

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

João Filipe Carqueja Carreira

Dissertação apresentada no âmbito do
2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Forenses
Orientador: Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

Coimbra
Maio de 2013

*"Um contrato verbal não vale o
papel em que está escrito."*

Samuel Goldwyn

Agradecimentos

Embora apenas assinado por mim, o trabalho que se segue esconde bem mais que um autor. São várias as pessoas que, directa ou indirectamente, contribuíram para este resultado. Na verdade, esta obra reflecte não só o meu esforço, mas também o de outros. E se nem todos caberão nestas linhas, alguns há a quem devo, pelo menos, este espaço.

O primeiro agradecimento vai obviamente para o meu ilustríssimo orientador, Professor Doutor Miguel Mesquita, que mesmo nunca tendo sido meu professor, aceitou esta tarefa sem qualquer entrave.

Aos meus pais e irmã, por tudo.

À minha companheira de todo o sempre Francisca, o carinho e apoio em todas as horas.

Ao Mário, Pedro e Renato, pela amizade, ajudando-me a distrair entre horas de trabalho, sendo meus companheiros de dia-a-dia.

À Carolina, eterna amiga, que, mesmo distante (mas apenas geograficamente) e mesmo sem saber me acompanhou por inúmeras horas.

Obrigado a todos. Sem vocês teria sido, se não impossível, com certeza mais difícil.

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

Índice

Introdução.....	7
Considerações Gerais.....	9
A) O Contrato-promessa.....	9
B) O Processo Executivo: Aspectos Gerais.....	12
As Partes no Processo Executivo.....	14
B) Acto Susceptível de afectar Terceiro.....	18
C) Meios de Defesa do Terceiro	21
A Posição do Promitente Adquirente enquanto Terceiro Face a Processo Executivo.....	26
A) Enquadramento do problema.....	27
B) O contrato-promessa no âmbito da execução para entrega de quantia certa.....	28
1) O promitente adquirente enquanto (possuidor nos termos do direito de retenção) titular de um direito de retenção	28
2) O promitente adquirente como possuidor em nome próprio nos termos do direito de propriedade	33
3) O promitente adquirente enquanto titular de um direito pessoal de gozo decorrente da traditio	38
O promitente adquirente enquanto titular de um direito à execução específica ..	39
4) O artigo 903º do Código de Processo Civil.....	43
C) O contrato-promessa no âmbito da execução para entrega de coisa certa.....	48
1) Considerações Gerais	48
2) O promitente adquirente como possuidor em nome próprio nos termos do direito de propriedade	50
3) Promitente-adquirente enquanto titular de um direito de um direito de retenção	50
4) Promitente-adquirente enquanto titular de um direito de um direito à execução específica.....	51
5) O artigo 903º CPC no âmbito da acção executiva para entrega de coisa certa	
52	
O contrato-promessa no âmbito do processo de insolvência	53

A) Considerações Gerais	53
B) O contrato-promessa com eficácia real e eficácia obrigacional: Quando pode haver recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência?	54
C) Os efeitos da recusa de cumprimento	56
D) O Direito de Retenção no Processo de Insolvência.....	61
Conclusão	64
Bibliografia	65

Abreviaturas

Ac.	<i>Acórdão</i>
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
CC	<i>Código Civil</i>
CIRE	<i>Código de Insolvência e Recuperação de Empresas</i>
CPEREF	<i>Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e da Falência</i>
CPC	<i>Código de Processo Civil</i>
IMI	<i>Imposto Municipal sobre Imóveis</i>
IMT	<i>Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas sobre Imóveis</i>
STA	<i>Supremo Tribunal Administrativo</i>
STJ	<i>Supremo Tribunal de Justiça</i>

Introdução

Quando nos foi apresentada a necessidade de realizar uma dissertação, uma das imediatas dificuldades que me surgiu foi, sem sombra de dúvida, definir o seu tema. Contudo, a ideia que subjaz a presente investigação surgiu naturalmente, a partir da maior fonte dos problemas relacionados com o direito: o mundo da prática. Assim, a presente investigação tem como base um caso real, dele partindo, dele surgindo todos os problemas para os quais nos propomos contribuir para encontrar uma solução.

A presente investigação tem o propósito de fazer um excuro tendo como base a situação de um sujeito que celebra com outrem um contrato-promessa e que vê a sua posição jurídica ameaçada. Os problemas surgirão primordialmente no hiato entre a celebração da promessa e a conclusão do negócio prometido.

Não pretendemos aqui fazer um excuro pelas possíveis patologias do contrato-promessa em si, na imediata relação entre promitente e promissário. A situação que estará sempre na base da nossa investigação é aquela em que o bem objecto do contrato prometido é nomeado à penhora ou apreendido no âmbito de uma acção executiva movida contra o promitente. É aqui neste momento que importa ter em conta a posição do promissário que, de repente sem ter uma palavra a dizer, vê o bem objecto do contrato prometido ameaçado por uma penhora ou apreensão judicial. Importa aqui discorrer, consoante todas as variáveis possíveis de contratos-promessa, sobre as possibilidades que o promissário tem de defender a sua posição jurídica e os seus interesses. O que pode este fazer perante esta súbita e inesperada ameaça que lhe pode trazer graves prejuízos, quer pelo que já eventualmente despendeu em termos económicos, quer com a frustração da celebração de um negócio para o qual tomou até o cuidado de se precaver ao celebrar em momento anterior um contrato-promessa (a designação italiana, *contratto preliminare*, dá-nos, olhando literalmente para a designação, essa função do contrato-promessa).

Ganha aqui relevo a figura dos embargos de terceiro prevista nos artigos 351º e seguintes do Código de Processo Civil (CPC de ora em diante). Longa tem sido a discussão jurisprudencial e também doutrinal à volta desta figura, e ainda mais no âmbito do tema da nossa investigação. A legitimidade deste terceiro promissário (nas mais variadas vestes que pode assumir) tem sido uma questão controvertida já desde há largos anos, tendo-se talvez intensificado aquando da Reforma do Processo Civil de 95-

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

97. Até ai vistos como um instituto de defesa da posse, os embargos de terceiro foram incluídos sistematicamente como um incidente de instância. Foi também neste momento que se adicionou a expressão ‘qualquer direito incompatível’ que, com aplauso, veio desprender os embargos de terceiro da defesa da posse, alargando o seu âmbito de aplicação.

Esta foi no entanto uma alteração que, ao usar conceitos indeterminados, abriu azo a uma nova consideração dos embargos de terceiro, nomeadamente quanto às situações que estes possam ter passado a abranger. É também aqui que pretendemos entrar, havendo aqui inúmeras questões à volta do contrato-promessa que importam analisar neste espaço. Tudo sem nunca perder de vista analisar a protecção que se poderá ou não conceder ao promissário na situação paradigmática já acima descrita.

Embora o nº2 do artigo 351º do CPC exclua a dedução de embargos no âmbito do processo de insolvência e recuperação de empresas, não podemos, contudo, deixar para lá esta realidade face aos tempos hodiernos de crise económico-financeira (e também de valores) e de actual massificação de recurso ao processo de insolvência, quer por empresas quer por particulares. Teremos assim como pano de fundo a situação em que o promitente é declarado insolvente e vê todos os seus bens (incluindo aquele objecto do contrato prometido) incluídos na massa insolvente. Aqui teremos de lançar um olhar às normas legais do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE de ora em diante) que tratam especificamente esta matéria, nomeadamente o artigo 106º. Esta tem sido também uma situação alvo de análise da doutrina, e que tem suscitado algumas dificuldades.

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

Capítulo I

Considerações Gerais

Sumário: A) O Contrato-promessa;
B) O Processo Executivo: Aspectos Gerais

A) O Contrato-promessa

O contrato-promessa faz parte da categoria mais abrangente dos contratos preliminares, e pode-se definir de forma genérica como *a convenção pela qual ambas as partes* (promitente, de um lado e promissário do outro¹), *ou apenas uma delas, se obrigam, dentro de certo prazo ou verificados certos pressupostos a celebrar determinado contrato*², ou como alerta RUI ALARCÃO³, embora sendo quase sempre de um contrato, nada impede que se trate de um negócio unilateral (como a confirmação de um negócio anulável)⁴.

O contrato-promessa faz nascer uma obrigação de prestação de facto positivo, que não é mais do que a emissão da declaração negocial correspondente à realização de um outro contrato, o denominado *contrato prometido*, que é o objecto do contrato-promessa⁵. O que temos então, de forma simples, é uma convenção entre duas partes que têm como escopo último a realização de um outro negócio, e que pelas mais variadas razões que a *praxis* pode encontrar, celebram aquela primeira convenção, como preparatória do negócio último efectivamente pretendido.

E de facto, o conhecimento prático de profissões como a mediação imobiliária ou o popularmente denominado *construtor* ou *empreiteiro de obras*, fazem uso sistemático deste contrato preliminar. Também nos apercebemos facilmente da larga importância que o contrato-promessa adquiriu ao analisar as revistas de jurisprudência (ou hoje as tão acessíveis bases jurisprudenciais *online*). Aqui se encontram incontáveis

¹ Sublinhado nosso.

² ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS in *Das Obrigações em Geral* Vol. I P. 308

³ In *A Confirmação dos negócios anuláveis 1971*, P. 103 APUD ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS in *Das Obrigações em Geral* Vol. I P. 308

⁴ Vide também CALVÃO DA SILVA, JOÃO in *Sinal e Contrato-promessa* 12^{ed.} P. 17

⁵ Vide CALVÃO DA SILVA, JOÃO in *Sinal e Contrato-promessa* 12^{ed.} P.17 e 18

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

litígios com fonte em contratos-promessa, o que sustenta a ideia da relevância para o mundo da *praxis* (para o qual o direito se deve direccionar) desta *ferramenta*.

As funções que normalmente se atribuem ao contrato-promessa são as de segurança e de preparação, se não veja-se, ao celebrar o contrato-promessa as partes mais não fazem que *preparar e garantir* o contrato prometido, que por alguma razão não pretendem ou não possuem condições de celebrar no primeiro momento. Nas palavras de JOÃO CALVÃO DA SILVA:

o contrato-promessa é um verdadeiro contrato, distinto do negócio subsequente, em qualquer caso um contrato preliminar ou preparatório do negócio definitivo, um contrato de segurança ou de garantia do negócio prometido.

O contrato-promessa tem inúmeras variáveis, podendo assumir várias modalidades, mas importa desde logo distinguir duas, o contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional do contrato promessa com eficácia real.

A norma é o contrato-promessa ter apenas eficácia obrigacional, *inter partes*, ou seja, com eficácia restrita apenas às partes que o celebraram. Já que o que surge do contrato-promessa é uma obrigação de contratar, uma prestação de facto positivo (ou seja, um direito de crédito), e não tendo as obrigações eficácia externa, não sendo oponíveis a terceiros. Contudo, o que muitas vezes sucede, é que as partes decidem atribuir eficácia real ao contrato-promessa, o que lhe é facultado pelo artigo 413º do Código Civil, quanto à promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo. Este será então um caso excepcional, em que o contrato-promessa produzirá efeitos em relação a terceiros (estranhos àquela convenção). São precisos, no entanto, preencher três requisitos para que a atribuição de eficácia real seja válida. Primeiro, que as partes declarem expressamente a vontade de tornar o contrato-promessa oponível a terceiros. Segundo, que o contrato-promessa seja solenizado, por escritura pública ou documento particular autenticado se o contrato prometido exigir igual forma, se este não for formal, ou se apenas for exigida a forma escrita, bastará o documento particular. Terceiro, que o contrato-promessa seja inscrito no respectivo registo.^{6 7}

⁶ Vide CALVÃO DA SILVA, JOÃO in *Sinal e Contrato-promessa* 12ªed. P.20 a 22

⁷ Vide ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS in *Das Obrigações em Geral* Vol. I P. 328ss

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

Se assim acontecer, os direitos de crédito com fonte no contrato-promessa vêm a sua eficácia alargada perante terceiros, ganhando primazia sobre outros direitos relativos àquele bem que, obviamente, não tenham obtido registo em data anterior. Assim, e nas palavras de ANTUNES VARELA, *quando assim for, a promessa (...) prevalece sobre todos os direitos (pessoais ou reais) que posteriormente se constituam em relação à coisa tudo se passando, sob esse aspecto, em relação a terceiros, como se a alienação ou oneração prometido, uma vez realizada, se houvesse efectuado na data em que a promessa foi registada.*⁸

A eficácia real da promessa confere assim oponibilidade face a terceiros, sendo qualquer aquisição feita por terceiro ineficaz perante o promissário, protecção que lhe é conferida pela eficácia real. Caso venha efectivamente a acontecer uma situação, em que por exemplo, o promitente-vendedor, aliena o bem objecto do contrato prometido, posteriormente a ter celebrado contrato-promessa com eficácia real, devidamente registada, o promitente-adquirente poderá recorrer à execução específica do contrato-promessa (Artigo 830º do Código Civil), em que a sentença (constitutiva) do tribunal, substituirá a declaração negocial do promitente-vendedor, celebrando-se desta forma o contrato-prometido.

Ficam, desta forma (demasiado) simples, expostos em traços muito largos as principais relações que surgem dum contrato promessa, apenas por forma a perceber a sua dinâmica fundamental. Sempre tendo no horizonte a situação última que acima apontámos como sendo a motivação de fundo para a nossa investigação, pormo-nos na pele de um promissário (normalmente será um caso de contrato-promessa de transmissão ou constituição de um direito real) que prepara e se garante para o contrato final, ao celebrar uma promessa, que depois vê a sua posição jurídica ameaçada por uma penhora, acto judicial de apreensão ou que vê, no âmbito do processo de insolvência, o bem objecto do contrato prometido ser afectado à massa insolvente.

⁸ Vide ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS in *Das Obrigações em Geral* Vol. I P. 239

B) O Processo Executivo: Aspectos Gerais

Quando alguém adstrito a uma obrigação a incumprir torna-se premente a existência de mecanismos aptos a possibilitar, a quem se vê prejudicado por esse incumprimento, uma reparação efectiva. Trata-se não de declarar ou não a existência de direitos, mas sim, nas palavras de LEBRE DE FREITAS⁹, *providenciar pela reparação material coactiva do direito do exequente*. Aqui actua um órgão do Estado que emprega a força, e que, portanto, é dotado de *ius imperii*.

Para fazer uso da denominada *sanção executiva*, que tem como objectivo proporcionar ao credor um resultado igual (ou pelo menos por equivalente) àquele que teria obtido se a obrigação tivesse sido pontualmente cumprida¹⁰, o credor necessita de estar munido de um título executivo. Pois, já que estamos numa fase em que não devem haver dúvidas sobre a certeza do direito que se pretende executar, necessitamos de um instrumento apto a conferir o denominado *acertamento*, que não é mais precisamente que o título executivo¹¹.

A *sanção executiva* é exercida através do direito de execução, que permite tal como o n.º3 do artigo 4.º do CPC expressa, *a reparação efectiva do direito violado*. O nosso direito executivo desdobra-se fundamentalmente em 3 modalidades: a execução para pagamento de quantia certa, para entrega de coisa certa e para prestação de facto.

Concluindo, e no dizer de MIGUEL MESQUITA¹², *o mecanismo de execução é, em termos gerais, bastante simples: o Estado, por intermédio dos tribunais, sub-roga-se ao devedor faltoso (titular da denominada responsabilidade executiva), adoptando certas providências que visam a satisfação do direito violado*.

O artigo 817.º do Código Civil prescreve que, (...) *tem o credor direito (...) de executar o património do devedor, (...)*. Imagine-se na fórmula mais comum, que alguém contrai um empréstimo bancário, ficando obrigado à restituição do valor mutuado através de prestações mensais e sucessivas, e a certa altura deixa de pagar. O banco já munido de título executivo intenta a acção executiva para pagamento de quantia certa para obter os valores em falta. Para isso ir-se-á apreender os bens do devedor, que posteriormente serão vendidos (nas diversas modalidades previstas nos

⁹ LEBRE DE FREITAS, JOSÉ In *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ªed 2009, P.9

¹⁰ Cfr. MESQUITA, LUÍS MIGUEL ANDRADE In *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P. 9 e 10.

¹¹ Cfr. Artigo 46º do Código de Processo Civil que define as espécies de títulos

¹² MESQUITA, MIGUEL In *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P.12

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

artigos 886º e seguintes do CPC) para com o preço obtido se proceder ao respectivo pagamento¹³. Quando se olha para o património do devedor, olha-se naturalmente para os bens que estão na sua posse, e não havendo uma prévia indagação sobre a titularidade do direito sobre aquele bem, abre-se aqui um espaço em que eventuais direitos de terceiros se possam ver ameaçados sem qualquer aviso prévio¹⁴. Tal torna-se obviamente mais susceptível no caso de penhora de bens móveis. Se não veja-se o nº2 do artigo 848º do CPC: *Presume-se pertencerem ao executado os bens encontrados em seu poder, podendo a presunção, feita a penhora, ser ilidida perante o juiz, mediante prova documental inequívoca do direito de terceiro, sem prejuízo de embargos de terceiro*. Desta presunção fácil é retirar que o escopo último do direito executivo é o benefício do credor, ou seja, que num primeiro momento, existe uma norma legal que expressamente beneficia o credor exequente face a um terceiro que poderá ter um qualquer direito sobre aquele bem que se encontra, por um qualquer motivo, na posse do devedor executado.

Embora seja quanto aos bens móveis que a situação acima descrita possa suceder, uma outra também bastante propensa será o caso dos contratos-promessa em que o contrato prometido não foi ainda celebrado, pois como facilmente se compreende, o bem objecto do contrato prometido ainda se mantém na esfera jurídica do promitente. Se neste hiato entre a celebração da promessa e do contrato prometido, o bem for alvo de penhora ou apreensão judicial, poder-se-á desencadear uma situação propensa a lesar os direitos do promissário que se garantiu e preparou ao celebrar a promessa.

¹³ Vide, REMÉDIO MARQUES, João Paulo *in Curso de Processo Executivo à Face do Código Revisto*, 2000 P.19 e 20.

¹⁴ LEBRE DE FREITAS, José A *penhora de Bens na Posse de Terceiro in Revista da Ordem dos Advogados*, 1992, II

Capítulo II

As Partes no Processo Executivo

- Sumário:** A) Exequente, Executado e Terceiros
B) Acto Susceptível de afectar Terceiro
C) Meios de Defesa do Terceiro

A) Exequente, Executado e Terceiros

No âmbito da nossa investigação é desde logo importante identificar as partes existentes numa acção executiva, tendo como especial foco de atenção aqueles que serão terceiros, nomeadamente a distinção entre os denominados terceiros-partes e terceiros estranhos.

Numa normal acção executiva teremos de um lado o exequente (um ou vários) e do outro o executado (um ou vários). São estes as partes no processo executivo, os que, do ponto de vista formal, figuram no requerimento inicial¹⁵. Mas tal não basta, é preciso aferir da legitimidade das partes que figuram no requerimento inicial, assumindo aqui papel fundamental o título executivo. É parte legítima quem figure no título executivo como credor e como devedor - assim define o artigo 55º do CPC. No entanto, e no que toca à parte passiva (do lado do devedor), são admitidos desvios à regra. Nestes casos, a legitimidade passiva pertence a pessoas que não figuram no título executivo como devedores. Como nos diz MIGUEL MESQUITA¹⁶, “*relativamente a estas hipóteses subtraídas à regra da coincidência, que a eficácia executiva se estende ultra partes tituli ou ultra titulum e que o processo segue contra terceiros-partes*”.

