

José Diogo Falcão

Aula escrita sobre o tema

“O Contrato-Promessa e o seu actual regime no ordenamento jurídico português”

(art. 3.º n.º 2 al. b) do Regulamento das Provas Públicas de Avaliação de Competência Pedagógica e Técnico-Científica a que se referem os ns.º 9 a 11 do art. 6.º da Lei n.º 7/2010, de 13 de Maio)

José Diogo Farinas de Almeida Falcão

ISCAP 2013

Aula escrita sobre o tema

“O Contrato-Promessa e o seu actual regime no ordenamento jurídico português”

SUMÁRIO: 1. Noção. 2. Disciplina jurídica. 3. O princípio da equiparação. As excepções relativas à forma e à substância. 3.1 A forma do contrato-promessa. 3.2 As normas não extensivas ao contrato-promessa 4. Transmissão dos direitos e obrigações das partes. 5. A eficácia real da promessa. 6. O incumprimento. 6.1 A execução específica. 6.2 A resolução do contrato-promessa. 6.3 O direito de retenção.

1. Noção

O contrato-promessa está definido no Código Civil como sendo «*a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato*» (art. 410.º n.º 1 do Cód. Civil)¹. O contrato objecto do contrato-promessa, e que as partes se obrigam a realizar, denomina-se por contrato prometido (por exemplo, compra e venda, arrendamento, trespasse, etc.). Daqui decorre que a prestação devida no contrato-promessa traduz-se numa prestação de facto positivo consistente na emissão de uma declaração de vontade negocial destinada a celebrar um outro contrato, denominado por contrato prometido. A título de exemplo, num contrato-promessa de compra e venda as partes obrigam-se a realizar no futuro o prometido contrato de compra e venda, respectivamente, como comprador e como vendedor.

Estamos em face de um instituto de enorme importância prática e relevância social, sendo muito variadas as razões que, frequentemente, estão na base da sua utilização. Através do contrato-promessa pretendem as partes assegurar a celebração do contrato prometido quando existe algum obstáculo, material ou jurídico, que impede a sua imediata realização. Assim sucede quando, por exemplo, uma das partes não dispõe, de imediato, das importâncias necessárias para celebrar o contrato prometido; ou quando o contrato prometido ainda não pode ser celebrado por se tratar de coisa futura, ou por não ser possível, desde logo, cumprir determinadas formalidades

¹ Todas as disposições legais referidas sem menção expressa ao respectivo diploma legal pertencem ao Código Civil.

legalmente impostas, pretendo, porém, as partes assegurar a sua celebração; *mutatis mutandis* quando se torna necessário obter o consentimento de terceiro. Nestes casos (como noutros) o contrato-promessa surge como o instrumento natural destinado a assegurar às partes a posterior celebração do contrato pretendido realizar, isto é, o contrato prometido.

O contrato-promessa distingue-se dos meros actos de negociação que integram o denominado “*iter negotii*”. É que estes actos, embora possuindo relevância jurídica – podendo inclusivamente desencadear responsabilidade pré-contratual –, limitam-se a integrar o processo formativo dos negócios jurídicos, estando, porém, desprovidos de eficácia contratual. Diversamente, o contrato-promessa tem eficácia “*inter partes*” pois através dele as partes (frequentemente designadas por promitentes) ficam vinculadas à realização do contrato prometido. Ademais, e com vista a evitar posteriores negociações, deve o contrato-promessa definir, desde logo, o conteúdo do contrato prometido.

O Código Civil admite a existência e distingue “lado a lado” o contrato promessa bilateral (ou sinalagmático) do contrato-promessa unilateral (não sinalagmático). No contrato promessa bilateral ambas as partes se vinculam à celebração do contrato prometido. Por seu turno, no contrato-promessa unilateral apenas uma das partes se vincula à celebração do contrato prometido, ficando a contraparte livre de celebrar ou não este último contrato (cfr. art. 411.º do Cód. Civil). A título de exemplo, imagine-se que **A** (promitente) promete vender a **B** (promissário) uma moradia, pelo preço de € 200.000,00 e pelo período de um ano, sem que **B** se vincule a comprá-la. Destarte, deste contrato-promessa apenas emerge a obrigação de vender para **A**, não constituindo o mesmo fonte de qualquer obrigação para **B**, o qual mantém a plena liberdade de comprar, ou não, a moradia.

2. Disciplina Jurídica.

O contrato-promessa encontra a sua disciplina nuclear nos artigos 410.º a 413.º, 441.º, 442.º, 755.º n.º al. f) e 830.º do Cód. Civil. Algumas destas disposições legais já não mantêm a sua redacção originária em virtude de terem sido objecto de diversas alterações legislativas. Com efeito, no ano de 1980, o legislador alterou de modo

substancial a disciplina do contrato-promessa². Esta reforma legislativa não teve uma longa vida, porquanto passados 6 anos o legislador realizou nova intervenção legislativa³. Já recentemente, o legislador realizou nova intervenção legislativa, embora de menor alcance do que as anteriores⁴.

3. O princípio da equiparação. As exceções relativas à forma e à substância.

Preceitua o art. 410.º n.º 1 que à promessa de contratar «*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*». Consagra, assim, a referida disposição legal o *princípio da equiparação*, embora atenuado por duas exceções. Vale isto por dizer que, quanto aos requisitos e efeitos, são aplicáveis ao contrato-promessa quer as normas que disciplinam os contratos em geral, quer as normas que consagram a regulamentação específica do contrato prometido. Assim, por exemplo, serão aplicáveis ao contrato-promessa as normas sobre a capacidade das partes ou as normas que imponham determinadas proibições de aquisição no âmbito do contrato prometido.

Como vai dito, ao princípio da equiparação abre a Lei duas relevantes exceções, a saber: não se aplicam ao contrato-promessa as normas relativas à forma do contrato prometido bem como as normas que, pela sua razão de ser, não se lhe devam considerar extensivas.

Vejamos, então, cada uma das exceções.

3.1 A Forma do Contrato-Promessa.

Encontrando-nos em face de uma das exceções ao princípio da equiparação, não se aplicam ao contrato-promessa as normas que disciplinam a forma do contrato prometido. Cabe, pois, questionar sobre a forma que o contrato-promessa deverá revestir.

² Vide Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho.

³ Vide Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro.

