].

A insolvência pode ser requerida por qualquer um dos credores ou pelo Ministério Público, mas o administrador tem obrigação legal em levar ao conhecimento dos Tribunais tal facto. A legislação "impõe aos administradores determinados comportamentos"[148], entre eles apresentar a insolvência no prazo de 30 dias, ínterim contado a partir do momento que tem conhecimento da degradação das finanças de acordo com os artigos 18º e 19º, deve-se alertar que tal norma não entra em rota de colisão com

[144]Sobre o assunto Frade, Catarina escreve artigo Sobreendividamento e Solução Extrajudiciais: A Medição de Dívidas, I Congresso de Direito da Insolvência, fls. 13: " Em primeiro lugar, esta espécie de secção natural só acontece nos sistemas eivados de uma carga moral forte, como são os sistemas europeus de tradição civilista, onde a boa-fé é um filtro comum de acesso ao sistema e a elimição do passivo restante coroar de uma longa prova de um bom comportamento"

[145] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 45, cita a Dra. Catarina Frade e faz a distinção entre o devedor passivo do sobreendividado passivo que é aquele perdulário que tem "um comportamento doloso ou negligente".

[146] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 47: Pese embora os estudos apontem para um número minoritário de casos em que houve uma atuação dolosa ou meramente negligente, consideramos que, para esses casos, deverão ser estudadas resposta mais eficazes e punições exemplares, sob pena de o processo de insolvência passar a ser encarado com um mero trilho que o devedor devedor deverá percorrer a fim de, assim, conseguir obter benefícios, sem grandes sacrifícios ou contrapartidas".

[147] Sobre a qualificação da insolvência ver Branco, José Manuel, Qualificação da Insolvência, Revista de Direito da Insolvência, nº0, 2016, Almedina.

[148] Abreu, Jorge Manuel Coutinho; Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, Coimbra, 2007, Fls. 11.

o dever de lealdade da CSC[149], uma vez que a omissão ensejará maior desgaste económico à sociedade.

Então, como referido, são várias as hipóteses do requerimento de insolvência ser formulado, sendo que o rol de legitimados bastante amplo, o que se repete em Espanha[150], dentro de tal relação sobressai a do próprio administrador da sociedade e tendo a obrigação de tomar as medidas pertinentes ao requerimento de falência.

Caso o administrador não tome tal conduta a administração será qualificada como culposa[151] (nº3, 186 da CIRE), o que tem grande relevância, pois, em tal caso, a CIRE em seu art. 189, nº 2, determina que o juiz deverá identificar os administradores e outros, sendo estabelecidos, seus respetivos graus de culpa, podendo ainda tais pessoas serem condenadas em tutela inibitória de administração, exercício do comércio e cargos de administração, sendo que tais pessoas ainda poderão perder os créditos que porventura possuam com a massa e serem condenados a indemnizar os credores[152].

Vale acrescer um ponto que é bem novo na Lei Brasileira, entrou em vigor no dia 23/01/2021, onde se instituiu a possibilidade da empresa em recuperação obter financiamento[153]. Tal teor acabaria por definir que o elemento determinante do decreto de falência pudesse ser revertido, pois a empresa passa a ter chance de se financiar novamente e, consequentemente, ter dinheiro em caixa.

No entanto, a novel legislação ainda carece de melhor interpretação e da percepção dos seus reais efeitos, tanto no mercado de crédito como no próprio processo, pois de fato obedecendo o critério do cash flow a empresa modificaria sua condição de inadimplente com a entrada do empréstimo.

---

[149] Abreu, idem acima, na nota de nº16, das fls. 12: "Este dever, embora tutele primordialmente interesses dos credores sociais, não deixa de proteger interesses da própria sociedade (pode servir, p. ex., para estancar a degradação económico- -financeira da sociedade ou possibilitar a recuperação da mesma pela forma prevista em plano de insolvência — arts. 193.º, 1, 195.º, 2, b), do CIRE)."

[150] Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls. 486 "Em Espanha, (...), estipula-se um dever de apresentação a insolvência comum a todos os devedores (artigo 5º da LC)"

[151] Tal obrigação foi suspensa em alguns países tal como na Alemanha durante o período do COVID-19. Fonte: https://www.conjur.com.br/2020-mar-25/direito-comparado-alemanha-prepara-legislacao-controlar-efeitos-covid-19

152 Tal ponto não será analisado à miúde. Caso o leitor pretenda se aprofundar deve verificar as lições sobre o tema de autoria Duarte, Rui Pinto; Medidas Eventuais no Processo de Insolvência no III Congresso de Direito da Insolvência, 2015, Almedina, fls.164 *et seq*.

[153] A Lei 14.112/2020, inseriu uma secção específica para tal modalidade de soerguimento na qual autoriza "a celebração de contrato de financiamento com o devedor" (art. 69 A), podendo o juiz "autorizar a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador do devedor (...), dispensando-se a anuência do detentor da garantia original" (art. 69 C). Aqui parece que a garantia de ume empréstimo feita por hipoteca sofre mais um abalo e serve de exemplo para o lançado no item 3.4.1 do presente trabalho.

4.2- Caraterísticas:

O presente trabalho não tem meios de descortinar todas as caraterísticas e princípios da insolvência, todavia alguns deles são básicos e outros acabam por se ligar ao tema fim desta dissertação e, portanto, serão abaixo desnudados.

Como já referido, o processo de insolvência é um verdadeiro sistema jurídico onde vige o princípio da especialidade, no que pese a sua natureza mista, tendo em vista diversas matérias de outras normas, além do CIRE, serem aplicadas.

O processo de insolvência tem algumas caraterísticas e princípios adotados mundialmente, sendo que historicamente se pode dizer que o direito romano influenciou as legislações atuais, bem como o Código de Insolvência Alemão "que serviu de modelo ao legislador português"[154] na elaboração da CIRE.

O património do devedor é a garantia dos credores, no entanto o devedor não se teria tornado insolvente caso possuísse condições de honrar com todas as suas obrigações, sendo que assim, diante de tal insuficiência estabelece-se um plano de insolvência onde todos os credores habilitam os seus créditos.

Aqui nasce a primeira caraterística, que é a da concentração de todos os credores num processo de execução universal dos bens do devedor, no qual, em último plano, se repartirá o fruto da venda dos bens da empresa insolvente em proporções, "na eventualidade do património do devedor ser manifestamente insuficiente"[155].

Vale acrescer desde já que muitas vezes os princípios e caraterísticas têm uma definição bem próxima, mas tal facto não ocorre por confusão ou excesso de previsão, na verdade isso dá-se em razão de todos buscarem a satisfação do credor[156]. Portanto, a maioria das caraterísticas analisadas acabam voltadas para o credor receber o que lhe é devido.

Na maioria das vezes, os credores acabam por receber somente uma parte dos que lhe é devido "dado que a crise econômica do devedor torna previsível que nem todos os

[154] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fl.s 60.

155 Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina, fls.54: Na eventualidade de o património ser manifestamente insuficiente, que éo que sucede via de regra nos processos de insolvência de pessoa singular, para fazer face aos débidtos do insolvente, as perdas são repartidas proporcionalmente e de acordo com a gradução dos créditos".

[156] Costa, idem acima, fls. 53: "Efetivamente, quer na antiga, quer na sua mais recente versão, o CIRE elege como finalidade primordial do processo de insolvência a satisfação dos interesses dos credores do insolvente".

credores verão satisfeito o seu direito"[157], portanto nesta execução coletiva e universal vige o *par conditium creditorum*, princípio esse que será analisado de forma mais detida no próximo subcapítulo.

Muitos destes princípios estão estabelecidos no próprio texto legal e têm longa jornada no direito, tais como a universalidade no artigo 01º do CIRE e a distribuição proporcional do artigo 176º que é corolário do princípio da igualdade.

Vale ainda alinhar que existe certa celeuma doutrinária quanto à universalidade da insolvência, assim a divergência reside em saber se tal princípio englobaria os bens do devedor, a totalidade dos credores ou ambas situações, tendo a Doutora Gisela Cesar feito importante observação quantos aos bens, uma vez que em consonância com o teor dos artigos 251ª e 252ª da CIRE, pode haver a recuperação da empresa sem que ela venda um único bem. Vejamos:

> "pode não chegar a verificar-se a liquidação da massa insolvente, sendo, ao invés, aprovado um plano de recuperação ou um plano de pagamentos que não preveja a alienação de quaisquer bens, podendo até, no caso do plano de pagamentos, nem sequer se efetivar a apreensão de bens do insolvente"[158]

Em tal âmbito nota-se a maturidade e profundidade do estudo da referida A., quando anota que o facto acima alinhado não descarateriza a universalidade dos bens.

Outro ponto é que tal universalidade de credores também não é obrigatória, uma vez que pode existir somente um credor e, portanto, pode-se afirmar que normalmente existe tal universalidade de credores, mas ela não é inafastável. Neste ponto, Catarina Serra leciona[159]:

> "É verdade que o processo foi concebido para a participação de mais do que um credor e que esta hipótese, sendo a normal, foi aquela que marcou a sua configuração jurídica(...).
> É todavia, pluralidade de credores não é nem um requisito do processo de insolvência nem uma condição para a sua procedência (...)"

Portanto, cada A., acima referida, determina que a regra é a existência das caraterísticas e que elas quase sempre estarão presentes, todavia suas respetivas ausências, apesar de raro, podem ocorrer até mesmo de forma concomitante, o que não lhe retira tal caráter:

---

[157] Leitão, Direito da Insolvência, fls. 19, referido por Gisela Cesar às fls. 27.
[158] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 31.
[159] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.43.

> "Mas, na verdade, a pluralidade de credores é somente uma tendência do processo e não uma ocorrência certa ou essencial.
> (...)
> Concluímos, assm, pela qualificação do processo de insolvência como universal nos dois sentidos apontados, sendo indubitavelmente a universalidade uma das suas características principais"[160] [161]

Como já referido ao longo do presente trabalho, a insolvência acaba por abranger uma série de matérias, "tudo considerando, não deverá oferecer dúvidas a classificação do processo de insolvência como um processo especial."[162].

Neste sentido deve-se determinar que a fase declarativa do processo de insolvência inicia uma grande e complexa teia de procedimentos, os quais, em nada se assemelham com o processo executivo e as demais regras processuais somente terão aplicação em caráter subsidiário, portanto presente o princípio da especialidade.

O critério da especialidade, bem como o facto do processo ter sido concebido para a participação de mais de um credor (como alerta Cataria Serra), acaba por se misturar com o da *vis atrractiva* que age como uma força concentradora de todos os actos para satisfação de todos os credores somente numa demanda[163], o que impede "que os credores mais hábeis e rápidos a executar e penhorar aquele patrimônio verão os seus créditos totalmente ou quase totalmente satisfeitos, pouco ou nada sobejando para pagamento dos demais credores"[164]:

> "Sabe-se que a garantia dos credores é o patrimônio do devedor. Isto quer dizer que, em ocorrendo o inadimplemento de qualquer obrigação por parte de determinada pessoa, o credor poderá promover perante o Poder Judiciário a execução de tanto bens quantos bastem para à integral satisfação do seu crédito.
> A execução processar-se-á, em regra individualmente, com um exequente se voltando contra o devedor para dele haver o cumprimento da obrigação devida. Quando, porém, o devedor tem, em seu patrimônio, bens de valor inferior à totalidade de suas dívidas, quando ele deve mais do que possui, a regra da individualidade da execução torna-se injusta. Isto porque não dá aos credores de uma mesma categoria de crédito as mesmas chances. Aquele que se antecipasse na propositura da execução possivelmente receberia a totalidade de se crédito, enquanto os que se demorassem – até porque eventualmente nem tivesse ainda vencido a respectiva obrigação – muito

[160] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 33.
[161] César, Gisela; repete algumas vezes tal ponto em seu livro acima referido tal possibilidade, entre elas, nas fls. acima referidas, bem como às fls. 36, 37, 65, 68 e etc.
[162] Idem acima, fls. 43.
[163] Lei 11.101 – regula a recuperação judicial e a falência no Brasil - Artigo 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.
164 Gisela, idem acima, fls. 60.

> provavelmente não receberiam nada, posto encontrarem o patrimônio do devedor já totalmente exaurido"[165]

Outra caraterística que é determinada no CIRE é uma valorização do credor do procedimento insolvencial[166], sendo atribuídos poderes de extrema importância, tal como decidir se a sociedade será liquidada ou recuperada, podendo todos os credores participar na assembleia.

165 Coelho, Fábio Ulhoa; Curso de Direito Comercial, Vol. III, 11ª Ed., 2012, fls. 304, obra de domínio público disponível no site https://morumbidireito.files.wordpress.com/2015/08/curso-de-direito-comercial-volume-3-fabio-ulhoa-coelho.pdf

166 César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 45, refere "Os credores assumem no Código (...) um papel central, sendo-lhes atribuídos diversos poderes, incluindo o poder fundamental de decidirem o destinho do processo (...)"

4.3.- *Par conditium creditorum*:

A regra geral é que existindo uma dívida poderá o credor executá-la no Tribunal para compelir o devedor a fazer o pagamento ou, indo além, expropriar os bens que bastem à satisfação do crédito, todavia quando as dívidas ultrapassam a capacidade do devedor, tal regra geral tem que ser afastada face a anormalidade da situação.

Assim, instaura-se um processo especial que tende a saldar as dívidas com a repartição do fruto da venda dos bens do devedor entre os credores, num processo de execução universal, no qual supostamente os credores devem receber em iguais condições e onde todos perderão uma parte para que possam receber algo do que lhe és devido num tratamento igualitário, consoante afirma o preâmbulo do DL nº53/004:

> "6. (...)
> Não valerá, portanto, afirmar que no novo Código é dada primazia à liquidação do património do insolvente. A primazia que efectivamente existe, não é demais reiterá-lo, é a da vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar: o pagamento dos respectivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral."

Dentro de tal contexto é de se dizer que a existência de uma série de execuções singulares é incapaz de permitir um tratamento paritário dos credores, o que somente se poderá encontrar na execução concursal, onde o valor primordial da justiça encontra-se com a expressão latina *par conditium creditorum*, onde se dará um tratamento igualitário aos credores que "pode ser visto como uma forma de o direito tutelar o crédito, possibilitando que o melhor desempenhe sua função na economia e na sociedade"[167].

Inicialmente, a ideia prioritária era que se o património do devedor é insuficiente para saldar todas as suas dívidas, ele deve ser apreendido para que seu rateio seja efetuado em parte igualitárias, ou melhor, para que o produto de tudo aquilo que o vendedor possuía seja rateado proporcionalmente sem a incidência de qualquer privilégio e em igualdade de condições.

Tal princípio surge na legislação direta e implícita. Catarina Serra determina a aparição tácita por algumas vezes na CIRE quando determina a publicidade[168], o

[167] Coelho, Fábio Ulhoa; Curso de Direito Comercial, vol. 3, fls. 307.
[168] Artigo 88º, nº1 da CIRE.

vencimento simultâneo de todas as dívidas[169], suspensão de contagem de juros e outros. Já de forma direta e explicita, temos o artigo 194º do nº1, que determina:

> "1 - O plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas."

No entanto, tal princípio não é absoluto e sofre diversas limitações, tais como as classes e privilégios de credores, uso das garantias contratuais (tal como a estudada hipoteca e retenção) e no interesse da recuperação da empresa, sustentam alguns autores o caráter apenas residual de tal princípio.

Com todas as *venias* aos que assim sustentam, é de se dizer que a posição adotada há bastante tempo pela jurisprudência[170] acaba por determinar que não é de hoje que se reconhecem situações desiguais não podem ser tratadas da mesma forma, portanto a absoluta igualdade somente é encontrada quando ela dá lugar a equidade.
Tal facto é eriçado por Gisela Cesar[171], que mesmo reconhecendo a perda de importância, é a mais correta:

> "Não cremos, porém, nessa marginalização (...), enquanto restrição do seu campo de aplicação, tenha importado uma fragilização nuclear do mesmo. (...) não é uma regra absoluta respondendo, isso sim, a critérios de ordenação no concurso de credores (...). Repare-se que este princípio não impede necessariamente o tratamento paritário entre todos os credores da insolvência, desdobrando-se em duas vertentes: se por um lado pressupõe tratar igualmente o que é igual, por outro lado impõe que se diferencie o que é desigual, na medida de sua desigualdade"

O *par conditium creditorum* não pode prevalecer de uma forma rígida que coloque todos os credores em igualdade incondicional e, sim, que ele prevaleça dentro de cada quadrante de credores, portanto moldar o princípio significa apenas delimitá-lo a cada espécie de grupo de credor, situação essa que parece para o A adaptar-se melhor ao princípio da equidade.

---

[169] Artigo 97º
[170] STJ 05/05/1994 "O princípio da igualdade de conteúdo pluridimensional postula várias exigências; entre as quais a de obrigar a um tratamento igual das situações de facto iguais e a um tratamento desigual das situações de facto desiguais (...)"
[171] Gisela, idem acima, fls. 64/65.

4.4-Efeitos gerais da insolvência sobre os negócios em curso:

A sentença de insolvência tem natureza de declaração e determina que o devedor não possui meios para arcar com todas as suas dívidas, estando ele insolvente, desencadeando assim uma série de efeitos que atinge tanto o devedor quanto os credores.

Preambularmente é imperativo informar ao leitor que os efeitos da insolvência que se ligam ao tema central vieram dissecados no presente capítulo, tendo doravante sido expostos os elementos necessários à correta interpretação das normas jurídicas constantes no art. 102 do CIRE, bem como o estado que leva a empresa para tal decisão.

4.4.1- Negócios em curso

O art. 102º do CIRE determina que se opera a suspensão dos negócios em curso *ex lege,* e o administrador judicial terá a faculdade de prosseguir ou não com os mesmos, sendo importante perceber que tais negócios não são os que estavam em vias de serem pactuados pelo antigo administrador.

Não se pode confundir negócio em curso com negociação em curso, sendo esse um período pré-contratual onde as partes estejam em busca de celebrar algum negócio que ainda não tenha sido celebrado.

Os negócios em curso são aqueles, nos quais, existe um contrato que embora já firmado não está totalmente cumprido, portanto são dois os requisitos, conforme lição de Catarina Serra:

> "O requisito positivo é a existência de um contrato bilateral celebrado entre o insolvente e um terceiro. O requisito negativo é o de a data da declaração de insolvência, não ter ainda havido cumprimento total por parte de nenhum dos contratantes."[172]

Outro ponto a ser alinhado é a não existência de inadimplemento definitivo por impossibilidade de cumprimento, portanto deve haver a mora, sendo que tal observação é efetuada por Gisela Cesar:

> "ainda possam ser cumpridos, estando claramente excluídos da aplicação deste regime os contratos que tenham sido, previamente à declaração de insolvência, resolvidos por uma das partes por incumprimento ou aqueles ainda não resolvidos, mas cujo cumprimento tenha sido impossibilitado por uma das partes"[173]

[172] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.225.
[173] CÉSAR, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p.81.

Notadamente, os negócios que poderão ser recusados serão aqueles já iniciados (requisito positivo) e ainda não finalizados na data do decreto de insolvência (requisito negativo), portanto que ainda estão em curso em que o contrato promessa de compra e venda se amolda a tal hipótese, quando celebrado antes do decreto de falência e ainda não finalizado

Então, o contrato é automaticamente suspenso provisoriamente[174] e, consequentemente, a obrigação de cumprimento é suspensa, mas não extinta[175].

Outra questão é quando a mora antecede o decreto de insolvência e o devedor já está devidamente interpelado para o cumprimento. Neste caso, a interpelação perderá efeitos e o regime será aplicável.

4.4.2- O administrador judicial:

Como acima verificado, o estado de insolvência é determinado pela existência de dívidas maiores que a sociedade pode suportar e, consequentemente, de mora perante credor (es), sendo que a sentença que determina a insolvência afasta o antigo administrador e nomeia o administrador judicial[176].

Com a transferência dos poderes de administração, o administrador judicial torna-se o representante legal da insolvência, consoante a previsão do nº1 do artigo 81 do CIRE que merece ser transcrito dada a clareza de sua disposição:

> "1 - Sem prejuízo do disposto no título X, a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de

[174] Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes; Direito da Insolvência, 2ª edição, Almedina, fls. 173: "a declaração de insolvência não afectaria as pretensão de cumprimento destes contratos bilaterais pela outra parte, apenas as suspendendo provisoriamente"

[175] Oliveira, Nuno Manuel Pinto; Efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?,; I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 202, expõe da mesma forma do A. acima da seguinte forma: "O art. 102º, nº1 do CIRE caixa a impressão de que o direita da insolvência português adopta o princípio da conservação do contrato:
-por um lado, o art. 10º, nº, diz explicitamente que a declaração de insolvência suspende o poder de exigir o cumprimento específico;
-por outro lado, ao dizer explicitamente que a declaração da insolvência suspende o poder de exigir o cumprimento específico o art. 102, nº1, diz implicitamente que a declaração da insolvência não o extingue."

[176] A nomeação é feita exclusivamente pelo juiz de acordo com a previsão do artigo 52 da CIRE. É certo que tal nomeação pode sofrer grande influência dos credores, bem como do administrador, uma vez, que em certos casos a administração guardará extrema complexidade e as pessoas envolvidas no *métier* por conhecerem seus elementos e aspectos terão capacidade de intervenção. Assim o conselho poderá sufragar a escolha do juiz, bem como eleger AJ (art. 53 da CIRE), todavia, tal escolha sempre passará pelo crivo do magistrado (nº3 do art. 53 da CIRE).
Se colocou que o juiz nomeia o administrador em razão de essa ser a regra geral e, sem dúvida, suficiente para o entendimento da forma como o administrador chega ao ser cargo.

> administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a competir ao administrador da insolvência."

Vale estabelecer que o administrador judicial será responsável pela representação do devedor para os efeitos de caráter patrimonial que interessem à insolvência[177], mas tal poder não é absoluto e o administrador judicial, via de regra, não representará o devedor no próprio processo de insolvência.

A AJ assume o seu cargo no momento da notificação da nomeação (art. 54 da CIRE), sendo a administração dotada de liberdade "no exercício de suas atribuições, não estando, em princípio, dependente de qualquer outro órgão, nem sequer tribunal"[178]. No entanto, ela é limitada pela Lei que prevê certos procedimentos, tais como inventários (art. 153 do CIRE), relatórios (art. 155 do CIRE) e lista de credores (art. 154 da mesma Norma), além disso, o AJ também terá que submeter certas decisões à comissão de credores[179].

Tal comissão[180] é composta pelos credores e as suas funções são "essencialmente, de fiscalização da atividade do administrador da insolvência e de cooperação com o mesmo no exercício das suas funções"[181], sendo ainda órgão consultivo, mas no que importa ao presente capítulo, será também limitador do poder do AJ em casos específicos.

O administrador judicial terá como cerne da sua atuação a salvaguarda da primazia do interesse dos credores, tentando salvar a empresa devedora, sendo fundamental recordar que o fim precípuo da CIRE é "a satisfação dos credores" (caso seja possível mantendo e recuperando a empresa), objetivo este que vem disposto no nº1 do artigo 01º, bem como determinado na sua exposição de motivos:

> "3 - O objectivo precípuo de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores"

Sendo o fim do CIRE a satisfação dos credores, o administrador judicial deve seguir este comando legal num dever de conteúdo positivo[182]. Visto tal aspecto, é de se salientar que ele não está fielmente obrigado aos deveres legais do administrador comum, portanto

---

[177] Nº04 do artigo 81 da CIRE.
[178] César, Gisela; Os Efeitos da Insolvência sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2015, Almedina, fls. 43.
[179] Destaca-se a necessidade de concordância da comissão de credores para o administrador: i- desistir, confessar ou transigir em processo judicial (art. 55º, nº8 da CIRE); ii- arbitrar subsídio ao devedor (art. 84º, nº1), entre outros.
[180] Que denota um caracter privatista do procedimento de insolvência.
[181] Idem acima, fls. 42.
[182] Oliveira, Nuno Manuel Pinto Oliveira; Efeitos da declaração de insolvência sobre negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?; I Congresso de Direito da Insolvência, 2013, Almedina: "O dever (de conteúdo positivo) de adoptar a decisão que seja "mais favorável ao interesse da massa" corresponde ao dever de adoptar a decisão mais adequada a uma satisfação eficiente e equitativa dos direitos e dos interesses todos os credores (...)"

se de um lado ele não pode agir em prejuízo da insolvente, por outro ele não está sujeito às normas do Código das Sociedades Comerciais, que cercam o administrador comum de grandes deveres para com a sociedade[183] e pesados ônus em caso de falta de tais diligências.

Não se está a dizer que ele deve ignorar os deveres e que não possui responsabilidade com a sociedade, muito pelo contrário[184], mas o foco é completamente diverso e o fio condutor da sua missão não é preservar a empresa e, sim, satisfazer o crédito, portanto ele tem que observar, por exemplo, o dever de cuidado[185], mas terá de o fazer relacionando tal princípio à finalidade da insolvência e isso acabará a originar uma maior quantidade de valores quitados e, não um maior lucro para empresa.

Dentro do ofício de administrador da insolvência também existe a obrigação de atuação criteriosa e ordenada na tutela dos credores, portanto o AJ estará sempre subordinado a encontrar uma solução que atenda inicialmente os interesses dos credores:

> " (...) quando a lei lhe atribui a possibilidade de opção entre várias alternativas, o administrador deve agir de acordo com aquela que, segunda as circunstâncias concretas e ao olhar de um gestor criterioso e ordenado, se evidenciar como o mais favorável e proveitosa para a melhor tutela dos interesse dos credores."[186]

O artigo 55 do CIRE traz um elenco de funções do AJ, mas ele "é manifestamente incompleto" e, além da atividade executiva, ele[187] está no centro de dois dos momentos mais decisivos do processo de insolvência, sobretudo quando é visada a recuperação: a assembleia de apreciação do relatório (art. 156º do CIRE) e a assembleia de apreciação e

---

[183] Obra que muito bem trata a responsabilidade do administrador com a sociedade é do Professor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, que tem como pressuposto os termos do artigo 72 da CSC e desnuda os deveres contratuais, legais, de cuidado e, principalmente o de lealdade do administrador. Neste passo cumpre alertar que o dever de lealdade do administrado comum para com a sociedade é bem brando ao administrador judicial, pois ele deve sempre observar a satisfação do crédito.

[184] A responsabilidade e obrigações do AJ vem insculpida na CIRE em artigos dispersos e aqui já se alinhou que ele deve tentar salvar a empresa.

[185] Abreu, Manuel Coutinho de Abreu, idem acima, fls. 17/18:"O dever geral de cuidado poderá ser assim formulado: os administradores hão-de aplicar nas atividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias. Uma melhor compreensão do dever, para aplicação mais operativa, exige concretizações ou precisões. Os "deveres de cuidado" que por esta via se desprendem do dever geral de cuidado são ainda — embora menos — gerais. E não perdem em flexibilidade. Saber se um administrador foi cuidadoso em certa situação requer a consideração de várias circunstâncias: v. g., o tipo de sociedade, seu objecto e dimensão, a importância e o tempo disponível para a operação em causa, as funções do administrador (executivas ou não) e a sua especialidade (economia, engenharia, contabilidade, direito, etc.)"