Podemos identificar desde logo 3 grandes desvios à denominada regra da coincidência¹⁷, a primeira relativa aos casos de sucessão. Estabelece assim o nº1 do artigo 56º CPC que, *tendo havido sucessão no direito ou na obrigação, deve a execução correr entre os sucessores das pessoas que no título figuram como credor ou devedor da obrigação exequenda*^(..)(aqui o termo sucessão é usado genericamente, não abarcando apenas as transmissões por morte, tal como defende ALBERTO DOS

¹⁵ Cfr. MESQUITA, MIGUEL *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P. 17.

¹⁶ *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P. 18 e 19.

¹⁷ Seguimos de perto LEBRE DE FREITAS, JOSÉ *In A Acção Executiva*, ob. Cit., P121 a 131.

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

REIS¹⁸). Ou seja, sucessão *inter vivos* e *mortis causa*. Assim, no momento de propositura da acção executiva, de acordo com o citado artigo, *deduzirá o exequente os factos constitutivos da sucessão logo no requerimento executivo*. Se a acção estiver já pendente, terá de promover-se o incidente de habilitação previsto nos artigos 371º e seguintes do CPC com as devidas adaptações.

O segundo desvio é o estabelecido pelo nº2 do artigo 56º CPC, que nos diz que a *execução por dívida provida de garantia real sobre bens de terceiro seguirá directamente contra este, se o exequente pretender fazer valer a garantia, sem prejuízo de poder desde logo ser também demandado o devedor*. Aqui regulam-se as hipóteses em que é constituída uma garantia em benefício do credor exequente e a coisa objecto da garantia pertence a um terceiro. Como alerta MIGUEL MESQUITA,¹⁹ estamos aqui perante um caso em que *a eficácia executiva do título pode estender-se a terceiros titulares do direito real de propriedade*. Tal podendo dever-se à situação em que um terceiro onera com uma garantia um bem de que é proprietário, com o fim de garantir o cumprimento de uma obrigação alheia. Numa feliz formulação, F. P. LUISO diz-nos que *o terceiro é limitadamente responsável por uma dívida alheia, ou, talvez mais correctamente, alguns dos seus bens são penhoráveis por causa de uma dívida alheia*²⁰.

Deste modo, o credor pode intentar acção apenas contra o terceiro garante²¹, tendo contudo sempre a salvaguarda de, não sendo suficiente o bem objecto de garantia para satisfazer o cumprimento do seu crédito, poderá ser solicitar o chamamento do devedor ao processo, prosseguindo a acção executiva também contra este (nº3 do artigo

¹⁸ In Código de Processo Civil anotado, vol. I p.182, *Apud* MESQUITA, MIGUEL *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ºed.2001, P. 19

¹⁹ Cfr. MESQUITA, MIGUEL *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ºed.2001, P. 22

²⁰ F.P. LUISO in *L'esecuzione ultra partes*, Milano, Giuffrè, 1984 P.65, *Apud* MESQUITA, MIGUEL *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ºed.2001, P. 22

²¹ Como alerta MIGUEL MESQUITA *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ºed.2001, P. 26, apenas está consagrada a possibilidade (ao invés da necessidade) de o credor propor acção executiva simultaneamente contra o devedor e terceiro proprietário do bem objecto da garantia, ou seja, a acção executiva poderá correr apenas contra o terceiro, sem que seja dado conhecimento ao devedor. Defendendo o Autor que a melhor solução seria aqui a existência de um litisconsórcio necessário, pois o *titular da obrigação cujo cumprimento se pretende obter coercivamente através da execução é o devedor*. Posição igualmente sufragado por ANTUNES VARELA, in R.L.J., ano 124, P.166 Nota 1. E também por MARIA JOSÉ CAPELO, in *Breves considerações sobre a legitimidade do terceiro garante e possuidor de bens onerados pertencentes ao devedor (art.56º do CPC)*, in Revista Jurídica da Universidade Moderna, ano I (1998) p. 297.

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

56º do CPC)²². Contudo, se o credor quiser beneficiar da garantia constituída pelo terceiro, terá sempre de propor a acção executiva contra este, pois, como bem alerta LEBRE DE FREITAS, *nunca podem ser penhorados bens senão do executado, seja este o devedor principal, um devedor subsidiário ou um terceiro*²³. Mas, pode também suceder que apenas seja demandado na acção executiva o devedor, se assim for, obviamente, o credor exequente poderá nomear à penhora qualquer bem que lhe pertença. Isto, sem que o devedor possa exigir que seja penhorado em primeiro lugar o bem onerado com a garantia pertencente ao terceiro²⁴, posição assim defendida por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA²⁵, que nos dizem que *estando constituída uma garantia real por terceiro o credor pode, indiferentemente, executar o património do devedor ou os bens onerados*. Esta posição é fundamentada através de um argumento *a contrario*, retirado do artigo 697º do CC que estabelece que *o devedor que for dono da coisa hipotecada tem o direito de se opor (...) a que outros bens sejam penhorados na execução enquanto se não reconhecer a insuficiência da garantia (...)*. Daqui retira-se que se a propriedade da coisa objecto da garantia não pertencer ao devedor, este não pode exigir que se penhore primeiramente o objecto da garantia antes de qualquer outro seu bem²⁶.

Mas podemos estar também perante uma situação como a enunciada por MIGUEL MESQUITA²⁷, em que, resumidamente, um terceiro adquire uma coisa que é objecto de uma garantia real, ou seja, adquire um bem, já anteriormente, onerado. O facto de a coisa onerada ter sido alienada, ela continua a garantir o cumprimento da obrigação para a qual foi constituída, pois essa garantia real é oponível *erga omnes*²⁸. Aqui, tal como a cima foi dito, para que se possa penhorar a coisa objecto da garantia, o credor terá de demandar o terceiro que a adquiriu (Artigo 56º nº2 CPC), mas se assim o não decidir fazer, demandando tão só o devedor, à semelhança do acima já exposto, este não poderá este exigir que se penhore, anteriormente aos seus bens, a coisa objecto da garantia.

²² Cfr. LEBRE DE FREITAS, JOSÉ In *A Acção Executiva*, ob. Cit., P.126 e MESQUITA, MIGUEL In *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ºed.2001, P. 26

²³ In *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ºed 2009, P.209

²⁴ Seguimos de perto MESQUITA, MIGUEL In *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ºed.2001, P. 25

²⁵ In *Código Civil Anotado*, vol. II, p.92

²⁶ Vide MESQUITA, MIGUEL In *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ºed.2001, P. 25

²⁷ In *Apreensão de Bens*, ob. Cit., P. 27

²⁸ Cfr. In *Apreensão de Bens*, ob. Cit., P. 28

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

Poderá ainda dar-se a hipótese em que, sendo embora o devedor o seu proprietário pleno, o bem dado em garantia está na posse de um terceiro. É o previsto no nº4 do artigo 56º CPC, estando consagrada a possibilidade de o credor exequente intentar a acção executiva também contra o possuidor, ou seja, poderá apenas demandar o devedor, proprietário pleno do bem onerado, sem necessidade de chamar a juízo o possuidor, pois obterá, em ambos os casos, a penhora do bem.

Um outro desvio que encontramos à regra da coincidência é o assim estabelecido no artigo 57º CPC, *a execução fundada em sentença condenatória pode ser promovida, não só contra o devedor, mas ainda contra as pessoas em relação às quais a sentença tenha força de caso julgado*. Esta norma abrange as situações em que, sendo o título executivo uma sentença, a legitimidade passiva na acção executiva se estende às pessoas, que não tendo sido condenadas na acção declarativa, são porém abrangidas pelo âmbito de eficácia subjectiva do caso julgado²⁹. Temos aqui, na feliz formulação de LEBRE DE FREITAS um caso em que *o âmbito subjectivo da eficácia executiva do título coincide, no caso da sentença, com o âmbito da eficácia subjectiva do caso julgado*³⁰. Importa desde logo identificar as situações que cabem no âmbito desta norma³¹, onde assume desde logo importância o artigo 271/ 3, o 328/1 nos casos em que o chamado intervier no processo, o 328/2 alínea a) se o chamado tiver um interesse idêntico ao do réu ou autor, 328/2 alínea b) nas hipóteses previstas no artigo 31ºA e no 332/3, aqui nos casos de intervenção acessória provocada apenas quanto a questões dependentes do direito de regresso do autor do chamamento^{32 33}.

Para concluir podemos dizer que a legitimidade passiva no processo executivo pode ir para além das pessoas que figuram no título executivo como devedores, podendo alargar-se a terceiros, que passarão a ser também eles, assim que demandados, a ser executados. Tornam-se assim, na expressão utilizada por MIGUEL MESQUITA,

²⁹ Vide LEBRE DE FREITAS, José In *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ªed 2009, P.127 e 128

³⁰ In *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ªed 2009, P.128

³¹ Seguimos de perto REMÉDIO MARQUES, João Paulo in *Curso de Processo Executivo*, ob.cit. P.118 e 119.

³² Conferir para alguns, interessantíssimos, exemplos, Miguel Mesquita In *Aprensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P.35 a 38 e Nota 67.

³³ Para além das enunciadas, podemos considerar também como desvios os casos dos títulos ao portador, em que, embora não figure aí um nome, o devedor será o portador do título. Havendo ainda o caso especial da legitimidade do Ministério Público – Cfr. Quanto a estes casos REMÉDIO MARQUES, João Paulo in *Curso de Processo Executivo*, ob. Cit. P.110 e 119

em *terceiros-partes*. Os restantes terceiros não demandados na acção executiva serão estranhos ao processo, e segundo o mesmo autor, estes podem ser *pessoas que constam, efectivamente, do título executivo*, pode ser também terceiros que *não figurando expressis verbis no título executivo*, estão sujeitos à sanção executiva e, por último, terceiros que não se encontram sujeitos à *responsabilidade executiva que se efectiva num processo que corre contra outrem*³⁴. Ora é exactamente aqui que se situa o promitente-adquirente que vê a sua posição jurídica ameaçada no âmbito de uma acção executiva (ou processo de insolvência), à qual é alheio. Este terceiro vê o objecto do contrato-promessa que celebrou ser sujeito a uma penhora (ou a ser afectado à massa insolvente), e sendo um terceiro face à acção em que tal sucede, tem de agir para salvaguardar os seus eventuais direitos. Quais são esses direitos e quais as formas que terá para se defender, serão estes os pontos fulcrais a desenvolver nesta investigação. .

B) Acto Susceptível de afectar Terceiro

Importa também identificar o momento em que o terceiro é efectivamente afectado, o momento muitas vezes em que toma conhecimento do perigo que, de repente, assola a sua posição jurídica. Assim, numa normal acção executiva é a satisfação do crédito do exequente que assume o papel principal, e este é prosseguido através da venda de bens do executado ou da sua adjudicação (ou dos seus rendimentos) ao exequente. Para se chegar aqui é necessário que previamente se proceda à apreensão desses bens, quer para que sejam posteriormente vendidos, quer seja para que se proceda à entrega da coisa ao exequente (na acção executiva para entrega de coisa certa). Ora este momento da apreensão é precisamente aquele em que a posição do terceiro é afectada, no caso do nosso trabalho, é aqui que o promitente-adquirente pode ser efectivamente afectado e ver a sua posição jurídica ameaçada repentinamente, podendo desde este momento dar-se uma efectiva lesão do seu direito.

Temos então no âmbito da acção executiva para pagamento de quantia certa (a mais usual e frequente acção executiva) uma apreensão que se designa como penhora. Esta é, na expressão de LEBRE DE FREITAS, *o acto executivo por excelência*, em que se retira ao executado o poder de dispor dos bens que sejam objecto da penhora, ficando

³⁴ Cfr. MESQUITA, MIGUEL *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P.40

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

a partir desse momento afectados á realização dos fins da acção executiva³⁵. Em traços gerais, a chamada fase da penhora inicia-se através da nomeação, pelo exequente, no próprio requerimento executivo, de bens do executado que este conheça (artigo 810º CPC). Mas aqui assume real preponderância a figura do agente de execução, que efectivamente escolhe os bens a penhorar e que “toma as rédeas” do processo executivo. Cabendo-lhe efectuar todos os actos necessários para proceder à penhora dos bens (tomando como exemplo, a comunicação à conservatória do registo predial no caso de penhora de bens imóveis – artigo 838/1 CPC), e em muitos dos casos cabe-lhe também assumir a veste de depositário dos bens penhorados (artigo 855º e 863º CPC). Assim, realizadas todas as necessárias diligências para efectuar a penhora dos bens e su vinculação ao processo, estes ficam afectados à execução e à prossecução dos interesses do exequente. É neste momento que se efectiva a indisponibilidade dos bens objectos de penhora por parte do executado, é aqui que se dá o efectivo desapossamento, sendo aqui o momento em que o terceiro poderá ser efectivamente afectado.³⁶ Concluída a penhora, todos os actos de disposição e oneração dos bens apreendidos são ineficazes em relação ao exequente, tal como é postulado pelo artigo 819º CC. O exequente fica também com um direito real de garantia, tendo preferência de pagamento sobre qualquer outro credor (com excepção dos que possuam garantia real anterior).³⁷

No que toca à apreensão no âmbito de uma acção executiva para entrega de coisa certa, como aqui estamos perante um caso em que o que o credor exequente pretende é a entrega de uma coisa certa (não está, contudo, excluído o caso em que se trate de uma obrigação genérica³⁸), a apreensão assume moldes diferentes. Intentada a acção, o executado é citado para proceder à entrega da coisa ou opor-se (Artigo 928/1 CPC). Não o fazendo, ou sendo a oposição à execução julgada improcedente seguir-se-á um despacho a ordenar a entrega da coisa. É então aqui que se procede à apreensão da coisa. Após as necessárias diligências, é efectuada a apreensão da coisa para que se já entregue ao credor exequente, investindo-o na posse. Tal como é facilmente perceptível

³⁵ Vide LEBRE DE FREITAS, José In *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ªed 2009, P.205 e 206.

³⁶ Vide MESQUITA, MIGUEL In *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P.67 a 69

³⁷ Para uma exposição completa de toda a fase da penhora consultar Lebre de Freitas, José In *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ªed 2009, P.241 a 261

³⁸ Cfr. LEBRE DE FREITAS, José In *A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ªed 2009, P.367 quanto ao significado do vocábulo *certa*.

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

esta apreensão é diferente da efectuada numa penhora. Aqui apenas se atinge a *disponibilidade fáctica ou material*³⁹ do executado sobre a coisa (apenas não será assim se estivermos perante uma acção para entrega de coisa genérica), ao contrário, na penhora, visa-se atingir o direito do executado sobre o bem penhorado. O que aqui está em causa é simplesmente a entrega da coisa ao exequente. O tribunal apreende-a para de seguir investir o exequente na posse, investimento este que tem lugar de diferentes formas, variando se a coisa a entregar é móvel ou imóvel. Se se tratar de coisa móvel será através da entrega material da coisa, se for uma coisa imóvel procede-se a uma entrega simbólica, através, por exemplo, da entrega das chaves ou documentos notificando-se o executado⁴⁰. É aqui, neste momento que um terceiro poderá ser afectado, nomeadamente, a título de exemplo, um promitente-comprador de um imóvel, que por ter já havido tradição, que nele habita e actua como verdadeiro proprietário possuidor.

Importa ainda fazer uma (breve) referência à apreensão no âmbito de um processo de insolvência. Uma vez declarado insolvente um devedor através de sentença judicial, todos os seus bens ficam afectados à massa insolvente que fica sob administração do administrador de insolvência, figura central neste processo. Assim, também aqui se verifica uma apreensão, que é regulado nos artigos 149º e seguintes do CIRE. Sucintamente, a apreensão é geralmente efectuada pelo administrador de insolvência, fazendo-o por meio de arrolamento (que consiste na descrição, avaliação e depósito dos bens) ou por entrega directa através de balanço, sendo lavrado um auto. No final, o administrador junta, através de requerimento, ao processo o auto de arrolamento. Neste momento verifica-se o desapossamento de terceiros que exerçam poderes de facto sobre os bens, podendo mais uma vez logo aqui verificar-se uma situação em que o terceiro começa imediatamente a ser lesado. No caso que subjaz ao nosso trabalho, será importante analisar a disciplina específica que o CIRE dedica ao contrato-promessa, o que se deixa para algumas linhas mais à frente.

³⁹ Vide MESQUITA, MIGUEL *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P. 74 e 75

⁴⁰ Para conferir com maior pormenor - LEBRE DE FREITAS, José *In A Acção Executiva Depois da Reforma da Reforma* 5ªed 2009, P.375 e 376 e MESQUITA, MIGUEL *In Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2ªed.2001, P. 74 a 80.

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

C) Meios de Defesa do Terceiro

Face à apreensão efectuada no processo executivo (ou de insolvência) poderá então surgir uma lesão de um direito de um terceiro, ou seja, poderá ver-se numa situação em que necessita de agir pois, através do acto de apreensão, este terceiro vê a sua situação de posse e o seu direito ameaçados. Importa então referir, de forma breve, quais os meios que o terceiro tem à sua disposição para se defender, quais os passos que poderá tomar, isto de forma genérica, deixando para o seguinte capítulo a individualização das situações referentes à posição jurídica do promitente-adquirente.

Temos desde logo a possibilidade da autotutela, ou seja, o recurso à acção directa e à legítima defesa (Artigos 336, 337 e 1277 CC). Estando aqui muitas vezes perante situações em que é ofendida a posse ou detenção de um terceiro, temos desde logo a possibilidade de recurso às acções possessórias, sendo elas a acção de prevenção, de manutenção, de restituição e de restituição havendo esbulho violento⁴¹, as quais constituem a chamada tutela da posse. Mas aqui a situação paradigmática será a de que o acto ofensivo para o terceiro tenha fonte numa acção executiva proposta em tribunal, ou seja, a ofensa à posse ou detenção de terceiro provirá de um acto judicial. Neste caso, tomará o papel de figura central os embargos de terceiro.

Os embargos de terceiro vêm regulados no artigo 351º CPC, inseridos sistematicamente nos incidentes da instância. SALVADOR DA COSTA caracteriza-os da seguinte forma: “[a] estrutura dos embargos de terceiro é essencialmente caracterizada (...) por a pretensão do embargante se inserir num processo pendente entre outras partes e visar a efectivação de um direito incompatível com a subsistência dos efeitos de algum acto judicial de afectação ilegal de um direito patrimonial do embargante.”⁴². Mas nem sempre foi assim, antes da Reforma do Processo Civil de 95-97, os embargos de terceiros eram um processo especial regulado nos artigos 1037ºss CPC, e eram tidos como uma acção possessória. Embora o regime dos embargos se tenha mantido essencialmente o mesmo, apesar da Reforma, esta deu-lhe uma nova dimensão com a introdução da expressão *qualquer direito incompatível com a*

⁴¹ São assim elencadas por SANTOS JUSTO, António in *Direitos Reais*, Coimbra Editora 2007 P. 203 a 208

⁴² COSTA, SALVADOR DA, *Os Incidentes da Instância*, 5.ª ed. Almedina, 2008 P. 201

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

realização ou âmbito da diligência. Podemos dizer que se deu uma autêntica *libertação*, afastando-se a caracterização dos embargos de terceiro como um meio de defesa da posse, passando agora a abarcar um leque de situações mais abrangente. Como alerta MIGUEL MESQUITA, podem os embargos ser deduzidos com dois fundamentos: alegando e provando a posse nos termos do direito nos termos do qual possui ou alegando e provando ser titular de um direito incompatível com a realização ou âmbito da diligência executiva⁴³. Este alargamento, que o citado autor considera como *totalmente acertado*, já deu origem a inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudências, pois, como é facilmente perceptível, inclui vários conceitos indeterminados.