⁴ Vide Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

Como regime geral vigora para o contrato-promessa o princípio da liberdade de forma (art. 219.º), o que vale por dizer estarmos em face de um contrato não formal. A este regime, abre, porém, a Lei duas exceções previstas nos ns.º 2 e 3 do art. 410.º. Debrucemo-nos sobre cada uma delas. Dispõe o n.º 2 do art. 410.º que «*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*». Daqui decorre que caso a Lei exija para o contrato prometido a necessidade do mesmo revestir a forma escrita, o respectivo contrato promessa deverá ser, igualmente, reduzido a escrito e conter a assinatura de ambas as partes ou só de uma delas consoante ambas se vinculem à celebração do contrato prometido (promessa bilateral) ou apenas uma das partes se vincule à sua celebração (promessa unilateral). Quer isto significar que, no caso de promessa unilateral, apenas será necessário a assinatura do promitente sendo suficiente, do lado do promissário, uma simples manifestação de vontade informal. Vale dizer, deve assinar o contrato-promessa quem seja, de facto, promitente. Trata-se de uma formalidade “*ad substantiam*” pelo que a sua inobservância acarretará, em princípio, a nulidade do contrato-promessa (art. 220.º).

Tem sido largamente debatida quer pela doutrina quer pela jurisprudência a questão da validade do contrato-promessa bilateral reduzido a escrito mas apenas assinado por um dos promitentes. Duas soluções, colhidas dos institutos consagrados na parte geral do Código Civil, têm sido adiantadas. Parte substancial da doutrina pugna pela aplicação a esta temática do instrumento da redução do negócio jurídico (art. 292.º). Não falta, porém, quem sustente a aplicação do instituto da conversão ao contrato-promessa sinalagmático tão só assinado por um dos contraentes. Os mecanismos das reduções ou da conversões são, como é consabido, distintos.

O instrumento da redução visa o aproveitamento do negócio jurídico, depois de expurgada a parte atingida pela invalidade. Destarte, no caso de contrato-promessa bilateral assinado apenas por um dos contraentes, o negócio restringe-se a um contrato-promessa unilateral. Todavia, resulta da segunda parte do art. 292.º que a invalidade total se produzirá quando o contraente que nisso tenha interesse demonstre que o negócio «*não teria sido concluído sem a parte viciada*». Assim, o contraente

interessado na invalidade total do contrato-promessa tem o ónus de alegação e prova dos factos demonstrativos que o mesmo não teria sido celebrado se não fosse bilateral. Só nesse caso, o contrato-promessa será totalmente inválido. Por seu turno, o contraente interessado no aproveitamento do contrato-promessa, embora restringido a um promessa unilateral, encontra-se desonerado de provar que a vontade hipotética das partes seria a de manter o contrato-promessa ainda que limitado ao esquema de promessa unilateral.

A aplicação do instituto da conversão (art. 293.º) implica, ao contrário da redução, que se considere que a falta de assinatura de um dos contraentes origina a nulidade de todo o contrato-promessa. Existe, porém, uma diferença assinalável entre os dois institutos. No caso da redução, e como vai referido, o contrato-promessa mantém-se, ainda que parcialmente, válido, salvo se o contraente interessado na invalidade total provar que não o teria celebrado sem a parte inválida. No caso da conversão, sendo o contrato-promessa assinado apenas por um dos contraentes nulo, recairá sobre o contraente interessado na manutenção do contrato o ónus de prova de que a vontade hipotética de ambas as partes era a do aproveitamento do contrato-promessa convertido numa promessa unilateral.

De salientar que em qualquer uma das situações se impõe o recurso aos ditames da boa-fé, de acordo com as regras da integração dos negócios jurídicos (art. 239.º).

Sobre esta temática já se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça através do Assento de 29/11/1989⁵, o qual firmou a seguinte doutrina: «*No domínio do texto primitivo do n.º 2 do artigo 410.º do Código Civil vigente, o contrato-promessa bilateral de compra e venda de imóvel exarado em documento assinado apenas por um dos contraentes é nulo, mas pode considerar-se válido como contrato-promessa unilateral, desde que essa tivesse sido a vontade das partes*». O Assento não qualificou juridicamente a sua fundamentação, não deixando de modo claro e inequívoco a opção pelo instituto da redução ou da conversão.

⁵ Publicado no Diário da República de 23/02/1990 I-Série-A.

Em nossa opinião, e tendo em conta o elemento sistemático da interpretação da lei, propendemos para a aplicação do instituto da redução. Desde logo, e tendo em conta a unidade do sistema jurídico, assiste-se hoje a uma preocupação por parte do legislador em tutelar os interesses do consumidor. Ora, a prática demonstra-nos à saciedade que uma quantidade apreciável de contratos-promessa têm por objecto mediato a compra de unidades habitacionais a contraentes profissionais, por via de regra empresas especializadas. De forma a melhor tutelar os interesses do adquirente/consumidor, compreende-se deva recair sobre o promitente-vendedor, cada vez mais um profissional, o ónus de prova de que a vontade hipotética das partes seria a da não celebração do contrato-promessa sem a vinculação de ambos os contraentes.

No que tange aos contratos-promessa relativos à celebração de contratos onerosos de transmissão ou de constituição de direitos reais sobre edifícios, ou suas fracções autónomas, construídos, em fase de construção ou apenas projectados, o art. 410.º n.º 3 preceitua que o documento escrito contenha «*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*». Compreende-se a maior solenidade imposta aos referidos contratos-promessa tendo em conta a sua relevância social e dos respectivos prometidos contratos. Com a certificação da existência da licença de utilização (para o caso do edifício já se encontrar construído), ou da licença de construção (para o caso do edifício ainda não se encontrar concluído), pretendeu o legislador criar mais uma medida de combate à construção clandestina e, simultaneamente, proteger o adquirente (evitando que este venha a adquirir uma construção clandestina).

Para o caso dos promitentes não observarem a forma imposta – isto é, reconhecimento presencial e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da licença de utilização ou de construção - , estabelece a segunda parte do art. 410.º n.º 3 a seguinte disciplina: «*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*». Consagra-se, assim, uma nulidade mista ou atípica que representa um desvio do regime-comum consagrado no art. 286.º. Com efeito, e como princípio, a nulidade apenas pode ser

invocada, nos termos gerais, pelo promitente adquirente. O promitente da transmissão ou constituição do direito real apenas pode invocar a nulidade do contrato-promessa quando a omissão dos aludidos requisitos tenha sido culposamente causada – seja através de dolo ou de simples negligência – pelo beneficiário da promessa de transmissão ou de constituição do direito real. Quanto a este, parece evidente não poder arguir a nulidade quando a falta de observância dos requisitos de forma lhe sejam imputáveis, pois tal arguição representaria um claro abuso de direito na tipologia “*venire contra factum proprium*”.

Poderá questionar-se se, sendo a nulidade aqui prevista uma nulidade atípica, pode a mesma ser invocada por terceiros interessados ou se a mesma é do conhecimento oficioso (cfr. art. 286.º). Actualmente, parece ser pacificamente aceite o entendimento segundo o qual não pode a referida nulidade ser arguida por terceiros. *Mutatis mutandis* quanto ao seu conhecimento oficioso, sendo hoje aceite não ser a nulidade aqui prevista do conhecimento oficioso.

