



COLÓQUIOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**COLÓQUIO
DE DIREITO CIVIL,
COMERCIAL
E PROCESSO CIVIL**

**23
OUTUBRO
2024** **24**



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

COLEÇÃO LIVROS DIGITAIS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta coleção tem como objectivo principal coligir, de forma sistemática, os textos que resultem das comunicações levadas a efeito no Ciclo de Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça, atividade sistémica inserida no Plano de Atividades da atual presidência do Supremo Tribunal de Justiça. Tem por escopo disponibilizar, a toda a comunidade jurídica, o acesso livre e gratuito dos conteúdos dos colóquios, de uma forma universal, potenciada pelo modo de divulgação/disponibilização digital.

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juiz Conselheiro João Cura Mariano

Chefe do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juíza Desembargadora Gabriela Cunha Rodrigues

Ficha Técnica

Coordenação Científica do Colóquio

Maria Clara Sottomayor
Presidente da 1.ª Secção

Maria da Graça Trigo
Presidente da 2.ª Secção

Graça Amaral
Presidente da 6.ª Secção

Maria dos Prazeres Belezza
Presidente da 7.ª Secção

Coordenação Editorial e Produção Executiva

Juíza de Direito Sandra dos Reis Luís
Adjunta do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Coordenação Executiva do Colóquio

Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Fotografia

Ana Coelho, Técnica especialista do Gabinete do Presidente

Grafismo

Ana Oliveira Pinto, Designer

Esta publicação não adopta o novo Acordo Ortográfico, deixando-se essa opção ao critério dos autores.

Edição Outubro de 2024

ISBN
978-989-35696-4-1

Sempre que desejar voltar ao índice, clique



- 07** **João Cura Mariano**
Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
- 08** **Nota Prévia**
Maria Clara Sottomayor, Presidente da 1.ª Secção
Maria da Graça Trigo, Presidente da 2.ª Secção
Graça Amaral, Presidente da 6.ª Secção
Maria dos Prazeres Beleza, Presidente da 7.ª Secção
- 10** **Discurso de Abertura**
João Cura Mariano
Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
- 14** **ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO**
Júlio Manuel Vieira Gomes
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
- 84** **BREVES NOTAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA DE EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO**
Maria da Graça Trigo
Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça
- 90** **RESOLUÇÃO OU MODIFICAÇÃO DO CONTRATO POR ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS**
Emidio Santos
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
- 102** **A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
Jorge Manuel Leitão Leal
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
- 114** **PRIMEIRO DEBATE**
- 116** **TENSÃO E EQUILÍBRO – AUTONOMIA DA VONTADE/DISPONIBILIDADE PATRIMONIAL – SOLIDARIEDADE FAMILIAR INTER-GERACIONAL**
Isabel Maria Manso Salgado
Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça
- 126** **A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA: DESINTERESSE E PREJUÍZO**
Jorge Duarte Pinheiro
Professor Associado com Agregação, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

142 SEGUNDO DEBATE

144 USUCAPIÃO E REGRAS LEGAIS IMPERATIVAS

Rui Pinto Duarte

Professor Catedrático, Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

172 USUCAPIÃO E REGRAS LEGAIS IMPERATIVAS DE DIREITO DO URBANISMO UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Clara Sottomayor

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

200 TERCEIRO DEBATE

202 VALIDADE DOS NEGÓCIOS DAS SOCIEDADES COM GERENTES, ADMINISTRADORES, SÓCIOS E OUTRAS PARTES RELACIONADAS

José Ferreira Gomes

Professor Associado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

204 QUARTO DEBATE

206 RECURSO DE REVISTA EM MATÉRIA INSOLVENCIAL

Maria Olinda Garcia

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

220 INSOLVÊNCIA, CONTRATO PROMESSA E DIREITO DE RETENÇÃO

Luís Espírito Santo

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

246 QUINTO DEBATE

248 ACÇÃO POPULAR/TUTELA COLECTIVA

Maria dos Prazeres Beleza

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

250 **Paula Costa e Silva**

Professora Catedrática, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

252 SEXTO DEBATE

254 ENCERRAMENTO

Graça Amaral

Juíza Conselheira, Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça







PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Juiz Conselheiro
João Cura Mariano

É com grande sentido de compromisso que damos continuidade ao desenvolvimento da *Coleção Livros Digitais do Supremo Tribunal de Justiça*, um projeto iniciado pelo nosso antecessor com dedicação e visão estratégica.

Concebida para oferecer conteúdos acessíveis, universais, gratuitos, estruturados e dinâmicos, esta coleção abrange sobretudo áreas do direito, muito embora se possa estender a outras áreas do saber.

A nossa responsabilidade, neste momento, é consolidar e expandir este trabalho, garantindo que cada livro digital continue a ser uma ferramenta valiosa para o fortalecimento de uma cultura de conhecimento partilhado. A evolução tecnológica e as novas exigências educacionais desafiam-nos a inovar constantemente, incorporando novas abordagens e funcionalidades que acrescentem valor a esta iniciativa.

Expressamos o nosso reconhecimento a todos os que contribuíram para o progresso deste projeto, reconhecendo e valorizando todo o trabalho já realizado, e reafirmamos o nosso compromisso em dar-lhe continuidade com a mesma dedicação. Contamos com a colaboração de todos para reforçar e aperfeiçoar este trabalho, garantindo o seu impacto e relevância no futuro.

Nota Prévia



O presente volume, que integra a *Coleção Livros Digitais do Supremo Tribunal de Justiça*, reúne as comunicações apresentadas no Colóquio de Direito Civil, Comercial e Processo Civil, promovido pelo Supremo Tribunal de Justiça, com o propósito de proporcionar um espaço de reflexão e partilha em torno de temas centrais do direito privado.

A iniciativa teve como objetivo fomentar o diálogo entre a jurisprudência e a doutrina, contribuindo para o aprofundamento crítico de matérias cuja relevância prática e conceptual se tem vindo a acentuar no quotidiano forense.

Entre os temas tratados encontram-se os efeitos da resolução do contrato por incumprimento, a alteração das circunstâncias e a sua relevância no equilíbrio contratual, a sucessão legitimária, os limites da usucapião face a normas imperativas, a validade de negócios celebrados entre sociedades e partes relacionadas, o recurso de revista em processos de insolvência, bem como a interação entre contrato-promessa e insolvência. Merece ainda destaque a análise da ação popular e da tutela coletiva, enquanto mecanismos de proteção de interesses difusos.

A diversidade e profundidade das abordagens aqui apresentadas refletem a vitalidade do pensamento jurídico nacional e sublinham o papel do Supremo Tribunal de Justiça enquanto garante da unidade e da coerência da jurisprudência.

Este livro digital, sem pretensões de esgotar os assuntos abordados, visa dar continuidade ao debate iniciado no Colóquio, oferecendo à comunidade jurídica um instrumento de consulta e reflexão, útil tanto para a prática forense como para a investigação académica. Que possa contribuir para o aprofundamento do saber jurídico e para uma justiça cada vez mais esclarecida, rigorosa e atenta às exigências do tempo presente.

A última palavra é de agradecimento a todos os que tornaram possível a realização deste Colóquio.

Maria Clara Sottomayor
Presidente da 1.ª Secção

Maria da Graça Trigo
Presidente da 2.ª Secção

Graça Amaral
Presidente da 6.ª Secção

Maria dos Prazeres Beleza
Presidente da 7.ª Secção

DISCURSO DE ABERTURA

PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juiz Conselheiro

João Cura Mariano

Clique para assistir.



- Senhor Presidente do Tribunal Constitucional
- Senhor Vice-Procurador Geral da República, em representação do Senhor Procurador-Geral da República
- Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados
- Senhores Vice-Presidentes do Supremo Tribunal de Justiça
- Senhoras Presidentes das Secções Cíveis
- Senhoras e Senhores Juízes Conselheiros
- Distintos Oradores Convidados
- Minhas Senhoras e Meus Senhores

Um ano volvido, regressam a este Salão Nobre os Colóquios de Direito Civil, Comercial e Processo Civil.

Face à incapacidade de o poder legislativo acompanhar as rápidas mudanças sociais e tecnológicas, as decisões dos tribunais, embora proferidas em casos concretos, vão ganhando uma importância acrescida na definição do direito.

E o Supremo Tribunal de Justiça, pela sua posição no vértice superior da pirâmide dos tribunais judiciais, funciona como uma bússola orientadora da jurisprudência.

A par de um tradicional papel estabilizador, sendo dele a última palavra, o Supremo Tribunal de Justiça, cada vez mais vai-se assumindo como o grande protagonista da evolução dinâmica do direito.

Ao resolver disputas teóricas, solucionando casos da vida real, ao enfrentar novas problemáticas ou a aplicar legislação que já não reflete os sentimentos, nem os interesses prevaletentes da comunidade, o Supremo Tribunal de Justiça, através de uma atividade interpretativa e integradora, molda o conteúdo das regras, preenche vazios normativos e adapta as leis existentes às novas realidades.

Perante este desafiante papel, imposto pelas necessidades de um Estado de Direito surpreendido por um novo mundo e paralisado pelas sucessivas crises que o vão debilitando, não é possível escapar a um certo ativismo judiciário.

Vai fazendo algum sentido o entendimento de que verdadeiramente as leis são feitas pelos homens que as aplicam.

Daí que, desde há algum tempo, para além da sua atividade jurisdicional, o Supremo Tribunal de Justiça se preocupe em promover ações de discussão e reflexão jurídicas e a publicar textos doutrinários, visando, assim, contribuir para a teorização do direito aplicado e a aplicar.

É nesta dimensão que se insere este Colóquio, que este ano associa, numa organização conjunta dos juízes das quatro secções cíveis, matérias de Direito

Civil, Comercial e Processual.

Procura-se que Juízes e Professores Universitários, numa colaboração estreita e profícua, se debruçam sobre temas da atualidade privatística, com incidência frequente na prática judiciária.

No último ano, as intervenções nestes Colóquios foram posteriormente publicadas em livros digitais de grande qualidade e utilidade, constituindo já, nalgumas das temáticas abordadas, obras de referência na doutrina nacional.

É nossa intenção repetirmos essa divulgação, nesta e em futuras ações, numa salutar colaboração entre a Doutrina e a Jurisprudência enquanto fontes de Direito.

Em nome do Supremo Tribunal de Justiça agradeço, pois, a todos os juízes Conselheiros das Secções Cíveis que organizaram este Colóquio, aos Juízes Conselheiros que neles participam como oradores e moderadores e aos senhores Professores Doutores Jorge Duarte Pinheiro, Rui Pinto Duarte, José Ferreira Gomes e Paula Costa e Silva que se disponibilizaram a partilhar connosco o seu imenso saber.

Se o dia de amanhã vai ser dedicado às matérias do Direito Comercial e de Direito Processual, o dia de hoje está reservado exclusivamente ao Direito Civil.

Enquanto se aguarda, sem quaisquer sinais de proximidade no horizonte, pelo início dos trabalhos preparatórios de uma revisão do Código Civil de 1966, iremos aqui proceder à análise e debate dos seguintes temas.

No domínio dos Contratos:

- a um levantamento das consequências da resolução dos contratos com fundamento no seu incumprimento;
- e a uma deteção dos critérios utilizados pelo Supremo Tribunal de Justiça para se considerar verificada uma alteração imprevisível das circunstâncias que envolveram a celebração de um contrato, capaz de justificar a sua resolução ou uma alteração do seu conteúdo;

No domínio do tão esquecido Direito das Sucessões:

- a uma verificação da atualidade do nosso regime da sucessão legítima, indiferente a todas as alterações que têm ocorrido nas relações familiares e na valorização da autonomia da vontade;

E, para terminar, em matéria de Direitos Reais:

- a uma ponderação da cedência dos interesses que presidem à aquisição do direito de propriedade por usucapião, perante as limitações que o le-

gislador, na prossecução de determinadas finalidades, impõe à aquisição de novos direitos de propriedade.

Um leque de temas diversificados, mas todos eles a prenderem a nossa atenção. Será seguramente um dia proveitoso que agora irá ter o seu início. Muito obrigado pela vossa presença e participação.



Lisboa, 23 de outubro de 2024



ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO¹



Júlio Manuel Vieira Gomes

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve referência à história do instituto; 3. A resolução é uma causa de extinção do contrato? 4. O fundamento (ou fundamentos) da resolução por incumprimento; 5. O incumprimento recíproco; 6. Resolução extrajudicial e resolução judicial; 7. Efeitos da resolução. O efeito liberatório; 8. O efeito restitutivo; 8.1. O que significa “restituição”? 8.2. A prioridade da restituição in natura; 8.3. O artigo 432.º, n.º 2 do Código Civil; 8.4. A restituição em valor; 8.5. A restituição de uma quantia em dinheiro; 9. Uma retroatividade “débil”; 9.1. Os direitos adquiridos por terceiros; 9.2. A resolução nos contratos de execução continuada ou periódica; 10. Frutos, valor de uso, benfeitorias; 11. O eventual concurso entre resolução e reparação do dano.

RESUMO: O presente estudo restringe-se aos efeitos da resolução do contrato por incumprimento, analisando os preceitos do Código Civil relativos a estes efeitos, e excluindo aspetos como os pressupostos da resolução ou os efeitos da resolução por alteração superveniente das circunstâncias. Historicamente, o instituto da resolução, desconhecido como remédio geral no direito romano, deve o seu desenvolvimento ao direito canónico e, posteriormente, à jurisprudência dos Tribunais franceses. Existe um debate significativo sobre a natureza unitária da resolução e sobre o seu fundamento, com teorias que invocam a causa do contrato, a condição resolutiva implícita, ou o sinalagma funcional. A tese da resolução como sanção é largamente abandonada em Portugal. A evolução da figura levou a que a visão tradicional da resolução como causa extintiva do contrato (*ex tunc*) fosse substituída pela conceção de que a resolução apenas altera o conteúdo da relação contratual, transformando-a numa relação de liquidação. Quanto às formas de atuação, a resolução extrajudicial é um direito potestativo que se exerce por declaração recetícia. A sua principal vantagem é a rapidez em obter o efeito liberatório, embora seja uma via arriscada, pois a declaração infundada levanta controvérsia sobre a sua eficácia extintiva. O juiz mantém sempre um poder de controlo a *posteriori*.

Os efeitos principais da resolução são o efeito liberatório e o efeito restitutório. O efeito liberatório extingue os deveres primários de prestação (mesmo que já devidos) retroativamente (artigo 434.º, n.º 1). O efeito restitutório, que visa repor as partes na situação anterior à execução, exige a restituição *in natura* como regra. O artigo 432.º, n.º 2 do Código Civil levanta questões delicadas ao converter a possibilidade de restituição *in natura* num pressuposto para o exercício do direito de resolução, abrangendo, na sua interpretação literal, o caso fortuito. A restituição em valor ocorre quando a restituição em espécie é impossível e, no caso de quantias em dinheiro, é geralmente considerada uma dívida de valuta (valor nominal).

A retroatividade da resolução é instrumental e limitada. O artigo 435.º, n.º 1, estabelece que a resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiros. Nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efetuadas (artigo 434.º, n.º 2), exceto se houver um vínculo causal entre estas e a causa da resolução. Em matéria de frutos e benfeitorias, a lei portuguesa aplica as regras da posse (artigos 1269.º e seguintes, por remissão dos artigos 433.º e 289.º, n.º 3), distinguindo-se o regime consoante a boa ou má fé do obrigado à restituição.

É pacífico que a resolução pode ser cumulada com a reparação do dano. O dano a indemnizar é medido em função do interesse contratual positivo, embora tal indemnização deva ser aferida a *jusante* das operações de restituição, tendo em conta as vantagens recuperadas pelo resolvente.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução do Contrato; Incumprimento; Efeitos da Resolução; Retroatividade; Restituição; Artigo 432.º, n.º 2 do Código Civil; Efeito Liberatório; Interesse Contratual Positivo.

ABSTRACT: The present study is restricted to the effects of contract termination for non-performance (*incumprimento*), analyzing the precepts of the Civil Code relating to these effects, and excluding aspects such as the prerequisites for termination or the effects of termination due to supervening alteration of circumstances. Historically, the institute of termination, unknown as a general remedy in Roman law, owes its development to Canon law and subsequently to the jurisprudence of French Courts. A significant debate exists regarding the unitary nature of termination and its foundation, with theories invoking the cause of the contract, the implied resolutive condition, or the functional synallagma. The doctrine dominant in Portugal rejects the sanctionary nature of termination.

The evolution of the figure led to the traditional view of termination as a cause of contract extinction (*ex tunc*) being replaced by the conception that termination only alters the content of the contractual relationship, transforming it into a liquidation relationship.

Regarding modes of action, extrajudicial termination is a potestative right exercised by a receptive declaration. Its main advantage is the rapidity in obtaining the liberatory effect, although it is a risky path, as an unfounded declaration raises controversy regarding its extinctive effectiveness. The judge always maintains a power of *a posteriori* control.

The main effects of termination are the liberatory effect and the restitutionary effect. The liberatory effect extinguishes primary performance obligations (even if already due) retroactively (Article 434, n.º 1). The restitutionary effect, which aims to restore the parties to the situation prior to execution, requires restitution *in natura* as the rule. Article 432, n.º 2 of the Civil Code raises delicate issues by converting the possibility of *in natura* restitution into a prerequisite for exercising the right of termi-

nation, encompassing, in its literal interpretation, force majeure (*caso fortuito*). Restitution in value occurs when restitution in kind is impossible and, for money sums, it is generally considered a debt of currency (*dívida de valuta*) (nominal value).

The retroactivity of termination is instrumental and limited. Article 435, n.º 1, establishes that termination does not prejudice rights acquired by third parties. In contracts of continuous or periodic execution, termination does not cover already performed obligations (Article 434, n.º 2), unless there is a causal link between these and the cause of termination. Regarding fruits and improvements, Portuguese law applies the rules of possession (Articles 1269 and following, by referral from Articles 433 and 289, n.º 3), distinguishing the regime according to the good or bad faith of the party obligated to restitution.

It is undisputed that termination can be cumulated with damage compensation. The recoverable damage is measured based on the positive contractual interest, although such compensation must be measured downstream of the restitution operations, taking into account the advantages recovered by the terminating party.

KEYWORDS: Contract Termination; Non-Performance; Effects of Termination; Retroactivity; Restitution; Article 432(2) Civil Code; Liberatory Effect; Positive Contractual Interest.

1. Introdução

O objeto deste estudo restringe-se aos efeitos da resolução do contrato por incumprimento. Não serão tratados, por conseguinte, nem os pressupostos da resolução, nem os efeitos da mesma noutras situações, mormente na hipótese de alteração superveniente das circunstâncias. Com efeito, a resolução por modificação da base negocial suscita um conjunto de questões específicas, mesmo em matéria dos seus efeitos que não abordaremos aqui.

Pode, com efeito, questionar-se se existe um instituto unitário da resolução ou se deve, antes, reconhecer-se que por exemplo a resolução por incumprimento é instituto bem diverso da resolução por alteração superveniente das circunstâncias (diverso nos seus pressupostos, na forma de atuação, já que parece exigir uma intervenção do tribunal, e nos seus efeitos – para nada dizer sobre o fundamento^{2/3}).

1. O presente estudo não existiria se não fosse o gentil convite que nos foi endereçado pelas nossas Colegas e Amigas Conselheiras Graça Amaral, Vice-Presidente do STJ, Maria da Graça Trigo e Maria Olinda Garcia, a quem agradecemos sinceramente a confiança em nós depositada. Aproveitamos, igualmente, o ensejo para agradecer ao nosso Colega e Amigo, Professor António Agostinho Guedes, a constante disponibilidade (e paciência!) para discutir connosco vários aspetos deste trabalho. Seja-nos permitido dedicar este estudo, com saudade, à memória do nosso Mestre, Professor João Baptista Machado de quem tivemos a honra de ser assistente até à hora da sua morte e que tratou do tema da resolução com as suas habituais lucidez e profundidade.

2. LETIZIA VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza dell'età classica*, in *Garanzia e Responsabilità, Concetti Romani e Dogmatiche Attuali*, nova edição ampliada a cargo de BARBARA CORTESE, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 67 e ss., p.105: “A minha impressão é que, na realidade, a norma sobre resolução por incumprimento tem um fundamento diverso daquele que justifica a resolução por impossibilidade superveniente”. RAFAEL VERDERA SERVER, *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Cedam, Padova, 1994, p. 42, observa que “a hipótese de incumprimento é, com efeito, profundamente diversa da hipótese de impossibilidade superveniente e da excessiva onerosidade também ela superveniente”.

A nossa análise incidirá sobre os preceitos que na parte geral do Código Civil regulam os efeitos da resolução. Não falta, todavia, quem afirme, com boas razões, que “uma investigação que se propusesse redesenhar o quadro normativo no tema da resolução por incumprimento deveria, provavelmente, percorrer de novo a disciplina de quase todos os contratos típicos”. A resolução opera na compra e venda, por exemplo, de modo bem distinto do que sucede na empreitada⁵, o que levou um autor italiano, ROPPO, a afirmar que “a cada tipo contratual, a sua própria resolução!”^{6/7/8}.

Acresce que proliferam figuras próximas da resolução, mas simultaneamente distintas – a revogação da doação, a revogação do mandato, o direito de arrependimento ou retratação, para mencionar algumas – sendo que algumas delas podem contribuir para tornar pouco frequente e porventura menos útil o recurso à resolução em relação a certos tipos contratuais (pense-se na relativa facilidade

3. GIUSEPPE VETTORI, *Contratto e Rimedi*, 2.ª ed, Cedam, 2009, p. 687: A procura de um fundamento para o instituto pressupõe a unidade do remédio resolutório, quando o direito admite várias modalidades de resolução, que operam de modo diverso. Estas figuras “têm verosivelmente um fundamento comum, mas a razão de ser de cada uma delas apresenta também elementos específicos diferenciados”. O que “torna mais complicada e menos útil a indagação em torno de uma única natureza”.

4. ROSALBA ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, *Rivista Critica del Diritto Privato* 1984, n.º 1, pp. 55 e ss., p. 99. A autora, ob. cit., p. 61, considera que a doutrina dominante preservou a coerência e a unidade sistemática da resolução ignorando, censurando, a multiplicidade dos dados normativos.

5. Para VINCENZO ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *Poteri del giudice e poteri delle parti*, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, pp.13 e ss., p. 18, as consequências práticas da resolução são mais fáceis de gerir na compra e venda – o Autor fala mesmo de consequências tranquilas – do que na empreitada, em que tais consequências podem ser, nas suas palavras, dificilmente suportáveis e devastadoras (“*ingestibili e devastanti*”). Sobre a resolução no contrato de empreitada vide, por todos, JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª ed. revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 123 e ss.

6. VINCENZO ROPPO, *Risoluzione per Inadempimento*, in *Le Parole del Diritto, Scritti in Onore di Carlo Castronovo*, Jovene Editore, 2018, vol. III, pp. 1839 e ss., p. 1843: “Quando se fala em resolução do contrato, e se procura determinar o regime resolutório mais apropriado, não se pode visar um modelo

homogéneo e unitário, válido para o contrato “em geral”, mas diferenciar em função de cada tipo legal. Assim, por exemplo, a própria lei diferencia sensivelmente, a resolução da compra e venda e a resolução da empreitada. Em suma, a cada tipo contratual, a sua própria resolução.”

7. Muito sugestiva é igualmente a observação de ENRICO ENRIETTI, *Della Risoluzione del Contratto*, Anotação aos artigos 1453 a 1469, in *Codice Civile, Commentario dir.* por MARIANO D’AMELIO e ENRICO FINZI, vol. I, G. Barbèra Editore, Firenze, 1948, pp. 780 e ss., pp. 797-798: “A resolução é um fenómeno dirigido a eliminar ou neutralizar a situação jurídico-económica criada em seguida à conclusão do contrato. Digo, desde já, que esta resolução não pode operar com um *mecanismo unitário*, ou seja, idêntico em todos os casos. É evidente que os meios necessários para evitar as diversas situações jurídico-económicas criadas por força de diversos contratos não podem ser sempre os mesmos: o meio jurídico idóneo a eliminar a situação jurídico-económica criada com a transmissão da propriedade não pode ser o mesmo que serve para eliminar as situações criadas com a assunção de uma obrigação, a extinção de um débito, a verificação de um direito [l’*accertamento di un diritto*] (...) O instituto da resolução não indica um fenómeno típico, quer dizer unitário, mas uma categoria de fenómenos caracterizados apenas pelo facto de serem dirigidos a eliminar ou neutralizar uma situação jurídico-económica criada em seguida a um contrato: entre estes vários fenómenos não pode existir uma identidade de conteúdo, mas apenas de função”.

8. Cfr. FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *Resolução dos Contratos Duradouros*, Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, coord. por Elsa Vaz de Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 463 e ss., p. 469, que destaca a existência “em praticamente todas as ordens jurídicas” de “um princípio geral de dissolubilidade das relações duradouras com fundamento em justa causa”.

de revogação do mandato⁹ que não seja de interesse comum).

A análise das normas dos artigos 432.º e seguintes não nos deve fazer esquecer a existência de resoluções “atípicas” de que são um bom exemplo várias hipóteses de resolução previstas na Lei do Contrato de Seguro: a LCS prevê uma resolução automática do contrato de seguro por falta do pagamento do prémio na generalidade dos contratos de seguro e prevê a resolução por incumprimento de deveres de informação do segurador pré-contratuais.

Em todo o caso, parece-nos poder afirmar-se na esteira de um dos principais estudiosos da figura, THOMAS GENICON, que a resolução é “demasiado familiar para ser bem conhecida”¹⁰ e apresenta uma “curiosa mistura de dificuldades muito teóricas [dogmáticas], que convidam a uma reflexão fundamental, e de dificuldades muito técnicas”¹¹, com sérios problemas práticos.

A própria questão do fundamento da resolução é altamente polémica, embora alguns autores acabem por declarar-se “agnósticos”¹² ou afirmem, mesmo, que se trata de questão desprovida de real interesse.

Antes de a abordar, convirá, porventura, fazer uma alusão, ainda que muito breve à história da resolução por incumprimento.

2. Breve referência à história do instituto.

O entendimento largamente dominante entre os romanistas e os historiadores do direito é o de que não existia no direito romano a possibilidade de resolução do contrato por incumprimento, ao menos como remédio geral acessível em todo e qualquer contrato. Nos contratos nominados, pelo menos, tal possibilidade era em regra rejeitada, ainda que existisse a possibilidade, por exemplo, na compra e venda de recorrer à *lex commissoria*. Já nos contratos inominados seria possível através da *causa data causa non secuta* reagir contra deslocações patrimoniais

9. Neste sentido cfr. ENRICO DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, I Contratti 2013, n.º 7, pp. 653 e ss., p. 654.

10. THOMAS GENICON, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2007, p. 773.

11. THOMAS GENICON, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, cit., p. 3.

12. Assim, por exemplo, GIUSEPPE AMADIO, *Lezioni di Diritto Civile*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 4-5, que considera ser praticamente irrelevante a discussão em torno dos fundamentos do instituto. Também GIANGUIDO SCALFI, *Risoluzione del Contratto I) Diritto Civile*, Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 3, afirma que “[q]uando um remédio está previsto em termos gerais pela lei não há qualquer necessidade de recorrer a outros instrumentos jurídicos para explicá-lo”. Contra RAFAEL VERDERA SERVER, ob. cit., p. 73, que critica o “agnosticismo” quanto ao fundamento do instituto e defende que “um exame sobre a ratio da resolução por incumprimento pode permitir uma construção teórica satisfatória e, por conseguinte, oferecer soluções aos concretos problemas através de um critério lógico de coordenação”.

que acabavam por carecer de causa justificativa^{13/14}.

A doutrina dominante considera que o papel essencial no reconhecimento de uma regra geral de resolução do contrato na hipótese de incumprimento terá cabido aos canonistas¹⁵. Ter-se-á gerado aquilo a que SCHMIDLIN designou por um paradoxo na história do instituto: “O paradoxo consiste, pois, no facto de que a regra da resolução do contrato, desconhecida [como regra geral] dos juristas romanos, surge materialmente do direito canónico, mas foi formalmente integrada no direito comum através do direito romano”¹⁶.

A descoberta deste princípio ético terá tido, todavia, um impacto muito limitado nos glosadores e comentadores¹⁷. Bártolo – ainda que, segundo alguns

13. ENRICO DELL’AQUILA, La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento, *Rivista di Diritto Civile*, pp. 836 e ss., sustenta que o recurso cada vez mais frequente ao instituto da resolução relativamente a mecanismos de manutenção do contrato se ficou a dever ao facto de que os meios de coerção para levar o devedor a executar a prestação se foram tornando mais débeis e ineficazes. Considerando que tais meios de coerção podiam nas primeiras fases do direito romano incidir sobre a própria pessoa do devedor, só em casos excepcionais é que o credor poderia estar interessado na cessação da relação contratual. Durante muitos séculos o mundo ocidental conhece a resolução por incumprimento em alguns tipos de contrato, mas não sente a necessidade de um meio geral resolutivo dos contratos com prestações corresponsivas. Teria sido o cristianismo com duas influências de sinal oposto, mas que vieram a equilibrar-se a alterar esta a situação: por um lado, reduzindo a severidade das sanções aplicáveis ao devedor que não cumpre, mas, por outro lado, acentuando a necessidade de equidade e equilíbrio nas relações intersubjetivas com o princípio posteriormente acentuado pelos canonistas *frangenti fides non est fides servanda*.

14. PIETRO CERAMI, *Risoluzione del contratto*, a) *Diritto Romano*, Enciclopedia del Diritto, vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 1277 e ss., p. 1289, destaca que “a pura e simples bilateralidade (...) não legitima, na perspectiva dos juristas romanos, a resolução por incumprimento”, mas em alguns contratos atípicos atende-se ao desaparecimento da causa com prejuízo exclusivo para uma das partes (ob. cit., p. 1290).

15. UGO PETRONIO, *Risoluzione del contratto*, b) *Diritto Intermedio*, Enciclopedia del Diritto, vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 1293 e ss., p. 1297, considera fundamental a obra dos canonistas. MICHEL MONOD, *la Résolution des Contrats Synallagmatiques Parfaits*, Étude comparative de droit suisse et de droit français, Imprimerie Chablot S.A., Tolochenaz, 1987, p. 18, sublinha que os canonistas se afastaram gradualmente do formalismo e destacaram o nexo de causalidade entre as obrigações recíprocas geradas por contratos sinalagmáticos. No século XII HUGUCCIO define a regra segundo a qual aquele que não cumpre a sua promessa

perde o direito de exigir ao outro contraente que execute a sua: “*frangenti fides non est fides servanda*”. Deste adágio – REINHARD ZIMMERMANN, *Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...*, *Condictio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrecht, AcP 193 (1993), pp. 121 e ss., pp. 160-161, refere-se a “*frangenti fides fides frangatur eidem*” – resultava não apenas a exceção de não cumprimento, mas também a possibilidade de resolução do contrato no caso de incumprimento pelo outro. Mas o contraente deveria recorrer a um tribunal que tinha um amplo poder de apreciação. “A resolução canónica era uma instituição em parte contratual e em parte penal”. Sobre a influência dos canonistas cfr., na doutrina nacional, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, *Direito das Obrigações, Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção*, 3.ª ed. totalmente revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 909 e ss.

16. BRUNO SCHMIDLIN, *La Risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, Europa e diritto privato, 2001, n.º 4, pp. 825 e ss., p. 825.

17. Cfr. KARL OTTO SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1965, pp. 8-9: o tratamento da resolução pelos legistas e canonistas foi fundamental, do ponto de vista ético-moral. Em um contrato com prestações de ambas as partes, o cumprimento de uma delas era a condição para a vinculação da outra. A violação do contrato punha em causa não apenas a vontade de vinculação negocial, mas era objetivamente ilícita. Terá sido Hugo de Pisa (HUGUCCIO) em 1187 a afirmar o princípio de que uma parte não tem de realizar a sua prestação quando a outra não realizou a sua ou violou os seus deveres contratuais. Esta resolução tinha, todavia, um carácter sancionatório e só poderia ocorrer face a incumprimentos imputáveis. Invocando-se uma condição, não seria, em rigor, necessária a intervenção judicial. Mas estas considerações dos canonistas não podiam ser aceites pelos legistas porque entrariam em conflito com o *Corpus iuris civilis*.

autores de modo não inteiramente coerente ou consistente em toda a sua obra – considerou que a prestação era a condição da contraprestação e vice-versa, de tal modo que o cumprimento realizado por um é a causa da prestação do outro, com a consequência de que até ao cumprimento da segunda prestação o contrato não estaria perfeito porque faltaria a causa da primeira prestação. E se a segunda prestação não for cumprida o contrato poderia ser resolvido por força do princípio escolástico *cessante causa cessat effectus*.

Mas fora do direito canónico a maior parte dos juristas terá negado este alargamento da regra a todo o direito contratual porque a mesma contrariava frontalmente o *Corpus Iuris*¹⁸.

Apesar do princípio ter sido aceite posteriormente por jusnaturalistas, como GROTIUS e PUFFENDORF¹⁹, há, na realidade, bons argumentos a favor da tese segundo a qual a resolução do contrato por incumprimento terá sido, na realidade, fundamentalmente obra dos práticos do direito, mormente dos Tribunais franceses – tanto mais que só uma parte da França era território de direito escrito, com aplicação do direito romano.

A jurisprudência dos Parlamentos franceses na segunda metade do século XVI e no século XVII na parte da França em que não se aplicava o direito romano, mas antes o costume, terá sido decisiva na generalização da resolução por incumprimento nos contratos sinalagmáticos^{20/21}, considerando DOMAT e, mais

18. Segundo informa SCHERNER, ob. cit., p.62, pelo menos na Idade Moderna desenvolveu-se uma forma de exceção de não cumprimento dilatória que podia ser invocada em tribunal e que permitia a recusa da prestação própria enquanto a outra parte não efetuasse a sua própria prestação (“Trotz des allgemeinen Rücktrittsverbots bei den Nominatkontrakten oder vielleicht gerade deswegen hat die gemeinrechtliche lehre im Anschluß an die mittelalterliche Doktrin damit ein faktisches Rücktrittsrecht entwickelt, das einem Teil in vielen Fällen gestattete, den Vertrag wohl nicht aufzulösen, so doch für den nicht vertragstreuen Gegner nicht mehr klagbar zu machen”). Esta recusa podia operar indefinidamente, embora não extinguisse o contrato, representando para o autor uma espécie de resolução de facto operando, de resto, perante qualquer incumprimento e mesmo face ao não cumprimento por exemplo de uma cláusula modal. Um outro modo de proteger o vendedor face à falta de pagamento do preço consistia em defender que a propriedade da coisa vendida só se transmitia com o pagamento do preço e que, por conseguinte, a reivindicação ainda era possível (ob. cit., p. 71).

19. SCHERNER, ob. cit., pp. 91-92 e 99: Para a Escola de Direito Natural (Grotius) o contrato surge como autovinculação pela vontade não sendo necessária qualquer causa para a sua força vinculante. O direito de resolução é construído a partir dessa conceção voluntarista do contrato.

GROTIUS e PUFFENDORF desenvolverão a noção de que as prestações num contrato estão mutuamente condicionadas, o que WOLFF designará por *prestationes mutuae*. Esta doutrina valia para todos os contratos mesmo os *pacta nuda* porque em todos eles o consenso e só o consenso das partes gera a vinculação.

20. Para BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 39, a mudança teria a sua origem em práticos do direito como CHARLES DUMOULIN que passou a aplicar a doutrina da causa e da *condictio ob causam* não apenas aos contratos *inominados*, mas aos próprios contratos *nominados*, apesar da proibição expressa do direito romano com o que a resolução perdeu todo o carácter excepcional e converteu-se em um remédio alternativo à ação em cumprimento.

21. De acordo com SCHERNER, ob. cit., p. 136, os Humanistas tiveram mais influência em França do que na Alemanha porque o *Corpus iuris civilis* não tinha a mesma importância política na legitimação do soberano. O autor considera que o papel de CONNANUS tem sido sobrestimado, mas tal como BOYER, ob. cit., pp. 342 e ss., e BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, dá muita importância a DUMOULIN. Este autor desenvolveu a resolução por incumprimento como princípio geral não apenas nos contratos sinalagmáticos, mas inclusive em contratos unilaterais como o mútuo, e quer se tratasse de contratos *nominados* ou *inominados*.

tarde, POTHIER que nos contratos sinalagmáticos se pode presumir que cada uma das partes só quer cumprir aquilo a que se obrigou na medida em que a outra faça o mesmo. Desenvolveu-se, assim, a ideia de uma condição resolutiva tácita que aparecerá depois no Code Civil. Mas já no tempo dos Parlamentos a intervenção do juiz era necessária: o juiz não se limitava a constatar a resolução, mas era ele quem a pronunciava e dela retirava as consequências²². E enquanto a resolução não tivesse sido decidida pelo Tribunal o cumprimento *in natura* do contrato permanecia possível.

Esta evolução essencialmente pretoriana²³ desembocaria no reconhecimento pelo Code Civil da faculdade de resolução por incumprimento como assente em uma condição resolutiva tácita²⁴. Ainda que tal norma tenha tido uma influência muito importante, para não dizer decisiva, no reconhecimento da figura, podendo afirmar-se com BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO que o artigo 1184 do Código francês se converteu “no ponto de arranque e primeiro passo de uma evolução, a qual se por um lado fez com que a instituição fosse reconhecida em todos os ordenamentos europeus, por outro lado, modificou a sua estrutura e efeitos”²⁵.

Sublinhe-se que neste modelo a resolução se apresentava como sendo necessariamente judicial²⁶ — aliás só em 2016 é que a lei francesa passou a admitir uma resolução extrajudicial por notificação à contraparte, embora a jurisprudência francesa já a permitisse há muito²⁷ — havendo, por conseguinte, um importante controlo judicial e até um certo favor pela manutenção do contrato, porque que se dava ao devedor um prazo suplementar para cumprir. Por outro lado, era patente a proximidade da resolução por incumprimento com a cláusula resolutiva, aceitando-se como evidente a retroatividade da resolução (retroatividade que no direito francês era uma retroatividade real que não salvaguardava sequer

22. Como destaca SCHERNER, ob. cit., pp. 138-139, a resolução do contrato tinha eficácia retroativa também em relação a terceiros, com a consequência da possibilidade de exercício da rei vindicatio. Terá sido também por isso que a intervenção do tribunal passou a ser necessária.

23. THOMAS GENICON, ob. cit., p. 4: “A resolução não é outra coisa que um instrumento prático fabricado pelo juiz e para o juiz e que permanece rebelde, hoje como outrora, às veleidades dogmáticas, por vezes redutoras, da doutrina”.

24. Como destaca REINHARD ZIMMERMANN, *Heard melodies...*, cit., p. 167, baseando-se o contrato exclusivamente na vontade, o apelo à condição tácita tinha a vantagem de também esta ser legitimada pela vontade dos contraentes, com o que o desvio face ao princípio *pacta sunt servanda* encontrava ainda o seu fundamento nessa vontade e, em rigor, deixava de ser concebido como um genuíno desvio...

25. BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, ob. cit., p. 45.

26. SCHERNER, ob. cit., p. 139: “O poder do juiz de decidir sobre a manutenção do contrato é um traço essencial do direito de resolução francês”.

27. LOUISE BOTTIN, *Les sanctions de l'inexécution après la réforme des contrats*, L'Harmattan, Paris, 2020, p. 65 : a jurisprudência francesa, muito antes da reforma, começou por admitir que a resolução extrajudicial podia ocorrer em situações de urgência ou de perigo iminente quando a manutenção do contrato pudesse causar um prejuízo irreparável a um dos contraentes, bem como quando o contrato pressupusesse uma confiança particular no outro contratante.

direitos de terceiros). Deste modo as prestações efetuadas em cumprimento do contrato, que mais tarde era resolvido, deixavam de ter uma causa justificativa, o que aproximava a resolução da repetição do indevido²⁸.

Na Alemanha, o primeiro projeto do Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten previa no seu § 268 um direito geral de resolução no caso de incumprimento do contrato por simples declaração escrita à contraparte, mas tal proposta deparou com forte resistência e acabou por consagrar uma solução de compromisso que SCHERNER considera pouco feliz: a resolução, que teria de se fundar no incumprimento de obrigações que claramente resultavam do contrato, tinha, desde que o objeto do contrato tivesse um certo valor (superior a 50 tálers), de ser requerida judicialmente. O tribunal teria, primeiro, que decidir se a resolução era fundada (§§ 396 e ss.)

Mas a Pandectística germânica na sua maior parte foi hostil²⁹ ao reconhecimento de um direito geral de resolução pelo incumprimento.

Foi, todavia, na Alemanha, que se deu um passo importante na história da resolução pelo incumprimento, com o Código Comercial: o Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861 introduziu a possibilidade de uma resolução pelo credor através de uma declaração unilateral de vontade³⁰ na compra e venda comercial, a qual podia até ser cumulada com uma indemnização (cumulação afastada pela versão original do BGB). O BGB tinha, de resto, segundo uma parte da doutrina alemã uma posição algo ambígua quanto aos efeitos da resolução, tratando-se de uma difícil solução de compromisso³¹. A solução em princípio da

da litigiosidade. Como adiante veremos a questão mantém atualidade...

28. Esta visão não se restringia, de modo algum, a França. Veja-se o que afirma RODOLFO SACCO, *Concordanze e Contraddizioni in Tema di Inadempimento Contrattuale* (una Veduta d'Insieme), Europa e Diritto Privato, 2001, n.º 1, pp. 131 e ss., p. 148: "O contrato é resolvido. Já não existe. As transmissões de direitos (designadamente de propriedade) que eram o seu efeito são suprimidas. As prestações executadas são doravante desprovidas de justificação. Entram em jogo as regras sobre a repetição do indevido, o enriquecimento sem causa, as restituições".

29. UGO PETRONIO, ob. cit., p. 1303, sublinhou que "a mesma não elaborou soluções unívocas, também pela dificuldade em conduzir a um sistema a análise casuística do direito romano" e compara as soluções contrastantes de WINDSCHEID, por um lado, e de ARNDTS e PUCHTA pelo outro.

30. SCHERNER, ob. cit., p. 177, refere que nos trabalhos preparatórios houve alguma resistência precisamente porque se discutia qual seria o momento em que o contrato cessaria quando a outra parte contestasse a existência do incumprimento, com a consequente incerteza e aumento

31. SVEN ERIK WUNNER, *Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel*, AcP 168 (1968), pp. 425 e ss., pp. 430-431, destaca que o BGB na sua versão original tinha uma posição muito cautelosa quanto aos efeitos da resolução, limitando-se no § 346 a consagrar o dever de restituir as prestações e nada dizendo quanto às prestações ainda não executadas. O silêncio seria intencional ("Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, das Wesen des Rücktritts näher zu bestimmen") em razão da divergência existente entre o projeto inicial e a 2.ª comissão de revisão. O Entwurf I basear-se-ia no direito romano e tinha uma regulamentação unitária da resolução: tratava-se de repor o status quo ante. Previa-se uma obrigação de restituição das prestações (obligatio ad restituendum in integrum) e uma Einrede (uma exceção) relativamente aos deveres de prestação ainda não cumpridos. Para o autor a resolução acabava, assim, por agir só indiretamente sobre o contrato; mais precisamente incidia, antes, sobre os efeitos do contrato. Esta posição demarcava-se da dominante ao tempo da redação do BGB que aproximava a resolução da condição resolutiva, embora fosse discutido se tinha eficácia ex nunc

alternatividade entre resolução e indemnização conduziu mesmo a que a opção pela resolução do contrato se transformasse, como entre nós sublinhou PAULO MOTA PINTO³², em verdadeira “armadilha jurídica”...

A possibilidade de uma resolução extrajudicial foi posteriormente consagrada no nosso Código Civil de Seabra³³, na lei suíça e no Código Civil italiano de 1941.

É frequentemente apontada como principal vantagem da resolução extrajudicial a possibilidade de evitar os custos e as demoras de um processo judicial. Na verdade, e como veremos melhor adiante, a possibilidade de um controlo judicial mantém-se³⁴, uma vez que na maior parte dos sistemas da *civil law* a resolução pressupõe um incumprimento grave pelo que o destinatário da declaração de resolução pode sempre recorrer ele próprio aos tribunais invocando uma série de argumentos – por exemplo, que não se verificou qualquer incumprimento da sua parte, ou que a verificar-se este não foi grave (ou suficientemente grave), ou que foi a outra parte a incumprir primeiro, tendo-se limitado a recusar a prestação ao abrigo da exceção de não cumprimento. Em suma, frequentemente o recurso aos tribunais acabará por ocorrer. Pode, na realidade, questionar-se se a principal vantagem da resolução extrajudicial não será antes o carácter imediato da libertação do credor resolvente. Aliás, alguma doutrina refere-se, mesmo, a uma função de garantia. Pense-se, por exemplo, na resolução de uma compra e venda por falta de pagamento do preço – situação possível no nosso Código Civil embora

ou *ex tunc* e se só tinha eficácia real ou obrigacional. O primeiro projeto do BGB ao aproximar-se do direito romano negava qualquer eficácia real à resolução para proteger a segurança do comércio jurídico. O segundo projeto e a comissão revisora afastaram-se desta visão, mas acabaram por manter uma atitude muito prudente quanto à natureza e efeitos da resolução.

32. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, 2008, vol. II, p. 1625.

33. Alguma doutrina estrangeira – referimo-nos a MAURO PALADINO, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 30-31 – considera original o tratamento da resolução (designada de rescisão) nesse nosso Código. O autor sublinha que o Código de Seabra disciplinava a resolução do contrato sem distinguir entre o incumprimento culposo e o não culposo e no seu artigo 709.º previa que nos contratos bilaterais, em caso de incumprimento de uma das partes, a outra podia considerar-se como deixando de estar obrigada ao cumprimento da prestação correspondente. PALADINO interroga-se se não se trataria de um sistema de resolução automática, tanto mais que apenas se previa o recurso ao tribunal para uma ação a exigir o cumprimento ou para ressarcimento do dano. A reforma de 16 de dezembro de 1930 veio acrescentar que a parte que não se achasse em situação de incumprimento

podia considerar-se liberada da sua obrigação, ainda que a falta de cumprimento da outra parte fosse devida à impossibilidade material ou jurídica de cumprimento.

34. DENIS MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, Revue des Contrats 2016, pp. 353 e ss., p. 357 : No caso de resolução extrajudicial o juiz não fica desprovido de todo o poder de controlo. “Com efeito, o devedor poderá sempre invocar que o seu incumprimento não foi suficientemente grave para justificar a resolução que lhe foi notificada pelo seu credor. Acresce que como o credor que resolve unilateralmente o contrato está sujeito a uma obrigação de motivação, o juiz poderá apreciar a seriedade e a legitimidade dos motivos que o levaram a resolver o contrato. Expulsai o juiz pela porta e ele regressa pela janela!” (“Chassez le juge par la porte, il revient par la fenêtre !”). Também MUSTAPHA MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, Revue des Contrats 2016, pp. 400 e ss., p. 406, considera que a resolução judicial será a única via possível quando as partes, na falta de acordo, queiram obter a restituição de prestações, pelo que a resolução judicial continua a ser de grande importância (“conserve ainsi un intérêt majeur”).

apenas quando prevista no contrato – em que o vendedor recupera a propriedade da coisa (supondo que esta ainda existe na titularidade do comprador), o que para alguns autores seria particularmente vantajoso quando o comprador ameaça vir a ficar proximamente em situação de insolvência.

Como destaca BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO³⁵, um passo importante na evolução da resolução por incumprimento foi dado quando se conseguiu conjugar as vantagens das conceções francesa e alemã, respetivamente, a compatibilidade da resolução e da reclamação de danos e o carácter extrajudicial da resolução. O primeiro ordenamento que empreendeu este caminho terá sido o austríaco que, em 1917, reformou o texto originário do ABGB e aceitou a resolução como remédio geral no caso de incumprimento, dotando-a de carácter extrajudicial e permitindo a sua compatibilidade com a indemnização do dano (§§ 918 a 921 ABGB), orientação seguida pelo atual Código Civil português.

3. A resolução é uma causa de extinção do contrato?

Mas a evolução histórica conduziu igualmente a uma alteração fundamental na compreensão da resolução. A resolução foi durante muito tempo encarada como uma causa de extinção do contrato (e note-se que o Código Civil francês após a Reforma de 2016 se refere expressamente á resolução como causa de extinção do contrato³⁶). Esta visão associada historicamente ao peso da condição resolutiva no desenvolvimento histórico da resolução por incumprimento implicava que as prestações realizadas ao abrigo do contrato depois de este ter sido resolvido deixassem de ter causa justificativa. OERTMANN³⁷, por exemplo, sustentou que a resolução destruía o contrato e tinha necessariamente eficácia *ex tunc*. A resolução tinha um efeito direto sobre o contrato, porque só isso corresponderia à vontade das partes. Nesta perspetiva, a resolução aproximava-se da *condictio ob causam finitam*. As normas legais sobre a restituição das prestações na sequência da resolução regulavam um caso especial, mas subsidiariamente poderiam aplicar-se as regras sobre o enriquecimento sem causa.