[186] Labareda, João; Fernandes, Luís; Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, fls. 347.

[187] Serra, Catarina, 83

votação do plano de insolvência (art. 209º do CIRE)"[188], no que diz respeito à falta de obrigatoriedade da realização de tais atos.

Assim, verificado que o administrador judicial será detentor exclusivo da capacidade de realizar negócios quando proferida a sentença que o nomeia, pode ocorrer que o antigo administrador venha a celebrar algum negócio com pessoas que ignorem a nova realidade e tais novos pactos serão nulos[189].

No que respeita os negócios em curso[190] (negócio que teve início antes do decreto de insolvência e não finalizou até a data da sentença), o administrador[191] terá uma faculdade e deverá escolher a opção que se amolde aos interesses da coletividade dos credores e não a especificamente a um deles, valendo dizer que ele assim também estará agindo no interesse da empresa devedora.

Portanto, o AJ terá de fazer uma análise legal e econômica. Assim deve alocar e administrar os recursos obedecendo um planejamento e, dentro de tal previsão, por vezes terá escolhas que se mostraram conflitantes, como o presente trabalho desnudará.
Sobre o AJ vale ainda informar que a sua atividade é remunerada[192], terá responsabilidade civil pelos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência e da massa insolvente (art. 59º, nº 1 e nº2), sendo certo que eles devem contratar seguro obrigatório num valor a ser determinado pelo Governo[193].

No Brasil o AJ não goza dos mesmos poderes, sendo ele um mero auxiliar do juiz[194] que deve ser nomeado em sentença e que, após intimado da decisão deverá em 48h

---

188 Idem acima.
189 Estes negócios podem ocorrer no ínterim entre a sentença e a notificação, assim, a regra geral é que a sentença somente produz efeitos após a notificação, no entanto, mesmo observando o artigo 253º, é de se concluir que os negócios pactuados no ínterim entre a sentença e a notificação, também devem ser anulados.
190 Aqui surge um novo elemento que fez o Autor explicitar preambularmente a metodologia que faria a exposição.
191 Vale somente por curiosidade expor que no Brasil o AJ será auxiliar do Juiz e será uma pessoa de sua confiança que auxilia o juiz a administrar a massa e, portanto, não goza de autonomia. Todavia, será dele a palavra final sobre a resolução de contratos – Art. 117 e 118 da LF.
192 Serra, Catarina, idem acima, às fls. 85: "De acordo com o Estatuto do Administrador Judicial, para o qual a norma do art. 60º remete, o administrador judicial tem direito a ser remunerado e a ser reembolsado pelo exercício das funções que lhe são cometidas, bem como ao reembolso das despesas necessárias ao cumprimento das mesmas (cf. art. 22º)"
193 Estatuto do Administrador Judicial- Lei nº22/2013- artigo 12, nº8: " Os administradores judiciais devem contratar seguro de responsabilidade civil obrigatório que cubra o risco inerente ao exercício das suas funções, sendo o montante do risco coberto definido em portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, e devem remeter, de imediato, preferencialmente por meios eletrónicos, à entidade responsável pelo acompanhamento, fiscalização e disciplina da sua atividade cópias dos contratos celebrados, bem como comprovativos da sua renovação, sempre que tal se justifique."
194 Artigo 22 da Lei de Falências: "Ao administrador judicial compete, sob fiscalização do juiz e do Comitê (...)"

(quarenta e oito horas) assumir as suas responsabilidades[195], sendo importante ter em mente que a Lei de Falências do Brasil ao determinar somente a obrigação de ser pessoa "idônea"[196], parece observar que existe uma certa precariedade na formação acadêmica[197] e que em muitos locais não existe um profissional verdadeiramente habilitado nas questões.

As obrigações do AJ no Brasil vêm elencadas no art. 22, havendo outras esparsas na mesma Lei, onde sempre sob a supervisão do juiz e do Comitê de Credores, este deverá cumprir o seu múnus.

4.4.3-Princípio geral do artigo 102 do CIRE[198]:

O devedor ou terceiro legitimado, ao apresentar o pedido de insolvência, com todos os requisitos e ultrapassadas todas as fases processuais, pode ter o requerimento deferido, hipótese em que será proferida a sentença que decreta a insolvência, devendo o juiz nomear um administrador (art. 36, d, CIRE), que administrará a massa (ficando o administrador privado de todos os poderes), podendo ele recusar ou seguir negócios, nos termos do art. 102 do CIRE, *in fine*:

> "nº1 - Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento."

Tal decreto de insolvência traz alguns efeitos aos contratos previstos no art. 102 do CIRE, que no seu início impõe "uma normal de carácter geral"[199] e trata de fixar o princípio da suspensão do cumprimento, quando o curso dos contratos é suspenso "até

---

[195] Artigo 33 da Lei de Falências.

[196] *D. m. v.*, a Lei de Falências fala o óbvio, afinal seria completamente inadequado nomear alguém que não tenha ética ou moral para desempenhar um cargo de complexidade e, sobretudo, de extrema relevância para os credores e devedores.

[197] Motivo pelo qual ela usa a expressão "preferencialmente", portanto a Lei somente dá uma sugestão vejamos: Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada

[198] Simões, Rui; Carvalho, Jorge Morais e Prata, Ana; Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, anotado, Almedina, 2013, fls.292, determinam que muitos Autores criticam a epígrafe, como alinhado, vejamos de forma perfunctória os motivos: Menezes Leitão afirma que "é manifesto (...) que a formulação não é feliz. Basta ver que norma não se vai aplicar à maioria dos contratos bilaterais, uma vez que é rara a situação que nenhuma das partes executou o contrato na insolvência (...)". Oliveira Ascensão diz que o "artigo é, pelo menos, questionável, acrescentando que "o facto da situação suspender quando nenhuma das outras situações resulta da lei torna a suspensão a solução supletiva, mas nem por isso é mais princípio geral que qualquer das outras, no campo que se aplique".

[199] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.224.

que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou pela recusa de cumprimento"[200], tempo este que a contraparte contratual deve ficar inerte e aguardar a definição do administrador[201].

Portanto, a regra geral é que o administrador pode admitir a sequência do negócio em curso ou recusá-lo, não sendo demais determinar que negócios em curso são aqueles que na data da declaração da insolvência não tenham sido cumpridos totalmente, portanto tem um requisito positivo e outro negativo.

Vale abrir um pequeno parêntese para determinar que o administrador da massa insolvente é o defensor dos seus interesses e essa faculdade, apesar de ser um direito potestativo, tem que ser exercida, de forma diligente e criteriosa, sempre a obstinar maximizar o valor da massa insolvente, o que tem a consequência de satisfazer os credores, o que deve ser efetuado de forma paritária[202] e coletiva, não sendo demais dizer que haverá uma comunhão entre os credores[203], assim a Lei determina-lhe um período de reflexão.

Consoante já explicitado no item 4.4.2, o AJ deve salvaguardar o interesse dos credores de tal forma que, no momento em que ele tem a faculdade de escolher entre realizar ou não o contrato, ele deve observar uma variedade de informações e os efeitos da medida que deve adotar:

> "O dever (de conteúdo positivo) de adoptar a decisão que seja "mais favorável aos interesses da massa" correspondente ao dever de adoptar a decisão mais adequada a uma satisfação eficiente e equitativa dos direitos e dos interesses de todos os credores".
> Não é demais dizer que, mesmo sendo legal, a recusa pode ocorrer da empresa ser condenada ao pagamento de danos extracontratuais, além dos contratuais. E tais dívidas serão da massa insolvente na forma do artigo 51ºn nº01, "f', pois tal dívida é resultado da atuação do administrador."[204]

---

[200] Idem acima.

[201] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 152, destaca o seguinte: "ocorre uma paralisação do direito ao cumprimento específico do contrato, não podendo, durante este período de suspensão, considerar-se que inexiste incumprimento contratual"

[202] Devidamente exposto no 4.3 do presente - Princípio *par conditio creditorum* ou igualdade entre os credores

[203] Devidamente exposto no 4.3 do presente: "O princípio *par conditio creditorum* acarreta, como se sabe, uma limitação generalizada dos direitos "naturais" dos credores. Pode parecer intrigante – contraditório ou paradoxal – que a fonte destes condicionamentos seja justamente o mecanismo concebido para a consecução de uma tutela mais eficaz dos direitos de crédito (...). Na sua gênese o *par conditio creditorum* corresponde a um exigência de "justiça distributiva" – de distribuição de sacrifício, de "comunhão de perdas" (*verlustgemenischaaft*) ou de comunhão de riscos (*risikogemeinschaft*).". Oliveira, Nuno Manuel Pinto e Serra, Catarina, Insolvência e Contrato de Promessa, Ordem dos Advogados, fls.02.

[204]Oliveira, Nuno Manoel Pinto; I Congresso de Direito da Insolvência, 2013, Corrdenação: Catarina Srra, Almedina, fls. 209.

Com isto, em muitos casos, o administrador não deve somente sopesar o valor em si, mas sim deve ter em mente qualquer prejuízo que a conduta dele cause, pois conforme ensina a doutrina, a "indemnização pecuniária que deve manifestamente medir-se por uma diferença (*por id quod interest*) (…) pela diferença entre a situação (real) em que o facto deixou o lesado e a situação (hipotética) em que ele se encontraria sem o dano sofrido."[205].

Vale acrescer que todas as normas do CIRE, que são verificadas no presente trabalho terão caráter imperativo, assim é defeso aos contratantes excluí-las ou limitá-las, conforme disposto no art. 119 do CIRE, e conforme já determinado no presente trabalho. Verificado o teor no princípio geral, é de se determinar que não existe previsão legal para o limite da suspensão e que não existe formalidade[206] para que o AJ prossiga ou não com o contrato.

É importante ainda dizer que, conforme acima já exposto, a declaração da insolvência suspende os negócios jurídicos bilaterais que não tenham total cumprimento, consoante a previsão do artigo 102º, nº1 do CIRE e, conforme também abordado a inexiste da forma e prazo para a definição do AJ, mas a parte contrária não pode ficar à mercê de uma decisão postergada em tempo indefinido, portanto ela pode através do instrumento oportuno compelir o AJ a definir a opção. Vejamos:

> "Art. 102º, nº 2 - A outra parte pode, contudo, fixar um prazo razoável ao administrador da insolvência para este exercer a sua opção, findo o qual se considera que recusa o cumprimento."

Catarina Serra determina em tal aspecto que "Como ninguém pode ficar indefinidamente vinculado (...) confere ao outro contratante a faculdade de fixar um prazo razoável (...) e findo o qual deve considerar-se que houve recusa do cumprimento". Neste sentido também é a lição de Gisela Cesar[207]:

> "(...) na pendência da suspensão do contrato, a contraparte do insolvente não tem de ficar indefinitivamente à espera da tomada de decisão por parte do administrador da insolvência (...), podendo, ao abrigo do diposto

[205] Antunes Varela sendo citado no acórdão do processo nº0250569 do TRP

[206] Simões, Rui; Carvalho, Jorge Morais e Prata, Ana; Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, anotado, Almedina, 2013, fls.295: "Segundo Catarina Serra (...), a declaração do administrador não tem de ser expressa, nem revestida de qualquer forma e dá o seguinte exemplo: "(...) se for possível retirar de actos praticados pelo administrador (ou do comportamento por ele adoptado) que a opção foi no sentido da recusa do cumprimento (...), deve-se ter a recusa por declarada"."

[207] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 152.

> no nº2 do art. 102º, ficar ao administrador prazo razoável para este exercer sua opção, findo o qual se considera que recusa o cumprimento."

Cumpre observar que ao fazer o cotejo do acima referido com a norma vigente no Brasil, essa determina que após 90 dias pode a outra parte determinar o prazo de 10 dias[208], dando tal norma o exato prazo para a definição.

4.4.4- Créditos dos credores

Como já referido, os credores têm um papel principal na insolvência e os seus créditos devem ser recebidos obedecendo o *par conditium creditorum*, todavia isso não importará numa igualdade incondicional entre todos os credores, havendo espécies de credores com as suas naturais preferências.

Sobre o assunto vale trazer a definição de insolvência tecida pelo jurista Fabio Ulhoa Coelho, que acaba por enxertar na mesma uma ideia de separação de categoria de credores[209] [210]:

> "Se alguém não possui bens suficientes para pagar todas as suas dívidas, o mais justo é a instauração de uma execução única, envolvendo todos os credores e abrangendo a totalidade dos bens do patrimônio do devedor. A série de execuções singulares não permite o tratamento paritário dos credores, com o atendimento preferencial aos mais necessitados e ao interesse público. Esses objetivos só se alcançam numa execução concursal."

Após a verificação dos créditos, haverá a consolidação dos que foram apurados, e a apreensão dos bens formará a massa insolvente (art. 146), que se destinará à satisfação dos credores da insolvência, mas somente depois de pagas as próprias dívidas da massa, conforme determina o CIRE no artigo 46º, nº1, que serão classificados como "credores da massa", conforme determina o nº2, do artigo 51 do CIRE.

---

208 Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.
§ 1º O contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 (noventa) dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato.
§ 2º A declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.

209 Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Comercial, direito da empresa, Editora Saraiva, 306.

210 A Lei de Falência do Brasil trazia oito classes de credores no artigo 83, mas agora restaram reduzidos para: I- trabalhistas até 150 salários mínimos; II com garantia real; III-tributários; IV- quirografários (com subdivisões); V-subordinados.

Pois bem, aqui já temos uma grande valia para os credores de direitos reais, tal como a hipoteca, que não precisaram de dar abatimentos no crédito que têm a receber, bem como formarão uma classe particular ligando a sua dívida ao bem:

> "Os titulares de garantia real integram a categoria dos credores não sujeitos a rateio.
> (...)
> Os credores não sujeitos a rateio têm o seu direito creditício atendido com o produto da venda de certos bens sobre os quais recai a garantia real ou o privilégio especial. A diferença entre os credores de cada subclasse diz respeito à origem da vinculação. Na hipótese de credor com garantia real, o produto da venda do bem onerado (hipotecado, empenhado, caucionado etc.) é destinado prioritariamente ao pagamento do crédito garantido em decorrência de ato de vontade das partes. Foram os sujeitos da obrigação que concordaram em instituir a garantia real que vincula o produto da venda do bem onerado à satisfação do crédito garantido"[211]

A massa insolvente tem como finalidade satisfazer os credores e abrange todo o património do insolvente na decretação da sua insolvência, e "a primeira grande divisão"[212] de credores surge no artigo 46, nº1, "entre os créditos sobre a massa insolvente (ou dívidas da massa insolvente) e os créditos sobre a insolvência (ou dívidas da insolvente)"[213].

O artigo 47º define que os credores da insolvência são aqueles que têm créditos de natureza patrimonial ou garantidos por bens integrantes da massa, antes da data da declaração de insolvência, valendo lembrar o artigo 91º que trata do vencimento imediato das dívidas. Já as dívidas da massa insolvente estão devidamente dispostas no art. 51º e como saliente Catarina Serra[214]:

> "Agrupando os casos atendendo ao seu denominador comum, é possível concluir, em primeiro lugar, que a classificação como dívidas da massa assenta na existência de um nexo causal entre as dívidas e o processo de insolvência. Sendo previsíveis e naturais ao processo de insolvência, tendo por finalidade assegurar a abertura e o curso do processo de insolvência"

Os pagamentos destas dívidas são prioridade, uma vez que sem o pagamento delas a insolvência não tem como fluir, mas tais pagamentos sofrem limitação, tal como a barreira do artigo 172º, nº2, que impede que o produto de bens com garantia real tenha gasto acima de 10% no pagamento das dívidas das massas.

---

[211] Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Comercial, direito da empresa, Editora Saraiva, 459.
[212] Serra, Catarina, Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 66.
[213] Idem acima
[214] Idem, fls. 68.

Novamente, vale abrir um parêntese para alertar que o presente trabalho não tem o caráter de se imiscuir em todas as questões da falência, mas que apenas se faz a separação dos créditos e a forma de pagamento para que se torne perceptível que a graduação dos créditos traz um enorme benefício para quem possui a garantia real, o que não socorre ao credor comum.

Neste sentido, é de se determinar que os créditos sobre a insolvência serão os privilegiados, subordinados e os comuns.

Os créditos privilegiados (garantidos) são os que beneficiam de alguma garantia real, portanto os credores hipotecários e os que possuem a retenção terão primazia no recebimento, devendo estes serem pagos imediatamente após a venda do bem onerado com a garantia real que eles são titulares.

Caso o valor da venda do bem não seja suficiente para satisfazer o crédito totalmente o valor restante será habilitado como comum.

Portanto, a regra é que o crédito com garantia real seja recebido logo no momento da liquidação do bem, e caso o valor obtido pela venda não seja suficiente para o pagamento *in totum*, deverá o credor habilitar o saldo remanescente como crédito comum.

Destarte, temos três situações diversas que interessam ao presente trabalho: na primeira, o CPCV é assinado com eficácia real é cumpre os requisitos no artigo 106º do CIRE, o que determina o efeito de obrigar o administrador judicial a celebrar o negócio jurídico previsto no CPCV; na segunda, o promitente comprador exerce a retenção e, portanto, terá privilégio no recebimento do produto da coisa (arts. 46º combinado com 51º do CIRE); na terceira que a garantia é meramente obrigacional e determina que o promitente comprador tem um sério risco de não reaver a quantia empenhada no negócio, sendo seu crédito sobre a insolvência.

5- Contrato Promessa de Compra e Venda:

Antes de falar na CPCV, cumpre alertar que todos os contratos são dotados de algumas características e princípios que não podem ser ignorados, que são, entre outros, a igualdade contratual, a função social[215], a boa-fé[216 217], a ética, a lealdade, a confiança, o equilíbrio económico e a liberdade de contratar, sendo sempre essa a base que o contrato deve fluir.

Tendo algumas caraterísticas já devidamente sido expostas no capítulo 3 e feita a observação acima, é o momento de abordar o CPCV que é previsto no Código Civil e sofre limitações materiais no CIRE (mas não só), e doravante se expõem caráteres desta modalidade de pacto.

Portanto, no presente capítulo determina-se a definição, características do CPCV, bem como as suas formalidades e efeitos e tudo que baste para o leitor ter uma noção aprofundada sobre o CPCV, no que concerne ao tema do presente trabalho, portanto é evidente que algumas questões de tal contrato não serão analisadas e que se procurou focar nos assuntos que estão ligados à insolvência do promitente vendedor, o que é feito com as bases dos capítulos anteriores.

Desde já, o A. alerta o leitor que o CPCV que será analisado será somente o ligado aos bens imóveis que possui algumas complexidades adicionais, bem como na bancarrota do promitente vendedor.

---

215 O Conselho da Justiça Federal do Brasil tem enunciados sobre a matéria:
Enunciado 23, CJF: Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.
Enunciado 22, CJF: Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.
216 Novo cotejo entre a legislação portuguesa e brasileira:
CCB:
Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé
217 Neste ponto é de se alinhar que o sintagma boa-fé deve ser adjetivado de "objetiva" e, assim, contratualmente ela pode ser eriçada como um cânone de interpretação dos contratos e um standard comportamental, conforme leciona Martins-Costa, Judith; A Boa-Fé no Direito Privado, Critérios para sua Aplicação, 2ª edição, Saraiva, fls.42

5.1- Motivos do CPCV e a sua definição:

Comprador e vendedor podem chegar a um acordo sobre um determinado negócio jurídico que será concluído no futuro[218], mas por algum motivo não podem realizá-lo de forma definitiva naquele determinado momento[219]. Assim, é comum tais partes, de forma preliminar, determinarem a realização futura de um instrumento definitivo, "assumindo a obrigação neste sentido"[220]:

> "A celebração de contratos-promessa apresenta-se como muito frequente na actual vida económica. Efectivamente, em muitas situações as partes inicial negociações para a conclusão de um contrato, e chegam a acordo relativamente a essa celebração, mas não querem ou não podem por algum motivo realiza-la naquele momento (pode, por exemplo o contrato definitivo exigir escritura pública e não haver a possiblidade de a efectuar imediatamente). Nesses casos, em lugar de celebrar logo o contrato definitivo, as partes podem comprometer-se à sua celebração, assumindo uma obrigação neste sentido. Essa obrigação tem por objeto a emissão de uma declaração negocial (...).
> O contrato-promessa pode assim qualificar-se como um contrato preliminar que tem por objeto a celebração de outro contrato, o contrato prometido (...)"221

Em tal sentido, é a lição de Faria[222] que com enorme clareza define o CPCV e alinha uma série de motivos que podem levar as partes a celebrar tal contrato ao invés do definitivo:

> "(...) o contrato promessa é um contrato especial que se destina a vincular para realizar um contrato futuro – em certas condições e dento de um certo prazo. (...) Mas de todo modo teríamos que dizer, e nisto está o curioso da situação, que se trata de dois contratos que se sucederam no tempo e se decalcam ou repetem seus elementos essenciais. E que isso pudesse suscitar desde logo uma pergunta: por que é uma situação destas? E que viessem à baila razões objectivas – a propriedade não está constituída, o comprador não tem dinheiro. Ou razões subjetivas, um ou outro não estão ainda certos de se quererem vincular definitivamente (...)"

218 Morais, Fernando Gravato; Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial, Almedina; fls. 31: A prestação que dele emerge é pacificamente qualificada como prestação de facto jurídico positivo, ou seja, a de concluir, no futuro , um contrato prometido."
219 Melo, Marco Aurélio Bezerra; Código Civil Comentado; Doutrina e Jurisprudência, 2ª edição, Editora Forense, fls. 1100. Explica que muitas vezes a falta de dinheiro é o fator preponderante de tal promessa.
Silva, João Calvão da Silva; Sinal e Contrato Promessa; 12ª Edição, Almedina, fls. 19, afirma que a práxis ocorre dessa mesma forma: "(...), por exemplo, por falta de dinheiro ou de documento cuja obtenção requer tempo (...)"
220 Leitão, Luis Manuel Menezes; Direito das Obrigações, Almedina, 2017, fls. 216.
221 Idem acima, fls. 216 e 217
222 Faria, Jorge Leite Areias Ribeiro; *in memoriam*, Estudos de Direito das Obrigações e discursos académicos; U. Porto, fls. 67

O contrato promessa de compra e venda tem previsão legal no art. 410 do Código Civil e, "em regra, mera eficácia obrigacional"[223], podendo ser definido como um documento escrito, assinado[224] por quem promete vender (promitente-vendedor) e por quem promete comprar (promitente-comprador), no qual ambas partes se obrigam a celebrar um contrato definitivo[225], numa data futura, que conclui o negócio (a chamada escritura de compra e venda):

> "(...) o contrato-promessa é um contrato especial que se destina a vincular, para realizar um contrato futuro – em certas condições para realizar um contrato futuro – em certas condições e dentro de um certo prazo (...)"226

Vale alertar que o contrato promessa "não tem, nunca, a virtualidade de alterar a titularidade da coisa objecto mediato do contrato definitivo prometido. A falta de legitimidade – substantiva – para a celebração do contrato definitivo prometido, não é, portanto, *de per si* causa de invalidade da promessa."[227], ou seja, o CPCP não terá o efeito de transmissão da propriedade, mas "através dele os contratantes fixam o conteúdo do futuro contrato e obrigam-se a celebrá-lo, sem, contudo procederem à sua imediata conclusão"[228].

Tal como no Brasil[229], o contrato promessa tem a finalidade de determinar que as partes, no futuro, celebrem o contrato principal, ou melhor, "mediante a promessa os contratantes preparam e garantem o contrato definitivo"[230]. Não é obrigatória a utilização de tal instrumento, mas é importante para delimitar aspetos do negócio que têm grande repercussão, não sendo demais dizer que, em ambas legislações, o contrato promessa deverá observar as regras genéricas de validade dos negócios jurídicos[231], portanto não podem as partes ser interditas ou ser o CPCV com um fim ilícito.

Vale observar que a principal diferença entre as legislações é que o artigo 1225, VII do CCB determina que o direito do promitente comprador de imóvel é um direito real,

---

223 CÉSAR, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 119.
224 A ocorrência de falta de assinatura de uma das partes será explorada mais adiante.
225 Tal característica é muito clara, sem ela não existe uma promessa de contrato futuro "I – O contrato-promessa é a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato - artº 410º, nº 1, C.Civ" Processo nº2/05.0TBPNL.C1, Tribunal da Relação de Coimbra. 17/04/2007
226 Faria, Jorge Leite Areias Ribeiro, in memoriam; Estudos de Direito das Obrigações; U.Porto; fls. 67.
227 Processo nº325/06.1TBTBU.C, Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, 10/07/2013.
228 Silva, João Calvão da Silva; Sinal e Contrato Promessa; 12ª Edição, Almedina, fls. 19.
229 A previsão legal no Código Civil brasileiro vai do artigo 462 até o 466 e no 1417 e 1418, todos do Código Civil.
230 Silva, João Calvão da Silva; Sinal e Contrato Promessa; 12ª Edição, Almedina, fls. 19.
231 Tartuce, Flávio; Direito Civil, vol 1, 06ª Edição, Método, fls. 414

mas submete a eficácia ao registro competente, o que vale para todos os negócios entabulados que recaiam sobre imóveis, conforme preceitua o art. 1227 da referida legislação.

Obrigatoriamente o contrato deve identificar os celebrantes, o bem, o preço, a forma de pagamento (pode ser calendarizado), a menção à alienação livre de ônus, o prazo para o contrato definitivo, as sanções em caso de incumprimento e as licenças pertinentes, bem como o reconhecimento presencial da assinatura e ainda a expressão "promete vender".

Será sempre um contrato formal e a violação ensejará a nulidade:

> "XII - O contrato promessa referido a contrato definitivo para o qual se exija documento autêntico ou particular – como sucede com o contrato de compra e venda de coisa imóvel - é um contrato formal, dado que deve constar de documento assinado pelos promitentes (artº 410º, nº 2 do Código Civil).
> XIII - Trata-se de uma formalidade *ad substantiam*: a sua violação gera, nos termos gerais, a nulidade do contrato promessa (artº 220º do Código Civil)."[232]

> "I – A falta de reconhecimento presencial das assinaturas num contrato-promessa onde essa formalidade era imposta pelo art. 410º, nº 3, do Código Civil determina a nulidade do contrato e tal nulidade, não obstante ser atípica – porque nem sempre pode ser invocada pelo promitente que promete transmitir ou constituir o direito e porque não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal –, pode ser sempre invocada, a todo o tempo, pelo promitente que promete adquirir o direito, salvo se a sua invocação, dadas as circunstâncias em que é exercida, corresponder a abuso de direito"[233]

Não é demais dizer que todo o lançado nos capítulos anteriores é aplicável ao contrato promessa de compra e venda, portanto não se vão repisar os princípios de direito civil lá alinhados por ser despiciendo. Todavia, chama-se a atenção para a autonomia de vontade que tem um fator preponderante em alguns aspetos importantes e efeitos, sendo ela a que determinará as diversas previsões não obrigatórias, que terão grande relevância.
Doravante expõe-se de forma detida as nuances do CPCV.