No que tange à arguição da nulidade por terceiros interessados pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, através do Assento n.º 15/94, de 28/06/1994⁶, o qual firmou a seguinte doutrina: «*No domínio do n.º3 do artigo 410.º do Código Civil (redacção do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho), a omissão das formalidades previstas nesse número não pode ser invocada por terceiros*». Deste modo, ficou arredada a possibilidade de arguição da nulidade por terceiros como consequência da inobservância dos requisitos de forma especiais previstos na citada disposição legal.

No que concerne ao conhecimento oficioso da mencionada nulidade, foi o mesmo objecto do Assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/95, de 01/02/1995⁷ o qual fixou a seguinte orientação: «*No domínio do n.º 3 do art. 410.º do Código Civil (redacção do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho), a omissão das formalidades previstas nesse número não pode ser oficiosamente conhecida pelo Tribunal*». Ficou destarte, também, excluída a possibilidade de conhecimento oficioso da nulidade como

⁶ Publicado no Diário da República de 12/10/1994, I-Série-A.

⁷ Publicado no Diário da República de 22/04/1995, I-Série-A.

consequência da não observância de qualquer das formalidades mencionadas na referida disposição legal⁸.

3.2 As Normas Não Extensivas ao Contrato-Promessa

A segunda excepção ao princípio da equiparação reporta-se às normas do contrato prometido que, pela sua razão, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa. Torna-se, assim, necessário atender à *razão de ser* da norma aplicável ao contrato prometido para determinar se a mesma é, ou não, aplicável ao respectivo contrato-promessa. Assim, por exemplo, não serão aplicáveis ao contrato-promessa as normas relativas à transmissão da propriedade nos contratos de alienação. Com base neste critério será válido o contrato-promessa de compra e venda de coisa alheia (art. 892.º), bem como o contrato-promessa relativo à alienação de imóveis próprios ou comuns, quando vigore entre os cônjuges um dos regimes da comunhão, ainda que falte o consentimento de um dos cônjuges (art. 1682.º-A). Em ambos os casos o promitente não transmite a propriedade, apenas se obrigando a uma alienação em si mesma possível.

4. Transmissão dos Direitos e Obrigações das Partes

Resulta do art. 412.º que o complexo de direitos e obrigações que integram o contrato-promessa são, em princípio transmissíveis por morte ou por acto entre vivos. No que concerne à transmissão por morte do promitente aplicam-se as regras dos arts. 2024.º e seguintes. Vale dizer, se **A** e **B** celebram um contrato-promessa de compra e venda de um edifício, através do qual **A** promete vender a **B** que reciprocamente promete comprar o referido edifício, e se **A** morrer sucedendo-lhe, por ex., o cônjuge e um filho (**C** e **D**), transmitir-se-á para estes a posição de **A**, pelo que poderão exercer os direitos de que aquele era titular, assim como podem ser forçados a cumprir as obrigações do “*de cuius*” (isolada ou conjuntamente conforme o resultado da sucessão).

⁸ Merece destaque o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/07/2007 (Proc. n.º07B2027) segundo o qual «o não reconhecimento notarial das assinaturas acarreta a nulidade do contrato, sendo irrelevante o facto de, previamente ao acto de assinatura do contrato, as partes, por mútuo acordo, dispensaram as referidas formalidades».

Já no que toca à transmissão por acto entre vivos aplicar-se-ão as regras da cessão da posição contratual (art. 424.º), ou da cessão de créditos (art. 577.º) na hipótese de apenas ser transmitido um direito de crédito.

Todavia, os direitos e obrigações emergentes do contrato-promessa de natureza exclusivamente pessoais não são transmissíveis. Destarte, caso o contrato-promessa tenha para um ou para ambos os promitentes natureza “*intuitu personae*” não serão transmissíveis os respectivos direitos e obrigações. Impede assim a lei a transmissão da posição contratual quando o contrato-promessa ser revele absolutamente indissociável da pessoa dos promitentes.

5. A Eficácia Real da Promessa.

Como é consabido, o contrato-promessa, como regra geral, apenas produz efeitos “*inter partes*” (art. 406.º). Admite, porém, o art. 413.º que a partes atribuam eficácia real «à promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo». Com a atribuição de eficácia real ao contrato-promessa este passa a ter eficácia “*erga omnes*” própria dos direitos reais, pelo que surge um direito de crédito dotado de eficácia real. Destarte serão ineficazes todos os actos de disposição ou oneração referentes ao bem objecto do contrato prometido, desde que não estejam registados antes do contrato-promessa. Daqui resulta que a posterior alienação do bem prometido vender não afasta a possibilidade do promitente fiel recorrer à execução específica do contrato-promessa e, dessa forma, obter uma sentença que produza os efeitos da declaração negocial do promitente faltoso. É, deste modo, ineficaz o acto de transmissão do bem objecto do contrato prometido, estando o respectivo contrato-promessa dotado de eficácia real.

Dispõe o art. 413.º sobre os requisitos do contrato promessa dotado de eficácia real. De acordo com a referida disposição legal, para que um contrato-promessa goze de eficácia real torna-se necessário:

- a) que haja uma declaração expressa nesse sentido (art. 413.º n.º 1);
- b) que a promessa conste de escritura pública ou de documento particular autenticado; todavia, caso a lei não exija forma tão solene para o contrato prometido, torna-se suficiente a existência de documento particular com o

reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas (art. 413.º n.º 2)⁹;

- c) que o contrato-promessa seja inscrito no registo (art. 413.º n.º 1); só após a inscrição no registo do contrato-promessa este adquire eficácia real. Destarte, ainda que estejam respeitados os requisitos referidos nas alíneas a) e b) supra, mas não se encontre o contrato-promessa inscrito no registo, gozará o contrato-promessa de eficácia meramente obrigacional.

6. O Incumprimento

O não cumprimento do contrato-promessa encontra-se subordinado à disciplina geral sobre o incumprimento das obrigações. Todavia, encontram-se previstas na Lei especificidades a respeito do incumprimento do contrato-promessa que importa analisar. Em concreto, e perante um quadro de incumprimento abrem-se ao promitente fiel dois caminhos que pressupõem, respectivamente, a mora e o incumprimento definitivo. São eles a execução específica e a resolução do contrato-promessa.