Esta visão cedeu, todavia, o passo a uma outra que nega que a resolução extinga o contrato. Na visão de HANS STOLL a relação contratual perdura apesar da resolução, sendo que a relação obrigacional é apenas alterada no seu conteúdo

35. Aut. e ob. cit., p. 47.

36. Art. 1229 (1): “la résolution met fin au contrat”.

37. Cit apud SVEN ERIK WUNNER, p. 431.

(transformada no seu oposto ou inverso, numa relação de liquidação)³⁸. A relação de liquidação permanece contratual (e não legal como a pretensão baseada no enriquecimento sem causa) e tem o seu fundamento no próprio contrato e na vontade das partes, interpretada e integrada à luz da boa fé. Trata-se de uma visão que terá partido da tese de SIBER e da compreensão do contrato como um “organismo” e cujas principais vantagens terão sido, por um lado, permitir a manutenção de certas cláusulas contratuais³⁹ e, por outro, a manutenção de deveres de proteção e de certos deveres secundários de conduta. Este entendimento de que a resolução não faz cessar a relação contratual, mas apenas a altera, transformando-a em uma relação de liquidação, tem uma extensa série de consequências ou corolários: para começar – aspeto que discutiremos com mais detalhe adiante – quebra o nexo entre a resolução e o enriquecimento sem causa. Aliás pode afirmar-se que a Reforma alemã do direito das Obrigações neste domínio representou o culminar de um processo de separação do direito da resolução relativamente ao enriquecimento sem causa por força de uma mudança fundamental

38. Cfr. ERNST WOLF, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, pp. 97 e ss., p. 103: A resolução não atinge a existência (“Bestand”), mas apenas o conteúdo da relação obrigacional como organismo, e as pretensões de restituição têm as suas raízes na relação obrigacional no seu conjunto, a qual persiste; assim, é o contrato que proporciona o fundamento das relações jurídicas reconfiguradas (“der Vertrag bildet auch die Grundlage der neugestalteten Rechtsbeziehungen”). Para este autor, ob. cit., p. 105, os efeitos da resolução decorrem de uma declaração de vontade recetícia e unilateral e são, por conseguinte, efeitos de um negócio jurídico, pelo que a relação de liquidação é ela própria uma relação negocial, é a relação obrigacional originária modificada no seu conteúdo (ob. cit., p. 108). Cfr., igualmente, BRUNO SCHMIDLIN, Der Rücktritt vom Vertrag, Von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis – ein dogmengeschichtlicher Wandel, in Iurisprudentia Universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, dir. por Martin J. Schermaier, J. Michael Rainer e Laurens C. Winkel, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, 2002, pp. 677 e ss., p. 689: A mesma confiança que fundou o contrato está também na base da relação de liquidação. As partes sabem, à luz da boa fé, que as suas prestações estão reciprocamente condicionadas. Se por razões imputáveis a uma das partes a sua prestação não é executada ela sabe que a deverá restituir. Não é necessária qualquer intervenção judicial: a relação de liquidação é suportada pela vontade contratual e tem natureza contratual. “A eventualidade de resolução é parte integral do consenso da confiança mútua que estiveram na base da celebração do contrato”.

39. Não desenvolveremos neste estudo este aspeto, mas é questão controvertida a de saber quais as cláusulas contratuais que sobrevivem à resolução de um contrato. THOMAS GENICON, Coup de théâtre : la résolution du contrat emporte avec elle la clause limitative de responsabilité !, Revue des Contrats 2011, n.º 2, pp. 431 e ss., comenta um Acórdão não publicado da Cour de cassation francesa que decidiu que a resolução do contrato implicava a destruição retroativa do mesmo e a reposição da situação anterior pelo que não havia que aplicar cláusulas limitativas de responsabilidade (“la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur (...) il n’y avait pas lieu d’appliquer les clauses limitatives de responsabilité”). GENICON alerta para os perigos de um “dogmatismo cego” e sublinha que a resolução não deve ser assimilada à invalidade e que não se deve ter uma falsa compreensão da retroatividade. Para o autor devem sobreviver à resolução do contrato “as cláusulas que têm por objeto acompanhar ou organizar a retirada da operação contratual, como é o caso precisamente de uma cláusula limitativa da responsabilidade”. Assim, as cláusulas limitativas de responsabilidade devem, em princípio, sobreviver à resolução do contrato. Mas o autor admite uma exceção: a hipótese de uma cláusula de responsabilidade que visa expressamente e determina antecipadamente a indemnização a receber por um prejuízo específico que ocorra no processo de execução do contrato: por exemplo, a cláusula de um contrato de empreitada que fixa uma indemnização a forfait pelo dia de atraso na conclusão de uma obra. “A razão é simples: a resolução faz desaparecer o direito ao cumprimento, o direito à prestação, não se pode permitir a indemnização por equivalente”.

na compreensão da resolução⁴⁰. Cava-se, ainda mais, o fosso entre a invalidade e a resolução, sendo que, em rigor, já mesma na visão da resolução como causa extintiva do contrato, haveria uma diferença de monta entre um contrato com um vício genético e um contrato perfeitamente válido, mas, entretanto, resolvido. As normas legais aparecerão em regra como normas dispositivas; e facilita-se a compreensão de que a resolução do contrato pode concorrer com a reparação do dano sofrido pelo resolvente e até com o interesse contratual positivo. Com efeito, na visão da resolução como destruindo o contrato, como poderia o resolvente por um lado “matar” o contrato, mas por outro pretender que a reparação do dano o colocasse na situação em que estaria se o contrato fosse pontual e exatamente cumprido? Outro aspeto a ter em conta, como veremos, é que quando a restituição de uma prestação se faça em valor será agora mais fácil de justificar que se atenda para o efeito ao preço contratualmente acordado^{40/41}.

Em contrapartida, a “nova” visão da transformação do conteúdo do contrato que subsiste apesar da resolução, força a rever conceitos tradicionais. Assim, por exemplo, é muito frequente afirmar-se que o escopo da resolução é repor as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado. Mas, como observa DÖLL⁴³, é incoerente dizer que o contrato se mantém e afirmar simultaneamente que o escopo da resolução é o de repor as partes na situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado, sendo que para o autor o genuíno escopo da resolução consiste antes em repor as partes na situação em que estariam após a celebração do contrato, mas antes da realização das prestações.

40. JÜRGEN KOHLER, Rücktritt und Bereicherungsrecht – Studien zur Umkehrung einer herrschenden Meinung, ZfPW 2017, pp. 404 e ss., p. 405, autor que aliás é muito crítico relativamente a esta evolução. Sublinhe-se, em todo o caso, como o mesmo autor destaca, ob. cit., p. 445, que a proclamada separação entre resolução e enriquecimento sem causa não é total como resulta do § 346 Abs. 3 S. 2 BGB que acaba por fazer um apelo subsidiário ao enriquecimento sem causa.

41. Com efeito e como afirmava GIOVANNI GABRIELLI, ob. cit., p. 736, n.º 20: “Seria absurdo que o mecanismo repositório imposto pela cessação de uma regulamentação negocial dos interesses devesse assumir como base de determinação do valor o negócio que o ordenamento considerou que merecia ser cancelado”.

42. MATTEO DELLACASA, Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione, *Rivista di Diritto Civile* 2022, n.º 1, pp. 15 e ss., pp. 18-19, destaca que em alguns sistemas da Europa continental o preço contratual orienta a determinação do equivalente pecuniário das prestações que não podem ser restituídas in natura. Se se assume que a resolução não destrói o contrato, o preço contratual que representa a expressão monetária do sinalagma, pode orientar a determinação do valor das prestações que não possam ser restituídas in natura. Assim, também, entre nós, CATARINA MONTEIRO PIRES, A prestação repositória em valor na resolução do contrato por incumprimento, Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Almedina, 2012, vol. 2, pp. 703 e ss., p. 706: a opção por um modelo contratual “harmoniza-se com a conceção atualmente dominante na Alemanha, segundo a qual a resolução modifica (mas não destrói) a relação contratual e produz efeitos *ex nunc*”.

43. YVES DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflicht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 51.

4. O fundamento (ou fundamentos) da resolução por incumprimento

A complexa história da resolução por incumprimento ajuda a compreender porque é tão polémica a identificação do seu fundamento ao ponto de a discussão ser considerada por muitos como estéril.

Historicamente foram invocadas, designadamente, a causa do contrato – para os defensores da causa tratar-se-ia do desaparecimento da causa na fase em que o contrato deveria ter realizado o seu escopo – a condição resolutiva implícita e a ideia de sanção pelo incumprimento (defendida por exemplo por AULETTA^{44/45}). Para muitos a resolução é uma manifestação do sinalagma funcional⁴⁶ e mesmo a sua manifestação maior⁴⁷. A tese da sanção foi largamente abandonada – também entre nós – muito embora ainda seja defendida por alguns autores franceses, tanto mais que a resolução em muitos sistemas, como no nosso, não requer um incumprimento culposo e, no limite, o seu efeito liberatório pode até, no caso concreto, interessar ao devedor que incumpriu. Relativamente à relevância do sinalagma e mesmo que o domínio dos contratos sinalagmáticos seja o domínio por assim dizer natural da resolução por incumprimento (ver o artigo 801.º n.º 2 do Código Civil) não pode esquecer-se que o nosso Código Civil, por exemplo, admite a resolução do comodato e da doação modal por incumprimento do modo

44. GIUSEPPE GIACOMO AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1980 (trata-se da reimpressão da obra publicada pela editora Giuffrè, milano, 1942), pp. 243 e ss.; entre nós, a tese da resolução como sanção foi defendida, por exemplo, por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1989, pp. 461-462: “A rescisão supõe que um dos contraentes não executou culposamente o contrato e que o outro o executou ou se prestou a executá-lo. É preciso, em suma, que uma das partes esteja em falta e a outra não (...) A rescisão representa uma pena (civil) e, como tal, não pode ser imposta a um contraente quando nada se tenha a censurar-lhe”. Também em Itália a compreensão da resolução como sanção não desapareceu por completo: veja-se, por exemplo, GIOVANNI FRANCESCO BASINI, *Risoluzione del Contratto e Sanzione dell’Inadempiente*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 176, que adere à tese de AULETTA de que a resolução por incumprimento teria um escopo sancionatório. Não deixa de referir, no entanto, a ambiguidade e multiplicidade de sentidos do conceito de sanção. Para o autor a sanção resultaria da proeminência atribuída ao interesse do credor.

45. A doutrina dominante em Portugal defende atualmente que a resolução do contrato não tem a natureza de sanção. Cfr., por todos, MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 131: “A resolução não possui, desde logo, uma função punitiva (ou sancionatória em sentido estrito) porque não tem em vista sofrimento (do devedor inadimplente) e a reprovação como um fim em si mesmo (...) Mais do que isso, no entanto, a faculdade resolutiva não é sequer comparável com o direito à indemnização por incumprimento”.

46. LUIGI MOSCO, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950, pp. 12: “A resolução encontra seguramente o seu fundamento na interdependência entre atribuições corresponsivas”.

47. ARTURO DALMARTELLO, *Risoluzione del Contratto, Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, Utet, Torino, 1959, pp. 127 e ss., p. 127: Se a exceção de não cumprimento do contrato constitui a manifestação menor do sinalagma funcional (menor em consideração das consequências que determina no ciclo vital do contrato), a resolução por incumprimento constitui a manifestação maior. ADOLFO DI MAJO, *Le Tutele Contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 208: “A resolução define-se como um remédio dirigido principalmente a garantir o princípio sinalagmático do contrato. Quando o sinalagma esteja destinado a entrar em crise na sequência do incumprimento, deve haver lugar à resolução”.

(esta última no caso de a possibilidade de resolução estar prevista no próprio contrato) contratos que não são sinalagmáticos. E já BOYER observava que “[e]la [a resolução] será possível em todos os contratos que deem lugar a um intercâmbio de prestações, sem distinguir entre os contratos unilaterais e os sinalagmáticos. Sempre que um contraente não tenha obtido a vantagem imediata que esperava retirar da convenção, a obrigação que assumiu, a prestação que efetuou serão sem causa e a resolução deverá ser pronunciada”⁴⁸.

Destaque-se que por vezes se invoca, também, o princípio do enriquecimento sem causa⁴⁹ e até simplesmente a necessidade de justiça contratual⁵⁰.

Pode, no entanto, porventura, concordar-se com DI MAJO quando observa que “é muito provável que nenhuma destas teorias seja satisfatória, já que cada uma delas reproduz em parte os interesses que subjazem à resolução, mas não todos”⁵¹.

5. O incumprimento recíproco

Antes de prosseguir, convirá advertir que ao longo deste estudo vamos considerar sempre a situação em que um contraente “fiel” resolve o contrato por força do incumprimento do outro. Não trataremos, em suma, das situações, que não são aliás excepcionais, mas antes ocorrem frequentemente, em que se verificam incumprimentos “recíprocos” ou, melhor, de ambas as partes. Concordamos com MATTEO DELLACASA⁵² quando afirma que ao tratar da resolução do contrato

48. G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats* (Origines de l'article 1184 C.civ.), PUF, Paris, 1924, pp. 46-47.

49. DELL'AQUILA, ob. cit., p. 859, na esteira de POTHIER considera que foram considerações de ordem prática que justificaram a resolução por incumprimento do contrato. Se esta faculdade não existisse restaria ao credor recorrer aos tribunais para tentar obter o cumprimento da prestação e o ressarcimento do dano, com o risco de se expor a maiores despesas. Permite-se-lhe pôr fim a uma relação que se permanecesse em vida na maior parte dos casos só lhe causaria despesas inúteis e danos ulteriores. Mas também se trata de evitar um enriquecimento injustificado do contraente infiel. Na moderna doutrina alemã cfr., por exemplo, ULRICH BÜDENBENDER, Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000), pp. 627 e ss., pp. 630-631, que afirma que as tarefas do direito da resolução e do enriquecimento sem causa são comparáveis e que estes institutos estão funcionalmente aparentados (p. 630) e coincidem no seu escopo (p. 631).

50. Para RIPERT, cit apud DELL'AQUILA, p. 860, n. 93, o direito de resolução é a consagração legal da ideia de justiça contratual. “L'idée profonde est toujours la même : le contrat était respectable quand' il a été conclu, parce qu'il répondait à des fins légitimes; postérieurement à sa conclusion il a été déséquilibré soit par faute de l'une des parties, soit par un événement purement fortuit; exécuter ce contrat boiteux serait singulièrement immoral; il faut que le juge puisse en contrôler et, par conséquent, en refuser l'exécution”.

51. ADOLFO DI MAJO, *Le Tutele Contrattuali...*, cit., p. 200.

52. MATTEO DELLACASA, Prestazione e Cooperazione nei Rimedi contro l'Inadempimento: uno Sguardo Comparatistico, *Rivista di Diritto Civile* 2021, ano LXVII, pp. 120 e ss., pp. 120-121.

e do ressarcimento do dano o legislador parece partir do paradigma do incumprimento por apenas uma das partes, mas frequentemente as partes acusam-se mutuamente de incumprimento, podendo verificar-se situações de incumprimento mútuo, ou em que ambas as partes violaram os seus deveres contratuais, mormente de cooperação. Como veremos, cabem aqui situações muito distintas e não homogêneas⁵³ o que dificulta a solução das mesmas. Tradicionalmente, a jurisprudência e a doutrina apenas admitiam a possibilidade de resolução do contrato se houvesse um incumprimento claramente prevalecente ou preponderante, caso em que apenas o lesado por esse incumprimento teria o direito de resolver o contrato. Nesse sentido pronunciou-se, por exemplo, DENIS TALLON, para quem só deveria admitir-se a resolução no caso de incumprimentos recíprocos quando houvesse um incumprimento preponderante e apenas pelo credor que foi vítima desse incumprimento preponderante^{54/55}. O autor critica, por isso mesmo, a terminologia que se tem vulgarizado na jurisprudência francesa de “torts reciproques”, não só por uma aproximação excessiva ao domínio delitual, mas porque os incumprimentos, ainda que mútuos, podem não ser, de todo, equivalentes⁵⁶. Segundo informa MATTEO DELLACASA⁵⁷, que, aliás, critica a solução, também alguma jurisprudência italiana tem recusado a resolução do contrato se não existir um incumprimento mais grave de um dos contratantes. Este entendimento, que parece aliás associado a uma visão sancionatória da resolução, acha-se hoje ultrapassado, porque excessivamente rigoroso.

53. Concordamos inteiramente com THOMAS GENICON, *La Résolution du Contrat pour Inexécution*, cit., p. 717, quando afirma que a resolução por incumprimentos recíprocos não pode ser reduzida a um fenómeno único a que corresponda um tratamento unitário.

54. DENIS TALLON, *La Résolution du Contrat aux Torts Réciproques*, Mélanges Charles Freyria, Ester, 1994, pp. 231 e ss., p. 237.

55. MICHELE TAMPONI, *La Risoluzione per Inadempimento*, in *I Contratti in Generali*, dir. por Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999, tomo II, pp. 1477 e ss., p. 1487: O juiz chamado a decidir uma situação de incumprimentos recíprocos deve formular uma valoração unitária e comparativa dos incumprimentos contrapostos, de modo a apreciar a efetiva gravidade e eficácia causal relativamente às finalidades económicas do contrato e pronunciar a resolução em prejuízo de quem seja responsável em maior medida. Entre nós parece ser similar o entendimento de VAZ SERRA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 1969, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* ano 104.º,

n.º 3442, pp. 8 e ss., p. 12: “Este princípio [o consagrado no artigo 570.º, n.º 1 do Código Civil] parece dever considerar-se extensivo ao direito de resolução por não-cumprimento, pois a razão é a mesma: assim, se a culpa do devedor (ou as suas consequências) for mais grave do que a do credor, este tem o direito de resolução, mas, se não o for, o credor não pode resolver o contrato. No caso do acórdão, as culpas dos contraentes foram iguais (conforme a Relação e o Supremo entenderam) e, por conseguinte, não tinha o promitente-comprador o direito de resolver o contrato por não-cumprimento”. Todavia, a posição do autor não é inequívoca porque acrescenta, mais adiante: “[p]oderia também entender-se que, sendo iguais as culpas de ambas as partes, o promitente-comprador não deixa de ter o direito de resolução, pois sempre houve culpa do devedor e a deste não é inferior à do credor”.

56. Aut. e ob. cit., p. 242 (“Car “torts réciproques” ne signifie pas “torts équivalents”. Il ne faut point oublier que le point de départ est une action en résolution, qui (...) suppose un manquement grave du débiteur (...) La résolution aux torts reciproques est donc en principe une résolution aux torts prépondérants du débiteur”).

57. Aut. e ob. cit., p. 123.

Afigura-se-nos essencialmente correta a tese de THOMAS GENICON que defende que se devem distinguir várias situações⁵⁸. Podemos ter, desde logo, um caso em que um dos contraentes comete uma violação grave do contrato, a qual, só por si, justificaria a resolução do contrato, enquanto o outro comete um incumprimento que, embora sem ser totalmente insignificante ou desculpável pelo incumprimento do outro, não seria, em si mesmo, causa de resolução. Aqui frequentemente os tribunais só atenderão ao incumprimento “preponderante”, o que poderá compreender-se se o outro for por assim dizer marginal. Uma segunda situação ocorre quando ambas as partes cometem, em paralelo, violações graves do contrato que justificariam por si só a resolução do contrato – neste caso afigura-se mais razoável que o tribunal atenda simultaneamente à responsabilidade de cada um na ocorrência da resolução e à origem causal de cada dano. No entanto, destaque-se que também aqui a jurisprudência dominante em Itália, como refere ANDREA CECCHETTO⁵⁹, pelo menos ao nível da Cassazione, tende a proceder a uma “valoração unitária e comparativa dos respetivos incumprimentos e comportamentos das partes”, na tentativa de determinar qual é o incumprimento que deve considerar-se “prevalecente”. Contudo pode defender-se que neste caso cada um dos contraentes terá direito a resolver o contrato e que os incumprimentos não se “compensam” ou “anulam” mutuamente^{60/61}.

Uma terceira situação pode também revelar-se problemática e ocorrerá quando os incumprimentos de ambas as partes se conjugam ou se acumulam de modo a conduzir a um fracasso da relação contratual, mas sem que cada um isoladamente fosse suficiente para permitir a resolução⁶². Aqui frequentemente os tribunais

58. Sobre o tema cfr., também, ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento*, Tomo I, 1, anotação ao art. 1453, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, dir. por Francesco Galgano, Libro Quarto, Delle Obbligazioni, Zanichelli Editore, Bologna e Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1990, pp. 76 e ss.

59. ANDREA CECCHETTO, *Risoluzione del contratto ed inadempimenti reciproci: alcune considerazioni critiche*, *Il Foro Padano* 2014, ano 70.º, n.º 1, cols. 23 e ss., col. 26. Como o autor destaca, neste juízo comparativo o critério cronológico (a anterioridade de um incumprimento relativamente ao outro) não é necessariamente determinante (pense-se na existência de prazos diversos para o cumprimento). Mas o dado temporal pode desempenhar uma função de parâmetro para a decisão sobre qual o incumprimento prevalecente quando associado a outros critérios, como sejam a causalidade (no sentido de sucessão causal entre os incumprimentos) e a proporcionalidade.

60. Do mesmo modo cada um teria direito à indemnização pelo dano sofrido embora depois a compensação pudesse

intervir uma vez quantificados os danos nas indemnizações “cruzadas”.

61. Entre nós cfr. o Ac. STJ de 14-01-2021, processo n.º 2209/14.0TBRRG.G3.S1 (CURA MARIANO). O Acórdão que incidiu sobre uma situação de incumprimento recíproco num contrato de empreitada, admitiu que se pudesse presumir igual culpabilidade das partes (referindo o lugar paralelo do artigo 497.º, n.º 2 do CC) na falta de dados de facto que permitissem atribuir diferentes graus de imputabilidade no incumprimento e afirmou que o contrato pode cessar sem um pedido de resolução de qualquer um dos contraentes por um “duplo comportamento volitivo concludente”. Decidiu, ainda, que “não se atribuindo diferentes graus de imputabilidade em situações de incumprimento bilateral de um contrato, deve, tendencialmente, excluir-se a existência de qualquer obrigação indemnizatória pelos prejuízos resultantes do incumprimento do contrato”, embora tenha, também, admitido a aplicação neste contexto do artigo 570.º do Código Civil.

62. THOMAS GENICON, ob. cit., p. 718.

italianos têm-se recusado a pronunciar a resolução⁶³.

Seja como for, não trataremos no contexto deste estudo desta questão e partiremos sempre do paradigma do contraente “fiel” que exerce o direito de resolução por força do incumprimento (ainda que não necessariamente culposos) do outro.

6. Resolução extrajudicial e resolução judicial

A parte que pretenda resolver o contrato por incumprimento da outra tem a opção entre uma resolução extrajudicial, através de uma declaração recetícia⁶⁴, e a propositura de uma ação de resolução. É frequente apontar-se que a resolução extrajudicial através de uma simples declaração à outra parte teria a vantagem de poupar os custos e a demora associados a uma ação judicial⁶⁵. Na verdade, esta vantagem é, muitas vezes, mais ilusória, que real, já que o destinatário da declaração de resolução pode vir a juízo impugnar a existência, por exemplo, de um incumprimento (ou de um incumprimento grave) da sua parte. Acresce que frequentemente a declaração de resolução não será suficiente para que a outra parte restitua a prestação que tenha recebido e o recurso aos tribunais será normalmente necessário para exigir qualquer indemnização pelo eventual dano causado pelo incumprimento ao resolvente. Afigura-se-nos, assim, mais realista a tese segundo a qual a principal vantagem da resolução extrajudicial será a rapidez em obter o efeito liberatório, permitindo ao resolvente que ainda não tenha efetuado a sua prestação, no todo ou em parte, dispor imediatamente dela, por exemplo, noutro contrato. A rapidez no efeito “extintivo” – usamos a expressão sem tomar partido na questão atrás discutida sobre se a resolução extingue o contrato ou o transforma – é, de resto, uma vantagem assinalável quando o resolvente suspeita da degradação da condição patrimonial da contraparte e quer antecipar-se a uma eventual declaração de insolvência deste. Aliás, não falta quem considere que a resolução extrajudicial será a via preferida sobretudo

63. ANDREA CECCHETTO, ob. cit., cols. 27-28: os tribunais italianos tendem a rejeitar os pedidos de resolução quando os incumprimentos recíprocos não sejam, nem um nem outro, graves. como referiu o Acórdão da Cass. 6 novembre 1981 n. 5865, “a vontade negocial dirigida à cessação do contrato por mútuo consenso não pode ser deduzida implicitamente da mera proposta de pedidos contrapostos de resolução”. Em tom crítico observa ANDREA CECCHETTO (ob. cit., col. 33) que “seria verdadeiramente paradoxal que fosse mantida em vida uma relação, relativamente à qual as partes perderam o interesse e, mais ainda, apresenta perfis patológicos”.

64. YVES DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, Eine Untersuchung der Rücktrittsfolgen, insbesondere der Wert- und Schadensersatzpflicht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 47: “A resolução é como direito potestativo um negócio jurídico unilateral e opera [“erfolgt”] através de uma declaração de vontade recetícia face ao destinatário da resolução (“Rücktrittsgegner”). A declaração de resolução só produz efeitos com a sua receção pelo destinatário. Não carece da indicação de motivos (BGH 10.12.1986, NJW 1987, 831, 833) nem de qualquer forma, podendo ser tácita (“der Rücktritt auch konkludent erklärt werden kann”). A declaração de resolução não pode ser sujeita a condição.

65. Cfr., por todos, LOUISE BOTTIN, p. 66.

quando o resolvente tenha em vista essencialmente o efeito liberatório, podendo nem sequer se colocar qualquer efeito restitutivo a favor do resolvente (por este ainda não ter realizado a sua prestação) e não estar este interessado em qualquer indemnização (no limite pode não ter sofrido qualquer dano ou ter sofrido ainda um dano muito reduzido)⁶⁶.

A via da declaração extrajudicial para a resolução por incumprimento é, todavia, uma via mais arriscada do que se poderá supor à primeira vista.

A resolução é comumente apresentada como um direito potestativo (quer se trate de um direito potestativo extintivo, quer simplesmente modificativo). Contudo, o direito à resolução por incumprimento só existe caso se tenha verificado, por exemplo, um incumprimento grave da outra parte, exigência fundamental para assegurar o respeito pelo princípio *pacta sunt servanda* e para evitar condutas oportunistas.

Pode, pois, questionar-se: se A enviar a sua declaração de resolução do contrato a B, mas na realidade não tiver existido qualquer incumprimento de B, o efeito extintivo ocorreu⁶⁷?

Para PEDRO ROMANO MARTINEZ^{68/69}, por exemplo, a declaração de resolução, ainda que fora dos parâmetros em que é admitida, não é inválida, pelo que mesmo que injustificada, produz efeitos: ou seja, determina a cessação do vínculo. O resolvente lograria o efeito extintivo visado, embora se expusesse a

66. MATTEO DELLACASA, *Risoluzione per Inadempimento e Ricorso al Processo*, *Rivista di Diritto Civile* 2015, n.º 1, pp. 40 e ss., p. 44: Para o autor a vítima do incumprimento tem legitimidade para resolver imediatamente o contrato através da declaração extrajudicial se tudo o que pretende obter é a liberação do vínculo, mas terá de propor uma ação judicial, na ausência de acordo com a contraparte, se pretende conseguir a condenação desta à restituição da prestação já executada ou ao ressarcimento do dano. “Enquanto os efeitos liberatórios da resolução não requerem a propositura de uma ação judicial (...) os restitutórios e ressarcitórios implicam o exercício de uma ação judicial de condenação”. Em suma, os efeitos liberatórios da resolução podem ser ativados em autotutela, enquanto os ressarcitórios e os restitutórios pressupõem necessariamente a apreciação judicial da resolução (ob. cit., p. 47; ver também pp. 87-88). Cfr., igualmente, STEFANO PAGLIANTINI, *La risoluzione per inadempimento del duemila*, *Persona e Mercato* (revista online, www.personaemercato.it) 2018, n.º 1, pp. 74 e ss., p. 80: sem um acordo o ressarcimento e a restituição constituem uma variável que não ocorre por mero efeito de uma escolha unilateral.

67. Sobre a questão cfr., sobretudo, JOANA FARRAJOTA, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, Coimbra, 2015, mormente pp. 49 e ss. Como a autora refere, não é uma designação consensual para a declaração resolutória sem fundamento bastante – alguns autores falam em resolução ilegítima, resolução infundada (é a terminologia adotada pela autora), resolução ilegal (é o caso de jurisprudência citada pela autora).

68. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 209.

69. Se bem a interpretamos tal é também a tese de ASSUNÇÃO CRISTAS, *É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?*, *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2008, vol. II, pp. 53 e ss., p. 63: “[a] partir do momento em que a declaração resolutiva é eficaz, o contrato considera-se resolvido. Se, em juízo, a contraparte prova a inexistência de fundamento para a resolução, esta não desaparece, simplesmente a sua valoração jurídica e os seus efeitos sofrem modificações. A resolução deixa de ser um acto legítimo do contraente não faltoso (ou não gravemente faltoso, no caso da simples mora) para passar a ser um acto ilícito com o sentido de incumprimento mais ou menos grave. O contrato cessou irremediavelmente, mas é possível a A exigir o cumprimento e oferecer a contraprestação”.

consequências indenizatórias pelo dano causado à outra parte. A doutrina italiana que defende uma solução similar invoca a conveniência em permitir uma decisão rápida quanto à extinção do contrato, o que poderia ser até do interesse da outra parte, reduzindo o dano resultante do incumprimento⁷⁰.

Mas esta posição está longe de ser pacífica, entre nós, como em Itália.

ADRIANO SQUILACCE/ALEXANDRE MOTA PINTO⁷¹, citando, aliás, no mesmo sentido abundante doutrina⁷², sustentam que “[e]mbora se assuma como um direito potestativo, o direito de resolução do contrato pressupõe o incumprimento definitivo de um dos contraentes pelo que este direito potestativo apenas emerge quando este seu pressuposto se verifique”. Portanto, “se os fundamentos mobilizados para a resolução do contrato não se verificarem, a comunicação de resolução não extingue, de *per se*, o vínculo contratual”.

Muito embora tendencialmente concordemos com os autores, fica por explicar qual o efeito da declaração de resolução em uma situação em que não existia fundamento suficiente para a mesma, mas que o destinatário não impugnou. Para um segmento da doutrina em tal hipótese haveria um acordo de resolução,

70. DELLACASA, ob. cit., p. 50: é preferível um sistema que favoreça a mais rápida definição do destino do contrato. Cfr., igualmente, p. 48: “Resolvido o contrato em sede extrajudicial, a parte fiel adquire imediatamente a liberdade de regressar ao mercado e celebrar um contrato substitutivo; tal consente limitar as consequências negativas do incumprimento e aumenta as probabilidades de o devedor não ser chamado a responder pelo dano resultante da falta de execução do intercâmbio. Frequentemente este último reconhecerá o fundamento da resolução e abster-se-á de a contestar com a consequência de que o contrato será resolvido sem que tenha sido proposta qualquer ação judicial”.

71. ADRIANO SQUILACCE/ALEXANDRE MOTA PINTO, A resolução ilícita: uma contradição nos termos?, *Actualidad Jurídica*, Uria Menéndez, 28-2011, pp. 113 e ss., p. 114.

72. Veja-se, por exemplo, JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª ed. revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 127: “O direito de resolução opera por mera declaração do dono da obra ao empreiteiro (art. 436.º, n.º 1 do C.C.), não produzindo essa declaração qualquer efeito, se o dono da obra não tinha fundamento, nos termos acima delimitados, para resolver o contrato de empreitada”. No sentido de que não havendo fundamento para a resolução, a declaração de resolução é “ineficaz por ilícita”, cfr. Ac. STJ de 30-06-2020, processo n.º 1114/16.0T8LRA.C1.S1 (RICARDO COSTA) e Ac. STJ de 28-09-2021, processo n.º 344/18.5T8AVR.P1.S1 (MANUEL CAPELO): “a declaração de resolução emitida pelo contraente que não tenha fundamento não produz

qualquer efeito”. Em sentido diverso, cfr., por exemplo, o Ac. STJ de 08-06-2017, Revista n.º 7461/14.9TBSNT.L1.S1 (SALAZAR CASANOVA) no qual se afirma que “a declaração de resolução do contrato, ainda que ilícita, pode determinar a extinção do contrato”, muito embora também afirme que “no entanto, se a execução ainda for possível e o promitente fiel mantiver interesse na execução do contrato e esta não for excessivamente onerosa para aquele que o resolveu ilicitamente, deve considerar-se subsistente o vínculo ilicitamente resolvido”. Em sentido próximo cfr., igualmente, o Ac. STJ de 28-06-2017, revista n.º 1287/08.6TVLSB.L3.S1 (Hélder Roque), no qual se diz, por um lado, que “quando a declaração resolutória não preenche os respetivos pressupostos legais enformadores consubstancia uma resolução ilícita, a qual, muito embora fora dos parâmetros em que é admitida, não é inválida ou ineficaz, pelo que, mesmo injustificada, produz efeitos, ou seja, determina a cessação do vínculo, representando o incumprimento do contrato, com a consequente responsabilidade do seu autor pelo prejuízo causado à contraparte”, mas também que “a subsistência da relação contratual, ilicitamente, extinta, por resolução, depende do preenchimento cumulativo de três pressupostos, que operam, separadamente, isto é, se o cumprimento das prestações contratuais ainda é possível, se a parte lesada mantém interesse na execução do contrato e se esta não é, excessivamente, onerosa para aquele que o resolveu, ilicitamente”.

ao menos tácito⁷³, mas a explicação não se nos afigura convincente⁷⁴. Dir-se-á que a declaração de resolução começa por ter um efeito extintivo; se a contraparte, o destinatário da declaração, recorrer ao tribunal, mas este decidir que a fundamentação da resolução é verdadeira e suficiente, a resolução terá produzido efeitos desde a data em que a declaração chegou ao poder do destinatário, sendo a sentença meramente declarativa. Mas se o tribunal decidir que a fundamentação não é suficiente, o efeito extintivo será destruído^{75/76} e a sorte do contrato dependerá do comportamento das partes no processo (o destinatário da declaração pode, por exemplo, ser agora ele a solicitar a resolução, invocando o incumprimento ou a recusa em cumprir por parte daquele que primeiro tentou resolver o contrato).

Parece-nos, todavia, que é necessário que o efeito extintivo da declaração de resolução não seja definitivo, podendo ser posto em causa em tribunal^{77/78}, porquanto a proteção adequada do destinatário da resolução não se alcança apenas

73. CLAUDIO CONSOLO, Della Risoluzione per Inadempimento anche Straguidiziale, senza Processo, purché (Fuori dagli Artt. 1454 e 1456) per Contratto anche Tacito (o Discordia Concors per Acquiescenza), in *La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti*, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 33 e ss., p. 52. Para o autor, não é suficiente para que se produza o efeito resolutorio a declaração de resolução. “O efeito resolutorio, com efeito, para que se produza já no plano extrajudicial exige uma correspondente manifestação de vontade da outra parte (ou das outras partes, no caso de relação plurilateral), ou seja a conclusão de um contrato de resolução” (o autor admite um acordo de resolução tácito ou mesmo pelo silêncio da contraparte). É curioso notar que também na common law se verificam discussões similares a propósito da termination. JANET O’SULLIVAN, *Rescission as a Self-Help Remedy: A Critical Analysis*, *Cambridge Law Journal* 59(3), 2000, pp. 509 e ss., p. 512, afirma que a natureza de autotutela desta forma de cessação do contrato é problemática (“It is trite law that the innocent party (...) has a right of election either to affirm or avoid the contract and that the contract is valid unless and until he elects to rescind. The self help analysis is more problematic because it demands that it is the exercise of this right of election which actually effects the rescission. Considerable difficulty arises where the transaction is executed or partly executed, where rescission has restitutionary consequences”, itálico no original) e acaba por afirmar que em alguns casos em que não há necessidade de recurso ao tribunal a resolução acabaria por ser o resultado de um acordo (p. 528: “Where one party intimates his intention to “rescind” a purely executory contract and the other party concurs, the resulting abandonment of the contract is not the result of rescission but a contractual compromise”).

74. Assim também ILARIA PAGNI, *La Risoluzione del Contratto tra Azione ed Eccezione: Ancora sulla Natura Dichiarativa della Sentenza che Pronuncia sulla Risoluzione*, in *La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti*, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 75 e ss., p. 88 (não é necessário o acordo da outra parte para que a declaração extrajudicial de resolução produza os seus efeitos).

75. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 4.ª ed., 2023, p. 375: “É certo que, num primeiro momento, opera a força extintiva do direito, para, num segundo momento, e em sede judicial, ser declarado que “o contrato afinal não se extinguiu”.

76. Em França após a Reforma de 2016 e muito embora de acordo com o artigo 1229 do Code civil a resolução opere na data em que o devedor recebe a declaração (“notification”) feita pelo credor, e segundo informa SOLÈNE ROWAN, *Termination for Contractual Non-performance, The Code Napoléon Rewritten, French Contract Law after the 2016 Reforms*, dir. por John Cartwright e Simon Whittaker, *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, vol. 25, Bloomsbury, Hart Publishing, Oxford e Portland, Oregon, 2017, pp. 317 e ss., p. 323, é essa a solução: “If termination is not justified, because the breach is not sufficiently serious in the case of judicial or self-help termination, or the conditions for a contractual right to terminate are not met, the court can reject the remedy and compel performance instead. In that case the contract remains alive. The court can also grant the defaulting promisor a period of grace (*délai de grâce*) in which to perform or, where wrongful termination has caused loss, an award of compensatory damages”.

com o apelo à responsabilidade civil. O destinatário pode estar interessado na manutenção do contrato e o respeito pelo *pacta sunt servanda* exige que haja uma fundamentação genuína da resolução, ainda que a nossa lei não exija expressamente que a declaração de resolução extrajudicial seja motivada.

Importa, em todo o caso, reconhecer que a declaração de resolução acaba por comportar um risco para o resolvente de não conseguir o efeito pretendido. Podemos até concordar com NUNO PINTO OLIVEIRA⁷⁹ e PAULO MOTA PINTO⁸⁰ quando afirmam que “as dificuldades práticas de retoma” da relação contratual não são razão suficiente para afastar a conclusão de que uma declaração de resolução infundada é ineficaz, mas a verdade é que este resultado esvazia em grande medida o escopo que a declaração extrajudicial de resolução historicamente prosseguiu^{81/82}.

E pode questionar-se se algumas das afirmações tradicionais sobre a declaração de resolução não partiam da premissa de uma declaração eficaz, mesmo quando infundada. Assim, por exemplo, uma vez feita a declaração de resolução poderá o resolvente revogá-la (ou aos seus efeitos) e pedir, antes, o cumprimento do contrato?^{83/84} A posição tradicional é a de que a declaração de resolução seria

77. STEFANO PAGLIANTINI, *La Risoluzione per Inadempimento tra Legge e Giudizio* (Studio sull’Inadempimento Definitivo), in *La Risoluzione per Inadempimento; Poteri del Giudice e Poteri delle Parti*, dir. por Claudio Consolo, Ilaria Pagni, Stefano Pagliantini, Vincenzo Roppo e Marisaria Maugeri, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 99 e ss., p. 148, destaca que uma resolução extrajudicial diferentemente da resolução judicial pode converter-se em um excesso de autotutela privada. Mas para o autor a resposta é intuitiva: o controlo judicial não desaparece, mas em vez de ser um controlo a priori passa a ser um controlo a posteriori.

78. Contra cfr. ADOLFO KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Rivista de Diritto Civile*, ano X, 1964, parte I, pp. 28 e ss., p. 31, para quem um contrato não pode ficar “suspense” durante toda a duração do processo, por vezes muito longa (o autor fala mesmo na “disastrosa durata di un processo”) à espera de saber se deverá ser cumprido ou se será resolvido.

79. Aut. e ob. cit., p. 897.

80. Aut. e ob. cit., p. 1675, n. 4861.

81. E daí que, embora não a partilhemos, consideramos inteiramente compreensível a posição de MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 935: “em nome de uma interpretação integrada do ordenamento, devemos considerar a resolução formalmente declarada como eficaz”.

82. MATTEO AMBROSOLI, *La Dichiarazione Stragiudiziale di Risoluzione per Inadempimento come Forma di Ricesso*, in *Consenso e dissenso nelle codificazioni europee*, Scoglimento e mantenimento del vincolo contrattuale tra

storia giuridica, diritto privato e comparazione, dir. por Filippo Rossi, Edizioni ETS, Pisa, 2021, pp. 103 e ss., p. 136: “Que a extrajudicialidade resolva o problema da discricionariedade judicial é pouco credível: o meio técnico não incide sobre os pressupostos do instituto. Se apenas um incumprimento grave justifica a resolução, a iniciativa extrajudicial não pode tornar o credor o árbitro da ocorrência de tal incumprimento; resulta daqui que mesmo neste caso a possibilidade de uma resolução extrajudicial limitar-se-á a adiar a verificação da gravidade [do incumprimento] excluindo-se a sua necessidade apenas no caso em que o devedor dê a sua aquiescência à iniciativa do contraente fiel. Assim, a sorte do contrato permanecerá incerta pelo tempo e pela álea do julgamento”. Para o autor só uma intervenção legislativa permitirá solucionar o paradoxo.

83. Para MATTEO AMBROSOLI, ob. cit., p. 127, a declaração extrajudicial de resolução não geraria uma confiança séria no caráter definitivo da vontade resolutória (e, portanto, o credor pode ainda vir a exigir o cumprimento posteriormente). Destaque-se que este autor chega a interrogar-se sobre a qualificação do direito de resolução como direito potestativo (ob. cit., pp. 123-124) “o proprium do direito potestativo reside na relação entre um poder e uma sujeição, de tal modo que o exercício do poder determina de forma imediata a mudança da situação jurídica da parte em sujeição [que se encontra numa situação de sujeição]; quando, ao invés, uma tal modificação não é o efeito imediato da manifestação de vontade, mas é mediato pela necessidade de uma pronúncia judicial” não se pode falar em direito potestativo”. No sentido de que depois da manifestação extrajudicial da vontade de resolver o contrato, isto é, depois da declaração extrajudicial, o credor não

irrevogável⁸⁵, correspondendo a um negócio jurídico unilateral (embora se pudessem admitir a sua anulação por erro), devendo ter-se em conta a necessidade de proteger o devedor destinatário da declaração. Uma vez resolvido o contrato – e como este se extinguiria – não se poderia depois vir pedir o seu cumprimento⁸⁶. Todavia, poderá questionar-se se tendo um dos contraentes emitido uma declaração de resolução do contrato e tendo-lhe o outro contraente respondido que não houve qualquer incumprimento da sua parte ou que o incumprimento é mínimo e que continua interessado na execução do contrato, não poderá o primeiro optar mais tarde por exigir antes o cumprimento do contrato?⁸⁷

A possibilidade de o resolvente reconsiderar a sua decisão de resolver o contrato e, em vez disso, optar antes por uma ação em cumprimento é muito controversa e tem recebido uma resposta diversa em diferentes ordenamentos. Em França, por exemplo, não só o credor pode pedir primeiro o cumprimento e depois resolver o contrato (pedir o cumprimento não traduz qualquer renúncia a exercer a faculdade de resolver o contrato), como, de acordo com a jurisprudência francesa tradicional, pode primeiro tentar resolver o contrato e depois exigir o cumprimento (assim já em 1932 a Cour de cassation, segundo informa DESGORGES⁸⁸). Em Itália o Codice civile contém uma norma, o artigo 1453, 3, que proíbe que depois do pedido de resolução judicial se peça o cumprimento do contrato, limitando o que a doutrina italiana apelida de *ius variandi* do credor. Sublinhe-se, em todo o caso, que a norma não parece impedir, não só que tendo sido indeferido o pedido de resolução o autor possa, depois, vir em nova ação pedir o cumprimento do contrato, como, inclusive, que o pedido de resolução seja acompanhado de um

pode mudar de ideias e exigir o cumprimento, porquanto tal prejudicaria a confiança do devedor na extinção do vínculo, pronunciou-se, por exemplo, MATTEO DELLACASA, *Risoluzione per Inadempimento e Ricorso al Processo...*, cit., p. 47.

84. Sobre o tema cfr., também, ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento...*, cit., p. 89, que depois de se interrogar qual seria a sorte do contrato em que não ocorreu uma resolução eficaz, mas de que já não se poderia pedir a execução, afirma que provavelmente a questão do efeito preclusivo de uma declaração extrajudicial de resolução não pode ter uma solução unitária (ob. cit., p. 90).

85. Não podendo, também, em princípio, ser sujeita a condição. Cfr., contudo, o Ac. STJ de 09-05-2019, revista n.º 7361/15.5T8CBR-A.C1.S1 (NUNO PINTO OLIVEIRA): “o condicionamento da declaração de resolução deverá admitir-se, desde que do condicionamento da declaração de resolução não decorra uma incerteza ou uma insegurança das situações jurídicas insuportável ou intolerável, ou em todo o caso inexistente ao declaratório”.

86. ADRIANO VAZ SERRA, Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de novembro de 1972, RLJ ano 106.º, n.º 3511, pp. 351 e s., p. 351: “Quanto à eficácia da resolução, parece derivar dos factos mencionados no acórdão que a vendedora declarou resolver o contrato antes de propor a acção, o que teria como consequência não poder pedir ela o pagamento do preço, já que resolvido o contrato, desaparece a obrigação de fazer as prestações emergentes deste. Não só o declarante da resolução fica desobrigado dessas prestações, como o fica também o outro contraente (Cód. Civil, art. 433.º)”.

87. Sobre a resolução por declaração extrajudicial cfr. STEFANO PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: Appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, *Persona e Mercato*, revista periódica on-line www.personaemercato.it) 2015, n.º 3, pp. 86 e ss., pp. 94-95.

88. RICHARD DESGORGES, *La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur*, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit, Société de Législation Comparée*, Paris, 1999, pp. 243 e ss., p. 247 (como se constata o autor escreveu antes da reforma).

pedido subsidiário de cumprimento do contrato para a hipótese de indeferimento do primeiro. Em todo o caso, a teleologia da norma é discutida: para alguns, mais do que uma incompatibilidade lógica entre os pedidos de resolução e de cumprimento do contrato⁸⁹, o que está fundamentalmente em jogo é a proteção do devedor, o qual não tem que manter-se indefinidamente “pronto” para cumprir e pode, inclusive, estar interessado agora em dar outro destino à prestação que não realizou (ou que espera recuperar)^{90/91}. Alguma jurisprudência italiana tem admitido que o contraente que tenha resolvido o contrato por incumprimento, quer se trate de resolução extrajudicial ou judicial, pode renunciar, expressa ou tacitamente, através de comportamentos concludentes, aos efeitos resolutórios, fazer reviver a relação contratual e pretender o cumprimento da contraparte. Isto com base em dois argumentos: a resolução serve o interesse da parte que não está em incumprimento pelo que esta não só poderia exercer ou não a faculdade de resolver o contrato, como poderia resolvê-lo, mas renunciar *a posteriori* aos efeitos da resolução. Diz-se, ainda, que a renúncia aos efeitos da resolução seria uma típica manifestação da autonomia privada. Esta renúncia aos efeitos resolutivos não teria apenas o resultado de reprimir os efeitos da relação contratual que se tinha extinguido⁹², mas produziria um outro resultado relevante: privaria o contraente em incumprimento do direito já consolidado no seu património de reaver a sua prestação já executada. Tal como UGO CARNEVALI pensamos que esta linha jurisprudencial italiana não tem na devida conta a necessidade de tutelar o devedor, ainda que em incumprimento, perante mudanças unilaterais do credor^{93/94}. A proteção do devedor vai, no nosso ordenamento ao ponto de, “[n]

89. Para ANTONINO SMIROLO, *Profili della Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 302, “o pedido de resolução não é logicamente incompatível com a sucessiva proposição da ação de condenação (...) não se pode considerar implícita na proposição do pedido de resolução a renúncia à ação de condenação, sendo que tal iniciativa apenas significa que num determinado momento a cessação da relação contratual era a solução que melhor correspondia aos interesses do autor”. Do que se trata, na proibição legal do artigo 1453, 3, seria antes impedir a parte que não está em incumprimento de especular sobre modificações contingentes após a propositura da ação. Deste modo, a rigorosa disciplina do *ius variandi* prevista no artigo 1453 do C.C. “não é um momento isolado”, mas “é expressão da harmónica evolução histórica do instituto da resolução” tendente, por um lado, à erosão da intervenção judicial com a ampliação das hipóteses de dissolução da relação com base na simples iniciativa pela parte interessada e, por outro lado, a dar na resolução judicial a máxima relevância ao momento da demanda e, portanto, ao ato de exercício do direito.

90. Como destaca, UGO CARNEVALI, *Risoluzione del contratto per inadempimento e rinuncia agli effetti risolutivi*, *I Contratti* 2012, n.º 12, pp. 1044 e ss., p. 1046, o prejuízo para o contraente que não cumpriu e que confiou na cessação do contrato não consiste apenas em ter de manter-se em condições de cumprir; pode ter confiado na restituição do que já prestou parcialmente e já se ter obrigado perante um terceiro.

91. Veja-se, no entanto, o que a este propósito escreveu ENNIO CICONI, *Risoluzione del contratto, poteri del creditore, poteri del giudice*, *Contratto e impresa* 2018, n.º 2, pp. 766 e ss., p. 801, para quem a confiança do devedor não pode ser sempre esgrimida para limitar a atuação do credor, havendo que atentar à estratégia defensiva do próprio devedor. Pense-se, por hipótese, na eventualidade de o devedor numa ação de resolução pedir em reconvenção que o autor/credor seja condenado a cumprir, manifestando, assim, o seu interesse na conservação do contrato (hipótese em que o próprio devedor deve estar em condições de cumprir a sua prestação se a sua reconvenção tiver sucesso).