Fazendo uma breve incursão sobre os embargos de terceiro, quanto às suas finalidades, estes podem ser preventivos ou repressivos. Os primeiros são deduzidos para impedir que o embargante seja esbulhado da sua posse ou veja o seu direito ofendido depois de ordenada, mas antes de realizada, a apreensão ou entrega de bens que se revele ofensiva (artigo 359.º/ 1 CPC). Já nos embargos com finalidade repressiva, o acto ofensivo da posse ou direito do terceiro embargante já teve lugar, assim o que este pretende é que o bem objecto da penhora ou da diligência judicialmente ordenada regresse à sua posse.⁴⁴

O terceiro que pretenda embargar de terceiro terá, obviamente, de fundamentar esse pedido, importando desde já identificar 3 situações distintas⁴⁵: se o terceiro invocar uma posse própria, uma situação de mera detenção ou se se apresentar como titular de um direito sobre o bem objecto da penhora ou outra diligência de apreensão. Ao alegar uma posse própria, este terá de alegar o seu *corpus* e *animus* (goza assim neste caso da presunção de titularidade do direito prevista no artigo 1268º/1 CC), mas tal não basta, terá também de alegar a causa de pedir da respectiva acção, que será neste caso *o facto jurídico de que deriva o direito real* – artigo 498º/4 CPC, ou seja terá de invocar o modo de aquisição do direito (que pode ser originária ou derivada). No caso de se invocar uma situação de detenção, o terceiro terá de *alegar e provar a titularidade de uma determinada relação jurídica (v.g., de locação) oponível aos embargados, fundamentado o seu direito num título válido e eficaz perante estes*⁴⁶, ou seja, aqui a causa de pedir será a alegação da relação creditória que tem por base a situação de

⁴³Cfr. MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P.99

⁴⁴ Para conferir com mais detalhe – GONÇALVES, Marco Carvalho in *Embargos de Terceiro à Acção Executiva*, Consultado online in <http://repositorium.sdum.uminho.pt>

⁴⁵ Seguimos de perto MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P.100 e seguintes.

⁴⁶ É assim escrito por MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P.103

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

detenção do terceiro. Se os embargos de terceiro tiverem por fundamento a ofensa de um direito incompatível com a finalidade ou o âmbito da diligência (como o direito de propriedade ou um direito real menor) lo terceiro embargante terá de alegar os factos que demonstrem a titularidade efectiva desse direito no âmbito da sua esfera jurídica⁴⁷.

Quanto à legitimidade para embargar de terceiro ela está definida no artigo 351º/1 CPC que diz que tem legitimidade para embargar de terceiro *quem não é parte na causa*. Acima identificámos os terceiros-partes e os terceiros estranhos ao processo executivo, e será para estes últimos que a figura dos embargos de terceiro está pensada, ou seja, para aqueles que pretendem defender-se de uma ofensa à sua posse ou direitos incompatíveis com a execução. Mas, como alerta MIGUEL MESQUITA⁴⁸, poderá acontecer que *o acto judicial de apreensão recai sobre coisas pertencentes ao património de um sujeito responsável, obrigado segundo o título, mas não demandado na acção executiva*. Poderá neste caso este sujeito recorrer aos embargos de terceiro para se defender? Defende MIGUEL MESQUITA (que segue ANSELMO DE CASTRO)⁴⁹, que apesar de este não ser parte na causa (que é o requisito estabelecido, de forma literal, pelo artigo 351º/1), neste caso apenas poderá reagir pedindo a anulação da execução, invocando a *violação das regras que, formalmente, lhe atribuem legitimidade necessária passiva para a execução*⁵⁰. Já no que toca a legitimidade passiva, ou seja a questão de saber contra quem é que devem seguir os embargos de terceiro, a regra está definida no artigo 357º/1 que estabelece que serão notificadas as *partes primitivas*, assim, os embargos devem seguir contra exequente(s) e executado(s)⁵¹.

Quanto à tramitação, podemos dizer que os embargos são um incidente de intervenção de terceiros, constituindo uma acção declarativa dependente da acção executiva correndo por apenso a esta. Desdobram-se em duas fases, a primeira denominada *fase introdutória*, a qual termina com a emissão de um juízo de admissibilidade pelo tribunal. Assim o terceiro embargante deve, na petição inicial, fazer um oferecimento de prova sumária dos factos fundantes da sua pretensão (artigo

⁴⁷ Cfr. GONÇALVES, Marco Carvalho in *Embargos de Terceiro à Acção Executiva*, ob. Cit P.306

⁴⁸ Ob. Cit. P.106

⁴⁹ ANSELMO DE CASTRO, Artur in *A acção executiva singular, comum e especial* 3ªEd. Coimbra 1977 P.357 *Apud* MESQUITA, MIGUEL in ob.cit. P. 106 e 107 e nota 231.

⁵⁰ Para conferir esta questão com maior detalhe – MESQUITA, MIGUEL ob. Cit. P.252 a 257

⁵¹ Cfr. GONÇALVES, Marco Carvalho in *Embargos de Terceiro à Acção Executiva*, P.209 a 292

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

352/2 CPC). O juiz profere em seguida despacho liminar a que se segue a fase de produção de prova. Terminando esta fase com o *recebimento* ou *rejeição* dos embargos (artigo 354º CPC). Se o despacho for de recebimento o processo de execução prossegue, mas ficando em suspenso quanto aos bens referentes aos embargos podendo aqui o terceiro requerer a *restituição provisória da posse* (isto caso se trate de embargos repressivos), ou ficará a diligência de apreensão, que o terceiro teve conhecimento antes da sua realização, suspensa até decisão final (embargo preventivos). A segunda é a chamada *fase contraditória*, a qual se inicia com a notificação dos embargados (exequentes e executados) para que possam contestar, querendo, aplicando-se aqui, consoante o valor atribuído aos embargos, as regras do processo declarativo comum, sumário ou ordinário⁵². Aqui poderemos encontrar uma importante forma de defesa dos embargados, nomeadamente se os embargos se fundarem na invocação de uma situação possessória, que é a denominada *exceptio dominii*, prevista no artigo 357º/2 CPC. Esta *exceptio* consiste em o embargado afirmar, como executado, que é o proprietário do bem objecto da acção, formulando assim o pedido de reconhecimento desse direito. Assim o poderá também fazer o exequente, actuando como um substituto processual, invoca que a titularidade do direito de propriedade pertence ao executado⁵³. Tem, no entanto, de se distinguir duas situações. Na primeira o terceiro embargante invoca uma posse baseada no direito de propriedade assim, o embargado apenas poderá afastar tal alegação se afirmar que o direito de propriedade sobre o bem é seu. Na segunda o terceiro embargante apenas alega uma situação de posse nos termos de um direito real limitado, aqui o embargado terá de alegar que é o proprietário pleno do bem, ou melhor dizendo, terá de alegar um direito que seja incompatível com a situação de posse do terceiro embargante⁵⁴.

Chegando à sentença final, os embargos poderão, obviamente, ser julgados procedentes, ou improcedentes. Neste último caso a execução seguirá os seus termos como se nada se tivesse passado. Contudo, se os embargos forem julgados procedentes, será, consoante se trate de embargos repressivos ou preventivos, ordenado o *levantamento definitivo da diligência ofensiva* da posse ou do direito do terceiro embargante, ou *impedir a concretização da diligência judicial* (a apreensão judicial). Os

⁵² Para conferir com pormenor esta tramitação - . GONÇALVES, Marco Carvalho in *Embargos de Terceiro à Acção Executiva*, Coimbra Editora, 2010 P.325 a 352 - Consultado online in <http://repositorium.sdum.uminho.pt>

⁵³ Seguimos de perto MESQUITA, MIGUEL *ob. Cit.* P.125

⁵⁴ Cfr. MESQUITA, MIGUEL *ob. Cit.* P.126

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

efeitos deste procedimento dos embargos será também diferente caso estejamos perante um caso em que o que está em causa é a propriedade do bem, assim este será desde logo afastado da execução, outros casos haverá em que o bem continua afectado à execução embora em moldes diversos, ou seja o direito é apenas incompatível com o âmbito da diligência (tome-se como exemplo o caso em que o terceiro embargante pretende ver reconhecido o seu direito de usufruto sobre um bem que foi penhorado no âmbito do processo executivo como pertencendo, em propriedade plena, ao executado, neste caso o embargante apenas pretende que se reduza a penhora, reconhecendo-se o seu direito, podendo aquele continuar afectado à penhora, mas como sendo apenas a sua propriedade).

Assume a figura dos embargos de terceiro uma importância determinante no nosso trabalho, pois em seguida, ao analisarmos às diversas vestes que o promitente-adquirente poderá assumir, e quais os meios que tem para se defender, teremos sempre em vista saber se este terceiro poderá, ou não, fazer uso dos embargos de terceiro para defesa dos seus direitos.

Para finalizar este capítulo, importa apenas fazer uma referência aos meios de defesa à disposição dos terceiros previstos no processo de insolvência. São estes regulados nos artigos 141º e seguintes CIRE, e podemos individualizar dois, o primeiro a reclamação para restituição e separação de bens (que segue as regras estabelecidas para a reclamação de créditos), a qual deve ser efectuada no prazo fixado na sentença declaratória de insolvência para a reclamação de créditos, e a acção para restituição e separação de bens, prevista no artigo 146º CIRE, que é uma acção a propor autonomamente⁵⁵. No âmbito do nosso trabalho, ganhará importância acrescida a análise das concretas disposições que o CIRE reserva para o contrato-promessa, incluídas sistematicamente no capítulo destinado à regulação dos efeitos da insolvência sobre os negócios em curso (artigos 102º e seguintes), o que se fará adiante.

⁵⁵ Conferir, para maior pormenor – MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de in *Direito da Insolvência*, 3ªEd. 2011 P. 249 a 252

Capítulo III

A Posição do Promitente Adquirente enquanto Terceiro Face a Processo Executivo

- Sumário:**
- A) Enquadramento do problema
 - B) O contrato-promessa no âmbito da execução para entrega de quantia certa
 - 1) O promitente adquirente enquanto (possuidor nos termos do direito de retenção) titular de um direito de retenção
 - 2) O promitente adquirente como possuidor em nome próprio nos termos do direito de propriedade
 - 3) O promitente adquirente enquanto titular de um direito pessoal de gozo decorrente da tradição O promitente adquirente enquanto titular de um direito à execução específica
 - 4) O artigo 903º do Código de Processo Civil
 - C) O contrato-promessa no âmbito da execução para entrega de coisa certa
 - 1) Considerações Gerais
 - 2) O promitente adquirente como possuidor em nome próprio nos termos do direito de propriedade
 - 3) Promitente-adquirente enquanto titular de um direito de um direito de retenção
 - 4) Promitente-adquirente enquanto titular de um direito de um direito à execução específica
 - 5) O artigo 903º CPC no âmbito da acção executiva para entrega de coisa certa

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

A) Enquadramento do problema

Nas páginas anteriores fizemos uma exposição genérica de alguns temas e figuras jurídicas indispensáveis para um correcto enquadramento do real problema objecto do nosso trabalho. Feita essa tarefa, cabe agora tomar as rédeas do tema central desta investigação. Tal como indica o título do presente capítulo, iremos colocar-nos na pele de um promitente adquirente de um bem, que vê esse bem, objecto do contrato-promessa que celebrou, ser objecto de penhora ou de outra diligência de apreensão no âmbito de um processo executivo ao qual é alheio. Este promitente adquirente será um *terceiro estranho* (classificação supra analisada), e terá de agir perante a ameaça que a sua posição jurídica está prestes a sofrer. Este promitente adquirente poderá assumir várias vestes, poderá ter uma multiplicidade de caminhos a percorrer, poderá fazer uso de variadas posições jurídicas consoante as características de cada contrato, veja-se, o caso de ter havido ou não tradição da coisa objecto do contrato-promessa (o que caso tenha havido o poderá tornar titular de um direito de retenção), ou sendo este dotado de eficácia real ou não, e claro, caso se trate de uma acção executiva para pagamento de quantia certa ou de entrega de coisa certa. Há muitas situações a ponderar, e é isso que nos propomos fazer nas páginas seguintes. Tudo isto sempre pautando a nossa análise sobre a (im)possibilidade de este terceiro promitente adquirente poder recorrer à figura que está por excelência à mão de um terceiro estranho ao processo executivo – o importante instituto dos embargos de terceiros. Um outro ponto fulcral será a também o norma contida no artigo 903º CPC que poderá também aqui ser chamada à colação como contributo para a resolução do problema.

B) O contrato-promessa no âmbito da execução para entrega de quantia certa

1) O promitente adquirente enquanto (possuidor nos termos do direito de retenção) titular de um direito de retenção

Em 1980 e 1986 o nosso Código Civil foi objecto de duas reformas relativas ao contrato-promessa (pelos decretos-lei n° 236/80 de 18 de Julho e n°379/86 de 11 de Novembro), que alterou o regime dos contratos-promessa, introduziu uma novidade, bastante discutida, que consistiu em atribuir ao promitente-comprador que tenha beneficiado da promessa de transmissão ou constituição de um direito real e que obteve a tradição do bem prometido vender, o direito de retenção sobre esse bem pelo crédito resultante do não cumprimento do contrato-promessa que seja imputável ao promitente-vendedor (artigo 755/ 1 alínea f) CC).

O direito de retenção consubstancia uma garantia especial das obrigações caracteriza-se, afectando determinados bens ao pagamento preferencial de certas dívidas, tendo, nos termos do n.º 2 do artigo 759.º, prevalência sobre qualquer hipoteca, ainda que registada anteriormente. Nas palavras de GALVÃO TELLES, o direito de retenção funciona “como uma garantia real indirecta, na medida em que visa dar maior consistência prática ao crédito, tornando mais viável a sua cobrança. É invocável contra terceiros e a sua eficácia é a de, por forma mediata ou oblíqua, estimular psicológica e economicamente ao pagamento voluntário mas, por outro lado, representa uma garantia real directa, consistente em o titular poder fazer-se pagar pela coisa retida com preferência sobre os restantes credores.”

No entanto, na opinião de MENEZES CORDEIRO, este direito de retenção atribuído ao promitente-adquirente veio quebrar a tradição jurídica portuguesa conhecida quanta a este direito real de garantia, o que se explica com o espírito das reformas acima referidas, assumindo assim esta benesse dada ao promitente-adquirente como que uma função social. Assim este direito de retenção, face ao tradicional, enfraquece a sua dimensão compulsória face a uma primazia de favorecimento da

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

realização directa do interesse do comprador⁵⁶. Como conclui o mesmo autor, *o direito de retenção do promitente-adquirente traduz como que uma pré-aquisição, por parte do promitente, da coisa prometida*⁵⁷. Na opinião do autor, com estas reformas, o promitente-adquirente passa então, caso tenha havido tradição da coisa objecto da promessa, a ser titular de um direito de retenção, sendo tido como possuidor legítimo, podendo assim fazer uso da tutela possessória, mesmo (e talvez especialmente) contra o seu proprietário. Na opinião do mesmo autor, esta posse conferida ao promitente-adquirente vai para além de uma normal posse nos termos de um outro direito real de garantia, pois que a lei pretende assegurar a este sujeito o *gozo da coisa*, o que não acontece com qualquer outro usual retentor⁵⁸. Já CALVÃO DA SILVA defende que o “*o direito de retenção existe para garantia do crédito resultante do não cumprimento imputável à parte que promete transmitir ou constituir um direito real*⁵⁹”.

Estamos nesta fase então a tratar os casos em que o promitente-comprador não exerce o seu (eventual) direito à execução específica, restando-lhe assim recorrer à resolução do contrato, pedindo uma indemnização pelo incumprimento definitivo do contrato-promessa. E o que poderá aqui exigir, este sujeito, a título de indemnização?

Prescreve o artigo 442º/2 CC que havendo sinal, tem o lesado direito a exigir o dobro do prestado a esse título, ou, caso tenha havido *traditio*, pode pedir, em alternativa, o valor correspondente à coisa objecto do contrato-promessa, determinado objectivamente ao tempo do incumprimento, valor a que se deverá deduzir o preço convencionado, mas acrescentando-se o sinal prestado e o preço já pago. Caso não se tenha constituído sinal, a indemnização rege-se-á pelas regras gerais da responsabilidade civil, sendo calculada nos termos do artigo 564.º/1 CC, correspondendo aos danos efectivamente suportados⁶⁰.

⁵⁶ Para um visão geral sobre as reformas e o que as motivou, e a controvérsia da atribuição deste direito de retenção ao promitente-adquirente conferir – MENEZES CORDEIRO, António, *Da retenção do promitente-adquirente* in ROA ANO 57, VOL. II, 1997, P.547 a 552

⁵⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *Da retenção do promitente-adquirente*, ob. Cit P. 552

⁵⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *Da retenção do promitente-adquirente*, ob. Cit P. 552

⁵⁹ Cfr. Calvão DA SILVA, João, *Sinal e Execução Específica do Contrato-Promessa* 12ªEd. 2007, p.183

⁶⁰ Para conferir todas as questões relacionadas com o incumprimento do contrato-promessa, conferir TEIXEIRA PEDRO, Rute – *Contrato-Promessa in Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito do Porto*, Coimbra Editora 2001, P. 1065 a 1082

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

E quais serão então os mecanismos processuais de que poderá fazer uso o promitente-adquirente, titular do direito de retenção? Desde logo as acções destinadas à defesa da posse (artigo 670/ alínea a) CC) contra qualquer acto de esbulho, e mesmo contra o próprio dono da coisa, tem também o direito a executar a coisa retida (Artigo 675º *ex vi* dos artigos 758º e 759º CC), tem o direito a ser pago com preferência sobre outros credores (artigo 666º *ex vi* dos artigos 758º e 759º CC).

E no que toca os embargos de terceiro? Poderá aqui o promitente-adquirente recorrer a este meio de defesa?

Tendo sido celebrado um contrato-promessa de compra e venda de um bem imóvel com eficácia meramente obrigacional e mediante o qual o promitente-comprador obteve a *traditio*⁶¹ da coisa, coloca-se a questão de saber se será possível ao promitente-comprador deduzir embargos de terceiro contra a penhora desse bem em execução movida contra o promitente-vendedor com fundamento na ofensa do seu direito de garantia e na posse efectiva da coisa resultante da sua tradição.

Aqui iremos apenas tratar especificamente da questão de saber se o promitente-comprador poderá, apenas como possuidor nos termos de um direito de retenção (ou como titular de um direito de retenção), reagir contra a penhora do objecto do contrato-promessa que celebrou (ou seja, excluimos aqui as hipóteses em que o promitente-comprador exerce o seu direito à execução específica, ficando essa matéria para tratar em seguida). Poderá este recuperar ou manter a posse do bem?