6.1 A Execução Específica (art. 830.º)

Preceitua o n.º 1 do art. 830.º que *«se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida»*. Daqui resulta que, sendo o contrato-promessa sinalagmático, se algum dos promitentes não celebrar o contrato prometido, assiste ao promitente fiel o direito de obter uma sentença que supra a falta de manifestação de vontade do promitente faltoso. Nisto consiste a execução específica, isto é, no poder do promitente fiel em obter do Tribunal uma

⁹ Por força do Decreto-Lei n.º 250/96, de 24 de Dezembro, foram abolidos os reconhecimentos notariais feitos por semelhança e sem menções especiais relativas aos signatários. Dispõe o art. 2.º que «a exigência em disposição legal de reconhecimento por semelhança ou sem determinação de espécie considera-se substituída pela indicação, feita pelo signatário, do número, data e entidade emitente do respectivo bilhete de identidade ou documento equivalente emitido pela autoridade competente de um dos países da União Europeia ou do passaporte».

sentença que supra a inércia do promitente faltoso. Deste modo, a sentença que julgue procedente o pedido de execução específica produz exactamente os mesmos efeitos jurídicos que o contrato prometido se destinava a produzir (sentença constitutiva). Esta sentença, proferida em processo declarativo, substitui não só a falta de manifestação de vontade do promitente faltoso como a do promitente fiel, pelo que possui a mesma eficácia do contrato prometido, mesmo para efeitos de registo, se o contrato-prometido for susceptível de registo.

É pressuposto da execução específica a mora do promitente faltoso e não o incumprimento definitivo do contrato. Com efeito se, em face do inadimplemento do promitente faltoso, o promitente fiel recorre à execução específica é porque mantém interesse na prestação devida. Destarte, o recurso à execução específica significa que o promitente fiel considera como um simples atraso a violação do contrato por parte do promitente faltoso, mantendo interesse na realização da prestação em dívida. De outra forma, se o promitente fiel não mais tivesse interesse fundado na prestação devida, consideraria o contrato-promessa definitivamente incumprido e declararia a sua resolução¹⁰.

De salientar que o recurso à execução específica não obsta a que o promitente fiel seja indemnizado pelos danos decorrentes da mora, pois nenhuma razão juridicamente relevante existe para fixar um regime especial distinto do regime geral do incumprimento temporário da obrigação (art. 804.º).

¹⁰ Poderá, no entanto, haver lugar à execução específica na hipótese de declaração antecipada de não cumprir por parte do promitente vendedor. Com efeito, no caso desta declaração de não querer ou não poder cumprir ser revelada pela sua natureza certa, séria e segura, configura uma situação de incumprimento definitivo, sendo desnecessário e até inútil forçar o promitente comprador a recorrer à interpelação admonitória para converter a mora em incumprimento definitivo. Neste caso, e apesar do promitente vendedor se encontrar numa situação de incumprimento definitivo, poderá ainda o promitente comprador ter interesse na realização da prestação devida, pelo que lhe assistirá o direito de recorrer à execução específica ou optar pela resolução do contrato, assim se desvinculando do contrato, sem ter que recorrer previamente ao estatuído no art. 808.º. Vide nesse sentido José Carlos Brandão Proença in “Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral”, Coimbra, 1987, pág. 115. Ensina o Ilustre autor: «dissemos, na altura, que a execução específica surge como *prima ratio* e que a pretensão em que ela assenta pressupõe naturalmente a mora no cumprimento da promessa ou um incumprimento definitivo na forma de recusa categórica e inequívoca. A resolução ... é, assim, um *ultimum subsidium* ou um remédio excepcional, ligado como está, em regra, ao incumprimento definitivo e à impossibilidade de cumprimento (por violação ou não do contrato), com um escopo essencialmente liberatório e de exercício pelo contraente legitimado».

Como resulta na norma contida no n.º1 da citada disposição legal, o promitente fiel apenas poderá recorrer à execução específica caso não haja «*convenção em contrário*» ou, caso «*a natureza da obrigação assumida*» não se oponha à mesma.

No que respeita à primeira hipótese, admite-se pois que as partes convençionem excluir o recurso à execução específica, pelo que esta apenas terá lugar se as partes não a afastarem, o que confere natureza supletiva à citada norma. Não se torna, porém, necessário que as partes manifestem expressamente a sua vontade no sentido de afastar a aplicação das regras da execução específica. Com efeito, estipula o n.º 2 do art. 830.º entender-se existir convenção em contrário, assim se afastando a execução específica, a existência de sinal ou de cláusula penal para a hipótese de incumprimento da promessa. Nestes casos – existência de sinal ou de cláusula penal – presume-se ter sido vontade das partes que a consequência do incumprimento do contrato-promessa fosse determinada apenas com base no recurso à aplicação das regras relativas ao sinal ou à cláusula penal. No fundo seria como que um preço que o promitente faltoso pagaria em consequência do seu incumprimento (ainda que ilegítimo), e da inerente desvinculação do contrato-promessa.

Estamos, porém, em face de uma presunção ilidível (art. 350.º), pelo que nada impede que as partes, mesmo num contrato-promessa sinalizado ou com cláusula penal, convençionem manter em aberto a possibilidade de recurso à execução específica para o caso de incumprimento da promessa. Nesse caso diremos que as partes ilidiram a presunção constante do n.º 2 do art. 830.º do que resulta que, apesar de estarmos em face de um contrato-promessa com sinal ou cláusula penal, será sempre possível ao promitente fiel recorrer à execução específica.

Preceitua o n.º 3 do art. 830.º que o direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas respeitantes a contratos onerosos de transmissão ou constituição de direitos reais sobre edifícios, ou suas fracções autónomas, já construídos, em construção ou a construir. Trata-se aqui de uma norma imperativa, não podendo ser afastada pela vontade das partes, sendo, por essa razão, nula a cláusula que exclua a execução específica. Destarte, neste tipo de contratos-promessa, mesmo existindo sinal ou cláusula penal, assistirá sempre ao promitente fiel o direito (potestativo) de execução específica. Pretendeu o legislador tutelar a posição

do promitente mais fragilizado, habitualmente o promitente comprador de uma unidade habitacional, sendo de salientar, porém, que, os termos amplos em que a norma se encontra redigida, permite interpretá-la no sentido de se aplicar a qualquer edifício independentemente do seu fim.

Com vista a restabelecer o equilíbrio entre as posições dos promitentes, estabelece a segunda parte do n.º 3 do art. 830.º que «*a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 437.º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora*». Naturalmente que o regime geral da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, disciplinado nos arts. 437.º a 439.º se aplica a qualquer contrato-promessa. A especificidade em sede de execução específica assenta no facto do promitente faltoso poder requerer a modificação do contrato-promessa¹¹ com base na alteração anormal das circunstâncias, mesmo no caso deste se encontrar em mora, o que representa um claro desvio à norma prevista no art. 438.º. Permitindo a Lei a modificação do contrato-promessa a pedido do promitente faltoso, quando este se encontre em mora, deverá o Tribunal actuar de forma prudente recorrendo aos princípios da boa fé de forma a evitar soluções injustas para o promitente fiel.