92. Admitindo que a resolução seja uma causa de extinção do contrato, o que, como vimos, é controverso.

ão havendo prazo convencionado para a resolução do contrato, pode a outra parte fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade” (n.º 2 do artigo 436.º do Código Civil) para evitar que se prolongue uma situação de incerteza quanto aos efeitos possíveis do incumprimento e quanto ao exercício da opção pela resolução do contrato. Não se nos afigura coerente com esta proteção do devedor, mesmo em incumprimento, que o resolvente pudesse unilateralmente “reconsiderar” a resolução e renunciar aos seus efeitos.

Também na Alemanha, a doutrina dominante tem entendido que o credor fica vinculado à resolução e não pode unilateralmente “recuar” e restabelecer os deveres primários de prestação⁹⁵.

7. Efeitos da resolução. O efeito liberatório.

O primeiro e, em certo sentido, o principal efeito da resolução é a liberação das partes relativamente às prestações a que se obrigaram pelo contrato^{96/97}. É pa-

pelo comprador e em que o vendedor se recusa a proceder à restituição do preço e defende que em situações similares o comprador poderia optar posteriormente à resolução por um outro remédio, por exemplo, a redução do preço (ob. cit., p. 865).

93. É claro que, como destaca CARNEVALI, o contrato pode renascer por acordo das partes, expresso ou tácito. Assim, por exemplo, nada impede que já depois de resolvido o contrato o devedor realize a sua prestação e o credor a aceite (ob. cit., p. 1050).

94. GIANLUCCA SICCHIERO, *Indisponibilità dell'effetto risolutivo stragiudiziale del contratto* (artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.), *Giurisprudenza Italiana* 2009, pp. 1119 e ss., p. 1121: Não se deve admitir uma renúncia unilateral que produza efeitos jurídicos desfavoráveis na esfera jurídica da contraparte. Se a renúncia operar uma modificação jurídica na esfera patrimonial do destinatário a mesma deve ser objeto de uma aceitação.

95. BEATE GSELL, *Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz*, *Juristenzeitung* 2004, pp. 643 e ss., p. 646. Como a autora observa, o facto de que a lei alemã já não considera contraditório resolver o contrato e pedir uma indemnização pelo interesse positivo não significa que o titular do direito à resolução, depois de o exercer, possa contraditoriamente pretender afastar a referida resolução. O *ius variandi* termina quando há uma confiança do devedor digna de tutela na escolha do credor. Note-se, todavia, que há vozes não inteiramente coincidentes: ver JOHANNES WERTENBRUCH, *Die eingeschränkte Bindung des Käufers an Rücktritt und Minderung*, *Juristenzeitung* 2002, pp. 862 e ss. Para este autor embora em princípio a declaração de resolução seja irrevogável, há situações em que não existe qualquer confiança digna de tutela do destinatário. O autor dá o exemplo de uma compra e venda que seja resolvida

96. LUIGI MOSCO, ob. cit., p. 265: “[A] lei concede ao credor fiel [adempiente] o poder de pedir a resolução para uma melhor e mais imediata tutela do seu direito que não seria suficientemente protegido mediante a ação para execução coativa ou pelo ressarcimento dos danos. Deste fundamento da resolução decorre o primeiro e mais notável dos seus efeitos que consiste em que o credor é liberado das obrigações que nascem do contrato”.

97. Como refere HANS G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, p. 87, a liberação dos deveres assumidos por força do contrato era, como a evolução histórica demonstra, a função primária da resolução. No entanto, para o autor, a nova compreensão da resolução como não extinguindo o contrato, e dando lugar a uma relação de liquidação fundada nela própria ainda no contrato implica alguma restrição do efeito liberatório, o qual não abrange todo o contrato, mas apenas os deveres ainda não cumpridos. “O efeito liberatório, ainda que continue a ser característico da resolução, está inserido no desenvolvimento do contrato, pelo que perde, de modo não despreciando, autonomia e especificidade” (ob. cit., p. 172). O autor considera, igualmente, que a nova compreensão da resolução, que considera superada a visão da destruição total do contrato, aponta para uma eficácia apenas ex nunc do efeito liberatório da resolução. Não se trata, em rigor de repor a situação como se o contrato nunca tivesse existido, já que não se pode negar que o mesmo existiu e a resolução não o extinguiu. Os deveres não cumpridos extinguem-se apenas para o futuro.

cífico que esse efeito se produz quer em relação aos deveres de prestação do resolvente, quer relativamente aos deveres de prestação da contraparte. O efeito liberatório entre nós não se produz apenas para o futuro. As prestações ainda por realizar, mesmo que já devidas, deixam de o ser por força da resolução – tal solução resulta, desde logo, da retroatividade da resolução consagrada, como regra, no artigo 434.º n.º 1 do Código Civil⁹⁸ - e as prestações já realizadas deverão, nos termos que referiremos infra, ser em princípio restituídas. O nosso sistema é, pois, diverso do que impera na common law em que a *termination* do contrato só opera para o futuro⁹⁹.

Por outro lado, só se extinguem os deveres primários de prestação, mantendo-se, mesmo após a resolução, deveres acessórios (de informação, esclarecimento, sigilo) e de proteção¹⁰⁰.

Sublinhe-se que para alguma doutrina alemã, este efeito liberatório não é um efeito da conversão do contrato em uma relação de liquidação, mas um efeito direto da resolução¹⁰¹. Aliás, se não tiver ainda sido realizada qualquer prestação quando ocorre a resolução não é necessária qualquer relação de liquidação.

E em tal hipótese de não ter sido ainda efetuada qualquer prestação em execução do contrato – o resolvente, por exemplo, ainda não tinha executado a sua prestação e resolveu o contrato face à declaração antecipada do outro de que não iria cumprir – este efeito liberatório será mesmo o único efeito da resolução do contrato (a qual poderá, contudo, concorrer¹⁰² com um outro remédio, a reparação do dano).

98. Em rigor, tal retroatividade resultaria já como destaca RODRIGUES BASTOS (Notas ao Código Civil, vol. II, Lisboa, 1988, p. 222) da remissão operada pelo artigo 433.º para o artigo 289.º sendo que o que o artigo 434.º “contém de novo são as limitações àquele princípio”.

99. Também os PECL (Comissão OLE LANDO) se inspiram num modelo que recusa efeito retroativo ao facto dissolutivo (cfr. artigos 9.305 e ss.). A resolução só tem efeito liberatório para as prestações ainda por executar.

100. Mas para LESER, ob. cit., p. 173, a resolução abrange os deveres primários ainda não cumpridos, mas abrange também pretensões secundárias como os juros de mora.

101. YVES DÖLL, ob. cit., p. 60 (“Die Befreiungswirkung ist daher keine Folge der Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis, sondern eine eigenständige Rechtsfolge des Rücktritts”).

102. Trata-se de um concurso meramente eventual já que a reparação do dano tem os seus próprios pressupostos – em regra, a culpa do agente e, sempre, a existência de um dano. Pode, assim, ocorrer uma resolução do contrato desacompanhada da reparação de qualquer dano (porque este não existe, por exemplo) e pode haver lugar à reparação do dano mesmo sem fundamento para uma resolução (porque o incumprimento não é suficientemente grave para a justificar).

8. O efeito restitutório.

Frequentemente, todavia, terão sido já executadas prestações em cumprimento do contrato, quando se dá a resolução do mesmo. Ocorre aqui o efeito restitutório da resolução, o qual suscita numerosas dificuldades.

8.1 O que significa “restituição”?

Uma primeira dificuldade reside, desde logo, na dificuldade em definir o que seja “restituição”. Discute-se, com efeito, se existe um conceito unitário de restituição¹⁰³ e como é que esta se distingue da reparação do dano. Ao contrário de alguma doutrina francesa que sustenta que os dois conceitos são, na realidade, impossíveis de distinguir¹⁰⁴, afigura-se-nos que a restituição não visa a reparação de um dano, ainda que, como veremos, acabe por ter incidência sobre a grandeza do eventual dano a reparar¹⁰⁵, caso a resolução do contrato concorra com a reparação do dano. A doutrina que sustenta a autonomia e, inclusive, a unidade do conceito de restituição invoca a imagem do fluxo e refluxo¹⁰⁶ e sustenta que neste domínio da resolução do contrato se trata de ir a montante no contrato. Pessoalmente achamos particularmente sugestiva a imagem utilizada pelas Ordenações Filipinas a propósito da cláusula resolutiva: trata-se de “desfazer” o contrato. O objeto da restituição afere-se pelo conteúdo das prestações¹⁰⁷ – o qual, como alguns autores assinalam, acaba por variar consoante o tipo contratual.

Dito isto, importa reconhecer que a restituição suscita numerosas questões que têm recebido respostas muito díspares no direito comparado. Assim, deve a restituição ser objetiva isto é ser independente na sua implementação da boa

103. Para MARIE MALAURIE, *Les Restitutions en Droit Civil*, Éditions Cujas, Paris, 1991, p. 37, não há uma teoria da restituição, mas uma multidão de restituições. A restituição é uma técnica ao serviço de outras instituições: reflete o espírito destas. Assim se a restituição se insere na garantia edilícia ou na venda de coisa alheia o seu regime será mais favorável ao credor da restituição. De realçar que, para a autora, “as obrigações de restituir um bem, de reparar um dano ou de eliminar um enriquecimento injustificado têm todas por escopo restabelecer um equilíbrio que se rompeu [justiça comutativa]. Pertencem, por assim dizer, à mesma família, mas é necessário distingui-las” (ob. cit., p. 41).

104. FRÉDÉRIC ROUVIÈRE, *La distinction entre restitution et indemnisation*, Recueil Dalloz 2015, n.º 11, pp. 657 e ss., p. 660: “A distinção entre restituição e indemnização é concetualmente frágil. Com efeito a indemnização repara o dano emergente e o lucro cessante. Em que medida é que a restituição também não compensa uma tal perda? (...) A distinção entre restituir e indemnizar é inadaptada à realidade prática”.

105. CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, embora distinga restituição e reparação do dano e afirme que “uma distinção teórica entre restituições e responsabilidade permite suprimir as manifestações de confusão e repartir claramente as soluções de cada uma delas” (ob. cit., p. 439), reconhece que a restituição tem indiretamente um efeito reparador: “Ao compensar a perda da coisa, a sua degradação ou a impossibilidade de uma restituição in natura, a restituição em valor “seca a fonte” [“tarit la source”] de um eventual dano”. Trata-se de um efeito indireto, mas certo, da restauração do estado patrimonial que resulta da restituição integral da prestação efetuada.

106. PATRICK BOUATHONG, *Les aspects réels de la notion de restitution*, *Revue trimestrielle de droit civil* 2025, pp. 801 e ss., p. 804.

107. THOMAS GENICON, ob. cit., p. 672: “Cada parte deve restituir a exata prestação contratual que recebeu. Tal permite circunscrever a extensão do objeto da obrigação de restituição a cargo de cada um dos contraentes: o credor da obrigação de restituir não deve receber nem mais nem menos do que aquilo que prestou”.

ou da má-fé do obrigado a restituir? Devem as mesmas regras aplicar-se ao contraente fiel titular do direito à restituição e ao contraente incumpridor? Como veremos, o nosso Código Civil distingue claramente, para efeitos de frutos (e, na nossa opinião, a mesma regra deverá aplicar-se ao valor de uso^{108/109}) e benfeitorias, consoante o obrigado a restituir esteja de boa ou de má fé.

Em todo o caso, o facto de que a restituição na sequência da resolução do contrato se centra no conteúdo das prestações (e não tanto nas consequências da prestação no património do *accipiens*) tem sido uma das razões pelas quais se tende a autonomizar este regime do regime do enriquecimento sem causa – ainda que a distinção seja mais nítida no que sucede relativamente á repetição do indevido – ao que acresce que o enriquecimento sem causa (ou, melhor, a repetição do indevido) não foram concebidos em princípio para uma restituição “cruzada” ou “recíproca” de prestações.

O jogo das restituições só na aparência é simples. Uma questão delicada é, por exemplo, a de saber se por efeito da resolução do contrato e das restituições que dela podem resultar, o resolvente não poderá, no fim de contas, ficar em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido corretamente executado (recordamos, mais uma vez, que a restituição não tem como escopo propriamente a reparação de um dano).

A opinião largamente dominante é a de que “[a] resolução, enquanto remédio sinalagmático, não deve pôr em causa as consequências do não cumprimento por si não consumidas, nem tão-pouco atribuir ao resolvente uma posição melhor do que aquela que para ele resultaria do cumprimento”¹¹⁰.

108. O artigo 1704 do Code Civil do Québec prevê, em princípio, idêntico tratamento para os frutos, as despesas ou encargos necessários para os mesmos e o uso da coisa, e estabelece que se o obrigado à restituição está de boa fé pode fazer seus os frutos e rendimentos da coisa e nada deve pelo seu uso, embora com a ressalva das situações em que a coisa é suscetível de se deteriorar rapidamente ou em que o uso foi o objeto principal da prestação; ao invés, se estiver de má fé ou se tiver culpa na causa da restituição, terá que restituir os frutos e rendimentos da coisa e indemnizar a outra parte pelo uso que fez da coisa (“Celui qui a l’obligation de restituer fait siens les fruits et revenus produits par le bien qu’il rend et il supporte les frais qu’il a engagés pour les produire. Il ne doit aucune indemnité pour la jouissance du bien, à moins que cette jouissance n’ait été l’objet principal de la prestation ou que le bien était susceptible de se déprécier rapidement. Cependant, s’il est de mauvaise foi, ou si la cause de restitution est due à sa faute, il est tenu, après avoir compensés les frais, de rendre ces fruits et revenus et d’indemniser le créancier pour la jouissance qu’a pu lui procurer ce bien”).

109. FRÉDÉRIC ROUVIÈRE, L’évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, n.º 4, pp. 617 e ss., p. 622, afirma, na esteira de WINTGEN, que “de um ponto de vista económico os frutos e o gozo pessoal [o uso] representam o mesmo valor” e pergunta que diferença há, para efeitos de restituição, entre arrendar um prédio e receber as rendas ou habitar nele de modo a poupar ter que pagar renda?

110. DIOGO COSTA GONÇALVES/RUI SOARES PEREIRA, Retroatividade, Resolução e Sinalagma na Restituição, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro, *BFDUC, STVDIA IVRIDICA ad Honorem*, 9, organizado por Filipe Cassiano dos Santos, Paulo Mota Pinto, Mafalda Miranda Barbosa, Alexandre Libório Dias Pereira, Francisco M. Brito Pereira Coelho, Pedro Maia, vol. I (Direito Civil), Coimbra, 2023, pp. 453 e ss., p. 471. Cfr., também, p. 469.

Mas veja-se o seguinte exemplo, proposto por MATTEO DELLACASA, retirado, aliás, da jurisprudência norte-americana: A vende a B uma certa quantidade de farinha por 14.000. B faz um adiantamento sobre o preço de 5000. A farinha, entretanto, perde valor no mercado pelo que acaba por só valer 11.000. Apesar de ter feito um “bom negócio” A não consegue entregar a farinha. B pede a restituição do adiantamento. A objeta que só teria de restituir 2000 porque do negócio resultaria para B um prejuízo de 3000. No caso o tribunal não atendeu ao argumento e condenou A a restituir 5000. O comprador acaba, assim, por encontrar-se em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido executado¹¹¹. Mas talvez o melhor exemplo, seja o referido no PECL 9.308: A vende a B um Renoir por 200.000. Como B não paga o preço, A resolve o contrato. Entretanto o Renoir valorizou-se e vale agora mais de 250.000. Nem por isso B pode recusar-se a restituir a pintura e pretender entregar apenas 200.000¹¹². A restituição do quadro colocará B em melhor situação do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido executado e tivesse recebido o preço acordado¹¹³.

8.2 A prioridade da restituição *in natura*

A nossa lei parece atribuir prioridade à restituição *in natura*. Afigura-se que, ao contrário do que sucede, por exemplo, no direito israelita, o credor da restituição não poderá optar pela restituição do valor se e enquanto a restituição *in natura* for possível (não sendo de excluir que a restituição *in natura* possa ser acompanhada de uma restituição parcial em valor como sucederá se a coisa a restituir se tiver deteriorado ou tiver sido destruída parcialmente)¹¹⁴.

111. MATTEO DELLACASA, Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione, *Rivista di Diritto Civile* 2022, n.º 1, pp. 15 e ss., p. 21. Para o autor, “o interesse positivo, isto é, a situação que resultaria da atuação do intercâmbio, pode ser invocado pela parte fiel ao contrato, mas não por aquela cujo incumprimento determinou a resolução”.

112. “A has sold a Renoir painting to B for US \$ 200.000; the true value of the painting is over US \$ 250.000. When the picture is delivered to B, he does not pay for it. A is entitled to claim back the painting”.

113. Como MATTEO DELLACASA, *Risoluzione dei contratti svantaggiosi e restituzioni: un itinerario dentro, e fuori, i confini dell'interesse positivo, Europa e diritto privato* 2023, n.º 2, pp. 351 e ss., p. 354, destaca, a reparação do dano e a restituição das prestações têm lógicas distintas: O ressarcimento do dano, quantificado na medida do interesse positivo, procura colocar a parte que sofre o incumprimento na situação em que se teria encontrado se o contrato tivesse sido cumprido e “reproduz em termos pecuniários a fisionomia do sinalagma”: a dimensão da

indemnização é modelada atendendo ao valor da prestação, descontados os custos poupados pela não execução do contrato. As restituições, ao invés, são “orientadas por uma ótica retrospectiva, tendendo a colocar as partes na situação em que se encontravam antes da execução do contrato”. O autor acrescenta, ob. cit., p. 364, n.18, que também a doutrina francesa admite que a restituição das prestações pode colocar o contraente que resolve o contrato em melhor posição do que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

114. Assim também CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 492. A restituição *in natura* é a regra e a restituição em valor a exceção. Para a autora, a restituição em valor não deve poder ser imposta pelo juiz ou por uma das partes quando a restituição *in natura* for possível. Se o contrato de venda é resolvido, o comprador deve restituir a coisa que esteja ainda no seu património e não pode o vendedor exigir em vez da coisa o valor desta. Mesmo que a coisa se tenha deteriorado e o comprador seja responsável pela menos valia a coisa deve ser restituída e o comprador compensar a menos valia (para a autora há aqui uma combinação de uma restituição *in natura* parcial e de restituição em valor).

Admitimos, todavia, que excepcionalmente no caso concreto a exigência de restituição *in natura* possa ser abusiva. Pelo menos num caso concreto a jurisprudência francesa entendeu que era efetivamente abusiva a exigência de restituição em espécie. Trata-se da decisão do Tribunal de Paris de 28 de fevereiro de 1985 a propósito da exigência de restituição de cuvas, depósitos subterrâneos de combustível, por uma empresa petrolífera, na sequência da resolução de um contrato de distribuição, sendo que a contraparte propunha a entrega de cuvas novas idênticas ou do seu valor. O pedido de restituição *in natura* com tubagens e canalizações subterrâneas envolveria danos significativos, sem qualquer vantagem para o credor^{115/116}.

8.3 O artigo 432.º, n.º 2 do Código Civil.

Deverá recorrer-se à restituição em valor quando a restituição *in natura* não for possível ou logo à partida (o que sucederá em muitos contratos de prestação de serviços) ou quando se tornar impossível (a coisa objeto da prestação de dar foi destruída/consumida, alienada, objeto de acessão ou especificação). No caso de destruição ou deterioração parcial a restituição *in natura* pode combinar-se, segundo cremos, com a restituição em valor.

Mas antes de entrar em detalhe sobre os delicados problemas suscitados pela restituição em valor convirá aludir a um importante preceito da lei portuguesa – referimo-nos ao n.º 2 do artigo 432.º do Código Civil: “A parte, porém, que por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato”.

Afigura-se-nos que o preceito trata, em rigor, de duas questões: em primeiro lugar converte em certas hipóteses a possibilidade de restituição *in natura* em um pressuposto, uma condição necessária, para o exercício do direito de resolução. Mas, em segundo lugar, a norma resolve também a questão da distribuição do risco de perecimento ou deterioração casual da coisa. Deve o risco correr por conta do *solvens* ou do *accipiens*? Trata-se, como veremos, de um problema espinhoso e um dos mais controvertidos¹¹⁷.

115. O caso é citado por CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, ob. cit., p. 494. A autora, ob. cit., p. 493, defende que há dois casos em que a restituição por equivalente deve ser admitida: quando a restituição *in natura* é impossível; e quando a mesma é inútil, quer dizer sem qualquer interesse para o credor que a solicita.

116. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 125, embora reconheça expressamente que o escopo da restituição não é a reparação de um dano, afirma que “ainda que a resolução não se

integre no instituto da responsabilidade civil (...) tendo em conta a existência de pressupostos comuns, para determinar alguns aspectos de regime, pode recorrer-se, por analogia, às regras da responsabilidade civil”, o que permitiria invocar o artigo 566.º n.º 1. Como temos sérias dúvidas quanto à aplicação à restituição de regras respeitantes à reparação de um dano, preferimos a invocação do abuso de direito.

117. E a controvérsia perdura há séculos, o que leva GERHARD WAGNER, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in *Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2006, pp. 591 e ss., p. 608, a afirmar que nunca haverá um consenso nesta matéria.

Começando pela primeira questão, importa sublinhar que o Projeto Vaz Serra previa já na resolução legal a exclusão do direito de resolução quando a coisa tivesse perecido por ato culposo do *accipiens* ou mesmo por ato não culposo deste, embora salvaguardasse o direito de resolução no caso de a coisa perecer por caso fortuito¹¹⁸. No entanto e no segmento que agora nos interessa, a possibilidade de restituir a coisa *in natura* já era concebida como um pressuposto do direito de resolução pelo menos em certas hipóteses.

Sublinhe-se que tal solução era à época defendida pela doutrina italiana mais influente em matéria de resolução, designadamente LUIGI MOSCO¹¹⁹. Com efeito, embora em matéria de resolução o Código Civil italiano não previsse (como não prevê) solução similar, a mesma constava de um preceito sobre a venda de coisa defeituosa (artigo 1492, parágrafo 3.^o¹²⁰) que uma parte da doutrina italiana considerava ser um princípio geral aplicável também à resolução. E ainda que a solução consagrada no nosso Código Civil – a de transformar em certos casos a possibilidade de restituição *in natura* em pressuposto do direito de resolver o contrato – não corresponda à solução adotada nas legislações mais modernas, em que a impossibilidade de restituição em espécie dá lugar à restituição em valor e não afasta a possibilidade de resolução do contrato, não é de modo algum única.

A Convenção de Viena sobre compra e venda de coisas móveis, por exemplo, prevê no seu artigo 82 que o comprador perde o direito de resolver o contrato se lhe for impossível restituir os bens em estado substancialmente idêntico àquele em que os recebeu, mas tem uma série de exceções, designadamente quando a impossibilidade de restituir os bens não resulta de facto (ato ou omissão) do comprador, bem como o caso em que os bens tenham sido vendidos no normal desenvolvimento da atividade comercial ou transformados ou consumidos segundo o uso normal antes da descoberta da falta de conformidade que legitima a resolução. Na verdade, importa reconhecer que estas três exceções são tão importantes que já se afirmou que não são genuínas exceções, mas antes a regra¹²¹. Em todo

118. ADRIANO VAZ SERRA, Resolução do Contrato, Boletim do Ministério da Justiça 1957, n.º 68, pp. 153 e ss. Ver o artigo 5.º, n.º 5 do articulado proposto por VAZ SERRA, a que nos referiremos adiante.

119. LUIGI MOSCO, ob. cit., p. 267: A ação de resolução não pode ser admitida se o autor não está em condições de restituir a coisa recebida, porque a transformou, consumiu ou alienou.

120. Sobre o tema cfr. RICCARDO OMODEI-SALÉ, Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata, Risolubilità del contratto e obbligazioni restitutorie, Cedam, Padova, 2004, autor que, aliás, critica a solução de considerar que “a impossibilidade prática de aturar um efeito apenas reflexo da pronúncia de resolução que é a reposição do status quo ante possa incidir negativamente sobre o exercício do poder (primário) de pedir a resolução do contrato” (ob. cit., p. 13).

121. Assim, ANA SOLER PRESAS, La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fascículo IV, pp. 1227 e ss., p. 1237.

o caso, na hipótese de destruição da coisa por caso fortuito ou ato de terceiro o comprador que não a pode restituir está efetivamente impedido de resolver o contrato¹²².

Mesmo que esta solução tenha caído em “desgraça” na doutrina e legislações mais modernas, não falta quem, sem deixar de a condenar, afirme que a mesma tem, ao menos, uma vantagem em termos de simplicidade^{123/124}.

Todavia, importa reconhecer que, ainda que restituição “em valor” suscite questões muito delicadas, como sejam a identificação dos critérios a utilizar para aferir do valor e o momento a ter em conta, a verdade é que o artigo 432.º n.º 2 acaba por nem sequer dispensar sempre a resposta a tais questões: basta que a impossibilidade de restituir em espécie exista não da banda do titular do direito de resolução, mas da sua contraparte¹²⁵. Assim, se na compra e venda o vendedor pode sempre restituir o preço pelo que a impossibilidade de restituir a prestação recebida só se colocará do lado do comprador, o mesmo já não ocorrerá por exemplo num contrato de permuta.

Acresce que se o interpretarmos literalmente o artigo 432.º n.º 2 acaba por afastar a possibilidade de resolução por incumprimento em muitos contratos de

122. A interpretação da norma é delicada. Cfr., por exemplo, HANS G. LESER e RAINER HORNUNG, anotação ao artigo 82, in *Peter Schlechtriem*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3.ª ed., C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, p. 810, que sustentam que o caso fortuito corre por conta do vendedor.

123. ELENA BARGELLI, *Il Sinalagma Rovesciato*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 384-385: poder-se-ia defender que a solução de excluir a resolução quando não é possível restituir o que se recebeu seria mais simples e aceitável num sistema que permitisse em termos gerais a redução do preço (correspetivo) pago. A Autora acaba, no entanto, ob. cit., p. 385, por reconhecer que “a vantagem da maior simplicidade da solução é contrabalançada pela dificuldade em traçar a difícil linha de fronteira entre o perecimento verdadeiro e próprio e a deterioração grave”.

124. Por vezes a solução é defendida invocando-se a necessidade de impedir o enriquecimento de quem seria o titular do direito de resolução. Assim, para LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III (Transmissão e extinção das Obrigações, não cumprimento e garantias do crédito), 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 101, “[a] lei (...) exclui o direito de resolução nos casos em que não haja possibilidade de restituir o que se houver recebido (art. 432.º, n.º 2) uma vez que se assim não fosse, ocorreria um enriquecimento da parte que exerce a resolução. Efectivamente, dado que a impossibilidade extingue a sua obrigação de restituir, a parte que exercesse a resolução obteria a restituição da prestação realizada à outra parte sem ser onerada com qualquer contrapartida”. Mas se o escopo da lei é o de impedir tal enriquecimento

a solução legal afigura-se algo drástica, já que se poderia impor a restituição por equivalente a qual, em princípio – pese embora as dificuldades no cálculo do valor a restituir – impediria um tal enriquecimento injustificado.

125. ADRIANO VAZ SERRA, Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de novembro de 1972, RLJ ano 106.º, n.º 3511, pp. 351 e s., comenta um Acórdão que decidiu que “[t]em de se entender, com base no princípio que informa o n.º 2 do artigo 432.º do Código Civil, que não pode aproveitar-se da eficácia da declaração de resolução de um contrato o declaratório que, por facto não imputável ao declarante, não estiver em condições de restituir o que recebeu”. Mas como refere VAZ SERRA (ob. cit., p. 352), não é esse o sentido do artigo 432.º n.º 2: “Quem não está em condições de restituir o que recebeu é a outra parte, que, por a viatura e o atrelado terem sido vendidos forçadamente a terceiro, não está em condições de os restituir. Este facto não obsta a que a resolução tenha sido declarada pela vendedora e que esta tivesse feito uma eficaz declaração de resolução, que o artigo 432.º, n.º 2 não lhe proibia. Feita essa declaração, ficou desobrigada de cumprir o contrato e com direito à restituição dos objectos vendidos, e ficou a compradora desobrigada de pagar o preço e obrigada a restituir os objectos comprados (art. 433.º). Não podendo a compradora restituí-los, por haverem sido vendidos forçadamente a terceiros por dívidas da compradora, é esta obrigada a prestar o equivalente (arts. 433.º e 289.º, n.º 1). Donde resulta que a impossibilidade de restituição por parte da compradora não tem a consequência de não poder esta aproveitar-se da eficácia da resolução: a resolução, declarada pela vendedora, produz os seus efeitos e, entre eles, o de, se não puder a compradora fazer a restituição em espécie dos objetos comprados, ter de prestar o seu valor correspondente”.

prestação de serviços.

Neste sentido pronunciou-se em Itália uma sentença do Tribunal de Roma de 1 de julho de 2004 que decidiu que “na resolução de um contrato com prestações corresponsivas, quando a prestação de um profissional não pode ser objeto de restituição, o outro contraente não pode exigir a restituição do que pagou”¹²⁶. Tratou-se de um contrato de prestação de serviços dentários em que o cliente pagou à cabeça por uma prótese dentária (cerca de 20.000 euros), que deveria ser instalada ao longo de alguns anos. O tratamento revelou-se gravemente defeituoso, comprometendo a parte óssea da gengiva e inviabilizando mesmo a instalação de qualquer prótese no maxilar superior. O cliente resolveu o contrato. O tribunal reconheceu o direito a uma indemnização quer pelo dano biológico, quer pelas despesas sustentadas com um tratamento alternativo para atenuar as consequências danosas do tratamento defeituoso, tendo condenado médico que tinha efetuado a prestação defeituosa a pagar uma indemnização de 12532,00 euros, mas rejeitou que o resolvente tivesse direito a reaver o que pagara (20000,00 euros) fosse como restituição, fosse como ressarcimento de dano¹²⁷.

Ainda que muitos contratos de prestação de serviços sejam contratos de execução continuada em que a retroatividade em regra associada à resolução se coloca, como veremos, em termos diferentes, e haja frequentemente remédios alternativos à resolução (por exemplo, a revogação do mandato)¹²⁸ afigura-se que quem recebe um serviço realizado em condições “defeituosas”, sem observâncias da diligência devida, deve poder resolver o contrato.

Mas como já atrás dissemos uma outra questão a que o artigo 432.º n.º 2 acaba por dar uma resposta é a da distribuição do risco de perecimento da coisa transmitida, mormente quanto se discute da possibilidade de resolução de um contrato com eficácia real¹²⁹.

126. Sobre esta decisão cfr. ALBERTO M. BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, *Danno e Responsabilità* 2005, n.º 5, pp. 517 e ss., que, aliás, a critica incisivamente.

127. Compare-se esta decisão com a sentença do Tribunal de Chiavari de 18 de março de 2008 (*Danno e responsabilità* 2009, 195, com anotação de GUERRINI) em que declarada a resolução de um contrato por incumprimento do artista (que encurtou significativamente a duração da sua atuação no espetáculo) este foi condenado a restituir metade do pagamento que tinha recebido.

128. DAGMAR KAISER, *Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform*, *Juristenzeitung* 2001, n.º 21, pp. 1057 e ss., p. 1058, destaca que o domínio de atuação da resolução nos contratos de prestação de serviços é muito reduzido até porque se trata frequentemente de contratos duradouros

(*Gebrauchsüberlassungs- und Dienstverträge sind in der Regel Dauerschuldverhältnisse*) e em que é muito mais frequente recorrer-se à denúncia.

129. Como destaca ELENA BARGELLI, *ob. cit.*, p. 366, o problema da distribuição do risco coloca-se sobretudo nos contratos que têm por efeito a aquisição da propriedade bem pelo accipiens. Nos contratos com prestações corresponsivas em que a entrega do bem gera uma mera detenção, o perecimento da coisa causa uma impossibilidade superveniente (da obrigação de permitir o gozo, da obrigação de custódia e sempre da obrigação de restituição), mas o problema da distribuição do risco é resolvido pela aplicação das regras daquele tipo contratual e carece de autonomia na fase da restituição. Nos contratos com eficácia real que têm por objeto coisa certa e determinada a superveniente destruição do bem não extingue a relação contratual, mesmo quando tal destruição precede o momento da entrega da coisa ao adquirente que continua obrigado a pagar o respetivo preço.

É fácil de explicar que por exemplo a destruição da coisa vendida que ainda seja imputável ao vendedor – por exemplo, pelo defeito que a coisa apresentava ou por falta da informação necessária para a sua correta utilização – não deva prejudicar o direito de resolução do comprador que terá direito à restituição do preço que pagou, mesmo sem poder restituir a coisa e sem ter que restituir o valor desta. Mas o que deverá suceder se a coisa tiver perecido por caso fortuito? E se a coisa tiver perecido porque o comprador a consumiu, utilizou como matéria-prima na produção ou especificação ou acessão de outra?

Para BARGELLI¹³⁰ a distribuição das perdas derivadas da deterioração ou destruição do bem, sucessivamente à entrega e antes do pedido de resolução é “uma das questões mais complicadas de toda a matéria das restituições subsequentes à resolução (...) sobretudo para os acontecimentos que não são imputáveis a qualquer uma das partes; é particularmente difícil encontrar uma solução adequada sob todos os aspetos, visto a necessidade de fazer pesar a perda sobre um dos dois contraentes, igualmente sem culpa relativamente ao específico evento destrutivo”. Na verdade, boa parte da doutrina sublinha tratar-se de uma questão melindrosa^{131/132}.

Para um segmento da doutrina deve ser o vendedor a suportar a perda resultante do caso fortuito caso a venda venha a ser resolvida¹³³. Alguns invocam o argumento do princípio *res perit domino*, sublinhando que com a resolução e a retroatividade dos efeitos desta o vendedor nunca deixou de ser o proprietário e

130. BARGELLI, ob. cit., p. 365. Já EBERHARD GLAB, *Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1959, p. 28, observava: Uma coisa é certa: a coisa perdeu-se e uma das partes deve suportar a perda sem que tenha agido culposamente. Para quem quer que seja será sempre “injusto”: seja o comprador, seja o vendedor. As regras sobre a distribuição do risco não podem ser justas, tendo a lei que optar por decidir a favor de um deles [“Gefahrtragungsregeln können eben nicht “gerecht” sein; einen muß das Gesetz, das ja entscheiden muß, bevorzugen”]

131. Para DÖLLE/WEITNAUER (cit apud FLORIAN BARTELS, *Wert- und Schadensersatzansprüchen im Rücktrittsfolgenrecht*, AcP 2015, pp. 203 e ss., p. 219), caso nem o vendedor nem o comprador sejam responsáveis pela perda ou deterioração da coisa a decisão sobre quem suporta economicamente a perda resultante do acaso (“zufällige Wertminderung”) conduz a um dilema que seria “a questão mais espinhosa do direito dos contratos”.

132. GENICON, ob., cit. p. 689, considera que não há aqui uma solução que se imponha logicamente (“un point où aucune solution parfaitement logique en droit s’impose, et semble plutôt dépendre de considérations d’opportunité”) e que tudo depende da opção de política legislativa (ob. cit., p. 685: “[L]e choix ne semble pas dépendre d’autre chose que d’une décision de politique juridique”).

133. SUDABEH KAMANABROU, *Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung*, NJW 2001, pp. 30 e ss., p. 30: Quem não prestou de maneira correta (“ordnungsgemäss”) não deve poder confiar que a transferência do risco para a outra parte seja definitiva.

134. DAGMAR KAISER, ob. cit., p. 1060: com a resolução do contrato, o objeto da prestação já não pertence ao património do comprador, mas sim ao património do vendedor. PIETRO SIRENA, *La Risoluzione del Contratto come Sanzione dell’Inadempimento: Il Problema dei Rimedi Risarcitori e Restitutori*, *Annuario del Contratto* 2009, pp. 135 e ss., p. 145: Fazer incidir sobre o accipiens (o comprador) o risco de perecimento fortuito da coisa embora o comprador não seja o proprietário dada a ineficácia do contrato seria incompatível com o princípio *res perit domino*. GIUSEPPE AULETTA, ob. cit., p. 474: “o valor retroativo da resolução entre as partes refere-se, evidentemente, também a determinar quem suporta o risco do caso fortuito”. Entre nós cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento...*, cit., p. 379: “se a propriedade foi transmitida, o vendedor readquire a sua qualidade de proprietário, suportando, naturalmente, o risco da perda da coisa a restituir”.

deve suportar o risco de destruição fortuita da coisa¹³⁴. Em alguns ordenamentos como o alemão em que a resolução dá lugar não apenas à restituição da coisa, mas também de todas as utilidades (uso) e frutos (inclusive os que o obrigado à restituição poderia ter retirado da coisa), invoca-se igualmente que o risco deve ser suportado por quem pode fruir a coisa¹³⁵. Para FLORIAN BARTELS, por exemplo, em princípio é o comprador de uma coisa quem suporta o risco (e tem as vantagens) da sua utilização económica, mas já não é assim quando o comprador decide resolver o contrato. Com o desfazer do intercâmbio das prestações o vendedor deve ser colocado do ponto de vista económico como se ele pudesse ter continuado a usar a coisa ele próprio (como veremos, face ao nosso Código Civil que resolve de modo muito diferente a sorte dos frutos, este argumento perde boa parte da sua força).

A tese oposta começa por destacar o perigo de dar demasiada relevância a uma retroatividade¹³⁶ que em bom rigor não passa de uma ficção e que é apenas um instrumento ao serviço da resolução e dos efeitos desta (e, de resto, um instrumento que nem sequer é sempre necessário) e de pretender extrair dela consequências quanto à distribuição do risco. A retroatividade não apaga a existência efetiva do contrato e o facto de que na sua execução a coisa passou a estar na detenção e na esfera de risco de outrem que não o vendedor. Ora afigura-se

135. JÜRGEN KOHLER, *Das Rücktrittsrecht in der Reform*, *Juristenzeitung* 2001, pp. 325 e ss., p. 332: Uma ordem jurídica não pode coerentemente impor ao destinatário da prestação caso tenha que a restituir o dever de restituir as utilidades, incluindo aquelas que poderia ter retirado e ao mesmo tempo impor-lhe o risco conexo com a utilização do bem.

136. ANDREA NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, *Europa e diritto privato* 2012, n.º 3, pp. 783 e ss., p. 798, critica a aplicação mecânica da regra *res perit domino* que nasceu do direito justiniano numa época em que não vigorava o princípio consensualista. A retroatividade faria com que o vendedor fosse proprietário *ex tunc* e passaria a estar onerado com o risco de perecimento da coisa caso o comprador não tivesse pagado (supondo, entre nós, que o vendedor se tinha reservado a possibilidade de resolução por falta do pagamento do preço), pelo que o comprador nem teria que restituir o valor da coisa. Para NICOLUSSI, *ob. cit.*, p. 799, “[o] enunciado da retroatividade carece de ser integrado de lógicas materiais coerentes com o sistema jurídico em que tal enunciado se insere, porquanto de outro modo corre-se o risco de construir um mundo de qualificações jurídicas autorreferenciais e insensíveis relativamente aos acontecimentos reais e às suas implicações”.

137. Neste sentido, por exemplo, REINHARD ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract in*

German Law, *Restitution Law Review* 1997, pp. 13 e ss., p. 23: “The essential problem to be resolved is the one concerning risk. If the right to terminate is excluded in cases where the object of the sale has been accidentally destroyed, the risk is on the purchaser, for he cannot get back his money. It seems to me that this is indeed how it should be. The only firm anchor to which we can tie our solution appears to be the general risk rule in sale. It is based on sound and easily comprehensible policy reasons: after delivery, the object is in the purchaser’s sphere of influence and control, he has the advantage of being able to use the object and, as a corollary, also has to carry the risk. To that extent, the situation does not change as a result of termination of the contract: the object continues to be in the purchaser’s sphere and thus there is no reason why the risk should be allowed to jump back. Does it matter that the breach, on account of which the contract is terminated, was attributable to the vendor? The answer, it appears to me, should be in the negative, unless there is a causal connection between breach and destruction. Where a car is sold that turns out to consume 30% more petrol than normal, and which is therefore defective [OLG München, *NJW* 1987, 3012], and where this car is destroyed by a fire standing in the purchaser’s garage, there is no reason to shift the risk back to the vendor by allowing the purchaser to terminate the contract”. Do mesmo autor *cfr.*, ainda, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, *Saggi, Conferenze e Seminari* 48, Roma, 2002, p. 41. No mesmo sentido *cfr.*, também, por todos, LESER, *ob. cit.*, pp. 121, 192, 204 e SONJA MEIER, *Die*

que o comprador é a pessoa que esteve em melhores condições para guardar a coisa e, inclusive, segurá-la^{137/138}.

A evolução legislativa alemã espelha bem o confronto entre estas duas teses e dá-nos também o ensejo de apreciar, ainda que perfunctoriamente, as alterações introduzidas pela Reforma de 2002 do Direito das Obrigações nesta matéria¹³⁹, o que poderá ter interesse até porque alguma doutrina portuguesa parece tomar a nova legislação alemã como modelo. A versão original do BGB quanto à resolução legal – um segmento do BGB que, de resto, alguma doutrina germânica já destacava não ser propriamente o mais bem sucedido – além de outros traços que foram afastados pela Reforma, como a incompatibilidade entre a resolução e um pedido de indemnização pelo resolvente¹⁴⁰ e o afastamento do exercício do direito de resolução quando a restituição *in natura* não fosse possível pelo perecimento da coisa por razões imputáveis a quem pretendesse exercer tal direito, previa que o perecimento da coisa por razões não imputáveis a nenhum dos contraentes, mormente por caso fortuito, não afastava a resolução sendo que o resolvente não era obrigado a restituir o valor¹⁴¹. Em suma, numa compra e venda que fosse resolvida a destruição por caso fortuito onerava o vendedor.

Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen, *RabelsZ* 80 (2016), pp. 851 e ss., p. 879.

138. Cfr., igualmente, PHILLIP HELLWEGE, Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, *Juristenzeitung* 2005, pp. 337 e ss., p. 342. O autor identifica três modelos: o risco pode ser atribuído a quem recebe a prestação [Saldotheorie]; em alternativa, o risco pode correr por conta do autor da prestação [Zweikondiktionenlehre]; e um terceiro modelo, que é o inglês que no caso de frustration reparte as consequências entre as partes. Para HELLWEGE cada uma das partes deve assumir o risco da prestação que recebeu (“Die Grundsätze vom Gleichlauf von Herrschaft und Risiko und von Versicherbarkeit und Risiko sprechen für das erste materielle Grundmodell”) e isto tendencialmente sem exceção (“Der jeweilige Empfänger sollte grundsätzlich immer die Zufallsgefahr für das Empfangene tragen”).

139. Sobre o tema cfr. ADOLFO DI MAJO, Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell’inadempimento colpevole, *Europa e diritto privato*, pp. 13 e ss. Sublinhe-se que para este autor (ob. cit., p. 19) “o que permanece ambíguo e confuso no modelo alemão é, precisamente, a relação entre o facto resolutivo (o exercício da resolução) e o regime das restituições”.

140. Como destaca LENA FOLJANTY, *Methodenvirtuosen im Wertungsdickicht: Das neue Rücktritts- und Rücktrittsfolgenrecht und seine dogmatische Überformung*, in: 20 Jahre Neues Schuldrecht, Bericht, Bilanz, Bibliographie, dir. por Joachim Rückert, Lena Foljanty, Thomas Pierson e Ralf Seinecke, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023, pp. 139 e ss., pp. 142-143, a resolução era uma figura marginal no anterior direito (“Schattendasein”), dependendo da existência de culpa do devedor e excluindo a indemnização, ao ponto que se um advogado escolhesse esta opção de resolver o contrato podia ter de responder face ao cliente (NJW 1995, 449). O novo direito da perturbação das prestações (“Leistungsstörungenrecht”) aumentou as possibilidades de escolha por parte do credor relativamente às possíveis consequências jurídicas e tendencialmente reforçou os direitos do credor, o qual pode agora simultaneamente optar pela resolução do contrato e por uma indemnização, ao passo que o antigo § 326 BGB não permitia este cúmulo (agora consentido pelo § 325 BGB).

141. O § 351 BGB na versão original excluía o direito de resolução quando a parte fosse responsável pelo perecimento ou deterioração sensível da coisa antes da declaração de resolução. Ao invés, se o perecimento ou deterioração se devessem a caso fortuito a resolução era possível e o resolvente por não ter culpa não tinha que pagar qualquer indemnização e podia exigir a restituição da sua própria prestação na totalidade. Esta distinção desapareceu e agora há uma solução unitária: caso não seja possível a restituição *in natura* deverá, de acordo com o § 346 Abs. 2 BGB proceder-se à restituição em valor. Uma exceção existe apenas nos casos previstos no § 346 Abs. 3.

A Reforma de 2002 alterou – ou, melhor, parece ter alterado, mas a norma é sujeita a interpretações muito díspares¹⁴² – o ponto de partida: agora o obrigado à restituição permanece obrigado a restituir o valor da coisa se esta tiver perecido por caso fortuito. No entanto o novo § 346 BGB, norma altamente complexa, prevê, desde logo, que o devedor não terá que restituir (em valor) se provar que o bem teria igualmente perecido ou ter-se-ia igualmente deteriorado se estivesse na detenção do credor da restituição – o carro guardado na garagem foi destruído por um terramoto, mas o terramoto destruiu igualmente a garagem vizinha do outro contraente. Mas a lei alemã vai mais longe¹⁴³ e trata diferentemente a parte titular do direito à resolução e a sua contraparte. O § 346 (3) 3 do BGB estabelece que o contraente que tem direito à resolução não responde pelas deteriorações ou pela perda da coisa se cuidou dela com a diligência que habitualmente utiliza nos seus próprios negócios (ao cuidar das suas próprias coisas)¹⁴⁴. Não responde assim pela perda ou deteriorações, nem mesmo quando teve um comportamento pouco cuidadoso – poderá dizer-se negligente? – desde que seja o seu comportamento habitual¹⁴⁵. Esta exceção ou “privilégio” tem suscitado intensa polémica: por um lado, pode perguntar-se se o risco de perecimento fortuito da coisa não corre afinal pelo outro contraente; depois há quem considere a solução injusta até por só beneficiar o titular do direito de resolução¹⁴⁶. Alguns propõem uma interpretação teleológica, uma redução teleológica do § 346 Abs. 3 S. 1 do

142. Para HERBERT ROTH, Rücktrittsrecht und Leistungskondition, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Verlag C.H.Beck, München, 2007, vol. I, pp. 1131 e ss., pp. 1146-1147, a regra essencial para a distribuição do risco na resolução começa por ser o § 346 II 1 Nr. 3 BGB. De acordo com tal regra, e tomando como exemplo uma compra e venda, é, em princípio, o comprador quem assume o risco de destruição fortuita do bem e tem também de restituir o valor do bem no caso da destruição lhe ser imputável. Mas há uma inversão da distribuição do risco no caso do § 346 III 1 Nr. 3 BGB: passa a ser o vendedor a suportar o risco da destruição fortuita da coisa e até da sua destruição que ocorra apesar de o comprador ter usado com a mesma da diligência habitual nele, desde que tenha sido o vendedor pela violação dos seus deveres (mormente na venda de coisa defeituosa) o responsável pela resolução. Em sentido próximo cfr. GERHARD WAGNER, Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?, in Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, pp. 591 e ss., p. 602, para quem pode parecer que o risco de perecimento ou destruição fortuita da coisa corre por quem a recebeu e detém, mas essa é só “uma meia verdade” (“Dies ist allerdings nur die halbe Wahrheit”) por força do § 346 III.

143. Tal como, por exemplo, o Code Civil do Québec.

144. ARND ARNOLD, Das neue Recht der Rücktrittsfolgen, JURA 2002, pp. 154e ss., pp. 155-156, considera que na prática o titular do direito de resolução na resolução legal responde pela restituição de valor de maneira muito limitada e não suporta verdadeiramente o risco do perecimento fortuito do bem porque lhe basta para não responder usar da diligência normal que usa em relação às suas próprias coisas.

145. Para SUDABEH KAMANABROU, ob. cit., p. 31, o legislador alemão não teve em mira proteger quem não tem conhecimento do seu direito de resolução do contrato, mas antes sancionar a conduta violadora do contrato ao atribuir o risco de perecimento da coisa ao autor dessa conduta, desde que o destinatário da coisa e titular do direito de resolução tenha usado a sua diligência habitual

146. ARND ARNOLD, ob. cit., p. 159, a restrição do privilégio ao titular do direito de resolução é errada até porque a resolução pode ter lugar em situações em que não há culpa, em que a resolução não é resultante do incumprimento culposo de qualquer um dos contraentes.

BGB¹⁴⁷. Outros propuseram pura e simplesmente que a norma do § 346. Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB fosse eliminada pelo legislador¹⁴⁸. Sem ir tão longe muitos entendem que desde que tenha conhecimento da causa de resolução, aquele que veio a resolver o contrato deve responder não apenas pela diligência habitual, mas sempre que tenha sido negligente¹⁴⁹.