Importa desde já referir que o artigo 831º/1 CPC dispõe que ‘*os bens do executado são apreendidos ainda que, por qualquer título, se encontrem em poder de terceiro, sem prejuízo, porém, dos direitos que a este seja lícito opor ao exequente*’, ou seja, não será por o bem se encontrar na posse de um terceiro que é titular de um direito de retenção (exemplo do caso aqui em análise), que tal obstará a que se proceda à penhora desse bem. Como bem nos diz MIGUEL MESQUITA,⁶² ‘*a perda da posse – a que a penhora pode conduzir – não implica a perda do direito de garantia do terceiro*’⁶³. O decreto-lei 38/2003 de 8 de Março veio introduzir uma nova norma

⁶¹ ‘*A traditio exigida para a constituição da garantia tanto pode ser uma tradição material como uma tradição puramente simbólica, em qualquer das suas modalidades: traditio longa manu, traditio ficta ou traditio brevi manu (artº 1263 b) do Código Civil). Para que o direito de retenção se deva reconhecer ao promitente, é suficiente uma traditio ficta – a entrega de um objecto que representa simbolicamente a coisa e permita a actuação material sobre ela..*’ In Ac. Do TRC de 15/01/2013 Processo 511/10.0TBSEI-E.C1 in www.dgsi.pt

⁶² In MESQUITA, MIGUEL *ob. Cit.* P.159

⁶³ O mesmo autor refere que apesar de o artigo 761º CC referir que a entrega da coisa fará extinguir o direito de retenção do terceiro, deverá entender-se aqui que esta entrega ou restituição será apenas a

**A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A
EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE**

substanciada no actual nº2 do artigo 831º CPC, a qual nos diz que “ *no acto de apreensão, indaga-se se o terceiro tem os bens em seu poder por via de penhor ou de direito de retenção e, em caso afirmativo, anota-se o respectivo domicílio para efeito de posterior citação* ”. Podemos dizer que a introdução desta norma veio reforçar a posição já supra referida, pois se a nossa lei processual manda indagar a que título aquele terceiro se encontra na posse daquele bem para sua posterior citação no âmbito do processo executivo ao qual é alheio, tal deixa subentendido, de forma clara, que tal não será impeditivo de realização da penhora, sendo aqui a citação a realizar um instrumento para permitir ao terceiro intervir, mais facilmente, no processo executivo (ao qual é estranho), reclamando o seu crédito.

Também importante para a resolução da nossa questão é o artigo 824º CC, o qual refere que todos os direitos reais de garantia caducam com a venda executiva, desde logo podemos dizer nesta sede que a resposta a dar à questão supra levantada será a negativa, pois através deste preceito poderemos concluir que não haverá neste caso qualquer incompatibilidade com a execução⁶⁴. Pois que este artigo impõe como que um *ónus de reclamação*⁶⁵, sobre o titular do direito de retenção, não o fazendo, o seu direito extinguir-se-á⁶⁶.

Opinião diferente tem MENEZES CORDEIRO, que afirma taxativamente que – *sendo anterior à penhora, não parece razoável que a coisa possa ser vendida em hasta pública como se estivesse livre: seja como garantia dispensada de registo, seja como direito de gozo anterior e também dispensado de registo, o direito de retenção sobrevive à venda executiva*⁶⁷.

Neste caso, e como bem alerta MIGUEL MESQUITA, *a execução não causa ao promitente-comprador qualquer prejuízo – apenas o força ou incita a reclamar o seu*

efectuada a título voluntário. Cfr. CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil vol. III*, P.366 *Apud* MESQUITA, MIGUEL ob. Cit. P.159 Nota 313

⁶⁴ Conferir a título de exemplo, o Ac. Do STJ de 26/10/2011 Proc. 306/1999.L1.S1 in *www.dgsi.pt*, que nos diz: “ *O direito de retenção, puro direito real de garantia, conferido pela lei ao promitente comprador que obtiver a tradição da coisa (...)caduca sempre com a venda em execução, nos termos do estatuído na 1.ª parte do n.º 2 do art.º 824.º [CC]* ” e TEIXEIRA DE SOUSA, MIGUEL *A Penhora de bens na posse de terceiros*, R.O.A., 1991, P.83.

⁶⁵ Expressão utilizada por MESQUITA, MIGUEL ob. Cit. P. 160

⁶⁶ Assim se manifesta, inequivocamente o Supremo Tribunal de Justiça: “ *A posse do terceiro baseada em direito de retenção não confere direito a deduzir embargos de terceiro contra a penhora do objecto da posse, uma vez que aquele direito real de garantia, quando não devidamente reclamado, caduca com a venda executiva, nos termos do artigo 824, n. 2, C.Civil* ” in Ac. STJ de 25/11/1999. Cfr. Ainda, mais recentemente, Ac. STJ de 26/10/2011, todos in *www.dgsi.pt*

⁶⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, *Da retenção do promitente-adquirente*, ob. Cit P. 562

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

*crédito nesse mesmo processo*⁶⁸, pois aqui o que está em causa para o promitente-comprador é apenas assegurar a possibilidade de realizar à custa da coisa retida, o valor da indemnização à qual tem direito por força do incumprimento da obrigação que cabia ao promitente-vendedor, a qual teve fonte no contrato-promessa⁶⁹. É assim também a opinião maioritária dos tribunais superiores portugueses, tome-se como alguns exemplos: Ac. STJ de 23/01/2003, proc.02B4386 ou Ac. STJ de 3/11/1999, proc. 99B113^{70 71}.

Assim o promitente-adquirente poderá reclamar, na execução, o seu crédito, se tiver sido citado nos termos do artigo 864º/3 alínea b), nº6 e nº9 ou reclamando espontaneamente até à transmissão do bem penhorado (Artigo 865º/3 CPC)⁷². Deste modo, o seu direito de retenção irá caducar com a venda executiva, transferindo-se o seu direito de crédito para o produto da venda do bem (com a preferência que a retenção lhe confere). Podemos então dizer que caso o promitente-adquirente não reclame o seu crédito (mesmo nos casos em que não é citado nos termos do artigo 831º/2 CPC) até à transmissão do bem penhorado, verá o seu direito de retenção caducar e ficará sem direito a ser pago (com preferência) através do produto de venda do bem. Restar-lhe-á fazer uso dos restantes mecanismos de um normal credor. No entanto, se o promitente-adquirente (sendo já conhecido o seu direito no processo) não for citado, nos termos previstos no artigo 864º/9 CPC, apesar de tal *não importa[r] a anulação das vendas, adjudicações, remições ou pagamentos já efectuados, dos quais o exequente não haja sido exclusivo beneficiário*⁷³, ficará aquele com direito a ser indemnizado, com base nas regras do enriquecimento sem causa, pelo exequente ou outro credor que tenha sido pago em vez dele.

E se o promitente-comprador apenas pretender fazer uso dos embargos para se manter na posse do bem até que este venha a ser vendido? A resposta a dar não será

⁶⁸ Cfr. MESQUITA, MIGUEL ob. Cit. P.173

⁶⁹ Será de considerar como situação de incumprimento o facto de a coisa objecto do contrato-promessa ter sido objecto de penhora em processo executivo. Quanto a esta questão, *vide* Mesquita, Miguel ob. Cit. P.176 nota 344

⁷⁰ Ambos in *www.dgsi.pt*

⁷¹ Vide, com uma opinião contrária, AC. STJ de 6/03/1997 in Boletim do Ministério da Justiça 465(1997) P.570, Ac. do TRE de 24/02/2005 Processo 2594/04-3 e , Ac. do TRE de 15/11/2007 ambos in *www.dgsi.pt*

Também, Conselheiro OLIVEIRA BARROS defende que a posse do terceiro que tem um direito de retenção será afectado por uma penhora, ou pelo menos esta será incompatível com direito de retenção do terceiro – Cfr. voto de vencido in Ac. STJ de 26/02/2004 P. 03B4296, in *www.dgsi.pt*

⁷² Mas para tal terá que estar munido de um título executivo, caso não o possua, poderá o promitente-adquirente requerer que a graduação de créditos aguarde até que ele obtenha, em acção independente, o título executivo necessário (Cfr. Artigo 869º/1 CPC).

⁷³ Redacção do Artigo 864º/11 CPC

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

diferente do anteriormente exposto, já que está assegurado ao promitente-comprador a satisfação do seu direito de crédito, ora sendo essa a principal função do direito de retenção, ficando ela assegurada no processo executivo, não se encontram razões para que se altere a resposta a dar ao problema.⁷⁴

Concluindo, os embargos deduzidos nos termos a cima descritos deverão ser rejeitados pelo juiz nos termos do artigo 354º CPC, ou seja, deverão ser indeferidos liminarmente, pois o juiz ao efectuar um juízo de viabilidade dos embargos deverá desde logo concluir que o direito do terceiro embargante caducará com a venda executiva.^{75 76}

2) *O promitente adquirente como possuidor em nome próprio nos termos do direito de propriedade*

A larga discussão doutrinal e jurisprudencial que ao longo das últimas décadas se tem verificado na ordem jurídica portuguesa permite-nos abordar autonomamente a questão de saber se poderá um promitente-adquirente alegar uma posse fundada no direito de propriedade. Poderá assim o terceiro deduzir embargos de terceiro com o fundamento numa posse exercida nos termos do direito de propriedade?

A resposta imediata é a de que, em regra, o promitente-adquirente será apenas um detentor precário, pois este não exerce os poderes de facto com o *animus* de um real proprietário, apenas tendo uma expectativa (fundada no contrato-promessa que celebrou) de poder vir a ser o proprietário do bem. Aqui apenas se adquire o *corpus* possessório (com a entrega antecipada da coisa – *traditio*), e nunca o *animus possidendi*⁷⁷. Assim, apenas detém um direito pessoal de gozo, possuindo em nome do real proprietário⁷⁸. Nas palavras de ANTUNES VARELA⁷⁹, “ (...) o promitente-

⁷⁴ Cfr. Mesquita, Miguel ob. Cit. P.174 e 175

⁷⁵ MIGUEL MESQUITA defende ainda que nestas situações o embargante se encontra desprovido de interesse processual, pois possui um outro meio processual adequado para fazer valer o seu direito, previsto no artigo 865º CPC – Cfr. MESQUITA, MIGUEL ob. Cit. P. 163

⁷⁶ Conferir o Ac. Do Tribunal da Relação de Coimbra de 15/01/2013, que faz uma interessante análise do direito de retenção do promitente-comprador.

⁷⁷ A posse é, como nos diz o artigo 1251º CC, “o poder que se manifesta quando alguém actua de forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”

⁷⁸ Defendendo esta posição, e afastando desde logo a possibilidade de haver situações em que o promitente-adquirente é um possuidor nos termos do direito de propriedade conferir – Ac. STJ de

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

comprador investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa''.

No entanto, o mesmo autor alerta-nos de que “*são concebíveis, todavia, situações em que a posição jurídica do promitente-comprador preenche excepcionalmente todos os requisitos de uma verdadeira posse.*

Suponha-se, por exemplo, que havendo sido paga já a totalidade do preço ou que, não tendo as partes o propósito de realizar o contrato definitivo, (a fim de v.g., evitar o pagamento da sisa ou precluir o exercício de um direito de preferência), a coisa é entregue ao promitente-comprador como se sua fosse já que, neste estado de espírito, ele pratica sobre ela diversos actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade.

Tais actos não são realizados em nome do promitente-vendedor, mas sim em nome próprio, com a intenção de exercer sobre a coisa um verdadeiro direito real.

O promitente-comprador actua, aqui, uti dominus, não havendo, por conseguinte, qualquer razão para lhe negar o acesso aos meios de tutela da posse”⁸⁰.

Esta é a tese defendida em larga maioria na jurisprudência⁸¹ e também comum a muitos outros autores⁸². Temos assim situações em que o promitente-adquirente se poderá considerar como um possuidor nos termos do direito de propriedade, situações em que terá de haver uma entrega antecipada da coisa objecto do contrato-promessa (*traditio*) e este se comporta como verdadeiro possuidor em nome próprio (nos termos do direito de propriedade). Para MENEZES CORDEIRO, serão situações em que a tradição material da coisa objecto do contrato-promessa *visa antecipar o cumprimento do próprio contrato definitivo*⁸³. Tal apenas poderá ser feita através de uma análise

21/01/1997 in Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos STJ, Ano IV, T.1, P.70 e AC. STJ de 6/03/1997 in Boletim do Ministério da Justiça 465(1997)P.570

⁷⁹ In Revista de Legislação e Jurisprudência nº 128 P.146

⁸⁰ In Revista de Legislação e Jurisprudência nº 124 P.348

⁸¹ Conferir, Ac. TRC 24/11/2009, Ac. STJ de 12/03/2009, Ac. TRL de 8/05/2008 e Ac. TRP de 18/11/2010

⁸² Cfr. VAZ SERRA in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 109 P.347 e 348 e também CALVÃO DA SILVA, ob. Cit.P.237 Nota 55

⁸³ In A Posse: perspectivas dogmáticas actuais, 3ªEd Coimbra 2000, P.77 (Apud MESQUITA, MIGUEL ob. Cit. P.178 nota 350

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

casuística, como bem alerta CALVÃO DA SILVA⁸⁴, ‘‘ não nos parece possível a priori qualificar-se de posse ou mera detenção o poder de facto exercido pelo promitente-comprador (...)’’.

Importa então fazer uma breve análise jurisprudencial, identificando em que casos têm vindo os tribunais a defender a existência de uma posse nos termos do direito de propriedade por parte de um promitente-adquirente.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁸⁵ consideram como exemplos os casos em que já se verificou pagamento integral do preço e em que as partes não têm a intenção de celebrar o contrato prometido com o fim de evitar o pagamento de impostos (IMT e Imposto de Selo) ou mesmo o de *precluir o exercício de um direito de preferência*. Assim os actos materiais praticados posteriormente à entrega material da coisa são já no espírito de verdadeiro proprietário.

O STJ no seu acórdão de 19/11/1996⁸⁶, considerou que o promitente-comprador ao qual foi entregue materialmente a coisa, tendo pago a totalidade do preço, recebido as chaves e ocupado o imóvel, no qual efectuou obras de beneficiação será de considerar como um possuidor nos termos do direito de propriedade, traduzindo aquelas acções o necessário *animus sibi habendi*. Assim decidiu o STJ, dando a possibilidade ao promitente-comprador de recorrer aos embargos de terceiro, ainda que no contrato-promessa aqui em causa tenha ficado estipulado que a posse apenas se transmitiria após a celebração da escritura definitiva do contrato (prometido) de compra e venda.

O mesmo tribunal, em acórdão de 23/05/2006⁸⁷ decidiu no mesmo sentido supra exposto no caso de um promitente-comprador, emigrante em França que se *encontra no gozo da coisa*, embora apenas utilizando efectivamente a coisa objecto do contrato no período de férias que passa em Portugal, tendo já pago a totalidade do preço, pagando o IMI, o consumo de electricidade e condomínio. Considerando que sempre praticou diversos actos em nome próprio, com a real convicção de exercer sobre a coisa uma posse nos termos do direito de propriedade.

⁸⁴ CALVÃO DA SILVA, ob. Cit P.237 Nota 55

⁸⁵ In Código Civil Anotado Vol. III, 2ªed. P. 6

⁸⁶ Ac. STJ 19/11/2006, processo nº96a362 in BMJ Nº461 P.457 e ss.

⁸⁷ Ac. STJ 23/05/2006, P. nº 06a1128, in www.dgsi.pt

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

Sufragando igual posição, decidiu a Relação do Porto em acórdão de 13/11/2007⁸⁸, situação em que foi paga a totalidade do preço, e tratando-se, no caso, de uma empresa, considerou o tribunal que agiu com *animus sibi habendi* ao “*visita[r] as fracções ou aí faz[er] deslocar funcionários seus, a fim de procederem à necessária manutenção e conservação das mesmas, é ele quem suporta, também desde então, todas as despesas relativas às fracções prometidas vender, tais como água, luz e condomínios, tem sido ainda ele quem tem procedido à negociação e venda a terceiros de algumas dessas fracções*”, tendo ainda a promitente-compradora, no caso, pago em substituição do promitente-vendedor, o distrato de hipotecas que pendias sobre as coisas objecto dos contratos-promessa.

Também a Relação de Coimbra se pronunciou já em moldes idênticos aos supra referidos. No seu acórdão de 24/11/2009⁸⁹, refere que o promitente-comprador agiu como real proprietário pois pagou a totalidade do preço, utilizou a coisa objecto da promessa praticando actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade, nomeadamente utilizando a coisa como casa de férias, pagando os encargos com a água, electricidade, seguros e telefone, tendo também realizado obras de canalização e pinturas.

Já o acórdão do STJ de 3/11/1999⁹⁰, decidiu de forma contrária à posição que temos vindo a analisar. Apesar de ter ficado provado que os embargantes (promitentes-comprador) pagaram a quase totalidade do preço, tendo assumido desde a tradição material os custos com água, electricidade e condomínio, considerou o STJ neste aresto que “*não se pode concluir pela posse dos embargantes em termos de um direito real de propriedade. Com efeito; eles não exercem uma posse em tais termos, já que a tradição não foi realizada em consequência de um acto de alienação do direito de propriedade, mas antes em consequência de um acto destinado a proporcionar um direito pessoal de gozo da coisa, tendo em vista a futura alienação, a realizar a quando da feitura da escritura, não tendo ocorrido qualquer inversão do título, consistindo na entrega aos embargantes como se sua fosse já a coisa.*”.

Um outro acórdão, também do STJ, de 4/03/2008⁹¹ relata-nos um caso menos usual, mas em que igualmente se verifica a mesma situação de posse nos termos do direito de propriedade por um promitente-comprador, refere o acórdão que tendo “ o

⁸⁸ Ac. TRP 13/11/2007, P. n° 0820536 in www.dgsi.pt

⁸⁹ Ac. TRC 24/11/2009 p. n° 150-D/1996.C1 in www.dgsi.pt

⁹⁰ Ac. STJ 3/11/1999 P. 99B113 in www.dgsi.pt

⁹¹ Ac. STJ 4/03/2008, P. n° 08a272 in www.dgsi.pt

**A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A
EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE**

promitente-comprador, pago a totalidade do preço, e autorizado a Ré promitente-vendedora, na data em que foi celebrado o contrato-promessa, em 1969, a arrendar a moradia, usufruindo também esta vantagem económica desse contrato, que podemos considerar como de cessão de exploração e, tendo a Ré consciência que tal cedência se processou no contexto da vinculação advinda do contrato preliminar, reconheceu que o promitente-comprador, desde a data da celebração do contrato, actuou com animus de proprietário.”.

Num acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 22/6/2010⁹² decidiu-se não considerar como possuidor nos termos do direito de propriedade um promitente-comprador, que mesmo pagando integralmente o preço e tendo havido tradição material da coisa, no entanto, por ter obtido decisão judicial em que lhe foi conferida a restituição do sinal em dobro e declarada a resolução do contrato em virtude de, pelo incumprimento do contrato promessa ter perdido interesse na concretização do contrato prometido. Esta é uma decisão interessante, embora defendendo o tribunal a tese por nós sufragada, entendeu que no caso concreto não se verificaram os *sinais factuais* que pudessem indicar no sentido de que o promitente-comprador actuou com *anims sibi habendi*. O que permitiu ao tribunal afastar esse entendimento foi o facto de o promitente-comprador ter intentado uma acção na qual deixa subjacente a *perda de interesse na aquisição*. Assim, entendeu, bem no nosso entender, o tribunal, não ser compatível afirmar uma actuação conforme a um verdadeiro proprietário em embargos de terceiro, e ao mesmo tempo, intentando uma acção autónoma, não querer assumir essa veste jurídica.