Em termos estritamente adjectivos, o pedido de modificação do contrato, representando uma pretensão autónoma do promitente faltoso, deve ser deduzido em sede reconvenicional.

Sucedem frequentes vezes as partes convencionarem que a transmissão do edifício ou fracção autónoma dele é feita livre de ónus e encargos, encontrando-se, porém, o edifício ou a fracção autónoma onerados com uma hipoteca, a qual subsiste após a alienação. Neste caso, assistindo ao promitente fiel adquirente o direito de expurgar a hipoteca, nos termos previstos no art. 721.º, atribui-lhe o n.º 4 do art. 830.º a faculdade de pedir, na acção destinada a obter a execução específica, a condenação do promitente faltoso a entregar-lhe o montante do débito garantido, ou o valor correspondente à fracção do edifício e dos respectivos juros vencidos e vincendos.

¹¹ Mas já não a resolução do contrato por esta ser incompatível com a execução específica.

No caso do contrato prometido admitir ao promitente faltoso invocar a excepção do não cumprimento, preceitua o n.º 5 do art. 830.º que a acção improcede, se o promitente fiel não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo Tribunal. Assim, e a título de exemplo, num contrato-promessa de compra e venda a acção não procederá no caso do promitente comprador não consignar em depósito o preço convencionado em falta no prazo estipulado pelo Tribunal.

Alguma doutrina¹² tem entendido que a consignação em depósito do preço não actua como um pressuposto para a apreciação do mérito da acção de execução específica. Dito por outras palavras, a falta de consignação em depósito do preço não provoca a improcedência liminar da acção de execução específica. Esta orientação justifica-se no facto da excepção do não cumprimento não ser de conhecimento officioso, pelo que carece de ser invocada pelo promitente faltoso na sua contestação. Destarte, só após o Tribunal apreciar a excepção do não cumprimento e caso esta proceda deverá então, na decisão final que decreta a execução específica, o Tribunal fixar um prazo para que o requerente proceda à consignação em depósito do preço. O que significa que, caso o requerente da execução específica, não consigne em depósito o preço em falta – *o preço ainda em dívida* - dentro do prazo fixado pelo na sentença, a acção improcederá.

Estaria, assim, a procedência da execução específica dependente do pagamento ou consignação em depósito do preço no prazo fixado pela sentença, cujo “*dies a quo*” ocorreria no dia do trânsito em julgado daquela decisão final. Dito por outras palavras, estaríamos em face de uma sentença sob condição.

É, todavia, possível sustentar entendimento diverso, porventura mais ajustado ao sentido e alcance decisivos na norma. Com efeito, parte da doutrina¹³ tem vindo a considerar que a consignação em depósito deverá ser realizada antes de proferida a sentença que decreta a execução específica. Para o efeito, justifica tal entendimento com o facto da sentença constitutiva ter como efeitos naturais a transmissão da propriedade do bem objecto do contrato prometido e a sua entrega contra o pagamento

¹² Vide Almeida Costa *in* “Contrato-Promessa, Uma Síntese do Regime Vigente, 9.ª edição, Almedina, págs. 60 a 63.

¹³ Vide João Calvão da Silva, *in* Sinal e Contrato-Promessa, 13.ª Edição, Almedina, págs. 180 a 183.

do preço. E, para evitar o risco da transferência da propriedade não ser acompanhada do pagamento do preço, com prejuízo para o promitente vendedor, a consignação em depósito actuaria como um pressuposto para a apreciação do mérito e procedência da acção de execução específica. Deste modo, caso o promitente vendedor invoque na sua contestação a “*exceptio non adimpleti contractus*”, a acção improcede se o promitente comprador não consignar em depósito, dentro do prazo que lhe for fixado pelo Tribunal, o preço em falta. Daqui decorre que, para ser decretada a execução específica, deverá a consignação em depósito ser previamente realizada. De outro modo, a sentença que julgasse procedente a acção de execução específica seria decretada sob condição do depósito ser realizado posteriormente, em prazo a fixar pela sentença.

Do que acaba de se expor resulta que, caso não seja realizado o pagamento ou o depósito do preço dentro do prazo fixado pelo Tribunal, deverá ser julgada improcedente a acção de execução específica sem necessidade de apreciação do mérito da causa. Com efeito a apreciação do mérito da causa ficaria prejudicada por se tornar inútil tendo em conta a inexorável improcedência da acção decorrente da falta do depósito do preço.

Embora compreendendo as razões subjacentes à posição doutrinal referida em primeiro lugar, propendemos para esta última orientação por a considerarmos mais consentânea quer com a letra quer com os interesses que a Lei pretendeu acolher.

De “*jure condendo*” entendemos, porém, que a consignação em depósito deverá poder ser substituída por uma garantia bancária “*on first demand*” ou garantia equivalente, evitando desse modo a necessidade do promitente comprador ter que dispor do valor do preço em falta por período de tempo que se pode revelar longo.

Conforme vai supra referido, o n.º 1 “*in fine*” do art. 830.º também exclui o recurso à execução específica caso «*a natureza da obrigação assumida*» se oponha à mesma.

Estamos perante contratos-promessa que, quer pela natureza dos interesses em jogo quer pela própria natureza da sentença a proferir, não se coadunam com a realização coactiva da prestação debitória.

É o que sucede com as promessas de prestação de serviços ou o contrato-promessa de trabalho, pois a natureza *intuitu personae* da prestação devida não é conciliável com a sua realização coactiva, ainda que, nesse caso, o promitente faltoso possa incorrer em responsabilidade contratual.

Mutatis mutandis quanto aos contratos reais «*quoad constitutionem*», como será o caso dos contratos-promessa de depósito, de penhor, de comodato ou de mútuo, na medida em que, sendo estes contratos reais, a sua celebração não depende apenas da emissão de uma declaração de vontade por parte dos contraentes mas também da prática de um acto material consistente na entrega de uma coisa.

Do mesmo modo, faltando a licença de utilização quando a Lei obriga à sua existência, também a execução específica não pode ser declarada, pois doutra forma estaríamos a admitir, por via judicial, a celebração do contrato prometido quando a Lei não o consente.

A execução específica fica igualmente inviabilizada se, estando o contrato-promessa apenas dotado de eficácia obrigacional, o promitente vendedor aliena previamente a coisa objecto do contrato prometido a terceiro (que procede ao imediato registo da aquisição do bem, estando este sujeito a registo). Pois aqui, a sentença que decretasse a execução específica do contrato estaria a promover a venda de uma coisa alheia. Restará pois ao promitente fiel declarar a resolução do contrato-promessa e exigir do promitente faltoso o pagamento dum indemnização calculada nos termos que adiante serão analisados.