232 Idem acórdão acima referido do TRC.
233 Processo nº1159/14.5 TBCLDC1, Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, 03/05/2016.r

5.2- Caraterística do CPCV:

O CPCV tem as suas caraterísticas legais expostas no artigo nº410 do CC que, por sua vez, determinam que o contrato deve ser convencionado com o fim de obrigar os celebrantes a contratar definitivamente no futuro, onde elas reproduziram o consentimento "a fim de que se efetive a venda de um bem imóvel"[234].

Ressai que, apesar da obrigação do CPCV ser determinar que as partes celebrem um novo contrato e, somente este novo contrato ser capaz de entabular o negócio de transmissão da coisa, o CPCV é autónomo face ao contrato em que ele prevê a realização.

No CPCV, as partes estipulam cláusulas do contrato futuro, mas o que define é exatamente a vinculação para a realização de um contrato definitivo no futuro, podendo a promessa vincular uma ou mais pessoas, todavia o CPCV aqui tratado não incluirá a unilateral, uma vez que obrigatoriamente, para efeitos do presente, ela terá que ter mais de uma parte.

O CPCV é dotado de formalidades procedimentais- "sempre que a lei afasta a regra da liberdade de forma para o contrato prometido"[235] e materiais, como já exposto na limitação da liberdade contratual.

Portanto, sendo um CPCV, devem as partes convencionar o prazo de duração da promessa, pois somente assim se determinará o momento de celebrar o contrato principal, e devem ainda restar descrito o preço, valor de sinal, o bem que será negociado, bem como o mesmo documento deve ser assinado por todos os obrigados.

Pode ainda tal contrato ser transmitido em suas obrigações e direito por ato intervivos ou *causa mortis*.

[234] Melo, Marco Aurélio Bezerra; Código Civil Comentado; Doutrina e Jurisprudência, 2ª edição, Editora Forense, fls. 1100. "O acerto parece estar no acatamento de que o objeto do compromisso consiste na reprodução do consentimento a fim de que se efetive a venda de um bem imóvel."
[235] Morais, Fernando Gravato; Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial, Almedina, fls. 33.

5.3- Equiparação e Autonomia:

O CPCP qualifica-se como sendo preliminar ao contrato principal e tendo como objeto a celebração deste, portanto os contratos são autónomos e diversos e nenhum efeito do contrato principal atinge o contrato promessa, já que este tem o objeto de celebrar um novo contrato.

Ao fazer o cotejo entre as normas que regem cada contrato, fica bem clara a autonomia do CPCV, uma vez que em cada artigo existe uma delimitação quanto ao objetivo de cada um deles, abaixo, em que se compara o teor do Código Civil no que diz respeito ao CPCV e o contrato da venda de imóveis:

Artigo 410	Artigo 874
1 - À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa	1- Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço

Além da finalidade do contrato promessa ser diversa do contrato principal, é de se elencar que um tem vigência transitória e seu *dies ad quem* é exatamente quando ele é cumprido, portanto a celebração do contrato principal será exatamente o cumprimento do contrato promessa que não terá mais efeitos. Vejamos a decisão no STJ que expõe exatamente de tal forma:

> Ac. STJ de 05.04.2017: "Título executivo. Contrato promessa. Contrato prometido. 1) A convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato, contrato-promessa traduz-se no emitir declarações de vontade negocial coincidentes com o clausulado no contrato prometido.
> 2) O contrato prometido (contrato futuro) só fica cumprido com a conclusão do negócio e não com a outorga da promessa.
> (...) *omissis*
> 6) O contrato-promessa considera-se cumprido quando celebrado o contrato prometido, ou seja ficando assim realizadas as prestações debitórias queridas.7) Há, então uma função solutória do pré-contrato que mais não serviu como ?contrato de segurança ou garantia?, para preparar e acautelar a outorga do contrato final.8) O contrato promessa tem uma vocação transitória, e na relação de dependência, ou instrumentalidade, com o contrato prometido, ?desaparece? do universo jurídico com a celebração deste.
> (...) omissis" (GN)

Portanto, ao que tudo indica não é difícil perceber a autonomia contratual, mas o CC acaba por determinar, além da autonomia, a equiparação entre a promessa e o definitivo, o que pode parecer a sua antítese e, portanto, contraditório, mas no entanto tal equiparação restringe-se ao regime do contrato definitivo, de tal modo que "efetua-se uma extensão do regime do contrato definitivo ao contrato-promessa, sujeitando-se este, em princípio, às mesmas regras que vigoram para o contrato definitivo"[236], com exceção da forma e do que for relativo exclusivamente ao contrato definitivo.

Destarte, conforme leciona Leitão, a equiparação tem limitações e deve ser somente restrita às questões que determinariam ilegalidade ao contrato principal, assim se é vedado a "venda a filhos e netos (art. 877º), naturalmente que também proibirá a celebração de contratos-promessa entre ambos"[237].

[236] Leitão, Luís Manuel Menezes; Direito das Obrigações; fl.s 217.
[237] Idem acima

5.4- Efeitos do CPCV:

Os contratos movem a economia e determinam um acordo entre as partes para impor a obrigatoriedade do cumprimento de suas cláusulas contratuais e, devido ao princípio da relatividade dos contratos (*res inter alios acta neque prodest*[238]), os efeitos contratuais, em regra, circunscrevem-se aos signatários.

Então, em obediência ao princípio das suas respetivas autonomias da vontade, as partes celebram um contrato que deve ser eficaz somente sobre a esfera jurídica de cada parte, anotando Salvat[239] que a relatividade dos contratos funda-se "*la fuerza obligatoria de los contratos reposa en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efecto alguno, respecto a las personas que ni personalmente, ni representada, han concurrido al otorgamiento de aquellos"*

No entanto, as partes contratantes do CPCV com eficácia real, consoante a previsão do artigo 413 do CC, podem determinar efeitos que ultrapassam as partes signatárias e acarretar o efeito do "direito do promissário prevalece[r] sobre todos os direitos que se possam constituir em relação à coisa"[240], em que para tanto deve haver o registro que cumpre a finalidade de publicitar tal negócio e obstaculizar que vendedores desonestos tentem vender o mesmo bem por mais de uma vez.

Verificado que um dos efeitos do CPCV com eficácia real acaba por transpassar os signatários, é também de se eriçar que o principal efeito da promessa é das partes terem "a obrigação emergente de celebrar um contrato-dito definitivo ao contraposição ao contrato-promessa-, sem restrições, à partida de qualquer ordem"[241], assim determina que

---

[238] A limitação de efeitos dos contratos entre os seus signatários é uma regra vigente há alguns séculos, estando previsto no Código Justiniano. Tal regra vige atualmente em diversos ordenamentos jurídicos como exemplo:
CC Frances: Art. 1.165. *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article* 1.121.
CC Italiano Art. 1.372. *Efficacia del contratto - Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge* (1671, 2227). *Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge (1239, 1300 e seguente,* 1411, 1678, 1737).
CC Argentino: Art. 1.195. *Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.*

[239] Junior, Otavio Luiz Rodrigues; A Doutrina do terceiro cumplice: autonomia de vontade, *res inter alios* acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos, Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, cita o advogado argentino : DOUTRINA-DO-TERCEIRO-CUMPLICE-OLRJ.pdf (direitocontemporaneo.com)

[240] Machado, Susana Sousa; Contrato-promessa com eficácia real – a execução específica e o regime da venda direta- Julgar *on line*

[241] Morais, Fernando Gravato; Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial, Almedina obra citada, fls. 25.

os promitentes têm a obrigação de emitir "uma declaração negocial correspondente ao negócio definitivo"[242].

[242] Gravato, obra citada, fls. 31.

5.5- Formalidades

O nº1 do art. 410º do CC determina que o Contrato Promessa excetua-se na equiparação, no que concerne à formalidade dos contratos definitivos, portanto a regra geral permite que no CPCV não sejam necessariamente seguidas as formalidades e, assim, vige a liberdade de forma disposta no art. 219 da mesma Lei. Vejamos o teor dos referidos artigos:

> "Art. 410º nº1: 1 - À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa.
> Art. 219 A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir."

Destarte, a princípio inexistiria qualquer formalidade para a validação do referido CPCP que seguiria a norma geral do art. 219[243] [244]do CC, que consagra a liberdade das formas, mas no entanto tal mesmo artigo determina a exceção prevista legalmente, sendo que o nº2[245] [246] e 3 do art. 410 são exatamente as exceções tratadas no presente trabalho:

> "2 - Porém, a promessa respeitante à celebração de contrato para o qual a lei exija documento, quer autêntico, quer particular, só vale se constar de documento assinado

[243] No mesmo CC também existe outra previsão sobre tal liberdade: art. 405º, nº1: 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver

[244] CCB – Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

[245] A Lei Brasileira determinar que o contrato "preliminar" deve conter todos os requisitos do principal, exceto quanto à forma, mas que deverá ser levado ao registro competente, vejamos:
Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.
Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.
Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.
Mas o Código Civil traz aspecto relativos também a negociação preliminar de bens imóveis:
Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.
Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

246 Sobre o contrato principal existe no Brasil uma diferença de formalidade quanto ao preço do bem. CCB – Art. 108 Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

> pela parte que se vincula ou por ambas, consoante o contrato-promessa seja unilateral ou bilateral.
> 3 - No caso de promessa respeitante 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, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte."

Portanto, a primeira formalidade que surge no nº2 acima referido é a vedação da forma não escrita para a celebração, ou melhor, "há, no entanto, uma importante exceção, referida no art. 410, nº2, que traz uma determinação quando a lei exige documento, autêntico ou particular, para o contrato prometido é também exigido documento para o contrato promessa, bastando, porém, um documento particular, ainda que o contrato prometido exija um documento autêntico"[247].

Para evitar qualquer delonga e discussões sobre a validade, é obrigatório que o contrato promessa seja assinado por todas as partes, sendo certo que tal ponto será mais bem visto no próximo capítulo.

Ainda de acordo com o nº2, acima referido, é importante determinar que muitas vezes as partes acabam por produzir apenas uma débil documentação onde somente trazem um recibo de sinal, todavia, se somente tal documento foi produzido, não se reconhece a existência do CPCV.

Sendo o caso do CPCV tratar de transmissão onerosa ou constituição de direito real sobre um bem imóvel, o nº 03, já acima transcrito, traz ainda outras formalidades a serem cumpridas: i- assinatura com reconhecimento presencial dos promitentes, e ii- e a certificação da existência de licença de utilização ou de construção.

Vale ainda acrescentar que, apesar de existirem julgados que dizem ao contrário, é sempre prudente e obedece a boa técnica que conste a expressão "promete comprar" e "promete vender"

No caso da CPCV ter somente eficácia obrigacional, as formalidades terminam por aqui, no entanto, caso conste a eficácia real, ainda existem outras formas a serem cumpridas, assunto este que merece um capítulo à parte visto a sua importância.

Doravante desnudam-se alguns requisitos formais que devem estar presentes no CPCV e os efeitos da sua ausência.

[247] Leitão, Luis Manuel Menezes; Direito das Obrigação, idem acima, fls. 219

5.5.1- Ausência de "promete comprar"

Como já referido *ad nauseam,* o CPCV traz a obrigação de celebrar o contrato definitivo que, no caso do presente trabalho, será uma escritura de compra e venda, sendo que o natural é que o CPCV preveja que uma parte "promete comprar" e a outra "promete vender".

Todavia, por um deslize dos envolvidos, pode haver uma omissão em tal ponto e, assim, deve-se perceber a função social contratual e interpretá-lo de forma corretiva com o preenchimento de tal lacuna, consoante a melhor doutrina:

> "Tal circunstancialismo não prejudica a existência de uma promessa bilateral válida, desde que se possa concluir, dos termos apostos no clausulado, por via de interpretação da declaração negocial, tal vinculação"[248]

A jurisprudência[249] referida pelo A da citação acima vai no mesmo sentido[250]:

> "Apesar de não constar expressamente no documento elaborado para o efeito que a autora "promete comprar", a verdade é que ela assumiu-se ali como "promitente compradora" e obrigou-se a proceder a um levantamento topográfico para determinação da área do prédio prometido vender e do preço da respectiva compra e venda, assinando tal documento. Existe, assim, uma vinculação a prestações futuras por ambas as partes; vinculação essa de natureza obrigacional, ou seja, a de emissão de declarações de vontade correspondentes ao contrato prometido - a compra e venda."

5.5.2- Ausência da data da escritura definitiva, mora e inadimplemento:

Na celebração do CPCV emerge a obrigação dos contratantes em concluir no futuro o negócio prometido com a escritura definitiva, em que para isso é natural que o prazo seja fixado em dia certo ou dia máximo, todavia a omissão não será motivo de nulidade, uma vez que o artigo 411º do CC prevê que o Tribunal pode ser provocado para determinar o *dies a quem* da mora, que deve ser verificado em conjunto com o dia final da interpelação (artigo 808º do CC).

[248] Morais, Fernando Gravato; Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial, Almedina, fls. 40
[249] Que curiosamente já havia servido de inspiração para o capítulo seguinte.
[250] Processo 0320650; Data do Acórdão: 01/04/2003; TRP – Relator Fernando Augusto Samões

Tal ponto ganha extrema importância, pois afinal, seja o caso do CPCV com ou sem prazo definido, deve-se diferenciar a simples mora do inadimplemento definitivo[251], uma vez que esse permite a resolução contratual com a perda do sinal ou a sua devolução em dobro[252], diferente daquela que será tão somente um atraso de cumprimento da prestação, o que ocorrerá após a interpelação do artigo 808º do CC:

> "A interpelação admonitória consiste no ato pelo qual o credor demanda o devedor em mora para que este realize a obrigação a que está vinculado, sob pena de entrar em incumprimento definitivo. Na interpelação admonitória, o credor deve fixar um prazo suplementar razoável ao devedor para que cumpra, sob pena de, não o fazendo, se considerar a obrigação definitivamente incumprida. Passado o prazo admonitório, dá-se o incumprimento definitivo, tendo o credor todos os direitos provenientes do incumprimento definitivo, designadamente o direito de resolver o contrato."[253]

Portanto, na ocorrência da mora em CPCV, com previsão de data para a celebração do contrato definitivo, deve a parte utilizar o artigo 808º do CC e fixar um prazo razoável, quando, vencido tal prazo, deixa de haver a mora e resulta em incumprimento contratual.

E quando não houver fixação de prazo no CPCV, deve a parte requerer a fixação de prazo ao Tribunal, tanto da mora como do inadimplemento, assim, em ambos os casos, ultrapassado este último ínterim, será verificada não só a mora, como o incumprimento. Assim resta claro na jurisprudência abaixo:

> "Processo 0320650
> Data do Acórdão: 01/04/2003
> TRP – Relator Fernando Augusto Samões
> I - O prazo previsto num contrato-promessa para a celebração do contrato prometido pode revestir a natureza de prazo limite ou absoluto, cujo decurso determina o

---

251 No Ac. do STJ de 12/1/99, proferido no processo n.º 1.163/98, citado no Ac. do mesmo Tribunal de 27/4/99, na CJ – STJ -, ano VII, tomo II, pág. 62, escreveu-se: "é hoje pacífico na doutrina e na jurisprudência que o incumprimento do contrato promessa tem de ser aferido pelas regras gerais do não cumprimento das obrigações a que se refere o citado art.º 808º. Assim sendo, não basta que, havendo sido estipulado um prazo para a celebração do contrato prometido, um dos promitentes não o tenha respeitado e não haja, por isso, outorgado o contrato definitivo. Num caso desses, sendo a prestação ainda possível, entrar-se-á apenas numa situação de mora ou atraso no cumprimento da prestação, prevista nos art.ºs 804º, n.º 2 e 805º, n.º 2. Tal incumprimento ainda não definitivo basta para que possa haver lugar a execução específica do contrato promessa (art.º 830º, n.º 1), mas é insuficiente para fundamentar a sua resolução contratual. Para constituir fundamento de resolução do contrato ... o incumprimento culposo, equiparável à impossibilidade da prestação imputável ao devedor, tem de ser definitivo

252 Processo 0320650 - Data do Acórdão: 01/04/2003 - TRP – Relator Fernando Augusto Samões "É que, tal como grande parte da doutrina e da jurisprudência, entendemos que o regime do sinal previsto no n.º 2 do art.º 442º do C. Civil, mesmo após a redacção dada pelo DL n.º 379/86, de 11/4, não é aplicável à simples mora e só se justifica no caso de incumprimento definitivo do contrato promessa (cfr. Calvão da Silva, ob. cit., págs. 108 a 113; Galvão Telles, Direito das Obrigações, 7ª ed., págs. 128 e segs.; Antunes Varela, RLJ, ano 119º, pág. 216; e Acs. do STJ de 7/3/91, BMJ n.º 405, pág. 456; de 4/11/93, CJ – STJ -, ano I, tomo III, pág. 105; de 24/10/95, CJ, ano III, tomo III, pág. 78; de 27/11/97, BMJ n.º 471, pág. 388; de 8/2/2000, CJ, ano VIII, tomo I, pág. 72; e de 12/7/2001, CJ, ano IX, tomo III, pág. 30, entre muitos outros)"

253 https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/144735188/view

imediato incumprimento definitivo e possibilita a resolução ou de prazo fixo relativo, determinante da simples situação de mora.
II - A qualificação do prazo em absoluto ou relativo depende da interpretação da vontade das partes e das suas declarações negociais.
III - Não havendo, no momento da celebração do contrato-promessa, condições para a celebração do contrato definitivo, pois o prédio prometido vender não estava inscrito na matriz nem seu preço era determinável visto se desconhecer a sua área, impunha-se uma dilação entre a celebração dos dois contratos; por via disso, as partes convencionaram que "a escritura será marcada com o prazo máximo de três meses.
IV - Tal expressão, só por si, não permite concluir que o prazo revista a natureza de absoluto; será antes, até porque foi alegada a prorrogação do prazo por um mês, um prazo fixo relativo, susceptível, tão somente, de constituir em situação de "mora debitoris" relativamente à obrigação de celebrar o contrato prometido aquele que devesse diligenciar pela marcação da escritura.
V - A mora só se converte em incumprimento definitivo, nos termos do artigo 808 n.1 do Código Civil, se o credor, em consequência dela, perder o interesse que tinha na prestação ou se, esta não for realizada no prazo que razoavelmente for fixado pelo credor (interpelação admonitória).
VI - A perda do interesse do credor tem que resultar da mora no cumprimento e não de qualquer outra circunstância.
VII - A interpelação admonitória é uma intimação formal dirigida ao vendedor moroso para que cumpra a sua obrigação dentro de certo prazo determinado sob pena de se considerar o seu não cumprimento definitivo.
VII - O regime do sinal previsto no n.2 do artigo 442 do Código Civil, não é aplicável à simples mora e só se justifica no caso de incumprimento definitivo do contrato-promessa."

5.6- Formalidades adicionais no caso de Previsão de Eficácia Real no Contrato Promessa de Compra e Venda

Inicialmente, cabe descortinar que o direito real é uma matéria demais extensa[254] que foi analisada rapidamente (capítulo 3.3), onde se descortinou alguns pontos que servem de base para a hipoteca, retenção e eficácia real contratual, sendo no presente momento tratada tal eficácia real no Contrato Promessa de Compra e Venda, que tem o condão de impor que o compromisso entabulado é irretratável.

Então no intuito de dotar o Contrato Promessa de Compra e Venda de eficácia real[255], deverá o mesmo preencher os requisitos do art. 413 do CC[256]: i- declaração expressa no CPCV, ii- constar em escritura pública[257]; iii- – ser registrado na matrícula do imóvel (este registro é feito com observância do art. 47º do Código de Registro Predial).

Consoante a previsão legal, acima referida, deve constar a declaração expressa sobre tal facto jurídico, devendo assim as partes manifestarem com clareza a eficácia real que nunca poderá ser tácita:

> "Em primeiro lugar, a declaração da atribuição da eficácia real não pode ser tácita: tem de ser expressa, por meio directo de manifestação da correspondente vontade (art. 217º) de tornar a promessa oponível a terceiros, com eficácia absoluta, erga omnes"[258]

Por conseguinte, um CPCV que pretenda ter eficácia real deve trazer tal ponto de forma clara, precisa e expressa em seu teor, pois ele deve constar de escritura pública ou num documento autenticado e deve ainda ser levado a registo.

---

[254] Existe o direito real de fruição, de gozo, de habitação, sobre bens próprios, de terceiro. Enfim, a matéria direito real e a eficácia real têm assunto para preencher um livro.

255 Tartuce, Flávio; Direito Civil, vol 1, 06ª Edição, Método, fls. 410 determina o seguinte no direito brasileiro: O CC de 02, em seu art. 1417 espanca qualquer dúvida, pois expressamente dispõe que mediante a promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular e registrada no cartório do Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel. Pelo dispositivo fica claro que o direito real surge como registro do negócio na matrícula do bem.

(...)

Sendo assim, pode-se conceituar o instituto como o negócio jurídico pelo qual o vendedor se compromete de forma irretratável a, uma vez pago o preço, transferir ao comprador a propriedade de um determinado imóvel"

[256] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 119: "São três os requisitos exigidos por lei para ser válida a atribuição pelas partes de eficácia real ao contrato promessa"

[257] Silva, João Calvão da Silva; Sinal e Contrato Promessa; 12ª Edição, Almedina, fls. 20, determina que "é preciso que se verifiquem três requisitos:

1) declaração expressa; 2) forma; 3) registo"

[258] Silva, João Calvão da Silva; Sinal e Contrato Promessa; 12ª Edição, Almedina, fls. 20

Portanto, existe inicialmente as formalidades a serem preenchidas no documento e, posteriormente, com o documento pronto, ainda se adicionam novas formalidades.

Em suma, para a eficácia real, o documento deve ser escrito em escritura pública ou documento particular autenticado, ter reconhecimento das assinaturas, constar em seu teor a promessa de vender e comprar; e constar de forma clara que o CPCV é efetuado com eficácia real.

> "Artigo 410º:
> 1 - À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa.
> 2 - Porém, a promessa respeitante à celebração de 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
> 3 - No caso de promessa respeitante 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, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte.
>
> Art. 413º do CC
> 1 - À promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, ou móveis sujeitos a registo, podem as partes atribuir eficácia real, mediante declaração expressa e inscrição no registo.
> 2 - Salvo o disposto em lei especial, deve constar de escritura pública ou de documento particular autenticado a promessa a que as partes atribuam eficácia real; porém, quando a lei não exija essa forma para o contrato prometido, é bastante documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato-promessa unilateral ou bilateral."

Após a celebração, deve ser inscrita no registo para cumprir o requisito da publicidade[259] e, somente a partir de tal registo, ela terá eficácia *erga omnes* e será oponível a todos, portanto a publicidade do direito real ocorre no momento do registo na matrícula do imóvel e, a partir de tal momento, o contrato passa a valer contra terceiros:

> "Art. 47º CRP
> Aquisição e hipoteca antes de lavrado o contrato
> 1 - O registo provisório de aquisição de um direito ou de constituição de hipoteca voluntária, antes de titulado o negócio, é feito com base em declaração do proprietário ou titular do direito.
> 2 - A assinatura do declarante deve ser reconhecida presencialmente, salvo se for feita perante funcionário dos serviços de registo no momento do pedido.

[259] Importante verificar o artigo 01º da CRP: Fins do registo. O registo predial destina-se essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário

> 3 - O reconhecimento previsto no número anterior pode igualmente ser dispensado quando o registo seja promovido através da Internet, com recurso a meios eletrónicos que permitam determinar a identidade do interessado ou do apresentante, nos termos.
> 4 - O registo provisório de aquisição pode também ser feito com base em contrato-promessa de alienação, salvo convenção em contrário."

Não é demais dizer que o registro na matrícula do imóvel também é um fator de eficácia, no Brasil, conforme determinado no art. 5º do DL 58/1937[260] e no art. 1417[261] do CCB, não havendo muitas arestas na sua interpretação e havendo também o Enunciado n.30 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "a disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros".

Posto isto, mesmo que se admita que o contrato em regra deve somente atingir as partes contratantes, verifica-se na ocorrência da eficácia real que ela será oponível *erga omnes*, sendo certo que qualquer comprador deve diligenciar, no sentido de verificar de forma eficaz a documentação do imóvel que pretende adquirir e, assim, restar ciente das circunstâncias, entre elas se porventura existe ou não o direito de aquisição de outro.

O registro da eficácia real existe para "obstaculizar posteriores alienações pelo promitente vendedor desonesto"[262], assim, caso o promitente comprador não faça o exame pertinente, terá agido com negligência e sofrerá o ônus - *dormientibus non sucurrit ius*.

A eficácia obrigacional é em princípio a regra do CPCV[263], e não terá qualquer eficácia perante terceiros[264], exceto no que diz respeito aos herdeiros (de acordo com art. 412 do CC). Tal assunto é de fundamental importância em caso de sentença da insolvência, pois, somente os contratos com eficácia real é que terão o efeito de afastar a faculdade do administrador judicial de ultimar ou não o negócio.

---

[260] Prevê o art. 5º, do Decreto-Lei 58/1937: Art. 5º A averbação 6 atribui ao compromissário direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento. No mesmo sentido, o novo Código Civil: Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

[261] No mesmo sentido, o novo Código Civil: Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

[262] Scavone, Luiz Antonio; Direito Imobiliário, Teoria e Prática; 09ª edição; Editora Forense, fls. 256.

[263] "I – O contrato promessa a que se referem os arts 410º e segs., 441º, 442º e 830º do CC é, em princípio, um contrato de eficácia obrigacional, o mesmo é dizer que só produz efeitos entre as partes e seus herdeiros" Acórdão da Relação de Coimbra Processo nº2658/06.8 TBLRA.C1 de 14/09/2010

[264] Varela, Antunes in "Das Obrigações em geral", 9ª ed., vol. I, pág. 317 e segs.; Abel Pereira Delgado, in "Do Contrato Promessa", 1978, págs 29/30.

Destarte, o CPCV terá eficácia inter partes, seguindo o regramento da relatividade contratual e gozará somente de eficácia obrigacional.

5.7- Imóveis em Construção

Refletindo sobre a legislação brasileira e comparando-a com o arcabouço jurídico português, verifica-se uma diferença quanto aos imóveis em construção, uma vez que a lei portuguesa não o distingue da unidade já pronta.

Noutras outras palavras: o nº3 do artigo 410º do CC, não traz protecção adicional ao adquirente de um imóvel em construção, inexistindo qualquer regime que salvaguarde o adquirente de imóvel em construção em caso de incumprimento ou insolvência da construtora, no entanto, parece bem claro que a segurança jurídica de se adquirir algo que existe é muito maior do que uma coisa em construção.

Em tal ponto é de se determinar que o promitente comprador pode pagar um valor expressivo e prometer comprar um imóvel que não venha a ser construído, por alguns motivos, mas o único que aqui nos interessa é a bancarrota do construtor, e ele não terá nenhum instrumento para lhe proteger, podendo até ficar sem os valores, e mesmo o contrato tendo eficácia real, não encontrará a unidade imobiliária pronta para ser habitada.

Neste ponto, o legislador brasileiro tratou de proteger os consumidores e inseriu na Lei 4.591/64, a salvaguarda do património de afetação[265]. Assim a Lei 4.591/1964, previu a complexa atividade de incorporação imobiliária[266] e determinou que em caso de recuperação judicial ou falência (insolvência), o patrimônio referente à construção não será contaminado pelos efeitos da quebra da sociedade, criando assim uma universalidade de direito que é destacada do património geral da promitente vendedora.