Importará, desde logo, sublinhar que se o direito alemão anterior à Reforma era pouco feliz e até porventura pouco coerente¹⁵⁰, enquanto solução de compromisso, a Reforma em matéria do direito de resolução tem-se revelado igualmente controversa, não faltando quem afirme que persistem os mesmos problemas, chegando a dizer-se que questões interpretativas que se colocavam face ao velho direito continuam a marcar a discussão sobre o novo¹⁵¹ e que duas décadas após a reforma “persistem as mesmas discussões que eram virulentas no antigo direito”¹⁵². Aliás também autores de outras nacionalidades criticam as soluções da Reforma, ao ponto de uma autora espanhola afirmar que valia a pena descrevê-las em detalhe para procurar evitar qualquer tentação do legislador espanhol de as copiar¹⁵³...

Verifica-se, todavia, em alguma doutrina portuguesa um esforço por fazer uma interpretação restritiva do artigo 432.º n.º 2 ou, em todo o caso, introduzir diferenciações que não encontram arrimo na sua letra, por vezes com o propósito de aproximar as soluções da nossa lei das encontradas pela Reforma alemã.

147. Para MARTIN SCHWAB, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n.F.*, Juristische Schulung 2002, pp. 630 e ss., p. 635, desde que o devedor da restituição conheça o fundamento da resolução deve passar a responder pelo risco de perecimento fortuito da coisa.

148. HEINRICH HONSELL, *Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB*, Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, pp. 363 e ss., pp. 366-367: Como o autor menciona há quem sustente que no caso de venda de coisa defeituosa por exemplo é adequado que seja o vendedor a suportar o risco porque não cumpriu os seus deveres contratuais e não pode confiar que o risco tenha sido transmitido de maneira definitiva. Mas para HONSELL a questão não é uma questão de confiança. Mesmo que o vendedor não tenha cumprido os seus deveres contratuais não deve suportar o risco da destruição casual do bem que se encontra na esfera do comprador quando o cumprimento defeituoso não foi causal. Para o autor é uma questão de causalidade. Além disso haveria uma conduta abusiva por parte do comprador que pretende a restituição do preço que pagou na totalidade embora não esteja em condições de restituir a coisa que pereceu quando estava na sua detenção.

149. Cfr., contudo, STEPHAN LORENZ, *Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach*, NJW 2005, pp. 1889e ss., p. 1893, contra qualquer redução releológica do § 346 III Nr. 3.

150. Para SCHMIDLIN, ob. cit., p. 837, a incerteza que surge nos trabalhos preparatórios em toda a discussão dogmática sobre a resolução do contrato resulta da amálgama entre regime contratual, *condictio indebiti* e *rei vindicatio*.

151. BARTELS, ob. cit., p. 205.

152. LENA FOLJANTY, ob. cit., p. 153.

153. ANA SOLER PRESAS, ob. cit., pp. 1244-1245: “Se me detive tanto na exposição do sistema alemão e da sua crítica é para tratar de evitar que incorramos no erro de o imitar”

Da letra do preceito resulta que este distingue apenas entre “as circunstâncias não imputáveis ao outro contraente”, por um lado, e aquelas que, ao invés, sejam imputáveis a este último. Nas “circunstâncias não imputáveis ao outro contraente” cabem tanto as imputáveis ao próprio (à parte que pretenderia resolver o contrato), como circunstâncias não imputáveis a qualquer um dos contraentes (caso fortuito, atuação de terceiros). Sublinhe-se que, além da letra do preceito, há aqui também que atender à sua história – o n.º 2 do artigo 432.º afasta-se inequivocamente do projeto de VAZ SERRA para a resolução legal, o qual na hipótese de resolução por incumprimento dispunha que o direito de resolução subsistia mesmo que o resolvente não pudesse por caso fortuito restituir a coisa¹⁵⁴.

Em sentido oposto NUNO PINTO OLIVEIRA defendeu que o artigo 432.º n.º 2 carece de uma interpretação “duplamente restritiva”: em primeiro lugar aplica-se sem mais à resolução convencional, mas deverá aplicar-se com restrições à resolução legal. O autor nega que a impossibilidade objetiva, definitiva e total de restituição não imputável a nenhum dos sujeitos da relação obrigacional seja um facto impeditivo do direito potestativo de resolução e afirma que “[o]s resultados da tese interpretativa exposta são confirmados por um argumento sistemático retirado do artigo 4.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 67/2003 de 8 de abril sobre o contrato de compra e venda de bens de consumo: “Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos, mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador”. Sublinhe-se que o Autor invoca também o sentido da reforma alemã.

Com todo o respeito, face à letra do preceito e ao elemento histórico não concordamos. Acresce que a norma da Lei de Defesa do Consumidor é uma norma de um direito especial que visa proteger uma parte normalmente mais fraca na relação jurídica de consumo e não pode pretender-se proceder com ela a uma “correção” do artigo 432.º n.º 2.

154. VAZ SERRA, ob. cit., pp. 246-247: “Afigura-se (...) de excluir a resolução quando o objecto recebido pelo titular do direito de resolução perece ou se deteriora por causa não imputável a este, salvo se outra coisa se concluir da interpretação da cláusula de resolução. Quanto ao direito legal de resolução, já a conclusão pode ser diferente. Então, o direito de resolução é reconhecido pela lei em virtude do não-cumprimento imputável à outra parte, e não parece razoável que ele seja excluído pelo facto de o seu titular não poder, por caso fortuito, restituir o que recebeu. Por exemplo, A compra certo objecto a B e este não cumpre

uma obrigação que assumira, de tal maneira que A tem o direito de resolução; A não pode restituir o objecto porque ele pereceu por caso fortuito; mas parece dever poder, não obstante, exigir a restituição do preço, visto que o contrato perdeu a sua razão de ser em virtude do não cumprimento de B”. Em conformidade dispunha o artigo 5.º, n.º 5 do articulado proposto por VAZ SERRA: “Se o objecto recebido perecer ou se deteriorar por causa não imputável ao titular do direito de resolução, exclui-se este direito, salvo se outra coisa se concluir da interpretação da cláusula de resolução. Quando o direito de resolução se fundar no não-cumprimento imputável à outra parte, não é ele excluído pelo facto de o seu titular não poder, por aquela causa, restituir o que recebeu”.

Também CATARINA MONTEIRO PIRES, depois de afirmar que a própria existência de um preceito como o artigo 432.º n.º 2 do Código Civil “contrasta com as tendências recentes do Direito Europeu das Obrigações”¹⁵⁵ e pese embora reconheça que “a comparação entre o sistema português e o sistema germânico conhece algumas limitações”¹⁵⁶, sustenta que “no nosso entendimento, a citada norma do nosso Código, ao aludir a circunstâncias não imputáveis ao outro contraente”, não afasta o problema, mas apenas deixa na sombra o critério que permite discernir as condutas imputáveis à parte resolvente, suscetíveis de bloquear o direito de resolução. Aliás, os espaços *vazios* que caracterizam a disposição do artigo 432.º, n.º 2, fazem com que esta norma seja, do ponto de vista puramente literal, compatível com qualquer das situações materiais defendidas na Alemanha a propósito do critério do § 351”. A mesma Autora conclui que “[p]arece-nos que a densificação dos casos de impossibilidade imputável à parte resolvente deve partir de uma distinção ética. Com efeito, entendemos que a parte adimplente que recebeu determinado bem na sua esfera jurídica ao abrigo do contrato e ignora a existência de um fundamento de resolução por incumprimento (porque este não existe ou porque o desconhece sem culpa) não está obrigada a quaisquer deveres de restituição perante a contraparte, podendo dispor do bem como qualquer outro que integra o seu património (cfr. artigo 1305.º). Pode, designadamente, criar perigos quanto à conservação desse objeto, durante a sua utilização, tal como pode onerá-lo ou transmiti-lo a um terceiro. cremos, ainda, que será difícil considerar que, nestas condições, uma conduta do *accipiens* de boa fé, traduzida na perda ou deterioração significativa do bem possa vir a ser valorada como contraditória em relação à sua decisão de resolver o contrato, com base no incumprimento da contraparte”¹⁵⁷.

Com todo o respeito, discordamos, desde logo, da premissa: face ao nosso preceito legal o que importa “densificar” é quais são as “circunstâncias não imputáveis ao outro contraente”, sendo que estas, como já mencionámos, não se contrapõem apenas às circunstâncias imputáveis a quem pretende exercer o direito de resolução, mas também ao caso fortuito. Mesmo que as “considerações éticas” referidas sejam exatas – sublinhe-se que a Autora parte da hipótese de a resolução do contrato se fundar no incumprimento do credor da restituição, e não, por exemplo, na resolução de uma compra e venda por falta do pagamento

155. CATARINA MONTEIRO PIRES, Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie, O Direito 2012, ano 144.º, vol. III, pp. 653 e ss., p. 653.

156. Aut. e ob. cit., p. 655.

157. Aut. e ob. cit., pp. 662-663.

do preço – o nosso legislador parece ter optado por uma solução que, porventura por razões de simplicidade, não é sensível às mesmas. E a discussão alemã mostra como tais considerações éticas são delicadas: concordamos inteiramente que cada um é livre, fora dos casos de abuso de direito, de fazer o que quiser com as coisas que integram o seu património e de, inclusive, as expor a perigos. Mas poderá pretender transferir para a contraparte através da resolução do contrato o prejuízo que sofra em função dessas decisões?¹⁵⁸

8.4 A restituição em valor

O artigo 433.º n.º 1 prevê que “[n]a falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico com ressalva do disposto nos artigos seguintes”¹⁵⁹. É, assim, aplicável à resolução o disposto no artigo 289.º n.º 1 que prevê que deve “ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”. E casos há em que haverá que proceder à restituição em valor. Assim, se a coisa transmitida tiver sido, por exemplo, destruída, furtada, consumida, alienada – mas já não, porventura, danificada.

A restituição em valor – que não é, parece-nos, uma indemnização¹⁶⁰ – suscita, como já referimos, questões muito delicadas. Como se afere o valor da prestação que tem de ser restituída? Atende-se ao valor de mercado ou, antes, primor-

158. JÜRGEN KOHLER, *Das Rücktrittsrecht in der Reform...*, cit., p. 334: Quem recebe de boa fé uma certa coisa deve poder encará-la e tratá-la como própria e comportar-se de acordo com os seus padrões de diligência usuais. Mas a questão que se suscita não é a de saber se esse comportamento é justificado, mas sim determinar se os custos de um comportamento que não respeite a diligência normal no tráfego podem através do mecanismo da restituição ser impostos à outra parte. Cfr., igualmente, GERHARD WAGNER, *Mortuus Redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in *Festschrift für U. Huber zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2006, pp. 591 e ss., p. 609: não se compreende porque é que o vendedor há-de ter de suportar o risco de o comprador ser uma pessoa pouco cuidadosa, inclusive com os seus próprios bens.

159. A norma tem sido criticada pela doutrina porquanto, para além da opção de fundo de equiparar, em parte (“com a ressalva do disposto nos artigos seguintes”) a resolução a casos de invalidade, a equiparação deveria ser feita à anulação (e não à anulabilidade) – cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011, n. 1210, p.884: “O texto do art. 433.º carece de rigor. O legislador diz que “a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico”; deveria dizer, em termos mais rigorosos que a resolução (só) é equiparada, quanto aos

seus efeitos, à anulação do negócio jurídico”. Também ANA PRATA, *Anotação ao artigo 433.º*, in *Código Civil Anotado*, coord. por ANA PRATA, Almedina/Cedis, 2019, p. 591, que fala de “um lapso manifesto”.

160. Afigura-se-nos que, já em razão da sua letra, o artigo 1269.º do Código Civil não se aplica à obrigação de restituição, a qual não se deve confundir com a responsabilidade civil. Mas mesmo quem não dá a mesma importância ao elemento literal como sucede com CATARINA MONTEIRO PIRES, *A prestação restitutória...*, cit., pp. 707 e ss., defende uma interpretação restritiva das normas dos artigos 433.º e 289.º n.º 3 no sentido de excluir a aplicação do artigo 1269.º à resolução do contrato fundada no incumprimento.

161. Sobre esta questão, cfr., entre nós, CATARINA MONTEIRO PIRES, *A prestação restitutória...*, cit., pp. 707 e ss. A autora defende, em princípio, que “estando contratualmente fixado o valor da contraprestação, deverá este constituir o ponto de referência do cálculo do valor da prestação restitutória, na medida em que o mesmo continue a refletir a equivalência subjetiva entre prestações convencionada pelas partes” (ob. cit., p. 709). Mas reconhece que se deve “procurar manter esta bitola até onde for possível” (ob. cit., p. 710).

dialmente ao preço acordado pelas partes (num contrato de compra e venda)?¹⁶¹

E qual o momento em que se avalia o valor da prestação que já não é possível restituir em espécie? O momento em que o contrato, depois resolvido, foi celebrado¹⁶²? O momento em que a prestação foi realizada¹⁶³? O momento em que a restituição em espécie se tornou impossível? Ou, ainda, o momento em que se realiza a restituição?¹⁶⁴ E deverá haver respostas diferentes para a prestação que consistiu na transmissão da propriedade de uma coisa, por exemplo, e para a prestação de um serviço como faz agora desde 2016 o Código Civil francês?

A tese “caída em desgraça” de que a resolução era uma causa de extinção do contrato conduzia à, ou pelo menos facilitava a, conclusão de que não haveria que atender ao acordo das partes, mormente ao preço numa compra e venda, e nesse sentido se pronunciaram MOSCO¹⁶⁵ e, entre nós, VAZ SERRA¹⁶⁶, em termos cautelosos.

Já a tese segundo a qual o contrato sobrevive à resolução, abrindo-se uma fase de liquidação que é, ela própria, contratual (e não um efeito legal da resolução) parece atribuir um papel proeminente ao equilíbrio contratual encontrado

162. Neste sentido, aparentemente, MARCO ROSSETTI, *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 265: “Para cálculo do valor a restituir deverá atender-se ao valor venal da res na época da contratação, mesmo que se tenha reduzido, entretanto. Se T vende a C uma viatura com o valor de 30.000 no momento da conclusão do contrato e o contrato é resolvido por incumprimento do comprador depois de a viatura ter sido furtada por terceiros, C terá que restituir 30.000, de nada relevando que no intervalo a viatura se tenha depreciado e por vetustez só valha 20.000”.

163. Assim HANS G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag...*, cit., p. 169: O momento decisivo para determinar o valor da prestação, no caso de restituição em valor é o momento em que a prestação foi realizada, não o momento em que se exerce a pretensão de restituição.

164. Ou uma combinação de todos. O artigo 1701 do Code Civil do Québec prevê que a restituição se fará pelo menor dos valores entre a estimação no dia da receção do bem, no dia da sua perda ou alienação e no dia da restituição, salvo o caso de má fé em que se tratará do valor mais elevado.

165. Para LUIGI MOSCO, ob. cit., pp. 274-275, as obrigações de restituição decorrentes da resolução não são obrigações contratuais propriamente ditas e não há que atender à correspetividade que existia entre as prestações objeto do contrato sinalagmático. Para o autor tais obrigações de restituição não derivam direta ou indiretamente da vontade contratual, mas são antes efeitos que a lei faz decorrer da resolução.

166. VAZ SERRA, ob. cit., p. 220: “A fim de restabelecer, na medida do possível, a situação anterior, deve a parte, que assim tirou vantagem de serviços ou objectos, pagar à outra o valor corrente dos serviços ou da utilização ao tempo em que foram prestados aqueles ou feita esta; do mesmo modo deve pagar à outra o valor de quaisquer outras prestações que, por sua natureza, não possam ser restituídas. Como resolvido o contrato, se não aplicam as regras deste, a retribuição dos serviços, da utilização ou das prestações deve fazer-se pelo valor corrente ou comum. O § 346 do Código alemão [na versão anterior à reforma] dispõe que no caso de se ter estipulado uma contraprestação em dinheiro, se atende a ela. Mas, visto o contrato ser resolvido, talvez seja preferível não atender à contraprestação estipulada, a qual pode ter sido estipulada em consideração da subsistência do contrato. Só se atenderia a ela quando fosse de admitir que as partes a estipularam para valer mesmo independentemente da manutenção do contrato ou a teriam estipulado também se tivessem previsto a resolução deste” (cfr. também o artigo 2.º n.º 2 do articulado, p. 281).

167. Cfr., por todos, LUCA GUERRINI, *Le Restituzioni Contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 116: a restituição da prestação, quando não for possível a restituição em espécie “deve ser restituída por equivalente ao preço contratual, ressalvada a hipótese de redução de tal importância em consequência da incidência de um eventual vício”. Só assim se teria na devida conta que a resolução por incumprimento constitui uma manifestação do sinalagma, devendo salvaguardar-se o equilíbrio do contrato (p. 115). LUCA GUERRINI, *Risoluzione del contratto di vendita e restituzioni*: la Cassazione dice addio all’indebito e sdogana la lettura organica degli art. 1453, 1458, 1492 e 1493 c.c., *Il Foro Italiano* 2021, Parte I, pp. 1807 e ss. P. 1810: deve atender-se ao valor acordado pelas partes. Cfr., também, MATTEO DELLACASA, *Breve indagine sull’azione per la restituzione del*

pelas partes e, portanto, ao preço por elas acordado¹⁶⁷ e é nesse sentido que se orienta por exemplo a Reforma alemã¹⁶⁸.

Note-se, todavia, que mesmo autores que aderem à construção de STOLL de que a resolução não extingue o contrato, nem sempre defendem que o preço contratual seja determinante na aferição do valor da prestação cuja restituição em espécie se tornou impossível. Assim LESER¹⁶⁹ considera que para a determinação do valor a restituir se deve partir da consideração do preço contratualmente acordado, existindo uma presunção de que a valoração realizada no contrato é a correta. Mas para LESER tal presunção é ilidível e deve consentir-se a prova de que o valor comum (“gemeine Wert”) é inferior ao preço contratual e nesse caso deve prevalecer o valor “objetivo” e não o preço acordado. O autor afirma expressamente que há limites à noção da sobrevivência do contrato.

Não falta também doutrina que partindo do preço acordado pelas partes, conclua que a restituição do valor, na hipótese de a restituição em espécie não for possível, poderá ter que atender ao valor de mercado quando superior ao preço e sobretudo se “realizado” tal valor pela parte obrigada à restituição. Neste sentido pronuncia-se, por exemplo, DELLACASA que afirma expressamente que se a

prezzo, ovvero sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione, *Rivista di Diritto Civile* 2022, n.º 1, pp. 15 e ss., pp. 18-19.

167. Na Alemanha quando a prestação recebida pela parte fiel não pode ser restituída in natura, o seu equivalente pecuniário é determinado com base no preço contratual (§ 346(2) BGB; ver também art. III-3:512(2) DCFR). Para ARND ARNOLD, ob. cit., p. 157, o BGB manda atender no § 346 Abs. 2, S2 ao valor da contraprestação para a fixação da restituição em valor, mas a norma deve ser interpretada com cuidado: no caso da coisa objeto da prestação ter sido destruída deve restituir-se o valor aferido pela contraprestação quando a coisa correspondia ao acordado no contrato. A resolução careceria de interesse prático ou económico para o resolvente se tivesse de restituir um valor equivalente ao preço quando, por exemplo a coisa fosse defeituosa (deve ser possível aqui um remédio equivalente à redução do preço). Uma crítica de iure condendo pode encontrar-se em DAGMAR KAISER, Anotação ao § 346 BGB, números de margem 108 e 109, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 346-361 (Rücktritt und Widerruf), Neubearbeitung 2012, Sellier, de Gruyter, Berlin, 2012, p. 115: atender ao preço acordado no contrato equivale a uma solução similar à do cumprimento do contrato, quando este foi resolvido. Uma tal solução entra em conflito com o escopo da restituição subsequente à resolução que seria a de colocar as partes na situação em que estariam sem o intercâmbio de prestações (“Das hält ihn entgegen der Zielrichtung des Rücktritts, den ohne Leistungsaustausch

bestehenden Zustand wiederherzustellen, am Vertrag fest”) e seria particularmente inadequada por exemplo, na resolução da venda de uma coisa defeituosa (n.º de margem 109). Uma reflexão à parte que não poderemos fazer neste estudo diz respeito à entrega não de uma coisa defeituosa, mas de um verdadeiro aliud, sendo certo que nesse caso não pareça que se deva, de todo, atender ao preço acordado.

168. Aut. e ob. cit., p. 170. Como refere, de outro modo surgiria uma vinculação inadequada ao contrato original e às perspectivas de lucro nele previstas que pode não se justificar à luz do escopo restrito da relação de liquidação (“Andernfalls könnte eine unangemessene Bindung an den ursprünglichen Vertrag und die in ihm fixierten Gewinnaussichten eintreten, die sich mit dem beschränkten Abwicklungsziel nicht verträgt, Hier hat die Fortwirkung des Vertrages eine Grenze”).

169. MATTEO DELLACASA, *Risoluzione dei contratti svantaggiosi e restituzioni: un itinerario dentro, e fuori, i confini dell’interesse positivo*, *Europa e diritto privato* 2023, n.º 2, pp. 351 e ss., p. 380. O autor embora comece pelo princípio de que o equivalente pecuniário da prestação executada será determinado com base no valor que as partes lhe atribuíram em sede de fixação do correspondente contratual, defende, no entanto, que se o valor de mercado do bem tiver subido, superando o preço contratual, e se o bem tiver sido alienado pelo comprador que incumpriu o contrato por um correspondente em conformidade com o seu valor de mercado, então, “é de considerar que o vendedor possa obter a restituição de uma soma correspondente o valor de mercado do bem [e superior ao preço acordado entre o resolvente e o comprador infiel]”.

restituição em valor tivesse sempre o seu limite no preço contratual, o comprador incumpridor teria um incentivo para subtrair o bem à pretensão restitutória (por exemplo, alienando-o), para lucrar com a diferença entre o novo valor e o preço acordado^{170/171/172}.

A questão é igualmente muito delicada quando se trata de avaliar um serviço, designadamente um serviço mal executado ou incompleto¹⁷³. Recordando um famoso exemplo alemão – o da lesma na salada¹⁷⁴ – qual é o valor de meia refeição? Ou de meio concerto? Ou o valor de um mau conselho?

E daí que segundo informa GENICON¹⁷⁵, em França quando a resolução respeita a um contrato em que o contraente incumpridor tinha uma obrigação de fazer ocorre frequentemente que os tribunais em vez de condenar na restituição do valor dessa prestação (parcialmente ou defeituosamente) executada, recusam-se a avaliar esse serviço e condenam o prestador de serviços a restituir a totalidade do preço recebido. A prestação de serviço pode revelar-se, na verdade, tão defeituosa que não constitui uma qualquer vantagem para o destinatário, traduzindo-se apenas em um prejuízo.

170. LEONARDO COVIELLO junior, *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, *Rivista di Diritto Civile* 1935, ano XXVII, pp. 1 e ss., p. 34, defendia que a restituição em valor deveria ser feita pelo valor de mercado e “[a] título de ressarcimento do dano será devida ao vendedor a diferença entre o preço contratual e o preço de mercado se este último for inferior àquele”.

171. Cfr., igualmente, SONJA MEIER, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen*, *RabelsZ* 80 (2016), pp. 851 e ss., p. 874, defende que do ponto de vista dogmático não é claro que a valoração feita pelas partes no contrato deva ser respeitada aquando da resolução por incumprimento (“Insbesondere bei der vertragsbrüchigen Partei stellt sich die Frage, ob sie die andere wirklich am Äquilibrium eines Vertrags festhalten kann, diesen Pflichten sie selbst verletzt”). Se o comprador tiver vendido abaixo do preço de mercado porque tinha pressa em receber o preço, e se depois resolve o contrato por falta de pagamento do mesmo, a restituição em valor caso a coisa tenha perecido deverá fazer-se em função do preço? E se inversamente o vendedor vendeu acima do preço de mercado, mas a compra e venda é resolvida pelo comprador porque a coisa era defeituosa terá este que restituir o valor da coisa em função do preço acordado?

172. Cfr., entre nós, o Ac. do STJ de 09-07-2020, processo n.º 48827/16.3Y1PRT.L1.S1 (HENRIQUE ARAÚJO): “1. A resolução judicial de um contrato de prestação de serviços parcialmente cumprido, obriga à restituição do valor correspondente à parte executada; 2. O cálculo do

equivalente pecuniário que uma das partes deva pagar á outra, em consequência dos benefícios usufruídos com os serviços, deve ser feito em atenção à contraprestação pecuniária que tenha sido eventualmente estipulada; 3. Se o contrato não revelar elementos suficientes para esse cálculo, a possibilidade de se recorrer à equidade, com base no artigo 566.º, n.º 3, do CC, é exclusiva das instâncias, por se tratar de questão de facto”.

173. Não desenvolveremos o tema aqui. Sobre a questão que suscitou um vivo debate na Alemanha cfr., por todos, ARNDT TEICHMANN, *Die Schneke im Salat – oder das Menue im Feinschmeckerlokal als Sukzessivlieferungsschuldverhältnis*, *JÄ* 1987, pp. 65 e ss.; HEINRICH SCHOPP, *Nochmals die Schneke im Salat – oder: das Menü im Feinschmeckerlokal als Sukzessivlieferungsschuldverhältnis?*, *JÄ* 1987, pp. 472 e ss.; ERNST WOLF, *Schneke im Salat – Rauchverbot*, *NJW* 1987, pp. 821 e ss.

174. GENICON, ob. cit., pp. 656 e ss.

175. Importa, contudo, reconhecer que a solução não é inteiramente consensual. Para TRIMARCHI, cit apud RAFFAELA DE MATTEIS, *L’obbligo retributivo tra debito di valuta e debito di valore*, *Rivista di Diritto Civile* 1986, parte II, pp. 665 e ss. o princípio nominalista não é obstáculo à possibilidade de configurar a obrigação ressarcitória como débito de valor porque tal princípio apenas operaria na fase fisiológica da relação e já não na fase patológica, dada a diversidade de interesses juridicamente relevantes nas duas fases, pelo que haveria que controlar se as justificações para o princípio nominalista ainda valem quanto à indemnização.

8.5 A restituição de uma quantia em dinheiro

A restituição de uma quantia em dinheiro – por exemplo, a restituição do preço pelo vendedor no caso da resolução de uma compra e venda – é hoje considerada pela doutrina dominante como uma dívida de valuta, sujeita ao princípio nominalista^{176/177} que impera nas obrigações pecuniárias (artigo 550.º do nosso Código Civil), sem prejuízo da possibilidade de ressarcimento do dano sofrido, caso estejam reunidos os pressupostos da responsabilidade civil. No passado, mormente em Itália, a questão era assaz controversa. A Cassazione pronunciou-se em vários Acórdãos noutro sentido – vejam-se, por exemplo, o Acórdão da Corte di Cassazione de 23 de agosto de 1985, n. 4510 (que decidiu que a obrigação de restituição de uma soma em dinheiro, consequente à resolução do contrato, configura um débito de valuta quando incide sobre a parte sem culpa e constitui um débito de valor quando obrigada à restituição é a parte que com o seu próprio incumprimento deu lugar à dissolução do contrato) e o Acórdão proferido a 29 de fevereiro de 1986, n.º 1203^{179/180} (o qual se pronunciou no sentido de que a obrigação de restituição, quando incidia sobre o incumpridor, tinha carácter ressarcitório, invocando a retroatividade da resolução). Tratar-se-ia de uma dívida de valor dada a identidade da função desta restituição e das obrigações de ressarcimento, sendo que, como se pode ler na motivação da última decisão judicial mencionada, “a *ratio* do automatismo da reavaliação em termos de obrigação de

176. Neste sentido cfr., por exemplo, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, Lições de Cumprimento e Não Cumprimento, cit., pp. 383-384. O autor não deixa de reconhecer que “[e]ste aparente e geral pior tratamento do credor pecuniário explica-se (...) mais pelo princípio nominalista do que pelo afastamento do sentido reequilibrador da restituição”.

177. RAFFAELA DE MATTEIS, ob. cit., pp. 666-667. A autora refere tratar-se de uma decisão de equidade, frequente nos períodos de grande inflação, mas que não é correta. em primeiro lugar porque “o incumprimento não é a fonte da obrigação de restituição, mas sim a causa da resolução do contrato; considero que a verdadeira e exclusiva fonte da obrigação de restituição (...) está em ter-se recebido uma soma que na sequência da resolução já não lhe pertence” e depois porque só com a resolução do contrato é que surge a obrigação de restituição, existindo até esse momento uma justa causa retinendi do accipiens.

178. CARNEVALI, ob. cit., p. 201, comenta desfavoravelmente esta decisão: Em primeiro lugar, diz “a retroatividade é simplesmente um instrumento técnico para criar uma situação (tanto quanto possível) objetivamente idêntica à que existiria se o contrato não tivesse existido e não tem uma conexão necessária com a reparação de um dano”. Na

resolução por incumprimento o plano da retroatividade interseja um outro, o do incumprimento, e é este e só ele a fonte da obrigação de reparar o dano. Em segundo lugar, esta tese acabaria por redundar numa duplicação do dano, sobretudo se conduzir a que a revalorização da soma de dinheiro a restituir fosse qualquer coisa que acrescesse ao dano medido pelo interesse positivo.

179. Há muita jurisprudência italiana mais antiga no mesmo sentido. Veja-se a decisão citada por LUIGI MOSCO, ob. cit., p. 272: o Acórdão da Cassazione de 28 de abril de 1949 (II Foro Italiano 1949, I, 543) que entendeu que a obrigação de restituição do preço era uma dívida de valor, com o argumento de que “as obrigações de restituição que oneram ambas as partes tendem a restabelecer a situação anterior e tal situação não é restabelecida caso não se reconheça que a obrigação a cargo do vendedor é uma dívida de valor”.

180. CARNEVALI, ob. cit., p. 202: “A obrigação do accipiens de restituição de uma soma em dinheiro é regida pelo princípio nominalista e comporta o pagamento de juros legais para restaurar o contraente fiel pela falta de obtenção dos frutos dessa soma em consideração da natureza retroativa da restituição. Ao invés, na liquidação do dano deve ter-se em conta ulteriores danos que resultem da falta de disponibilidade da soma e por conseguinte também o eventual dado da desvalorização monetária caso o contraente infiel demonstre ter sofrido esse dano”.

valor está precisamente na necessidade de um ressarcimento integral e concreto”. No entanto esta posição foi revista pela própria Cassazione em Acórdão de 4 de dezembro de 1992, n. 12942, que acabou por afirmar a natureza de débito de valuta da obrigação de restituição de uma soma pecuniária.

Com efeito, e como atrás dissemos, convém não confundir restituição e reparação do dano. A restituição da quantia far-se-á segundo o seu valor nominal¹⁸¹. Importa, contudo, ter presente que, no nosso sistema se o vendedor estiver de boa fé não terá de restituir os frutos civis da quantia que recebeu, ou seja, os juros.

9. Uma retroatividade “débil”.

Por força das disposições conjugadas dos artigos 433.º, 434.º n.º 1, 435.º n.º 1 e 289.º n.º 1 do Código Civil, a resolução tem, em princípio, efeito retroativo entre as partes do contrato, mas não em relação a terceiros.

Esta retroatividade, importa referi-lo antes de mais, é uma retroatividade instrumental^{182/183/184/185} e não representa um fim em si mesma, devendo operar se e na estrita medida em que tal seja necessário para lograr os efeitos pretendidos com a resolução – aliás, a nossa lei afirma expressamente que a retroatividade

181. ROBERT WINTGEN, *La Retroactivité de l'Anéantissement en Droit Comparé*, *Revue des Contrats* 2008, n.º 1, pp. 73 e ss. O autor, que identifica nada menos que três diferentes concepções de retroatividade, observa que “o conceito de retroatividade é um instrumento que é utilizado para resolver as dificuldades consecutivas ao fracasso de uma relação contratual”, mas as soluções que podem deduzir-se deste conceito são incertas e frágeis e, sobretudo, elas camuflam a verdadeira questão que é a da justa repartição dos riscos consequentes ao fracasso do contrato.

182. PASCAL ANCEL, *La résolution pour inexécution: évolutions récentes du droit français*, in *Il Contratto e le Tutele*, *Prospettive di Diritto Europeo*, coord. por Salvatore Mazzamuto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 398 e ss., p. 415: “a retroatividade da resolução não é uma necessidade técnica, mas uma opção de política jurídica ligada à eficácia da sanção: o escopo é o de, simultaneamente, liberar o credor de uma obrigação que o incumprimento do devedor tornou injusta e sancionar o contraente autor do incumprimento, privando-o dos benefícios que retirou do contrato, sem fornecer a contrapartida. Desde que a execução do contrato pareça divisível no tempo, a retroatividade só se impõe se for necessária para atingir os seus objetivos: se no passado o contrato funcionou corretamente, não há qualquer razão para alterar o que foi executado”.

183. ELENA BARGELLI, ob. cit., p. 338, afirma que a retroatividade “despojada da veste de dogma” constitui uma mera técnica jurídica, funcional a criar uma realidade o mais próxima possível àquela que se teria verificado se os factos ou efeitos que se pretende remover não subsistissem ou não se tivessem produzido.

184. Historicamente a aproximação realizada pela jurisprudência e doutrina francesas entre a resolução e a condição resolutiva tácita, consagrada na versão originária do Código Civil francês, contribuiu, como destaca RODOLFO SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dir. por Filippo Vassalli, Vol. VI, tomo secondo, UTET, Torino, 1975, pp. 943-944, para “acreditar no alcance retroativo absoluto da resolução”. Cfr., igualmente, ADOLFO DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, Europa e diritto privato, 2001, pp. 531 e ss., p. 553: O princípio da retroatividade é filho da ideia de que o incumprimento deve assimilar-se a uma condição resolutiva que deve entender-se implicitamente introduzida no contrato. Pondo-se de parte essa ideia, a retroatividade já não se justifica.

185. PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, *Nullité, restitutions et peine privée*, *Revue des Contrats* 2016, n.º 2, pp. 214 e ss., p. 214: “A retroatividade é apenas uma ficção jurídica; não deve a priori estender-se para além do que exige a sua estrita razão de ser: fazer regressar ao património de cada um, in natura ou em valor, o que dele saiu por força da execução de um contrato nulo. Assim a lógica do fluxo e refluxo que anima a teoria das restituições não pretende fazer o contratante viajar no tempo”.

de não deve contrariar a finalidade da resolução (parte final do n.º 1 do artigo 434.º do Código Civil). A retroatividade é uma ficção jurídica que não apaga a existência do contrato – mormente quando estamos a considerar a resolução em que foi celebrado um contrato válido, e não uma hipótese de invalidade – e não é, por conseguinte, uma “máquina do tempo”¹⁸⁶ que permita às partes “viajar” de regresso ao momento anterior àquele em que celebraram o contrato¹⁸⁷ (ou, porventura com mais rigor face á tese de STOLL, ao momento em que o contrato começou a não ser corretamente cumprido). A norma do artigo 435.º n.º 1 – que se inspirou numa disposição do Código Civil italiano que já foi qualificada de *si-bilina*¹⁸⁸ – mostra bem que esta retroatividade é uma retroatividade limitada ou, nas palavras de CASTRONOVO, uma retroatividade “*débil*”¹⁸⁹.

Entre as partes do contrato que venha a ser resolvido a resolução tem, em princípio, efeito retroativo. Mesmo aqui podem, no entanto, suscitar-se questões: num contrato translativo de propriedade, por exemplo uma compra e venda que venha a ser resolvida, a (re)transmissão da propriedade para o vendedor opera automaticamente ou supõe antes um ato de transmissão do comprador para o vendedor (ato ao qual o comprador ficaria obrigado por efeito da resolução)? Este último entendimento foi sustentado em Itália por AULETTA¹⁹⁰ e implicava que o vendedor seria considerado como tendo adquirido a propriedade do comprador. Trata-se de um entendimento rejeitado pela doutrina dominante em Itália¹⁹¹ que sustenta hoje que desde que a titularidade do bem ainda pertencesse ao comprador a resolução da compra e venda opera *ex lege*, pelo que o vendedor volta a ser o proprietário desde o início (isto é, desde o momento da celebração do contra-

187. WINTGEN, ob. cit., p. 77.

188. BRUNO SCHMIDLIN, La Risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità *ex tunc* al rapporto di liquidazione contrattuale, Europa e diritto privato, 2001, n.º 4, pp. 825 e ss., pp. 841-842.

189. CARLO CASTRONOVO, La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano, Europa e diritto privato 1999, pp. 793 e ss., p. 799. Na verdade, o autor vai ainda mais longe, afirmando que a “retroatividade inter partes é uma retroatividade *sui generis* e, para sermos rigorosos, uma não retroatividade” (ob. cit., p. 798).

190. O autor da resolução deveria ser configurado, para AULETTA, ob. cit., p. 168, n. 37, como tendo adquirido do outro contraente. Verificar-se-ia com a resolução uma retransmissão coativa do direito para o seu originário titular, como sanção (recorde-se que AULETTA foi um dos principais partidários da natureza sancionatória da resolução). Sobre o tema cfr. MATILDE GIROLAMI, Risoluzione, Mutuo Dissenso e Tutela dei Terzi, Rivista di Diritto Civile 2009, parte I, pp.

181 e ss., p. 184: Para AULETTA, o autor da resolução deveria ser configurado, como tendo adquirido do outro contraente (“l’attore in risoluzione andrebbe configurato come un avente causa del convenuto”).

191. LUIGI MENGONI, Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti, in Scritti II, Obbligazioni e Negozio, coord. por Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 475 e ss. (trata-se de um artigo originariamente publicado na Rivista di Diritto Commerciale 1948, parte I, pp. 300-309), p. 482: o resolvente não adquire da outra parte, mas volta a ser titular “por força do seu antigo título”, embora a resolução não seja oponível aos subadquirentes (“L’attore in risoluzione non è un avente causa del convenuto, bensì retorna titolare in forza del suo antico titolo, per riflesso della revoca del rapporto traslativo; solo che tale revoca non è opponibile ai subacquirenti”).

192. Fala-se aqui por vezes de uma retroatividade real relativa – assim GIUSEPPE MIRABELLI, Dei Contratti in Generale, Commentario del Codice Civile, Libro IV, Tomo Secondo (Titolo II), 2.ª ed., UTET, Torino, 1967, p. 567 e MOSCO, ob. cit., p. 269, por operar a transmissão da

to)^{192/193/194}. Na realidade, e mais uma vez, poderá ser necessário algum realismo quanto aos limites da retroatividade quando se tem em conta a possibilidade de atos de mera administração praticados sobre a coisa pelo comprador¹⁹⁵.

9.1 Os direitos adquiridos por terceiros

A resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiros¹⁹⁶. Afigura-se-nos que a norma do artigo 435.º é imperativa, não podendo as partes do contrato que será ou foi resolvido pretender afastá-la¹⁹⁷.

Aqui, e ao contrário do que sucede nos contratos inválidos, os terceiros adquirem a *domino* e os seus direitos não podem ser prejudicados pela resolução. A norma do artigo 435.º n.º 1 afasta a aplicação neste contexto do artigo 291.º, já que a equiparação feita pelo artigo 433.º dos efeitos da resolução à nulidade ou anulabilidade ressalva expressamente os artigos seguintes (e, portanto, o artigo 435.º). Concordamos, assim, inteiramente, com a afirmação de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA de que “não interessa já o disposto no artigo 291.º, visto que

propriedade, mas outros autores criticam esta terminologia porque real significaria oponível a terceiros e a resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, pelo que haveria sempre que falar em retroatividade obrigacional. Neste sentido ENRICO ENRIETTI, ob. cit., p. 834.

193. Se a venda for resolvida, mas o comprador, por exemplo, constituir um usufruto sobre o prédio vendido, a propriedade “regressará” ao vendedor, mas onerada com o usufruto, colocando-se então, além da restituição em espécie a questão da indemnização (outros dirão antes restituição em valor) da diferença de valor entre o prédio livre de quaisquer ónus e encargos e onerado com o usufruto.

194. MAURO PALADINO, L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 230: A resolução por incumprimento é estruturada ex lege como dissolução da relação cuja retroatividade consente ao credor [resolvente] prosseguir na titularidade do direito antecedente à conclusão do contrato, sem ser considerado sucessor a título particular da contraparte.

195. Cfr. VAZ SERRA, ob. cit., p. 223: “Os actos de administração, realizados sobre a coisa que é objecto do contrato, não devem ser atingidos pela resolução deste. Tais actos são realizados por quem, na data em que o são, tem legitimidade para os praticar e, portanto, terceiros com quem sejam celebrados, não devem ser prejudicados pela resolução do contrato. Se, por exemplo, o contraente B, tendo recebido de A certo objecto, cede o uso dele a C, esta cessão não é prejudicada pela resolução do contrato entre A e B. Aplicar-se-ia a doutrina proposta em relação aos terceiros adquirentes”. No mesmo sentido BRANDÃO PROENÇA, A Resolução do Contrato..., cit., p. 171, n. 503, invocando o

lugar paralelo da condição resolutiva: “São ainda intocáveis os actos de administração (v.g. um arrendamento por prazo não superior a seis anos) realizados até ao momento da resolução (cfr. o art. 277.º, 2, do C.C., embora no domínio da condição resolutiva)”. Sobre os atos de administração ordinária na condição resolutiva cfr., por todos, ANA ISABEL AFONSO, A Condição, Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, pp. 385 e ss. A solução da manutenção destes atos, refere a autora, “é facilmente explicada na perspectiva do aproveitamento económico da coisa”.

196. Destaque-se a existência de alguma polémica em Itália sobre quem são os “terceiros” para efeitos de aplicação da norma. MATILDE GIROLAMI, ob. cit., p. 186, defende que terceiro seria aqui aquele que adquire a título particular por ato entre vivos, excluindo o legatário. Contra UGO CARNEVALI, Gli Effetti della Risoluzione, in Il Contratto in Generale, tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 189 e ss., p. 217, que considera que o legatário é um terceiro para este efeito.

197. No mesmo sentido em Itália perante a norma correspondente ANGELO BELFIORE, Risoluzione del contratto per inadempimento, Enciclopedia del Diritto, vol. XL, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 1307 e ss., p. 1311, que afirma que a sua imperatividade é por assim dizer *in re ipsa*.

198. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), Código Civil Anotado, vol. I, 4.ª ed. revista e atualizada (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, anotação ao artigo 433.º, p. 410.

os efeitos em relação a terceiros têm regulamentação própria no artigo 435.^º¹⁹⁹.

O artigo 435.^º protege os direitos adquiridos por terceiros, independentemente de tais direitos terem sido adquiridos a título oneroso ou a título gratuito, seja qual for a natureza de tais direitos (sejam eles reais ou de crédito)¹⁹⁹ e também independentemente da boa ou da má fé dos terceiros^{200/201/202}. Relativamente a este último aspeto, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA afirmam que “não há, rigorosamente, na resolução, má fé de terceiros” porque “[e]stes, embora conheçam a possibilidade legal ou contratual do exercício do direito de resolver o negócio, não têm de agir em conformidade com o exercício ou não exercício de tal direito”²⁰³.

Com efeito, se, por exemplo, uma venda for resolvida por falta de pagamento do preço, o terceiro que comprou a coisa ao comprador daquela primeira venda pode nem sequer suspeitar da falta de pagamento do preço por quem lhe vendeu a coisa. Mas mesmo que suspeite e até mesmo que saiba, trata-se de uma ques-

199. A questão, perante norma similar ao nosso artigo 435.^º n.º 1, o artigo 1458 do Codice Civile, não é pacífica em Itália. CASTRONOVO, ob. cit., p. 827, interroga-se se os direitos dos terceiros que não são prejudicados pela resolução do contrato não deveriam ser apenas os direitos reais. Comparar com MARCO ROSSETTI, *La Risoluzione per Inadempimento*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 306: direitos adquiridos pelo terceiro que não podem ser postos em causa pela resolução são tanto os direitos reais como os direitos de crédito.

200. PIETRO TRIMARCHI, *Il Contratto: Inadempimento e Rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 76: “A fim de simplificar radicalmente a situação dos terceiros adquirentes, estes são sempre tutelados, sem indagar se sabiam ou não do incumprimento. O incumprimento e a resolução que pode eventualmente seguir-se não lhes dizem respeito”.

201. E quer tenha havido entrega da coisa ao terceiro ou não, já que no nosso sistema legal a transmissão da propriedade opera, em princípio, por mero efeito do contrato, sem necessidade de entrega. Como refere face ao direito italiano ARTURO DALMARTELLO, *Risoluzione del Contratto*, Novissimo Digesto Italiano, vol. XVI, Utet, Torino, 1959, pp. 127 e ss., p. 146, “[p]ara adquirir o bem – isto é, para prevalecer sobre o (originário) alienante (a favor de quem operará, depois a resolução) – o terceiro adquirente (subadquirente daquele que sofrerá a resolução) não carece nem de ter a posse da coisa, nem de estar de boa fé (isto é de ignorar que quem lhe alienou a coisa é incumpridor), precisamente porque adquire a domino e continuará a ser considerado como tendo adquirido a domino depois da resolução dada a irretroatividade dos efeitos desta em relação a terceiros”.

202. Contra MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 926 que defende uma interpretação restritiva do artigo 435.^º n.º 2, a qual conduziria a que, além de apenas serem protegidos os

terceiros adquirentes a título oneroso, também só seriam protegidos os terceiros de boa fé, ou seja, “aqueles que no momento da aquisição, desconhecem, sem culpa, o fundamento da resolução, por extensão do artigo 291.º/1 e 3”. Não sufragamos este entendimento. WALTER BIGIARI, *Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1954, pp. 128 e ss., p. 132, reafirmando o que já tinha escrito em 1934, pergunta: como se pode dizer estar de má fé o comprador que sabe que a coisa que lhe está a ser vendida não foi ainda paga por quem lhe vende? O facto de que tal pagamento não se realizou não é um vício do negócio cujo conhecimento implique a má fé de quem compra ao vendedor inadimplente. E acrescenta, mesmo, que “sustentar uma tal aberração significaria dar um golpe mortal ao comércio”.

203. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), ob. cit., anotação ao artigo 435.^º, p. 411. Os autores ressaltam apenas o disposto no artigo 932.^º no caso de venda a retro se a cláusula tiver sido objeto de registo.

204. VAZ SERRA, ob. cit., p. 199, afirma que “[t]erceiros não têm que ser atingidos por uma resolução baseada numa convenção entre as partes e que, por isso, só a estas obriga” e acrescenta: “Se esses terceiros são de má fé, isto é, adquiriram o direito com conhecimento do direito de resolução, afigura-se deverem ser também defendidos contra os efeitos da resolução”.

205. Em sentido diverso, parece-nos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 205: “[A] irrelevância da actuação de má fé por parte do terceiro suscita alguma perplexidade”.

tão que lhe é alheia e não lhe diz respeito^{204/205} – comprou a quem era proprietário da coisa e a resolução do primeiro contrato não lhe é oponível (com a exceção do n.º 2 do artigo 435.º). Será, porventura, de admitir solução diversa, em casos de conluio, em que o terceiro não apenas saiba que quem lhe vende a coisa não a pagou, mas tenha colaborado ativamente com aquele de modo a causar prejuízo ao primitivo vendedor e resolvente^{206/207/208}.

Como já referimos, também as aquisições a título gratuito não devem ser prejudicadas pela resolução. Pode, todavia, questionar-se se o artigo 435.º n.º 1 afasta apenas o artigo 291.º, mormente o seu n.º 1, ou se não deverá afastar igualmente o disposto no n.º 2 do artigo 289.º. Suponha-se que A vende a B uma joia e que B a doa a C. Se a venda for resolvida por exemplo por falta de pagamento do preço e B não conseguir restituir o valor da mesma a A, poderá A exigir a C o valor da joia, pelo menos na medida do enriquecimento deste último?

Perante normas similares a questão é controvertida em Itália. CASTRONOVO²⁰⁹, por exemplo, sustenta que apesar da resolução não poder prejudicar direitos adquiridos por terceiros e, por conseguinte, não afetar a titularidade destes dos direitos objeto de disposição no contrato resolvido, tal não impede que possa haver efeitos “colaterais, inferiores e, portanto, compatíveis” como seria o artigo 2038 (equivalente ao nosso n.º 2 do artigo 289.º). Assim, o terceiro não teria que restituir a coisa que agora é sua e integra o seu património, mas poderia ter que responder pelo seu enriquecimento, quando a sua aquisição fosse a título gratuito, o que corresponderia ao princípio geral da menor proteção das aquisições a título gratuito²¹⁰. Contra pronunciou-se NICOLUSSI que, destacando que aqui o terceiro adquire, mesmo que a título gratuito, *a domino*, entende que forçar o

206. VAZ SERRA; ob. cit., p. 209, n. 91: “Se o terceiro adquire com conhecimento do direito de resolução e com a intenção de prejudicar o titular deste direito, pode ser caso de responder por indemnização com base nos princípios do abuso do direito ou do dano causado contra os bons costumes”.

207. GIANLUCCA SICCHIERO, La risoluzione per inadempimento, in GIANLUCCA SICCHIERO/MASSIMO D'AURIA/FRANCESCA GALBUSERA, Risoluzione dei Contratti, Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato, dir. por Pietro Perlingieri, Sezione IV, 11, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 1 e ss., pp. 131-132: Será necessária a prova da existência deste conluio com o terceiro para poder proteger o resolvente.

208. GIUSEPPE AULETTA, ob. cit., p. 253, considerava, no entanto, que o subadquirente estaria de má fé se soubesse não apenas que quem lhe vende a coisa ainda não a pagou, mas também que não está, ou provavelmente não estará, em condições de pagá-la, o que para o autor seria já um caso de fraude.