Já não será assim, porém, se o contrato-promessa se encontrar dotado de eficácia real estando registado nos termos previstos na norma do n.º 1 do art. 413.º. Neste caso, mesmo que o promitente vendedor tenha disposto a favor de terceiro do bem objecto do contrato prometido, deve entender-se que a atribuição de eficácia real permite sempre recorrer à execução específica (ainda que estejamos em face de um contrato-promessa no qual as partes convencionaram sinal ou cláusula penal).

Para além das situações supra descritas, e como vai acima referido, é válido o contrato-promessa de compra e venda de coisa alheia (art. 892.º), bem como o contrato-promessa relativo à alienação de imóveis próprios ou comuns, quando vigore entre os cônjuges um dos regimes da comunhão, ainda que falte o consentimento de

um dos cônjuges (art. 1682.º-A), pois em ambos os casos o promitente não transmite a propriedade, apenas se obrigando a uma alienação em si mesma possível. Sempre se dirá, porém, que, também nestas situações, torna-se impraticável a execução específica pois não cabe ao Tribunal substituir o terceiro ou o cônjuge do promitente que não interveio no contrato-promessa. Restará assim ao promitente fiel declarar a resolução do contrato e optar pelo mecanismo indemnizatório.

6.2 A Resolução do Contrato-Promessa

Como vai acima referido, a opção pela execução específica pressupõe que o promitente faltoso se encontre em mora. Já a resolução do contrato pressupõe o incumprimento definitivo do contrato-promessa, assistindo, em consequência, ao promitente comprador o direito de extinguir o contrato e exigir a indemnização prevista no n.º2 do art. 442.º.

A título de nota introdutória, importa saber se estamos em face de um contrato-promessa no qual as partes convencionaram, ou não, sinal.

Por sinal entende-se uma coisa, habitualmente uma quantia em dinheiro (embora nada impeça que o sinal possa ser constituído por outra coisa fungível ou não fungível), que um dos contraentes entrega à contraparte no momento da celebração do contrato (podendo, todavia, ser entregue em momento ulterior), destinada a comprovar a seriedade do propósito negocial e a actuar como garantia do seu cumprimento ou da indemnização devida no caso do *tradens* incumprir o contrato.

No que tange ao contrato-promessa de compra e venda o art. 441.º estabelece a presunção de que assume a natureza de sinal toda a «*quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço*». Trata-se, no entanto, de uma presunção *juris tantum* (art. 350.º). Daqui resulta que num contrato-promessa de compra e venda toda a quantia pecuniária que o promitente comprador entregue ao promitente vendedor assume a natureza de sinal e de antecipação do preço convencional.

Antes de analisarmos a temática relativa ao incumprimento do contrato-promessa importa ter em conta o estatuído no n.º 1 art. 442.º, o qual é aplicável a qualquer contrato e não exclusivamente ao contrato-promessa. Dispõe a referida

disposição legal que «*quando haja sinal, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível*». Daqui resulta que, em caso de cumprimento do contrato (inclusive do contrato-promessa) a coisa entregue a título de sinal, normalmente uma quantia em dinheiro, será computada na prestação devida o que implicará uma operação de mero cálculo para quantificar o valor daquela prestação ainda em dívida.

De modo diverso se passam as coisas se o sinal entregue não for uma quantia em dinheiro, mas antes uma coisa (fungível ou não fungível) não sendo possível a sua imputação na *prestação devida*. Neste caso, realizada a prestação devida pelo *tradens* justifica-se a restituição do sinal, pois, de outra forma, assistiríamos a um locupletamento sem causa por parte do *accipiens*.

Vejamos agora, como actua o regime do sinal em caso de incumprimento do contrato-promessa imputável a um dos contraentes. Importa porém, e porque estamos no âmbito do incumprimento do contrato-promessa, distinguir consoante nos encontramos em face de um contrato-promessa no qual não foi estipulado a entrega de sinal ou de um contrato-promessa sinalizado.

Caso não exista sinal, o promitente fiel poderá, após resolver o contrato, exigir do promitente faltoso o pagamento de uma indemnização fixada nos termos gerais da responsabilidade civil.

É, porém, outro o regime legal caso exista sinal. Neste caso poderão ser diversos os caminhos que se abrem ao promitente fiel em caso de resolução de contrato-promessa com sinal passado.

Preceitua a 1.^a parte do n.º 2 do art. 442.º que ao promitente fiel assiste o direito de fazer seu o sinal recebido ou de exigir a sua restituição em dobro, consoante incumprimento seja imputável à parte que o entregou ou à parte que o recebeu. Neste caso, o sinal corresponde a uma sanção predeterminada para o incumprimento do contrato aproximando-se da cláusula penal. Este facto tem levado a que parte da doutrina e da jurisprudência venha pugnano pela aplicação do mecanismo da redução equitativa da cláusula penal de montante excessiva previsto na norma constante do art.

812.º ao contrato-promessa com sinal passado, por entender que a redução se justifica em ambas as situações¹⁴.

Como alternativa ao dobro do sinal, estabelece a 2.ª parte do n.º 2 do art. 442.º que, caso tenha ocorrida tradição da coisa objecto do contrato prometido, o promitente que entregou o sinal pode, em face do incumprimento definitivo da contraparte, optar por exigir uma indemnização correspondente ao aumento do valor da coisa ou 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 em singelo. Para melhor ilustrar este regime atente-se no seguinte exemplo: **A**, como promitente vendedor, e **B**, como promitente comprador, celebram um contrato-promessa de compra e venda do prédio X tendo convencionado o preço de € 150.000,00, e tendo **A** entregue a **B** as chaves do prédio que este passou a ocupar. Como sinal e princípio de pagamento **B** entregou a **A** € 15.000,00. Na data acordada para a celebração do prometido contrato de compra e venda **A** recusa-se a outorgar a prometida escritura pública. O valor do prédio objecto do contrato prometido ascende, à data da recusa, a € 200.000,00. Neste caso, e em alternativa ao dobro do sinal, assiste a **B** o direito de exigir de **A** uma indemnização calculada com base no aumento do valor do prédio - € 50.000,00 – acrescida do sinal em singelo - € 15.000,00 –, o que perfaz o montante global de € 65.000,00, em vez dos € 30.000,00 correspondentes ao dobro do sinal.

Esta solução visa impedir que o contraente que promete transmitir ou constituir o direito opte por incumprir o contrato-promessa motivado por razões de natureza especulativa, sobretudo quando existe já existe tradição da coisa prometida transmitir.