Tal norma ainda cria as Sociedade de Propósito Específico (SPE)[267], que é constituída pela construtora e incorporadora (controladores) com apreço à segurança do próprio projeto de construção e tem somente o fim da construção específica, tendo a seu favor

265 O Deputado Federal Ayrton Xerez explica na justificação de motivos "mediante afetação cada empreendimento imobiliário passaria a constituir um patrimônio autônomo e passaria a ser tratado como que uma "empresa" autônoma. Por essa forma, os créditos trabalhistas, previdenciários, fiscais, com garantia real etc., todos eles estarão vinculados ao patrimônio geral do incorporador (...). A segregação se justifica porque, em regra, parte ponderável de uma incorporação imobiliária se sustenta com os recursos financeiros entregues ao incorporador pelos adquirentes ou por eventual financiador da obra. Por essa razão, é de todo recomendável a delimitação dos riscos desse negócio, para que, na hipótese de falência do incorporador, os adquirentes possam assumir a obra e, assim fazendo, estejam seguros de que credores estranhos àquele empreendimento não poderão agredir aquele patrimônio."

266 Artigo 28 e 29 da referida Lei: art. 28, parágrafo único: . Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas

267 Tal formato societário é muito utilizado no Brasil nas Parcerias Público Privado, onde a finalidade é construção de grandes estruturas ou sua manutenção e administração

importantes elementos[268], tais como: redução de carga tributária, possibilidade maior de venda, transparência em sua administração, apuração de lucro individualizada e, no caso de falência/insolvência, fica assegurado o patrimônio do empreendimento.

Todavia, deixa-se claro que a ideia que doravante se descortina não guarda similitude da aplicação da afetação em Portugal, pois apesar da palavra ser a mesma e o conceito ser idêntico, a aplicação é diversa.

Logo, tanto cá como lá, a afetação determina um certo fim a determinada coisa, dando, ideia que tal bem ficará separado para, consecção de algum facto jurídico, portanto define determinada destinação de certa coisa, sendo certo que muitas vezes também é criada a SPE, assim, o patrimônio de afetação se liga a uma empresa com o fim específico de sua construção.

Pois bem, feito tal aparte, é de se dizer que o artigo 31 da Lei acima referida é complexo e possui grande quantidade de alíneas, muitas com vários parágrafos, todas a objetivar regular à miúde o património de afetação. Assim, a criação legislativa de 2004[269] determina a segregação atinente à construção[270], as unidades imobiliárias em construção não se comunicarão aos demais bens e direitos do devedor e acaba vinculada e "destinado à consecução da incorporação (...)"[271].

---

[268] Existem outros elementos devido a autonomia, um deles que interessa ao consumidor e a sociedade, é a facilidade de emissão de certidões negativas para o início de construção e emissão do chamado "habite-se".

269 O artigo 31 foi inserido na Lei 4.591-64 através da Lei 10.931/2004 após a quebra de uma grande construtora chamada Encol que deixou milhares de unidades vendidas (42.000) sem serem entregues em 700 obras que não foram acabadas, posteriormente foi transferido de artigo pela Legislação.

270 Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1o O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

(...)

§ 3o Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes

(...)

Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

271 Sacramonte, Marcelo Barbosa; Os direitos do compromissário comprador diante da falência do incorporador de imóveis; Revista dos Tribunais, abril-junho de 2017, fls. 176. Inteiro teor disponível no link cj_n50_05_os_direitos_compromissario.pdf

Vale alertar que uma grande crítica ao património de afetação reside no fato dele somente poder ser criado por uma escolha feita pelo incorporador[272]. Portanto é o construtor/incorporador que terá a faculdade de fazer tal previsão, o que um consumidor capacitado poderia exigir ou ao menos entender tal nuance.

A ideia principal do património de afetação[273] é a proteção dos consumidores que empenharam as suas economias num bem que não lhe foi entregue face à dificuldade financeira da construtora. Vejamos:

> "Diante da falência do devedor, desta forma, o patrimônio separado continua afetado à consecução da incorporação imobiliária e não será partilhado entre os demais credores do incorporador. O patrimônio separado não integra a massa falida objetiva a ser liquidada para a satisfação da coletividade dos credores e, portanto, não será arrecadado pelo administrador judicial."[274]
> "A disposição legal permite a formação de uma unidade patrimonial em decorrência do empreendimento a ser realizado, com a consequente redução da garantia geral de adimplemento dos demais credores. Os bens atrelados a essa atividade passam a responder exclusivamente pelas dívidas contraídas para a sua consecução e não se confundem com os outros bens de titularidade do incorporador, que garantem os demais credores. "[275]

Sobre tal ponto, é de se dizer que a alínea "f" do artigo 31 da Lei de incorporação (já transcrita na nota de rodapé) não pode sofrer qualquer interpretação que lhe agaste, face a própria Lei de Falências do Brasil ter o teor de grande clareza ao proteger tal categoria de adquirentes:

> "Art. 119 – Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:
> (...) omissis
> IX – os patrimônios de afetação, constituídos para o cumprimento da destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direito e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que dela remanescer."

---

[272] Para Chalhub, a discricionariedade do incorporador para instituir o patrimônio de afetação não seria lógica: "Trata-se de caso esdrúxulo, em que é o devedor quem decide se prestará ou não prestará garantia do cumprimento de suas obrigações". (CHALHUB, Melhim Namen. A afetação patrimonial no direito positivo brasileiro. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Direito imobiliário brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 677)

[273] Existe uma entrevista sobre o assunto do Desembargador Marco Aurélio Melo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo que ele é o atual organizador dos cursos da Escola de Magistratura e um professor reconhecido em todo o Brasil sobre o assunto: https://civileimobiliario.com.br/entrevista-prof-des-marco-aurelio-bezerra-de-melo-patrimonio-de-afetacao/

[274] Sacramonte, obra acima referida fls.

275 Campinho, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 351.

Melhim Chalhub[276], num comentário à novel legislação falimentar brasileira[277], explica o conceito e a forma de concretização de tal norma:

> "(...)
> Para maior proteção do grupo de credores vinculados à incorporação, a lei cria um regime jurídico especial, de segregação de riscos por empreendimento, mediante criação de um patrimônio de afetação (lei 4.591/1964, arts. 31-A a 31-F, com a redação dada pelo art. 53 da lei 10.931/2004).
> Trata-se de um patrimônio separado, formado com os direitos e obrigações de uma determinada incorporação, que é incomunicável em relação ao patrimônio geral da incorporadora e só responde pelas suas próprias obrigações, isto é, aquelas correspondentes à construção do conjunto imobiliário e à liquidação do respectivo passivo.
> Em caso de falência da incorporadora, a administração da incorporação sob regime de afetação é transferida para a comissão de representantes e os adquirentes são investidos de poderes para deliberar pelo prosseguimento da obra ou pela liquidação do patrimônio de afetação da incorporação, a seu critério exclusivo.
> (...)"

O património de afetação tem as seguintes caraterísticas: i-somente existe quando criado por Lei; ii- constituído a critério do promitente vendedor (a despeito das críticas), iii- torna incomunicável o património com quem o afetou (essa é a *ratione essendi*), iv- tem de existir a publicidade, v- a contabilidade não pode ser a mesma da empresa que o afetou, vi- extingue-se automaticamente pela consecção do seu objeto.

Sobre a contabilidade é de se dizer que algumas vezes é criada uma nova empresa para cada empreendimento. Nessa via de regra existe empresas do mesmo grupo empresarial e amoldam sua estrutura organizacional para cria uma nova empresa que terá um objeto único.

Portanto, o grupo empresarial, ao iniciar um novo projeto poderá cria uma Sociedade de Propósito Específico que contratará a mão de obra, arcará com tributos e assinará, juntamente com a empresa mãe os CPCV, ficando mais fácil ao consumidor perceber a segregação do património de afetação quando existe tal moldagem.

Destarte, o património de afetação servirá para a finalização da obra e, caso isso não seja possível, os credores terão uma classe própria e ascenderão ao valor da venda do

---

[276] Melhim Chalhub; A Incorporação imobiliária no contexto da recuperação judicial da empresa, Coluna Migalhas Edilícias, disponível no site: https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-edilicias/311296/a-incorporacao-imobiliaria-no-contexto-da-recuperacao-judicial-de-empresa

277 Bem antes da nova legislação foi editado um enunciado que determinava a aplicação da afetação não só em casos de insolvência, mas também em processos de recuperação judicial, vejamos: VIII- Jornada de Direito Civil – Conselho da Justiça Federal - ENUNCIADO 625 – Art. 1.358: A incorporação imobiliária que tenha por objeto o condomínio de lotes poderá ser submetida ao regime do patrimônio de afetação, na forma da lei especial.

bem, no estado que se encontre, em uma classe de credores própria e segregada dos demais, o que com todas as *venias* poderia ser aplicado em Portugal[278].

Neste passo, verifica-se que a atuação dos princípios que regem o ordenamento jurídico de Portugal é determinante em chancelar a equidade das partes que, neste caso, seria melhor encontrada com tal classe especial de credores. Assim, o A. acredita que poderia ser transplantado algo parecido para Portugal, sempre observando a doutrina sobre tal fenómeno[279].

Não é demais dizer que a afetação é utilizada na Argentina por muitos anos, pois o A crê que o direito brasileiro inspirou-se no direito "*hermano*", especialmente nos artigos abaixo transcritos:

> "Lei 19.724/1972: *Anotación en el Registro*
> *Art. 4°– La escritura de afectación se anotará en el Registro de la Propiedad Inmueble, y éste hará constar esa circunstancia en los certificados que expida.*
> *Efectos La anotación inhibe al propietario para disponer del inmueble o para gravarlo en forma distinta a la prevista en la presente ley, salvo los casos de retracción o desafectación a que se refieren los artículos 6° y 7°"*[280]

Como já informado a questão surgiu no Brasil após uma grande falência deixar milhares de compradores sem os seus respetivos imóveis e sem conseguir receber qualquer valor em razão do negócio não ter prosperado. Note-se que no caso, o crédito advindo do ressarcimento do que havia sido pago não tinha qualquer garantia, portanto eventual venda de bens da empresa não assegurou aos promitentes compradores o ressarcimento de valores.

Tal norma atualmente é utilizada no Brasil em muitos CPCV com construtoras, onde o consumidor certifica-se que mesmo em caso de falência/insolvência terá assegurado que conseguirá receber o ressarcimento, afinal, no caso de insolvência o valor obtido pela venda de tal bem restará segregado para partilha dos promitentes do empreendimento imobiliário que formarão uma classe particular de credores.

---

[278] Não através de do direito comparado, afinal qualquer

[279] Dinamarco, Candido Rangel; Instituições de Direito Processual Civil, Vol I, 09ª Edição, fls. 320: "Tanto maior será o valor dos princípios nas ciências jurídicas quanto mais forte a tendência à globalização dos conceitos na realidade de crescente cooperação internacional. (...) mas a comparação jurídica só poderá ser útil quando se conhecerem os princípios que estão à base de cada uma das legislações comparadas (...). É fadado ao insucesso, pelo fenômeno da rejeição, qualquer tentativa de transplantar para um país institutos ou soluções vigentes em outro se não forem coerentes com os princípios vigentes naquele."

[280] No intuito de facilitar a pesquisa: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/189951/norma.htm

Noutro caso, como também é comum, após a insolvência os promitentes compradores, ao invés de vender o bem em construção, seguem a obra com a chamada "obra por administração", onde se cotizam para finaliza-la.

Em todos os casos os promitentes compradores experimentam prejuízo, mas ele é extremamente mitigado, portanto, com todas as *venias*, crê o A. que o Estado Português poderia estudar o caso de criar norma correlata, pois tal medida seguiria a lógica de proteger as partes contratuais mais desfavorecidas.

Neste sentido ainda poderia tornar mais efetiva a norma determinando algumas diferenças em suas caraterísticas, afastando a principal crítica que o património de afetação sofre no Brasil, que é ele não ser automatizado e depender somente do promitente vendedor.

5.8- Sinal

Sinal é, via de regra, uma quantia pecuniária que um dos contratantes (promitente comprador) entrega ao outro contratante no momento da celebração do CPCV que, salvo previsão em contrário, antecipa a entrega parcial do preço de dívida futura, na qual o sinal é imputado[281].

O teor do Código Civil determina que o sinal pode ser presumido ou convencionado, no entanto, sempre que existe CPCV, o pagamento efetuado deve ser considerado sinal e abatido do valor final do bem, portanto "a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida – prestação futura, emergente do contrato definitivo, se se trata de contrato-promessa -, ou restituída, quando a imputação não for possível"[282].

Como referido acima, a liberdade contratual determina que os contratantes poderão alinhar previsões que não são obrigatórias e, dentro deste vasto campo, podem prever que no momento da assinatura do CPCV, este pague o sinal em valor estipulado, não sendo raro o pagamento do total do valor durante o ínterim da sua celebração até o contrato final.

Normalmente pode-se ter em mente que quanto maior o valor do sinal, maior será a fidelidade das partes na celebração do contrato principal, pois, caso o promitente vendedor desista do negócio ele será obrigado a ressarcir o sinal em dobro e, no caso de o comprador desistir, ele perderá o sinal, na forma do art. 442 do CC, não sendo aceitos pelos Tribunais argumentos relativos a tal perda de capital ser excessiva, bastando que o incumprimento seja imputável a uma das partes:

> "IV. A restituição do sinal em dobro não é manifestamente excessiva, quer em termos abstractos quer em termos concretos, aos quais deve obedecer a apreciação da desproporção da indemnização."[283]

Portanto, o não cumprimento tem que ser imputável a alguma parte para que o regime da restituição em dobro seja aplicável. A culpa imputável a uma das partes merece grande atenção do presente trabalho, sendo dela que partirá grande discussão acerca do incumprimento do CPCV, pela empresa insolvente ser ou não culpável.

[281] Silva, João Calvão da Silva; Sinal e Contrato Promessa; 12ª Edição, Almedina, fls. 95.
[282] Silva, João Calvão da Silva; Sinal e Contrato Promessa; 12ª Edição, Almedina, fls. 100.
[283] Processo 1.377/06TVL.SB.L1-6 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 10/12/2009

Ainda sobre o sinal, é de se referir que a falta de cumprimento do contrato e a mora serão verificadas através das regras dispostas nos art. 798 *et seq* do CC, todavia não existe espaço no presente trabalho para observar as regras.

O sinal no Brasil é previsto do Código Civil, no artigo 417, e a sua devolução dobrada no 420, sendo a definição de Simão bem parecida com a de Calvão, o que demonstra que os institutos não encontram diferença:

> "Constitui quantia em dinheiro ou coisa móvel dada por uma das partes à outra em confirmação à conclusão de um contrato".[284]

Vale ainda ressaltar que a mesma discussão doutrinária sobre a natureza do sinal existe, todavia não é caso de gastar laudas sobre o assunto, sendo tal nuance referido somente com o fito de repisar a similitude das previsões legais e, consequentemente de suas interpretações.

[284] Simão, José Fernando; Código Civil Comentado, doutrina e jurisprudência, 02ª Edição, Forense (GEN), fls. 254.

6- Efeitos da Insolvência no Contrato Promessa de Compra e Venda e o Administrador:

Como já referido, o CPCV tem como fim preparar e dotar de segurança o negócio futuro e definitivo, sendo certo que a sua finalidade, segundo a melhor doutrina, é exatamente fixar o conteúdo de futuro contrato.

Ocorre que o promitente vendedor, antes de realizar o negócio final, pode passar por situação que determine a decretação de sua insolvência e o administrador judicial não celebre o contrato final.

Tal AJ, ao tomar a decisão de seguir com o contrato ou não, deve obedecer fielmente à finalidade da sua função, que é o fio condutor do objetivo da insolvência, portanto seus atos devem se desenvolver para estabelecer a maior satisfação possível aos credores, para isso, ele na tomada de decisão deve obedecer alguns critérios que, repita-se, são destinados à prevalência do pagamento do maior número de credores.

Assim, agora é o momento de se examinar os efeitos da CPCV em cotejo com os efeitos da insolvência, nomeadamente, no caso do administrador negar a celebração dos contratos finais, o que acarreta uma sucessão de questões jurídicas que são amplificadas pela discussão doutrinária face a um texto legislativo que dá margem para uma série de interpretações antagónicas[285].

Destarte, como já deve ter sido percebido, muito diversas são as consequências do CPCV celebrados com garantia real ou não, bem como da existência da figura do consumidor, da retenção e se existe hipoteca constituída sobre o bem. Todos eles factos jurídicos com as resultâncias que serão doravante alinhadas.

Diante de normas confrontantes e lacunas legais a doutrina se torna colidente e existem variadas vertentes, todavia, é necessário buscar solução e, assim, o A., diante de fortes argumentos colidentes, resolveu trazer os acórdãos de UJ que decidem tais assuntos, sendo certo que tais decisões também referenciam a doutrina.

A referência a UJ não determina que os argumentos do *decisum* sejam dotados de correção absoluta ou a última palavra sobre tal questão[286], muito pelo contrário[287], todavia é preciso determinar um sistema que não decida contraditoriamente em casos idênticos.

---

[285] Muitas vezes as interpretações chegam ao mesmo fim, mas com fundamentos diversos.

[286] Um dos princípios dos precedentes é que ele pode ser superado, existindo a hipótese do *overruling* e do *distinguishing*.

[287] Dworking, Ronald; Levando os Direitos a Sério, Martins Fontes, 429. Em tal obra o autor americano escreve um capítulo (Os direitos podem ser controversos?), onde expõe de forma inteligente que em muitos casos os argumentos são valorosos, mas o juiz deve decidir qual se sagrará vencedor, todavia, isso não

Neste passo, é importante dizer que o confronto de ideias e de interpretações, por via de regra, tem nascido no limite de cada norma. E cada uma destas normas acabam por ter origem num princípio, portanto, muitas vezes os argumentos antagónicos têm um peso parelho e são capazes, cada um, de convencer a maioria dos leitores, sendo que assim a ponderação dos princípios em conflito no caso concreto acabam por ter um maior significado e devem ser um ponto decisivo para a solução:

> *""[e]l punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho". A su vez, agrega que dicha diferencia se observa con gran claridad en los casos de conflictos entre reglas y de contradicción entre principios. En el primero de los casos, según Alexy, una regla queda declarada nula por la otra; mientras que en el caso de conflicto entre principios se resuelve mediante una ponderación de dichos principios en el caso concreto. El resultado de tal ponderación solo establece qué principio prevalece en las circunstancias del caso y no pone en tela de juicio la validez de ambos principios*."[288]

Portanto existe, além do conflito doutrinário, também o conflito da jurisprudência que, por sua vez, é um dos requisitos para existir um acordão de UJ, bem como existe um grande conflito de princípios acerca de questões de garantias reais, tal como no caso de haver uma CPVC com garantia real de um bem hipotecado, motivo pelo qual foram expostos alguns pontos relativos aos mesmos nos capítulos antecedentes.

---

permite que a fundamentação implique em não reconhecer o fundamento vencido também como sendo de grande valor, vejamos:
"(...) A objeção replica que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente respostas.
Na base desta objeção encontra-se uma atrativa atitude: uma mistura de tolerância e bom senso que se expressa em juízos como os que se seguem. (...) é tão tolo quanto arrogante pretender que exista, de algum modo latente na controvérsia, uma única resposta certa. É mais sensato e realista admitir que, embora algumas respostas possam estar evidentemente erradas, e alguns argumentos possam ser nitidamente ruins, existe ainda assim um conjunto de respostas e de argumentos que devemos reconhecer, desde qualquer ponto de vista objetivo ou neutro, como igualmente bons."

[288] Etcheverry, Juan B.; *Una aproximación a los principios jurídicos desde sua función de fundamentación*, Fls. 7 e 8. No trecho acima colacionado o Etcheverry refere a obra de Alexy "*El concepto y la validez del derecho.*".

É importante alinhar tal ponto sob pena de não sabermos que posição adotar ou a que é adotada e, assim, num caso que já sofre de diversas patologias que lhe afastam da certeza e determinam insegurança jurídica isso, torna-se ainda mais grave.

Na verdade, todos os critérios que o AJ deveria obedecer desaparecem quando ele não é capaz de definir o resultado da sua conduta, ou melhor os limites intrínsecos da sua atuação que restam abalroados, pois apesar de ter o "dever (de conteúdo positivo, de *facere*) de adotar a decisão que seja "mais favorável aos interesses da massa""[289], ele não terá certeza de como ao certo cumprirá este desiderato.

O efeito negativo da lacuna de um texto pouco claro não pode ser amplificado por um mal causado na sua interpretação, que causa dubiedade e impõe que qualquer decisão tomada, seja para qual lado for, estará errada.

O AJ, no momento em que tem o seu período de reflexão, possui uma série de questões para avaliar e não pode ficar à mercê de interpretações contraditórias que lhe retiram a convicção das suas decisões. Afinal, caso assim ocorra, por mais valioso que seja o desempenho da sua função, ele poderá tomar decisões que não salvaguardem os fins colimados no seu mister ou, pior, a decisão que tomar será positiva ou negativa, dependendo de um sorteio de distribuição de uma demanda, o que não é admissível num sistema dotado de higidez e estabilidade.

Destarte, imagine um AJ diante de uma situação não saber se a conduta que toma é lícita ou ilícita, se pode e deve toma-la para conseguir saldar um maior número de credores ou, ao contrário, a mesma conduta, é ilícita e acarretará indemnização em favor da contraparte e, portanto, prejudicará o fim apontado no CIRE.

O fim determinante da atividade do AJ é a satisfação creditícia da forma mais eficiente possível, portanto ele deve tomar todas suas condutas baseadas em tal fim e não pode agir em prejuízo da insolvente, pois, caso assim proceda, o reflexo será ter menos credores satisfeitos.

Muitas vezes a solução não é clara e o AJ fica subordinado a encontrar um modo que atinja o interesse dos credores, portanto, diante das circunstâncias subjetivas e concretas, o AJ de forma criteriosa deve resolver em favor da mais benéfica para os credores.

No que diz respeito aos negócios em curso, especialmente no CPCV, o AJ utilizará o período de reflexão para tomar a decisão que melhor se amolde aos interesses dos credores. Portanto, se por um lado ele tem a faculdade de prosseguir com os contratos,

[289] Oliveira, Nuno Manuel Pinto Oliveira; Efeitos da declaração de insolvência sobre negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?; I Congresso de Direito da Insolvência, 2013, Almedina, fls. 208.

por outro, tal escolha não é ampla e irrestrita, uma vez que ele terá que desempenhar em obediência aos fins colimados na Lei.

A decisão de recusa de prosseguir com os contratos despoleta uma série de efeitos que deveriam ser claros, pois somente assim o AJ conseguiria agir com total consciência na sua decisão, mas no entanto, à mercê de diretrizes contraditórias, a decisão fica envolta em condições pouco claras e acaba por atrapalhar a dinâmica decisória.

Neste ponto, chama atenção que o primeiro princípio da economia é "a pessoa enfrentar o *trade-off*"[290], o que significa no caso concreto que a pessoa (AJ) terá que enfrentar uma escolha conflitante, ou seja, a sua ação econômica e jurídica de tomar guardar benefício aos credores poderá inevitavelmente acarretar problemas, ainda mais em um cenário de conflito jurisprudencial que acaba por retirar parte da racionalidade econômica da decisão.

Pois bem, o AJ diante de um CPCV ainda não finalizado poderá recusar o prosseguimento ou anuir com tal ato, sendo que a anuência não deveria determinar maiores dúvidas, havendo um CPCV que cumpra à risca as condições elencadas no artigo 106, nº1 do CIRE, que são:

1- Ter eficácia real
2- Ter havido a *traditio*.

Tais requisitos não são tão claros como adiante se verificará e, portanto, a recusa do administrador em realizar o negócio trará uma série de repercussões que somente o teor da Lei não será suficiente para percebê-las, devendo o mesmo se fiar em interpretações e sobretudo no AUJ, que tem importância significativa, para a solução passando a ser um recurso que ele deve utilizar.

Apesar das decisões que serão referidas o A traz todo o debate doutrinário para as questões que entende nodais, passando antes a analisar o que é a UJ.

[290] Martins, Daniela Berwanger e Pazeto, Matheus Lolli; Breves linhas sobre a inclusão da Análise Econômica do Direto na prolação de uma decisão judicial – Reflexões sobre Direito e Economia; FGV Direito, fls. 145 http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30057/Miolo%20digital_Reflexoes%20sobre%20Direito%20e%20Economia.pdf?sequence=3&isAllowed=y

6.1- Uniformização de Jurisprudência

O atendimento à norma, no sentido da sua correta compreensão, determina um domínio teórico capaz de fazer com que a aplicação do direito em casos concretos seja efetivado com acerto e justiça, todavia o correto entendimento do arcabouço jurídico não se dará afastado de outros elementos, conforme se observa no Código Civil.[291]. Assim "A lei em questão há muito tempo perdeu seu *status* paradigmático (dominante), contando apenas como um conceito entre outros plausíveis."[292].

O complexo ofício do julgador determina a análise de diversos elementos que, atualmente, chegam ao domínio do juiz em profusão, e a interpretação das fontes de direito que, por sua vez, são muitas vezes colidentes e têm uma difícil delimitação, sendo que assim a prestação jurisdicional deve ser alcançada através da compreensão e da análise detida dos elementos jurídicos, pois somente assim poder-se-á aplicá-las ao caso concreto.

Destarte, a hermenêutica jurídica passou a estabelecer um pensamento estruturado onde existe observância a algumas fontes de direito (primárias ou não) e outros dados de relevo, que estarão abrangidos não só para a solução de um caso expressar um sistema de justiça dotado de coerência e harmonia[293] e, quiçá, de "integridade política"[294].

Trocando em miúdos, os Tribunais poderiam debruçar-se sobre questões sensíveis de cada processo já sabendo como a questão deveria ser interpretada e, assim, como o caso já eriçado do sinal, onde existe grande celeuma doutrinária, aplicar não a decisão que lhe pareça mais correta mas sim a já alinhada na UJ, o que teria o condão de evitar decisões contraditórias e traria uma querida coerência ao sistema[295], e além disso dotaria o sistema

---

[291] O Código Civil impõe valor jurídico aos usos (artigo 3º) e a equidade (artigo 4º), não restringe a interpretação à letra da Lei (artigo 9º) e determina a utilização da analogia (artigo 10º).

292 Linhares, Jose M. Aroso e Gaudêncio, Ana M.; *Comparing The Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions*, artigo *The Portugues Experience f judge-Made law and the Possibility of Prospective Intentions and Efeeects*, fls. 186, citação traduzida do trecho: "Law in question has since long lost its paradigmatic (dominant) status, counting only as one concept amongst other plausible ones"

[293] Streck, Lenio Luiz; Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil, 2ª Edição, Livraria do Advogado, fls.38.

[294] Dworking, Ronald. Law' Empire. Cambridge, Mass: The Belknap Press os Harvard University Press, 1986, p 34, onde explica: "Entendida como o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns, é uma virtude política, uma exigência de moralidade política de um Estado que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito."