209. CASTRONOVO, ob. cit., p. 825.

210. Entre nós parece ser esse o entendimento de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), ob. cit., anotação ao artigo 434.º, p. 411, uma vez que afirmam que “a eficácia retroactiva não é completa nos casos previstos no n.º 2 do artigo 289.º”, que consideram assim ser aplicável á resolução. Cfr., igualmente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 925 e 926 (nesta última afirma-se que “apenas são tutelados os terceiros adquirentes a título oneroso”). Também JOANA FARRAJOTA, ob. cit., p. 46, afirma que “importa referir que, excepcionalmente, por força do disposto no n.º 2 do artigo 289.º, pode a obrigação de restituição estender-se a terceiros”.

terceiro a restituir o valor da coisa, mesmo que no limite do enriquecimento, é, ainda, uma forma de prejudicar o seu direito²¹¹. Pensamos que a tese mais correta é a sustentada por NICOLUSSI, sendo, aliás, a defendida, entre nós, por BRANDÃO PROENÇA²¹².

O artigo 435.º n.º 2 estabelece que “o registo da ação de resolução que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da ação”. Verifica-se aqui, contudo, uma dificuldade, a qual de resto existe também no ordenamento italiano em que o legislador português se inspirou: é que, como resulta do artigo 436.º n.º 1, “a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte”, sem necessidade, pois, de qualquer ação judicial. É muito controverso na doutrina portuguesa – tal como, de resto, na doutrina italiana – se esta declaração produz imediatamente o efeito da resolução do contrato, mesmo que destituída de fundamento genuíno, questão a que aludiremos *infra*. Em todo o caso, bem pode suceder, sobretudo se o autor da resolução pretender apenas o efeito liberatório desta (sem necessidade de restituição das prestações que podem nem sequer ter sido ainda executadas e, porventura, não pretendendo qualquer indemnização) que à declaração não se siga sequer qualquer ação judicial. E mesmo que tal ação judicial venha a ter lugar, seja por iniciativa do autor da resolução (que pretende, por exemplo, a restituição das prestações, sem que consiga o acordo da contraparte) ou do destinatário da declaração resolutiva, a tese dominante é a de que a sentença que reconheça a resolução é meramente declarativa. Seja como for, a opção pela resolução por mera declaração à outra parte parece deixar neste aspeto o titular do direito de resolução mais vulnerável

211. ANDREA NICOLUSSI, *Lesione del Potere di Disposizione e Arricchimento, Un'Indagine sul Danno Non Aquiliano*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 143 e ss. Na hipótese de resolução a aquisição do terceiro é feita a domino o que deveria excluir o artigo 2038 c.c. no segmento em que permite ao solvens agir no confronto do terceiro que adquira a título gratuito do *accipiens indebiti*.

212. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil, Do Enquadramento e do Regime*, Coimbra Editora, 1996, p.168, nota 493: “Não nos parece que o art. 289.º n.º 2do C.C. possa ser aplicado, ou pelo menos aplicado totalmente, à relação de liquidação resolutiva não só devido ao disposto no art. 432.º n.º 2, mas também aos termos amplos em que os direitos de terceiros são reconhecidos no art. 435.º do C.C.” Cfr., também, p. 180, n. 538: “Tal como dissemos supra (nota 493) não reputamos aqui aplicável (mesmo em relação ao titular do direito) o art. 289.º, 2, do C.C. (e que faria com que o adquirente tivesse que suportar, em dados termos, a restituição

em valor consequente a uma alienação gratuita), em virtude do disposto no art. 432.º, 2, e da natureza espacial (marcadamente protectora) do art. 435.º do C.C.”. Mais recentemente, do mesmo autor, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, p. 381, n. 1055.

213. A situação estava prevista no artigo 3.º n.º 3 do articulado proposto por VAZ SERRA: “O titular do direito de resolução, que declare esta à outra parte, pode fazer anotar no registo, se o contrato versar sobre bens para que exista registo, essa declaração, prevalecendo então o seu direito sobre os de terceiro, que depois adquira ou registe direitos relativamente aos mesmos bens”.

perante terceiros, não havendo (ou não havendo ainda) registo da ação²¹³.

9.2 A resolução nos contratos de execução continuada ou periódica

O artigo 434.º n.º 2 do nosso Código Civil, inspirando-se no artigo 1458 do Codice Civile, consagra que “[n]os contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efetuadas, exceto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”. Deixando, por ora, de lado a questão de saber se *de iure condendo* não seria preferível outra formulação, como, por exemplo, a adotada pela Reforma de 2016 do Código Civil francês, a norma é frequentemente considerada como uma exceção ao efeito retroativo da resolução consagrado no n.º 1 do mesmo artigo. Todavia não só também aqui pode haver alguma retroatividade, ainda que mitigada, como a regra e a pretensa “exceção” podem, no fundo, ser explicitações, corolários, do mesmo funcionamento da resolução²¹⁵.

Como refere PIETRO TRIMARCHI²¹⁶, os contratos de execução continuada ou periódica são aqueles em que ao menos uma das prestações é continuada ou periódica e satisfaz, à medida que vai sendo realizada, o interesse da contraparte; a essa prestação pode corresponder ou uma contraprestação proporcional igualmente continuada ou periódica, ou uma quota proporcional de uma contraprestação divisível²¹⁷. É o caso, por exemplo, de contratos de locação, de prestação de serviços de vigilância e manutenção de equipamento, de fornecimento. Nestes contratos é possível autonomizar uma fase em que o contrato “funcionou”, isto é,

214. Como se pode ler no artigo 1229 (3) do Code Civil quando as prestações intercambiadas só podiam ter a sua utilidade com a execução completa do contrato devem ser restituídas na íntegra, mas se, porventura, tais prestações foram sendo úteis à medida em que foram sendo reciprocamente executadas, a restituição só deve ter lugar a partir da última prestação que se quedou sem contrapartida (“Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l’exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l’intégralité de ce qu’elles se sont procuré l’une à l’autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l’exécution réciproque du contrat, il n’y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n’ayant pas reçu sa contrepartie; dans ces cas, la résolution est qualifiée de résiliation”).

215. Para DIOGO COSTA GONÇALVES/RUI SOARES PEREIRA, ob. cit., p. 459, o disposto no artigo 434.º, n.º 2, não representa uma verdadeira exceção à eficácia retroativa da resolução, mas “sim ao alcance da retroatividade no que tange às prestações já efetuadas e ao dever de restituição, atendendo à estrutura especial deste tipo de contrato”.

216. Ob. cit., p. 75. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), ob. cit., anotação ao artigo 434.º, p. 411, dão outros exemplos: o contrato de sociedade e o contrato de trabalho.

217. Porventura mais restritiva é a posição de MICHELE TAMPONI, La Risoluzione per Inadempimento, in I Contratti in Generali, dir. por Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999, tomo II, pp. 1477 e ss., p. 1524: “Não podem considerar-se abrangidos pelo artigo 1458 c.c. os contratos em que a uma prestação continuada ou periódica de uma das partes se contraponha uma prestação instantânea da outra; devem, ao invés, considerar-se abrangidos, os contratos em que a uma prestação continuada se contraponha uma outra periódica, porque em tal caso a corresponsabilidade reflete-se sobre todas as prestações pelas quais o contrato foi executado”.

em que a operação económica visada pelo contrato se realizou plenamente (ainda que limitada no tempo), satisfazendo os interesses das partes, fase que não deve ser posta em causa pela resolução²¹⁸.

Alguna doutrina italiana tem destacado que ainda aqui se pode falar de uma certa retroatividade da resolução, só que esta só opera “em relação aos “pares” de prestações que não foram executadas”^{219/220/221/222}.

Num dos estudos mais interessantes que nos foi dado ler sobre este tema, um

118. ANGELO BELFIORE, ob. cit., pp. 1329-1330: “Tal disposição (refere-se ao artigo 1458(1) equivalente ao nosso artigo 435.º n.º 2) aplica-se nos casos em que a autonomização de uma fase da relação, completamente executada por ambos os contraentes, é compatível com a lógica global (“complessiva”) da operação económica no seu conjunto tal como consta do contrato”.

219. ANDREA MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 79.

220. Alguns autores falam aqui de uma variante de resolução parcial. Cfr. MICHELE TAMPONI, ob. cit., p. 1524. Não desenvolveremos neste estudo a temática da resolução parcial, sendo que para uma parte da doutrina portuguesa a mesma não seria admissível traduzindo-se em uma modificação unilateral do conteúdo do contrato (cfr., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, ob. cit., p. 929; DANIELA FARTO BAPTISTA, Anotação ao artigo 432.º, Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral, coord. por José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 135). Mas um segmento da nossa doutrina admite-a em certas situações – veja-se, por exemplo, JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª ed. revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2015, p. 126: “Mas se a obra resulta na realização ou intervenção em várias coisas independentes entre si, e o defeito que importa uma inadequação à finalidade apenas atinge algumas dessas coisas, deve admitir-se uma resolução parcial do contrato, restrita às coisas afectadas”. Destaque-se que para boa parte da doutrina italiana há situações em que não parece haver obstáculo à resolução parcial. UGO CARNEVALI, *Gli Effetti della Risoluzione*, in *Il Contratto in Generale*, tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 189 e ss., pp. 214-215, defende que a resolução parcial do contrato é de admitir desde que estejam reunidas as seguintes três condições: 1) o objeto das prestações contratuais deve ser composto de uma pluralidade de bens cada um com a sua própria individualidade económico-funcional que consinta a sua utilização separada (pense-se na venda de três veículos) ou de uma quantidade de coisas fungíveis ou de uma pluralidade de serviços distintos (por exemplo, o fornecimento de três distintos programas de software para três filiais de uma sociedade; 2) deve ter sido acordado para cada um dos bens

um correspondente específico e não um correspondente global para toda a prestação contratual ou (tratando-se de uma quantidade de coisas fungíveis) deve ter sido acordado um correspondente em razão de unidade de medida; 3) a vontade das partes (e o seu interesse) não deve ter considerado incindível a prestação contratual complexa.

221. Para UGO CARNEVALI, ob. cit., 205-206, os casos em que se aplica a irretroatividade [melhor, segundo o autor, a retroatividade limitada] são aqueles em que a execução do contrato se faz por “parcelas” [“copie”] de prestações que vão sendo executadas *pari passu* de modo a realizar constantemente o equilíbrio sinalagmático entre prestação e contraprestação, de tal modo que podem ser jurídica e economicamente separadas das “parcelas” anteriores e das posteriores. Todavia, o autor acaba por criticar quem sustenta que o artigo 1458(1) é inaplicável aos contratos com prestação única, mas de execução fracionada, dada a unicidade da prestação. Para CARNEVALI trata-se de uma posição excessivamente rígida e que não atende ao interesse do credor. “A valoração quanto à resolução deve ser feita, caso a caso, atendendo ao interesse do contraente que deve receber a prestação única, ainda que fracionada” (ob. cit., p. 207). Em sentido diverso, entre nós, PAULO MOTA PINTO, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2010, processo n.º 1285/07, RLJ n.º 3968, pp. 315 e ss., pp. 318-319: “a excepção à retroactividade da resolução prevista no artigo 434.º, n.º 2 do Código Civil não diz respeito às obrigações com prestação fraaccionada ou repartida, como a obrigação do comprador na venda a prestações, mas apenas às obrigações duradouras de execução continuada ou periódica”.

222. GIOVANNI GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1974, parte II, pp. 725 e ss., p. 734: “O remédio resolutorio opera, portanto, nos contratos duradouros não *ex nunc*, mas retroagindo ao momento em que se verificou o incumprimento perturbador do sinalagma contratual”.

223. MARCEL FONTAINE, *La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive*, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, Ano 44, 1990, pp. 382 e ss.

autor belga²²³, mostra-se muito crítico sobre a distinção entre os contratos de execução instantânea e os de execução continuada ou periódica, para concluir que “a situação que incita a rejeitar a aplicação de uma retroatividade integral é aquela em que o contrato conheceu, primeiro, um período fausto, em que foi executado normalmente”, acrescentando que “a resolução é a sanção do incumprimento: deve hesitar-se em destruir o que foi corretamente prestado” e “deve dar-se prioridade à sobrevivência, mesmo que só parcial do contrato”²²⁴, o que corresponderá em regra à vontade das partes. Mesmo sem compartilhar a tese de que a resolução do contrato tenha natureza de sanção, parece que a retroatividade mais intensa não corresponderia, neste caso, à própria finalidade da resolução (ver artigo 434.º n.º 1 parte final). Mas, para tanto, não é suficiente que o contrato tenha sido corretamente executado durante um certo período de tempo, mas, como o autor refere, é ainda necessário que essa fase de execução tenha satisfeito os interesses das partes, mormente do resolvente: “[a] resolução é retroativa, é pronunciada para ter efeitos desde a data da conclusão do contrato, sempre que o incumprimento afete economia do conjunto da convenção; a resolução será limitada e só produzirá efeitos a partir da data em que se constata a existência de incumprimentos graves, quando estes não põem em causa a utilidade recíproca do que foi anteriormente prestado em benefício comum”²²⁵ (“presté à la satisfaction commune”)²²⁶.

10. Frutos, valor de uso, benfeitorias

Uma das matérias mais controvertidas relativamente aos efeitos da resolução por incumprimento é a que diz respeito aos frutos (naturais e civis, isto é, os

224. Aut. e ob. cit., p. 398.

225. Aut. e ob. cit., p. 399. O autor acrescenta: “Não é suficiente para que a resolução não tenha eficácia retroativa [total] que o contrato tenha conhecido uma fase de execução correta. É também necessário que essa fase tenha sido satisfatória. Por vezes, o contrato forma um todo indivisível, de tal modo que o incumprimento de uma parte das obrigações afeta necessariamente o conjunto. A convenção só satisfaz o seu escopo se tiver sido executada corretamente do princípio ao fim. É o que se passa com a construção de uma obra [uma empreitada]: mesmo que o rés-do-chão de um edifício esteja bem construído ele não constitui em si mesmo uma prestação satisfatória. A autoescola que interrompe após algumas aulas, a série de aulas que deveria permitir ao aluno obter a licença de condução, não forneceu uma execução parcial correta, mas faltou por completo às suas obrigações”. Noutras hipóteses uma série de prestações cabem no âmbito da execução de um único contrato, mas as

prestações são perfeitamente separáveis: pense-se em um contrato de fornecimento periódico de uma certa quantidade de matérias-primas.

226. *De iure condendo*, parece-nos mais feliz do que a solução consagrada no nosso artigo 434.º n.º 2, aqueloutra que consta agora, após a Reforma de 2016, do artigo 1229 (3) do Code Civil francês: “Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l’exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l’intégralité de ce qu’elles se sont procuré l’une à l’autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l’exécution réciproque du contrat, il n’y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n’ayant pas reçu sa contrepartie; dans ces cas, la résolution est qualifiée de résiliation”.

juros), ao valor do uso e às despesas suportada com a coisa pelo obrigado à restituição, ou seja, as benfeitorias. Antes de analisar as soluções do nosso Código Civil – que nesta matéria se distanciam em alguma medida, mais uma vez, das soluções acolhidas por legislações mais recentes como a alemã e a francesa (nas versões resultantes das respectivas reformas legislativas) –, convirá fazer uma referência, ainda que muito breve, à polémica doutrinal a este propósito. Como destaca ELENA BARGELLI²²⁷, em matéria de restituição dos frutos e do valor do uso encontram-se as soluções mais variadas na doutrina que vão desde a irretratividade²²⁸ até à restituição integral dos mesmos.

Para alguns autores, tendo a resolução eficácia retroativa resultaria daqui, quase linearmente, a obrigação de restituir os frutos (e, porventura, também o valor de uso) e outras utilidades. Assim DALMARTELLO afirmava que “[s]e o efeito real produzido pelo contrato consistia na transmissão da propriedade, a transmissão [com a resolução] cai e revive a propriedade do alienante, como se nunca tivesse deixado de ser o proprietário, com uma óbvia consequência no que respeita aos frutos e às utilidades em geral (acessórios e similares) que a coisa tivesse *medio tempore* produzido e que são atribuídas ao alienante (o que fará surgir uma obrigação de restituição ou de indemnização a cargo do adquirente no

227. Ob. cit., p. 399. A autora acrescenta, ob. cit., p. 400, que “a dificuldade em formular uma regra geral em matéria de restituição dos frutos reside na impossibilidade em transpor neste campo sic et simpliciter a linearidade da norma que, pressupondo a equivalência entre o dado e o recebido, impõe a restituição da prestação principal. Também a combinação com o ressarcimento do dano – que na resolução por incumprimento pode concorrer com as obrigações de restituição – é, para os frutos, mais complexa e delicada [“articolata”] do que o que ocorre com a prestação principal”. A referência à reparação do dano explica-se porque, para a autora, ob. cit., pp. 410-411, caso se entenda que o contraente que resolve o contrato pelo incumprimento do outro tem direito a ser indemnizado pelo interesse contratual negativo, então a repetição da prestação principal e dos seus frutos desde o início é perfeitamente compatível com a indemnização desse interesse negativo. Trata-se de colocar o contraente fiel que resolve o contrato numa posição tanto quanto possível similar àquela em que ele se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado (assim por exemplo, indemnizando-o das despesas que fez com a celebração do contrato e com a execução da sua prestação). Nesta situação é coerente que ele tenha direito aos frutos e juros que poderia receber se o bem tivesse permanecido na sua disponibilidade. Neste caso também o contraente incumpridor teria direito à restituição dos frutos da sua prestação. Mas se se considerar que a o contraente que resolve o contrato tem direito a uma indemnização calculada

em função do seu interesse positivo, pode questionar-se se lhe deveria ser permitido obter o valor dos frutos da sua própria prestação. Efetivamente se o que se pretende é colocá-lo na situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido pontualmente, corretamente, cumprido, ele teria direito à restituição do que prestou (valor que deve ser tido em conta para se calcular o seu dano, mormente o seu lucro cessante), mas parece ilógico atribuir-lhe o lucro que retiraria do contrato e, além disso, o valor de uso [ou os frutos] do bem de que não disporia naquele período para executar o contrato.

228. BOYER, ob. cit., p. 36: “A regra geral que atribui à resolução um efeito absoluto sobre o conjunto do contrato sofre várias derrogações fundadas na equidade e na utilidade prática. A primeira respeita aos atos de administração realizados entre a conclusão do contrato e a sua resolução (...) as mesmas razões de utilidade prática levam a admitir em geral que a restituição não compreende os frutos produzidos pela coisa até à resolução. Mas esta opinião é ainda muito contestada”.

229. DALMARTELLO, ob. cit. p. 145.

230. ANGELO LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, *Giurisprudenza Commerciale* 1990, pp. 19 e ss., p. 26, defende que a teoria mais “equilibrada” é a que impõe às partes (tanto à que cumpriu, como à que não cumpriu o contrato) a restituição dos frutos e dos juros a partir do momento da entrega da prestação. É “a mais coerente

caso em que ele tenha percebido tais frutos ou realizado essas utilidades)”^{229/230/231}. Entre nós posição similar parece ter sido a defendida por VAZ SERRA²³².

Outros ainda sustentam que a restituição dos frutos e de outras utilidades deve seguir a sorte das prestações principais. Deste modo, BELFIORE afirma que “[o] problema da restituição dos frutos e dos juros relativos à fase de execução da relação é um problema que na ótica da conservação do incremento patrimonial consagrado no contrato a favor do autor da resolução, logicamente só tolera uma solução: os frutos e os juros, enquanto valores conexos com o valor de uso das prestações intercambiadas consideram-se definitivamente adquiridos no património de ambos os contraentes, na mesma maneira como será considerado definitivamente adquirido o valor capital das prestações”²³³.

Sublinhe-se que para outro segmento da doutrina, o problema da restituição dos frutos situa-se, em rigor, “fora” do âmbito da restituição²³⁴. Tal é sustentado, desde logo, por quem considera que a restituição opera segundo a imagem de um fluxo seguido de refluxo²³⁵ ou que, como afirma CASTRONOVO, “o efeito retroativo significa que a titularidade original dos direitos objeto do contrato revive, mas não resolve o problema do gozo eventualmente realizado pela parte que

com a função da restituição dirigida a remover a alteração patrimonial (qualitativa e quantitativa) programada pelo contrato”.

231. Boa parte da jurisprudência italiana segundo refere MICHELE TAMPONI, ob. cit., p. 1527, n. 106, (menciona Cassazione, 20 de outubro de 1997, n. 10256; no mesmo sentido Cassazione, 12 de março de 1997, n. 2209) tem também decidido que devem ser restituídos os frutos, naturais e civis, desde o dia em que se teve a disponibilidade da coisa e se a outra parte o tiver pedido deve ser pago o equivalente pecuniário do uso e do gozo do bem no intervalo entre a data da entrega e a data da restituição.

232. VAZ SERRA, ob. cit., pp. 221-222: “Resolvido o contrato, devendo as coisas ser restituídas ao estado anterior ao mesmo contrato, devem naturalmente ser devolvidos os frutos percebidos e existentes. Devem também ser devolvidos os frutos não percebidos por negligência, se a parte, que deixou de perceber os frutos, devia contar com o exercício do direito de resolução”.

233. ANGELO BELFIORE, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, pp. 245 e ss., pp. 278-279.

234. GENICON, ob. cit., p. 693: “A utilidade que o bem proporcionou ao devedor da restituição no intervalo, tal como os frutos que este percebeu, não respeitam à questão das restituições, simplesmente porque estão fora, para além, dos efeitos da resolução”. Para CLAUDIO TRANQUILLO, *Risoluzione per Inadempimento e Funzione delle Restituzione*, Europa e Diritto Privato 2015, n.º 4, pp.

813 e ss., pp. 853-854, trata-se, antes, de um problema a avaliar da perspectiva do enriquecimento sem causa: “o problema consiste em avaliar em que medida o solvens deve ser compensado pela riqueza produzida pelo accipiens, empregando a prestação realizada pelo primeiro, sem dissuadir as partes que confiam em que o negócio terá bom fim, de tirar o melhor proveito dos bens recebidos em execução do contrato”.

235. GENICON, ob. cit., p. 672: “Cada parte deve restituir a exata prestação contratual que recebeu. Tal permite circunscrever a extensão do objeto da obrigação de restituição a cargo de cada um dos contraentes: o credor da obrigação de restituir não deve receber nem mais nem menos do que aquilo que prestou”. O princípio da identidade estrita [“stricte copie”] do refluxo resolutorio e do fluxo contratual conduz o autor a rejeitar que a sorte dos frutos caiba na restituição das prestações, defendendo que haverá que aplicar outras instituições (quase-contratos e responsabilidade civil contratual). “A extensão das restituições deve ser decalcada exatamente sobre a extensão do efeito destrutivo da resolução: só se pode ordenar a restituição do que corresponde a um efeito contratual que foi destruído” (ob. cit., p. 673). Cfr., ainda, p. 693: “A utilidade que o bem proporcionou ao devedor da restituição no intervalo, tal como os frutos que este percebeu, não respeitam à questão das restituições”. Em sentido oposto, CATHERINE GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, p. 443, que defende que a restituição compreende os frutos da coisa ou o valor destes, desde a entrega da coisa e independentemente da boa ou da má fé do obrigado à restituição.

236. CASTRONOVO, ob. cit., p. 813.

recebeu uma prestação, a qual, em seguida à resolução, passa a ser indevida”²³⁶, problema para cuja solução não se poderia deixar de atender à boa fé de quem recebeu a prestação (boa fé que se traduziria no desconhecimento da obrigação de restituir).

Além da questão de saber a partir de que momento é que há que restituir os frutos, discute-se, igualmente²³⁷, quais os frutos a restituir: apenas os efetivamente percebidos pelo *accipiens* ou, também, os frutos que poderiam ter sido percebidos, agindo com normal diligência? Neste aspeto, tendemos a concordar com ALESSANDRO D’ADDA quando o autor afirma que quem recebe uma prestação com fundamento em um título válido e eficaz (como sucede na execução de um contrato que depois vem a ser resolvido) pode legitimamente decidir-se a não tirar os frutos dos seus próprios bens. Assim só haveria que restituir os efetivamente frutos percebidos se estes fossem menos do que os que poderiam ter sido percebidos agindo com a diligência normal²³⁸.

Entende-se, também, geralmente, que as regras aplicáveis aos frutos se devem igualmente aplicar ao uso dos bens.

Importa reconhecer que a lei francesa, após a reforma de 2016 – e contrariamente à jurisprudência dominante da *Cassation* até esse momento²³⁹ – impõe a

237. ALESSANDRO D’ADDA, Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento, Rivista di Diritto Civile 2000, parte II, pp. 529e ss. Sublinhe-se que para D’ADDA (ob. cit., p. 559) a tese que sustenta que a obrigação de restituição dos acessórios existe a partir do momento em que a prestação é executada é a mais coerente com a natureza retroativa dos efeitos da sentença que se pronuncia pela resolução, e com a própria lógica repristinatória que conduz a que ambas as partes sejam reintegradas na situação anterior à execução de prestações que depois ficaram desprovidas de causa, o que abrange o valor de gozo das prestações.

238. Aut. e ob. cit., p. 564. O autor afasta-se assim da tese de LUMINOSO para quem deve ser sempre objeto de restituição o valor objetivo de gozo dos bens, representado pelo valor dos frutos percipiendos com a normal diligência por parte do accipiens. Para LUMINOSO, ob. cit., p. 29, cada uma das partes deveria ter que restituir o valor objetivo de gozo da coisa-mãe, a partir do momento em que a recebeu até ao momento do pedido de resolução. Ocorrida a resolução, judicial ou extrajudicial, o accipiens teria a obrigação de restituir não só os frutos percebidos, mas os que poderia colher e (se superior) o equivalente dos frutos e utilidades perdidos pelo solvens.

239. Segundo informa THOMAS GENICON, Les conséquences de la résolution pour inexécution: la question de l’indemnité d’usage de la chose restituée, Revue de Droit des Contrats 2008, pp. 255 e ss., p. 256, a Cour de Cassation entendia que no caso de resolução de uma compra e venda o comprador não tinha que restituir o valor do uso da coisa. Num caso decidido em 19 de dezembro de 2007 houve um hiato de 11 anos entre a venda de um imóvel (em 1990) e a sua restituição na sequência da resolução (em 2001) e durante esse período os compradores tinham vivido no prédio (durante um segmento temporal) e dado o mesmo de arrendamento (noutro período).

240. Art. 1352-3 Code Civil: “La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s’ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l’état de la chose au jour du paiement de l’obligation”. No entanto, acaba-se por atender, na lei francesa, à boa ou má fé do accipiens, como decorre do artigo 1352-7 que impõe ao devedor de má fé a restituição dos frutos percebidos e do valor de gozo da coisa desde a data da prestação, ao contrário do devedor de boa fé que só tem a que restituir a partir do dia do pedido de resolução (“Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu’il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu’à compter du jour de la demande”).

obrigação de restituição dos frutos e do valor de uso da coisa²⁴⁰ e também a lei alemã impõe ao devedor da restituição a restituição dos frutos, inclusive os que teria podido perceber, bem como a restituição do valor de uso da coisa (§ 346(1) BGB: “die gezogenen Nutzungen herauszugeben”).

Entre nós, a remissão operada quanto aos efeitos da resolução pelo artigo 433.º, com a ressalva dos artigos seguintes, implica, por força do disposto no artigo 289.º n.º 3, a aplicação das regras previstas nos artigos 1269.º e seguintes em relação ao possuidor. Deste modo, o legislador português optou, através desta “dupla remissão” por aplicar as regras sobre a posse, regime que noutros ordenamentos é tido por inadequado^{241/242} em sede de resolução do contrato.

De acordo com os artigos 1270.º e 1271.º há, pois, que distinguir consoante o obrigado à restituição esteja de boa ou de má fé²⁴³. No primeiro caso, o devedor da restituição, estando de boa fé “faz seus os frutos naturais percebidos”, sendo que, de acordo com a letra do preceito que terá de ser interpretada de modo que tenha em conta a especificidade desta situação de resolução, como veremos, terá direito aos frutos “até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem” e “os frutos civis correspondentes ao mesmo período” (n.º 1 do artigo 1270.º). Já o devedor da restituição que esteja de má fé “deve restituir os frutos que a coisa produziu até ao termo da posse e responde, além disso, pelo valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido” (artigo 1271.º do Código Civil).

GERICON, por exemplo, rejeita a aplicação das regras sobre a posse, particularmente porque “as diferenças de regime que ela introduz entre possuidor de boa fé e possuidor de má fé são mal adaptadas nesta sede” e seria necessário, nas suas palavras, “deformar” o conceito de má fé utilizado no âmbito da posse²⁴⁴. Ora, importa reconhecer que os conceitos de boa fé na repetição do indevido e na posse têm, com efeito, de ser adaptados neste contexto.

Na repetição do indevido o *accipiens* está de boa fé quando acredita que a prestação lhe era devida (ou, pelo menos, não tem razões para suspeitar que

241. Refira-se, no entanto, que no passado no ordenamento alemão o BGH invocou as regras da posse: cfr. BGH 14-07-1995, JZ 1996, 151-153 e JuS 1996, 169-170.

242. MARIE MALAURIE, *Les Restitutions en Droit Civil*, Éditions Cujas, Paris, 1991, pp. 34-35, considera que as regras sobre a posse, mormente quanto aos frutos, são inapropriadas para reger as restituições consecutivas a uma nulidade ou a uma resolução porque não têm em conta a reciprocidade das obrigações de restituição.

243. Na doutrina francesa posterior à Reforma veja-se JEAN-BAPTISTE SEUBE, *Le juge et les restitutions*, *Revue des Contrats* 2016, n.º 2, pp. 411 e ss., p. 414, que precisamente se interroga se a boa fé deve apreciar-se tendo em conta a ignorância ou conhecimento do vício que os contraentes tinham no momento da celebração do contrato (sendo certo que na resolução de um contrato válido não há qualquer vício originário) ou se, em alternativa, poderia pensar-se que o contraente que violou os seus deveres contratuais, que pelo seu incumprimento culposos deu causa à resolução ou que fez cessar ilicitamente o contrato é um contraente de má fé para este efeito?

244. GERICON, ob. cit., p. 711.

a mesma não lhe era devida, carecia de causa justificativa). Na posse a boa fé existe se o possuidor não souber que a sua posse está a lesar o direito de outrem. Mas aqui, na hipótese de resolução do contrato, temos alguém que recebeu uma prestação que lhe era devida por força de um contrato perfeitamente válido e eficaz²⁴⁵.

Um segmento da doutrina italiana defende que o juízo sobre a boa ou má fé do *accipiens* seria função da sua posição relativamente ao evento que esteve na origem da resolução. Para LUIGI MOSCO, o incumpridor deve ser considerado de má fé pelo facto de que ele sabe não ter cumprido ou não ter cumprido exatamente^{246/247}. Semelhante é a tese segundo a qual defendida por LIBERTINI e MOSCATI²⁴⁸, segundo a qual o juízo sobre a boa ou má fé do *accipiens* deve, por analogia, transformar-se no juízo sobre a imputabilidade ao *accipiens* do facto que dá lugar à resolução, com a consequência de que a norma sobre o *accipiens* de má fé se aplicaria às obrigações de restituição a cargo do incumpridor, mas não aos eventuais direitos à restituição que lhe possam caber.

Para CARLO CASTRONOVO deveria equiparar-se à boa fé a ignorância da obrigação de restituir. Destarte, a parte “fiel” ao contrato só poderia considerar-se de “má fé” (mormente para efeitos de frutos e benfeitorias) quando tivesse proposto o pedido judicial de resolução ou declarada extrajudicialmente a reso-

245. UGO CARNEVALI, Gli Effetti della Risoluzione, in Il Contratto in Generale, tomo VIII, La Risoluzione, Trattato di Diritto Privato, dir. por Mario Bessone, vol. XIII, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 189 e ss., p. 193: “A qualificação do accipiens como estando de boa ou de má fé, fundamental para determinar o objeto da restituição, não pode ser transportada sic et simpliciter para o campo da resolução: no momento da solutio existe um título, válido e eficaz (o contrato) que justifica o pagamento, pelo que o accipiens deveria, em rigor, ser sempre considerado de boa fé”.

246. Aut. e ob. cit., p. 279.

247. Cfr., também, RODOLFO SACCO, Il Contratto, In Trattato di Diritto Civile Italiano, dir. por Filippo Vassalli, Vol. VI, tomo secondo, UTET, Torino, 1975, pp. 944-945: “Se o contrato comportava prestações instantâneas, a resolução opera retroativamente entre as partes, eliminando assim os efeitos da convenção. Seguir-se-á que as prestações já efetuadas serão sine causa e darão lugar à repetição do indevido ou a restituições do enriquecimento, ressalvados os eventuais danos. Se tal é verdade, serão aplicáveis as normas que o legislador ditou em sede de repetição do indevido e de enriquecimento. Os frutos e os juros serão devidos do dia do pagamento se o accipiens estava de má fé (ou seja, se é o contraente que incumpriu) ou do dia da demanda se estava de boa fé (ou seja, se se trata do contraente fiel)”.

248. Cit apud ANGELO BELFIORE, Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie..., cit., pp. 249-250. BELFIORE, ob. cit., p. 259, critica este entendimento com o argumento de que a noção de má fé como condição psicológica acabaria por ser convertida numa situação de incumprimento imputável (ob. cit., p. 258). CARNEVALI, ob. cit., p. 194, fala de uma equiparação forçada entre a má fé e o incumprimento.

249. CARLO CASTRONOVO, ob. cit., p. 811: No caso da parte que incumpe o contrato, o conhecimento da obrigação de restituir coincide com o incumprimento ou com um momento anterior, uma situação objetivamente verificável que torna impossível o cumprimento e que o devedor não pode ignorar, ou com a comunicação do seu incumprimento pela outra parte (vícios da coisa denunciados pelo comprador ao vendedor). Para a parte fiel o conhecimento da obrigação de restituição coincide com a proposição da demanda de resolução ou factos equiparados (decorreu o termo essencial, do evento constante de cláusula resolutiva, exercício da cláusula resolutiva expressa). O autor não equipara propriamente incumprimento e má fé, mas defende que existe má fé quando se tem consciência ao menos da possibilidade de vir a ter de restituir o bem (ob. cit., p. 814). Repare-se, todavia, que caso se exija o conhecimento efetivo da existência do dever de restituição, então, como destaca CARNEVALI, ob. cit., p. 194, tal critério, se aplicado com rigor, conduziria a que o momento da propositura da ação de resolução (ou da declaração de resolução) seria o

lução²⁴⁹, ao passo que o contraente incumpridor já poderia contar com a possibilidade de resolução antes disso – imagine-se a hipótese da parte que em uma permuta entrega um bem que sabe ser defeituoso ou o comprador que deixa de pagar o preço.

A questão tem também sido debatida na doutrina pátria. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA defende que “[o] adquirente da coisa alienada através do contrato resolvido deverá ser considerado como possuidor de boa fé sujeitando-se ao regime do artigo 1270.º do Código Civil, até ao momento em que o titular do direito de resolução o atue – e deverá ser considerado possuidor de má fé, sujeitando-se ao regime do artigo 1271.º, desde o momento em que o titular do direito de resolução o exerça”²⁵⁰.

PEDRO ROMANO MARTINEZ²⁵¹, por seu turno, afirma o seguinte sobre o tema:

“A boa ou má fé da parte obrigada a devolver a prestação tem de ser analisada à luz do artigo 1260.º do CC: a posse presumir-se-á de boa fé por se encontrar titulada pelo contrato que será, posteriormente, resolvido (artigo 1260.º n.º 2 do CC), mas a presunção ilide-se sempre que se demonstre que o contraente sabia que estava a lesar direito da contraparte. Assim, se uma das partes celebra o contrato sabendo, desde logo, que não iria cumprir a sua prestação, viabilizando a resolução pela contraparte, pois pretendia auferir da vantagem do bem recebido, estará de má fé. Mas o afastamento da presunção de boa fé não se verifica só nestas situações limite, pois a atuação culposa de uma parte que, desse modo, viabiliza a resolução pela contraparte poderá igualmente permitir que, com facilidade, se conclua que aquele contraente atuou de má fé”.

Tendemos a concordar com este autor. Havendo uma resolução por incumprimento em que existe uma parte “fiel” ao contrato e um incumpridor afigura-se-nos que a posição das partes não é simétrica e que tal assimetria tem de ser levada em linha de conta para decidir quem deve ser tratado para efeitos de frutos e benfeitorias de modo equivalente a um possuidor de boa fé e quem

momento relevante para avaliar o estado psicológico de ambos os contraentes. Com efeito, para o contraente que resolve o contrato é apenas no momento em que ele opta pela resolução que ele sabe que deve restituir a prestação que recebeu e para o contraente incumpridor é também só nesse momento – e não no momento do incumprimento – que sabe que o outro escolheu a resolução e com tal escolha suprimiu a iusta causa retinendi.

250. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, ob. cit., p. 886.

251. PEDRO ROMANO MARTINEZ, Da Cessação do Contrato..., cit., p. 188.

deve ser, ao invés, tratado como um possuidor de má fé. O contraente “fiel” que resolve o contrato em razão do incumprimento alheio deve, na nossa opinião, ser tratado como o possuidor de boa fé, até ao momento em que opte por resolver o contrato, momento em que não pode ignorar a obrigação que passa a existir de restituir a coisa que recebeu. Antes desse momento e mesmo que, por exemplo, já se tenha apercebido do defeito da coisa que lhe foi vendida, a resolução é apenas uma faculdade que pode ou não vir a exercer. Já quanto ao contraente incumpridor haverá que atender ao momento em que em razão do seu incumprimento pode contar com a possibilidade de o contrato vir a ser resolvido – por exemplo, o momento em que deixou de pagar o preço (na hipótese de resolução de uma compra e venda por falta de pagamento do preço) ou o momento em que entregou uma coisa cujo defeito essencial conhecia ou não podia deixar razoavelmente de conhecer.

Sublinhe-se que a lei distingue os encargos com a coisa (artigo 1272.º) e as benfeitorias (artigo 1273.º). Os encargos serão repartidos em função da atribuição dos frutos (“na medida do direito de cada um deles sobre os frutos no período a que respeitam os encargos”). Pode questionar-se se não deverá também ser essa a regra aplicável aos encargos necessários para o uso da coisa²⁵².

11. O eventual concurso entre resolução e reparação do dano

Porventura uma das questões mais debatidas²⁵³ é a que respeita não propriamente aos efeitos da resolução, mas à indemnização que pode ser pedida conjuntamente com a resolução por incumprimento. Se é hoje pacífico – mesmo na Alemanha – que os dois “remédios” podem ser cumulados, persiste um aceso debate

253. A questão já se colocou em França com as despesas não com uma coisa, mas com um animal. A Cour de cassation francesa considera, em regra, que quando a venda é resolvida o vendedor deve proceder ao reembolso das despesas necessárias ou úteis para a conservação do bem. Em um acórdão de 19 de fevereiro de 2014 tratou-se da resolução de uma compra e venda de um cavalo que não tinha as qualidades requeridas (e asseguradas pelo vendedor) para a competição. Todavia, o cavalo tinha podido ser utilizado quer para reprodução, quer para adestramento pela filha do comprador. Neste caso, e como o animal tinha podido ser utilizado pelo comprador, o Tribunal entendeu que as despesas com manutenção do mesmo deviam ficar por conta do comprador que não teve direito ao reembolso das mesmas. Sobre este caso cfr. HUGO BARBIER, *L'étendue des restitutions consécutives à la résolution du contrat*, *Revue trimestrielle de droit civil* 2014, pp. 363 e ss., autor que, aliás, critica desfavoravelmente a solução.

entre a interação entre eles e a medida do dano que deve ser reparado.

Antes de mais, queremos deixar bem claro que esta não é, em rigor, uma das questões que são objeto deste estudo, o qual se circunscreve aos efeitos da resolução por incumprimento. A resolução e a reparação do dano são remédios distintos²⁵⁴ que podem cumular-se e que podem ter o mesmo fundamento, o incumprimento do contrato – embora também aqui se deva ter presente que a resolução pressupõe um incumprimento grave, mas não necessariamente culposos, e a indemnização por seu turno, não só supõe um dano e, em regra, a culpa do responsável (ainda que tal culpa se presuma na responsabilidade contratual), como poderá ocorrer mesmo face a incumprimentos que embora danosos não são tão graves que justifiquem a resolução. Em suma, ainda que possa haver, no caso concreto, um concurso entre estes dois remédios, eles não se confundem, embora possam interagir^{255/256}.

Com efeito, e por exemplo, a restituição das prestações realizadas em execução do contrato que acaba por ser resolvido, caso tenha lugar, é suscetível de ter repercussões sobre o dano a indemnizar. Na realidade, e ainda que a restituição, como já atrás referimos não seja em rigor uma reparação do dano, ela tem um impacto sobre a extensão do dano a indemnizar, já que a aferição do dano se situa a jusante das operações de restituição²⁵⁷. Do mesmo modo, se chegarmos à conclusão de que uma das partes deve, para efeitos por exemplo de frutos, na-

254. Para FABRIZIO PIRAINO, *Danno da Risoluzione*, in *Le Parole del Diritto*, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, tomo I, pp. 467 e ss., p. 467, é mesmo “uma das questões mais controvertidas do direito das obrigações e dos contratos”. Na doutrina alemã cfr., por todos, FLORIAN FAUST, *Anmerkung BGH Urteil v. 28.11.2007*, *Juristenzeitung* 2008, n.º 9, pp. 471 e ss., que afirma que resolução e ressarcimento do dano têm escopos essencialmente diversos. O autor considera que a resolução do contrato visa colocar as partes no essencial na situação em que estavam antes da conclusão do contrato, ao passo que o ressarcimento do dano, a indemnização, visa colocar o credor na situação em que ele estaria se o contrato tivesse sido corretamente cumprido, pelo que estes diferentes escopos entram em conflito quando se cumula resolução e ressarcimento do dano.

255. Pensamos que assiste toda a razão a ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento*, ob. cit., p. 18, quando sublinha que é “necessário distinguir resolução do contrato, por um lado, e ressarcimento do dano, por outro, constituindo eles medidas de tutela com pressupostos, finalidades substanciais e efeitos formais nitidamente diferentes”. Cfr., também p. 185: “resolução e ressarcimento constituem duas técnicas distintas de tutela face à não atuação do intercâmbio”. Repare-se, contudo, que o autor destaca que os dois mecanismos de tutela reagem a um incumprimento do contrato e podem integrar-se,

combinando os seus efeitos de modo a conseguir uma tutela adequada do contraente fiel (ob. cit., p. 216).

256. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo...*, cit., p. 1648: “[R]esolução e indemnização constituem dois distintos “remédios”: o primeiro, com origem no sinalagma das prestações, permitindo a restituição do prestado; o segundo, com fins ressarcitórios, conduzindo ao ressarcimento dos prejuízos (sendo que existe, evidentemente, interferência do primeiro no segundo por com o cumprimento das obrigações de restituição ficar reduzido o dano)”.

257. Ac. STJ de 24-01-2017, processo n.º 1725/13.6TVLSB. C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA): “(...) II. A resolução e a indemnização constituem, como tem sido reconhecido, remédios distintos, permitindo aquela a restituição do que foi prestado e esta o ressarcimento dos prejuízos; como remédio sinalagmático para o incumprimento do devedor, a resolução não pode pôr em causa outras consequências deste incumprimento, não consumidas por aquele; III. O credor pode, pois, cumular a resolução com a indemnização, devendo esta ser integral, abrangendo todos os danos causados pelo incumprimento contratual; IV. Qualquer vantagem que advenha para o credor, em resultado do não cumprimento, deve ser deduzida na indemnização; não pode constituir uma fonte de enriquecimento do credor”.

turais e civis, ser tratada como um possuidor de boa fé, tendo, por conseguinte direito aos frutos percebidos, a outra parte não pode pretender, obviamente, com base na invocação da responsabilidade civil, uma indemnização pela perda de tais frutos, sob pena de a ordem jurídica “dar com uma mão e retirar com a outra”²⁵⁸. Há, assim, que atender aos efeitos, mormente restitutórios, da resolução para depois calcular o dano indemnizável²⁵⁹.

Tradicionalmente o debate centrou-se sobre a alternativa entre a consideração do interesse contratual negativo – e, por conseguinte, calcular o dano tendo como ponto de referência qual seria a situação do contraente lesado se o contrato nunca tivesse sido celebrado²⁶⁰ – e a do interesse contratual positivo – fazendo-se então, no âmbito da teoria da diferença, o cotejo entre a situação atual (no momento da audiência de discussão e julgamento) do lesado e aquele em que ele

258. Assim ALESSANDRO GNANI, *Retroattività di effetti della risoluzione e contenuto dell'obbligo restitutorio*, NGCC 2003, I, pp. 15 e ss., p. 17: “Uma vez que a machinery restitutória tenha operado, ripristinando a inicial composição qualitativa do património de cada uma das partes, pode eventualmente operar a tutela ressarcitória do incumprimento. A relação entre as duas configura-se em um sentido unidirecional: o papel metodologicamente primário cabe ao remédio restitutório; só sucessivamente, ou seja, quando esteja restabelecida a situação de facto conforme ao direito (id est: eliminada qualquer atribuição sine causa) pode surgir [“venire in luce”] o ressarcitório, com uma função precisa: eliminar as perdas patrimoniais que subsistam, após a restituição, e que sejam consequência do incumprimento da contraparte”. No mesmo sentido já se pronunciava LUBOMIR DIKOFF, *Studi sulla risoluzione dei contratti bilaterali secondo l'art. 1165 del C.C. italiano*, Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. CIII, 1930, pp. 3 e ss., p. 14: O prius lógico é a resolução e o momento posterior a condenação na indemnização.

Por outro lado, para PIETRO TRIMARCHI, *Il Contratto: Inadempimento e Rimedi*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 74, os juros e os frutos que o contraente cumpridor não vai ter de restituir podem vir a ser deduzidos no seu dano, para efeitos de responsabilidade civil.

259. CLAUDIO TRANQUILLO; ob. cit., p. 833: “O ressarcimento garante que a parte fiel ao acordo consiga a vantagem líquida que teria de outro modo conseguido com a execução do contrato, mas tal pressupõe que o património da parte fiel seja reintegrado, do ponto de vista quantitativo, também da

prestação que efetuou. Mas então, a retroatividade não é mais que um instrumento finalizado a integrar o completo ressarcimento do dano; ressarcimento que parece possível mesmo quando a retroatividade não está em condições de operar por exemplo pelo perecimento da prestação executada pelo solvens (...) o prius do qual se deve partir é a situação patrimonial em que a parte fiel ao acordo se encontraria se este último tivesse sido corretamente executado [“regolare esecuzione”]: a diferença relativamente à situação anterior ao contrato representa o dano ressarcível. Desconta-se em tal dano o que tiver sido restituído”.

260. PIRAINO, ob. cit., p. 483, refere que para a tese do interesse contratual negativo, o dano da resolução é identificado “com as despesas inutilmente realizadas para a conclusão do contrato e para colocar-se em situação de poder cumprir o contrato, ou, mais em geral, com as somas despendidas confiando na execução do contrato a que acrescem os ganhos que não se obtiveram e que poderiam ter sido obtidos de negócios alternativos a que a parte fiel renunciou ao vincular-se ao contrato mais tarde violado e resolvido”.

261. PIRAINO, ob. cit., p. 477: “A versão mais difundida da tese do dano da resolução parametrizado pelo interesse contratual positivo considera que o ressarcimento deve ser igual: ao valor esperado pela execução exata e correta da prestação; à dimensão das perdas ulteriores, ditas danos consequenciais; menos o valor da prestação não executada pela parte final ou que lhe foi restituída, os custos que poupou, sempre que a parte fiel não tenha executado, no todo ou em parte, a sua própria prestação, as utilidades substitutivas, ou seja, os lucros que a parte fiel eventualmente retirou com outros empregos lucrativos das somas que poupou a partir do momento do incumprimento da contraparte, as perdas evitáveis ex artigo 1227(2) c.c., a que deve acrescentar-se as despesas eventualmente ocorridas para preveni-las”.

se encontraria caso o contrato tivesse sido correta e pontualmente cumprido²⁶¹. Mas, como veremos, há quem critique a distinção e, sobretudo, quem considere que existe “um dano da resolução” que ficaria, por assim dizer, a meio caminho entre um e outro.

Antes de mais, sublinhe-se que o interesse contratual negativo nem sempre é inferior ao interesse contratual positivo. Este último, aliás, como interesse de ordem patrimonial pode nem sequer existir até porque o contrato que foi resolvido podia ter por escopo a satisfação de outros interesses que não interesses patrimoniais.

Usando um exemplo de GENICON²⁶², suponha-se que uma associação de benemerência organiza uma conferência de acesso livre e gratuito para sensibilizar a comunidade para os seus escopos: arrenda um espaço, tem despesas de publicidade, contrata seguranças e outro pessoal, envia convites, aluga equipamento de som e imagem, mas o espaço tomado de arrendamento não está disponível no dia combinado. Aqui o dano patrimonial que o contraente “fiel” pretenderá que seja ressarcido consistirá sobretudo nas despesas que fez em antecipação ou preparação da conferência que não se veio a realizar por força do incumprimento do outro. Daí que ao menos nestes casos se deva reconhecer ao contraente “fiel” o direito de optar por uma indemnização pelo interesse contratual negativo. Em Itália este direito de opção é defendido por alguma doutrina^{263/264}, ainda que com diferente amplitude^{265/266}, embora a doutrina dominante rejeite tal opção, com o

262. Aut. e ob. cit., p. 725. O autor questiona “como avaliar o interesse positivo quando a vantagem que o contraente fiel procurava obter pela execução do contrato era essencialmente “moral”, “não patrimonial”? Cfr., também, RODOLFO SACCO, *Concordanze e Contraddizioni in Tema di Inadempimento Contrattuale (una Veduta d’Insieme)*, Europa e Diritto Privato, 2001, n.º 1, pp. 131 e ss., p. 140: “O ressarcimento representa a eliminação de uma perda; remete o património do credor na situação em que este último se teria encontrado se o contrato tivesse sido cumprido. Se isto é verdade, muito frequentemente o credor nada pode exigir com este fundamento”. O autor dá vários exemplos: se alguém contrata com outrem o transporte para ver a exibição de um filme, um concerto ou a passagem de um cometa e se o devedor não o transporta como acordado o interesse do credor era sobretudo de natureza estética.