A indemnização pelo aumento do valor da coisa prometida vender pressupõe a existência simultânea de sinal (pois funciona como alternativa a este) e da prévia tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, pelo que a “*traditio rei*” actua como pressuposto desta modalidade indemnizatória. Desta sorte, caso não tenha

¹⁴ Vide nesse sentido Almeida Costa *in* Contrato-Promessa, Uma Síntese do Regime Actual, 9.ª ed., Almedina, pág. 70, António Pinto Monteiro *in* Clausula Penal e Indemnização, págs. 195 e seguintes. Na jurisprudência vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/03/1977 in BMJ, n.º 265, pág. 210 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/02/1983 (in BMJ, n.º 324, pág. 552). Em sentido contrário, vide João Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, 4.ª ed., Coimbra, pág. 303.

ocorrido aquela tradição o direito do promitente comprador queda-se pelo poder de exigir, a título de indemnização, o dobro do sinal.

Como forma de garantir o crédito indemnizatório resultante do não cumprimento imputável à outra parte, e como veremos adiante, o art. 755.º n.º 1 alínea f) concede ao beneficiário da promessa de transmissão ou de constituição de direito real, que obteve a tradição da coisa, um direito de retenção sobre a coisa objecto do contrato prometido.

Dispõe a 2.ª parte do n.º 3 do art. 442.º que «*se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito, como estabelece o número anterior, pode a outra parte opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no art. 808.º*»¹⁵.

Com base nesta norma, o incumprimento do contrato-promessa, enquanto facto que está na origem da aplicação das consequências previstas no n.º 2 do art. 442.º, concretamente da indemnização correspondente ao dobro do sinal ou ao valor actualizado da coisa ou do direito, deu lugar à construção de duas teses:

- a) uma das teses entende ser suficiente a simples mora para que o promitente fiel possa exigir a indemnização pelo sinal (perda ou pagamento em dobro), ou a indemnização correspondente ao valor actualizado¹⁶.
- b) A outra tese considera necessário proceder à compatibilização entre o n.º 2 do art. 442.º e o n.º 1 do art. 808.º. Vale dizer, exige, como pressuposto necessário para desencadear as sanções previstas no n.º 2 do art. 442.º, a necessidade do promitente fiel converter a mora do promitente faltoso em incumprimento definitivo. Isto é, o mecanismo sancionatório previsto na norma do n.º 2 do art. 442.º só deverá ser aplicado em caso de incumprimento definitivo e não na

¹⁵ Esta opção do promitente faltoso tem recebido por parte da doutrina a designação de “*excepção do cumprimento do contrato-promessa*”, vide, por todos, Almeida Costa *in ob. cit.*, pág. 77.

¹⁶ Nesse sentido escrevem Pires de Lima /Antunes Varela *in* Código Civil Anotado, vol.,I, pág. 423, «esta ressalva [do disposto no art. 808.º] significa que o direito de pedir, a título de indemnização, o aumento do valor da coisa pode ser exercido logo que o promitente-alienante incorra em mora ... À face das alterações introduzidas no art. 442.º pelo Decreto-Lei n.º 379/86, também o direito de o promitente-adquirente exigir o dobro do sinal entregue, bem como o direito de o promitente-alienante fazer seu o sinal recebido, pressupõem apenas a *mora* da contraparte e não uma situação de incumprimento definitivo». No mesmo sentido, reportando-se ao sinal em dobro, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/03/1997 *in* CJ – AC. do STJ, ano V, t.I, págs. 161).

hipótese de simples mora. Esta última tese tem vindo a ser acolhida maioritariamente pela jurisprudência¹⁷ e pela doutrina¹⁸.

Aceitando – como aceitamos – esta última tese, segundo a qual a aplicação do regime legal sinal e da alternativa pelo aumento do valor apenas se aplica em caso de resolução por incumprimento definitivo (e não no caso de simples mora no cumprimento), torna-se difícil determinar o sentido e alcance a atribuir à 2.^a parte do n.º 3 do art. 442.º. Com efeito, pressupondo a resolução do contrato-promessa por banda do promitente comprador que este tenha perdido objectivamente interesse na prestação, ou que tenha convertido a mora em incumprimento definitivo, nos termos do art.808.º, torna-se incongruente que o promitente vendedor ainda se possa oferecer para cumprir um *contrato-promessa já resolvido*.

Cabe, pois, perguntar qual a razão pela qual, optando o promitente fiel, em consequência da resolução do contrato-promessa fundada no art.808.º, pelo aumento do valor da coisa ou do direito, assiste ao promitente faltoso a possibilidade de se opor ao exercício desse direito, oferecendo-se para cumprir a promessa «*salvo o disposto no art. 808.º*»? Por outro lado, não se descortina com facilidade que interesse juridicamente relevante poderá o legislador ter querido acolher ao ressaltar “*in fine*” aplicação do disposto no art. 808.º (a chamada excepção do cumprimento), quando ao promitente fiel é atribuído o direito de exigir o aumento do valor da coisa ou do direito, após ter, precisamente nos termos do art.808.º, convertido a mora em incumprimento definitivo e declarado a resolução do contrato-promessa.

¹⁷ Vide, a título de exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/01/2010 (Proc. n.º 628/09.3YFLSB) «A mora não confere o direito de resolução do contrato; só o incumprimento definitivo e culposo dá lugar às cominações previstas no art. 442.º n.º 2, não bastando, para o efeito, a simples mora»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/10/2009 (Proc. n.º 449/09.3YFLSB.C1.S2) « A mora não é suficiente para desencadear o mecanismo indemnizatório do sinal, que pressupõe o incumprimento definitivo do contrato-promessa»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/05/2008 (Proc. n.º 08B773) «Só o incumprimento definitivo do contrato-promessa confere ao contraente fiel o direito à resolução do contrato e desencadeia a aplicação das sanções consignadas no n.º2 do art.442.º do Código Civil»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/07/2007 (Proc. n.º 07B1835) «No caso de incumprimento do contrato-promessa, a lei abre dois caminhos ao contraente não faltoso: a execução específica (art.830.º do Código Civil), havendo simples mora, e a resolução do contrato (art. 432.º) havendo incumprimento definitivo»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/2006 (Proc. n.º 06A3723) «A aplicação das sanções previstas no art. 442.º do Código Civil pressupõe o incumprimento definitivo e não a simples mora».

¹⁸ Vide, por todos, João Calvão da Silva, *in* Sinal e Contrato-Promessa, 13.^a Edição, Almedina, págs. 140 a 154.