De referir que nos casos em que o promitente-comprador goza materialmente a coisa, como muitas vezes acontecerá, a prova do *animus possidendi* fica facilitada pela presunção prevista no artigo 1252º/2 CC, o qual estabelece que quem exerce o poder de facto sobre a coisa goza de uma presunção de posse em nome próprio. Assim, se estivermos no âmbito de uns embargos de terceiro, caberá aos embargados ilidir esta presunção *iuris tantum*. Da análise exposta a cima, e correndo os sumários dos principais tribunais portugueses, veremos que em muitas ocasiões se decidiu pela existência de uma posse em nome próprio, nos termos do direito de propriedade por

⁹² Ac. Tribunal Central Administrativo do Sul de 22/6/2010, in www.dgsi.pt

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

parte do promitente-adquirente, que agiu assim, tendo como exemplo os casos supra mencionados, com *animus sibi habendi*.

3) *O promitente acquirente enquanto titular de um direito pessoal de gozo decorrente da traditio*

Com a abertura imposta pela reforma de 95/96, alargando a possibilidade de interpor embargos de terceiro, não só com base numa situação de posse, mas também com fundamento em *qualquer direito incompatível*.

Excluindo os casos, anteriormente analisados, em que o promitente-adquirente actua com o *animus sibi habendi*, comportando-se como verdadeiro proprietário, atestando-lhe os tribunais esse estatuto, aquele apenas será titular de um direito pessoal de gozo⁹³ decorrente da *traditio*. Este direito permite ao promitente-adquirente, que obteve a tradição material da coisa, gozar autonomamente a coisa alheia em interesse próprio. Nas palavras de ANTUNES VARELA⁹⁴, em anotação ao acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 1986, "*o que a entrega (tradição) do móvel ou imóvel atribui ao promitente-comprador é um direito pessoal de gozo sobre a coisa, semelhante ao do locatário ou do comodatário (...). Os direitos pessoais de gozo do promitente-comprador assentam sempre sobre a pura expectativa da alienação prometida e não podem, por essa razão, exceder os limites impostos por tal situação*".

Podemos dizer desde já que este direito pessoal de gozo do promitente-comprador não é oponível a terceiros (com excepção do direito do locatário) que sejam titulares de direitos reais, ou seja, é um direito que caducará com a venda executiva nos termos do artigo 824º/2 CC. Este direito apenas confere uma situação de detenção, que cederá com

⁹³ A natureza do direito pessoal de gozo tem sido alvo de muita discussão doutrinal, afirmando alguns autores que os direitos pessoais de gozo constituem direitos de crédito, e outros defendendo que será de considerar como verdadeiros direitos reais. Na primeira corrente destacam-se, entre outros, ANTUNES VARELA (Das Obrigações em Geral, vol. I, 10ªEd. P. 173) e MENEZES LEITÃO (Direito das Obrigações, vol. I, 8ªEd. P. 110), enquanto a segunda tese, embora restringida ao direito do arrendatário, é sufragada por OLIVEIRA ASCENSÃO (As Relações Jurídicas Reais, Morais Editora, Lisboa, 1962, p. 214). Já HENRIQUE MESQUITA sustenta que os direitos pessoais de gozo constituem um *tertius genus* entre os direitos de crédito e os direitos reais, dado que, embora se estruturam numa relação entre o credor e o devedor, constituem, no entanto, direitos imediatos sobre uma coisa corpórea, não necessitando da colaboração do devedor para poderem ser exercidos. Assim, distinguem-se dos direitos de crédito, pois o interesse do titular não é realizado ou satisfeito através de uma prestação de outrem, e distinguem-se dos direitos reais, facilmente nos casos de direitos pessoais de gozo inoponíveis a terceiros, como o comodato. Embora mais essa distinção seja mais difícil no caso de direitos pessoais de gozo oponíveis *erga omnes*, como no caso da locação - *VIDE* MESQUITA, Manuel Henrique, Obrigações e Ónus Reais, Almedina, Coimbra, 1990, P. 49 a 51 e 175)

⁹⁴ *IN* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 124, P. 347-349.

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

perante a garantia real constituída em benefício do exequente através da realização e registo da penhora no âmbito de uma acção executiva para pagamento de quantia certa⁹⁵. LEBRE DE FREITAS⁹⁶ refere que “*a posse do promitente adquirente é exercida na expectativa de uma aquisição futura (...) em nome do promitente alienante e, assim sendo, só poderá fundar embargos de terceiro quando este não for o executado, cedendo de outro modo perante a garantia constituída pela penhora*”.

Como nos diz MIGUEL MESQUITA⁹⁷, “*o exercício de poderes de facto, fundado neste direito pessoal de gozo, não se traduz em nenhuma situação possessória*”. O mesmo autor dá-nos conta que VAZ SERRA, sufragou uma posição diferente, sustentando que a posse abrangeria também os *direitos pessoais que se traduzissem no exercício de um poder sobre uma coisa*. Defendeu que o promitente-comprador ao beneficiar da tradição material do imóvel nasceria uma situação de posse susceptível de ser defendida através dos meios possessórios⁹⁸. Contrariando esta posição, MIGUEL MESQUITA sintetiza, “*O promitente-comprador titular do direito pessoal de gozo não pode ser considerado, rigorosamente, um possuidor, pois, (...) não exerce poderes de facto com fundamento num qualquer direito de natureza real*.”

Assim, caso o promitente-comprador fundamente os seus embargos de terceiro apenas na titularidade deste direito, aqueles deverão ser rejeitados.

O promitente adquirente enquanto titular de um direito à execução específica

O promitente-adquirente poderá, em caso de incumprimento (veremos em que casos) por parte do promitente-alienante, socorrer-se da acção de execução específica. Esta é uma acção constitutiva onde o tribunal se irá substituir, neste caso, ao promitente-alienante faltoso, emitindo o tribunal através de sentença a declaração negocial em falta.

⁹⁵ Vide MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P.180

⁹⁶ In *A Penhora de Bens na Posse de Terceiro in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora, 2002, P.629

⁹⁷ MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P.180

⁹⁸ MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P.181

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

O direito à execução específica encontra-se regulado no artigo 830º CC, e temos desde logo como primeira questão a resolver, saber em que situações se poderá recorrer a esta ferramenta. Assim, afirma CALVÃO DA SILVA⁹⁹ que “ *a fim de pôr ordem onde apreça reinar alguma confusão, importa reter que o pressuposto da chamada execução específica do contrato-promessa é a mora e não o incumprimento definitivo* ”¹⁰⁰.

Podemos dizer que o direito à execução específica pode tem um regime supletivo, pois refere o artigo 830º/1 CC 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*”, podendo, assim, os contraentes acordar em afastar, no momento da celebração do contrato-promessa, o eventual recurso a este direito (este acordo será considerado como tacitamente como convencionado pelas partes se existir convenção de sinal ou se tiver sido fixada uma cláusula penal- artigo 830º/2 CC). Apenas assim não sucederá nos casos das promessas previstas no artigo 410º/2 CC, casos em que qualquer cláusula que afaste a possibilidade de recorrer à execução específica, será nula¹⁰¹.

Importa, desde já, para o nosso trabalho, distinguir os casos em que se confere eficácia real ao contrato-promessa e aqueles em que tal não sucede (contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional).

É possível aos contraentes atribuir eficácia real ao contrato-promessa que seja fonte ou transmita direitos reais sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo (Artigo 413º/1 CC). Para tal, terão as partes que expressamente declarar tal intenção, respeitar os requisitos formais para o contrato prometido e proceder à inscrição da promessa no registo¹⁰². Aqui o direito de crédito normal que nasce de um contrato-promessa – o

⁹⁹ CALVÃO DA SILVA, ob. Cit P.153

¹⁰⁰ No mesmo sentido se pronunciam os tribunais superiores portugueses, como exemplo Ac. STJ de 6/02/1997 Processo 96B549, in www.dgsi.pt

Há no entanto quem considere que também se poderá recorrer à execução específica em casos em que exista incumprimento definitivo mas que persista a possibilidade de concluir o negócio. Conferir BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ in *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, Coimbra 1987, P.14 e ss e também Ac. STJ de 3/10/1995 Processo nº087048 in www.dgsi.pt, o qual refere: “*O direito à execução específica pode ser exercido logo que há mora e também quando a obrigação se considerar definitivamente não cumprida, em consequência de o contraente faltoso não ter realizado a prestação no prazo para tal fixado pelo contraente não faltoso (artigo 808 n. 1 do C.CIV.) desde que este último continue a ter interesse na prestação e esta ainda seja possível (artigo 801 do mesmo Código).*”

¹⁰¹ Para conferir com maior pormenor - CALVÃO DA SILVA, ob. Cit P.155 a 159

¹⁰² Conferir CALVÃO DA SILVA, ob. Cit. P.20 a 22

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

direito à celebração do contrato prometido¹⁰³ – será eficaz *erga omnes*, por efeito atribuído pelo registo. Assim, o direito à execução específica nunca se verá precludido por uma alienação ou oneração ocorridas posteriormente. Tal permite-nos concluir que a penhora, que incide sobre o objecto da promessa, posteriormente registada será ineficaz perante o promitente-adquirente (terceiro face ao processo executivo em que se realizou essa penhora). Tal assim será, quer nos casos em que o promitente-adquirente tenha já intentado acção de execução específica, quer não o tenha ainda feito¹⁰⁴.

Mas, nem sempre as promessas serão dotadas de eficácia real, e assim teremos apenas um contrato-promessa oponível *inter partes*. Teremos então que, caso o promitente-alienante não cumpra o contrato e, por exemplo, aliene ou onere em benefício de um terceiro a coisa objecto do contrato, o promitente-adquirente nada poderá opor a esse terceiro, uma vez que o contrato-promessa que celebrou apenas fora dotado de eficácia meramente obrigacional¹⁰⁵. Ficará então limitado a uma reacção contra o promitente-alienante faltoso, pedindo uma indemnização pelo incumprimento definitivo do contrato-promessa.

Teremos então aqui a resolver duas questões, poderá o promitente-adquirente recorrer aos embargos de terceiro, em acção executiva intentada contra o promitente-vendedor, primeiro, no caso em que o contrato-promessa celebrado esteja dotado de eficácia real, baseando-se na titularidade do direito à execução específica e, segundo, no caso de um contrato-promessa com eficácia meramente relativa, mas em que o promitente-adquirente intentou e registou (anteriormente à realização da penhora) uma acção de execução específica?

No primeiro caso, e como adiantámos, o promitente-adquirente, em caso de contrato-promessa dotado de eficácia real, poderá embargar de terceiro com base no seu direito à execução específica, quer já tenha intentado à acção quer não o tenha ainda

¹⁰³ Conferir sobre a natureza deste direito: HENRIQUE MESQUITA, MANUEL - Contrato-promessa com «eficácia real»: modo de exercício e natureza jurídica do direito do promissário, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, II, 1989 (impr. 1990), p. 773-806

¹⁰⁴ Assim defende MIGUEL MESQUITA: “ *Desta oponibilidade resulta que a penhora efectuada após tal registo é ineficaz em relação ao promitente-comprador, independentemente de este ter instaurado e registado uma acção de execução específica.* ” In ob. Cit. P.184

¹⁰⁵ Nas palavras de JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO e PAULA COSTA E SILVA, “ Quando o promitente vendedor transfere, por contrato, para um terceiro exactamente aquele direito que se obrigara a transmitir ao promitente comprador, cria-se uma situação de incompatibilidade entre as posições do promitente comprador e do terceiro adquirente. Como o contrato não tem eficácia real, surge uma impossibilidade de cumprimento imputável ao devedor.” - Anotação ao Acórdão de 8 de Maio de 1991 do Supremo Tribunal de Justiça, in Revista da Ordem dos Advogados n°52, P. 197

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

feito. Nas palavras de MIGUEL MESQUITA¹⁰⁶, “este direito é por si só, oponível *erga omnes*, não estando dependente do exercício de uma acção de execução específica.

Logo, o direito decorrente de um contrato-promessa dotado de eficácia real deve considerar-se, para efeitos de dedução de embargos de terceiro, um direito incompatível com a efectivação sobre a coisa, objecto do contrato prometido, de uma penhora.”¹⁰⁷.

Contudo, opinião contrária tem RUI PINTO¹⁰⁸ que defende não serem os embargos de terceiro o meio próprio de defesa neste caso, assim defende o autor que, caso não tenha o promitente-adquirente intentado acção de execução específica anteriormente à realização da penhora, restar-lhe-á adquirir esse bem em sede de venda executiva através de venda directa (prevista no artigo 903º CPC). Tendo, obviamente, a alternativa de reclamar o seu crédito com fundamento no direito de retenção sobre o bem penhorado, podendo até, como já referido anteriormente neste trabalho, pedir a sustação da execução até obtenção de um título exequível em acção própria (arts. 864.º e 869.º do CPC) – Adensaremos esta questão no próximo ponto.

Quanto ao segundo caso, o promitente-comprador (no caso de um contrato-promessa meramente com eficácia obrigacional) intentou e registou já acção de execução específica¹⁰⁹, anteriormente à realização da penhora¹¹⁰. Só neste caso os embargos de terceiro serão admissíveis¹¹¹. Neste caso deverá o embargante pedir que os embargos se suspendam até que seja proferida decisão na acção de execução específica, verificando-se aqui uma relação de prejudicialidade. Como diz MIGUEL MESQUITA, “ feita a prova de que esta acção se encontra a correr, os embargos não só devem ser recebidos, como deve ser ordenada a *suspensão* da instância a que dizem respeito.” Assim, os embargos terão o destino condicionado por aquela acção, ficando a

¹⁰⁶ Ob. Cit. P. 188 e 189

¹⁰⁷ No mesmo sentido conferir, MESQUITA, Manuel Henrique, Obrigações e Ónus Reais, P. 240 e TELLES, Galvão, Direito das Obrigações, P. 132, *apud* MESQUITA, Manuel Henrique, Obrigações e Ónus Reais P. 240.

¹⁰⁸ *In* Penhora, Venda e Pagamento Lex, Lisboa, 2003 P.93 Opinião também perfilhada por TEIXEIRA DE SOUSA e MARCO GONÇALVES (Conferir também GONÇALVES, Marco Carvalho *in* *Embargos de Terceiro à Acção Executiva*, Coimbra Editora, 2010 P. 199 e 200 – Consultado online *in* <http://repositorium.sdum.uminho.pt>

Conferir ainda no mesmo sentido, Ac. STA de 12/01/2012

¹⁰⁹ A acção de execução específica está sujeita a registo, nos termos do artigo 3º/1 alínea a) do Código de registo predial

¹¹⁰ Quanto à hipótese de ter havido uma transmissão ou oneração do bem antes de proposta e registada a acção de execução específica conferir ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Contrato-Promessa. Uma síntese do regime actual*, *In* Revista da Ordem dos Advogados Ano 50, P.51 e OLIVEIRA ASCENSÃO, José e COSTA E SILVA, Paula - Anotação ao Acórdão de 8 de Maio de 1991 do Supremo Tribunal de Justiça, *in* Revista da Ordem dos Advogados nº52, P. 212 e ss.

¹¹¹ Conferir REMÉDIO MARQUES, João Paulo, ob. Cit. P.329 a 331, MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P.185 e GONÇALVES, Marco ob. Cit. P. 153 e 154

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

procedência dos embargos dependente da procedência na acção de execução específica. Transitada em julgado a decisão da acção, e caso seja favorável ao promitente-adquirente, assim serão julgados os embargos, julgando-se estes procedentes. A procedência dos embargos implicará que os termos do processo fiquem suspensos quanto aos bens a que respeitam os embargos (artigo 356º CPC), ou caso os embargos tenha sido requeridos anteriormente à penhora, ficará suspensa essa diligência (artigo 359/2 CPC)¹¹². Estamos aqui perante uma situação, em que prevalece o registo da sentença da acção de execução específica (reportado à data do registo da acção), mesmo relativamente a uma situação originária num direito de crédito, que contudo se tornou oponível a terceiros por força do registo, e que prevalece sobre um registo de aquisição posterior, assim como, no caso que aqui tratamos, sobre o registo de uma penhora no âmbito de uma acção executiva¹¹³. Podemos dizer, para concluir este ponto, que a partir da data do registo da acção de execução específica, qualquer acto praticado quanto ao bem em questão será ineficaz perante o promitente-adquirente que intentou a acção¹¹⁴.

4) O artigo 903º do Código de Processo Civil

Na sua versão original, este artigo apenas previa o seguinte, “*Se os bens houverem, por lei, de ser entregues a determinadas entidades, a venda ser-lhes-á feita directamente.*” (Redacção dada pelo decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro). Contudo, a reforma imposta pelo decreto-lei 38/2003 de 8 de Março, acrescentou ao citado artigo o seguinte segmento: “*ou tiverem sido prometidos vender, com eficácia real*”, passando assim a prever este artigo que a deverá ser efectuada a venda directa do bem objecto do contrato-promessa, dotado de eficácia real, ao promitente-adquirente.

Este é um artigo controverso, e que tem gerado alguma discussão doutrinal, embora seja mais raro encontrar decisões dos tribunais superiores portugueses que versem directamente sobre esta questão. O que importa aqui saber, é o que já no ponto anterior deixámos em aberto. Será de recorrer ao artigo 903º CPC, no caso em que

¹¹² Vide MESQUITA, MIGUEL, ob. Cit. P. 186 e 187

¹¹³ Vide CALVÃO DA SILVA, João, ob. Cit. P. 179

¹¹⁴ Para uma análise alarga desta questão conferir, OLIVEIRA ASCENSÃO, José e COSTA E SILVA, Paula - Anotação ao Acórdão de 8 de Maio de 1991 do Supremo Tribunal de Justiça, in Revista da Ordem dos Advogados n.º52, P. 205 e ss.

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

alguém intenta uma acção executiva para pagamento de quantia certa contra um promitente-alienante, tendo essa promessa sido dotada de eficácia real, sendo este o meio de defesa disponível para terceiro, estranho ao processo executivo, fazer valer a sua posição jurídica, ou será através de embargos que o deverá fazer?