[295] Fuga, Bruno Augusto Sampaio, idem acima, fls.88: "Assim, as razões para seguir os precedentes podem ser enumeradas de maneira não taxativa, em: promove a imparcialidade, a previsibilidade e o desenvolvimento consistentes de princípios legais, estimular a confiança nas decisões judiciais e contribui para a integridade real percebida do processo judicial."

de presteza, confiança[296] e celeridade [297], questão essa que se torna ainda mais relevante no tempo que vivemos onde uma pandemia traz reflexos econômicos e um número exponencial de quebras.

Contudo, a celeridade somente é eriçada por via reflexa, uma vez que o pensamento, a *priori,* é no sentido de determinar se a interpretação foi levada ao efeito de modo refletido por diversas pessoas, as quais ocupam o topo da pirâmide dos Tribunais, portanto um dos pontos do acesso à justiça, no que concerne ao acesso a uma decisão justa, seria atingido de forma mais acertada.

O mesmo ocorre com a Uniformização de Jurisprudência, onde o Pleno é utilizado para aplacar a contradição de julgados e dar uma solução não vinculante, mas que soa convincente face visto o seu "valor reforçado"[298] e acaba por formar a opinião do operador de direito, que será daquela forma que o direito será interpretado por certo ínterim, o que sobreleva a posição do Supremo, factos estes muito bem observados pelo Dr. Antonio Santos Abrantes Geraldes[299]:

> "Saindo beneficiados com a resolução ou prevenção de querelas jurisprudenciais os valores da segurança e certeza do direito e também o princípio da igualdade perante a lei interpretanda, o incremento dessa actividade judicativa repercutirse-á também, em termos mediatos, na redução da litigância, ante a perspectiva da previsível resposta a determinada questão jurídica que tenha sido objecto de uniformização jurisprudencial."

Sobre o caso, o Dr. professor Aroso Linhares[300] esclarece que "Embora seja «enganoso» invocar um tipo «civilizado» de sistema jurídico unificado » («Contrasta simplesmente com o sistema de direito comum»), 1 devemos começar esclarecendo que, na ordem jurídica portuguesa, como é geralmente o caso sistemas romano-germânicos, não há estrutura institucional nem cultural dos pressupostos (corpus jurídico-dogmático ou teórico jurídico) que nos permitem de uma jurisprudência formalmente vinculativa

---

[296] Fuga, Bruno Augusto Sampaio, Superação de Precedentes; Da Necessária Via Processual e o Uso da Reclamação Para Superar e interpretar Precedentes; Thoth, fls.88: sobre a confiança determina que promove a imparcialidade da Justiça.

[297] Difícil pensar em tal questão e não lembrar de Rui Barbosa que em uma das suas centenas de frases conhecidas determina que "A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"

298 Processo 982/10.4TBPTL.G1 –A.S de 12/05/2016: "(...) 2. Esse valor reforçado impõe-se ao próprio Supremo Tribunal de Justiça, sendo projectado, além do mais, pelo dever que recai sobre o relator ou os adjuntos de proporem ao Presidente o julgamento ampliado da revista sempre que se projecte o vencimento de solução diversa da uniformizada.

[299] Geraldes, António Santos Abrantes, Juiz do STJ no *paper* Uniformização de Jurisprudência, Fls. 05: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ager_MA_26301.pdf

[300] Linhares, Jose M. Aroso e Gaudêncio, Ana M.; Comparing The Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions, artigo The Portugues Experience f judge-Made law and the Possibility of Prospective Intentions and Efeeects, fls. 192.

como *stare decisis*. No entanto, rejeitar a problemática transposição de uma situação institucional alienígena (e um ambiente cultural diferente) - excluindo, simultaneamente, o natural uso (em seu sentido forte específico) de categorias como anulação em geral e anulação em potencial em particular - não significa ignorar os sinais plurais de convergência entre os dois sistemas"[301] e tal aproximação não é estranha na doutrina brasileira[302].

Como em Portugal não existe o sistema de precedentes, a eventual contradição da jurisprudência deve ser resolvida através da Uniformização de Jurisprudência (que como já alinhado não possui efeito vinculante[303], muito menos pode ser tratado como fonte de direito), é imperioso descortinar o entendimento do STJ sobre o convencimento que permeia a UJ:

> "1. Os Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência, conquanto não tenham a força obrigatória geral que era atribuída aos Assentos pelo revogado art. 2º do CC, têm um valor reforçado que deriva não apenas do facto de emanarem do Pleno das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, como ainda de o seu não acatamento pelos tribunais de 1ª instância e Relação constituir motivo para a admissibilidade especial de recurso, nos termos do art. 629º, nº 2, al. c), do CPC"

Ainda sobre o assunto é de repisar o argumento desvelado pelo Dr. Aroso quando eriça a convergência dos sistemas jurídicos, bem como quando apura o sentido investigativo e revela que não só a norma deve ser observada para uma solução jurídica. Vejamos[304]:

---

[301] Tradução efetuada do livro acima onde o original consta: "*Even though it is «misleading» to invoke a «unified "civilian" type of legal system» («standing in simple contrast to the common law system»),1 we should begin by clarifying that in the Portuguese legal order, as is the case in general with romano-germanic systems, there is no institutional framework and no cultural presuppositions (a legal-dogmatic or legal-theoretical corpus) that allow us to reconstruct precedents (and the resources they provide) under the strict possibilities of a formally binding case law stare decisis. However, rejecting the a-problematic transposition of an alien institutional situation (and a different cultural environment) – simultaneously excluding the natural use (in its specific strong sense) of such categories as overruling in general, and prospective overruling in particular – does not mean ignoring the plural signs of convergence between the two systems*"

302 Fuga, Bruno Augusto Sampaio,idem acima, fls.59: "Um contexto importante é a globalização, pois países do *commow law* são incentivados a editar mais leis, e países do *civil law* a dar mais força aos precedentes.

[303] Mesmo sem ter vinculação é de se determinar que a ratio decidendi é fruto da interpretação da norma ao longo do tempo e delimita o alcance de princípios, ocorre que a própria interpretação da UJ também é feita a cada caso paradigma e que o entendimento sobre o que o julgado determinou vai se consolidando em ínterim indeterminado, podendo a partir de certo momento e, com a evolução social, a distinção (*distinguishing*).

[304] Linhares, Jose M. Aroso e Gaudêncio, Ana M.; *Comparing The Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions*, artigo *The Portugues Experience f judge-Made law and the Possibility of Prospective Intentions and Efeeects*, fls. 186, traduzido do seguinte trecho: *Law in question has since long lost its paradigmatic (dominant) status, counting only as one concept amongst other plausible ones. However, this emphasis, apparently redundant here, may yet have some relevance, showing us that the discussion of the*

> "A lei em questão há muito tempo perdeu seu status paradigmático (dominante), contando apenas como um conceito entre outros plausíveis. No entanto, essa ênfase, aparentemente redundante aqui, ainda pode ter alguma relevância, mostrando-nos que a discussão do vinculação geral dos precedentes (com a possibilidade de distinguir diferentes formas de vinculação) certamente não é desconhecida no debate acadêmico português, 5 mas não tão claramente identificável quando se lida exclusivamente com a prática do tribunais e fazendo o que vem naturalmente , muito especialmente ao determinar até que ponto essa prática e seus cânones observam ou alegam observar decisões anteriores (...)"

Mesmo não tendo efeito vinculante e os julgadores não serem obrigados a adotar uma decisão proferida numa UJ pelo STJ, o sistema processual prevê uma série de facilidades para a apreciação de recursos que ofendam o acórdão de UJ e uma série de proteção às decisões que adotem o seu pensamento, mas como o presente trabalho não trata da questão processual, somente se vai enumerar as previsões que, por sua vez, determinam a tendência ao respeito dos acórdãos:

> "1- art. 629º, nº 2, al. c), do CPC: é sempre admissível recurso de qualquer decisão, independentemente do valor da causa, quando o tribunal de 1ª instância ou a Relação desrespeitem jurisprudência uniformizada;
> 2- art. 629º, nº 2, al. d), do CPC: é possível interpelar o Supremo através de recurso de revista quando o acórdão recorrido contrarie outro acórdão da Relação (ou do Supremo), sobre a mesma questão fundamental de direito, mas esse recurso é vedado se acaso o acórdão recorrido tiver aderido à jurisprudência uniformizada;
> -art. 672º, nº 1, al. c): a aderência de acórdão a tese da UJ do STJ obstaculiza à admissibilidade de recurso que a combata;
> - arts. 656º e 679º, ambos do CPC: Preveem julgamento monocrático da revista (STJ) e da apelação (Relação) quando a questão tiver sido objeto de UJ;
> - arts 686, nº2, do CPC: No âmbito do STJ, quando houver discordância da UJ, deve o relator do recurso propor agendamento ampliado da revista para que o Pleno decida;
> - art. 688º, nº3: Acórdão do STJ que adere a UJ não poderá ser atacado via recurso extraordinário, devendo, porventura existente, rejeitado liminarmente."

Feita tal explanação sobre a força que tem um acórdão proferido em UJ é de se alinhar as que se aplicam ao presente trabalho.

---

overall bindingness of precedents (with the possibility of distinguishing different ways of bindingness) is certainly not unknown in Portuguese academic debate,5 but not so clearly identifiable when dealing exclusively with the practice of the courts and their doing what comes naturally, very specially when determining how far this practice and its canons observe, or claim to observe, prior decisions

6.2- Quando a eficácia for obrigacional:

Como já referido, o contrato possui ampla espécie de liberdade, como seja a de as partes num CPCV determinarem os seus efeitos, que poderão ter eficácia real ou obrigacional, o que já foi amplamente explicitado no capítulo 3.2.

A eficácia obrigacional não permite ao promitente comprador compelir o devedor em cumprir o contrato, assim, caso a contraparte não realize o ato que estava obrigado, a solução deverá passar pela devolução do sinal, e neste ponto reside um debate intenso na doutrina e na jurisprudência, onde até mesmo o AUJ é amplamente discutido e criticado.

É importante observar que aqui somente será abordada a questão do CPCV sem *tradito* ou retenção, visto tais questões serem verificadas noutro capítulo, portanto o contrato aqui abordado é exatamente o CPCV com sinal e força obrigacional, ficando a questão da *traditio* para o próximo capítulo.

Dentro de tal contexto também se deve referir o CPCV com eficácia real que não cumpra os requisitos, pois apesar de não ter a pretendida eficácia real, não perde a validade e acaba por ter eficácia obrigacional e efeito inter partes, não havendo qualquer dúvida e assim manifesta-se a doutrina:

> Gisela[305]: "Não sendo cumpridos algum ou alguns requisitos legais, o contrato-promessa ao qual as partes quiseram atribuir eficácia real não perde a validade, todavia, somente produz efeitos entre as partes"
>
> Gravato[306]: "A inobservância de pelo menos um dos requisitos assinalados acarreta a inexistência de contrato promessa com eficácia real, devendo considerar-se em princípio, que o contrato tem apenas eficácia obrigacional"

Portanto, o CPCV que pretendia ter eficácia real, mas que não cumpriu o seu designo, não é invalido, sendo somente limitado em seus efeitos que serão meramente obrigacionais e, portanto, não poderá compelir o devedor na execução específica, novamente ressaltando-se que o caso de tal contrato ter tradição ou retenção à regra, segundo se verificará, terá outra solução.

[305] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 120.
[306] Morais, Fernando Gravato; Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial, Almedina, fls. 59.

A eficácia obrigacional é, em princípio, a regra do CPCV[307], não terá qualquer eficácia perante terceiros[308] e somente atingirá os herdeiros (de acordo com art. 412 do CC). Tal assunto é de fundamental importância em caso da sentença de insolvência, pois, como visto, somente os contratos com eficácia real terão o efeito de afastar a faculdade do administrador judicial de ultimar ou não o negócio.

6.2.1- Devolução do sinal de forma simples ou dobrada e a diferença do valor da coisa

O nº1 do art. 106º do CIRE determina os requisitos que se preenchidos impedirão a recusa do AJ. Assim estando eles cumpridos, o AJ será obrigado a realizar a obrigação do CPCV.

Ocorre que a possibilidade de recusa do AJ nos CPCV que tenham somente efeito obrigacional, não é tão clara quanto o desejável[309] e, exatamente em tal ponto, nasce uma grande celeuma da doutrina, nomeadamente quanto ao ressarcimento do sinal ser de forma singela adicionada ao valor da diferença da coisa (art. 106º da CIRE e suas remissões) ou a devolução dobrada (art. 442, nº2 do CC).

Vale dizer que aqui não estamos a interpretar o teor que determina ser a eficácia real ou obrigacional. A questão somente se foca em saber se, diante da recusa do AJ (se o AJ optar pelo cumprimento do CPCV celebrasse o contrato e encerra-se qualquer discussão), o sinal é devolvido em dobro ou de forma simples com adição da diferença do valor da coisa e, para tanto, analisa se existe lacuna legal (e caso positivo - como será seu preenchimento), se existe ilicitude na negativa de cumprir o CPCV e se a "imputabilidade reflexa" é válida ou não.

O caso é disposto no nº2 do art. 106º do CIRE, que faz remissão ao nº5 do art. 104º, que faz outra remissão, agora para o nº3 do art. 102º, todos da referida Norma que *d. m. v.,* em uma técnica legislativa criticável[310], resolveu fazer uma sucessão de remissões que em nada facilitam a compreensão.

Portanto, o art. 106º nº2 determina que:

---

[307] "I – O contrato promessa a que se referem os artºs 410º e segs., 441º, 442º e 830º do CC é, em princípio, um contrato de eficácia obrigacional, o mesmo é dizer que só produz efeitos entre as partes e seus herdeiros" Acórdão da Relação de Coimbra Processo nº2658/06.8 TBLRA.C1 de 14/09/2010

[308] Varela, Antunes in "Das Obrigações em geral", 9ª ed., vol. I, pág. 317 e segs.; Abel Pereira Delgado, in "Do Contrato Promessa", 1978, págs 29/30

[309] Vasconselos

[310] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 238. A qualifica como: "sinuosa ou, às fls. 234 como "muito pouca clara"

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

Já o referido nº5 do art. 104 dispõe que:

> "5 - Os efeitos da recusa de cumprimento pelo administrador, quando admissível, são os previstos no n.º 3 do artigo 102.º, entendendo-se que o direito consignado na respectiva alínea c) tem por objecto o pagamento, como crédito sobre a insolvência, da diferença, se positiva, entre o montante das prestações ou rendas previstas até final do contrato, actualizadas para a data da declaração de insolvência por aplicação do estabelecido no n.º 2 do artigo 91.º, e o valor da coisa na data da recusa, se a outra parte for o vendedor ou locador, ou da diferença, se positiva, entre este último valor e aquele montante, caso ela seja o comprador ou o locatário"

No que se refere ao nº acima, é somente para considerar a sua primeira parte que determina a recusa, quando admissível, importará no pagamento através de crédito na insolvência e na aplicação da alínea c) do nº03 do art. 102º, que deve obedecer à regra do vencimento antecipado estabelecida no art. 91º.

> "3 - Recusado o cumprimento pelo administrador da insolvência, e sem prejuízo do direito à separação da coisa, se for o caso:
> (...) *omissis*
> c) A outra parte tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada;"

O preceito civilista estabelece que em caso de mora do promitente vendedor, deve ser notificado e, caso não cumpra o CPCV, deve devolver em dobro o sinal, na forma do art. 442º, nº2 do CC que determina:

> "2 - Se quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente a faculdade de fazer sua a coisa entregue; se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou, ou, se houve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o seu valor, ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago."

A divergência doutrinária e jurisprudencial traz alguns pontos, tais como, se existe ou não lacuna no CIRE quanto a devolução do sinal e, caso existindo, como ela será preenchida. Portanto, admitida a lacuna, o regime do sinal determinado no CC é aplicável

aos promitentes vendedores que entrarão em insolvência ou se lhes é aplicável norma mais favorável, ou melhor a interpretação atinge à protecção do promitente-comprador ou da empresa insolvente.

Portanto, a doutrina debate alguns pontos, uns de mais de fácil entendimento e outros não, que vão desde saber se existe culpa e se existe ilicitude, até descortinar se estamos diante de uma lacuna e como seria o seu preenchimento, bem como a coerência e igualdade quando o AJ recusa o cumprimento do CPCV.

Pode-se dizer que um dos fundamentos reside em saber se a recusa é dotada de legalidade ou ilegalidade. Catarina Serra[311] e Nuno Oliveira[312] defendem que a recusa será lícita, uma vez que o CIRE impõe a faculdade ao administrador, sendo que tal posição é corroborada pelo Dr. José Carlos Brandão Proença[313], que afirma ser o ato "absolutamente lícito", mas, no entanto, tal posição é rechaçada por Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão[314] que afirma: " a recusa será sempre ilícita quando existir a tradição" e que a dobra teria que ser respeitada.

Neste ponto Catarina Serra sustenta que a devolução em dobro dependerá de 3 requisitos e que eles não estarão presentes neste caso. Vejamos[315]:

> "A actuação do direito ao sinal em dobro pressupõe três coisas: primeiro, que o devedor não cumpra; segundo, que o não cumprimento seja ilícito; terceiro, que o não cumprimento ilícito seja imputável ao devedor, por ter sido causado com culpa. Ora existindo um direito potestativo de recusa de cumprimento do contrato-promessa (...), não existe um dever de cumprir, não existindo o dever de cumprir, não há ilicitude e não há culpa, faltando, pois no caso de o cumprimento ser efetivamente recusado pelo administrador da insolvência, a imputabilidade do não cumprimento ao promitente-vendedor e, consequentemente, um dos factos constitutivos do direito do promitente comprador"

Catarina prossegue com o seu ponto de vista dizendo que de facto existe uma lacuna, mas que ela não deve ser preenchida pelo regime do CC[316]:

---

[311] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.236.

[312] Oliveira, Nuno Manuel Pinto e Serra, Catarina, Insolvência e Contrato de Promessa, Ordem dos Advogados, fls.06, trazem um tópico intitulado "3.2. O Promitente-adquirente não tem direito à restituição do sinal em dobro", onde lançam às fls. 07: "Como o problema se põe, tão-só, quando o insolvente seja o promitente-alienante, pode reformular-se a pergunta: o direito potestativo de recusa do cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência será compatível com a atribuição ao promissário-comprador do direito de exigir o sinal em dobro?
Tudo indica que não: primeiro, porque o direito em causa conflituaria com o regime do sinal-confirmatório (...); segundo, porque o direito conflituaria com o regime dos arts. 102º e 118º o CIre, como resulta do seu art. 119º"

[313] Citado por Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.239.

[314] Citado por Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.239.

[315] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.236.

[316] Idem acima, fls. 237.

> "O caso tem de configurar-se como uma lacuna, sendo razoável aplicar-se aqui o princípio de que a contraparte tem direito não só a diferença de valor entre as prestações como à restituição em valor daquilo que prestou. Se não se integrasse essa lacuna por aplicação do art. 102º, nº3, c, sempre se atingiria o mesmo resultado por aplicação do princípio geral do enriquecimento sem causa, consagrado no art. 473 do CC, particularmente em seu nº2"

Destarte, resumidamente, Cataria Serra argumenta que existe uma lacuna e que ela deve ser preenchida com a aplicação da norma do art. 102º, nº3, alínea "c" e caso assim não ocorra, haverá enriquecimento ilícito, uma vez que o ressarcimento em dobro pressupõe, entre outros, a ilicitude na negativa do promitente vendedor, condição essa que ela afirma não estar presente, conforme o enxerto supra referido.

Sobre as lições de tal A é de se comentar que ela afasta a norma civil para a devolução em dobro e a presunção de culpa, para, posteriormente, a utilizar na parte que se refere ao enriquecimento ilícito, que é um princípio geral de direito das obrigações, portanto é de dissecar o pensamento da referida A em que ela enceta a utilização de uma regra geral de direito das obrigações para impedir o ressarcimento em dobro e afasta previsão legal que goza do princípio da especialidade.

Assim, ela afasta o Código Civil no que se refere a presunção de culpa e a devolução do sinal, todavia estabelece que o Código Civil deve ser utilizado para impedir o suposto enriquecimento ilícito, no entanto, é de se perceber que nada haverá de ilícito na dobra do sinal, afinal está prevista nos referidos artigos.

Tanto, o artigo que afasta o enriquecimento sem causa (art. 473 do CC) como o que impõe a devolução em dobro estão localizados nos direitos das obrigações, sendo aquele um princípio geral e o outro aplicável especialmente ao CPCV (princípio da especialidade), sendo bem difícil defender a utilização de um sem o outro, ainda mais após assumir a existência de lacuna.

Neste sentido é ainda de alinhar que para uma obrigação contratual sofrer a pecha de ilícita ele deve ferir frontalmente um dos deveres contratuais ou a norma legal, bem como haver uma declaração do Tribunal que assim determine.

Gisela César[317] desnuda as várias posições doutrinárias, fazendo o cotejo entre as lições de vários renomados autores, trazendo a posição de Gravato e de Vasconselos, onde ambos concluem pelo direito ao ressarcimento com a dobra, mas com fundamentações

317 César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, Fls. 176 e seguintes.

diversas e, por outro lado, a referida A. também descortina os argumentos contrários, um deles o de Catarina Serra já acima referido.

Gravato determina que a empresa insolvente é culpada pelo estado das suas finanças e que a insolvência não pode afastar a sua culpa, e assim utiliza o artigo 799º do CC, bem como a teoria da imputabilidade reflexa, concluindo que existe culpa e que o CPCV não cumpre o seu fim por factos imputáveis ao insolvente[318]:

> "o incumprimento definitivo da promessa resulta de uma situação de impossibilidade que não se pode considerar estranha à esfera do promitente-vendedor da gestão do seu patrimônio (...). Mas, em última instância ou reflexamente, deve considerar-se que o insolvente, aqui promitente vendedor, deu causa à insolvência"

Portanto, neste ponto verifica-se que os Autores têm argumentos em rota de colisão, pois ambos afirmam o oposto do outro. Gravato sustenta culpa enquanto que Catarina ao contrário, contradição essa que se repete quando avaliámos a sustentação de Leitão e Catarina no que concerne, respectivamente, à ilicitude ou licitude na falta de realização do contrato final.

Ponto curioso é verificar a opinião de Vasconselos que afasta a princípio a ocorrência da culpa[319], mas chega a conclusão final com o mesmo efeito da de Gravato e Leitão, ou seja, que o regime do sinal deve ser aplicado, conforme se verá mais adiante. Portanto, Vasconselos concorda com Catarina e Nuno sobre a falta de culpa, todavia, não leva tal ponto ao efeito de afastar o regime de sinal.

Mas tendo falado sobre a "imputabilidade reflexa"[320], para concluir que a culpa atinge à empresa é de eriçar que existem muitas decisões contraditórias, portanto temos acórdãos conflitantes em tal ponto, mas de facto o artigo 799º do CC impõe que o devedor é culpado por sua mora e a sua culpa presumida, o que somente será ilidido caso prova em contrário:

> "Art. 799º- Presunção de culpa e apreciação desta:

---

318 Referido por César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

319 Vasconselos, Miguel Pestana; O regime insolvencial do contrato-promessa de compra e venda, Revista de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 68: "Não se pode dizer que, em última instância, a insolvência decorre de um comportamento do insolvente e, nessa medida, lhe é imputável. (...)
Depois, porque a insolvência na generalidade das vezes nem sequer será imputável ao devedor, sendo antes fortuita, resultante de alterações da concorrência, de preços, de mercado condições económicas gerais (...)"

320 César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 222. A imputabilidade reflexa é rechaçada de forma veemente quando ela afirma: "Rejeitamos, pelas razões já expostas, a tese da "imputabilidade reflexa" e a aplicação do art. 442º, nº2 do CC aos casos de recusa (...)".

> 1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.
> 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil."

Ele (Gravato) prossegue argumentando que o regime da teoria da diferença disposto no 104º, nº 5 do CIRE não é a solução adequada, pois atribui um crédito inferior ao do regime civilístico e outros motivos, assim resumidos por Gisela[321]:

> "O A. argumenta que esta segunda solução não é adequada, não só pelo facto de, por via da mesma, ser atribuído ao promitente-comprador um crédito substancialmente inferior ao que resultará da aplicação do regime civilístico, mas principalmente por duas ordens de razões: porque o critério constante no art. 104º, nº5, se destina a contratos em que não houve entrega da coisa ao comprador ou ao locatário financeiro, pelo que não será congruente aplica-lo ao contrato-promessa obrigacional sinalizado em que houve tradição da coisa"

Vasconselos inicia seus argumentos alegando que a aplicação do CIRE seria o correto, mas só superficialmente[322] ocorreria de tal forma e passa a discorrer sobre três pontos que determina essências que são ligados coerência[323]:

> "Em primeiro lugar dita a coerência interna da própria figura que, se a disciplina da recusa de cumprimento por parte do administrador, sendo insolvente o promitente comprador, se reger pelo regime do sinal (aqui a sua perde definitiva, no caso concreto, pela própria massa), o mesmo deve suceder na hipótese inversa, ou seja, se o insolvente for o promitente-vendedor.
> Ou o regime do sinal se aplica aos dois casos ou não se aplica a nenhum, e já vimos que é justamente pelo regime do sinal, isto é, pela sua perda definitiva pelo insolvente e, portanto, pela massa, que se rege a recusa de cumprimento pelo administrador na insolvência do promitente comprador.
> É que a "bilateralidade ou reciprocidade" (Antunes Varela) de efeitos (...) faz parte do mecanismo de funcionamento da própria figura (...). Por isso, não se pode manter parte dos seus efeitos – a perda do sinal -, sem, no caso contrário, o mesmo facto (...) ter os efeitos moldados igualmente pelo regime do sinal, a qui a restituição em dobro.
> Em segundo lugar, não se aplicando o regime da promessa sinalizada idêntico ao do art. 442º a este caso, entraríamos numa clara contradição valorativa entre a disciplina do contrato-promessa na insolvência do promitente-comprador, fortemente protetora do seu desenho, como se viu, do promitente-vendedor e o regime do mesmo contrato na insolvência deste último em que desprotegia o promitente-comprador, com a agravante de ser este, em regra, o mais carente de tutela."

[321] Idem acima, fls 177 e 178.
[322] Vasconselos, Miguel Pestana; O regime insolvencial do contrato-promessa de compra e venda, Revista de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 65: "Só superficialmente, porém, é assim. De forma paralela ao caso de insolvência do promitente-vendedor, o art. 106º, nº2, do CIRE só se aplica ao contrato-promessa não sinalizado."
[323] Vasconselos, Miguel Pestana; O regime insolvencial do contrato-promessa de compra e venda, Revista de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 65

Gisela[324] traz tal lição acima em seu livro e afirma que "Luís Miguel Pestana de Vasconcelos sustenta igualmente (...) que o art. 106º, nº2, deve ser interpretado restritivamente no sentido de não se aplicar às promessas sinalizadas no caso de insolvência do promitente vendedor (...)", o que faz à mercê dos dois fundamentos acima referidos, que acabam por ser diversos dos tecidos por Gravato, mas que chegam ao mesmo fim.