De forma a evitar a contradição da 2.^a parte do n.º 3 do art.442.º com as regras do incumprimento das obrigações e com a resolução parece-nos correcta a doutrina que pugna pela sua interpretação ab-rogante¹⁹. De facto, a 2.º parte do n.º 3 do art. 442.º colide directamente com os princípios gerais do direito civil e do não cumprimento das obrigações, pelo que para evitar essa contradição, que nos parece insanável, e, simultaneamente por não encontramos utilidade relevante que justifique “*in casu*” a «*excepção do cumprimento*» somos tentados a considerar como não escrita a norma contida na 2.º parte desta disposição legal.

Por fim, estatui a 1.^a parte do n.º 3 do art. 442.º que «*em qualquer dos casos previstos no número anterior, o contraente não faltoso pode, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, nos termos do art. 830.º*». Quer esta norma significar que, existindo sinal, o promitente fiel pode recorrer à execução específica nos termos gerais previstos no art. 830.º. Ou seja, será possível recorrer à execução específica num contrato-promessa com sinal passado em duas situações, a saber: caso as partes tenham ilidido a presunção prevista no n.º 2 do art. 830.º, ou no caso de contratos-promessa a que se refere o n.º 3 do art. 410.º, situação em que, por força da natureza imperativa da norma contida no n.º 3 do art. 830.º, será sempre possível o recurso à execução específica mesmo nos contratos-promessa sinalizados, sendo inclusive nula a cláusula em que as partes convencionem o contrário.

Parece ser, assim, supérflua a 1.^a do n.º 3 do art. 442.º, pois, em boa verdade, nada acrescenta ao art. 830º, normativo que define os termos em que é possível obter uma sentença que produza os efeitos da declaração negocial do promitente faltoso.

De salientar que o recurso à execução específica não implica que tenha havido “*traditio rei*”. Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no seu Assento de 19/12/1989 segundo o qual «*no domínio dos artigos 442.º n.º 2 e 830.º, n.º 1, do Código Civil, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, o direito à execução específica não depende de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa para o promitente comprador*»²⁰.

¹⁹ Nesse sentido João Calvão da Silva *in ob. citada*, pág. 153.

²⁰ Publicado no Diário da República de 23/02/1990 I-Série-A.

O n.º 4 do art. 442.º exclui, no caso de incumprimento do contrato-promessa, a possibilidade do promitente fiel exigir qualquer outra indemnização «*nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, ou do aumento do valor da coisa ou do direito à data do não cumprimento*». Esta norma merece duas observações. Por um lado trata-se de uma norma supletiva, pelo que nada impede que as partes convençionem disciplina diversa. Por outro lado, não impede a possibilidade de ao promitente fiel assistir o direito a exigir outra indemnização baseada em facto distinto do incumprimento do contrato-promessa. Pense-se no direito à indemnização por benfeitorias realizadas pelo promitente comprador que adquiriu a tradição da coisa objecto do contrato prometido.

6.3 O Direito de Retenção

O art.755.º n.º1 al. f) atribui um direito de retenção ao «*beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º*».

Resulta deste normativo que o titular do direito de retenção é o beneficiário de qualquer contrato-promessa que tenha obtido a tradição da coisa objecto do contrato prometido. Naturalmente que é pressuposto do direito de retenção a existência da “*traditio rei*”, pois sem esta o direito de retenção deixa de ter objecto.

Vale dizer, o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que não obteve a tradição da coisa não goza do direito de retenção, pois nada tem para reter uma vez que nada lhe foi entregue.

Estamos em face de um direito real de garantia cuja finalidade é garantir o crédito do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real em face do incumprimento imputável à contraparte. Ora, esse crédito, que o direito de retenção visa garantir, consiste no dobro do sinal, no aumento do valor da coisa ou da indemnização convençionada, conforme resulta do n.º 4 do art.442.º, o qual tem como facto constitutivo o incumprimento definitivo do contrato-promessa por banda da parte que promete transmitir ou constituir o direito real.

Trata-se de uma garantia que se enquadra no âmbito da protecção dos consumidores, designadamente do promitente adquirente não profissional que obteve a “*traditio rei*”. O direito de retenção, tal como vai consagrado no art. 755.º n.º 1 al. f), encontra a sua justificação na reforçada expectativa por parte do promitente comprador que obteve a “*traditio rei*” de que o contrato prometido será celebrado. Para além do direito de retenção actuar como um direito real de garantia (de que o crédito indemnizatório do beneficiário será satisfeito), tem igualmente uma natureza coerciva no sentido de pressionar o promitente alienante a pagar a indemnização devida.

Enquanto direito real de garantia atribui prioridade ao respectivo titular de ser pago, com preferência a qualquer outro credor, pelo valor do bem objecto do contrato prometido. O direito de retenção prefere inclusivamente à hipoteca registada anteriormente (art. 759.º n.º2). Esta prevalência tem motivado, no entanto, a crítica da doutrina, por se entender que o promitente vendedor/construtor poderá, por via da referida prevalência, prejudicar a instituição financiadora da obra ainda que o crédito desta esteja protegido por hipoteca. Bastaria, para o efeito, que o promitente vendedor, em fase de acabamento da construção do edifício, entregasse as chaves deste ao promitente comprador para que este nele se instalasse. Por esta via, o crédito indemnizatório a que o promitente comprador tem direito, em consequência do incumprimento definitivo do promitente vendedor, encontra-se protegido pelo direito de retenção o qual prevalece sobre a garantia real anteriormente registada da instituição financiadora, podendo inclusivamente esvaziar-se desse modo a garantia resultante da hipoteca²¹.

Esta norma (contida no n.º 2 do art. 759.º) já viu a sua inconstitucionalidade ser suscitada por diversas vezes. Porém, o Tribunal Constitucional nos seus acórdãos n.º 356/04 de 19/04/2004, e 594/03 de 03/12/2003 pronunciou-se no sentido da constitucionalidade da referida norma²².

Ao consagrar o presente regime pretendeu o legislador tutelar os interesses do promitente-comprador/consumidor quando em confronto com os interesses das

²¹ Vide Antunes Varela *in* Sobre o Contrato-Promessa, 2.ª ed. Coimbra Editora, pág. 154 a 157.

²² Também no sentido da constitucionalidade na norma contida no n.º 2 do art. 759.º pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 18/12/2007 (Proc. n.º 07B4123).

instituições financiadoras, em especial quando se está perante a compra de imóvel destinado à habitação²³.

²³ vide a este respeito Ribeiro de Faria *in* Direito das Obrigações, I, Coimbra 1990, pág. 281. Ensina o Ilustre Autor que «no diferendo ou jogo de interesses polarizado em torno de um consumidor final e das instituições de crédito, a lei, repensando tudo, deixou-se cair uma vez mais para o lado do primeiro. E bem. É que as armas com que as instituições de crédito se podem defender neste contexto levam de longe a palma às capacidades de defesa dos simples consumidores. Àquelas basta, na verdade, para se tutelarem adequadamente, seleccionar os créditos a conceder».