Já antes da alteração introduzida em 2003/2004 se discutia esta questão. MIGUEL MESQUITA¹¹⁵ defende que o meio correcto para o promitente-adquirente se defender, nestes casos, são os embargos de terceiro, pois *o direito decorrente de um contrato-promessa dotado de eficácia real deve considerar-se, para efeitos de dedução de embargos de terceiro, um direito incompatível com a efectivação sobre a coisa, objecto do contrato prometido, de uma penhora*. Opinião contrária tinha CASTRO MENDES¹¹⁶, que defendia nestes casos o promitente-adquirente não se pode opor à execução, pois esta salvaguardava a sua posição através de um mecanismo que lhe permite adquirir o bem *nos termos contratualmente acordados*. Também REMÉDIO MARQUES propugna a mesma posição¹¹⁷. No entanto, MIGUEL MESQUITA, criticava, e com acerto, esta posição, pelo que transcrevemos: “ (...) *Não parece que o juiz da execução possa ordenar que a venda judicial da coisa se faça em benefício do promitente-comprador que tenha inscrito, no registo, o direito emergente da promessa.*

O promitente-comprador só pode tornar-se proprietário da coisa por virtude de uma sentença que decreta a execução específica do contrato-promessa. Ora para isso, terá de instaurar a necessária acção constitutiva, no âmbito da qual será salvaguardado o princípio do contraditório.”¹¹⁸

Na altura (artigo 886º/3 al. b hoje artigo 903º), não estava consagrada a hipótese, *expressis verbis*, de que havendo promessa dotada com eficácia real, o bem deveria ser-lhe vendido no processo executivo. Esta norma previa apenas que, tem lugar a venda directa sempre que os bens tenham de ser vendidos a certas entidades. Assim MIGUEL MESQUITA, criticava também o recurso a esta norma fazendo-a abranger também os

¹¹⁵ Ob.cit. P.183 a 188

¹¹⁶ In “Direito Processual Civil, Vol.III P. 458, *Apud* MIGUEL MESQUITA, ob.cit. p.184, Nota 363

¹¹⁷ Cfr. REMÉDIO MARQUES, João Paulo, ob. Cit. P.323 nota 915, que defende que o então artigo 886º/3 al.b) [hoje o artigo 903º], tinha *potencialidades expansivas*, na medida em que era uma *factualidade jurídica* que o promitente-adquirente pode ou não exercer, podendo aqui socorrer-se deste mecanismo para adquirir o bem no processo executivo

¹¹⁸ MIGUEL MESQUITA, ob.cit. p.184, Nota 363 e com opinião idêntica: AMÂNCIO FERREIRA, Fernando Curso de Processo de Execução, 13º Ed. Almedina, 2010, P.375, “ *Com efeito, o direito real de aquisição do promitente comprador concretiza-se, não por meio de uma forma especial de venda, mas do direito de execução específica, através do qual aquele comprador obtém do tribunal sentença (constitutiva) que produz efeitos da declaração negocial do promitente vendedor (artigo 830º/1 CC).*”

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

contratos-promessa dotados de eficácia real, pois que, aquele artigo se referia apenas a casos irrelevantes, com fonte em exigência de leis económicas¹¹⁹.

No entanto, hoje temos expressamente previsto no artigo 903º a possibilidade de venda directa a favor do promitente-adquirente em contrato-promessa dotado de eficácia real. Nas palavras duras de AMÂNCIO FERREIRA, “o inevitável aconteceu”, e está hoje expressamente prevista esta hipótese, “*em flagrante violação da norma substantiva do nº1 do art. 830º do CC, a declaração negocial do promitente vendedor substituída, não por uma sentença, a ultimar uma acção declarativa, mas por um acto material (a venda)*”¹²⁰ São justas as críticas efectuadas por este Autor, e também já apontadas, como vimos *supra*, por MIGUEL MESQUITA. Aqui teremos então, não uma sentença judicial a ordenar o cumprimento da promessa, mas tal é pura e simplesmente efectuado através de um mecanismo processual, que como já alertava este Autor, não salvaguarda o contraditório na perspectiva do promitente-alienante¹²¹.

Esta é uma opção, como se vê, bastante criticável, esquecendo o legislador por completo que o promitente-adquirente tem à sua disposição os embargos de terceiro, que aqui deveriam ser o meio processual indicado para nos socorrermos. Mais podemos dizer pois o legislador nada diz quanto aos termos em que se processa esta “venda directa”. Com que prazo? Como é notificado? Deverá a execução aguardar até que se esgote o eventual prazo para cumprimento do contrato-promessa?

LEBRE DE FREITAS¹²² defende que “*o promitente comprador (...) adquire nos termos contratualmente acordados. (...) Tal podendo implicar a suspensão da execução, quando a obrigação de celebrar o contrato prometido ainda não tenha vencido.*”

¹¹⁹ Vide MIGUEL MESQUITA, ob.cit. p.184, Nota 363. Como exemplo poderíamos, antes da adesão de Portugal à EU, apontar a EPAC(Empresa Pública de Abastecimento de Cereais) e a Casa do Douro, não se verificando contudo hoje, pelas actuais regras concorrenciais vigentes – Cfr. LEBRE DE FREITAS, José, ob. Cit. P. 327 nota 3. Também AMÂNCIO FERREIRA, Fernando, Curso de Processo de Execução, ob. Cit. P.375

¹²⁰ AMÂNCIO FERREIRA, Fernando, Curso de Processo de Execução, ob. Cit. P.376

Defende ainda o autor que tal consubstancia uma inconstitucionalidade por desrespeito da reserva de juiz – artigo 202º/2 da CRP.

¹²¹ MIGUEL MESQUITA, ob. Cit. P. 184, nota 363. AMÂNCIO FERREIRA, Fernando, considera aqui poder verificar-se uma inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade – Cfr ob. Cit. P.376

¹²² LEBRE DE FREITAS, José, A acção Executiva, ob. Cit.,

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

Quanto à notificação ao promitente-alienante, decidiu o STA em acórdão de 12/01/2012 que, *“No caso de penhora de imóvel que tenha sido prometido dar em cumprimento pelo executado e cuja promessa tenha eficácia real, exige-se que o promitente adquirente seja notificado da data designada para a venda para, até essa data, demonstrar nos autos a celebração da dação prometida ou a instauração de acção para realizar a execução específica do contrato-promessa. Efectuada essa notificação, caso o promitente adquirente não demonstre a celebração do contrato prometido nem que instaurou acção de execução específica, o bem será vendido livre desse ónus. Só no caso de não ser efectuada essa notificação, o promitente adquirente poderá opor-se à penhora mediante embargos de terceiro, porque só nesse caso poderá ainda promover a execução específica do contrato-promessa após a venda efectuada em processo de execução fiscal.”*

No que toca a jurisprudência dos tribunais superiores sobre o artigo 903º CPC, como atrás dissemos, não se encontram muitas decisões que versem sobre o assunto. E, curiosamente, as que encontrámos foram todas nos tribunais administrativos (!!).

Assim temos os acórdãos do STA de 6 de Abril de 2011¹²³, 8 de Junho de 2011¹²⁴ e 13 de Janeiro de 2012¹²⁵ que defendem que será de aplicar nos casos que aqui tratamos, o artigo 903º CPC, notificando-se o promitente-adquirente para exercer o seu direito, sendo-lhe feita a venda directamente. Assim, não será o direito de execução específica do promitente-adquirente incompatível com a penhora, pois este possui de um mecanismo que lhe permite, no próprio processo executivo, fazer valer o seu direito. No entanto este último acórdão visa uma situação que até agora não vimos tratada. No caso do acórdão do STA de 13 de Janeiro de 2012, não se trata de um contrato-promessa de compra e venda, mas sim de um contrato-promessa de dação em cumprimento. Será então também aqui de aplicar o artigo 903º CPC, que nos fala em *venda?*

À primeira vista diríamos que sim, pois trata-se de um contrato oneroso de transmissão de um direito real, e em tudo semelhante à compra e venda, interpretando-se assim a norma de forma extensiva. No entanto não foi assim que decidiu aquele tribunal, defendendo que não se poderá aqui aplicar o artigo 903º CPC. Embora admitindo a possibilidade de adjudicação, neste caso, do prédio penhorado, entendeu o

¹²³ Processo nº249/11

¹²⁴ Processo nº 25/11

¹²⁵ Processo nº0835/11

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

tribunal não estarem previstos os pressupostos para que assim fosse, pois a “*adjudicação do bem penhorado ao promissário no caso de promessa de dação em cumprimento não resultaria qualquer ingresso de meios de pagamento à execução ou a satisfação, mesmo que indirectamente, de que qualquer interesse do exequente ao de credor reclamante.*” Opta assim este tribunal pela primazia da execução, ou seja, a primazia do escopo da execução fiscal. E apesar de admitir que na “*mecânica da execução fiscal não prever uma fase em que o promitente adquirente, no caso de promessa de dação em cumprimento com eficácia real, possa ver o seu direito concretizado (ao invés do que sucede relativamente ao contrato- promessa de compra e venda com eficácia real – cfr. art. 903.º do CPC), não significa sem mais que a penhora ofende o direito do Embargante à execução específica do contrato- promessa*”, será de, nestes casos, se efectuar a notificação do promitente-adquirente, num contrato-promessa de dação em cumprimento, para exercer o seu direito, sob pena de, não o fazendo, ver o seu direito caducar com a venda executiva.

Assim, segundo este entendimento, deve o promitente-alienante demonstrar na execução, ou que formalizou o contrato-prometido (efectuando-se assim o levantamento da penhora), ou que intentou acção judicial para exercer o seu direito de execução específica. (suspendendo-se assim a execução fiscal quanto a este bem). Admite ainda este tribunal, que só no caso em que não se tenha procedido à notificação do promitente-adquirente, este poderá embargar de terceiro com sucesso.

Para concluir este ponto importa dizer que defendemos a posição de MIGUEL MESQUITA e AMÂNCIO FERREIRA, com todas as críticas que apontam à solução legal do artigo 903º CPC, contudo e como ensina o grande Mestre ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “*um jurista é um humilde servo que trabalha com as ferramentas que lhe fornecem*”¹²⁶. Não podemos, assim, ignorar o estabelecido naquele artigo, embora discordando acerrimamente. É papel do jurista criticar as soluções legais com que não concorda, e pugnar por uma alteração, mas não pode o jurista munir-se de construções interpretativas para chegar a um fim

¹²⁶ In Aulas proferidas na disciplina de Direito Comercial, respeitantes ao curso de Mestrado com especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Ano de 2010/2011

C) *O contrato-promessa no âmbito da execução para entrega de coisa certa*

1) *Considerações Gerais*

Este tipo de acção executiva verifica-se muito menos frequentemente que a “normal” acção executiva para pagamento de quantia certa. O que aqui está em causa é o cumprimento coercivo de uma obrigação de prestação de coisa. Já acima tratámos da apreensão no âmbito deste tipo de acção, sendo aqui que se poderá dar uma ofensa da posse ou direito de um terceiro, nomeadamente de um promitente-adquirente que verá assim a sua posição ameaçada, tendo de reagir.

Temos aqui então uma apreensão com um fim diferente da que se verifica na penhora (com a penhora constitui-se um direito real de garantia, tendo essa diligência o objectivo último de transmissão da coisa apreendida por forma a satisfazer o direito do exequente), aqui o intuito é proceder à entrega da coisa ao exequente. Tratando-se de coisa móvel, a coisa é apreendida e de seguida entregue ao exequente, efectuando o agente de execução as diligências necessárias (nomeadamente se a coisa se tiver de determinar através de conta, peso ou medida – artigo 930º/2 CPC). Se se tratar de coisa imóvel, prescreve o artigo 930º/3 que “o agente de execução investe o exequente na posse, entregando-lhe os documentos e as chaves, se os houver (...)”. Ou seja, trata-se aqui de uma entrega simbólica¹²⁷. Nos termos do mesmo artigo, deve dar-se a notificação do *executado, os arrendatários e quaisquer detentores para que respeitem e reconheçam o direito do exequente*. Esta notificação deve ter lugar “quando a posse tenha procedido do executado (ou do próprio exequente), deva subsistir e seja compatível com o direito do exequente.”¹²⁸ O que se passará aqui, nas palavras de MIGUEL MESQUITA será que “o detentor efectivo mantém-se no gozo da coisa e apenas é notificado para respeitar a posição do exequente.”¹²⁹

¹²⁷ MIGUEL MESQUITA refere que: “a entrega simbólica da coisa imóvel, à qual se segue a notificação assinalada, pode marcar o fim da acção executiva regulada nos artigos 928º e ss. Isto acontece nos casos em que o exequente e o tribunal têm conhecimento de que o imóvel se encontra legitimamente ocupado por terceiros, pelo que não pode conseguir-se – sob pena de se praticar um acto ilícito- o efectivo “despejo”. Ob. Cit.

¹²⁸ Conferir Ac. da Relação de Coimbra de 6/03/2007, Processo nº81-B/2001.c1 in www.dgsi.pt, que nos diz também que: “A notificação dos terceiros (vg. detentores) a que se alude na parte final do nº 3 do artº 930º do CPC, isto é, para que reconheçam e respeitem o direito do exequente, pressupõe que a posse ou direito dos mesmos seja compatível com o direito deste último.” Vide também LEBRE DE FREITAS, José, A acção executiva, ob. Cit. P.376

¹²⁹ Ob. Cit P.261

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

Mas poderá não ser assim o caso, e poderemos estar perante uma situação de posse autónoma (originária ou procedente de um terceiro) ou perante uma situação de posse incompatível (embora derivada do executado) suscitada por um terceiro. Ou seja, teremos aqui um conflito entre o direito do exequente, que pretende que lhe seja entregue a coisa, e o direito de to terceiro, que defende que a apreensão não são lícitos.

Aqui, questiona LEBRE DE FREITAS se: “ Deverá a execução ficar suspensa, por falta de título executivo contra o terceiro ou, no caso de ele existir, por o terceiro não ter sido demandado na acção executiva, ou deverá a apreensão ter lugar, em prejuízo do direito de terceiro a fazer valer o seu direito em acção autónoma?”¹³⁰

O mesmo autor diz-nos que aqui, a solução será recorrer às normas de direito substantivo, já que “ nem o titular do direito real de garantia nem o titular do direito real de aquisição têm modo de satisfazer os seus direitos no processo de execução e que o acto de apreensão não desempenha uma função normal de garantia.”¹³¹

Assim, estes casos o agente de execução deverá, nos termos do artigo 809º/1 CPC¹³², levantar a questão ao juiz. Aqui, deverá este aplicar analogicamente o artigo 848º/2 CPC e, a “apreensão não será ordenada quando o terceiro produza prova documental inequívoca de que é o proprietário da coisa ou o titular de outro direito real que dela lhe conceda a posse.”¹³³ Mas, se a prova exibida não for inequívoca, e não havendo urgência na apreensão, poderá o juiz ordenar que se aguarde o decurso do prazo para a dedução de embargos. Assume então aqui o papel principal a figura dos embargos de terceiro, ficando o terceiro com o ónus de os deduzir, para que se resolva se deverá ser o seu interesse, ou não, a proceder¹³⁴.

Tendo como base as situações a cima tratadas quanto à acção executiva para pagamento de quantia certa, veremos de seguida como se passam as coisas no âmbito da acção executiva para entrega de coisa certa.

¹³⁰ LEBRE DE FREITAS, José, A acção executiva, ob. Cit. P.377

¹³¹ In LEBRE DE FREITAS, José, A acção executiva, ob. Cit. P.378

¹³² No entanto, como alerta LEBRE DE FREITAS: “(...) se o juiz, ao abrigo do art. 812-F-4, tiver dispensado a citação prévia do executado, se o direito do exequente dever manifestamente prevalecer sobre o invocado pelo terceiro ou se se tratar de coisa susceptível de fácil sonegação, a apreensão não deve deixar de ser feita, mediante aplicação analógica do art. 831-1, quando o exequente funde a acção executiva num *direito real* ou numa obrigação de restituir (...), mas já não quando a execução se funde em mero direito pessoal de gozo do exequente.”

¹³³ In Ac. da Relação de Coimbra de 6/03/2007, Processo nº81-B/2001.c1 in www.dgsi.pt

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

2) *O promitente adquirente como possuidor em nome próprio nos termos do direito de propriedade*

A situação a ter aqui em conta é a mesma já *infra* exposta quanto à acção executiva para pagamento de quantia certa. Aqui nada de novo temos para expor, tudo se processando da mesma forma, apenas com as singularidades previstas na execução para entrega de coisa certa.

Assim, se o promitente-adquirente ao deduzir embargos de terceiro, lograr provar, nos termos a cima definidos, que é um possuidor legítimo nos termos do direito de propriedade, deverão aqueles embargos ser julgados procedentes. E face ao tipo de acção com que nos deparamos aqui, deverá a acção executiva para entrega de coisa certa ser convertida nos termos do artigo 931º CPC¹³⁵

3) *Promitente-adquirente enquanto titular de um direito de um direito de retenção*

Atrás dissemos que os direitos reais de garantia (como o direito de retenção) caducam com a venda executiva (Artigo 824º/2 CC) e logo não são incompatíveis com a penhora, pois esta não afecta a garantia do terceiro, podendo o titular desse direito reclamar o seu crédito, com preferência sobre os outros credores, na própria acção executiva e ser pago à custa da coisa sobre a qual recai o seu direito. Passar-se-á o mesmo aqui? Poderá o promitente-adquirente, enquanto titular de um direito de retenção, deduzir embargos de terceiro?

Aqui os pressupostos são diferentes, a apreensão efectuada no âmbito deste tipo de acção executiva tem um fim diferente do da penhora, aqui pretende-se, como vimos *infra*, entregar efectivamente a coisa ao exequente.

MIGUEL MESQUITA dá como exemplo a situação em que tendo-se celebrado um contrato-promessa obrigacional em que se verificou a *traditio rei*, o promitente-alienante transmitiu a coisa objecto do contrato para um outro sujeito. Este intenta posteriormente acção executiva para entrega de coisa certa contra o promitente-alienante, verificando-se assim uma impossibilidade de cumprimento do contrato-promessa. Fica assim o promitente-adquirente, titular do direito de retenção, apenas com

¹³⁵ ABÍLIO NETO refere que: “À perda ou destruição da coisa que devia ser entregue é equiparada quer a situação em que ela exista mas esteja na posse de terceiro, quer a de a coisa existir mas não ser encontrada” *In* Código de Processo Civil Anotado, 23º Ed. 2011, Ediforum – Edições Jurídicas, LDA. Lisboa, P. 1364

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

a possibilidade de pedir uma indemnização pelo incumprimento. Poderá este neste caso, reagir na acção executiva por forma a fazer valer o seu direito, recusando a entrega da coisa?¹³⁶

CALVÃO DA SILVA defende que, “o beneficiário da promessa pode recorrer aos embargos de terceiro, nos termos definidos na lei (...), em *caso de diligência ordenada judicialmente (art. 1285º) que não acarrete a caducidade do seu direito, por exemplo na execução para entrega de coisa certa (...)*”¹³⁷. Efectivamente, verificando-se a posse nos termos do direito de retenção pelo promitente-adquirente, os embargos de terceiro deverão ser julgados procedentes, isto porque aquele é titular de um direito de crédito pelo incumprimento definitivo do contrato-promessa que realizou. E sendo também titular de um direito de retenção, tem assim o promitente-adquirente legitimidade para recusar a entrega da coisa.¹³⁸

Será assim neste caso, pois, como alerta LEBRE DE FREITAS, “nem o titular do direito real de garantia nem o titular do direito real de aquisição têm modo de satisfazer os seus direitos no processo de execução (...)”¹³⁹ pois, como aqui não haverá venda executiva da coisa, não poderá o promitente-adquirente ver o seu crédito satisfeito através dessa venda.

4) *Promitente-adquirente enquanto titular de um direito de um direito à execução específica*

Aqui mantém-se tudo o que já a cima dissemos a propósito da acção executiva para pagamento de quantia certa. Remetendo para a explanação ai feita. Sinteticamente será apenas de dizer que caso se trate de um contrato-promessa obrigacional, a acção de execução específica terá de já ter sido proposta e registada anteriormente à eventual transmissão que originou o incumprimento que levou ao recurso à acção executiva para entrega de coisa certa. Caso se trate de contrato-promessa celebrado com eficácia real, bastará que o promitente-adquirente alegue e prove esse seu direito para que possa embargar de terceiro sucessivamente, pois o direito à execução específica é um direito

¹³⁶ Conferir, MIGUEL MESQUITA, ob. Cit. P. 269

¹³⁷ Ob. Cit. P.186

¹³⁸ Seguimos, MIGUEL MESQUITA, ob. Cit. P.270 e 271

¹³⁹ LEBRE DE FREITAS, José, ob. Cit. P.378

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

incompatível com a apreensão e entrega da coisa. Remetemos para a explicação dada supra acerca desta questão, reservando ainda um lugar para também aqui nos referirmos ao artigo 903º CPC, o que faremos no próximo ponto.