Os argumentos determinam que se aplicação não for a do regime civilista, acabará por haver grande afronta à igualdade, mas Luís Miguel P. de Vasconcelos, no seu segundo fundamento, expõe que a coerência reforçará aplicação do CC e que o regime do sinal tem como caraterística ser "bastante protetor do promitente-comprador", sendo certo que Gisela César[325] repercute tal fundamento em seu livro, no que pese sua discordância:

> "O segundo fundamento apontado por Luís Miguel Pestana de Vasconcelos relaciona-se com o regime do sinal, que é bastante protetor do promitente-comprador, tendo este direito ao sinal em dobro, sem necessidade de prova dos danos sofridos; não compreende o A. porque motivo o promitente-comprador contraparte do insolvente não há que ser merecedor do mesmo grau de tutela conferido ao promitente-comprador contraparte do solvente. A seu ver "as linhas valorativas retiradas do regime do contrato-promessa sinalizado (...) exigem, por razões de coerência, a sua aplicação onde esse regime de tutela é especialmente necessário.
> Alega o A que se não se aplicasse a este caso o regime previsto no art. 442º, nº2, "entraríamos numa clara contradição valorativa" entre o regime insolvencial do contrato-promessa e o regime geral, desprotegendo o promitente-comprador, a parte mais fraca, não encontrando o A. nenhuma razão que justifique a não aplicação deste mecanismo de tutela na insolvência".326

Catarina, como já referido, sustenta haver uma lacuna, mas repugna a ideia da aplicação do referido 442º, nº 2, e determina em sua lição que "não havendo lugar à aplicação do art. 442, nº2 do CC fica precluído a aplicação do art. 755, nº1, al. F do CC", pois argumenta que mesmo se houvesse a *traditio*, iria sempre faltar a imputabilidade de uma conduta omissiva à outra parte:

> "mesmo quando houvesse tradição da coisa ficaria sempre a faltar outro requisito imposto pela norma – de o crédito garantido pelo direito de retenção resultar do "não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442º"

[324] Idem acima, fls 179/180 e 181, referindo Luís Miguel Pestana de Vasconcelos "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", cit., p. 15 e "o Regime insolvencial do contrato promessa de compra e venda", cit p. 66.
[325] Idem acima, fls 180.
[326] Idem acima.

Da mesma forma, Gisela conclui:

> "Acresce que, no nosso entendimento, o promitente-comprador terá direito à restituição do sinal, isto é, ao valor do sinal em singelo, como crédito, sobre a massa (...)"[327]

Interessante é determinar que Gisela[328], Catarina e Gravato concordam na omissão da norma e a sua lacuna, mas estes tornam-se dissonantes quanto à interpretação e a solução final, enquanto outros Autores alinham com a solução de cada um, mas determinam que não existe lacuna.

A posição é a de Nuno Oliveira é bem próxima a de Catarina e determina alguns pontos para a não aplicação do artigo 442 do Código Civil:

> "a recusa de cumprimento do contrato-promessa prevista no art. 102º do Código da Insolvência não é um "não cumprimento" no sentido do art. 442º do CC; em segundo lugar, ainda que a recusa de cumprimento fosse um "não cumprimento" no sentido do art. 442º, nunca seria um "não cumprimento imputável ao promitente-vendedor", no sentido do art. 442º (...); em terceiro lugar, ainda que a recusa de cumprimento fosse um não cumprimento imputável ao promitente –vendedor no sentido do art. 442º (...), nunca o promitente comprador teria o direito subjectivo propropriamente dito à restituição do sinal em dobro, por causa do disposto (inequivocamente) no art. 119º, nº1, do CIRE"[329]

Portanto, Gisela, Nuno, Catarina, Vasconselos[330] e outros defendem que a recusa não pode ser imputada ao promitente-vendedor, e Gisela separa a pessoa do AJ da empresa[331], mas o signatário do presente trabalho crê que a posição de Gravato guarda a melhor solução.

Dentro de tal ponto, é de se dizer que não existe meios de separar a conduta do AJ da empresa, estando ela ou não em insolvência, e se o AJ desempenha a sua função sem anuência da insolvente foi ela que motivou tal facto, portanto existe um elo indissociável

---

[327] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 238.

[328] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 234: "Quando ao fundamento jurídico deste direito à restituição do sinal prestado, concordamos com o entendimento de Nuno Manuel Pinto de Oliveira e Catarina Serra, no sentido que existe uma lacuna na lei insolvencial, que nada prevê relativamente ao sinal e à sua eventual restituição". Aqui pode-se observar que a A se referiu sem dúvida a última obra de Nuno Manuel P. Oliveira.

[329] Oliveira, Nuno Manuel Pinto; Com mais irreflexão que culpa?; Cadernos de Direito Privado, fls. 03.

[330] Como já exposto Vasconselos não admite a culpa da empresa ou do AJ, mas não considera tal item essencial para a aplicação do regime do sinal.

[331] César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 222: "Quem não cumpre, porque recusa o cumprimento, é o administrador, e não o próprio insolvente, e este ato de recusa não é de modo algum imputável ao promitente-vendedor insolvente"

entre o descontrolo da empresa (somente imputável a empresa) e o decreto de insolvência que determina o AJ.

O decreto de insolvência e toda a situação financeira que o precede não pode, de uma hora para outra, tornarem-se estranha a empresa ao ponto de se determinar que não existe culpa e que ela não motivou o decreto insolvencial.

Com todas as *venias* ao excelentíssimo referido A (Nuno) que, diga-se de passagem, tem uma obra admirável sobre o assunto e teve os seus argumentos seguidos em diversas decisões e ocasiões, é de se dizer que alguns fundamentos, da passagem acima colacionada, parecem não ter tanto sustentáculo, vejamos.

Ao afirmar que a aplicação do art. 119º, nº1 do CIRE implicaria impedir inequivocamente a restituição em dobro, ele acaba por afirmar que a norma veda a interpretação, no entanto, não parece que a norma imperativa tenha tal desiderato, visto que afinal ela tem o carácter de impedir a "convenção das partes" anule o limite da norma, sendo dirigido à vedação de conteúdo da cláusula contratual, mas nada diz sobre interpretação da norma.

Caso a norma imperativa tivesse o fim de impedir que os artigos antecedentes fossem interpretados ela teria que determinar de tal forma, pois novamente com todas as *venias* de praxe, o referido A está a interpretar o referido artigo de forma extensiva, mas impedindo que outros façam da mesma forma, só que em sentido diverso.

O nº1 do art. 119 não impede a restituição em dobro, apenas determina que os promitentes contratantes não podem alinhar cláusula que limite o alcance dos artigos antecedentes, assim, a limitação atinge as pessoas contratantes e o teor dos artigos, todavia, como já visto, até mesmo Catarina (que alinha com o referido A sobre a impossibilidade da devolução em dobro) determina em suas lições que existe lacuna e, assim, deve haver interpretação.

Não é demais alinhar que o mesmo A. noutra obra mais recente, faz interpretação e determina a aplicação de outras normas civis ao caso acima alinhado, portanto, parece também aderir à hipótese de lacuna no texto normativo quando afirma "deverá procura-se em lugares menos evidentes o por exemplo no princípio geral do enriquecimento sem causa"[332].

Gisela Cesar ainda refere outros autores que discordam dos argumentos de Catarina e Gravato, mas acabam por alinhar na solução que determina não haver direito a dobra e,

[332] Referido por César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 186.

sim, a devolução simples e ao cálculo da diferença do valor na data da promessa e na data da recusa[333].

Com todas as *venias* aos autores referidos, todos eles possuem argumentos valorosos que possuem alicerces sólidos, todavia, quando baseamos o CPCV sobre a plataforma contratual, onde as premissas mais comezinhas são a igualdade, a coerência, a equivalência e o equilíbrio, parece que a posição do ressarcimento em dobro ou é aplicável a todos ou a nenhum, pois caso assim não fosse feriria a isonomia constitucional.

Deve-se ainda determinar que o princípio da equidade norteia sempre tais relações e para ele ser atingido deve-se sopesar a desigualdade, o que no caso concreto nunca levará a balança a desfavorecer o promitente comprador, visto o facto da vendedora ter a obrigação de conhecer a sua saúde financeira, bem como, via de regra, ser sempre uma parte com mais pujança e capacidade (técnica, jurídica e informacional).

Portanto, a igualdade deve ser avaliada com um pouco mais de profundidade e vale lembrar que a equidade se baseia em balancear as forças das partes para torná-las iguais, mas no caso de uma empresa, mesmo em insolvência, esta não será mais fraca que um consumidor ou até mesmo que um comprador profissional.

Ainda emerge outra questão relacionada à igualdade em conjunto com o sinal. Caso fosse o promitente-comprador a ter sua insolvência decretada, ele perderia o valor em favor do promitente-vendedor e a regra do artigo 442, nº2, do CC, teria o respaldo do CIRE.

E neste ponto vale ressaltar todo o já descrito no capítulo 3.4 onde são trazidos os motivos de salvaguarda do consumidor, visto ser a pessoa menos preparada e sua debilidade econômica frente uma empresa.

As dúvidas são ululantes quanto o modo da devolução, e para uniformizar a jurisprudência foi proferido pelo STJ um acórdão (Uniformização de Jurisprudência[334] nº04), onde é separado a figura do consumidor para a do profissional, afirmando em suma que se fosse consumidor existiria a recusa ilícita e o dever de indemnizar em dobro, numa

[333] Referido por César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 187 "Por seu turno, Ana Prata, Jorge Morais e Rui Simões, apesar de não concordarem com a solução legal para os casos de contratos-promessas de compra e venda em que o insolvente é o promitente-vendedor e falta um dos requisitos do nº1 do art. 106 (...), não tem dúvidas que o valor da indeminização a que o promitente-comprador tem direito, nestes casos, está limitado, por expressa remissão do nº2 do 10º para o nº5 do art. 104 e que, sendo a a recusa de cumprimento um ato ilícito, está afastada a aplicabilidade do art. 442º, nº2 e 3, do CC (...)"

[334] O efeito deste recurso não é vinculativo, mas altamente persuasivo, trazendo pretendida previsibilidade das decisões, o que determinam maior segurança jurídica e uma interpretação razoavelmente uniforme.

interpretação à Lei que vem sendo apelidada de curiosa por alguns autores e por outros é tida como um "malabarismo interpretativo"[335], ante uma preocupação humanitária[336].

Com todas as dissonâncias doutrinárias que até mesmo para chegar a um fim comum discordam dos argumentos, não é surpreendente que a decisão sofra críticas, todavia ela deve ser aplicada para tornar o sistema hígido e impedir a instalação de um sistema incerto e inseguro, quase esquizofrénico, onde a cada momento se tem uma interpretação:

> "a obediência aos precedentes e a uniformização de jurisprudência prestam-se a concretizar a segurança jurídica, garantido previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situação semelhantes (...). Casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de se instaurar um estado de incerteza (...)"337

Facto é que tal uniformização da jurisprudência vem sendo utilizada em novos julgamentos e, assim, o consumidor tem direito ao sinal em dobro em tais casos, não sendo demais repisar que a qualidade do consumidor passou a ser um elemento constitutivo do direito de retenção, o que será alinhado no próximo capítulo.

[335] Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.241.
[336] Leitão, Adelaide Menezes, citada por Catarina, Serra; Lições de Direito da Insolvência, Almedina, fls.241.
[337] Didier, Cunha e Cunha, Leonardo Carneiro; Curso de Direito Processual Civil, Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais, 15ª edição, JusPudivm, Fls. 455

6.3- Quando existir direito de retenção:

O direito de retenção foi devidamente explicitado no item 3.3.2 do presente trabalho, onde tal instituto de direito civil restou definido, sendo também trazida sua previsão legal, bem como, expostos os seus requisitos e identificada a sua ligação com o presente trabalho, especialmente do fato jurídico do promitente comprador utilizar tal direito para acender a hipótese de receber seu crédito com maior facilidade.

Sobre tal aspeto imperioso determinar que o direito real da retenção faz com que o credor ascenda a hipótese de ter seu pagamento como prioritário, sendo seu crédito classificado com uma dívida sobre a massa[338].

Portanto a dúvida que surge é se será assegurado ao promitente comprador o direito de retenção no recebimento do seu crédito, para tanto, parte-se duas premissas objetivas (existe um CPCV e a entrega do imóvel foi realizada); e outra subjetiva (que seria saber o facto que impediu a escritura definitiva é imputável a contraparte).

Caso haja impossibilidade de escritura definitiva em virtude de fato imputável ao promitente vendedor será assegurado o direito de retenção ao promitente comprador, portanto, verifica-se novamente a questão da imputabilidade reflexa.

Então os que gozam do direito de retenção são, consoante a alínea "f" do artigo 755 do CC, "O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º".

Como dito, novamente a condição que se impõe é saber se o incumprimento pode ser imputável a contraparte ou não, portanto todo o alinhado no capítulo anterior é aqui aplicável, ou melhor, a questão relacionada a dobra na devolução do sinal e se existe direito de retenção, baseiam-se em determinar se o incumprimento é imputável ou não ao devedor.

Toda a discussão que emerge é novamente saber se a recusa será lícita ou não, e, consequentemente, temos o debate sobre a imputabilidade reflexa, o que não será repisado por ser desnecessário, afinal tal ponto já foi trazido sobre diversas óticas e também restará verificado através da análise do AUJ 04/2014.

338

Mas, é de se dizer que se a resposta for positiva (que é aplicável a imputabilidade reflexa) que o crédito do promitente comprador estará assistido pelo direito de retenção e, portanto, mesmo que não esteja assistido pelo direito real de cumprimento de contrato, ele se verá em uma posição jurídica que lhe retira do fim da fila de credores e lhe assegura o recebimento do ressarcimento, conforme a jurisprudência vem decidindo após o AUJ nº04/2014.

Como a questão novamente desagua na aplicação da imputabilidade reflexa a doutrina se confronta. Gravato, Vasconcelos e Leitão, cerram fileiras a favor do direito de retenção. Tendo Leitão[339] afirmado que havendo a tradição deve ser reconhecido o direito de retenção e Vasconselos restringido a hipótese ao consumidor, o que foi acolhido no AUJ nº4/2014 e parece estar em vias de ser estendido, devido ao alargamento do conceito de consumidor.

Aos argumentos anteriores sobre a adoção da imputabilidade reflexa soma-se a do promitente comprador que adquiriu o bem, pagou parte do preço e reside no local ter em regra já pagado o preço e, consequentemente, ter não só a expectativa de que o bem é seu, mas experimentar a sensação de ser proprietário da coisa, o que é inclusive é verificado pelos seus vizinhos, portanto a propriedade teria publicidade.

A tradição é um conceito que determina que a coisa móvel trocou de propriedade, sendo certo que transmissão somente ocorre com bens imóveis quando existe os registros pertinentes, todavia, o exercício da posse pelo promitente comprador acaba por fazer surgir alguns efeitos, entre eles, quando pago o preço, que o ocupante é o verdadeiro dono do local.

Vasconselos[340] ainda defende a aplicação do artigo 755 do CC, a contrário sensu, explica-se. Ele afirma que se a insolvência fosse do promitente comprador, o promitente vendedor ficaria com o sinal, portanto, a norma não pode ter aplicação somente em benefício sempre do vendedor e em detrimento do promitente comprador, sobe afronta do princípio da igualdade e total subversão da equidade.

---

[339] Referido por César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 191: "Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (Direito de Insolvência, ob. Ct., p. 190) também se pronuncia sobre esta questão, afirmando, de forma, para nós, um pouco enigmática, que "[n]o caso de existir tradição da coisa para o promitente-comprador, já não parece possível a recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência, devendo ser reconhecida no âmbito da graduação dos créditos a garantia do direito de retenção, prevista no art. 755º, nº1, al. F) CC"- ora, perguntamos nós: se o administrador da insolvência estiver obrigado ao cumprimento, fará sentido considerar um direito que garante o crédito resultante da recusa de cumprimento?"

[340] Novamente referido por César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 192 e 193.

Ora, se o promitente comprador vem a restar impossibilitado de efetuar a compra face sua insolvência ele perderá o valor do sinal, portanto, repita-se, o negócio não será celebrado por fato imputável somente a si e ele perderá o sinal. Neste caso ele será considerado culpado pelo negócio não ser finalizado, afinal, caso assim não fosse o promitente comprador teria de devolver o sinal.

Não é outro o sentido da primeira parte do nº2 do artigo 442, onde é determinado que o promitente vendedor poderá fazer seu o sinal quando o promitente comprador deixar de cumprir a sua obrigação por causa que lhe seja imputável[341].

Os argumentos de Vasconselos são férteis e Gisela faz um importante apanhado:

> "Assim, prossegue o A., importa apurar se efetivamente a lei concede este direito de retenção, parecendo, à primeira vista, que o direito só seria concedido fora do processo insolvencial (...).
> Todavia, considerando a teleologia da norma, centrada na tutela do consumidor, e recorrendo a "uma extensão, por maioria de razão, d[essa] opção valorativa", o A deteta a existência de lacuna, que, de seguida, preenche com a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador, nos termos do art. 755º, nº 1, al. F), do CC, face à recusa de cumprimento pelo administrador. Se o promitente-comprador for considerado um credor comum, "não se lhe está a impor a participação num conjunto global de sacrifícios repartidos de forma igualitária: está-se a coloca-lo naquela classe de credores que só é satisfeita depois de todas as outras (à exceção dos subordinados) e que suporta na generalidade dos casos de forma isolada quase todos os sacrifícios decorrentes da declaração de insolvência". A carência de tutela do promitente-comprador/consumidor "não existe só no caso de incumprimento imputável ao promitente alienante, mas verifica-se igualmente, ou melhor, verifica-se principalmente, na insolvência, face ao cade de recusa (lícita) de cumprimento pelo administrador"[342]

Sobre a lição acima é importante destacar que os princípios da insolvência, tal como, o *par conditium creditorum* foram devidamente expostos no presente trabalho, portanto, mais uma vez se verifica a importância do estudo dos princípios de direito insolvencial e civil, cuja aplicação ocorrem em simultâneo, bem como da figura do consumidor.

Inclusive, o referido A. é utilizado em recentes julgados que acabam por estender o conceito de consumidor e aplica-los à pessoas coletivas que na sua atividade profissional não comercializem o bem, conforme anotado no fim capítulo 3.4, amplificação essa que acaba ampliar o efeito no AUJ nº04/2014.

---

[341] Como já referido no ponto anterior "Ainda emerge outra questão relacionada à igualdade em conjunto com o sinal que é se o caso fosse do promitente-comprador entrar em insolvência ele perderia o valor em favor do promitente-vendedor e a regra do artigo 442, nº2, do CC, teria o respaldo do CIRE"
[342] Idem acima.

6.4- Quando a eficácia for real e o instrumento de concretização:

Como já exposto *ad nauseam* no capítulo 3.3 definir direito real é uma tarefa difícil, mas ao analisar as características impõe-se que a sua principal finalidade é assegurar a realização de um interesse, portanto, no caso do CPCV, a eficácia real tem o condão de obrigar o promitente vendedor de celebrar o negócio final[343].

Os requisitos para o CPCV ter a eficácia real cumprem o grande regulamento que se inicia no Art. 410º do CC:

> Artigo 410º:
> "1 - À convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa.
> 2 - Porém, a promessa respeitante à celebração de 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
> 3 - No caso de promessa respeitante 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, o documento referido no número anterior deve conter o reconhecimento presencial das assinaturas do promitente ou promitentes e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da respectiva licença de utilização ou de construção; contudo, o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte.
>
> Art. 413º do CC
> 1 - À promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, ou móveis sujeitos a registo, podem as partes atribuir eficácia real, mediante declaração expressa e inscrição no registo.
> 2 - Salvo o disposto em lei especial, deve constar de escritura pública ou de documento particular autenticado a promessa a que as partes atribuam eficácia real; porém, quando a lei não exija essa forma para o contrato prometido, é bastante documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato-promessa unilateral ou bilateral."

Pois bem, as formalidades do art. 410º do CC têm o fito de cercar o negócio de segurança jurídica, indicando o tratamento que deve ser dado ao documento que entabula o negócio jurídico, e o art. 413º do CC determina que tal contrato poderá ter eficácia real,

[343] Vasconselos, Miguel Pestana; O regime insolvencial do contrato-promessa de compra e venda, Revista de Direito da Insolvência, Almedina, fls. 60: "II. Deste modo, no contrato-promessa com eficácia real, sendo insolvente o promitente-vendedor e se tiver havido tradição da coisa, o administrador da insolvência não poderá recusar o cumprimento".

portanto o princípio da tipicidade (art. 1306º do CC- previsão em lei), também resta preenchido.

No entanto, o regulamento que determina os princípios de direito real ainda tem outras previsões para que determine o efeito *erga omnes*. Tal oponibilidade somente ocorre com o preenchimento dos princípios da publicidade e da prevalência, portanto, no que pese ser invocados pelos contratantes (CRP, nos Art. 04º, nº2), isso não é o suficiente para repercutir em terceiros.

A publicidade e a prevalência devem ser atingidas como o registo do CPCV no cartório pertinente, na forma do art. 47º do CRP que pode ser feita por declaração de um dos contratantes.

Quando a CPCV tiver eficácia real, ocorrerá um desvio da regra geral e o promitente comprador supostamente terá uma dualidade optativa, portanto a faculdade que era do AJ passa a ser da contraparte, todavia o CIRE no artigo 106º, nº1, adiciona o requisito da tradição, sendo que tal "restrição suplementar"[344] não existe noutra legislação, havendo críticas a tal ponto:

> "Em qualquer caso, repete-se , se se entende a referência à eficácia real, já não é perceptível a restrição suplementar de a coisa ter sido entregue ao promitente-comprador, pois o direito real deste não sofre modificação em função dessa entrega (...)"

Em alguns contratos com eficácia real, a coisa é entregue para garantir o pagamento da dívida, tal como no penhor, todavia, num contrato relacionado a um imóvel, onde a garantia real produz eficácia superior à *traditio* e a retenção, essa norma acaba por inverter a lógica de tal espécie de garantia.

A lógica admitida em CPCV com eficácia real é de determinar que o vendedor realizará a venda no momento pactuado, portanto muitas vezes o promitente comprador tem um espaço de tempo para conseguir realizar algum património e pagar o preço ou parte do preço do imóvel para, posteriormente, receber a chaves com a escritura definitiva.

344 Prata, Ana; Carvalho, Jorge Morais; Simões, Rui; Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado; 2013, Almedina, fls. 309.

Ana Prata[345] alerta que tal direito real tem também efeito em bens que pertençam à insolvente em outro local do território europeu, por força ao art. 5º, nº1 do Regulamento (CE) nº1346/2000:

> Artigo 5º
> Direitos reais de terceiros
> 1. A abertura do processo de insolvência não afecta os direitos reais de credores ou de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, quer sejam bens específicos, quer sejam conjuntos de bens indeterminados considerados como um todo, cuja composição pode sofrer alterações ao longo do tempo, pertencentes ao devedor e que, no momento da abertura do processo, se encontrem no território de outro Estado-Membro.

6.4.1- Execução Específica do art. 830º do Código Civil:

O não cumprimento do contrato-promessa de compra e venda encontra-se subordinado à disciplina geral sobre o incumprimento das obrigações, contudo encontram-se previstas na Lei especificidades a respeito do incumprimento do contrato-promessa: execução específica e a resolução do contrato-promessa.

O artigo 442º do CC traz em seu nº3, a possibilidade do credor optar pelo regime do sinal ou da execução específica, vejamos:

> "3 - 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; se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito, como se estabelece no número anterior, pode a outra parte opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no artigo 808.º"

O art. 830º do Código Civil determina que pertence ao promitente comprador o direito de obter uma sentença que supra a falta de manifestação de vontade do promitente vendedor que permanece em mora, portanto a sentença terá o efeito que o contrato de compra e venda produziria:

> "Forma requintada e refinada de execução específica, sem dúvida, é através dela que o tribunal se sub-roga ao promitente infiel e supre a falta de sua declaração negocial (...) proferindo sentença constitutiva (com um misto funcional declarativo-executivo) que produz os efeitos da declaração negocial do faltoso"[346]

---

[345] Idem acima

346 Silva, João Calvão da; Sinal e Contrato-Promessa, 12ª edição, Almedina, 241.

Lição interessante que em um parágrafo define muito bem a situação é a disposta na Revista Julgar, *on line*:

> "No contrato-promessa as partes obrigam-se a emitir determinada declaração negocial. Estamos assim perante uma obrigação de prestação de facto positivo, cujo regime geral se caracteriza pela circunstância de o direito ao cumprimento ter como garantia uma ação constitutiva – a execução específica, prevista e regulada no artigo 830.º do CC. Temos assim que: o promitente não cumpre o contrato-promessa? Não emite a declaração de vontade negocial correspondente ao contrato prometido? Então, o promissário pode propor uma ação de execução específica para conseguir uma sentença que substitua a declaração negocial do promitente faltoso, produzindo os seus efeitos."[347]

O A. vai ignorar discussão doutrinária acerca da imperatividade de tal norma ou se ela afronta a autonomia de vontade das partes, face crer ser desnecessário lidar com tais pontos.

A prática em tal ramo do direito demonstra que tal fato pode ser contornado preventivamente, pois pode o promitente comprador exigir que se estabeleça um procuração como cláusula contratual. Assim, os promitentes vendedores nomeiam pessoa da confiança da contraparte e, estando o preço pago esse procurador celebra o contrato final.

O Brasil possui norma idêntica - adjudicação compulsória, artigos 1417 e 1418[348] do Código Civil, que são imprescritíveis[349]. Resumidamente a doutrina estabelece que:

> "O promitente comprador tem o direito à aquisição do imóvel objeto de compromisso de compra e venda, após pagar todas as prestações nele previstas. Embora as normas específicas de direito real condicionem a aquisição compulsória pelo promitente comprador ao registro do instrumento no Registro de Imóveis e à inexistência de cláusula de arrependimento (CC, arts. 1.417 e 1.418), a regra geral de execução

---

[347] Pereira, Susana e Machado, Susana Sousa; Contrato-promessa com eficácia real – a execução específica e o regime da venda direta- Julgar *on line*
, fls. 09.

348 Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.
Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

[349] "1. Segunda a jurisprudência desta Corte, "tratando-se de direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de adjudicação compulsória, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo" (REsp n. 1.216.568/MG, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 29/9/2015). Incidência da Súmula n. 83/STJ.

> específica das obrigações inadimplidas (art. 475) garante-lhe igual prerrogativa mesmo na ausência de tais condições, quando demandar o promitente vendedor"[350]

A citação acima da doutrina brasileira é tecida por se amoldar perfeitamente na única hipótese do promitente-comprador, em um CPCV sem garantia real, ser assistido pela execução específica, hipótese que somente existirá quando o pagamento do preço da coisa já tiver sido efetuado *in totum* e a tradição já tiver sido efetuada. A proximidade das legislações faz com que decisões do STJ possam ser invocadas para elucidar a Lei do Brasil:

> Ac. do STJ de 20-10-2011 "No caso de existir tradição da coisa para o promitente-comprador, que já cumpriu, totalmente, a sua contra-prestação, a recusa do cumprimento do contrato-promessa, na hipótese de insolvência do promitente vendedor, por parte do administrador de insolvência, já se não afigura possível, independentemente de o contrato-promessa ter ou não eficácia real. A recusa de cumprimento dos contratos a que se refere o art. 102 n.º 1 do CIRE não exige declaração expressa, nem forma especial, aplicando-se-lhe os princípios dos artigos 217º e 219º do CC"

Nos demais casos, restará ao promitente-comprador habilitar seu crédito na massa insolvente, o que traz a vantagem do seu pagamento ser efetuado antes dos credores da insolvência de acordo com a previsão do art. 172º, nº1 do CIRE, neste aspecto vale acrescer que o crédito sobre a massa ocorrerá somente de valores devidos após a sentença que declara a insolvência.