263. PIETRO SIRENA, ob. cit., p. 151: “É objetivamente racional que em alternativa ao dano de primeiro tipo (do incumprimento) a parte fiel ao contrato possa pretender o ressarcimento do dano de segundo tipo (o dano da confiança)”.

264. E também na Alemanha. Cfr. ULRICH HUBER, *Schadensersatz statt der Leistung*, Archiv für die civilistische

Praxis 210 (2010), pp. 319 e ss., pp. 344-345. O autor admite que se desse ao credor a opção de escolher a indemnização pelo interesse contratual negativo e refere que essa era a opção da comissão que elaborou o projeto de reforma do direito das obrigações (p.345, n. 70), embora tal proposta não tenha sido inteiramente acolhida no texto final da reforma (ver o § 284 BGB referido no texto). O credor deveria poder exigir ser colocado na situação em que se encontraria se o contrato não tivesse sido celebrado procurando recuperar despesas que se tornaram inúteis pelo incumprimento do outro, como despesas com o próprio contrato ou com a preparação e execução da própria prestação. Trata-se de custos que normalmente são condição para obtenção de um lucro, pelo que havendo um lucro cessante serão abrangidos pelo interesse contratual positivo. Mas não o são se o negócio fosse em todo o caso e mesmo que tivesse sido cumprido um mau negócio para o credor.

265. Cfr., por todos, ANGELO LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento e risarcibilità del danno per le spese fatte per il contratto*, Rivista Giuridica Sarda 2011, pp. 113 e ss., p. 117. Como o autor refere, um pequeno segmento da doutrina italiana admite esta opção (assim o próprio LUMINOSO e BIANCA) com relativa amplitude. Outro segmento só o permite quanto às despesas inutilmente efetuadas para celebrar o contrato e quanto às despesas inúteis e não recuperáveis para preparar o cumprimento, quando

argumento de que a mesma permitiria ao contraente “fiel” “escapar de um mau negócio”²⁶⁷. A Reforma alemã só acolheu parcialmente esta orientação no § 284 do BGB, preceito que consagra apenas uma indemnização parcial do dano de confiança. Assim só consideram indemnizáveis as despesas que tenham sido realizadas para fins não rentáveis/lucrativos, despesas com escopos ideais ou para a vida privada (“privaten Lebensunterhalt oder dem Vergnügen dienen”), e sujeitas ao controlo da equidade. Mesmo assim a inovação parece-nos importante, porque em alguns contratos a principal componente do dano sofrido pelo lesado pode não ser um lucro cessante patrimonial²⁶⁸.

A visão da resolução como causa extintiva do contrato parecia apontar, quando não para a rejeição de qualquer indemnização para o resolvente – já que este tinha optado por resolver o contrato em vez de exigir o seu cumprimento – como sucedia no BGB antes da Reforma, pelo menos para uma indemnização calculada pelo interesse contratual negativo. Se o contrato deixava de existir por opção do resolvente, parecia um paradoxo ainda assim consentir-lhe pedir a reparação do dano que resultaria de este não ter sido cumprido e, designadamente, o lucro que esperava obter do contrato²⁶⁹. Como diz o provérbio inglês, não se pode pre-

o interesse positivo não seja facilmente demonstrável ou quando a prestação visava satisfazer interesses não patrimoniais, mas já não quanto às ocasiões de ganho perdidas (assim TRIMARCHI e VILLA). Com efeito, PIETRO TRIMARCHI, *ob. cit.*, p. 103, só parece admitir a opção de modo limitado (“apenas o ressarcimento das despesas razoáveis inutilmente realizadas é economicamente justificável e oportuno, quando o interesse lesado não seja avaliável, ou não seja facilmente avaliável, em dinheiro”).

266. Também em França THOMAS GENICON, *ob. cit.*, p. 741, parece defender que o resolvente deve ter uma opção entre ser indemnizado pelo interesse contratual positivo ou pelo negativo.

267. ANDREA NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, Europa e diritto privato 2012, n.º 3, pp. 783 e ss., p. 796: Permitir que a parte que resolveu o contrato optasse pelo interesse negativo seria contraditório: a resolução é uma opção. A parte fiel ao contrato se optasse pelo interesse contratual negativo entraria em contradição com a própria avaliação da conveniência do negócio feita no momento da celebração do contrato. BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y Sinalagma Contractual*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 237, quem resolve o contrato “não pode optar pelo interesse contratual negativo, nem sequer quando for superior ao interesse contratual positivo, pois a função da responsabilidade civil contratual é de o ressarcir pelos danos causados pelo incumprimento e não libertá-lo dos resultados de um mau negócio”.

268. Em todo o caso, sem esquecer, como destaca ANDREA MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 276, que haverá que verificar se as referidas despesas inutilmente suportadas tendo em vista o contrato foram razoáveis face à operação contratual para a qual foram realizadas e se, e em que medida, tais despesas conservam utilidade fora da operação económica frustrada.

269. Assim MARIA ROSARIA MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, *Guirispudenza Italiana* 1985, parte I, 1, cols. 369 e ss., col. 375, considera em certo sentido excessiva (“exorbitante”) a tutela concedida ao indemnizar-se na resolução do contrato o interesse contratual positivo. O contraente fiel acabaria por realizar dois interesses diferentes e mesmo opostos: o interesse em repristinar a composição qualitativa do seu património que pré-existia à celebração do contrato (e, portanto, o interesse em readquirir a plena disponibilidade da sua própria prestação) e o interesse equivalente àquele que a execução do contrato lhe teria proporcionado “em forma específica”, ou seja, conseguir as vantagens económicas que o intercâmbio de prestações lhe deveria proporcionar (a realização daquela composição quantitativa do património programada através do contrato). Estas consequências transcenderiam a visão da resolução como visando tutelar apenas o equilíbrio sinalagmático entre as prestações, assumindo antes um cariz sancionatório. Sublinhe-se que para a autora, *ob. cit.*, cols. 375-376, o interesse negativo não compreende apenas as despesas processuais com a ação de resolução, mas também as despesas incorridas para celebrar o contrato que acabou por

tender comer o bolo e ao mesmo tempo guardá-lo...

Na realidade, a contradição ou paradoxo são meramente aparentes²⁷⁰. Ao resolver o contrato por força do incumprimento da contraparte, o resolvente não renuncia ao lucro que esperava retirar dele²⁷¹. Na sugestiva construção de BELFIORE²⁷², o ordenamento atribui à resolução a tarefa não de cancelar o contrato do mundo do direito, mas de o transformar de tal modo que, eliminado como fonte de uma certa composição qualitativa do património, permanece vivo enquanto mecanismo de legitimação de um incremento patrimonial. E como muito bem realça FERNANDO PANTALEON “[o] contraente que resolve não tem porque querer, nem em regra quererá, que tudo suceda como se o contrato resolvido nunca tivesse sido celebrado, mas apenas limitar o prejuízo que o incumprimento da outra parte lhe poderia causar, recuperando o objeto da prestação já realizada ou

ser resolvido e, porventura, mesmo as despesas adicionais com novas tentativas para celebrar outros contratos se tais despesas forem maiores do que seriam inicialmente (parece-se que se trata do maior custo com tais despesas comparativamente com o que teria sido gasto no momento da celebração do contrato que “falhou”).

270. FERNANDO PANTALEON, *Resolución por incumplimiento e indemnización*, Anuario de Derecho Civil 1989, vol. 42, n.º 4, pp. 1143 e ss., p. 1153: a tese segundo a qual a resolução do contrato, em consequência da sua natureza e efeitos retroativos acarretaria a ineficácia do contrato ex tunc e seria por isso mesmo incompatível com a indemnização pelo interesse positivo seria “um argumento de pura lógica formal e construído, além disso, sobre areias movediças, porquanto pressupõe a sua premissa maior – a resolução significa ineficácia do contrato ex tunc e com isso o decaimento ab initio das obrigações que nele têm a sua fonte – sem a demonstrar”.

271. NICOLUSSI, ob. cit., p. 793: “O dano da resolução consistiria no lucro cessante (“mancato guadagno”) que o cumprimento da prestação teria proporcionado ao contraente fiel em função da inserção da prestação na sua peculiar organização patrimonial, subtraído o custo da própria prestação. Esse lucro cessante corresponde ao interesse positivo de cada uma das partes no contrato e é o que justifica racionalmente o sinalagma em sentido subjetivo, ou seja, a equivalência acordada pelas partes no contrato, em medida que não coincide necessariamente com o sinalagma em sentido objetivo, isto é, calculado com relação aos valores de mercado das prestações corresponsivas. Cada uma das partes adere ao sinalagma em sentido subjetivo, prometendo-se mutuamente obter a prestação a que tem direito e o lucro que desta pode derivar na sua própria esfera subjetiva, subtraído do custo da prestação a seu cargo. É este cálculo custo-benefício que pode conduzir a aceitar um corresponsivo inferior ao valor de mercado. Mas tal interesse positivo, que a parte fiel pode pedir que seja tutelado em

forma específica mediante a ação para o cumprimento exato (794), já só pode ser tutelado com um sucedâneo económico, e, portanto, por equivalente, caso opte pela resolução. Se, por conseguinte, a resolução constitui um contra efeito, no sentido de que desvincula as partes das suas recíprocas obrigações, não prejudica o interesse positivo em forma equivalente, não deve eliminar o contrato como instrumento de realização do lucro que a parte fiel procurava realizar e relativamente ao qual conserva o direito ao ressarcimento mesmo depois da resolução. Este aspeto mostra a diferença relativamente ao dano do incumprimento cuja reparação pode ser solicitada na hipótese em que, na falta de resolução, a obrigação da contraparte: enquanto nestes casos o credor tem direito tanto ao equivalente pecuniário da prestação [não executada pelo incumpridor], como ao lucro cessante, a parte fiel que tenha exercido a ação de resolução, renunciando formalmente com esta opção à contraprestação e tornando definitivo o incumprimento, pode pedir apenas o lucro cessante”.

272. ANGELO BELFIORE, *Risoluzione per Inadempimento e Obbligazioni Restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, pp. 245 e ss., p. 281. Cfr., igualmente, p. 279: Através da resolução o ordenamento tutela o interesse do contraente fiel na eliminação do aspeto qualitativo da alteração patrimonial originariamente prevista. Mas, ao mesmo tempo, o ordenamento tutela o interesse do contraente fiel em conservar o incremento patrimonial baseado no contrato. A resolução dará nascimento a um novo direito, um direito de crédito pelo diferente valor das posições jurídicas do autor respetivamente adquiridas e perdidas na sequência da resolução.

273. Aut. e ob. cit., p. 1165.

conseguindo poder dispor livremente da coisa ainda não prestada”²⁷³.

Sublinhe-se, em todo o caso, que este interesse contratual positivo pelo qual se deve aferir o dano sofrido pelo contraente “leal” que resolve o contrato por força do incumprimento do outro não coincide exatamente com o dano indemnizável caso o contraente “leal”, em vez de resolver o contrato, exigisse, por exemplo, o seu cumprimento²⁷⁴ (nos casos em que tal seria ainda possível): há que ter em conta, como atrás já dissemos, o “funcionamento” das restituições: o contraente “fiel” não teve que realizar a sua prestação (ou parte dela) ou recuperou-a e pode conservar, enquanto se pôde considerar como estando em situação equivalente à do possuidor de boa fé, os frutos percebidos e o valor de uso retirado da prestação que vai restituir. E isso mesmo foi, aliás, afirmado por um dos primeiros autores que na doutrina nacional defenderam que a resolução do contrato era compatível com a indemnização pelo interesse contratual positivo, BAPTISTA MACHADO: “a resolução é incompatível com a chamada “grande indemnização”, ou seja, com a indemnização que abranja o valor da própria prestação do devedor que, através da resolução, é “rejeitada””²⁷⁵.

Refira-se, todavia, que em Itália se tem desenvolvido uma tese intermédia cujos partidários, aliás, frequentemente criticam a alternativa interesse contratual negativa/interesse contratual positivo, procurando autonomizar o chamado “dano da resolução”²⁷⁶. A premissa é a de que o incumprimento não extingue a obrigação e, quer se entenda que a resolução faz cessar o contrato ou, antes, alte-

274. E daí que para ANGELO LUMINOSO, *Della Risoluzione per Inadempimento*, ..., cit., p. 230, se possa falar de um “dano da resolução”, mas utilizando a expressão com cautela: trata-se ainda de um dano resultante do incumprimento, ainda que “mediatizado” pela resolução e em que a determinação da sua existência e grandeza pressupõe que se tenha em conta o valor da prestação de que o lesado resolvente readquiriu (ou não teve que realizar).

275. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 125 e ss., p. 182. Cfr., igualmente pp. 175-176: “O referido direito à indemnização, mesmo nos casos em que o credor opte pela resolução, há-de reportar-se em dados termos ao interesse positivo ou de cumprimento. O que ele não pode abranger, obviamente, é o valor (total) da prestação “rejeitada”, uma vez que o direito do credor a esta cai por força da resolução. Mas já deve abranger os prejuízos sofridos com o incumprimento verificado (lucro cessante, outros danos decorrentes do vício da prestação, da sua inadequada execução, etc.) – na medida em que sejam danos efectivamente decorrentes da prestação incompleta ou inexacta e o credor não os poderia ter evitado optando pelo outro remédio (redução), que não pela (176) resolução”.

276. GIUSEPPE GRISI, *Responsabilità e risoluzione del contratto*, Le Parole del Diritto, Scritti in Onore di Carlo Castronovo, Jovene Editore, 2018, vol. III, pp. 1665 e ss., [também publicado em *Europa e Diritto Privato* 2018, n.º 4, pp. 1129 e ss.] p.1674: O dano do incumprimento e o dano da resolução não se colocam no mesmo plano e este último deveria ser considerado uma categoria autónoma de dano (cfr., também p. 1679). Cfr., também, CASTRONOVO, ob. cit., pp. 835-836: “Sustentar que o ressarcimento possa reportar-se ao interesse positivo, isto é, ao interesse no cumprimento significa impor ao incumpridor a satisfação desse interesse, que com o pedido de resolução se declara não pretender mais prosseguir. É evidente que o interesse perseguido pelo resolvente não é o do cumprimento, mas sim o da integridade do património. Mas este também não se identifica com o interesse negativo”.

277. Neste sentido cfr. BIAGIO GRASSO, *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e “sanzione” del inadempimento*, in *Saggi sull’eccezione d’inadempimento e la risoluzione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 11 e ss. (estudo originariamente publicado na *Rassegna de Diritto Civile* 1990, pp. 270 e ss.) e do mesmo autor, *Disposizione “novativa” del credito e risoluzione del contratto*

ra o seu conteúdo²⁷⁷, a mesma é sempre uma opção do resolvente²⁷⁸. Para GRISI, quem opta por desembaraçar-se de um contrato, não pode pretender ser colocado na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. A resolução dá a possibilidade ao contraente fiel de desembaraçar-se, liberar-se do vínculo, recuperando a prestação que já efetuou e de poder, o mais rapidamente possível, dirigir-se ao mercado para satisfazer o interesse que o contrato resolvido não satisfaz e deve partir-se da resolução – e não do incumprimento – para avaliar o prejuízo, o dano indenizável²⁷⁹. Mas qual seria, então, o dano específico a indenizar na sequência da resolução? Não seria o lucro a obter através da execução do contrato, execução que o contraente rejeitou com a sua opção pela resolução²⁸⁰, mas o dano que pode resultar de terem, entretanto, piorado as condições de mercado: maiores custos suportados ou a suportar para satisfazer o interesse que o contrato resolvido deveria ter permitido realizar²⁸¹.

per inadempimento, in *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 23 e ss. (estudo originariamente publicado na *Rassegna de Diritto Civile* 1985, pp. 39 e ss.), que defende que quem escolhe a resolução exerce um poder dispositivo-novativo e, em vez do remédio alternativo da execução forçada do próprio crédito contratual, prefere à utilização direta do objeto do seu direito de crédito o seu valor de câmbio e a liberação da obrigação correspondente a que estava obrigado. Em conformidade sustenta, no seu estudo *Risoluzione del contratto per inadempimento e tutela risarcitoria*, in *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 35 e ss., p. 40, que a opção pela resolução implica que o resolvente opta por readquirir a disponibilidade da sua própria prestação (com a possibilidade de a recolocar imediatamente no mercado, porventura em condições mais vantajosas), em vez de exigir o objeto da contraprestação a que tinha direito pelo contrato e o cálculo do dano sofrido pelo resolvente não pode deixar de ter em conta esta sua opção. Para o autor não seria suficiente, como faz a doutrina dominante, afirmar que na determinação do dano contratual segundo o interesse positivo se deveria ter em conta o que o resolvente readquiriu com a resolução, ou seja, a aquisição da plena disponibilidade do bem que constituía a sua própria prestação. Assim, o ressarcimento do dano que pode (mas não tem de) acompanhar a resolução não pode tender à reconstituição do conjunto quantitativo do património que teria resultado do cumprimento do contrato e da aquisição programada do bem devido pelo contraente incumpridor, já que o resolvente optou por trocar a aquisição programada por uma outra que deve considerar-se ao menos equivalente à primeira (ob. cit., p. 46). Mas note-se que o autor admite que, excecionalmente, a resolução não seja incompatível com a subsistência do interesse creditório primário. Dá

como exemplo, a hipótese de um comprador empresário que perante o incumprimento do vendedor/fornecedor resolve o contrato para obter a disponibilidade do preço para tentar conseguir no mercado a mesma mercadoria de modo a não atrasar ou interromper a sua atividade produtiva. Aqui o maior custo em obter no mercado a mesma mercadoria seria um dano que o vendedor que tivesse culpa no incumprimento do contrato deveria ter de indemnizar (ob. cit., p. 54).

278. GIUSEPPE GRISI, ob. cit., p. 1684: “Se num contrato de prestações correspondentes face ao incumprimento grave de um dos contraentes, o outro só tivesse a resolução como remédio, seria plausível conceber o ressarcimento *statt der Leistung*, ainda que eventualmente depurado do valor da contraprestação. Mas a resolução é fruto de uma livre escolha do contraente, alternativa à que seria praticável do ressarcimento substitutivo, o que implica a permanência do vínculo de cumprimento da própria prestação”.

279. GRISI, ob. cit., p. 1688.

280. No mesmo sentido, embora orientando-se abertamente pelo interesse contratual negativo, ANDREA MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 118-119. “O pedido de resolução pela parte fiel representa, vale como [“funge da”] renúncia à prestação a que tinha direito a receber por força do contrato” (p. 119; ver também p. 132). A indemnização pelo interesse positivo seria, assim, um remédio excessivo.

281. GRISI, ob. cit., p. 1689.



Sem negar, de modo algum, a importância da escolha atribuída ao contraente de optar por exigir o cumprimento do contrato ou, antes, pela sua resolução²⁸², parece-nos que não deve nem exagerar-se o alcance da escolha, nem, sobretudo, esquecer que a mesma é, por assim dizer, uma escolha “forçada”²⁸³ pelo incumprimento da outra parte²⁸⁴. A parte inocente, confrontada com a situação de um devedor que não pode ou não quer cumprir, tem de escolher o “menor mal”, sendo que não lhe é exigível continuar a esperar pela execução do contrato, porventura num contexto em que a situação económica do devedor ameaça degradar-se e as condições do mercado podem tornar-se menos favoráveis, mas tal opção não tem o valor de uma renúncia ao lucro que porventura esperava retirar da execução correta e pontual do contrato^{285/286}. •

282. A importância da opção foi historicamente enfatizada por GIUSEPPE OSTI, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento, Fundamento e Principi Generali*, in Scritti Giuridici, Giuffrè Editore, Milano, 1973, pp. 401 e ss. (na p. 402 informa-se que uma versão provisória deste texto foi publicada em 1922), p. 423: “Importante e significativo é, por um lado, o direito de opção do credor entre resolução e execução, quando esta seja ainda possível, e, por outro lado, a obrigação de ressarcimento do dano que surge a cargo do devedor incumpridor não obstante a resolução do contrato. Esta última particularidade demonstra que a resolução do contrato determinada pelo incumprimento não é plena e completa, mas apenas parcial (de tal modo que só impropriamente se pode chamar de resolução) enquanto deixa subsistir um importante efeito jurídico que tem precisamente a sua causa no contrato e cujo conteúdo não é senão o equivalente da falta de realização específica do interesse assegurado pelo contrato a um dos contraentes (...) o direito de escolha do devedor entre execução e resolução é também significativo ou porventura ainda mais. Este caracteriza o instituto em todas as suas fases históricas e em todas as suas modalidades nas suas diversas possíveis aplicações”.

283. ADOLFO DI MAJO, *Restituzione e responsabilità nelle obbligazioni*, Rivista Critica del Diritto Privato 1994, ano XII, n.º 3, pp. 291 e ss., p. 299: quem resolve é constrangido pelo incumprimento alheio a fazê-lo.

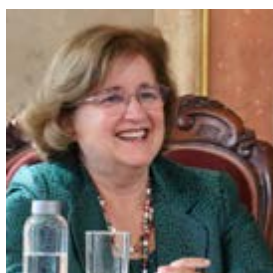
284. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., p. 1651: “o inadimplemento é imputável ao devedor, que tinha, portanto, na mão a possibilidade de obter a contraprestação”.

285. NICOLUSSI, ob. cit., p. 794: a resolução desvincula as partes das suas recíprocas obrigações, mas não prejudica o interesse positivo em forma equivalente e não deve eliminar o contrato como instrumento de realização do lucro que a parte fiel procurava realizar e relativamente ao qual conserva o direito ao ressarcimento mesmo depois da resolução.

286. A jurisprudência mais recente do STJ tende a admitir que a resolução do contrato possa ser cumulada com uma indemnização pelo interesse contratual positivo. Sirvam de exemplo o Ac. STJ de 24-01-2017, revista n.º 1725/13.6TVLSB.C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA), Ac. STJ de 15-02-2018, revista n.º 7461/11.0TBCSC.L1.S1 (TOMÉ GOMES) [que admite que a resolução do contrato pode ser cumulada com a indemnização do interesse contratual positivo, embora afirme que “em caso de resolução, poderá ser ainda assim desatendida a indemnização pelos danos positivos, quando essa revele desequilíbrio grave na relação de liquidação ou se traduza em benefício injustificado para o credor, ponderado, à luz do princípio da boa fé, o concreto contexto dos interesses em jogo, atento o tipo de contrato em causa, sem prejuízo, nessas circunstâncias, do direito a indemnização em sede do interesse contratual negativo nos termos gerais”], Ac. STJ de 17-05-2018, revista n.º 567/11.8TVLSB.L1.S2 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), Ac. STJ de 10-12-2020, revista n.º 15940/16.7T8LSB.L1.S1 (NUNO PINTO OLIVEIRA). No passado, a possibilidade de indemnização do interesse contratual positivo na hipótese de resolução por incumprimento já tinha sido admitida, mas com caráter excecional – ver, por exemplo, o Ac. STJ de 08-09-2016, Revista n.º 21769/10.9T2SNT.L1.S1 (LOPES DO REGO): “Embora se venha admitindo que, em determinadas circunstâncias específicas, a indemnização, no caso de resolução de contrato, possa não se circunscrever absolutamente ao perímetro dos danos ligados à violação do interesse contratual negativo (podendo abarcar justificadamente outros danos como forma de obter uma plena tutela do interesse do credor) não é aceitável que, por sistema, a parte que resolve o contrato pretenda obter automaticamente todas as prestações a que teria direito se o contrato resolvido subsistisse intocado na sua eficácia inter partes – cabendo-lhe, neste caso, pedir, em primeira linha, indemnização pelo interesse contratual negativo e só excecionalmente e em situações materialmente fundadas lhe sendo possível peticionar uma indemnização complementar”.



BREVES NOTAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA DE EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO



Maria da Graça Trigo

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Resolução do contrato cumulável com indemnização pelo interesse contratual positivo
2. Responsabilidade civil do intermediário financeiro em situação de resolução da subscrição de produto financeiro, com a atribuição de indemnização pelo interesse contratual negativo

RESUMO: Na sequência da conferência anterior sobre os *efeitos da resolução do contrato* apresentam-se algumas *breves notas jurisprudenciais* sobre a conjugação entre, por um lado, o *efeito restitutivo e liberatório* da resolução e, por outro lado, o *efeito ressarcitório* da resolução. Seleccionaram-se dois grupos de casos: 1) casos de resolução do contrato cumulada com indemnização pelo interesse contratual positivo; 2) casos de responsabilidade civil do intermediário financeiro em situação de resolução da subscrição de produto financeiro, com a atribuição de indemnização pelo interesse contratual negativo.

PALAVRAS-CHAVE: resolução; contrato; indemnização; interesse contratual negativo; interesse contratual positivo.

ABSTRACT: Following the previous conference on the effects of contract termination, this paper sets out a number of brief jurisprudential notes concerning the relationship between, on one hand, the restitutory and releasing effects of termination and, on the other, its compensatory effect. Two groups of cases have been selected:

1. cases in which termination of the contract is combined with compensation for the positive contractual interest/ interest in contract performance; and
2. cases involving the civil liability of financial intermediaries where the subscription of a financial product is terminated and compensation for the negative contractual interest/ interest in contract reliance is awarded.

KEYWORDS: Termination; contract; damages; positive contractual interest/ interest in contract performance; negative contractual interest/ interest in contract reliance.

Na sequência da conferência do Senhor Conselheiro Júlio Gomes sobre *efeitos da resolução do contrato* apresentam-se, de seguida, algumas breves notas jurisprudenciais sobre a conjugação entre, por um lado, o *efeito restitutivo e liberatório* da resolução e, por outro lado, o *efeito ressarcitório* da resolução. Seleccionaram-se dois grupos de casos:

- Casos de resolução do contrato cumulada com indemnização pelo interesse contratual positivo;
- Casos de responsabilidade civil do intermediário financeiro em situação de resolução da subscrição de produto financeiro, com a atribuição de indemnização pelo interesse contratual negativo.

1. Resolução do contrato cumulada com indemnização pelo interesse contratual positivo

Exemplifique-se mediante a referência ao acórdão de 15 de Fevereiro de 2018¹:

- Estava em causa uma situação em que, por incumprimento do promitente-vendedor, fora declarada a resolução de um contrato-promessa de compra e venda de lotes de terreno para construção de habitação;
- Considerou-se não ter havido lugar à constituição de sinal pelo que a indemnização teria de ser calculada nos termos gerais;

1. Proferido no processo n.º 7461/11.0TBCSC.L1.S1, consultável em www.dgsi.pt.

- A empresa autora pretendia ser indemnizada pelo valor do benefício patrimonial que deixou de obter por ter ficado inviabilizada a construção e venda dos edifícios a que se destinavam os lotes prometidos vender;
- Por outras palavras, a autora pretendia ser indemnizada pelo *interesse contratual positivo* que, no caso do incumprimento de um contrato-promessa, corresponde aos lucros que teria obtido com a celebração do contrato prometido.

Recorde-se que a dicotomia *interesse contratual positivo/interesse contratual negativo* não se confunde com a distinção entre *lucros cessantes* e *danos emergentes*. Pode, designadamente, haver situações de *lucros cessantes por interesse contratual negativo*; no caso apreciado no referido acórdão tal ocorreria, por exemplo, na hipótese de o promitente-comprador, para manter a disponibilidade do montante pecuniário destinado ao pagamento do preço, ter perdido a oportunidade de obter maior rentabilidade numa determinada aplicação financeira.

De acordo com a orientação tradicional da jurisprudência nacional, o exercício do direito de resolução apenas seria cumulável com uma *indemnização pelo interesse contratual negativo*; isto é, com uma indemnização que se destinasse a colocar a parte não faltosa na situação em que estaria se o contrato-promessa não tivesse sido celebrado.

Segundo a mesma tese tradicional, uma indemnização pelo interesse contratual positivo, não sendo cumulável com a resolução do contrato, só poderia ser exigida se o contraente não faltoso se dispusesse a cumprir o contrato; por outras palavras, se o contraente não faltoso *prescindisse do efeito liberatório da resolução*.

O que, no caso apreciado no referido acórdão de 15 de Fevereiro de 2018, seria impossível porque o cumprimento do contrato-promessa consistiria na celebração do contrato definitivo para o qual a vontade do promitente não faltoso não seria bastante.

Mas, mesmo nos casos em que fosse possível ao contraente não faltoso realizar unilateralmente a sua prestação, criar-se-ia uma situação paradoxal como pode ser demonstrado pelo seguinte exemplo clássico: num contrato de permuta entre duas coisas móveis (*um piano e um vaso antigo*) em que as partes tivessem acordado prazos distintos para a entrega de uma e outra coisa, se aquele que tinha de cumprir em primeiro lugar não cumprisse, a parte contrária teria de optar entre: a) resolver o contrato e pedir (apenas) uma indemnização pelo inte-

resse contratual negativo; ou *b*) manter o contrato, realizando a sua prestação e, posteriormente, exigir uma indemnização pelo *interesse contratual positivo*.

Trata-se daquilo que foi denominado como *armadilha da resolução*, porque, em última análise, se obriga a parte não faltosa a realizar a sua prestação – *i.e.*, obriga-se a parte não faltosa a abdicar *do efeito liberatório da resolução* – mesmo quando a parte contrária se encontre em situação de incumprimento definitivo.

A tese tradicional foi seguida unanimemente pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça até ao ano 2009, mais concretamente, até à prolação do acórdão de 12 de Fevereiro de 2009², no qual se considerou que a regra seria a cumulação da resolução com a indemnização pelo interesse contratual negativo, mas que, excepcionalmente, *numa ponderação casuística dos interesses em jogo e à luz do princípio da boa fé*, seria admissível indemnizar-se antes pelo interesse contratual positivo. No caso concreto apreciado no referido acórdão, entendeu-se, porém, não se estar perante uma dessas situações excepcionais.

Esta linha de pensamento foi seguida em diversos acórdãos dos anos subsequentes³: em tese geral admitia-se que, excepcionalmente, houvesse lugar a uma indemnização pelo interesse contratual positivo, mas, em concreto, considerava-se que não se estaria perante uma dessas situações excepcionais.

Diversamente, nos acórdãos de 21 de Outubro de 2010⁴ e de 24 de Janeiro de 2017⁵, *admitiu-se, inovatoriamente, que, como regra, a indemnização deveria seguir o critério do interesse contratual positivo*. Naquele primeiro acórdão, tal indemnização foi efectivamente atribuída; no segundo daqueles acórdãos não o foi, mas apenas por falta de prova dos danos invocados.

Retomando-se a análise ao acima citado acórdão de 15 de Fevereiro de 2018, assinala-se que, no mesmo, se realizou uma análise desenvolvida – exaustiva mesmo – tanto da evolução doutrinal como jurisprudencial relativa à problemática em causa, chegando-se a conclusões lapidares entre as quais são de destacar as seguintes:

- “Tendo em conta a ‘diversidade ontológica’ da invalidade e da resolução, deve ser relativizada a eficácia retroativa atribuída a esta [a resolução] (...), por equiparação aos efeitos daquela [a invalidade] (...), em termos

2. Proferido no processo n.º 08B4052, consultável em www.dgsi.pt.

3. Acórdãos de 15 de Dezembro de 2011 (processo n.º 1807/08.6TVLSB.L1.S1), de 12 de Março de 2013 (processo n.º 1097/09.3TBVCT.G1.S1), de 4 de Junho de 2015 (processo n.º 4308/10.9TJVNF.G1.S1) e de 8 de Setembro de 2016 (processo n.º 21769/10.9T2SNT.L1.S1), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

4. Proferido no processo n.º 1285/07.7TJVNF.P1.S1, consultável em www.dgsi.pt.

5. Proferido no processo n.º 1725/13.6TVLSB.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

de salvaguardar a vertente da tutela ressarcitória (a par da tutela restitutória ou recuperatória), quanto aos danos positivos resultantes do incumprimento que serviu de fundamento à mesma resolução (...);

- “Consequentemente, ao contraente fiel, perante o incumprimento definitivo imputável ao outro contraente, assistirá a faculdade de optar, em simultâneo, pela resolução do contrato de forma a libertar-se do respetivo dever típico de prestar ou a recuperar a prestação já por si efetuada, e pelo direito a indemnização dos danos decorrentes daquele incumprimento (...).”

Em síntese: nas conclusões deste acórdão formulam-se, de modo particularmente preciso e rigoroso, os critérios gerais de conjugação entre, por um lado, o *efeito restitutivo e liberatório* da resolução e, por outro lado, o *efeito ressarcitório* da resolução.

2. Responsabilidade civil do intermediário financeiro em situação da subscrição de produto financeiro, com a atribuição de indemnização pelo interesse contratual negativo - a jurisprudência das denominadas *acções BPN*

Estas acções foram intentadas contra o banco sucessor do BPN (*Banco Português de Negócios*), que actuara como intermediário financeiro na subscrição de *Obrigações* emitidas pela *Sociedade SLN (Sociedade Lusa de Negócios)*, quando esta última cessou o pagamento dos juros remuneratórios previstos ou quando, no prazo de maturidade, não restituiu o capital investido. Nestas acções foi invocada a violação dos deveres de informação por parte do intermediário financeiro ao terem os seus funcionários “convencido” os investidores a subscreverem *Obrigações SLN* em vez de aplicarem o dinheiro em depósitos a prazo.

Foram formulados, de forma nem sempre muito clara nem precisa, pedidos de: *a) resolução/anulação do acto de subscrição das Obrigações, com restituição do capital investido; e b) de responsabilização do intermediário financeiro com restituição do capital investido.*

A imprecisão dos pedidos, que incluíam a pretensão de restituição do capital investido na subscrição das *Obrigações*, resultava essencialmente do facto de o *réu na acção não ser a entidade emitente*, mas sim o intermediário financeiro por esta última contratado, o qual, por definição, não poderia restituir aos subscritores do produto financeiro aquilo que deles não recebera.

Porém, certamente por estar em causa a restituição de *coisa fungível* (o montante pecuniário aplicado nas *Obrigações SLN*), estas acções foram perspecti-

vadas pelos tribunais como *sendo acções de responsabilidade civil contratual ou pré-contratual contra o intermediário financeiro, visando colocar os autores na situação em que estariam se estes não tivessem subscrito as Obrigações SLN e tivessem antes aplicado as verbas em causa em depósitos a prazo*. Foram, portanto, perspectivadas como correspondendo a pretensões de resolução (ou anulação) dos actos de subscrição de produtos financeiros, cumuladas com pedidos indemnizatórios pelo interesse contratual negativo. O que, em caso de condenação, implicaria, pelo menos:

- (i) Que o valor do capital a ser restituído fosse *deduzido do valor actual das Obrigações* subscritas;
- (ii) E ainda que o valor do capital a ser restituído fosse *deduzido do valor dos juros remuneratórios pagos pela entidade emitente, na parte em que excedessem o valor dos juros que teriam sido pagos como remuneração de depósitos bancários a prazo*.

Ora, se, eventualmente, se poderia desconsiderar a dedução enunciada em (i) por se entender que o valor actual das *Obrigações SLN* seria nulo, já não se poderia desprezar a dedução do valor dos juros remuneratórios pagos aos investidores durante praticamente uma década.

Contudo, tal dedução nem sempre foi realizada devido essencialmente a condicionantes de ordem processual, designadamente devido ao facto de, ao menos em sede de recurso, com frequência o banco réu não ter suscitado, de forma especificada, a questão do cálculo da indemnização. Num caso em que, efectivamente, o banco recorrente invocara a necessidade de se deduzirem os juros remuneratórios recebidos pelos autores ao longo dos anos, o Pleno das Secções Cíveis, por acórdão de 12 de Dezembro de 2023⁶, decidiu deduzir ao valor do capital a restituir aos autores, o “valor dos juros pagos pela entidade emitente na parte em que excedam os que teriam sido pagos como remuneração de um depósito a prazo (...)”.

Em síntese: nestas acções, perspectivadas como acções de resolução (ou de anulação) dos actos de subscrição de produtos financeiros, procurou-se, quando processualmente possível, conjugar o *efeito restitutivo* inerente à resolução com o *efeito ressarcitório*, sendo que tal conjugação determinou que a decisão final atendesse a um dos princípios estruturantes da obrigação de indemnizar, o princípio da *compensatio lucri cum damno*. •



6. Proferido no processo n.º 2340/16.8T8LRA.C2.S1-A, consultável em www.dgsi.pt.

RESOLUÇÃO OU MODIFICAÇÃO DO CONTRATO POR ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS



Emidio Santos

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: Introdução; 1. Sobre a Primeira Questão; 2. Sobre a Segunda Questão; 3. Sobre a Terceira Questão

RESUMO: Este artigo incide sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) relativa ao instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, conforme previsto nos artigos 437.º a 439.º do Código Civil (CC). A análise destaca três áreas cruciais de aplicação judicial. A primeira questão aborda a aplicação do artigo 437.º CC aos contratos já integralmente cumpridos. Embora regra geral o instituto se aplique a contratos com prestações por realizar, a jurisprudência dominante admite, a título excecional, a sua aplicação "quando o fim contratual só no futuro deva realizar-se e doravante se torne inatingível".

A segunda área examina o concurso entre o regime da alteração das circunstâncias e o regime dos contratos aleatórios, como os contratos de permuta de taxas de juro (swap). A jurisprudência do STJ reconhece a natureza subsidiária do artigo 437.º em relação ao regime de repartição do risco, aplicando-o a contratos aleatórios apenas excecionalmente, designadamente quando a alteração ocorrer numa esfera excluída dos riscos próprios do contrato ou exceder as flutuações previsíveis.

O terceiro ponto foca-se na relação com o regime do risco (artigo 796.º do CC). Regra geral, o regime da alteração das circunstâncias é subsidiário em relação às regras de distribuição do risco, afastando-se o artigo 437.º sempre que existam normas legais que atribuam o risco a uma das partes, como sucede na transferência do domínio de certa coisa. Contudo, em algumas situações de perecimento ou deterioração da coisa, o STJ tem aplicado o artigo 437.º isoladamente, considerando o evento uma alteração anormal e imprevisível das bases do negócio.

PALAVRAS-CHAVE: Alteração das Circunstâncias, Artigo 437.º CC, Contratos Cumpridos, Contratos Aleatórios, Regime do Risco, Jurisprudência do STJ, Boa-fé, Contrato de Swap.

ABSTRACT: This article focuses on the jurisprudence of the Portuguese Supreme Court of Justice (STJ) concerning the legal institute of contract resolution or modification due to a supervening change of circumstances, as provided for in Articles 437 to 439 of the Civil Code (CC). The analysis highlights three crucial areas of judicial application.

The first issue concerns the application of Article 437 CC to fully performed contracts. Although, as a general rule, the institute applies to contracts with obligations still to be performed, the dominant jurisprudence admits, exceptionally, its application "when the contractual purpose was only to be realised in the future and has since become unattainable".

The second area examines the concurrence between the regime of supervening change of circumstances and the regime of aleatory contracts, such as interest rate swap agreements (swap contracts). The STJ jurisprudence recognises the subsidiary nature of Article 437 CC in relation to the legal or contractual distribution of risk. Its application to aleatory contracts is exceptional, specifically when the alteration occurs in a sphere excluded from the inherent risks of the contract or when the change appreciably exceeds all foreseeable fluctuations.

The third point focuses on the relationship with the regime of risk (Article 796 CC). Generally, the regime of the change of circumstances is subsidiary to the rules governing risk distribution, being excluded whenever there are legal rules allocating the risk to one of the parties, as occurs in the transfer of ownership of a specific item. However, in certain situations involving the destruction or deterioration of the object, the STJ has applied Article 437 CC exclusively, considering the event an abnormal and unpredictable alteration of the basis of the transaction.

KEYWORDS: Supervening Change of Circumstances, Article 437 CC, Supreme Court of Justice (STJ) Jurisprudence, Fully Performed Contracts, Aleatory Contracts, Distribution of Risk, Contractual Equilibrium, Good Faith, Swap Agreements.

A minha intervenção neste colóquio versará sobre a Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça relativa à questão da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, instituto que, como é sabido, está previsto e disciplinado nos artigos 437.º a 439.º do Código Civil.

Como é bom de ver, não irei falar sobre toda a jurisprudência que foi chamada a pronunciar-se sobre esta questão, pois ela é vasta e seria impossível fazê-lo no período reservado à minha intervenção.

Irei destacar apenas alguns aspectos relativos à aplicação do instituto.

O primeiro é o de saber se ele se aplica apenas aos contratos ainda não cumpridos, em relação aos quais há prestações por realizar, como parece apontar a letra do n.º 1 do artigo 437.º do Código Civil, ao erigir como condição de aplicação que a exigência das obrigações por ela assumidas (assumidas pela parte lesada com a alteração anormal das circunstâncias) afecte gravemente os princípios da boa-fé, ou se se aplica também aos contratos já integralmente cumpridos, àqueles em relação aos quais as prestações dele emergentes já foram realizadas, cumpridas, ou seja, aqueles casos em que a alteração das circunstâncias invocada por uma das partes surge já depois de ela ter realizado a sua prestação.

O segundo tem a ver com a maneira como alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem decidido as situações de concurso entre o regime do artigo 437.º do CC e o regime dos contratos aleatórios.

O terceiro tem a ver com a relação entre o instituto da alteração das circunstâncias e o regime do risco previsto no artigo 796.º do Código Civil.

1. Sobre a primeira questão:

- Encontramos acórdãos que afastam a aplicação do regime do artigo 437.º do Código Civil aos contratos já cumpridos e afastam-no sem admitirem qualquer exceção a esta regra. Foi o que sucedeu no acórdão do STJ proferido em 23-10-1986, publicado no BMJ n.º 360, páginas 594 e seguintes;
- Encontramos acórdãos - constituem a jurisprudência dominante - que afirmam, que, em regra, o artigo 437.º do CC é aplicável apenas aos contratos ainda não cumpridos, com prestações por realizar, mas admitem, a título excepcional, a aplicação do instituto a contratos já cumpridos, naqueles em que não há prestações a realizar, *quando o fim contratual só no futuro deva realizar-se e doravante se torne inatingível*.

E quanto a esta segunda categoria de acórdãos, podemos fazer ainda a seguinte subdistinção:

- Há os que afirmam esta exceção, embora não a tenham aplicado porque ela não estava em causa no recurso;
- Há os que aplicaram o instituto a contratos já cumpridos, a contratos em que as prestações já tinham sido realizadas.

Vejamos qual era a situação que estava em causa no acórdão do STJ proferido em 23-10-1986, no recurso n.º 073015 (publicado no BMJ n.º 360, páginas 594 e seguintes).

O caso era uma seguinte. Uma empresa de construção civil pediu a condenação do dono da obra no pagamento de determinada quantia que correspondia à diferença entre o preço acordado e o preço que ele entendia ser justo, que devia ser pago, atendendo à alteração dos custos da construção em consequência da Revolução de 25 de Abril de 1974 e às alterações políticas, económicas e sociais com a subida dos preços dos materiais e da mão-de-obra. Alegava ela que caso lhe não fosse paga a diferença teria um prejuízo. Juridicamente fundava a sua pretensão precisamente no artigo 437.º do Código Civil.

A primeira instância acolheu a pretensão, baseada na alteração anormal das circunstâncias e julgou procedente o pedido.

Foi interposto recurso de apelação e a Relação revogou a sentença proferida na 1.ª instância.

A autora (empreiteira) interpôs recurso de revista para o STJ e a questão a resolver era precisamente a de saber se o artigo 437.º do CC era aplicável já depois de estar inteiramente cumprido o contrato (neste caso depois de realizada a obra e de pago o preço acordado inicialmente).

O acórdão – invocando doutrina – respondeu negativamente, dizendo que não poderia ser resolvido ou modificado um contrato quando ele é de execução imediata ou quando, não sendo de execução imediata, já está cumprido. E afirmou isto sem qualquer exceção.

E com base neste entendimento julgou improcedente o recurso.

O acórdão tem um voto de vencido, que chamou a atenção para o seguinte. Na solução acolhida no acórdão, a circunstância de o contrato já estar cumprido configurava-se como uma situação que excluía a aplicação do artigo 437.º do CC, era, pois, no entender do voto de vencido, uma exceção peremptória e, por isso, para ser conhecida pelo tribunal tinha de ser invocada pela parte interessada, o

que não sucedia no caso

Vejamos, agora, dois acórdãos que aplicaram o instituto a contratos já cumpridos:

- O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido em 21 de Outubro de 2010, no processo n.º 454/2001.G1.S1;
- E o proferido em 18-04-2024, no processo n.º 3581/16.3T8GMR.G2.S1, ambos publicados na base de dados da DGSI.

O caso julgado no primeiro acórdão era, em síntese, o seguinte.

Os autores da ação venderam a uma Câmara Municipal metade de um terreno, declarando o comprador que o terreno se destinava a expandir a zona verde. Antes do negócio, os vendedores haviam sido informados que na parcela de terreno em questão não podia ser levada a cabo construção urbana, por o seu destino ser o de zona verde. Depois da venda, a parcela de terreno foi incluída em zona de construção, a Câmara loteou essa parcela e pô-la à venda como parcela de terreno para construção urbana.

Os vendedores vieram pedir, em primeiro lugar, a anulação do negócio e subsidiariamente: a resolução dele ou a condenação do Município a pagar-lhes o montante com que se locupletou à custa do seu património, que se viesse a apurar em sede de liquidação.

A sentença da 1.^a instância julgou a acção parcialmente procedente e condenou o Município a pagar aos autores o montante que se viesse a liquidar, correspondente à diferença entre o valor recebido pelos autores e o valor da parcela vendida, à data em que o Município procedeu à sua divisão em lotes para construção.

A Relação alterou a decisão e condenou o réu a pagar o montante que se liquidasse, correspondente à diferença entre o valor recebido pelo vendedor, actualizado por aplicação do índice de aumento de preços no consumidor (taxa de inflação) de acordo com o INE e o valor de tal parcela à data em que o município procedeu à divisão do terreno em lotes para construção, mas deduzindo a este valor o custo das obras que o réu mandou realizar para viabilizar o loteamento, bem como as obras de urbanização que implementou.

Ambas as decisões assentaram na aplicação do artigo 437.º do CC: entenderam que a mudança de destino da parcela de terreno depois de cumprido o contrato configurava uma alteração das circunstâncias que justificava a modificação do contrato, concretamente da prestação a cargo do comprador, ou seja, do preço

de venda da parcela de terreno.

Recorreram ambas as partes para o STJ e um dos argumentos da ré para pedir a revogação do acórdão da Relação era precisamente o de que o artigo 437.º não era aplicável aos contratos já cumpridos, situação que era a do contrato de compra e venda em questão.

O Supremo Tribunal de Justiça afastou este argumento, dizendo que, muito embora o artigo 437.º do CC não se aplicasse, por regra, a contratos já cumpridos, excepcionalmente era de admitir o recurso ao instituto da alteração das circunstâncias, mesmo depois do cumprimento das prestações, *quando o fim contratual só no futuro devesse realizar-se e doravante se tornasse inantigível*.

Acrescentou que a situação não era um caso típico de alteração das circunstâncias do contrato ainda não cumprido, mas tendo em conta que o comprador declarou o fim a que se destinava o lote de terreno e soube que foi por causa disso que os vendedores outorgaram o contrato, pois caso soubesse não o teriam vendido ou tê-lo-iam vendido por preço diferente, o comportamento do comprador ao dar outro destino ao bem, violou os princípios da boa-fé, ocorrendo uma alteração das circunstâncias em que os vendedores contrataram, não coberta pelos riscos do contrato” e mantiveram a decisão de modificação do contrato (neste caso do preço a pagar) com base no instituto da alteração das circunstâncias.

O caso do segundo acórdão tem pontos de contacto com o primeiro acórdão, embora também tenha diferenças.

O caso deste 2.º acórdão era, em síntese, o seguinte:

Em 1981, uma senhora vendeu uma parcela de terreno a um Município para implantação de uma escola profissional, depois de ter sido informada pelo Município de que a parcela de terreno não seria susceptível de urbanização para construção de habitação privada, mas sim para um estabelecimento de ensino. Esta senhora só vendeu a parcela perante a inviabilização da construção particular e com base na informação de que o terreno se destinava a uma escola profissional.

Em 1989 a Câmara doou a parcela de terreno a um terceiro (Universidade do Minho) para construção de uma residência universitária (para alojamento de estudantes).

E a ré – Câmara – licenciou para essa parcela, não apenas a residência universitária, mas também dois blocos de habitação unifamiliar e comércio no rés-do-chão.

A vendedora veio pedir, com base na alteração das circunstâncias, a conde-

nação do Município a pagar-lhe o montante necessário ao restabelecimento do equilíbrio contratual, correspondente à diferença entre o valor do terreno face à construção nele implantada.

A 1.^a instância julgou parcialmente procedente a acção, com base na alteração anormal das circunstâncias.