5) *O artigo 903º CPC no âmbito da acção executiva para entrega de coisa certa*

Será também de analisar a possível aplicação do artigo 903º no âmbito deste tipo de execução, se é verdade que esta norma se encontra sistematicamente incluída no subtítulo que regula a acção executiva para pagamento de quantia certa, mais propriamente, na subsecção referente à venda executiva. Ora, na acção executiva para entrega de coisa certa, não se verifica, como vimos, a venda executiva, não se encontrando artigo similar nas normas especiais previstas para este tipo de execução. Será então de se aplicar neste caso o artigo 903º CPC? Mais concretamente, deverá aqui funcionar o mecanismo da venda directa também neste tipo de acções?

Apesar de todas as críticas, já a cima expostas, não vemos porque aqui não será também de se aplicar esta norma. Apesar de estar prevista quanto à acção executiva para pagamento de quantia certa, tal como acontece com muitas outras normas, também esta será susceptível de aplicação, por analogia, no âmbito deste tipo de execução que tratamos neste ponto. Remetendo-se assim para todas as considerações feitas *infra*.

Capítulo IV

O contrato-promessa no âmbito do processo de insolvência

- Sumário:** A) Considerações Gerais
B) O contrato-promessa com eficácia real e eficácia obrigacional: Quando pode haver recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência?
C) Os efeitos da recusa de cumprimento
D) O Direito de Retenção no Processo de Insolvência

A) Considerações Gerais

Para a análise que aqui nos propomos fazer, torna-se necessário recorrer à disciplina dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso. Aqui facilmente se verá que tal se aplica na perfeição ao contrato-promessa, enquanto contrato preparatório, que visa a celebração de um outro contrato (o contrato prometido), e que portanto só concluirá o seu objectivo com a celebração deste contrato.

Esta matéria encontra-se regulado nos artigos 102º e seguintes do CIRE, diploma este que reserva uma norma especialmente para os contratos-promessa, o seu artigo 106º.

Aquela primeira é uma norma de carácter geral, que define o que são os “negócios em curso”¹⁴⁰ e determina que o seu cumprimento ficará em suspenso até o administrador de insolvência, se decidir pelo cumprimento, ou não, do contrato. GRAVATO MORAIS, refere contudo que, “a opção” por uma ou outra via pressupõe a

¹⁴⁰EPIFÂNIO, Maria do Rosário define assim o que entende por negócios em curso: “relações jurídicas já constituídas, incumpridas total ou parcialmente por um ou por ambos os titulares, ou mesmo relações jurídicas duradouras (por exemplo, o arrendamento, o contrato de trabalho, a associação em participação), cujo denominador comum reside na necessidade de um regimen falencial particular (de manutenção, de extinção, ou até de suspensão, de cumprimento integral ou de cumprimento rateado.” *In “Efeitos substantivos da Falência”, Universidade Católica, Porto, 2000*

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

devida ponderação pelo administrador da insolvência da situação concreta à luz dos interesses da massa e em vista da satisfação dos credores da insolvência, não tendo, portanto, total liberdade para se pronunciar num ou noutro sentido.”¹⁴¹

Já no que toca ao artigo 106º CIRE, esta é a norma que regula o regime a aplicar aos contratos-promessa de forma específica. Esta é a norma que toma o papel central na nossa análise, e como veremos, é uma norma complexa e que causou na doutrina e jurisprudência algumas divergências e perplexidades.

Analisaremos então de seguida as diversas situações aqui em causa, em moldes um pouco diferentes do anteriormente efectuado quanto às acções executivas. Aqui dividiremos a análise entre os contratos-promessa com eficácia real e os contratos-promessa com eficácia obrigacional, adiantando desde já que também aqui a *traditio* assume uma real preponderância.

B) O contrato-promessa com eficácia real e eficácia obrigacional: Quando pode haver recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência?

Nos termos do artigo 106º/1 CIRE, tendo sido celebrado um contrato-promessa com eficácia real e tendo havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, o administrador não poderá recusar o cumprimento do contrato-promessa. Constitui-se aqui uma excepção ao principio geral previsto no artigo 102º CIRE, encontrando-se nestes casos o administrador de insolvência vinculado ao cumprimento do contrato. O que faz todo o sentido, pois o promitente-adquirente é titular de um direito de crédito (direito à celebração do contrato prometido) ao qual foi conferido eficácia *erga omnes*¹⁴².

No entanto deste artigo podemos retirar também, *a contratio*, que o administrador de insolvência poderá recusar o cumprimento do contrato-promessa dotado de eficácia real, mas em que não se verificou *traditio*. Assim como, obviamente, será de considerar como não abrangidos por esta norma, os contratos-promessa

¹⁴¹ MORAIS, FERNANDO GRAVATO, “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor”, Cadernos de Direito Privado, n.º 29, Janeiro/Março 2010, p. 3 Conferir também OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, Insolvência e Contrato-Promessa: Os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional, Consultado in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=45839&idsc=112472&ida=112748, Ponto 2.

¹⁴² “(...)De notar, por exemplo, que no contrato-promessa de compra e venda com eficácia real e *traditio*, o cumprimento é imperativo por parte do administrador (...)” In Ac. STJ de 14/06/2011, www.dgsi.pt

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

celebrados com eficácia meramente relativa. Como refere MENEZES LEITÃO, esta é uma solução legal “*difícilmente justificável*”¹⁴³, pois deixa-se aqui desprotegida uma situação que, *de jure constituendo*, deveria estar salvaguardada¹⁴⁴. Fazer depender da existência de tradição material da coisa objecto do contrato, não faz qualquer sentido. Atribui-se mais importância a uma convenção, que é autónoma e eventual face contrato-promessa, subalternizando o facto de as partes terem escolhido conferir uma maior certeza à sua promessa, dotando-a de eficácia real. O mesmo autor refere que o “*contrato-promessa com eficácia real constitui um direito real de aquisição a favor do beneficiário da promessa, que não se vê por que deva ser afectado pela insolvência, independentemente de o bem se encontrar ou não na sua posse.*”¹⁴⁵.

Mas e se, no caso de contrato-promessa celebrado meramente com eficácia relativa, tiver havido tradição material da coisa objecto da promessa?

Defende a maioria da doutrina que independentemente de ter havido, ou não, tradição, sempre o administrador de insolvência poderá optar por cumprir ou recusar o cumprimento do contrato-promessa. É essa a opinião de NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA¹⁴⁶, CALVÃO DA SILVA¹⁴⁷, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA¹⁴⁸ e LEBRE DE FREITAS¹⁴⁹.

Contudo, opinião diversa tem MENEZES LEITÃO, que tem vindo a defender uma interpretação correctiva do artigo 106º/1 CIRE, por forma a que o cumprimento do contrato-promessa com eficácia real não possa ser recusado pelo administrador de insolvência e que, tendo havido tradição, mesmo no caso de contrato-promessa com eficácia obrigacional, não deverá o administrador de insolvência poder recusar o seu

¹⁴³ Vide MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de in *Direito da Insolvência*, 3ªEd. 2011 P.191

¹⁴⁴ É essa também a opinião sufragada por: BRANDÃO PROENÇA, José Carlos, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime com fim habitacional)”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 22, Abril/Junho 2008, pp. 3 e ss., p. 21; CARVALHO FERNANDES, Luís A. / LABAREDA, João “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, Lisboa, *Quid Juris*, 2005, p. 405, e PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel, “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Jan./Mar., 2011, pp. 3 e ss., p. 11

¹⁴⁵ MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de, Ob. Cit P.191

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3

¹⁴⁷ CALVÃO DA SILVA, João, ob.cit. P.165

¹⁴⁸ CARVALHO FERNANDES, Luís A. / LABAREDA, João “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, ob. Cit, P.400

¹⁴⁹ “Aplicação do tempo do artigo 164.º-A do Código da Falência — Anotação ao Ac. do STJ de 9.5.2006, Rev. 827/06”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2006, n.º 16, pág. 65 (nota 8) Apud OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit, nota 24

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

cumprimento¹⁵⁰. Esta é, no entanto, uma posição criticável, sendo de considerar como totalmente *contra legem*, pois o legislador tomou deliberadamente esta opção ao fazer depender a excepção daqueles requisitos. Não podendo vir-se posteriormente argumentar que o legislador omitiu uma situação que quis prever, devendo sim entender-se que o legislador (até porque na versão anterior, no artigo 164-A/1 CPEREF, a norma era diferente¹⁵¹) tomou aquela opção¹⁵². O STJ em acórdão datado de 12/05/2011¹⁵³ refere que, não “*tem fundamento a proposta de interpretação correctiva apresentada (...) nem a expressa e manifesta alteração legislativa a suporta. No confronto entre os interesses da massa insolvente e do promitente comprador, a lei manteve a exigência da eficácia real da promessa (cognoscível pelos demais credores do insolvente, tendo em conta o registo respectivo), mas restringiu a prevalência da posição do último à hipótese de já ter ocorrido a tradição da coisa. A mesma lógica de protecção do promitente-adquirente a quem a coisa já foi entregue explica, por exemplo, a atribuição de direito de retenção como garantia de satisfação do “crédito resultante do não cumprimento imputável” ao promitente-vendedor (al. f) do n.º 1 do artigo 755.º do Código Civil) ou a própria medida da indemnização (n.º 2 do artigo 442.º do Código Civil).*”

Temos assim uma solução legal que limita a opção do administrador de insolvência, não permitindo que este possa recusar o cumprimento do contrato-promessa dotado de eficácia real e em que, cumulativamente, se tenha verificado a tradição material da coisa objecto desse contrato. Será uma opção discutível *de iure constituendo*, mas foi a tomada pelo legislador, e é com esta que o jurista do mundo da *praxis* tem de contar.

C) Os efeitos da recusa de cumprimento

¹⁵⁰ Vide MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de, ob. Cit. P.192

¹⁵¹ CPEREF (Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e da Falência, anterior ao CIRE), a opção tomada, no seu artigo 164.º-A/2, previa que, “Tratando-se de promessa com eficácia real, o promitente-adquirente poderá exigir à massa falida a celebração do contrato prometido ou recorrer à execução específica que lhe seja facultada; sendo o falido promitente-adquirente, ao liquidatário judicial cabe decidir sobre a conveniência da execução do contrato, satisfazendo a contraprestação convencionada.”

¹⁵² Vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.1, onde se analisa de forma mais ampla a questão.

¹⁵³ Ac. STJ de 12/05/2011, www.dgsi.pt

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

Não se verificando o caso de um contrato-promessa dotado de eficácia real e tendo havido tradição da coisa (e obviamente não tendo ainda o contrato sido cumprido), nestes restantes casos (contratos-promessa dotado de eficácia real mas sem se verificar tradição da coisa, e contratos-promessa com eficácia obrigacional) o administrador de insolvência pode optar pela recusa do contrato.

Teremos então de recorrer aqui ao estabelecido no artigo 106º/2 CIRE. Surgem nestes casos mais problemas a resolver, e em nada facilitados com a construção legal aqui adoptada. Importa desde já transcrever o que diz a norma, “*À recusa de cumprimento de contrato-promessa de compra e venda pelo administrador de insolvência é aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 104º, com as necessárias adaptações, quer a insolvência respeite ao promitente-comprador quer ao promitente-vendedor.*” Há aqui então uma remissão para o disposto no artigo 104º/5 CIRE, o qual por sua vez remete para o 102º/3 CIRE, sendo aqui que nos devemos suportar para saber quais os efeitos da recusa de cumprimento da promessa, e mais propriamente, qual a indemnização a que o promitente-adquirente terá direito.

O antigo artigo 164-A/1 CPEREF, a própria norma que versava sobre o regime do contrato-promessa no âmbito deste processo, previa o regime de indemnização a aplicar (perda ou restituição do sinal em dobro). Já o CIRE não estabelece, na norma que regula os contratos-promessa alvo de recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência (artigo 106º/2 CIRE), como se define essa indemnização. Antes se limita a remeter para o artigo 104º/5 CIRE, o qual por sua vez remete para o 102º/3 CIRE. Face a este regime, e tendo em conta o facto de o CIRE não distinguir entre contratos-promessa sinalizados ou não sinalizados, importa aferir se o promitente-adquirente terá direito, por força do regime geral consagrado no n.º 2 do artigo 442º CC, a uma indemnização calculada nos termos definidos nesse artigo.

Efectivamente tem havido entendimentos diferentes quanto a este tema, havendo quem por um lado defenda que só devemos lançar mão do artigo 106º/2 CIRE, interpretando-o correctivamente, defendendo que este artigo será apenas de aplicar no caso de estarmos perante um contrato-promessa em que não se verificou constituição de sinal, tese esta defendida por PESTANA DE VASCONCELOS¹⁵⁴ e GRAVATO

¹⁵⁴ PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel, “Contrato-promessa e falência/insolvência”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 24, Out./Dez., 2008, P.62

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

MORAIS¹⁵⁵, sendo de recorrer ao regime previsto no artigo 442º/2 CC para as promessas onde tenha havido constituição de sinal¹⁵⁶. Tese diferente têm NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA¹⁵⁷, que sustentam que o regime o artigo 106º/2 CIRE se aplica a todos os contratos-promessa que não cabem no âmbito da norma do artigo 106º/1 CIRE, sendo de calcular a indemnização através das regras aí consagradas.

Para os primeiros autores, de forma sintética, não se deverá aplicar o regime do 106º/2 CIRE aos contratos-promessa sinalizados, pois o artigo 442/4º CC exclui expressamente a atribuição de *qualquer outra indemnização*. Atribuem também os autores a justificação de que, caso fosse o promitente-adquirente o insolvente, o promitente-alienante pode fazer seu o sinal prestado, pois o artigo 102º/3 al. a) estabelece que nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou¹⁵⁸. PESTANA DE VASCONCELOS alerta ainda que, *“não parece curial que pelo facto de o incumprimento se ter dado antes da declaração de insolvência do promitente-vendedor a outra parte, verificados os pressupostos do art. 442º, n.º 2, possa optar por essa indemnização, que fará depois valer no processo insolvencial (como crédito comum ou garantido), enquanto se for o administrador a optar pela recusa já não o possa fazer (podendo mediar um período bastante curto entre uma hipótese e outra e mesmo haver diversos promitentes-vendedores com direitos diferentes, estando em situações bastante análogas).”*¹⁵⁹

Já para os segundos autores, será de aplicar o artigo 106º/2 CIRE a todos os contratos-promessa não abrangidos pelo artigo 106º/2, inclusivamente aqueles em que se verificou constituição de sinal. Isto porque, para que funcione o mecanismo do artigo 442º/2 CC, e se apliquem estas regras, será sempre necessária a existência de um *incumprimento* imputável à outra parte, como refere CALVÃO DA SILVA, *“em caso de incumprimento devido a causa não imputável a qualquer dos contraentes, os efeitos do sinal, previstos e regulados no art. 442.º, n.º 2, não se produzem”*¹⁶⁰. Será então este acto de recusa do administrador de insolvência um acto imputável ao insolvente?

¹⁵⁵GRAVATO MORAIS, Fernando, “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente vendedor”, Cadernos de Direito Privado, n.º 29, Janeiro/Março 2010, P. 7

¹⁵⁶ Na jurisprudência encontramos alguns acórdãos em que, embora não se analise esta questão a fundo, o tribunal parte do princípio que se aplica o artigo 442º/2 CC – Vide como exemplo, Ac. da Relação de Coimbra de 1/07/2088, Processo n.º 63/07.8TBMGR-M.C1

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.2

¹⁵⁸ Vide PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, ob. Cit. P.13

¹⁵⁹ PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, ob. Cit. P.17

¹⁶⁰ CALVÃO DA SILVA, João “ Sinal e Contrato-Promessa” ob. Cit. P.143

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

Creemos que não, pois aqui o administrador actua no âmbito da competência que lhe é atribuída¹⁶¹, não sendo de considerar este acto como imputável ao insolvente, e muito menos como um acto ilícito ou culposo.¹⁶²

Assim sendo, consideram NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA que “o conteúdo da cláusula de sinal confirmatório com função compulsória e/ou sancionatória é lógica e teleologicamente incompatível com a actuação do direito ao sinal em reacção a um não cumprimento lícito, ou a um não cumprimento ilícito não imputável ao devedor. A recusa de cumprimento do contrato-promessa pelo administrador da insolvência, por aplicação dos arts. 102.º e 106.º do CIRE, não é um não cumprimento ilícito — e, ainda que fosse um não cumprimento ilícito, nunca seria um não cumprimento imputável ao devedor. O devedor não tem a possibilidade de cumprir, por causa do art. 81.º, n.º 1, do CIRE, e o administrador da insolvência não tem a necessidade de cumprir, por causa dos art. 102.º e 106.º do CIRE.”¹⁶³ Referem ainda estes autores, como argumento para sustentar a sua posição, que as disposições previstas nos artigos 102º a 118º do CIRE são normas imperativas, por força do previsto no artigo 119º do mesmo diploma. Logo, não pode recorrer-se ao regime previsto no artigo 442º/2 para a recusa de cumprimento do contrato-promessa no âmbito do processo de insolvência¹⁶⁴.

Contra esta argumentação manifesta-se GRAVATO MORAIS, dizendo que “a ideia de imputabilidade deve ser entendida cum granum salis em sede de insolvência, e no exacto sentido de «ter dado causa a», «ter motivado a»”. Mas tal não nos parece o entendimento correcto, será um tanto ao quanto rebuscado dizer que o não cumprimento

¹⁶¹ PESTANA DE VASCONCELOS afirma que “Constitui um poder conferido por lei, que o administrador exerce no interesse da massa” in Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, op. cit., P.18

¹⁶² Vide PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, ob. Cit. P.18

Alguma doutrina e jurisprudência tem vindo no entanto a falar de uma *imputabilidade reflexa*. Vide Ac. do STJ de 19-09-2006 (Processo 06ª2335)), no qual se sustenta que “essa extinção do contrato é, sem qualquer dúvida, imputável ao falido que se colocou na situação de não poder satisfazer pontualmente as suas obrigações. Mas ainda que assim não se entendesse, sempre a impossibilidade de cumprir procederia de sua culpa, ex vi do disposto no art. 799 n.º 1, do Código Civil” Também Ac. STJ de 22-02-2011 (Processo 1548/06.9TBEPS-D.G1.S1).

¹⁶³ Para conferir com maior pormenor toda a argumentação destes autores, não nos sendo possível neste espaço explana-la na sua plenitude, vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.2

¹⁶⁴ vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.2.6

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

se deve à insolvência do devedor. Deve-se sim a uma escolha, legalmente prevista, do administrador de insolvência, podendo este optar pelo cumprimento ou não.

Chegados aqui, concluímos então que, por falta daquele requisito do não cumprimento ser imputável ao devedor, está aqui afastada a possibilidade de recurso ao 442º/2 CC para determinação da indemnização, sendo de aplicar o artigo 106º/2 CIRE. É esta como vimos a opinião de NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA.