[350] COELHO, Fabio Ulhoa; Curso de Direito Civil, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 315.

6.5- As questões colocadas no AUJ 04/2014:

Algumas questões debatidas no presente capítulo 6 foram decididas pelo Pleno do STJ em AUJ, entre elas, a figura do consumidor nos CPCV, a aplicação do regime do sinal, a imputabilidade reflexa, o direito de retenção e outros pontos.

É importante contextualizar o caso tratado no AUJ. Nele um promitente comprador de um CPCV com *traditio*[351], reclama crédito de uma sociedade insolvente e na sentença de graduação do crédito foi reconhecido o seu direito de retenção de unidades que eram garantidas por hipoteca, ocorre que a Relação deu procedência ao apelo da credora hipotecária determinando que o produto da venda de tais unidades se aproveitaria a tal credor hipotecário e o remanescente para a segurança social e, posteriormente, aos créditos comuns (onde o demandante – promitente comprador- deveria ser incluído).

Portanto, no caso concreto, o acórdão da Relação não reconhecia a imputabilidade reflexa, a lacuna legal e a aplicação do regime do sinal, bem como fazia a hipoteca preceder à retenção, portanto afastava a aplicação dos artigos do CC que tratam de algumas questões.

Vale acrescer dois pontos que antecederam o AUJ e chamam atenção, o primeiro, da Procuradoria Geral ter emitido parecer no sentido de que:

> "no âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador, ainda que com eficácia meramente obrigacional, com *traditio* que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador de insolvência, goza do direito de retenção nos termos do disposto nos artigo 755º nº 1 alínea f) do Código Civil, devendo o seu crédito ser graduado como privilegiado em confronto com o crédito hipotecário ainda que anterior- mente constituído".

[351] "A problemática explanada não obteve resposta uniforme das instâncias. Efetivamente a 1ª instância reconheceu ao crédito do reclamante António José Ribeiro Saraiva o "direito de retenção" e consequente prevalência perante o hipotecário; já a Relação, partindo do princípio de que estando em causa um crédito emergente de um contrato-
-promessa, sustenta que haverá que fazer, em sede geral, a destrinça consoante o contrato tenha eficácia real ou meramente obrigacional; tratando-se da primeira hipótese
— sendo pois a promessa oponível a terceiros, nos termos do artigo 413º nº 1 do Código Civil e se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador — o administrador da insolvência não poderá negar o cumpri- mento do contrato de harmonia com o estatuído no artigo 106º nº 1 do CIRE; caso contrário sujeitar-se-á às conse- quências previstas no artigo 104º nº 5 do mesmo Diploma Legal. **Na segunda hipótese — que é aliás a do caso *sub iudice* — estando em causa um contrato-promessa com eficácia apenas obrigacional em que o promitente-comprador obteve a tradição da coisa, o Acórdão que analisamos revogou o decidido em 1ª instância, propendendo para a prevalência da hipoteca face ao crédito do reclamante, conferindo assim na graduação de créditos prioridade ao direito da Caixa Geral de Depósitos**."" (GN)

Destarte, a PGR ofertou parecer[352] determinando que o consumidor com *traditio* deveria ser assegurado a retenção e, portanto teria prioridade no recebimento da devolução de valores, sendo seu crédito determinado como privilegiado.

O segundo ponto de que existe parecer juntado aos autos pelo credor hipotecário cujo os signatários são os Drs. "Nuno Manuel Pinto de Oliveira e Catarina Serra em abono da tese que defende. ", sendo certo que ambos há muito já defendiam a posição que adotaram em seus pareceres, sendo referida a opinião no v. acórdão quando se analisa a decisão guerreada, especialmente na aplicação do artigo 442 do CC, o que se verá mais afrente.

Ainda sobre a delimitação das questões que serão analisas o STJ determina:

> 2.1. O Direito.
> "Nos termos do preceituado nos arts.º 660º nº 2 e 684º nº 3 do Código de Processo Civil, e sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha, as conclusões da alegação de recurso delimitam os poderes de cognição deste Tribunal. Nesta conformidade e considerando também a natureza jurídica da matéria versada, cumpre focar os seguintes pontos:
>
> O direito de retenção e a hipoteca no âmbito do contrato--promessa. Enunciado e estado da problemática.
> Direito de retenção e hipoteca: razões de uma atribuição e consequente prevalência.
> O contrato-promessa de compra e venda de imóveis no âmbito do CIRE.
> Incumprimento.
> Análise crítica dos momentos mais relevantes da tese contrária.
> Implicações constitucionais desta problemática"

Sobre a questão do confronto da retenção com a hipoteca, o Relator inicialmente faz um resumo da questão e determina o conflito da jurisprudência para decidir a prevalência da retenção, conforme enxertos doravante colacionados que o ora A. acredita serem suficiente para elucidar a questão:

> "A Jurisprudência produzida sobre esta matéria mostra-se dividida, mau grado opte, maioritariamente, nestes casos pela concessão do "direito de retenção" e assim pela prevalência do crédito provido com tal direito sobre a hipoteca desde que haja tradição do objeto e ainda que o contrato tenha eficácia meramente obrigacional. Também a Doutrina não congrega unanimidade face à problemática em análise, registando-se até de alguns setores propensão para a prevalência da hipoteca excluindo o "direito de retenção" do promitente-comprador maxime quando o contrato-promessa não tem efeito real e ainda que tenha havido tradição da coisa que a que se reporta "
>
> "2.2.2- Direito de retenção e hipoteca; razões de uma atribuição e prevalência.
> O caso em análise.
> O "Direito de retenção" regulado nos artigos 754º ss do Código Civil "consiste na faculdade que o devedor de uma coisa possui de a não entregar enquanto não for pago do crédito que por sua vez lhe assiste" 3. Por seu turno a hipo- teca é também uma garantia real que concede aos credores o direito a serem pagos pelo valor de certos bens em regra imóveis do devedor, estando os seus créditos devidamente registados.

352 Consoante a previsão do Artigo 687º, nº1 do CPC: 1 - Determinado o julgamento pelas secções reunidas, o processo vai com vista ao Ministério Público, por 10 dias, para emissão de parecer sobre a questão que origina a necessidade de uniformização da jurisprudência.

(...)
A súmula das posições baliza a problemática cabendo optar por uma delas; e inclinando-nos pela concessão e consequente prevalência do "direito de retenção" face à hipoteca, procuraremos justificar essa tomada de posição, cotejando-a com a tese segundo a qual a hipoteca prefere ao crédito do reclamante.
O DL nº 236/80 de 18 de julho veio reforçar a posi- ção jurídica do promitente-comprador nomeadamente no âmbito das transações de imóveis para habitação, conferindo-lhe em caso de incumprimento da outra parte e em alternativa ao direito ao sinal em dobro, também o valor da coisa desde que a mesma lhe tivesse sido transmitida encontrando-se pois em seu poder. Tal desiderato surge corporizado na alteração então introduzida ao nº 2 do artigo 442º do Código Civil. Por seu turno, o DL 379/86 de 11-11, além de haver modificado o normativo em aná- lise veio ainda, coerentemente com tal alteração, elencar no âmbito dos titulares do "direito de retenção" a que reporta o artigo 755º do Código Civil, o do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição do direito sobre a coisa a que se reporta o contrato prometido, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte de harmonia com o artigo 442º (então modificado)
(...)"

Antes de chegar ao ponto da decisão o Relator analisa os argumentos das partes, de um lado a banca, trazendo aspetos sobre a publicidade das garantias (o que mereceu atenção em diversos momentos do capítulo 3), bem como ser o seu negócio demais oneroso e, no caso, da retenção superar a hipoteca serviria de motivação para que pessoas dotadas de má-fé[353] se prevalecem de expediente escuso para auferir lucro, não honrado com a dívida hipotecária.

Com todas as *venias* é de se dizer que realmente o caminho do ilícito civil para burlar à hipoteca pode ser buscado e que tal risco realmente a banca corre, valendo expor que a atividade bancária, por seu lucro exponencial realmente determina risco acrescido, todavia, os negócios jurídicos têm se basear em alguns princípios, como a probidade, a boa-fé, os fins econômicos e sociais, sendo certo que um contrato que vilipendie tudo isso deve ser anulado através da ação pauliana[354].

Portanto, mesmo considerando a validade de tal argumento é de determinar que ele não pode ser utilizado como uma regra geral e, como dito, o palco de debate será uma ação que vise a anulação do negócio, onde será debatida a existência de fraude. O banco ao tecer tal argumento deve imputar em cada processo a conduta lesiva da contraparte, pois a exposição do argumento de forma genérica perde força e, consequentemente o poder de convencimento.

---

[353] ""a injustiça de tal solução legal". Aduz em abono da sua tese, que à publicidade da hipoteca, materializada pelo respetivo registo, se contrapõe o cariz oculto do "direito de retenção", sendo de impossível previsão precisamente por não gozar da publicidade que necessariamente acompanha a primeira. Um processo negocial oneroso, maduramente ponderado, pode soçobrar perante um expediente oculto, havendo ainda a possibilidade de através dele se propiciarem situações de fraude ao titular da hipoteca, dificultando ou impedindo o res- petivo credor de ver pagos os seus créditos, já que, desde logo, este não pode impedir ulteriores vendas acordadas em termos que lhe podem ser intencionalmente lesivos"

[354] Medida jurídica promovida pelo credor face seu devedor e terceiro de má-fé com a intenção de anular negócio jurídico realizado em fraude contra credores.

Note-se, o argumento foi tecido em um processo que não existia a imputação de fraude ao devedor, portanto ao elucubrar uma conjectura factual que poderia genericamente ocorrer em um caso isolado, mas especificamente não ocorreu no caso *sub judice*, o banco acaba por convencer os julgadores ao contrário do que ele pretendia.

Tal fundamento pode até prevalecer em algum caso concreto (onde o credor hipotecário ataca um ato fraudulento), mas analisado com a devida atenção acabam superados, afinal não se pode, no atual momento social, admitir que todas pessoas que tenha celebrado um CPCV com *traditio* o tenham feito em burla ao credor do contrato anterior, restando decidido o seguinte:

> "Assim se compreende que a alínea f) do artigo 755º nº 1 seja entendida restritamente de molde a que se encontre a coberto da prevalência conferida pelo "direito de retenção" o promissário da transmissão de imóvel que obtendo a tradição da coisa seja simultaneamente um consumidor "

Grande parcela da doutrina se alinha a tal parte do *decisum*, sendo de se verificar as palavras de Calvão que ao comentar o confronto "Concessão generosa, sem dúvida, já que foi feita nos termos gerais, sem qualquer exceção, valendo por conseguinte, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registadas"[355].

Portanto, o AUJ decidiu no que se refere ao direito de retenção em confronto com a hipoteca, prevalecerá aquele com a condição de que o promitente comprador seja um consumidor, portanto, tal parte do *decisum* impacta no *par conditium creditorum*, face à protecção que observada em salvaguarda do consumidor, consoante explicação muito bem tecida por Gisela César[356] quando referência Luís Miguel Pestana de Vasconselos:

> "A fim de apurar se existe algum obstáculo à proteção do promitente-comprador através do direito de retenção (...), Luís Miguel P. de Vasconselos começa por tecer várias considerações sobre a posição dos credores, as garantias dos seus créditos e a constituição de garantias reais (...). (...) conclui que a insolvência não coloca os credores em idêntica posição (...) que o princípio da igualdade dos credores "existe simplesmente só dentro das diferentes (e são múltiplas) classe de credores e mesmo aí, só quando a lei não tenha estabelecido diferenciações"."

Tal condição determina que somente o consumidor no caso de insolvência do promitente vendedor poderá fazer uso da alínea f do nº1 do artigo 755 do CC, havendo

355 Silva, João Calvão da; Sinal e Contrato-Promessa, 12ª edição, Almedina, fls.181.

356 CÉSAR, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 192/193.

vários votos divergentes[357] no sentido de afastar tal limitador, bem como outros no sentido de não ser aplicável a retenção sob o argumento que o legislador excluiu o regime do sinal e, consequentemente, a aplicação da retenção[358], inclusive referindo precedente da mesma Corte[359].

Sobre o assunto vale acrescer que a jurisprudência ainda diverge[360], mas parece no caminho de alargar o conceito de consumidor, portanto em estender o entendimento para

357 Abrantes Geraldo sugere a exclusão do termo consumidor e sugere a redação: ""No âmbito da graduação de créditos em processo de insolvência, o crédito do promitente-comprador emergente de contrato-promessa, ainda que com eficácia meramente obrigacional, em que tenha havido tradição da coisa, goza do direito de retenção, nos termos previstos no art. 755º, nº 1, al. f), do CC".
Tendo ainda se manifestado da mesma forma os Meritíssimos Julgadores Salreta Pereira "Por estas razões manteria o segmento uniformizador do acórdão anulado e alteraria a respetiva fundamentação, conformando-a com a decisão de que o direito de retenção assiste a todo o promitente-comprador, com tradição da coisa"; Paulo Arínio de Oliveira e Sá "Assim e em conclusão, votaria o acórdão em apreço com a parte uniformizadora que reconhecesse o direito de retenção em causa sem a restrição de o respetivo titular ter de ser consumidor."

358 Daí o ser notório que o legislador quis ver excluído o regime do artigo 442.º do Código Civil nos contratos--promessa de compra e venda, ao contrário do que acon- tecia no diploma anterior.
Mas, e como acenei, o citado n.º 2 do artigo 106.º, do CIRE, com remissão em 2.º grau para o também citado artigo 102.º, estabelece um regime autónomo de regu- lação das consequências da recusa de cumprimento da promessa de contrato sem eficácia real, "maxime" quanto à indemnização, a tornar inaplicável o artigo 442.º do Código Civil.

359 Neste segmento acompanhamos o Acórdão do STJ de 14 de junho de 2011 —132/08.OTBBRG-J.G1.S1 de relato do M.º Conselheiro Fonseca Ramos onde se afirma: "Assim, não sendo aplicável na insolvência o artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil, desde logo não dispõe o promitente-comprador do direito de retenção nos termos do artigo 755.º, n.º 1, f) do Código Civil."

360 Ac. STJ uniformização jurisprudência n.º 4/2019, de 25 de julho: Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente-comprador que destina o imóvel, objeto de traditio, a uso particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afeta a uma atividade profissional ou lucrativa.

STJ 03.10.2017. Acórdão uniformizador de jurisprudência. Consumidor. Contrato-promessa de compra e venda. Direito de retenção. Graduação de créditos. Reclamação de créditos. I - O AUJ n.º 4/14, de 20-03-2014, não uniformizou o próprio conceito de consumidor. II - O conceito de consumidor não é unívoco, podendo, mesmo do ponto de vista do direito, serem-lhe atribuídos diferentes sentidos. III - No AUJ n.º 4/2014 encontram-se elementos que permitem concluir que o próprio não adoptou a concepção de consumidor intermédio, mas antes a de consumidor final, excluindo do conceito aquele que compra ou promete comprar com escopo de revenda. IV - Do conceito de ?consumidor? inserto no texto da uniformização só está excluído aquele que adquire o bem no exercício da sua actividade profissional de comerciante de imóveis. V - Agem como consumidores, na acepção de utilizadores finais, e não como profissionais do ramo imobiliário, os recorrentes que instalaram nas respectivas fracções que prometeram comprar uma agência de seguros e um salão de cabeleireiro

prevalência do regime acima, havendo a extensão de tal conceito[361] [362], o que acaba aproximando o entendimento dos de Leitão e Gravato.

361 Processo 1092/10.0TBLSD-G.P1.S1 de 16/02/2016, que é da Relatoria do E. Conselheiro Abrantes Geraldes cujo entendimento já havia esposado no julgamento do AUJ. Vejamos tal *decisum*:
"7. Para efeitos do Acórdão proferido em revista ampliada em 20.3.2014, no processo n.º 92/05.6TYVNG-M.P1.S1, deve ser considerado consumidor o promitente-comprador que, na fração prometida comprar, tem um estabelecimento de venda ao público de artigos para o lar, que explora através duma sua sociedade com sede na mesma fração.
(...)
18 .Resta a questão de o crédito reconhecido a este reclamante gozar ou não do direito de retenção sobre a fracção objecto do contrato-promessa.
Já transitou em julgado o Acórdão de 20.3.2014, proferido em Plenário das Secções Cíveis no qual, por maioria, se uniformizou jurisprudência nos seguintes termos:
No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no artigo 755.º, n.º1 alínea f) do Código Civil.
Os três subscritores do presente acórdão votaram ali vencidos, porque discordaram da inserção do consumidor. Ou seja, no seu modo de ver, o direito de retenção teria lugar mesmo que o promitente-comprador não fosse consumidor.
19 .O conceito de consumidor não é unívoco.
Em sentido *lato* consumidor será aquele que "adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional" (Calvão da Silva, A responsabilidade do Produtor, 58).
Em sentido estrito, não abrangerá a utilização para necessidades profissionais.
Dentro deste sentido estrito, ainda cremos poder distinguir aqueles casos em que a aquisição, posse ou utilização se insere na própria atividade profissional da pessoa, daqueles em que tais atos, ainda que visem satisfação de necessidades profissionais, não constituem elemento integrante daquela (v.g. a compra dum livro por um alfarrabista para o revender e a compra dum livro de direito para desempenho das suas funções por parte dum profissional do foro) (cfr-se, a este propósito, Carlos Ferreira de Almeida, Direito ao Consumo, 33).
A Lei n.º 24/96 define no artigo 2.º, n.º1, consumidor como "todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios."
Já o Decreto-Lei n.º24/2014, de 14.2 define consumidor, pare efeitos deste normativo, como "a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional".
Este Decreto-Lei transpôs a Diretiva n.º 2011/83/EU do Parlamento e do Conselho, de 25.10.2011, que, no artigo 2.º, define, para efeitos dela mesma:
"Consumidor: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;
Profissional: qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue, incluindo através de outra pessoa que actue em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.""

362 - Ac. STJ de 03.10.2017. Acórdão uniformizador de jurisprudência. Consumidor. Contrato-promessa de compra e venda. Direito de retenção. Graduação de créditos. Reclamação de créditos. I - O AUJ n.º 4/14, de 20-03-2014, não uniformizou o próprio conceito de consumidor. II - O conceito de consumidor não é unívoco, podendo, mesmo do ponto de vista do direito, serem-lhe atribuídos diferentes sentidos. III - No AUJ n.º 4/2014 encontram-se elementos que permitem concluir que o próprio não adoptou a concepção de consumidor intermédio, mas antes a de consumidor final, excluindo do conceito aquele que compra ou promete comprar com escopo de revenda. IV - Do conceito de consumidor inserto no texto da uniformização só está excluído aquele que adquire o bem no exercício da sua actividade profissional de comerciante de imóveis. V - Agem como consumidores, na acepção de utilizadores finais, e não como profissionais do ramo imobiliário, os recorrentes que instalaram nas respectivas fracções que prometeram comprar uma agência de seguros e um salão de cabeleireiro. GN

Não é demais dizer que o argumento tecido pelo Relator[363] se amolda a perfeição para pessoas que não são propriamente consumidoras ou que o conceito de consumidor seja abrangente, ainda mais quando ele traça um paralelo com a fragilidade do empregado face a empregadora insolvente. Assim se por um lado eles não são consumidores, face não serem usuários finais do bem com o fim de residir, por outro possuem todas as debilidades do consumidor.

Não se quer repetir ao já referido com receio de tornar o presente trabalho enfadonho, mas, sem dúvida é de bom alvitre repisar que tal questão passa pelos argumentos de Gravato Morais, enquanto limita-las aos consumidores é referida por Pestana de Vasconcelos.

Pois bem, verificado o teor da decisão no que concerne o consumidor ter o direito de retenção é de se alinhar que a tradição será suficiente para que ele ascenda tal instituto, sendo que o acórdão se refere a lacuna da norma, fato este asseverado por Catarina e Gravato (ambos transcritos anteriormente).

> "No entanto o artigo 106º supracitado não menciona a situação relativamente vulgar em que o contrato-promessa, mau grado de natureza obrigacional, foi acompanhado de tradição da coisa para o promitente-comprador; é também o caso que aqui analisamos. Dúvidas não há, que não se verificando a tradição da coisa e tendo o contrato efeito meramente obrigacional, ao administrador cabe ponderar e decidir pelo cumprimento ou não cumprimento do mesmo; isto só não sucede caso alguma das partes tenha cumprido na íntegra a sua obrigação e havendo incumprimento definitivo [13]. Contudo, havendo tradição da coisa, a norma não esclarece qual a consequência daí resultante"

Seguindo a leitura do Acórdão verifica-se que o Relator aborda a questão do regime do sinal, onde em primeiro plano descreve a solução do Tribunal da Relação e dos pareceres para depois decidir:

> "O Tribunal da Relação opta, como vimos, por uma visão distinta desta problemática, com reflexos inerentes na solução a conferir-lhe
> (...)
> Corolário lógico desta argumentação seria assim o afastamento do âmbito do CIRE da aplicabilidade do ar- tigo 442º do Código Civil referente ao incumprimento do contrato promessa; a cominação constante do nº 2 desse normativo está dependente da constatação de culpa da parte não cumpridora. Só que esta, com a declaração de

363 — v. g. créditos de trabalhadores — que evidencia clara- mente uma ponderação de interesses em atenção à parte mais fraca no âmbito da relação contratual, o que implica necessariamente compressão de alguns direitos com vista à busca de uma solução mais equitativa; é o que sucede quanto à prevalência excecional do crédito emergente de contrato promessa ainda, que de natureza obrigacional, sobre a hipoteca, desde que se tenha verificado a tradição do respetivo objeto acompanhada pelo pagamento total ou parcial do preço [22]. Poder-se-á dizer, parafraseando um acórdão deste Supremo Tribunal [23], estarem assim presentes, na interpretação exposta das normas aplicadas, os critérios práticos da justa medida, razoabilidade e ade quação material ínsitos no princípio da proporcionalidade que temos vindo a comentar

> insolvência da Sociedade Construções Soicreba Lda. transmudou-se, não sendo já a entidade que era, estando agora representada pelo administrador. Tal modificação traria consigo a impossibilidade de responsabilizar aquela pelo incumprimento do contrato-promessa, uma vez que já não subsiste juridicamente. Em consequência não ha- veria direito do promitente-comprador ao dobro do sinal prestado, desaparecendo de igual forma o seu direito de retenção. O respetivo crédito iria assim figurar na gradu- ação com uma natureza meramente comum.
> A Doutrina expendida no Douto Parecer junto vem em reforço desta posição.
>
> Com o devido respeito, optamos pela solução contrária. Começaremos por referir que a norma do artigo 102º do CIRE acima transcrito se aplica, como se vê do próprio texto, "sem prejuízo do estatuído nos artigos seguintes", conferindo de certa forma autonomia ao estatuído no artigo 106º; e aqui a lei é expressa ao referir que "no caso de insolvência do promitente vendedor, o adminis- trador da insolvência não pode recusar o cumprimento se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador; a isto acresce que nada apontando, a nosso ver, para o facto de ter havido intuito de modificar com a entrada em vigor do CIRE a orientação legislativa ao nível das consequências de incumprimento da promessa do contrato e suprindo pelo recurso ao regime da compra e venda com reserva de propriedade, a omissão da regulamentação do contrato promessa com efeito obrigacional e tradição do objeto, ficará o nº 2 do artigo 106º aplicável apenas ao contrato promessa com efeito meramente obrigacional e em que não tenha havido aquela tradição ao promitente-comprador 17. Só aqui, e a menos que uma das partes tenha cumprido integralmente a sua obrigação, poderá o administrador optar por cumprir ou recusar a execução do contrato.

A questão da devolução do sinal em dobro ou não, passa obrigatoriamente em sabermos se existe ilicitude na recusa do AJ e, portanto se a teoria da imputabilidade reflexa[364] é aplicável, sendo a resposta positiva (o que de fato ocorreu) surge a obrigação da dobra, vejamos:

> "Não se aduza ainda, contra o entendimento exposto, que não há imputação de culpa a fazer em caso de insolvência porque com a declaração desta última, a relação jurídica existente, então reconfigurada, não a poderá comportar, já que ao insolvente se substitui e passa a figurar em juízo apenas a massa falida e o administrador; é para nós claro o cariz redutor deste entendimento; a insolvência não surge do nada, radicando antes e à partida no comporta- mento de uma entidade que se mostrou não ter cumprido as suas obrigações. Nestes casos já foi decidido e bem, neste Supremo Tribunal de Justiça 18, que se verifica uma imputabilidade reflexa considerando o comportamento da insolvente na origem do processo falimentar; acresce que, seria sempre a esta última que cumpriria afastar a culpa, que se presume, em matéria de responsabilidade civil contratual — artigo 799º nº 1 do Código Civil. Por último diremos que o artigo 97º do CIRE que se reporta à extinção de privilégios creditórios e garantias reais, com a declaração de insolvência, não enumera "o direito de retenção" no elenco dos extintos. Adiante-se ainda que, como bem salienta o recorrente, bastaria, caso contrário, que uma empresa promitente vendedora e incumpridora do contrato, se apresentasse à insolvência para evitar as consequências do incumprimento.
> Em suma concluímos que não sendo afetado o contrato-promessa, mantêm-se os efeitos do incumprimento a que se reporta o artigo 442º nº 2 do Código Civil."

Tendo sido acolhida a tese da imputabilidade reflexa se determina que a empresa deu azo a negativa ilícita de cumprimento contratual e estabelece que o regime do sinal deve

[364] Como já referido em alguns pontos do presente capítulo 6, Vasconselos, apesar de se filiar e ter o nome referido em diversos julgamentos que determinam o regime do sinal e a existência da retenção, alinha que não existe culpa.

ser levado à efeito, ou seja, o AJ deve ressarcir com a dobra, caso não queira prosseguir com a obrigação imposta no CPCV.

Em tal aspecto Gisela Cesar afirma não ter o acórdão descortinado se será o caso de devolução em singelo ou em dobro[365], todavia mesmo concordando que não resta estabelecido de forma peremptória é de se dizer que restou determinado a aplicação do artigo que traz o regime de sinal, motivo pelo qual deve ser a dobra estabelecida.

Vale dizer que a adoção da teoria da imputabilidade reflexa não é uma novidade. Como referido existia uma divergência na jurisprudência, mas a tese era aceita antes do referido AUJ e continua a ser aplicada[366].