A Relação revogou a sentença e julgou a acção improcedente, entendendo que o artigo 437.º não era aplicável aos contratos que já tivessem sido integralmente cumpridos.

Os autores recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça.

O Supremo decidiu que alteração de destino dada ao terreno configurava uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. E apesar de as principais prestações do contrato de compra e venda estarem realizadas, o destino do bem só se corporizou no futuro. O acórdão seguiu o entendimento de que o artigo 437.º é de aplicar a contratos já cumpridos “quando o fim contratual só no futuro deve realizar-se e doravante se torna inatingível”.

Revogou o acórdão da Relação a parte em que considerou não ser aplicável o disposto no artigo 437.º do Código Civil e determinou a baixa dos autos ao tribunal recorrido para que tome conhecimento das demais questões que lhe foram presentes no recurso de apelação cujo julgamento julgou prejudicado.

A aplicação do instituto aos contratos já cumpridos permite tirar as seguintes ilações:

- A primeira é a de que ele é aplicado ao abrigo do entendimento de que quando o fim contratual só no futuro deva realizar-se e doravante se torna inatingível;
- A segunda ilação é a de que as decisões que entendem que o instituto é aplicável aos contratos já cumpridos, levam a ler o n.º 1 artigo 437.º em termos diferentes dos dele constantes. Concretamente: se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada o direito à resolução ou à modificação dele, segundo juízos de equidade, desde que o contrato, tal como ele foi cumprido, afecte gravemente os princípios da boa-fé e tal cumprimento não esteja coberto pelos riscos próprios do contrato. Nestas situações não é a exigência das prestações por realizar que afecta gravemente os princípios da boa-fé. Aqui é a manutenção do contrato tal como ele foi

cumprido que se considera afectar gravemente os princípios da boa-fé.

- A terceira ilação é a de que, nos acórdãos do STJ acima referidos, a aplicação do artigo 437.º do Código Civil implicou a modificação do contrato e a prestação alterada foi a da parte beneficiada com o cumprimento do contrato.

2. Sobre a segunda questão

Sobre a maneira como alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem tratado o concurso da alteração das circunstâncias com os contratos aleatórios, mais concretamente com os contratos de permuta de taxas de juros.

A primeira ideia que se colhe na jurisprudência do STJ quanto a esta questão – em sintonia com a doutrina, diga-se – é a seguinte: o instituto de alteração das circunstâncias tem natureza subsidiária em relação ao regime contratual ou legal de repartição do risco e assim sempre que as partes tenham previsto a alteração das circunstâncias ou haja normas legais relativas à repartição do risco, em caso de alteração das circunstâncias são elas que se aplicam e não o artigo 437.º. Para citar dois acórdãos relativamente recentes, isto foi afirmado no acórdão do STJ proferido em 11-05-2023, no processo n.º 1455/21.5YLPRT.L1, e no acórdão do STJ proferido em 11-07-2023, no processo n.º 1779/21.1T8STB.E1.S1.

A segunda ideia é a de que a aplicação do instituto aos contratos aleatórios é excepcional e está subordinada à verificação de uma das seguintes condições:

- Quando a alteração das circunstâncias ocorra numa esfera que esteja excluída dos riscos próprios do contrato;
- Quando a alteração das circunstâncias exceder apreciavelmente todas as flutuações previsíveis na data do contrato.

Estas ideias têm sido afirmadas especialmente nos casos em que se discutia a aplicação do artigo 437.º do Código Civil a contratos de permutas de taxas de juros (contrato de *swap*).

E a este propósito destaco dois acórdãos. E destaco-os porque apesar de terem admitido, em tese, a aplicação do instituto aos contratos de *swap*, aos contratos de permuta de taxas de juro, chegaram a soluções diferentes. Os acórdãos são os seguintes:

- O proferido em 10-10-2013, no processo n.º 1378/11.5TBBCL.G1.S1;
- O proferido em 26-01-2016, processo n.º 876/12.9TVLSB.L1.S1.

No acórdão proferido em 10-10-2013, uma sociedade comercial propôs contra

um Banco uma acção pedindo, a título subsidiário, a resolução de um contrato de *swap* (contrato de permuta de taxas de juro) com fundamento no instituto da alteração das circunstâncias. Alegava, para o efeito, uma descida acentuada das taxas de juro, em consequência da crise financeira de 2008, o que segundo a autora provocava um desequilíbrio acentuado nas prestações do contrato de *swap* com claro prejuízo para ela.

A 1.^a instância julgou procedente este pedido, decisão que foi confirmada pela Relação.

O réu recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça e no recurso colocavam-se precisamente duas questões:

- Saber se a crise financeira de 2008 e a consequente descida das taxas de juro representavam uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar;
- Saber se a descida das taxas de juro cabia dentro dos riscos próprios do contrato.

O Supremo Tribunal de Justiça confirmou o acórdão da Relação com base, em síntese, na seguinte linha argumentativa:

- A crise financeira com a descida acentuada das taxas de juro era de configurar como uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar;
- As alterações das taxas de juro não estavam cobertas pelos riscos próprios do contrato porque ultrapassava o que era previsível.

No segundo acórdão, a solução foi diferente.

O caso era o seguinte. Uma sociedade comercial também propôs contra um Banco uma acção, pedindo a resolução de um contrato de permuta de taxas de juro (*swap*) com fundamento no instituto da alteração anormal das circunstâncias. A alteração era a resultante da crise financeira de 2008 e a descida acentuada das taxas de juro.

Na 1.^a instância (logo no despacho saneador) a acção foi julgada improcedente.

Houve recurso de apelação, mas a Relação confirmou.

Foi interposto recurso de revista pela autora, e a questão a decidir era precisamente a de saber se a crise financeira de 2008 e a descida acentuada das taxas de juro constituíam uma alteração anormal das circunstâncias para efeitos do artigo 437.º.

O Supremo veio a considerar – contrariamente ao acórdão de 2013 – que a crise financeira e a descida das taxas de juro não configurava uma alteração

anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

3. Sobre a terceira questão

Vejam, por último, a questão da relação do artigo 437.º do Código Civil com o regime do risco constante do artigo 796.º do Código Civil.

A questão pode formular-se nos seguintes termos: nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou transfiram o direito real sobre ela, em caso de alteração das circunstâncias que se traduza no perecimento ou deterioração da coisa, é aplicável o regime da alteração das circunstâncias ou o regime do risco previsto no artigo 796.º do CC, regime que, como se sabe, dispõe que nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou transfiram o direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente.

A jurisprudência é escassa sobre esta questão. Encontrei, no entanto, o acórdão do STJ de 29 de Março de 1979, publicado no BMJ, n.º 285, páginas 262 e seguintes, que se pronunciou sobre ela.

A questão suscitou-se no âmbito de uns embargos de executado.

Na sua origem estava a cessão de quotas de uma sociedade com sede em Angola que explorava uma fazenda. Os cessionários pagaram o preço das quotas mediante a emissão de duas letras. A primeira foi paga, mas a segunda não foi.

Os cedentes instauraram execução contra os cessionários para pagamento desta segunda letra. Os executados opuseram-se, alegando que, pouco depois de efectuada a cessão de quotas, deu-se a Revolução do 25 de Abril de 1974, regressaram a Portugal e a partir da independência de Angola a fazenda explorada pela sociedade havia sido ocupada.

Os executados invocavam a alteração anormal das circunstâncias e pediam a resolução do contrato, por forma a não pagarem a letra.

A 1.ª e a 2.ª instâncias julgaram a oposição improcedente.

Os executados recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça pugnando pela aplicação do instituto da alteração das circunstâncias.

O Supremo Tribunal de Justiça, embora reconhecendo que a fazenda onde a sociedade desenvolvia a sua actividade havia sido ocupada na altura da independência e perdeu qualquer possibilidade de ser explorada, suscitou a questão de saber qual dos patrimónios (dos cedentes ou dos cessionários das quotas) deviam

suportar o risco de prestação do valor da quota.

E respondeu a esta questão aplicando o regime do artigo 796.º do CC. E, assim, entendeu que era o adquirente da quota quem devia suportar o risco da obrigação assumida. E entendeu que, tendo o exequente cumprido a sua obrigação principal, transferindo-se a propriedade da quota para o adquirente, tinha o direito à contraprestação, à entrega do preço da cessão. Em suma considerou que o regime da alteração anormal das circunstâncias estava consumido nos princípios legais relativos ao risco das obrigações.

A ideia que está presente nesta decisão é a de o regime da alteração das circunstâncias previsto no artigo 437.º é subsidiário em relação às regras relativas à distribuição do risco, sendo de afastar sempre que existam regras legais que atribuam o risco de alteração das circunstâncias a uma das partes.

Por último, a questão do perecimento ou deterioração da coisa foi apreciada no acórdão do STJ proferido em 5-07-2022 no processo n.º 638/19.2T8FND.C1.S1 à luz exclusivamente do artigo 437.º do Código Civil.

O caso era o seguinte. Uma sociedade prometeu comprar dois prédios, um rústico e outro urbano. Depois da celebração do contrato-promessa, um incêndio consumiu toda a vegetação existente no rústico e pôs em risco de ruína as construções do urbano.

A promitente compradora propôs ao promitente vendedor a redução do preço, mas este não aceitou. Perante esta negativa, a promitente compradora pediu a resolução do contrato-promessa com fundamento na alteração das circunstâncias, dizendo que, quando o contrato-promessa foi celebrado, o prédio rústico estava coberto de vegetação e as construções nele existentes não estavam em perigo de ruir e por força do incêndio desapareceu a vegetação e as construções passaram a correr o risco de ruir.

A primeira instância julgou improcedente a acção.

A sociedade interpôs recurso para a Relação, que revogou a decisão e decretou a resolução do contrato-promessa com fundamento precisamente no artigo 437.º do CC.

A ré (promitente vendedora) interpôs recurso de revista para o STJ e uma das questões sucitadas foi precisamente a de saber se havia fundamento para resolver o contratopromessa ao abrigo do artigo 437.º do Código Civil.

O Supremo manteve a decisão da Relação, com base em síntese na seguinte linha argumentativa:

- A venda dos imóveis com as árvores integrava a base do negócio, como decorria de uma cláusula do contrato-promessa;
- O incêndio, que consumiu as árvores, constituía uma alteração anormal e imprevisível das bases do negócio;
- A alteração provocou uma lesão dos interesses da promitente compradora;
- Causou um desequilíbrio contratual em prejuízo da promitente compradora, pelo que seria contrário à boa-fé exigir o cumprimento do contrato tal como ele fora celebrado;
- A alteração não se enquadrava nos riscos próprios do contrato.

Como se vê, neste caso, a decisão foi tomada com base exclusivamente na aplicação do regime do artigo 437.º do CC, sem invocação do regime do risco.

Muito mais haveria a dizer sobre a Jurisprudência do STJ sobre a aplicação do artigo 437.º do Código Civil. Porém, fico-me por estes aspectos, agradecendo a Vossa Atenção.



Muito obrigado. •

A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



Jorge Manuel Leitão Leal

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As grandes alterações das circunstâncias; 2.1. O 25 de abril de 1974; 2.2. A crise do *subprime*; 2.2.a) Relações jurídicas de mútuo; 2.2.b) Contratos-promessa tendo em vista investimentos imobiliários; 2.2.c) Contratos de swap de taxas de juro; 2.3. A pandemia da doença COVID-19; 2.3.a) Contratos de arrendamento; 2.3.b) Outros contratos; 3. Conclusões.

RESUMO: Tendo como ponto de partida a distinção, proposta por Kegel, entre “pequenas alterações das circunstâncias” e “grandes alterações das circunstâncias”, o texto analisa os principais acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça à luz do artigo 437.º do Código Civil, em tempo de “grandes alterações das circunstâncias”: a revolução de 25 de abril de 1974, a crise do *subprime* e a pandemia da doença COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução e modificação dos contratos; grandes alterações das circunstâncias; revolução de 25 de abril de 1974; a crise do *subprime*; a pandemia COVID-19.

ABSTRACT: Taking as its starting point Kegel’s distinction between “minor changes of circumstances” and “major changes of circumstances”, this article examines the principal judgments of the Supreme Court of Justice interpreted in light of Article 437 of the Civil Code, in periods marked by “major changes of circumstances”: the 25 April 1974 Revolution, the subprime crisis, and the COVID-19 pandemic.

KEYWORDS: Termination and modification of contracts; major changes of circumstances; 25 April 1974 Revolution; subprime crisis; COVID-19 pandemic

1. Introdução

O princípio *pacta sunt servanda*, isto é, “os contratos devem ser cumpridos”, é uma trave-mestra do direito.

Tal princípio encontra tradução no n.º 1 do artigo 406.º do Código Civil, onde se encontra estipulado que “*O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei*”.

A convicção de que o respeito pelos compromissos livremente assumidos é condição essencial da segurança que constitui um dos fins basilares do ordenamento jurídico determina que, na falta de acordo dos contraentes, o contrato só possa ser alterado ou extinto nas situações consagradas pela lei.

Em França, a *Cour de Cassation* rejeitou, por acórdão proferido em 06.3.1876, a modificação dos contratos que, trezentos anos antes, o engenheiro Craponne havia celebrado com os proprietários que utilizavam, para rega, as águas do canal que aquele havia construído. Decorridos três séculos, a remuneração então estipulada mantinha-se inalterada, ficando muito aquém dos custos com a manutenção do canal. No referido acórdão, a *Cour de Cassation* lembrou que os contratos tinham força de lei face aos respetivos contraentes, e o tribunal não tinha poderes para interferir no acordo livremente celebrado pelas partes. Essa jurisprudência manteve-se firme, e só após a inclusão, em 2016, no *Code Civil*, do artigo 1195.⁰¹, em que se admite a resolução ou a alteração do contrato em virtude de alteração imprevisível das circunstâncias, que torne a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes, se abrem perspectivas para a sua modificação (dessa jurisprudência).

Em Portugal, o Código Civil de Seabra nada dizia acerca do efeito, no negócio jurídico, da alteração superveniente das circunstâncias existentes aquando da celebração do contrato, pelo que o panorama, na jurisprudência, era semelhante ao existente em França².

Na sequência dos trabalhos de Vaz Serra, o Código Civil de 1966 regula a alteração das circunstâncias, nos artigos 437.º a 439.º

1. Cuja redação é a seguinte:

“*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégotiation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégotiation. En cas de refus ou d’échec de la renégotiation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et*

aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe”.

O n.º 1 do artigo 437.º estipula que “*Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”.

Por conseguinte, nos termos deste preceito, o contrato poderá ser resolvido ou alterado se:

- a) As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal;
- b) Em virtude dessa alteração, a exigência das obrigações assumidas por uma das partes (a “parte lesada”) afete gravemente os princípios da boa-fé;
- c) A exigência do cumprimento dessa ou dessas obrigações não se inclua nos riscos próprios do contrato.

Por outro lado, nos termos do disposto no artigo 438.º, a parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se se encontrava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

Os tribunais portugueses têm sido chamados, com relativa frequência, à ponderação da aplicabilidade deste preceito aos litígios que lhes são submetidos.

2. As grandes alterações das circunstâncias

Tendo em vista restringir o âmbito da minha intervenção, para tentar respeitar o período de tempo que me foi concedido, concentrarei a minha atenção nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça que tiveram por objeto as denominadas “grandes alterações das circunstâncias”, por contraposição com as designadas “pequenas alterações das circunstâncias”. Aproveito, aqui, a destrinça proposta, em 1953, pelo jurista alemão Kegel³, entre alterações que afetam a “pequena base de negócio” (*«kleine Geschäftsgrundlage»*) e perturbações de largo espectro, que ocorrem por força de catástrofes naturais, guerras, crises económicas, as quais abalam a “grande base do negócio” (*«großen Geschäftsgrundlage»*): estão em causa modificações bruscas das condicionantes estruturais da coexistência social, perturbações que excedem os riscos típicos do tráfego negocial.

As grandes alterações das circunstâncias estariam, por natureza, particularmente vocacionadas para desencadear a alteração ou a extinção dos contratos.

2. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, II, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 918 - 926.

Vejamos se assim tem sido, no nosso país.

Reportando-nos ao período de vigência do atual Código Civil, podem apontar-se, como grandes alterações das circunstâncias, os eventos associados à revolução de 25 de abril de 1974, à crise do *subprime* e à pandemia da doença COVID-19.

2.1. O 25 de abril de 1974

Na sequência da Revolução de Abril o Supremo Tribunal de Justiça foi confrontado com ações em que os devedores invocavam, para se eximirem ao cumprimento das suas obrigações contratuais, a ocupação da empresa pelos trabalhadores (acórdãos de 13.12.1977, BMJ 272 e de 06.6.1978, BMJ 278; acórdão de 25.11.2004, processo 04B3733, www.dgsi.pt), a nacionalização das empresas (acórdão de 08.02.1978, BMJ 284; de 12.6.1979, BMJ 288; de 20.4.1982, BMJ 316), a perda de propriedade em virtude do processo de descolonização das antigas colónias (acórdão de 29.3.1979, BMJ 285; de 13.02.1986, BMJ 354), o fecho da Bolsa (acórdãos de 10.5.1979, BMJ 287; de 13.5.1980, BMJ 297).

Em todas estas ações o artigo 437.º foi julgado inaplicável.

Na grande maioria dos litígios essa conclusão era absolutamente evidente. Ou a alteração das circunstâncias era invocada perante terceiro titular de um crédito cambiário, alheio às circunstâncias subjacentes à emissão do título (acórdãos de 13.12.1977 e de 08.02.1979); ou a ocupação da empresa pelos trabalhadores não era verdadeiramente apontada como razão para o não cumprimento da obrigação (acórdão de 06.6.1978), ou o devedor encontrava-se em mora aquando da ocupação da empresa pelos trabalhadores (acórdão de 25.11.2004); ou o fecho da Bolsa e a consequente impossibilidade de transacionar as ações cuja aquisição fora financiada com o mútuo bancário dado à execução era circunstância absolutamente alheia ao mútuo celebrado (acórdãos de 10.5.1979 e de 13.5.1980); ou o facto de o executado ter ficado privado, por nacionalização, do património empresarial com que alegadamente tencionava solver o empréstimo contraído junto do banco exequente, era absolutamente alheio a este, não constituindo circunstância em que ambas as partes tivessem fundado a decisão de contratar (acórdão de 12.6.1979); ou não se provou que a descolonização de Moçambique interferisse com a possibilidade de manutenção da obrigação do pagamento de renda vitalícia fixada em escudos moçambicanos (acórdão de 13.02.1986).

Mais complexo foi o caso apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça no

acórdão proferido em 29.3.1979, publicado no BMJ n.º 285.

Estava em causa uma cessão de quota de uma sociedade, pelo preço de dois milhões de escudos, outorgada por escritura pública datada de março de 1974. A primeira prestação do preço, no valor de um milhão de escudos, foi paga por letra vencida em fevereiro de 1975. A segunda prestação do preço, representada por letra vencida em fevereiro de 1976, não foi paga. Tendo o cedente da quota instaurado a respetiva execução, os executados deduziram embargos, em que alegaram e provaram o seguinte: a sociedade em causa estava sediada em Angola e o seu património era constituído por uma fazenda, aí localizada, onde eram produzidas bananas destinadas à exportação. Na sequência da declaração da independência de Angola, em 11 de novembro de 1975, grande número de portugueses, entre os quais os executados, tiveram de deixar todos os seus bens em Angola e retornar a Portugal. A fazenda pertencente à sociedade e, bem assim, a sede desta, foram ocupadas por alturas da independência de Angola e não mais voltaram à posse da sociedade. Com base nestes factos os executados alegaram que tinha ocorrido uma alteração anormal das circunstâncias, que conduzia à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade, uma vez que a exigência da segunda prestação (o pagamento da segunda letra) afetava gravemente os princípios da boa-fé e não estava coberta pelos riscos próprios do contrato.

O Supremo Tribunal de Justiça, reiterando o entendimento das instâncias, julgou os embargos improcedentes. Tal juízo decorreu, não da negação de que os factos apurados poderiam constituir uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes haviam baseado a decisão de contratar, mas da verificação do requisito negativo do instituto, previsto na parte final do n.º 1 do artigo 437.º. Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que, nos termos do disposto no artigo 796.º n.º 1 do Código Civil, cabia ao cessionário, adquirente da propriedade da quota da sociedade, suportar o risco do superveniente estado da sociedade. Assim, o cedente tinha direito ao pagamento integral do preço respetivo.

2.2. A crise do *subprime*

O segundo bloco de grandes alterações das circunstâncias, na vigência do atual Código Civil, levado à análise do Supremo Tribunal de Justiça, foi o decorrente da denominada crise do *subprime*.

A consciencialização de que o mercado financeiro assentava em valores in-

sustentáveis, em particular no mercado imobiliário, onde se acumulavam créditos incobráveis, tornou-se particularmente aguda com a falência, em setembro de 2008, de um dos maiores bancos de investimentos dos Estados Unidos da América, o *Lehman Brothers*. A turbulência financeira que se lhe seguiu lançou a economia mundial numa crise cujos reflexos levaram Portugal a sujeitar-se, em abril de 2011, ao resgate financeiro conduzido pela *troika* (FMI, Comissão Europeia e Banco Central Europeu).

Esse quadro fundou a invocação em juízo do disposto no artigo 437.º do Código Civil, como norma adequada ao tratamento das vicissitudes económicas e financeiras ocorridas após a celebração dos contratos.

Também aqui, quase sempre, o Supremo Tribunal de Justiça rejeitou a aplicação do artigo 437.º do Código Civil.

Tal não significa que o Supremo Tribunal de Justiça não reconhecesse, em abstrato, a gravidade da crise e a sua aptidão para perturbar seriamente a execução dos contratos.

Porém, para que a crise económica constituísse uma relevante alteração anormal das circunstâncias, o Supremo Tribunal de Justiça não abdicou de que se demonstrasse factualmente a existência de uma correlação direta entre a crise económica geral e a excessiva onerosidade invocada pelo devedor. O que passava pela demonstração da imprevisibilidade, em concreto, das dificuldades invocadas e, bem assim, que estas excedessem o âmbito do risco próprio do contrato. E, na avaliação destes pressupostos, o Supremo Tribunal de Justiça foi rigoroso.

2.2.2) Assim, reportando-nos a dois casos de relações jurídicas de mútuo, em que o devedor solicitou a modificação do contrato, para tal invocando as dificuldades no cumprimento decorrentes da crise económica, em ambos o STJ denegou tal pretensão:

- Num caso (acórdão de 10.01.2013 processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1, publicado, tal como todos os adiante citados, salvo indicação em contrário, em www.dgsi.pt), por considerar que quando o contrato de mútuo foi celebrado (fevereiro de 2008), já era previsível a retração no consumo que se veio a sentir, tanto mais que as vendas da mutuária (uma empresa vinhateira) já vinham a diminuir; por outro lado, a matéria de facto era insuficiente para ligar as deficiências de tesouraria da autora à crise internacional vivida. E, em jeito de *obiter dictum*, não se deixou de realçar

a relevância do interesse da contraparte e, em geral, o interesse na estabilidade das convenções.

- No outro caso (acórdão de 27.01.2015, processo n.º 1097/12.6TBMGR.C1.S1, inédito), o STJ confirmou a liminar rejeição da oposição à execução, considerando que em junho de 2007, data em que fora celebrado o mútuo dado à execução, já eram previsíveis as dificuldades económicas que vieram a ser invocadas pelo devedor; acrescia o risco inerente ao contrato celebrado, de longa duração (mútuo) e o carácter marcadamente pessoal da alteração superveniente invocada (dificuldades económicas do embargante, executado fiador), o que tornaria inaplicável o artigo 437.º do Código Civil.

2.2.b) A crise do *subprime* foi também frequentemente invocada como fundamento para a alteração ou resolução de contratos-promessa tendo em vista investimentos imobiliários.

Nestes casos, os promitentes-compradores demandavam a resolução do contratopromessa, procurando reaver o sinal prestado.

O STJ, nos três acórdãos analisados, negou procedência a tais pretensões:

- seja por escassez da factualidade apurada, da qual não resultava demonstrada a lesão da autora, ignorando-se se ela não conseguiria, no futuro, vender a preços razoáveis as habitações que pretendia construir no terreno objeto do negócio – (acórdão de 13.11.2014, processo n.º 1097/12.6TBMGR.C1.S1, inédito);
- seja por se entender que as dificuldades alegadas e sofridas pela sociedade promitente-compradora se inseriam no risco próprio e previsível da atividade a que esta se dedicava (compra e venda de terrenos para construção urbana) – (acórdão de 10.4.2014, processo n.º 1167/10.5TBACB-E.C1.S1);
- seja por se entender que as dificuldades invocadas pelos promitentes-compradores, pessoas singulares, se atinham às circunstâncias particulares destes contraentes, não satisfazendo a necessária bilateralidade da alteração das circunstâncias e, por outro lado, as alterações demonstradas não padeciam de verdadeira imprevisibilidade (invocara-se o superveniente desemprego da autora e alterações na taxa de esforço do empréstimo contraído para a aquisição dos apartamentos objeto do negócio) – (acórdão de 23.01.2014, processo 1117/10.9TVLSB.L1.S1).

2.2.C) Dentro da realidade desencadeada pela crise do *subprime*, o segmento que terá gerado maior controvérsia foi o atinente aos **contratos de swap de taxas de juro**.

Abreviando o mais possível, dir-se-á que na forma simples das permutas de taxas de juro é, em regra, finalidade do cliente a cobertura do risco de flutuação das taxas de juro, enquanto será finalidade do banco (intermediário ou não na permuta) a finalidade especulativa.

Nos anos de 2007 e 2008, as taxas de juro interbancárias eram relativamente elevadas, tendo, nessa época, sido celebrados contratos de *swap* de taxas de juro em que os clientes perspetivavam a manutenção dessa tendência de alta, contraindo em conformidade.

Porém, a forte retração económica emergente da crise do *subprime* levou os bancos centrais a intervirem energicamente no mercado, para estimularem a atividade económica mediante o embaratecimento do crédito. Tal originou uma drástica redução das taxas de juro e, conseqüentemente, o forte aumento dos encargos decorrentes, para os clientes, do cumprimento dos contratos de *swap* de taxas de juro celebrados.

Sobre esta matéria, destacaria três acórdãos.

No primeiro deles, datado de 10.10.2013 (processo n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1), o STJ, confirmando as decisões das instâncias, manteve a resolução do contrato de *swap*, ao abrigo do artigo 437.º do Código Civil, que havia sido peticionada pela sociedade cliente bancária. Atentou-se a que a cliente era uma empresa industrial, que celebrara com o banco réu um contrato de locação financeira imobiliária tendo por objeto um pavilhão destinado à sua atividade. A prestação referente a esse contrato estava indexada à taxa Euribor. Por sugestão do banco réu, em agosto de 2008 a autora celebrou com o réu um contrato de *swap* de taxa de juro, com o qual se pretendia proteger a autora contra o risco da subida da taxa de juro. A partir de janeiro de 2009 a taxa de juro começou a descer a um ritmo acelerado, de tal modo que, em relação ao período de janeiro de 2009 a abril de 2011, o banco réu debitou à autora perto de € 45 000,00, respeitante à diferença entre a taxa de juro contratual de 4,55% e a taxa Euribor em vigor (que, como se sabe, atingiu níveis abaixo de 1%). O STJ considerou que a crise financeira referida era uma grande alteração das circunstâncias e ponderou que, pese embora o contrato de *swap* fosse um contrato aleatório, tendo subjacente o risco de variação da taxa de juro, o risco previsto era “o risco tolerado”, isto é, “o risco

com que as partes podiam razoavelmente contar”. No caso, o STJ considerou que, em virtude da crise, o contrato sofrera um grande e profundo desequilíbrio, em detrimento da autora, de tal forma que a manutenção do contrato afetaria o princípio da igualdade e feriria os princípios da boa-fé.

Portanto, neste caso, o STJ deu por verificados, um por um, todos os requisitos da resolução do contrato por alteração das circunstâncias. Cabe apenas notar que, alterando o decidido pelas instâncias, o STJ circunscreveu os efeitos da resolução do contrato ao período posterior a 01.01.2009, mês a partir do qual se fizera sentir a baixa da taxa de juro.

Perspetiva diferente foi a adotada pelo STJ no segundo acórdão analisado, proferido em 26.01.2016 (processo n.º 876/12.9TVLSB.L1.S1). Aqui, por maioria, o Supremo entendeu que a baixa da taxa de juro decorrente da crise do *subprime* se integrava nos riscos próprios do contrato de *swap* de taxa de juro. Mais considerou que quando o contrato de *swap* foi celebrado, julho de 2008, a crise já era previsível. Por conseguinte, o STJ confirmou a improcedência da ação, intentada pelo cliente bancário com o fim de obter a declaração de resolução do contrato por alteração das circunstâncias.

Numa posição intermédia se quedou o STJ no acórdão proferido em 22.6.2017 (processo n.º 540/11.6TVLSB.L2.S1).

Aqui, também por maioria, o STJ inverteu a decisão das instâncias, que haviam dado provimento ao pedido de resolução do contrato de *swap*, formulado pela sociedade cliente contra a entidade bancária, com base na alteração das circunstâncias. Embora o Supremo Tribunal tivesse admitido que ocorrera uma alteração anormal das circunstâncias, cujas potenciais consequências não se podiam considerar cobertas pelo risco do contrato, realçou, porém, que nada se provara no que concerne à lesão invocada, pelo que não se podia confirmar o juízo das instâncias, por falta de demonstração de que, com a alteração das circunstâncias, a autora havia sofrido um prejuízo gravemente atentatório do princípio da boa-fé.

2.3. A pandemia da doença COVID-19

A expansão pandémica do vírus SARS-Cov-2, para a qual a população não se encontrava imunizada e que envolvia sérios riscos para a vida das pessoas, determinou a imposição de drásticas medidas de restrição às atividades que presupunham contatos presenciais, com a imposição global, planetária, de confina-

mentos e da suspensão de circulação entre países, e mesmo, intrafronteiras.

Esta situação, que configurou uma grande alteração das circunstâncias, foi acompanhada de medidas legislativas mediante as quais se procurou atenuar os prejudiciais efeitos sociais e económicos decorrentes das referidas medidas de exceção.

Como era de esperar, o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a avaliar em que termos a pandemia COVID-19 podia justificar a alteração ou a resolução de contratos ao abrigo do artigo 437.º do Código Civil, e qual o efeito que, nessa apreciação, poderia imputar-se à intervenção legislativa emitida para contrabalançar os efeitos prejudiciais das restrições impostas.

2.3.a) Uma área da atividade económica que, naturalmente, se evidenciou, foi a do arrendamento.

O STJ aceitou que a pandemia COVID-19 constituía uma grande alteração das circunstâncias, relevante no setor do arrendamento. Porém, na avaliação da verificação dos pressupostos do artigo 437.º, o STJ não pôde deixar de levar em consideração o teor da Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, que estabeleceu um regime excecional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, no âmbito da crise COVID-19.

Esse regime não previa o perdão de rendas, mas uma moratória no seu pagamento.

Esse foi um argumento relevante para que, com base em razões de igualdade, a par da consideração da transitoriedade da pandemia, o STJ julgasse improcedentes as pretensões de arrendatários que se pretendiam eximir à obrigação do pagamento de rendas, invocando os efeitos da doença COVID-19.

- Foi assim no acórdão datado de 11.5.2023 (processo n.º 1455/21.5YLPRT.L1.S1), proferido num procedimento especial de despejo decorrente de falta de pagamento de rendas por parte de uma sociedade que invocava a drástica diminuição de hóspedes de alojamento local, que constituía a finalidade do arrendamento;
- Foi também assim no acórdão datado de 02.7.2024 (processo n.º 2864/22.8T8VNG.P1.S1), atinente a uma sociedade arrendatária que havia denunciado precocemente o contrato de arrendamento, por falta de clientela na atividade de escritório comercial a que destinava o locado.

2.3.b) Finalmente, já fora do âmbito do arrendamento, foquemos a nossa atenção num acórdão proferido pelo STJ em 18.6.2024 (processo n.º 2916/20.9T8PDL.L1.S1).

Este acórdão teve por objeto um contrato-promessa de cessão de quota de uma sociedade comercial. O contrato-promessa fora celebrado em agosto de 2019. Os adquirentes da quota pretendiam utilizar, em proveito de uma outra sua sociedade, a licença que a sociedade dos promitentes cedentes detinha para a exploração da atividade turística de observação de cetáceos no mar dos Açores. Provou-se que, em virtude da pandemia, a sociedade dos autores teve de encerrar as suas instalações, teve de recorrer ao *lay-off*, sofreu uma redução do volume de negócios superior a 90%. Assim, após tentativa frustrada de renegociação do contrato-promessa, em agosto de 2020 os autores comunicaram extrajudicialmente aos réus a resolução do contrato-promessa e pediram a devolução do sinal prestado, no valor de € 195 000,00. Face à oposição dos promitentescedentes, os promitentes-adquirentes recorreram ao tribunal.

A primeira instância deu provimento à ação, declarando a licitude da resolução do contrato-promessa.

A Relação revogou a sentença, julgando a ação improcedente.

O que decidiu o STJ, na revista subsequente?

O STJ, concordando com a primeira instância, considerou que a situação desencadeada pela pandemia constituía uma alteração das circunstâncias que estava para além dos riscos próprios do negócio. O equilíbrio das prestações contratuais subjacente à celebração do contrato prometido fora radicalmente afetado e a manutenção do contrato nos termos acordados determinaria “*um flagrante desequilíbrio das prestações ofensivo do princípio da boa fé negocial*”.

O STJ considerou, ainda, que “...*deveríamos estar a definir a alteração/ modificação do contrato assente em critérios de equidade por a crise pandémica ter afectado ambas as partes. Porém tal solução foi afastada pelos réus (...). A circunstância de os autores terem pedido a declaração de licitude da resolução contratual extrajudicialmente efectuada, não impedia que os réus, tanto mais que reconhecem a alteração anormal das circunstâncias, formulassem o pedido de modificação do contrato, mas decidiram não formular tal pedido. O tribunal está impedido de o determinar oficiosamente nos termos do disposto no artigo 609.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.*”.

Neste acórdão, pois, o STJ não só não questionou a licitude da resolução ex-

trajudicial do contrato ao abrigo do artigo 437.º, como salientou que, tendo sido peticionada, pela parte lesada, a confirmação da resolução do contrato nos termos do artigo 437.º do Código Civil, o tribunal não podia oficiosamente, isto é, sem pedido da contraparte, enveredar pela modificação do contrato.

3. Conclusões

A generalidade da doutrina considera que o Supremo Tribunal de Justiça, em períodos de afetação dos negócios por grandes alterações das circunstâncias, adota uma posição cautelosa⁴. Como vimos, são de facto raros os arestos em que o STJ entendeu que as vicissitudes anormais decorrentes do 25 de abril de 1974, da crise do *subprime* ou da pandemia COVID-19 fundamentavam a aplicação do regime de alteração e de resolução dos contratos previsto no artigo 437.º do Código Civil.

Os comentadores aventam que tal jurisprudência dimana da ponderação das consequências da decisão no caso concreto e na sociedade em geral, por força do disposto no n.º 3 do artigo 8.º do Código Civil⁵.

O instituto da alteração das circunstâncias exige um particular balanceamento entre segurança e justiça.

Analizados os arestos caso a caso, afigura-se-me que a razão mais evidente para a escassez da efetiva atuação prática do aludido regime advém do exigente acumulado de requisitos nele envolvidos. Na realidade que chega aos nossos tribunais, a ponderação daqueles valores, segurança e justiça, em tempos de grandes alterações, raramente se realiza no quadro do artigo 437.º do Código Civil.

Prevalece, afinal, o princípio basilar de que *pacta sunt servanda*.

Muito obrigado pela vossa atenção. •



3. MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente das circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 161-163; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 2017, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 692 e 693.

4. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Alteração das circunstâncias, vulnerabilidade negocial e tutela da parte lesada*, 2024, Almedina, p. 31; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O direito bancário e a alteração das circunstâncias”, *Revista de Direito das Sociedades – RDS* – ano VI, n.º 2, 2014, p. 374; ALBERTO DE SÁ E MELLO, “Modificação ou resolução dos contratos por alteração das circunstâncias, no contexto da pandemia COVID-19 (breve anotação ao regime da lei civil)”, *Jurismat, Separata da Revista Jurídica*, n.º 12, 2020, p. 254.

5. MARIANA FONTES DA COSTA, *Da alteração*, p. 373; ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Modificação*, p. 254; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O direito bancário*, pp. 375, 376.

PRIMEIRO DEBATE

Clique para assistir.





TENSÃO E EQUILÍBRO — AUTONOMIA DA VONTADE/ DISPONIBILIDADE PATRIMONIAL — SOLIDARIEDADE FAMILIAR INTER-GERACIONAL



Isabel Maria Manso Salgado

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Nota introdutória 2. Assunto 2.1. Itinerário do regime legal da sucessão legitimária 2.2. Discrepância com a observação da realidade social 2.3 Configuração do modelo plural da família e o património familiar 2.4. A instabilidade do vínculo jurídico do casamento 2.5 A dinâmica da vida socioeconómica dos cidadãos 2.6 A crescente predominância da autonomia da vontade individual em desfavor de normas injuntivas nos domínios da vida privada nas sociedades hodiernas 3. Considerações finais 4. Pontos críticos do regime legal da sucessão legitimária.

RESUMO: Após breve enunciação do paradigma do regime legal da sucessão legitimária vigente e antecedentes históricos, procurou-se evidenciar os pontos dissonantes com a realidade familiar, social e económica, que justificam a adequação do quadro normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão legitimária; Proteção legal da legítima; Autonomia da vontade; Liberdade de dispor do património

ABSTRACT: Following a succinct outline of the paradigm underpinning the current legal regime of forced heirship and its historical background, this paper seeks to identify those aspects that diverge from contemporary family, social, and economic realities, thereby substantiating the need for an adjustment of the normative framework.

KEYWORDS: Forced heirship; Legal protection of the legitimate; Freedom of disposition; Testamentary freedom.

1. Nota introdutória

A escolha do tema não teve o propósito de vos “entediarm” com a análise do quadro normativo do Livro V do Código Civil – de complexo recorte técnico-jurídico na aplicação casuística [à margem do alinhamento do tempo e lugar deste contributo].

Diria até que seria estulto, na presença de tão ilustres juristas.

(Em particular, o Distinto Senhor Prof. Jorge Pinheiro, com vasta obra nos ramos da família e sucessões; e, por coincidência, o nosso Exmo. Presidente deste Supremo Tribunal que se debruçou sobre o tema à luz da Constituição, no estudo que intitulou de “*Sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade*.”).¹

2. Assunto

Posto isto, aportando à definição legal da sucessão legitimária – título de vocação sucessória (*mortis causa*) – ao qual acedem por lei o cônjuge do autor da sucessão, os seus descendentes e ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima (artigo 2157.º do Código Civil)².

E, o alcance da legítima/quota indisponível, i.e., a porção do património excluída da sua livre disposição, porque reservada àqueles familiares (artigo 2156.º do Código Civil); e, em outra face, limitada também na liberdade de designação dos bens que a preencham ou a imposição de encargos, se não aceites pelo herdeiro legitimário (artigo 2163.º do Código Civil)³.

Assim, é nosso objectivo:

- Um curto itinerário pelo regime legal da sucessão legitimária dentro da janela temporal das últimas décadas.
- A discrepância entre as soluções consagradas pelo legislador na sucessão legitimária e a observação da realidade social em torno dos seguintes vetores:
 - i) a configuração do modelo plural da família e o património familiar;
 - ii) a instabilidade do vínculo jurídico do casamento;

1. CURA MARIANO J., 2019, *A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade, Estudos de Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim Sousa Ribeiro*, Vol.I, pp. 745/69.

2. Facultando-lhes a lei meios de tutela da sua legítima, mesmo em vida do autor da sucessão, como a acção de redução de liberalidades inoficiosas (artigo 2168.º do Código Civil), ou, a acção de declaração de simulação e de arguição de nulidades (artigo 242.º, n.º2, do Código Civil); podendo dizer-se que os herdeiros legitimários detêm uma “expectativa jurídica tutelada” - F.M. COELHO PEREIRA, *Direito das Sucessões*, pp.140/145.

3. Naturalmente, referimo-nos à dependência da eficácia da vontade do testador perante os condicionalismos da legítima; uma proibição a que se contrapõe uma defesa do direito à legítima de ordem quantitativa e qualitativa.

- iv) a dinâmica da vida socioeconómica dos cidadãos;
- v) a crescente predominância da autonomia da vontade individual em desfavor de normas injuntivas nos domínios da vida privada nas sociedades hodiernas.
- Considerações finais – em favor da alteração de alguns aspectos do regime legal da sucessão legitimária, que melhor conciliará a solidariedade familiar e a liberdade individual de cada indivíduo programar e dispor dos seus bens após a morte.

3. Breve feedback - O caminho de pequenos passos

[Abreviando, mesmo (!)]

O imperativo legal da indisponibilidade do património no sistema jurídico sucessório teve como finalidade originária evitar a dispersão dos bens de uma linha familiar consanguínea, pressupondo a contribuição colectiva nesse património e também assegurar o dever de interajuda.

Na sua configuração moderna, sublinha a doutrina, a sucessão legitimária tem como fundamentos a protecção da família, enquanto instituição estruturante da sociedade, e a realização da solidariedade familiar inter-geracional⁴.

De importação germânica, tem tradição no ordenamento jurídico português que remonta à época dos forais, passando às Ordenações Afonsinas, e mereceu forte afirmação pela “pena legislativa” do Marquês de Pombal⁵.

No domínio do Código Civil de Seabra, os herdeiros legitimários eram os descendentes e ascendentes do autor da sucessão e (tinha) subjacente a obrigação (natural) de os pais auxiliarem os filhos no caminho da sua autonomia financeira, e no sentido devido aos ascendentes, os filhos prestarem a compensação pelo “investimento” que neles fizeram.

Tal padrão legal não mereceu alteração substantiva no Código Civil de 1966⁶.

De assinalar que o Código Civil de 1966 recuou mesmo quanto aos limites da liberdade de dispor, ao admitir, até hoje, que a quota indisponível – legítima

4. Protecção da família que tem garantia constitucional – cfr. artigos 67.º e 68.º da Constituição da República Portuguesa.

5. Pela Lei 25 de Junho de 1766, e Lei 9 de Junho de 1769 que procedeu ao alargamento da sucessão legitimária testamentária e do recuo afirmado da sucessão testamentária; Cfr. ALMEIDA COSTA M.J 1997 *A Liberdade de testar e a quota Legitimária no Direito Português*.

6. Embora com alterações na legítima, variando com o grau dos herdeiros e o respetivo número.

7. O que sucede na situação repetida de concurso de mais do que um filho, e do cônjuge sobrevivente após a alteração de 1977. Na perspectiva da tutela do cônjuge sobrevivente, LEITE CAMPOS D. sustenta que, no Código Civil de Seabra, o regime supletivo de bens da comunhão geral, o pedido de alimentos aos descendentes e o direito de apanágio do cônjuge sobrevivente, revelavam a preocupação da protecção ao cônjuge sobrevivente – *Parentesco, Casamento e Sucessão*; o regime supletivo de comunhão de adquiridos instituído no Código Civil de 1966, figurando na quarta posição enquanto herdeiro legítimo, mantendo o direito de ser alimentado pelos rendimentos da herança, o cônjuge sobrevivente fica desfavorecido em relação ao regime do Código Civil de 1867.

global atinga, com frequência, até 2/3 da herança⁷.

É com a consagração da igualdade dos cidadãos perante a lei e, a igualdade dos direitos e deveres entre os cônjuges, na Constituição da República de 1976 e a subsequente reforma do Código Civil de 1977 (pelo Decreto-Lei 496/77, de 25.11), que ocorre disrupção marcante no direito da família, com a nova visão da instituição casamento e, por consequência, com impacto no regime legal das sucessões. Salientando-se:

- A atribuição da posição de herdeiro legitimário ao cônjuge sobrevivente, passando a figurar nas primeira e segunda classes dos sucessíveis legítimos e com pendor de privilégio, como é a garantia do limite mínimo da sua quota em caso de concurso com descendentes⁸;
- E, a equiparação do estatuto sucessório entre filhos nascidos fora do casamento aos nascidos dentro do casamento⁹.

A posição sucessória do cônjuge em 1977 correspondeu, portanto, à ascensão da família conjugal em desfavor da família consanguínea¹⁰.

No início do novo século, o casamento, descomprometido da carga institucional, evoluiu para uma “comunidade de afectos” e cujas finalidades acolhem os objetivos pessoais de ambos os cônjuges.

O casamento afirma-se agora pela repartição igualitária de papéis na dinâmica familiar e, no dever de contribuição de ambos para os encargos comuns, no pressuposto da independência e capacitação de ambos os cônjuges na obtenção de rendimentos.

Neste quadro social, chega o novo regime do divórcio estabelecido pela Lei n.º 61/2008 (de 31.10) que abandona a valoração de comportamentos culposos de qualquer dos cônjuges como fundamento da cessação do vínculo matrimonial, passando à constatação da ruptura do da vida em comum.

E, não menos relevante, assenta agora no princípio-regra, de que cada ex-

8. V.g. A dispensa da colação que o avanta em relação aos descendentes.

9. Cfr. Artigos 13.º, n.º 2 e 36.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa de 1976.

10. Cfr. *A consagração dos créditos compensatórios*, PIZARRO BELEZA MARIA DOS PRAZERES, “Os créditos compensatórios dos ex-cônjuges por contribuição para os encargos da vida familiar consideravelmente superior à exigível”:

“Foi a reforma do Código Civil de 1977 que introduziu expressamente no Código Civil o mecanismo dos “créditos compensatórios” de desequilíbrios verificados no âmbito do cumprimento do dever de contribuição (...). O regime veio a ser modificado significativamente pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro (que alterou o regime jurídico do divórcio), em sintonia com a lógica do sistema de divórcio então introduzido. Agora como então, trata-se de um relevante instrumento de realização do princípio da igualdade entre os cônjuges, em geral, e, em particular, no plano do dever de contribuir para os encargos da vida familiar, uma das vertentes do dever de assistência que os vincula (artigo 1672.º do Código Civil), e de concretização do princípio da liberdade de repartição interna de tarefas no seio da família e de formas de contribuição para os encargos comuns, pois toma como referência os acordos, expressos ou tácitos, dos cônjuges.”

-cônjuge deverá prover no futuro à sua subsistência, e ocorrendo motivo para alimentos por parte do outro, também não assegura a manutenção do padrão económico que tinha durante o casamento¹¹.

Alteração de paradigma que, todavia, não repercutiu efeito consentâneo no regime sucessório, ao subsistir a correspondência entre a dissolução do casamento por morte e, a aquisição patrimonial pelo cônjuge sobrevivente.

Desatento continuou, pois, o legislador português à tendência contemporânea para a redução das normas imperativas no domínio do direito das sucessões, tardando em reconhecer o desfasamento entre a vivência social e a captura da autonomia da vontade pelo regime imperativo quanto ao binómio casamento - posição de sucessor patrimonial pós-morte¹².

Cerca de duas décadas volvidas, a alteração ao Código Civil pela Lei n.º 48/2018, de 14.08 consagrou um ponto de viragem no regime da sucessão legitimária.

Remetida a autonomia da vontade a um patamar modesto, confinada pelos imperativos de ordem pública, neste domínio, admite-se agora a renúncia em vida do estatuto de sucessor legitimário, vigorando o regime de separação de bens dos cônjuges.

Ao que se permite agora, que em caso da opção pelo regime de separação de bens na convenção antenupcial, o seu efeito se estenda e perdure pós-morte, sem prejuízo da protecção de alimentos ao cônjuge sobrevivente¹³.

Contempla o artigo 1700.º, n.º 1, al) c do Código Civil a faculdade de os nubentes que pretendam viver em regime de separação de bens, ou, em situação de regime de separação de bens por imperativo legal, poderem renunciar reciprocamente à condição de herdeiro legitimário¹⁴.

Uma nota não despicienda, a manifestação de índole sucessória prevista na Lei da União de Facto, inserida na tutela geral da casa de morada de família, com a atribuição ao unido de facto sobrevivente (que não dispõe de estatuto sucessório) dos direitos de habitação, de preferência e de uso do recheio do autor da sucessão¹⁵.

11. Cfr. artigo 1773º, nº2 do Código Civil; o fim do casamento implicará o fim dos efeitos patrimoniais, sendo o direito a alimentos a excepção – artigo 2016.º, n.º 1 do Código Civil; e não tem o direito de manter o padrão de vida de que durante o casamento – artigo 2016º-A, n.º 3 do Código Civil; também, sob tais premissas se explicam as alterações no artigo 1790.º do Código Civil, sobre a partilha, e do artigo 1791.º quanto à perda de benefícios recebidos em vista do casamento ou em consideração do estado de casado.

12. OLIVEIRA GUILHERME, obra citada, assinala que a afirmada liberdade dos cônjuges “(..) parece coartada através da imposição de um cônjuge ao outro, como herdeiro forçado. (..)”.

13. PINHEIRO DUARTE J., *O Direito das Sucessões* “(...) A Lei 48/2018 veio consagrar o único pacto sucessório puramente renunciativo que é admitido em Portugal, ao arrepio de proibição que se observava desde as Ordenações Afonsinas.”

14. Podendo ficar sujeita à condição de sobreviverem herdeiros de qualquer classe – p.ex. os descendentes, ou ascendentes, ou outras pessoas – artigo 1707º-A, n.º 1, do Código Civil.