No entanto, PESTANA DE VASCONCELOS propugna uma solução diferente. Embora defenda, na mesma linha de entendimento de NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA, que está aqui arredada a aplicação directa do artigo 442º/2 CC, pelos motivos a cima expostos, contudo, diverge o Autor (que como vimos, defende uma restritiva do artigo 106º/2 excluindo do âmbito desta norma os contratos-promessa sinalizados) defendendo que *”da análise dos regimes civil e insolvencial do contrato-promessa resulta que há um caso específico, aquele dos efeitos da recusa de cumprimento por parte do administrador no contrato-promessa sinalizado em que o promitente-vendedor seja insolvente, que não está regulado, sendo que, atendendo à teleologia desses regimes, o deveria estar. Estamos face a uma lacuna “teleológica” patente inicial.”*¹⁶⁵ Para solução desta lacuna, defende que deverá aplicar-se analogicamente o regime do artigo 442º/2 CC por ser o que mais se adequa, segundo o princípio de que se devem tratar questões iguais de forma igual¹⁶⁶.

Concluindo, embora por caminhos diversos, GRAVATO MORAIS e PESTANA VASCONCELOS, propugnam uma linha de raciocínio que leva à aplicação do regime geral, previsto no artigo 442º/2 CC, para os contratos-promessa sinalizados. Trata-se aqui de um esforço interpretativo, na nossa opinião, um pouco alarga de mais. Como atrás dissemos, a opção legislativa tomada no código anterior (CPEREF) era diversa, podendo nós aqui dizer, como dissemos quanto à interpretação do artigo 106º/1 CIRE, embora não com tanta veemência, que foi esta a opção do legislador, mesmo podendo não considera-la como a mais acertada.

E temos a posição propugnada por NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA, que como vimos, defendem não ser possível, com todos os argumentos que explanam

¹⁶⁵ PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, ob. Cit. P.19

¹⁶⁶ Vide SANTOS, ANA FILIPA RIBEIRO, “ O contrato-promessa sinalizado com entrega de coisa na insolvência”, consultado em <http://repositorio-aberto.up.pt/> que defende esta posição.

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

largamente¹⁶⁷, aplicar aqui o regime do artigo 442º/2, pois verifica-se um contradição teleológica entre o *conteúdo da cláusula de sinal confirmatório com função compulsória e/ou sancionatória e a actuação do direito ao sinal em reacção a um cumprimento lícito, ou a um não cumprimento ilícito não imputável ao devedor.*

Para estes autores, será aplicável a todas as promessas, que não as abrangidas pelo artigo 106º/1 CIRE, o previsto no artigo 104º/5 CIRE (que por sua vez remete para o artigo 102º/3 CIRE), *ex vi* do artigo 106º/2 CIRE¹⁶⁸. Dizer ainda que o crédito indemnizatório do promitente-adquirente constitui (apenas) um crédito sobre a insolvência, sendo pago consoante a verificação de créditos que em cada caso se verificar, atento o disposto nos artigos 172º e seguintes do CIRE.

D) O Direito de Retenção no Processo de Insolvência

Podemos dizer desde já que existem duas correntes contrárias quanto a este tema, defendendo alguns autores e jurisprudência, por um lado, que inexistente direito de retenção do promitente-adquirente (nos casos em que, obviamente, se preenchem os requisitos para existência deste direito) no âmbito do processo de insolvência. Já outros, defendem que será de considerar a existência do direito de retenção, tendo o promitente-adquirente a possibilidade de adquirir o bem nos termos do artigo 164º CIRE.

Esta era uma questão já debatida na vigência do CPEREF, nomeadamente no STJ, que decidiu pela existência do direito de retenção no seu acórdão de 28/05/2002¹⁶⁹, posição que reafirmou no acórdão de 19/09/2006¹⁷⁰. Na vigência do CIRE a questão manteve-se, pois manteve-se também a ausência de regulação desta questão.

As posições que aqui se verificam são em tudo semelhantes ao que vimos no ponto anterior, assim NUNO OLIVEIRA e CATARINA SERRA, defendem que se considerarmos que não há lugar à aplicação do artigo 442º/2 CC (nos termos supra aferidos), então fica também afastada a aplicação do artigo 755º/1 al. f) CC. E isto,

¹⁶⁷ Para conferir com maior pormenor, *vide* OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.2

¹⁶⁸ Não nos sendo possível aqui, for falta de espaço, analisar estes artigos, e a forma como efectivamente se calcula esta indemnização, conferir OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.3

¹⁶⁹ Ac. STJ de 28/05/2002, Processo n° 02A436, www.dgsi.pt

¹⁷⁰ Ac. STJ de 19/09/2006, Processo n° 06A2335, www.dgsi.pt

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

pelas mesmas razões, a questão da falta do requisito do *não cumprimento imputável à outra parte*¹⁷¹. Para estes autores, sinteticamente, para além deste argumento, tal faria sentido também pois consagrar o direito de retenção seria incompatível com o princípio *par conditio creditorum* e poderia subverter um dos objectivos do processo de insolvência, que é a *estabilização geral do passivo do insolvente*¹⁷². Dizem também estes autores que ao beneficiar do direito de retenção, o promitente-adquirente, beneficiaria também do direito a adquirir o bem (artigo 164º CIRE), assim como seria pago com preferência sobre todos os outros credores (pela preferência que lhe é atribuída pelo artigo 759º/1 CC). Dizem os autores que tal não faz sentido, pois seria este sujeito beneficiado face aos eventuais trabalhadores do insolvente (se este for uma empresa), existindo também aqui preocupações *sociais*, de considerar como superiores às aludidas por PESTANA VASCONCELOS (veremos a seguir) para o promitente-adquirente enquanto consumidor¹⁷³.

Concluem os mesmo autores dizendo que, *“Face a estes argumentos, não parece haver lugar a hesitações — nem a reservas de consciência — quanto à solução aplicável: uma vez declarado insolvente o promitente-vendedor e recusado o cumprimento do contrato-promessa pelo administrador, o promitente-adquirente é, não obstante a tradição da coisa objecto do contrato prometido, um mero credor comum.”*¹⁷⁴

Posição inversa tem PESTANA VASCONCELOS, que defende que o direito de retenção deverá ser atribuído (atendendo às razões para que foi criado nesses casos¹⁷⁵), quando o promitente-comprador é um consumidor¹⁷⁶. Nas palavras do Autor, “O art. 755.º, n.º 1, alínea f), é uma norma material de protecção do consumidor e deve ser interpretada restritivamente para o beneficiar somente a ele.”¹⁷⁷ Quanto ao argumento de que esta interpretação é contrária ao princípio *par conditio creditorum*, pode-se

¹⁷¹ Vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.5

¹⁷² Vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.5, para uma visão geral de todos os argumentos.

Conferir também, como exemplo, o acórdão da Relação de Guimarães de 14/12/2010, Processo nº 6132/08.0TBRRG

¹⁷³ Vide OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina, ob. Cit Ponto 3.5

¹⁷⁴ In ob. Cit Ponto 3.5

¹⁷⁵ Defende este autor que o artigo 755º/1 al. f) é, assim, materialmente, uma norma de tutela do consumidor” in *“Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”*, ob. cit., P.8

¹⁷⁶ Conferir BRANDÃO PROENÇA, José Carlos, “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)”, ob. cit., pág. 7. Autor este que defende que o promitente –adquirente de direitos reais sobre o edifício ou fracções autónomas, já construídos ou a construir, beneficiam de uma protecção especial, ao ser-lhes concedido o generoso, mas controverso, direito de retenção. Sendo este mais um ponto a favor da posição de PESTANA VASCONCELOS.

¹⁷⁷ PESTANA VASCONCELOS, Luís Miguel, *“Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”*, ob. cit., P.21

A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE

dizer que existe também outras normas que se libertam deste princípio, como tal podendo aqui também verificar-se tal caso (veja-se que, obviamente, os credores não serão todos iguais – artigo 47º CIRE). Mas como ultrapassar aqui a questão que a cima levantámos quanto ao artigo 442º/2 CC, e que aqui também se verifica, a falta do requisito do *não cumprimento imputável*? Propugna-se aqui uma solução idêntica à a cima exposta, em que havendo aqui este obstáculo, estaremos perante uma lacuna que temos de ultrapassar, sendo a melhor opção, a aplicação do regime do artigo 755º/1 al.f) CC¹⁷⁸. É este o melhor entendimento, no seguimento das palavras de PESTANA DE VASCONCELOS, “no caso particular de a promessa ser sinalizada e quando tenha havido tradição da coisa e, conseqüentemente, seja mais intensa a sua expectativa de a vir a adquirir, verificamos, sem grande esforço, que essa carência de protecção se verifica principalmente na insolvência da sua contraparte.” Mantemos o já *supra* referido quanto a este tema, com as mesmas críticas quanto a esta interpretação.

¹⁷⁸ Vide SANTOS, ANA FILIPA RIBEIRO, “ O contrato-promessa sinalizado com entrega de coisa na insolvência”, consultado em <http://repositorio-aberto.up.pt/> que defende esta posição.

Conclusão

Em jeito de conclusão, umas breves palavras, apenas para deixar o desejo que este meu trabalho tenha contribuído em algo para o mundo do direito, nomeadamente o mundo jurídico-prático, aquele em que me insiro, e aquele que é, sem dúvida, o mais importante.

Tentei ao longo do trabalho, no espaço que me foi dado, abordar as questões mais importantes sob a égide do tema que escolhi. Algumas ficaram por tratar, outras ficaram por adensar. Quando escolhi o tema estava longe de saber o caminho que iria percorrer, apesar de já ter algumas ideias quanto aos temas, quanto mais estudava, mais horizontes se abriam. Talvez algumas questões merecessem uma análise mais profunda, mas penso que quem lê o presente trabalho ficará esclarecido, e também munido das ferramentas necessárias para resolver o problema que, eventualmente, terá pela frente.

Configura também este trabalho a minha despedida, pelo menos para já, da vida académica. Fica a saudade, mas também a honra e prazer que foi pertencer à Escola Coimbrã e dela poder tirar todos os frutos. Fica a esperança de um dia voltar, tendo contudo a certeza que tudo o que vivi ao longo destes anos enquanto estudante, na flor da idade, são irrepetíveis. E também só por isso têm tamanho significado.~

. Com estas últimas linhas junto-me a tantos outros e dou os passos finais por esta Casa e Vida que são a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e a sempre nossa Lusa Atenas.

Fica o saber, o orgulho, a amizade e a saudade.

**A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A
EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE**

Bibliografia

AMÂNCIO FERREIRA, Fernando

— Curso de Processo de Execução, 13^o Ed. Almedina, 2010

ANDRADE, Manuel A. Domingues de

— Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 1956;

ASCENSÃO, José Oliveira

— «Acção de reivindicação», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57.^o, vol. II, 1997;

— Direito Civil – Reais, 6.^a ed. (refund.), Coimbra Editora, Coimbra, 1999;

BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ

— Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral, Coimbra 1987

— “Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime com fim habitacional)”, Cadernos de Direito Privado, n.^o 22, Abril/Junho 2008, P. 3 e ss.

CAPELO, Maria José

— «Breves considerações sobre a legitimidade do terceiro garante e do possuidor de bens onerados pertencentes ao devedor (art. 56.^o do CPC)», in Revista Jurídica da Universidade Moderna, n.^o 1, 1998;

— «Pressupostos processuais na acção executiva», in Themis, ano V, n.^o 9, 2004;

CARVALHO, Orlando de

— Direito das Coisas, policopiado, Centelha, Coimbra, 1977;

— «Introdução à posse», in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 122.^o;

— «Terceiros para Efeitos de Registo», in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. 70, 1994;

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

CARVALHO FERNANDES, Luís A.

- Teoria Geral do Direito Civil, vol. I, 2.^a ed., Lex, Lisboa, 1995;
- «Terceiros para efeitos de registo predial», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57.º, vol. III, 1997;
- Lições de Direitos Reais, 3.^a ed. (actual.), Quid Iuris, Lisboa, 1999;

CARVALHO FERNANDES, Luís A. / LABAREDA, João

- “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, Lisboa, Quid Iuris, 2005

CORDEIRO, António Menezes

- A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, Almedina, Coimbra, 1997;
- «Da Retenção do Promitente na Venda Executiva», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 57.º, vol. II, 1997;
- «Embargos de terceiro, reintegração do trabalhador e sanção pecuniária compulsória», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 58.º, vol. III, 1998;

COSTA, Mário Júlio de Almeida

- Contrato-Promessa. Uma síntese do regime actual, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 1998;
- Direito das Obrigações, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2001;
- Noções Fundamentais de Direito Civil, 4.^a ed. rev. e actual., Almedina, Coimbra, 2001;

COSTA, Salvador da

- O Concurso de Credores, 3.^a ed., Almedina, 2005;
- Os Incidentes da Instância, 5.^a ed. actual., Almedina, 2008;

DUARTE, Rui Pinto

- Curso de Direitos Reais, Principia, Cascais, 2002;
- «A penhora e a venda executiva do estabelecimento comercial», in Themis, ano V, n.º 9, 2004;

FERREIRA, Fernando Amâncio

**A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A
EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE**

— Curso de Processo de Execução, 5.^a ed. (rev. e actual.), Almedina, 2003;

FIGUEIRA, Eliseu

— «Função inovadora dos embargos de terceiro no Código de Processo Civil revisto», in Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 1997, Tomo V;

FRAGA, Álvaro Moreira Carlos

— Direitos Reais – Segundo as prelecções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71, Almedina, Coimbra, 1971;

FREITAS, José Lebre de

— «Revisão do processo civil», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 55.º, vol. II, 1995;

— «A penhora de bens na posse de terceiros», in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, Coimbra Editora, 2002;

— «Apreensão, restituição, separação e venda de bens no processo de falência», in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, Coimbra Editora, 2002;

— «Embargos de terceiro, acção de reivindicação e caso julgado», in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, Coimbra Editora, 2002;

— «O contrato-promessa e a execução específica», in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, Coimbra Editora, 2002;

— A Acção Executiva, Depois da Reforma da Reforma , 5.^a ed., Coimbra Editora, 2009;

FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui

— Código de Processo Civil Anotado, vol. 2.º, Coimbra Editora, 2001;

GONÇALVES, Marco Carvalho

— Embargos de Terceiro à Acção Executiva, Coimbra Editora, 2010 -
Consultado online in <http://repositorium.sdum.uminho.pt>

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

GOUVEIA, Mariana França

— «Penhora e alienação de bens móveis na reforma da acção executiva», in Themis, ano IV, n.º 7;

GRAVATO MORAIS, Fernando

— “Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente vendedor”, Cadernos de Direito Privado, n.º 29, Janeiro/Março 2010, P. 3 e ss.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes,

— Direito das Obrigações, vol. I, 3.ª ed., Almedina, 2003;

— Direito da Insolvência, 3º Ed. Almedina, 2011

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes

— Código Civil Anotado, vol. I, 4.ª ed. rev. e actual., Coimbra Editora, 1987;

— Código Civil Anotado, vol. II, 4.ª ed. rev. e actual., Coimbra Editora, 1997;

MARQUES, João Paulo

— Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto, Almedina, 2000;

— A Penhora e a Reforma do Processo Civil (em especial a penhora de depósitos bancários e do estabelecimento), Lex, Lisboa, 2000;

— «A penhora de créditos na reforma processual de 2003, referência à penhora de depósitos bancários», in Themis, ano V, n.º 9, 2004;

MENDES, Armindo Ribeiro

— «Reclamação de créditos no processo executivo», in Themis, ano IV, n.º 7, 2003;

MENDES, João de Castro

— Direito Processual Civil, vol. III, Edição da AAFDL, Lisboa, 1980;

MESQUITA, Luís Miguel

— Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro, 2.ª ed. rev., Almedina, 2000

**A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A
EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE**

MESQUITA, Manuel Henrique

— Obrigações e Ónus Reais, Almedina, Coimbra, 1990;

— Contrato-promessa com «eficácia real»: modo de exercício e natureza jurídica do direito do promissário, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, II, 1989 (impr. 1990), p. 773-806

NETO, Abílio

— Código Civil Anotado, 15ª edição, 2006

— Código de Processo Civil Anotado, 23º Ed., 2011

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto e SERRA, Catarina

— Insolvência e Contrato-Promessa Os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional, Consultado in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=45839&idsc=112472&ida=112748, Ponto 2.

PALMA, Augusta Ferreira

— Embargos de Terceiro, Almedina, 2001;

PARREIRA, Isabel Ribeiro

— «Embargos de terceiro preventivos deduzidos a uma penhora de imóveis em acção executiva para pagamento de quantia certa» in Revista da Ordem dos Advogados, 61.º, vol. II, 2001;

PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel,

— “Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 33, Jan./Mar., 2011

— Contrato-promessa e falência/insolvência”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 24, Out./Dez., 2008, pp. 43 e ss

PINTO, Carlos Alberto da Mota

— Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

CONTRATO-PROMESSA E EXECUÇÃO

PINTO, Rui

— Penhora, Venda e Pagamento, Lex, Lisboa, 2003;

— «A Execução e terceiros – Em especial na penhora e na venda», in Themis, ano V, n.º 9, 2004;

— «Penhora e alienação de outros direitos – Execução especializada sobre créditos e execução especializada sobre direitos não creditícios na reforma da acção executiva», in Themis, ano V, n.º 9, 2004

RAMALHO, Maria do Rosário Palma

— «Sobre o fundamento possessório dos embargos de terceiro deduzidos pelo locatário, parceiro pensador, comodatário e depositário», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51.º, vol. III, 1991;

REIS, José Alberto dos

— Comentário ao Código de Processo Civil, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1945-1946;

— Código de Processo Civil Anotado, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1982;

— Processos Especiais, vol. I (reimpr.), Coimbra Editora, Coimbra, 1982;

— Processo de Execução, 3.ª ed. (reimpr.), vols. I e II, Coimbra Editora, 1985;

RODRIGUES, Manuel

— A Posse, Estudo de Direito Civil Português, 3.ª ed., Lisboa, 1980;

SAMPAIO, J. M. Gonçalves

— A Acção Executiva e a Problemática das Execuções Injustas, 2.ª ed., Almedina, 2008;

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz

— «Anotação ao Ac. do STJ, de 11 de Fevereiro de 1969, in RLJ, 103.º;

— «Direito de retenção», in Boletim do Ministério da Justiça, 65.º, 1957;

— “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Dezembro de 1975”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 109 P.344 e ss.

**A POSIÇÃO DO PROMITENTE-ADQUIRENTE ENQUANTO TERCEIRO FACE A
EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA O PROMITENTE-ALIENTANTE**

SILVA, João Calvão da

— Estudos de Direito Civil e Processo Civil (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1999;

— Sinal e Contrato-promessa, 12^oEd. Almedina, 2007

SILVA, Paula Costa e

— «Exequente e terceiro adquirente de bens nomeados à penhora», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 59.^o, 1999;

SOUSA, Miguel Teixeira de

— «A penhora de bens na posse de terceiros», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51.^o, 1991;

— «Sobre a exceptio dominii nas acções possessórias e nos embargos de terceiro», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, vol. I, 1992;

— «Apreciação de alguns aspectos da Revisão do Processo Civil - Projecto», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 55, vol. II, 1995;

— «Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, vol. I, 1999;

— A Reforma da Acção Executiva, Lex, Lisboa, 2004;

TEIXEIRA PEDRO, Rute

— Contrato-Promessa in Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito do Porto, Coimbra Editora 2001

VARELA, Antunes

— Sobre o Contrato-Promessa, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1989;

— Das Obrigações em Geral - Vol. I, Reimp. 10^oEd. 2000

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e

— Manual de Processo Civil, 2.^a ed. (reimpr.), Coimbra Editora, 2004;