O AUJ não foi unanime neste ponto. Divergindo do relator o Desembargador Fonseca Ramos, vejamos:

> "Não acompanho o trecho da fundamentação quando se afirma que, em relação ao promitente vendedor declarado insolvente, "se verifica uma imputabilidade reflexa" causal da insolvência, considerando o comportamento (ilícito) do promitente vendedor na origem reflexa do processo falimentar, porque, desde logo, a insolvência pode ter sido fortuita — arts. 185º e 189º, nº 1, do CIRE.
> Ligar o incumprimento do contrato promessa à opção (lícita) do administrador da insolvência em cumprir ou não cumprir o contrato em curso, contraria a opção potestativa daquele — art. 102º, nº 1 do CIRE — ope legis desligada da atuação do insolvente, não sendo tal opção compaginável com o disposto nos arts. 798º e 799º do Código Civil.
> A recusa do administrador da insolvência em executar o contrato promessa de compra e venda em curso de exe- cução, em que era promitente-vendedor o ora insolvente, não exprime incumprimento de tal contrato mas "reconfi- guração da relação", tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo aqui aplicável o normativo do art. 442º, nº 2, do Código Civil — "incumprimento imputável a uma das partes" — que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa, neste caso ficcionando que a parte que incumpre seria o administrador da insolvência na veste do promitente ora insolvente."

[365] CÉSAR, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, fls. 192/193.

[366] Processo 1204/14.4JVNI-BG1.S1:
INSOLVÊNCIA/ ADMINISTRADOR DE INSOLVÊNCIA/CONTRATO-PROMESSA DE COMPRA E VENDA/ BEM IMÓVEL/ RESOLUÇÃO DO NEGÓCIO/ DECLARAÇÃO EXPRESSA/ DECLARAÇÃO TÁCITA/ ACÓRDÃO UNIFORMIZADOR DE JURISPRUDÊNCIA/ PROMITENTE-COMPRADOR/ CONSUMIDOR/ TRADIÇÃO DA COISA/ DIREITO DE RETENÇÃO/ BENFEITORIAS ÚTEIS.
(...)
- que, quanto à imputação da culpa, a insolvência radica no comportamento de uma entidade que se mostrou não ter cumprido as suas obrigações, verificando-se uma imputabilidade reflexa considerando o comportamento da insolvente na origem do processo falimentar;
-que à insolvente cumpre afastar a culpa. que se presume. em matéria de responsabilidade civil contratual - artigo 799.º n.º 1 do Código Civil.
Assim sendo, forçoso se torna concluir que o incumprimento do referido contrato promessa de compra e venda e respectiva adenda é imputável à insolvente e confere ao impugnante o direito ao sinal de e 60.000 prestado (já que não ficou provado que a restante quantia fosse entregue a título de sinal"

Quanto a questão da ordem de pagamento do bem apreendido restou decidido da seguinte forma:

> "1º As dívidas da massa insolvente saem precípuas, na devida proporção, do produto da venda de cada bem imóvel; 2º Do remanescente dar-se-á pagamento ao crédito do credor António José Ribeiro Saraiva.
> 3º Do remanescente dar-se-á pagamento ao crédito hipo tecário da Caixa Geral de Depósitos SA.
> 4º Do remanescente, dar-se-á pagamento ao restante crédito privilegiado do Instituto de Segurança Social, I.P.; 5º Do remanescente dar-se-á pagamento aos créditos comuns artigo 47º nº 4 alínea c).
> 6º Do remanescente, dar-se-á pagamento aos crédi- tos subordinados, caso existam, pela ordem prevista no artigo 48º."

Restando a Uniformização de Jurisprudência assim alinhada:

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

7- Conclusão:

No decorrer do presente trabalho o Autor acabou por revisitar alguns pontos estudados ao longo do curso de mestrado e outros relevantes de direito civil, entre eles uns que já exerciam forte influência em seu pensamento e eram usados no dia-a-dia forense, bem como, outros que foram aos poucos permeando e moldando a forma de refletir.

Portanto, quase no fim da presente dissertação e tendo ela percorrido aspetos relevantes de alguns institutos jurídicos aplicáveis ao CPCV, que ainda sofre efeitos da insolvência, é de trazer alguns pontos que o A. crê serem importantes para, rapidamente, expor seu ponto de vista sobre certas questões e colocar fim a presente dissertação.

No que pese o A. já ter exposto um pouco de crítica onde soergue sua opinião, vale expor que, em linhas gerais, o ordenamento jurídico de Portugal toma o caminho de fazer prevalecer a garantia da igualdade que somente é alcançada através do equilíbrio e, se tratando de um CPCV, da equivalência entre obrigações de cada parte contratante.

Tal linha de raciocínio percorre toda a plataforma por onde se desenvolve o contrato, onde nem mesmo com o decreto de insolvência, pode haver espaço para afastar questões como boa-fé, a coerência, a equidade e a equivalência.

A busca por uma sociedade mais justa traz como obrigatório aplicar o princípio da equidade, o que somente se alcança quando se equilibra a vulnerabilidade. Portanto, o consumidor assina um CPCV modelo, que traz cláusulas padronizadas (que impossibilitam a discussão), situação agravada por ele não possuir condições técnicas, jurídicas e informacionais, para uma análise concreta e exata do que contrata.

Assim, emerge cristalino que o destinatário final do bem deve ter protecção, pois sua relação terá como contraparte um contraente profissional que forjou as cláusulas contratuais a favor de sua experiência empírica, jurídica e técnica.

Quando o consumidor adquire o bem em estágio de construção a sua vulnerabilidade fica latente, pois o bem ainda não foi erguido, assim é evidente que o risco é maximizado, afinal, caso a empresa construtora não tenha condições financeiras de finalizar à obra estará esgotada a possibilidade do consumidor receber a coisa, sendo certo que tal fato pode ter sido omitido e encoberto durante as tratativas.

Tal risco poderia ser mitigado caso existisse a constituição automática da afetação, sendo certo que a experiência brasileira e argentina poderia ser verificada como um laboratório e o resultado ser moldado e utilizado em Portugal.

No caso poderia haver a obrigatoriedade de afetação dos bens em construção trazendo uma protecção adicional ao adquirente (consumidor ou não) que consistiria em impedir uma contaminação de tal bem em caso de falência/insolvência. Portanto, na universalidade dos bens do insolvente, a parte afetada se destacaria e possibilitaria a criação de uma nova classe de credores, a qual, poderia decidir em assembleia os rumos da obra.

Portanto, no sentido de proteger o adquirente se segrega o bem da construtora, criando-se uma sociedade com o propósito específico para cada obra, tendo tal sociedade contabilidade própria, mas carrega o *now-how* e *expertise* da empresa mãe, fazendo parte de um grupo empresarial.

Até mesmo a banca financiadora da obra poderia se beneficiar de tal hipótese, pois com a criação de uma sociedade específica, ela teria mais uma empresa devedora solidária e poderia criar mecanismo especial para que tal nova empresa recebesse todos os valores em conta de tal banca, portanto, além da protecção ao adquirente, também poderia se salvaguardar o crédito, o que reduziria o risco e os juros de empréstimo.

Já que lembramos da banca e o do seu crédito é imperioso alinhar a questão da hipoteca x retenção, questão particularmente interessante e instigante, pois de um lado temos a "rainha das garantias" e do outro as questões atinentes a *traditio rei*.

Convém rememorar que o recurso ao crédito é um fator essencial do desenvolvimento económico e desbloqueamento de empresas que necessitem de vultosa quantia para desempenhar sua função, todavia sua concessão necessita de garantias, sendo a hipoteca a principal em tais casos.

Do outro lado pode haver a existência da retenção, hipótese que ocorre quando existem duas relações contratuais, na primeira, o banco concede crédito ao construtor através de um contrato de empréstimo com garantia em hipoteca e, o segundo, em uma relação que construtor será o promitente vendedor do bem, o que faz através de um CPCV, o qual confere ao promitente comprador a tradição e, portanto, tal pessoa poderá se valer da retenção, o que sem dúvida cria um limitador na hipoteca.

Tal questão é muito explorada nos capítulos 3.3.2 e 3.3.3, bem como na análise do AUJ, onde é alinhado o pensamento de diversos autores sobre a retenção ter um efeito maléfico nas relações entre construtor e banca, uma vez que a promessa de venda dos bens com retenção poderá acarretar meios de compelir a banca a renegociar a dívida. No entanto, não se pode esquecer que no segundo contrato temos um consumidor e a atual política legislativa de protecção a parte mais frágil e débil.

Ora, se por um lado o argumento vai no sentido de que a hipoteca não pode ter seus efeitos fragilizados, em razão do empréstimo ser força motriz da economia e que os spreads somente permanecerão baixos caso a garantia perdure íntegra, por outro, ou melhor, pelo lado do consumidor, verifica-se exatamente o mesmo argumento, portanto, não pode o consumidor ser mais fragilizado e ver a economia de uma vida sob risco, afinal, em uma sociedade de consumo/capitalista, os alicerces da evolução social e de uma economia em avanço perene, fundam-se na circulação de riqueza e a busca por uma vida melhor, o que não se alcança com a violação da parte mais frágil.

O que se tenta dizer é que a banca possui interesses naturais e legítimos em manter a higidez da hipoteca, por outro lado, o consumidor tem interesse na manutenção da preponderância da retenção, no entanto, deve-se perceber que em um sistema capitalista a busca por bens de consumo, onde o imóvel é o principal deles, não se deve mitigar o prestígio de tal valor, afinal o empréstimo bancário somente tem importância em razão do segundo contrato e, este não existindo, sem dúvida o empréstimo bancário não terá qualquer utilidade.

Parece muito correta tal discussão, no entanto, além do argumento acima, o sistema deve proteger o que ocorre na regra geral e não afetar toda a sociedade em razão de condutas de má-fé de poucos. Ademais a banca no momento da concessão do crédito pode criar mecanismos contratuais que impeça que o contratante/construtor tome tais condutas, valendo lembrar que a questão factual que se impõe no momento da contratação do empréstimo é a do contratante/construtor necessitar do crédito.

E tais mecanismos não seriam abusivos, uma vez que teriam o condão de somente proteger o crédito face condutas de má-fé e a construtora não será consumidora, portanto nunca poderá se requerer a anulação de uma cláusula contratual quando ele protege o fim colimado no contrato e impede condutas que visem lesar direitos perpetradas por devedores chicaneiros.

Somente para concluir tal ponto, parece muito acertada a opção do legislador de dar maior relevo à retenção, afinal a banca poderá tomar medidas no momento da contratação que lhe tragam segurança adicional, tal como compelir o contratante a receber na instituição financeira os valores referentes à celebração de futuras promessas, estipulando multas eficazes em compelir o contratante.

Um dos pontos que chamou grande atenção do A. é que o AJ no seu prazo de reflexão terá que tomar várias medidas atinentes à insolvência, entre elas, o cumprimento ou incumprimento dos CPCV.

Em tal ponto emerge questões complexas que têm que ser tratadas com maior seriedade e competência, entretanto nem sempre as condições para o AJ atingir o fim colimado em sua atuação serão claros, face um texto legal que determina uma doutrina colidente em aspectos de máxima relevância.

A busca do AJ será sempre a satisfação dos credores da forma mais eficiente possível. Tal dever tem conteúdo positivo de busca de rendimento do património do devedor, o que consequentemente também salvaguarda os interesses da insolvente, uma vez que somente uma administração voltada a impedir gastos desnecessários poderá ter sobras ao seu fim.

Tal ponto, no presente trabalho, acaba por ser ainda mais nodal, pois o AJ deve tomar decisões que obedeçam a critérios minimamente concretos e, portanto, se sua função é atingir um maior número de credores deve ele ter meios suficientes para reconhecer os efeitos dos seus atos.

Tanto na insolvência, como na vida em sociedade, a pessoa deve seguir critérios básicos de economia, fazendo um planejamento de onde alocar seus recursos, mas o AJ, diante da complexa teia de normas e interpretações divergentes, ver-se-á em situação dúbia e não poderá simplesmente adotar um critério de benefício imediato para os credores e para a devedora, pois, simplesmente, tal critério é demais nebuloso.

Portanto, se a pauta do AJ obedece aos ditames legais e objetiva saldar o maior número possível de credores, ele deveria contar com um mínimo de certeza em sua decisão, pois a incerteza jurídica acarreta imediatamente consequências econômicas que pode obnubilar à repercussão da decisão.

Verificada que a questão da decisão de um AUJ tem um forte poder de convencimento é de se admitir que os AJ as utilizem para sua tomada de decisão, pois apesar das críticas que o *decisum* sofre, mesmo se admitindo que não existe correção absoluta nos julgados, ninguém poderá dizer que o AJ não deva adotar o critério utilizado na UJ.

Entre tais pontos, exsurge a importância da coerência das decisões judiais e da segurança jurídica que, somente pode ser alcançada com uma reflexão de toda cadeia que compõem os tribunais e ao atingir o topo, no caso o STJ, determina que a decisão do Pleno proferida em AUJ deve ser acolhida pelas instâncias inferiores em casos novos, pois somente assim se atingirá a pretendida segurança jurídica.

Portanto, no sentido de atingir a decisão que obedeça aos interesses da massa e dos credores, o AJ tem o dever de determinar gerir os recursos de forma mais eficiente e

adequada e ao que parece deve ele verificar o teor dos AUJ, o que acabaria por impedir gastos desnecessários com o pagamento de indenizações.

Dentro de tal contexto temos a situação do decreto de insolvência associada à insolvente ter celebrado um CPCV, em que ela seja a promitente vendedora. Em tal promessa pode haver uma série de nuances, entre elas ter o CPCV força obrigacional, ou eficácia real, mas que não tiveram os procedimentos cumpridos e, portanto, somente ter efeito obrigacional, ou CPCV com retenção ou ainda os CPCV que de fato possuem efeito real, sendo todos ele sinalizados.

Os CPCVs com efeitos reais, que tenham todos os requisitos cumpridos, são os que não trazem problemas na interpretação, devendo o AJ cumpri-los sob pena de ter ajuizada a ação específica do art. 830 do CC que terá o condão de suprimir a necessidade do contrato.

Como já referido no capítulo 6.2 o CPCV com eficácia real que não tenha observado os requisitos de validade somente terá eficácia obrigacional, assim, ele não perde sua validade, mas não detém todos os efeitos que pretendia ter, portanto, não terá eficácia *erga omnes* e não obrigará o AJ a ultimar o negócio.

A questão que emerge mais complexa em tal situação é definir como se dará a devolução do sinal, existindo grande celeuma doutrinária sobre o assunto, onde basicamente é discutido se existe lacuna legal, em caso positivo como será preenchida e se a imputabilidade reflexa deve ser utilizada.

Tais pontos, já foram expostos de modo exaustivo, sendo certo que a presente conclusão não se imiscui de forma detida em todos, tendo apenas o objetivo de determinar o ponto de vista do Autor.

A primeira nuance a ser abordada é a legislação ser criticável de forma uníssona e dar margem para toda sorte de interpretação, portanto, mesmo aqueles que sustentam não existir lacuna também criticam o CIRE em tal ponto. Sem dúvida a dubiedade do texto acaba por determinar todo o confronto doutrinário e jurisprudencial.

A maioria da doutrina determina que existe uma lacuna, mas diverge quanto a norma aplicável ao seu correto preenchimento, crendo o Autor que o mais acertado é a utilização do regime de sinal do Código Civil ao invés do art. 102º, nº3 do CIRE.

Portanto, a lacuna deve ser preenchida com o art. 442 do CC, que determina que sendo imputável a mora ao promitente comprador ele perderá o sinal e, sendo imputável ao promitente vendedor ele deverá ressarcir em dobro o que recebeu.

Como presente trabalho aborda a questão da insolvente ser a promitente vendedora a conclusão vai no sentido que as normas e princípios favorecem uma interpretação de protecção favorável ao consumidor, além disso, após verificar todos os argumentos sobre a questão da legalidade ou ilegalidade da recusa, chega-se à conclusão que os fundamentos que sustentam a ilegalidade permanecem hígidos.

A devolução em dobro, consoante as normas do CC, depende de três requisitos: o devedor não cumprir o determinado no CPCV; a recusa seja ilícita e que a recusa seja imputável ao devedor.

O único requisito que determina a divergência é se a mora é imputável ao devedor e, portanto, ilícita ou não, sendo certo que existem argumentos valiosos de ambos lados, no entanto o Autor está convencido do acerto da UJ que determina a aplicação da imputabilidade reflexa, além do mais, caso assim não fosse haveria grave e frontal afronta aos princípios da igualdade e da coerência, afinal, se o promitente comprador desistir do negócio perderá o sinal.

Portanto, se de um lado a insolvência somente pode ocorrer por culpa da própria insolvente e se o regime do sinal lhe beneficiária no caso da desistência ter sido da contraparte, emerge claro que o promitente comprador deverá ser ressarcido com a dobra.

Sobre a culpa é de se dizer que no inadimplemento ela se presume (art. 799 do CC), bem como se formos avaliar o fato de que a faculdade do AJ em celebrar ou não os contratos chegaremos à conclusão que tal situação somente ocorreu devido a empresa ter se tornado insolvente e, com todas as *venias* aos que concluem de outra forma, tal estado de desequilíbrio ocorre por culpa da própria insolvente.

Portanto, o estado de insolvência precede sua declaração e quando o antigo administrador é afastado não se encerra suas responsabilidades pelo estado da sociedade, devendo o AJ representar a massa e, portanto, não se pode separar o fato dela ter se tornado insolvente com a negativa de celebrar o contrato.

O quadro de descontrole da situação financeira é determinante na existência do decreto da insolvência e não se pode separar tal realidade da sociedade sob o argumento de que não existe culpa da empresa. Ora, se o insolvente não é culpado pelo seu estado de insolvência quem será?

Consoante as lições de Leitão, Vasconselos e Gravato fica bem claro que assiste razão a dobra na devolução e os argumentos são diversos, tais como, a existência da imputabilidade reflexa, a necessidade de manutenção do princípio da igualdade e bilateralidade contratual, a protecção ao consumidor.

Ademais a solução de determinar a devolução simples mais a diferença do valor do bem do momento do CPCV e da data da recusa, pode trazer muitas complicações face tal cálculo depender de critérios subjetivos e o valor tendente a ser comprovado.

Pois bem, tendo o AUJ decidido e, assim, o consumidor tem direito a devolução em dobro, caso o AJ opte em não celebrar o contrato final e tal dívida deve ser paga pelo método mais eficaz, ou melhor, em um crédito sobre a massa, conforme art. 51º, nº1, i) do CIRE.

Quando no CPCV existir a tradição, o direito de retenção deve ser assegurado ao promitente comprador, tendo em vista novamente o incumprimento ser imputável ao devedor e sua recusa ser ilícita.

Destarte, o promitente comprador terá privilégio em receber os valores que lhe são devidos e poderá reter o bem até o seu pagamento, não sendo demais dizer que o STJ desde 2011 adere a tal tese.

Portanto, diante de um texto legal que sofre críticas de todos os lados e permite a existência de grande celeuma doutrinária, o natural era que a decisão de UJ fosse combatida por opiniões contrárias que restaram vencidas.

Como já referido, o exame das questões tem muita divergência, mas encontra-se nos princípios de direito a solução, sem que exista qualquer violação de norma do CIRE e os AUJs proferidos devem ser seguidos pelo AJ.

Assim, faz-se a conclusão do presente deixando à reflexão dos leitores os pontos complexos do tema proposto.

8- Bibliografia:

Abreu, Jorge Manuel Coutinho; Curso de Direito Comercial, Vol. 1, 11ª Edição, Almedina.

Bahia, Luiz Alberto; A Dimensão Injusta – bases para revolução igualitária; Zahar.

Beviláqua, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. v. II.

Branco, José Manuel, Qualificação da Insolvência (evolução da figura), Revista de Direito da Insolvência, nº0, Almedina, 2016.

Bulhões, Octávio Gouvêa de; Dois Conceitos de Lucro; 2ª Edição, Apec.

CAMPINHO, Sérgio; Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Canotilho, JJ Gomes; Constituição da República Portuguesa Anotada.

Castro, Carlos Alberto Farracha de; A Crise da Empresa. Um diálogo entre Brasil e Portugal, Revista de Direito da Insolvência, nº1, Almedina, 2017.

Catarina, Frauda; Sobreendividamento e Solução Extrajudiciais: A Medição de Dívidas, I Congresso de Direito da Insolvência.

César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, Almedina, Coimbra, 2015.

César, Gisela, Os Efeitos da insolvência Sobre o Contrato-Promessa em Curso, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

Cordeiro, Antonio Menezes; Perspectivas evolutivas do Direito da Insolvência, RDS 2012-3.

Costa, Judith Martins Coisa, A Boa-Fé no Direito Privado – critérios para sua aplicação, Saravaiva, 02ª Edição.

Costa, Letícia Marques; A insolvência de Pessoas Singulares, Teses, Almedina.

Dinamarco, Candido Rangel; Execução Civil; Malheiros, 5ª Edição.

Dinamarco, Candido Rangel; Instituições de Direito Processual Civil, Vol I, 09ª Edição.

Duarte, Rui Pinto; Medidas Eventuais no Processo de Insolvência, Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE no III Congresso de Direito da Insolvência, 2015, Almedina.

Fernandes, Teresa Fernanda Mofreita, A Oponibilidade do Direito de Retenção e a Protecção de Terceiros, Monografia apresentada em Coimbra, 2013.

Coelho, Fábio Ulhoa; Curso de Direito Comercial – direito da empresa, Saraiva.

Delgado, Abel Pereira; Contrato Promessa, 1978, Livraria Petrony.

Dinamarco, Cândido Rangel. Execução Civil. Malheiros Editores. 5ª Edição. São Paulo. 1997.

Dinamarco, Candido Rangel; Instituições de Direito Processual Civil, Vol I, 09ª Edição.

Duarte, Rui Pinto; III Congresso de Direito da Insolvência, 2015, Coordenação: Catarina Serra, Almedina.

Faria, Jorge Leite Areias Ribeiro; in memoriam, Estudos de Direito das Obrigações e discursos académicos; U. Porto.

Fernandes, Luís A. Carvalho; Lições de Direitos Reais, Quid Juris, 6ª edição.

Fernandes, Teresa Fernanda Mofreita; A Oponibilidade do Direito de retenção e a Proteção de Terceiros: no âmbito do Contrato-Promessa do Contrato de Subempreitada, Monografia, texto encontrado no endereço: https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/35045

Ferreira, Catarina Augusto Roriz; monografia de mestrado em direito judiciário, Contributo para o estuda da Tutela do Promitente – Comprador.

Filho, Mario Megale da Silveira; Visão Histórico-Evolutiva do Direito Recuperacional; UNIFAFIBE.

Link:http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf

Fuga, Bruno Augusto Sampaio; Superação de Precedentes, Da Necessária Via Processual e o Uso da Reclamação para Superar e Interpretar Precedentes; Toth.

Gagliano, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único, São Paulo: Saraiva, 2017.

Gomes, Orlando; Contratos, 07ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979.

Gomes, Orlando; Direitos Reais, 14º Edição, Revista Forense.

Gonzáles, José Alberto; Direitos Reais e Direito Registal Imobiliário; 04ª Edição, Quid Juris.

Junior, Otavio Luiz Rodrigues; A Doutrina do terceiro cumplice: autonomia de vontade, res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos, Revista dos Tribunais, Thomson Reuters.

Labareda, João; Fernandes, Luís; Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 3ª Edição, Quid Juris.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão; Direito da Insolvência, 2ª edição, Almedina.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão; Direitos Reais, 2015, 5ª edição, Almedina.
Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão; III Congresso de Direito da Insolvência, 2015, Coordenação: Catarina Serra, Almedina.
Leitão, Luís Menezes; Pressupostos da declaração de insolvência; I Congresso de Direito da Insolvência, Coordenação: Catarina Serra, Almedina.
Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito das Obrigações, Volume II, Transmissão e Extinção das Obrigações e Não Cumprimento e Garantias de Crédito, 05ª Edição, Almedina.
Loureiro, Francisco Eduardo; Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, 4ª Edição, Manole.
Machado, Susana Sousa; Contrato-promessa com eficácia real – a execução específica e o regime da venda direta- Julgar on line.
Marques, Cláudia Lima; Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais, 4ª edição, revista dos Tribunais.
Marques, Cláudia Lima; Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais, 4ª edição, Revista dos Tribunais.
Martins-Costa, Judith, A Boa-Fé No Direito Privado Critérios para sua aplicação, Saraiva, 2ª Edição.
Melhim Chalhub; A Incorporação imobiliária no contexto da recuperação judicial da empresa, Coluna Migalhas Edilícias, disponível no site: https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-edilicias/311296/a-incorporacao-imobiliaria-no-contexto-da-recuperacao-judicial-de-empresa.
Melo, Marco Aurélio Bezerra; Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, 2ª edição, Editora Forense.
Mendonça, Jose Xavier Carvalho; Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Russel, 7ª edição.
Morais, Fernando Gravato; Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial, Almedina.
Oliveira, Nuno Manuel Pinto e Serra, Catarina, Insolvência e Contrato de Promessa, Ordem dos Advogados, disponível no link https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2010/ano-70-vol-iiv-2010/doutrina/nuno-manuel-pinto-oliveira-e-catarina-serra-insolvencia-e-contrato-de-promessa/
Oliveira, Nuno Manoel Pinto; I Congresso de Direito da Insolvência, 2013, Coordenação: Catarina Serra, Almedina.

Oliveira, Nuno Manoel Pinto; III Congresso de Direito da Insolvência, 2015, Coordenação: Catarina Serra, Almedina.

Oliveira, Fernando Baptista de; O Conceito de Consumidor Perspectiva Nacional e Comunitária, Almedina.

Prata, Ana; Carvalho, Jorge Morais; Simões, Rui; Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado; 2013, Almedina.

Sacramonte, Marcelo Barbosa; Os direitos do compromissário comprador diante da falência do incorporador de imóveis; Revista dos Tribunais, abril-junho de 2017, fls. 176. Inteiro teor disponível no link cj_n50_05_os_direitos_compromissario.pdf

Serra, Catarina; Lições de Direito da Insolvência, Almedina.

Scavone, Luiz Antonio; Direito Imobiliário, Teoria e Prática, 09º edição.

Silva, João Calvão da; Sinal e Contrato-Promessa, 12ª edição, Almedina.

Silveira, Mario Megale; Visão Histórico-Evolutiva do Direito Recuperacional, revista UNIFAFIBE, http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf

Simões, Rui; Carvalho, Jorge Morais e Prata, Ana; Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, anotado, Almedina, 2013

Smith, Adam; A Riqueza das Nações, ´Vol. I, Editora Nova Cultura, fls. 65, disponível no link: A Riqueza das Nações, Vol. 1 - Adam-Smith.pdf.

Tartuce, Flávio; Direito Civil, Lei de Introdução e Parte Geral, volume 01, 6ª edição. Editora Método.

Tartuce, Flávio, Direito Civil, vol. 3, 9ª edição, Teoria Geral dos Contratos em Espécie, Glen.

Teixeira, Tarcísio. Direito Empresarial Sistematizado, Doutrina, Jurisprudência e Prática, Saraiva, 7ª Edição, disponível no site: https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Direito-Empresarial-Sistematizado-Tarcisio-Teixeira-2018.pdf

Vasconcelos, Miguel Pestana, O regime insolvencial do contrato-promessa de compra e venda, Revista de Direito da Insolvência, nº0, Almedina, 2016.

Varela, Antunes; Das Obrigações em geral", 9ª ed., vol. I.

Venosa, Silvio Savio, Direito Civil, vol. 1, 17ª ed., Atlas.