15. Cfr. Lei nº 7/2001, de 11 de maio – Protecção das Uniões de Facto; e também admitido no tocante às pessoas que viviam em economia comum com previsão na LEC - Lei n.º 6/2001 de 11 de maio; denominada sucessão legitimária anómala.

4. Pontos críticos do regime legal da sucessão legitimária

A múltiplas vozes se afirma que o direito sucessório português não vem acompanhando o percurso da composição do tecido familiar.

Como se disse, a sucessão legitimária tem como um dos seus fundamentos a protecção da família enquanto instituição fundamental da sociedade e do património familiar.

A observação da realidade revela, porém, uma pluralidade de vivências familiares à margem da “família modelo”, idealizada pelo legislador, assente no vínculo jurídico do casamento e na procriação-filiação da família nuclear.

Assim, assistimos à opção crescente dos casais pelas uniões de facto duradouras, as denominadas parcerias não conjugais, ao número crescente de famílias monoparentais, as famílias reconstituídas (“*os meus /os teus e os nossos*”), as famílias que derivam do casamento entre pessoas do mesmo género e não raro, com filhos adoptivos, ou, a família advinda da Procriação Medicamente Assistida¹⁶.

Nesta pluralidade de variáveis na génese e composição das famílias, e das quais parece ressaltar em comum – a união afectiva de duas pessoas – e a relevância dos laços da filiação (sanguínea ou legal), esbate-se a finalidade da imposição legal da legítima arquitetada para a família tipo de que falámos.

No que respeita ao património familiar?

Sabemos que de ordinário, os bens das famílias desligaram-se há muito da base fundiária e da acumulação e transmissão de riqueza entre gerações.

A aposta dirige-se agora à realização em vida dos anseios individuais dos membros do casal, que investem na educação e formação dos filhos, em ordem a proporcionarem melhores oportunidades sociais e profissionais na sua vida adulta.

Satisfeito tal desiderato, interpelamo-nos se se justifica a vantagem patrimonial do herdeiro legitimário, que em regra, não participou na construção do património familiar, em detrimento da liberdade de testar do autor da sucessão, podendo dispor dele em vida a favor de outrem, para depois da sua morte.

Outra interrogação se coloca – o autor da sucessão não deverá poder determinar em vida a atribuição preferencial do seu património aos herdeiros que dele cuidaram e sempre o acompanharam¹⁷?

Conhecidos os frequentes casos de pais abandonados na velhice pelos filhos, deverá a sua exclusão da legítima ser apenas por via da deserdação? (artigo

16. Acolhida no nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro que admite o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, através da inseminação com sêmen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

17. Os mecanismos legais existentes para temperar essa “rigidez” - como são a substituição da legítimas, ou a partilha em vida, mantendo, contudo, a salvaguarda da legítima- cfr. DUARTE PINHEIRO.J., *O direito das Sucessões Contemporâneo*, pág.233; e, pág.213.

2166.º do CC).

O filho vulnerável, por doença ou infortúnio da vida, carenciado de apoio económico prestado em vida pelos pais, não pode ser avantajado por vontade daqueles, relativamente a outro filho que logrou uma vida independente e de sucesso?

Pensemos na situação de o património dos progenitores integrar um único imóvel indivisível, que por vontade daqueles atribuiriam ao filho vulnerável, que se depararia com a impossibilidade de retornar ao irmão o valor em dinheiro correspondente para satisfazer a sua legítima¹⁸.

Assente que a família padrão é hoje a família nuclear, terá significado persistir nos estreitos limites do quadro legal da sucessão legitimária, como são exemplos, a impossibilidade de aplicação de figuras como a indicação do sucessível substituto para o caso de o prioritário não poder ou não querer aceitar a herança aplicável – ou, a recusa do funcionamento da representação¹⁹?

Outro dos pontos que motiva reflexão, diz respeito à “imposição de um cônjuge ao outro “como herdeiro forçado”, reconhecendo-se embora um passo positivo nas alterações do Código Civil de 2018²⁰.

Os casamentos não são hoje necessariamente para a vida, e noutra perspectiva, o casamento deverá radicar no respeito e no auxílio recíprocos dos cônjuges, desconsiderando interesses patrimoniais.

E, quanto à família fundada em união de facto duradoura, em situação análoga à dos cônjuges, justificar-se-á que lhes seja vedada a faculdade das doações *mortis causa*?

E a solidariedade entre gerações?

O aumento significativo da esperança média de vida esvazia em grande medida esta finalidade da sucessão legitimária.

Bastará pensar que os descendentes ascendem ao benefício patrimonial numa fase da vida com autonomia e estabilidade financeira e não raro seguem percursos de vida distanciados dos progenitores, seja na geografia ou nos afectos.

Importará também lembrar que o Estado, na sua função social de apoio na velhice e na doença não rejeita (embora talvez devesse) a ajuda àqueles que têm filhos com condições económicas de auxílio.

A proteção da família assume, na verdade, consagração na Constituição – artigos 36.º e 67.º da Constituição da República Portuguesa.

18. Cfr. O recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.05.2024, proc. n.º1027/20.1T8PRD-A. P1.S1, Relatora Maria dos Prazeres Beleza, cujo objecto versa sobre um caso de intrincada inoficiosidade de uma doação feita a herdeiro legitimário e dos termos da sua redução, dependente de os bens doados serem ou não divisíveis (artigo 2174.º do Código Civil), disponível em www.dsgi.pt.

19. Cfr. Artigo 2281.º do Código Civil.

20. CAMPOS LEITE D., obra e local citados.

Mas, a propriedade privada e a liberdade de transmissão em vida e por morte têm igual assento constitucional – artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa²¹.

Pensemos no caso em que o pai que tem dois filhos, se vê impossibilitado (salvo acordo entre eles) de deixar por morte a empresa familiar ao cuidado exclusivo de um deles, por lhe reconhecer capacidades e vocação para continuar e preservar o negócio.

Antevendo a disputa futura pelo bem, apesar de um deles não demonstrar aptidão para prosseguir o negócio familiar e a empresa corresponder ao seu único património a transmitir por morte, tornando necessária a compensação de um deles?

Por imperativos de segurança jurídica da vontade do testador na transmissão dos seus bens por morte e evitar querelas entre herdeiros, não deverá a lei aproximar-se da realidade²²?

Recordemos o mediático caso da disputa familiar pelo domínio do império Ferrari, que se arrasta nos tribunais italianos, em parte motivada pela limitação legal sucessória, próxima do regime português.

No confronto que opõe o neto indicado pelo patriarca como seu sucessor nos destinos do negócio, que desde jovem esteve como CEO da empresa, e os irmãos, nascidos de outro casamento da filha de Agnelli, que nunca tiveram envolvimento com os negócios familiares.

Daí que, a maior liberdade de cada um dispor antecipadamente e segundo a sua vontade do seu património, acautelando em vida a segurança jurídica da transmissão *mortis causa*, parece o caminho inevitável²³.

São muitas as soluções apontadas pela doutrina da especialidade.

Os precursores da alteração radical do regime vigente, na linha do modelo vigente nos países da *Common Law* – o autor da sucessão detém plena disponibilidade do seu património, apontando para a eliminação da sucessão legitimária, ou pelo menos, a redução da quota indisponível, e ou, também, restrição do leque dos herdeiros legitimários.

21. A sua dimensão constitucional revela “(..) o princípio da autonomia da vontade enquanto reconhecimento de um autogoverno da esfera jurídica (..) incluindo a liberdade de cada um, antecipadamente, determinar o destino do seu património de acordo com a sua vontade”, CURA MARIANO.J., local citado, pág. 761.

22. Os mecanismos legais existentes para temperar essa “rigidez” como são a substituição da legítimas, ou a partilha em vida, mantendo, contudo, a salvaguarda da legítima – DUARTE PINHEIRO.J.- *O direito das Sucessões Contemporâneo*, pp.233.

23. Observe-se que de acordo com o Regulamento n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, da lei sucessória, vigora a regra da aplicação da lei da residência habitual, podendo ser afastada pelo testador através da escolha expressa da lei da nacionalidade.

Nas visões moderadas, sugere a doutrina como possíveis soluções de maior flexibilização do regime legal – através da consagração dos “pactos sucessórios”²⁴; o funcionamento do modelo da actual sucessão legítima supletiva para alcançar os fins da sucessão legitimária; ou, a consagração da liberdade de dispor do seu património a favor de quem o autor da sucessão tenha elegido, reservando aos herdeiros legitimários a possibilidade de reclamar dos beneficiários uma quantia em dinheiro correspondente à quota enquanto herdeiro legítimo²⁵; outra alternativa da protecção da família, através do direito a alimentos a exigir à herança e através de legados legais quanto à casa de morada de família e seu recheio, ou, o estatuto de usufrutuário do cônjuge sobrevivente²⁶.

Interpelações com as quais termino, tomando as palavras do Prof. Pamplona Corte Real:

*“O Direito Sucessório, maxime, o legitimário oscila, oscilará sempre, entre dois valores afinal: o valor individualista, que exaltará, tanto quanto possível, a liberdade de testar ou de disposição por morte e que avulta no Direito Romano, e o valor familiar que se lhe contrapõe e que demarca o Direito Germânico.”*²⁷

A todos, muito obrigada pela atenção. •



24. Os casos excepcionais previstos na lei inserem-se no contexto de convenções antenupciais e estão hoje desatualizados face ao estatuto de herdeiro legitimário do cônjuge sobrevivente.

25. DIAS A. CRISTINA, “A Protecção sucessória da Família”, in *Anatomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, e da mesma autora, *Direito das sucessões contemporâneo*, pp. 462/3.

26. DUARTE PINHEIRO J., obra e local citados, pp.209/210.

27. *Da Imputação de Liberalidades da Sucessão legítima*, pág. 269.



A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA: DESINTERESSE E PREJUÍZO



Jorge Duarte Pinheiro¹

Professor Associado com Agregação, Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. A configuração da sucessão legítima no direito português. 2. A situação no século XXI. 3. Tempo e gestão no fenómeno sucessório. 4. Uma sucessão em que pouco de bom sucede.

RESUMO: Reflexão sobre o regime jurídico português actual da sucessão *mortis causa*, nomeadamente legítima, tendo como ponto de partida o entendimento de John Stuart Mill de que um direito hereditário exclusivo sobre a terra constitui privilégio “unicamente defensável enquanto mal necessário”.

O texto identifica impactos negativos da lei aplicável a todas as espécies de sucessão, incluindo a legítima, em matéria de modo de aquisição do património do falecido e de partilha, bem como da lei especificamente aplicável à sucessão legítima, em matéria de *quantum* e intangibilidade qualitativa da legítima, reforçando a ideia da necessidade de transformação, num contexto em que ainda estão por aproveitar sugestões valiosas concebidas após o grande incêndio de 2017 (quase um 11 de Setembro português).

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão legítima; Intangibilidade qualitativa da legítima; Administração; Partilha; Incêndios.

1. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador integrado do CIDPCC – Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais. Investigador associado do DINÂMIA+CET – Iscte – Centro de Estudos sobre a Mudança Socioeconómica e o Território (ECST). Foi membro do Grupo de Trabalho para a Propriedade Rústica (referido no presente estudo), desde a sua constituição até à data em que concluiu a sua missão. Texto terminado em 10 de Janeiro de 2025.

ABSTRACT: This article offers a reflection on the current Portuguese legal regime of succession *mortis causa*, in particular compulsory succession, taking as its point of departure John Stuart Mill's view that an exclusive hereditary right over land constitutes a privilege "defensible only as a necessary evil".

The text identifies negative impacts arising from the law applicable to all forms of succession, including compulsory succession, with regard to the mode of acquiring the deceased's estate and the rules on partition. It also highlights the shortcomings of the law specifically governing compulsory succession in respect of the quantum and qualitative intangibility of the reserved portion, thereby reinforcing the need for reform—particularly in a context in which valuable proposals conceived in the aftermath of the major wildfire of 2017 (almost a Portuguese 9/11) have yet to be taken up.

KEYWORDS: Compulsory succession; qualitative intangibility of the reserved portion; administration; partition; wildfires.

1. A configuração da sucessão legitimária no direito português

A sucessão legitimária constitui a “coluna vertebral” do Direito das Sucessões português². Enquanto espécie de sucessão, enquadra-se no conceito de sucessão *mortis causa*, que evoca a ideia de aquisição a título gratuito³. Mas se assim é, conferindo acesso a algo que “é de graça”, como pode haver desinteresse e prejuízo? Desinteresse de quem? Do próprio sucessível, quanto à sucessão? Daquele que aceita a sucessão, relativamente aos bens que veio a adquirir? Desinteresse de outrem? E qual será o prejuízo? Prejuízo para o herdeiro, ainda que tenha aceitado a benefício de inventário⁴? Prejuízo para a comunidade, por se criar a ilusão

2. Expressão que é usada por C. PAMPLONA. CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 66.

3. Ideia algo imprecisa, dado que a sucessão também abrange situações patrimoniais passivas (cf. artigo 2068.º do Código Civil).

4. Independentemente da espécie de aceitação, a responsabilidade do herdeiro está confinada aos bens ou às forças da herança (*intra vires hereditatis*). No entanto, como resulta do artigo 2071.º do Código Civil, a aceitação a benefício de inventário onera credores com a prova de que há outros bens, além dos inventariados, para satisfazer os encargos, ao passo que a aceitação pura e simples impõe ao herdeiro o ónus de prova de que na herança não existem bens suficientes para cumprimento dos encargos. Ou seja, havendo aceitação pura e simples, dificuldades de prova podem, na prática, frustrar o princípio da responsabilidade do herdeiro pelo passivo até ao limite do activo da herança.

de riqueza sem trabalho (com efeitos negativos na economia)⁵ ou por outra razão?

Não se deixará de responder oportunamente a estas perguntas. Para já, antecipe-se que eventual *prejuízo* geral não decorre de se ter instalado entre os cidadãos do Estado português a ilusão de benefício sem esforço. A sucessão legítima, ou outra espécie de sucessão, não é, nem foi, óbice ao desenvolvimento económico de outros Países (*v.g.*, França e Alemanha).

É, porém, verdade que a sucessão, especialmente a que tenha por facto designativo um vínculo familiar (como é o caso da sucessão legítima), se subtrai à lógica do princípio da igualdade. Por que razão alguém obtém vantagens patrimoniais, em virtude de mera condição familiar ou simples vontade de outrem? Na opinião de um dos maiores economistas de sempre, qualquer direito sobre imóveis emergente da sucessão constitui privilégio, só admissível enquanto “mal menor”⁶. Curiosamente, o fundamento teórico da sucessão corrobora ser esta um mal menor: havendo propriedade individual, sem instituto sucessório ocorreria “ruptura injustificada da vida jurídica, com perturbação da ordem e frustração de legítimas expectativas”⁷. Extinguir-se-iam os direitos e as obrigações. Os bens ficariam ao abandono e os credores do *de cuius* seriam ilegitimamente prejudicados. Os bens ao abandono seriam adquiridos por quem primeiro os ocupasse, eventualmente de forma violenta ou oportunista; e aqueles bens que fossem menos atraentes estariam condenados à perda de utilidade e à degradação.

Mas, sendo a sucessão privilégio destinado a evitar mal maior, o que dizer da sucessão legítima, que implica aquisição a título gratuito de situações jurídicas de que era titular o *de cuius* em benefício dos seus familiares mais próximos,

5. Cf. NUNO PALMA, *As causas do atraso português*, 6.ª edição, Alfragide (Portugal), Publicações Dom Quixote, 2023, pp. 122-124, 260, 272-273, que alude à “Maldição dos Recursos” (associada, designadamente, ao ouro proveniente do Brasil durante o século XVIII e aos fundos europeus nas últimas décadas) como factor contrário ao progresso.

6. J. STUART MILL, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, Londres, 1848, livro II, capítulo II, § 6: “in the case of land, no exclusive right should be permitted in any individual, which cannot be shown to be productive of positive good. To be allowed any exclusive right at all, over a portion of the common inheritance, while there are others who have no portion, is already a privilege. No quantity of moveable goods which a person can acquire by his labour, prevents others from acquiring the like by the same means; but from the very nature of the case, whoever owns land, keeps others out of the enjoyment of it. The privilege, or monopoly, is only defensible as a necessary evil; it becomes an injustice when carried to any point to which the compensating good does not follow it.”

7. I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões (Noções fundamentais)*, 6.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 257-258.

independentemente da – ou até mesmo contra a – vontade do falecido? Nesta perspectiva, será um privilégio *agravado*, que condiciona de modo intenso a liberdade de disposição da propriedade privada, não poupando sequer as doações que o de *cuius* tenha efectuado em vida, dado o âmbito do meio por excelência de tutela do herdeiro legitimário, que é a redução por inoficiosidade (cf. artigo 2168.º, n.º 1, do Código Civil).

Ora, ainda assim, a sucessão legitimária resiste a um juízo imediato de inconstitucionalidade, por se fundar no valor constitucional da protecção da família (subjacente, nomeadamente, ao artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa), obstando ao primado total do direito fundamental à propriedade privada (consagrado pelo artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa).

Não é absurdo que se limite a liberdade de disposição a título gratuito para tutela dos familiares mais próximos. Aliás, a redução por inoficiosidade tem como seu precedente histórico a *querela inofficiosi testamenti*, que veio a restringir plena liberdade de testar que tinha vigorado no direito romano, provavelmente desde meados do século V antes de Cristo⁸. A referida *querela* assentava na ideia de que o *pater familias* estava vinculado para com alguns parentes por um dever de afecto (*officium pietatis*), que violava quando, sem justo motivo, não lhes atribuisse em testamento uma certa parte da herança.

No entanto, *ubi commoda, ibi incommoda*. Isto é, os legitimários, enquanto herdeiros mais privilegiados, estão onerados e particularmente onerados com um *dever social* de aproveitamento racional dos recursos que lhes foram deferidos, sem contrapartida económica. Como afirma Stuart Mill, não se revela justo privilégio sem bem que o compense⁹.

Não se questiona, portanto, a existência de sucessão legitimária, mas configuração desta espécie de sucessão que se não revele socialmente adequada.

Abstrai-se, todavia, da discussão em torno do núcleo de sucessíveis legitimários¹⁰.

Mais importante, neste contexto, é o *quantum* da sucessão legitimária, o procedimento de aquisição da herança por via legitimária, a partilha e a denominação intangibilidade qualitativa da própria legítima. Os três últimos temas serão versados adiante.

8. Cf. J. DUARTE PINHEIRO, *Legado em substituição da legítima*, Lisboa, Edições Cosmos, 1996, pp. 17-19.

9. Cf., *supra*, nota 6.

10. Presentemente, cônjuge e parentes na linha recta do *de cuius* (artigo 2157.º do Código Civil).

Para já, destaque-se que o legislador contemporâneo português determinou que a sucessão legitimária abrange de um a dois terços do património do *de cuius* (artigos 2158.º a 2161.º do Código Civil), apurado com base num valor total da herança alargado ficticiamente, por incluir o valor de bens que tinham sido doados em vida a outrem (cf. artigo 2162.º do Código Civil). Na prática, não é incomum que a parte deferida por via legitimária, a chamada quota indisponível, chegue a dois terços – é o que acontece se, por exemplo, ao falecido sobreviverem dois filhos ou o cônjuge e um filho. A configuração quantitativa desta sucessão é algo singular, atendendo a que, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1966, a quota indisponível não excedia metade da herança (artigo 1784.º, § único, do Código Civil de 1867, na redacção do Decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930); e que, como se mencionou, no direito romano, a construção percursora da sucessão legitimária tem na sua origem limite, por *officium pietatis*, à liberdade de disposição a título gratuito que fora de...100%.

2. A situação no século XXI

Mas a sucessão legitimária não se reconduz a um corpo estranho no Direito das Sucessões português. Pelo contrário, é, reafirma-se, *coluna vertebral* deste. Daí que esteja longe de se encontrar imune às críticas que são dirigidas ao nosso Direito das Sucessões desde o século XX e que se ouvem, quiçá, com maior intensidade no século XXI, e que a seguir se apontam de modo meramente exemplificativo ao longo de cinco alíneas.

- a. Ter sobretudo em vista um tipo de riqueza imóvel e material, que assume cada vez mais menor importância¹¹: o património sofreu um processo de metamorfose; as actuais formas de riqueza traduzem-se em bens essencialmente imateriais, como o chamado “capital humano”; a prosperidade é assegurada pelo desempenho de actividade profissional bem remunerada; o pagamento da educação dos filhos afigura-se forma particularmente relevante de transmissão intergeracional da riqueza.
- b. Não contemplar manifestações modernas e frequentes de atribuição patrimonial *post mortem*¹²: há um conjunto de realidades patrimoniais (*v.g.*, seguros de vida, depósitos bancários, títulos ao portador) que não é devidamente enquadrado pelo Direito das Sucessões, seja por falta de controlo

11. Cf. DANIEL MORAIS, *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*, Cascais, Principia, 2016, pp. 35-40.

12. Cf. C. PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões (Relatório)*, Lisboa, Lex, 1996, p. 194.

adequado, seja devido à tese de que lhes cabe regime jurídico paralelo ao sucessório.

c. Ser pouco sensível à autonomia privada¹³:

“A extensão da sucessão legitimária condiciona inevitavelmente o espaço da sucessão voluntária. E aquela não é muito permeável, quantitativa e qualitativamente, à vontade do *de cuius*: a intenção de excluir de um sucessível legitimário só pode operar na observância estrita das regras da deserdação; o propósito de onerar e preencher (directamente) a legítima produz efeitos desde que conte com a anuência do legitimário.

“No próprio domínio em que impera, o da quota disponível ou da herança sem legitimários, a sucessão voluntária é *prisioneira* de um regime que a limita.

“Vigora, entre nós, a regra da proibição dos pactos sucessórios, em contraste com o princípio que vinga na Alemanha (admissibilidade geral, nos termos do § 1941 I) e com uma evolução que se prepara ou já se iniciou noutros Estados de matriz romano-germânica (...).

“Proíbe-se o testamento de mão comum, em nome da liberdade de testar, quando esta mesma liberdade não impediu a consagração dos testamentos de mão comum entre cônjuges no direito alemão (cf. § 2265 e s. do BGB).

“Exige-se uma forma comum mínima de testamento que consiste num documento escrito aprovado pelo notário (testamento cerrado) ou certificado por pessoa habilitada (testamento internacional). No entanto, noutros ordenamentos romano-germânicos, o testamento meramente ológrafo é válido (cf. artigos 969 e 970 do Código Civil francês; artigos 601 e 602 do Código Civil italiano; e §§ 2231 (2) e 2247 do Código Civil alemão).”

d. Conter regras, injuntivas e supletivas, pensadas sobretudo para um modelo de família que é cada vez menos exclusivo¹⁴. A sucessão legitimária (que opera independentemente da ou contra a vontade do *de cuius*) e a sucessão legítima (que opera na falta de disposições por morte válidas e eficazes) privilegiam o cônjuge e os parentes do *de cuius*, rejeitando a hipótese de o membro sobrevivente da união de facto assumir a condição de herdeiro legal. Ora, este panorama contrasta com o discurso jusfamiliar que valoriza o afecto e a ligação substancial. Por ser parente no primeiro

13. Cf. J. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 464-465.

14. Cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões*, pp. 30 e 461.

grau da linha recta, o sucessível será chamado à herança do pai, ainda que o filho tenha deixado há muito de se interessar por ele, sem nenhum motivo atendível. O viúvo ou viúva será herdeiro/a, não obstante separação de facto. O distanciamento irrazoável do sucessível legal relativamente ao *de cuius* não será suficiente para o excluir da herança legal, salvo nos termos estritos dos institutos da indignidade e deserdação. Mas a condição de companheiro não lhe permite o acesso à qualidade de herdeiro legítimo ou legitimário do *cuius*, ainda que com ele tenha vivido “em harmonia” ao longo de 20 ou 30 anos.

- e. Assentar em soluções de cariz marcadamente formal¹⁵: o Direito das Sucessões é tido como “o latim” ou “a matemática” do Direito Privado; o destino dos bens do falecido determina-se por normas legais que regulam a matéria da vocação (*v.g.*, quanto ao chamamento do sucessível subsequente, ao direito de representação, à transmissão do direito de suceder e ao acrescer); morrer um minuto depois ou um minuto antes do *de cuius* condiciona o resultado, porque não são idênticos os beneficiários da transmissão do direito de suceder e do direito de representação; se a um sucessível, sem descendentes, é atribuído por testamento 99% do património do falecido e a outro somente 1%, graças ao mecanismo do acrescer entre herdeiros, este último adquire 100%, caso o outro repudie a deixa ou não sobreviva ao testador.

Paradoxalmente, apesar de a primeira das críticas assinaladas (cf., *supra*, alínea *a*)) sugerir aptidão particular da nossa lei sucessória para a transmissão de terrenos e edifícios, o século XXI revela de modo dramático que a preponderância da matriz pré-industrial no Direito das Sucessões¹⁶, típica de épocas em que o bem imóvel avultava como tipo de riqueza, pouco tem contribuído para o *ordenamento* do território português.

Adiante-se¹⁷ que em Portugal a propriedade pública da área florestal não excede 3%, uma das percentagens mais baixas do mundo e a menor dos países da União Europeia, em contraste, nomeadamente, com Espanha (28%) e Alemanha (52%); e que mais de metade da propriedade rural foi adquirida por sucessão *mortis causa* (cerca 51,1%), enquanto a segunda causa de aquisição, compra e venda, fica aquém de 40%.

16. Cf. ANDREA ZOPPINI, *Le successioni in Diritto Comparato*, Turim, UTET, 2002, pp. 14-15.

17. As percentagens do parágrafo foram retiradas de GRUPO DE TRABALHO PARA A PROPRIEDADE RÚSTICA, Relatório da 1ª Fase Diagnóstico Fev 2022, pp. 24-25 e 14-16, respectivamente (disponível no sítio do Governo de Portugal, mais precisamente em www.portugal.gov.pt).

15. Cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões*, pp. 38-39, 466-467.

Relativamente espantoso é que aqueles que aceitam a sucessão e, assim, adquirem terrenos nem sempre saibam onde estes se situam e quais são os respectivos limites¹⁸. Dito isto, não surpreende que em pleno século XXI se depare com um território algo ignorado (até por aqueles que nele nasceram, que o habitam ou são titulares de direitos reais sobre imóveis localizados no País) e descuidado.

O território em apreço não é vasto nem recente: Portugal, com 92 512 km² (incluindo as regiões autónomas dos Açores e de Madeira), não está sequer entre os 100 países com maior área; o território continental está praticamente definido desde o final do século XIII¹⁹, enquanto o território insular foi oficialmente adquirido entre o início e meados do século XV.

Ora, um território que, no passado, foi sendo conquistado, descoberto, povoado, cobiçado por terceiros e defendido pelos seus habitantes com grandes sacrifícios, merece maior atenção e...protecção.

Mas, como se lê em certo estudo²⁰:

“Os incêndios florestais banalizaram-se na sociedade portuguesa. Todos os anos, com a chegada do tempo quente, começam os incêndios. Primeiro são insignificantes, depois, em crescendo, intensificam-se em quantidade e tamanho até chegar agosto e as notícias de incêndios de grandes dimensões serem quotidianas. Posteriormente, a intensidade dos fogos esmorece até deixarem de existir. Com *timings* precisos, este ciclo repete-se todos os anos (...). Os números que ilustram esta realidade são eloquentes da dimensão da mesma: (...) entre 1 de janeiro e 15 de setembro de 2017 verificaram-se 13.346 ocorrências, das quais resultaram 209.678 hectares de área ardida; a área ardida em Portugal corresponde a metade da área ardida nos países do sul da Europa.”

Não obstante a nossa *história de incêndios*, é justamente (só) o que acontece em 2017 que leva a um impulso nacional de reflexão mais profunda sobre os factores na origem dos danos infligidos ao território²¹ e sobre todos os recursos

18. Cf., designadamente, M. FÁTIMA FERREIRO, *Economia, direito de propriedade e agricultura*, dissertação para obtenção do doutoramento em Economia pelo Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa (ISCTE), Lisboa, 2005, p. 387: “Temos a noção de Portugal é um país de proprietários. A herança de terra cuja localização se desconhece não é uma situação rara”. Texto muito interessante, que, não tendo sido publicado, pode ser consultado em www.repositorio.iscte-iul.pt.

19. No essencial, as fronteiras atuais de Portugal remontam ao Tratado de Alcanizes de 1297. Em 1801, o município de Olivença (com 430,1 km²) foi ocupado por Espanha (então aliada da França de Napoleão), que se comprometeu a restituí-lo a Portugal em 1817, o que até hoje não aconteceu.

20. CARLOS NOLASCO, “Terra queimada: portfólio do incêndio de Pedrogão Grande, Castanheira de Pera e Figueiró dos Vinhos”, *Observatório do Risco*, 29 de Setembro de 2017, p. 1 (disponível em www.estudogeral.uc.pt; último acesso em 10-01-2025).

21. Certamente muitos factores: “ação criminosa; alterações climáticas; migração para as áreas urbanas, com o consequente despovoamento das áreas rurais; perda de relevância económica dos terrenos florestais, implicando menor investimento em vigilância e limpeza; individualismo exacerbado” [J. DUARTE PINHEIRO, “Incêndios e Direito das Sucessões em Portugal”, *Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Piauí* (ISSN 2318-1621, www.oabpi.org.br; último acesso em 10-01-2025), volume 10, n.º 2, julho/dezembro, 2022, p. 206].

disponíveis para os evitar. Entre estes recursos conta-se a transformação dos mais variados ramos do Direito, como o Direito Penal, o Direito Administrativo, os Direitos Reais e o Direito das Sucessões.

Foi o que sucedeu em 2017, mais precisamente em 17 de Junho, quase um “11 de Setembro português”²², que desencadeou nos anos subsequentes a constituição de vários grupos de trabalho destinados a produzir documentação que contribuísse para reverter situação que na época o cidadão comum considerava inaceitável.

Os grupos de trabalho elaboraram relatórios, estudos, propostas, recomendações. E o que fez o poder político, além de ter criado vários desses grupos? Que modificações, nomeadamente normativas, foram introduzidas para a defesa do território?

No campo específico do Direito das Sucessões, a resposta é: para já, nenhuma.

Persiste o desinteresse pela terra portuguesa – o desinteresse de quem é sucessível e o desinteresse de quem (não) legisla.

3. Tempo e gestão no fenómeno sucessório

A imutabilidade – ou melhor, inércia – do regime jus-sucessório assume dimensão crítica, extremamente crítica, numa era de mudança e desafios.

O procedimento de aquisição da herança deferida a título legítimo ou pelos outros dois principais títulos (legítimo e testamentário) constitui uma das explicações da perda de sentido e eficácia do Direito das Sucessões português.

A sucessão abre-se no momento da morte do *de cuius*, momento em são chamados os sucessíveis prioritário (artigos 2031.º e 2032.º, n.º 1, do Código Civil português). Sucessível prioritário será, por exemplo, aquele a quem for deixada, em primeira linha, herança ou legado por testamento ou aquele a quem lei atribua a qualidade preferencial de herdeiro legítimo ou legítimo (artigos 2132.º a 2135.º e 2157.º do Código Civil). Em abstracto, parece simples. Ao *de cuius*, proprietário de imóveis, sobrevivem cônjuge, filhos, netos, irmãos, sobrinhos e

22. Dia do incêndio que começou em terreno situado em Pedrógão Grande e que, pela sua violência, viria ser noticiado e comentado internacionalmente. O incêndio é alvo do documentário *From Devil's Breath* [em português, o bafo, ou sopro, do diabo], de 2021, realizado por Orlando von Einsiedel e produzido por Leonardo di Caprio, disponível em www.imdb.com (último acesso em 10-01-2025). O paralelo entre o dia do incêndio de Pedrógão e o 11 de Setembro foi estabelecido por André Batoca, advogado de famílias das vítimas do incêndio, em entrevista ao canal de televisão *CNN Portugal*, em Novembro de 2022 (que, até 25 de Junho de 2024, esteve disponível em: www.youtu.be).

primos; ele fez testamento em que deixou a quota disponível a um amigo. O cônjuge, os filhos e o amigo serão os seus sucessíveis prioritários.

Só que para a concretização da posição de herdeiro destes sucessíveis, *v.g.*, dos que são familiares do falecido, não basta a invocação ou detecção da ligação familiar. Há que provar a qualidade de herdeiro, o que normalmente se efectua mediante habilitação em cartório notarial ou conservatória do registo civil. Nos termos do artigo 83.º do Código do Notariado, a habilitação em cartório notarial consiste na declaração, feita em escritura pública pelo cabeça-de-casal ou por três pessoas (“que o notário considere dignas de crédito”), de que certas pessoas são herdeiras do falecido e não há quem lhes prefira na sucessão ou concorra com elas. É semelhante a habilitação na conservatória do registo civil, mas está integrada em procedimentos simplificados de sucessão hereditária, que podem ser promovidos somente pelo cabeça-de-casal, seu representante legal ou mandatário (artigo 210.º-B do Código do Registo Civil). A habilitação de herdeiros no âmbito dos procedimentos simplificados “tem por objecto a declaração, prestada pelo cabeça-de-casal ou por três pessoas que o conservador ou o oficial de registos considerem dignas de crédito, de que os habilitandos são herdeiros do falecido e de não existir quem lhes prefira ou com eles concorra na sucessão” (artigo 210.º-O, n.º 1, do Código do Registo Civil).

Importa esclarecer que não é imposto qualquer prazo para a habilitação de herdeiros e que não existe qualquer mecanismo oficioso que permita promover tal habilitação ou assegurar a identificação e notificação dos sucessíveis.

Por isso e pela disciplina vigente em matéria de aquisição sucessória, o conjunto normativo favorece a *indesejável* situação de herança jacente, que, nos termos do artigo 2047.º, n.º 1, do Código Civil, se traduz na fase de “herança aberta, mas ainda não aceita nem declarada vaga para o Estado”.

No direito português, em regra, o sucessível prioritário só adquire se e quando aceita (artigo 2055.º, n.º 1, do Código Civil). Optou-se pelo princípio da aquisição sucessória pela aceitação. O sistema de *saisine* ou investidura, em que a aquisição exige acto de autoridade, foi consagrado somente para a hipótese de sucessão do Estado enquanto herdeiro legítimo (artigos 2154.º e 2155.º). O sistema de aquisição automática, em que a qualidade de sucessor emerge exclusivamente da morte do *de cuius*, prescindindo-se de qualquer acto posterior à abertura da sucessão, não obteve acolhimento entre nós²³, embora esteja na base

23. Nos casos de admissibilidade excepcional de pactos sucessórios, o sucessível contratual adquire no momento da abertura da sucessão, sem necessidade de qualquer acto, em virtude de ter declarado aceitar já em vida do doador *mortis causa*.

da aquisição sucessória de alguns ordenamentos jurídicos afins do nosso. Por exemplo, normalmente, no direito alemão, o sucessível adquire a herança se não tiver renunciado à mesma no prazo de seis semanas a contar da data em que teve conhecimento do seu chamamento à sucessão (§§ 1942-1944 do BGB).

Tendo preferido o sistema de aquisição pela aceitação, a lei portuguesa propicia prolongamento da fase de herança jacente ao dispor que “o direito de aceitar a herança caduca ao fim de dez anos, contados desde que o sucessível tem conhecimento de haver sido a ela chamado” (artigo 2059.º, n.º 1, do Código Civil). Prolongamento que pode durar décadas²⁴...

Por que é indesejável a herança jacente? Porque enquanto subsiste a pendência da sucessão ninguém é titular da herança, o que tem efeitos na administração do património do falecido. Uma pessoa pode administrar se aceitar os riscos inerentes à gestão de negócios. Admite-se somente que o sucessível tome providências acerca da administração dos bens, se do retardamento das providências puderem resultar prejuízos (artigo 2047.º, n.º 1, do Código Civil); ou nomeação judicial de curador da herança jacente, com poderes análogos ao do curador provisório do ausente, quando se torne necessária para evitar perda ou deterioração de bens hereditários (artigo 2048.º).

O fim da fase da herança jacente não põe termo às ineficiências de gestão do património conexas com o regime sucessório português. Havendo pluralidade de herdeiros adquirentes depara-se com situação de herança indivisa – que abranja cerca de um terço dos prédios situados em território português²⁵. Nesta fase de contitularidade, a administração plena exige o acordo de todos, mas todos os herdeiros (artigo 2091.º, n.º 1, do Código Civil). Ao cabeça-de-casal incumbem unicamente poderes limitados de administração da herança (cf., nomeadamente, artigos 2079.º, 2089.º, 2090.º e 2091.º, n.º 1).

24. Cf. DUARTE PINHEIRO, “Incêndios e Direito das Sucessões”, p. 200:

“Por exemplo, A, que morreu em 2000, tem 10 hectares de terreno florestal. B, filho, só soube da morte em 2005 – tem 10 anos para decidir se aceita ou repudia. Não aceitou nem repudiou. O seu direito de suceder caducou em 2015. No entanto, C, filho de B, só soube em 2021 que o direito de suceder deste caducou em 2015; dispõe de 10 anos para decidir, a contar de 2021.

“Veja-se situação mais extrema: A afinal morreu em 1968. O filho, B, soube da morte do pai nesse ano, mas não decidiu aceitar nem repudiar durante 10 anos. Em 1978, C soube que lhe cabia decidir, mas também não se pronunciou durante 10 anos. Em 1988, D, sobrinho, foi avisado da situação da herança do tio. Nada fez durante 10 anos. Em 1998, E,

sobrinho-neto de A, tomou conhecimento do assunto e também não se manifestou quanto a herança de A. Em 2008, foi a vez de um primo de A. Mais dez anos de silêncio. Em 2018, finalmente, requer-se que a herança seja declarada vaga para o Estado.”

25. Informação de GRUPO DE TRABALHO PARA A PROPRIEDADE RÚSTICA, *Relatório da 1.ª Fase*, pp. 12-14.

Na lógica de uma boa gestão²⁶, afigura-se conveniente a cessação da titularidade hereditária, o que implica partilha. Todavia, a lei não estabelece nenhum prazo para a realização da partilha; pelo contrário, permite expressamente que os herdeiros estipulem prazos durante os quais se mantém a indivisão (cf. artigo 2101.º, n.º 2, do Código Civil).

Na falta de acordo de todos os herdeiros para a partilha, o interessado que a pretenda terá de requerer inventário, cujo processo é complexo e sem certezas quanto à data de conclusão.

Ou seja, abundam *ingredientes* para protelar a partilha por muitos e muitos anos.

4. Uma sucessão em que pouco de bom sucede

Além de comungar das insuficiências do regime geral da sucessão e de lhes aditar constrangimentos decorrentes de obstáculos quantitativos ponderosos à liberdade de disposição a título gratuito, a sucessão legitimária apresenta uma discutível vertente qualitativa.

Os sucessíveis legitimários são identificados pelo Código Civil como sendo herdeiros (*v.g.*, nos artigos 2156.º e 2157.º do Código Civil) e, efectivamente, o que àqueles cabe nos termos do título III do Livro V do diploma preenche o requisito de qualificação do legitimário como herdeiros, nos termos do artigo 2023.º, n.º 2. Os sucessíveis legitimários em apreço²⁷ são designados para sucederem numa quota do património do falecido, a quota indisponível, também denominada como legítima global ou objectiva. Havendo vários sucessíveis legitimários, cada um deles tem direito a uma parte da dita quota, denominada legítima subjectiva, que, obviamente, também corresponde a uma quota do património do *de cuius*. Na doutrina portuguesa, é incontestável que a legítima (na sucessão comum)

27. Cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões*, pp. 187, 203-209:

“Quando se alude à sucessão legitimária tem-se em vista normalmente a sucessão legitimária comum, que é aquela que está submetida ao regime legal nominado da sucessão legitimária, previsto nos artigos 2156.º a 2178.º. Todavia, embora seja muito importante, não é a única variante de sucessão legitimária. Há ainda uma variante periférica, muito menos relevante, que é a sucessão legitimária anómala, subordinada a um regime distinto.”

A sucessão legitimária anómala tem por um legado, e não uma herança. Dela são exemplos a transmissão por morte do direito ao arrendamento para habitação, previsto no artigo 1106.º; as atribuições por morte dos direitos de habitação, de preferência e de uso do recheio, reguladas na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio (que adopta medidas de protecção da união de facto) e no artigo 1707.º-A do Código Civil.

26. Revela-se tendencialmente nefasta a situação de um património que pertence *a todos e, especificamente, a ninguém*, por não estimular muito o investimento de actividade e capital nesse património, nomeadamente, na reparação de edifícios, no cultivo de terrenos, na limpeza de terrenos florestais ou no progresso de sociedades comerciais.

corresponde a quota da herança ou *pars hereditatis*²⁸.

Se é correcto que outra natureza da legítima permitiria maior flexibilidade – *v.g.*, a de *pars valoris*, consagrada no direito alemão, em que o legitimário é mero credor da herança (cf. §§ 2303 e 1967 II do BGB), e não herdeiro (nem legatário) –, a menor adequação da disciplina portuguesa dos direitos dos legitimários não surge como decorrência forçosa da natureza da legítima.

O problema reside na intangibilidade qualitativa da legítima, inscrita no artigo 2163.º do Código Civil português, que, nomeadamente, proíbe o *de cuius* de preencher a quota do legitimário contra a vontade deste.

No direito francês, em que a reserva, figura equivalente à legítima, também é pacificamente reconduzida a *pars hereditatis*, o *de cuius* pode preencher a quota do reservatário/legitimário independentemente da vontade deste. O autor da sucessão pode até fazer partilha por testamento, mediante o qual reparte o património entre todos os seus herdeiros, incluindo reservatários (artigos 1079 e 1080 do *Code civil*); se quiserem beneficiar da sucessão, os reservatários, e outros herdeiros, têm de acatar a vontade do testador, salvo lesão quantitativa da legítima (contra a qual os reservatários têm de reagir através de redução por inoficiosidade); não lhes assiste a possibilidade de optarem por uma quota da herança não preenchida.

No Brasil, o panorama é similar ao de França: não há intangibilidade qualitativa da legítima; o herdeiro necessário tem direito a uma legítima, que é *pars hereditatis* (cf. artigo 1846 do Código Civil brasileiro), mas que pode ser composta com bens e valores mediante testamento (cf. artigo 2014); mais, o artigo 2018 do respectivo Código Civil reconhece expressamente que “é válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”; e o artigo 544 do mesmo Código determina que “a doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

Que dificuldades nos causa a intangibilidade qualitativa da legítima?

28. Apesar de alguns aspectos que podem gerar perplexidade (nomeadamente, o facto de o direito do legitimário ser satisfeito por bens que não se encontram no património do *de cuius* à data da sua morte, mediante a redução de doações inoficiosas) e motivam construção de um dos mais insígnies doutrinadores portugueses de Direito das Sucessões, que atribui à legítima a natureza dupla de *pars hereditatis* e *pars bonorum* – C. PAMPLONA CORTE-REAL, *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1989, pp. 882-883, 1078-1081. Salvo o enorme respeito e admiração pelos ensinamentos do autor, não se subscreve tal construção.

Ao negar ao *de cuius* a faculdade de concretizar unilateralmente as quotas de legitimários com bens determinados, o princípio da intangibilidade qualitativa potencia o conflito, a inércia, o resultado aleatório, ao confiar inteiramente a concretização dos quinhões aos próprios interessados, num momento que o autor da sucessão já não está presente. Pode ser, assim, factor de procrastinação da partilha; e óbice, mais ou menos duradouro, ao aproveitamento racional do património que pertencia ao falecido, seja por adiar gestão plena, seja por não assegurar que certos bens venham a ser atribuídos a quem mostrava maior capacidade para deles cuidar.

O impacto negativo da intangibilidade qualitativa é ampliado por preponderante orientação doutrinária que tende a considerar que, não havendo colação e na falta de manifestação de vontade do *de cuius*, a doação em vida ao cônjuge, ou a filho único, deve ser imputada na quota disponível. Na ausência de norma clara em matéria de imputação, opta-se por caminho oposto a possível preenchimento do quinhão legitimário, argumentando-se com o artigo 2114.º, n.º 1, do Código Civil²⁹, cujo teor é o seguinte: “Não havendo lugar à colação, a doação é imputada na quota disponível.”

Contudo, o preceito transcrito deve ser objecto de interpretação sistemática: situado em secção dedicada à colação e precedido por artigo sobre dispensa da colação, o que estatui respeita somente às doações sujeitas a colação que dela tenham sido dispensadas, ou seja necessariamente a doações a favor de descendente que concorra com outros descendentes (nunca a filho único ou cônjuge)³⁰. Não existindo, afinal, norma que resolva expressamente o modo de imputar a doação em vida a herdeiro legitimário prioritário não sujeita a colação, quando o *de cuius* nada estabelecer sobre o assunto, tal doação deve ser imputada na quota indisponível³¹. Conhecem-se três fortes razões nesse sentido³². E uma quarta está à vista: limitar exigências particionais do legitimário donatário (e, por conseguinte, questões inerentes à partilha), cujos direitos sucessórios imperativos se têm por antecipadamente satisfeitos na medida do valor da doação.

A ligação, salvo o devido respeito, pouco adequada entre o tema da imputação destas doações e o princípio da intangibilidade qualitativa da legítima para

29. Cf. F. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões, lições policopiadas*, Coimbra, 1992, pp. 320, 288-289, 291-293.

30. Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso*, p. 309, e *Da imputação*, pp. 927-928, 1097.

31. Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso*, pp. 249-250, nota 326, 306-309, e *Da imputação*, nomeadamente, pp. 927-928, 1097-1098.

32. Evitar vantagem excessiva de certos legitimários perante outros, assegurar a liberdade de disposição por morte do *de cuius* e acolher a lógica de contabilização das doações em vida para efeitos de cálculo da legítima (cf. DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões*, pp. 322-323).

sustentar a regra do seu enquadramento na quota disponível³³, alerta-nos para as projecções adversas do mencionado princípio, de que se destaca, por fim, uma delas algo equívoca, que terá eventualmente influído num retrocesso da legislação do processo de inventário. De facto, o artigo 48.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Processo de Inventário, aprovado pela Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, ao regular a conferência de interessados, permitia que os herdeiros deliberassem sobre o preenchimento de todas as quotas, por maioria de dois terços e com igual peso na deliberação (ainda que fossem titulares de quinhões distintos).

A solução, que rompia com a constante exigência de deliberação unânime dos interessados, foi muito criticada, sendo apontada³⁴ como contrária ao princípio da intangibilidade qualitativa da legítima. A antipatia suscitada pela novidade levou a que este preceito de 2013 viesse a ser submetido a apreciação pelo Tribunal Constitucional, que concluiu que a norma...estava em conformidade com o disposto na Constituição da República Portuguesa³⁵.

Todavia, a Lei n.º 117/2019, de 13 de Setembro, que revogou o Regime Jurídico do Processo de Inventário de 2013, regressou a solução antiga da deliberação unânime dos interesses para composição dos quinhões hereditários (cf. artigo 1111.º, n.º 2, alínea *a*), do Código de Processo Civil). Porquê, se a deliberação maioritária era conforme à Constituição e aos dados do sistema? Mesmo que a deliberação por dois terços viabilizasse o preenchimento da quota de um legitimário contra a sua vontade, o princípio da intangibilidade qualitativa da legítima protege-o apenas de actos do *de cuius* – e não do que venha a ser decidido, após a morte do autor da sucessão, em inventário (nomeadamente, por sentença homologatória de partilha, que valide deliberações de composição da herança, na conferência de interessados). Outra leitura do princípio tornaria inadmissível a partilha por inventário mediante sentença, quando esta não obtivesse a concórdância de todos, note-se, todos os co-herdeiros.

Em suma, recomenda-se a eliminação da intangibilidade qualitativa da legítima não só pelo seu alcance preciso como pelas ilações que origina.

No entanto, eliminar a intangibilidade qualitativa não basta. Como se

33. Em abono da tendencial imputação na quota disponível, por ter faltado o consentimento do legitimário à composição da sua legítima, cf. R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, volume I, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 338, nota 496 (fundamentação que não parece ter sido mantida na última edição da obra, 4.ª, de 2000); e, de certo modo, BAPTISTA LOPES, *Das doações*, Coimbra, Livraria Almedina, 1970, p. 218, nota 1.

34. Nomeadamente, por DIAS, JOANA GERALDO, “A deliberação sobre a composição dos quinhões hereditários à luz do princípio da intangibilidade qualitativa da Legítima no *RJPI* (Lei n.º 23/2013, de 5 de Março)”, *Julgar Online*, Março de 2019, pp. 38-41 (disponível em www.julgar.pt último acesso em 10-01-2025).

35. Acórdão do Tribunal Constitucional 680/2019 (Claudio Monteiro), de 03-12-2019, disponível em www.tribunalconstitucional.pt (último acesso em 10-01-2025).

deduz do que atrás foi escrito, há que modificar regras gerais da sucessão. Quais e como?

Os grupos de trabalho constituídos após o incêndio de 17 de Junho de 2017 (um 11 de Setembro português rapidamente esquecido?) já responderam. Algumas de tantas sugestões apresentadas são fáceis, simples: por exemplo, reduzir o prazo de aceitação da herança de dez para dois anos a contar da data em que o sucessível teve conhecimento de ter sido chamado à herança³⁶. Que destino tiveram as sugestões?



A subsistência intocada do actual regime sucessório não satisfaz nem o interesse individual nem o comum. •

36. Cf. GRUPO DE TRABALHO PARA A PROPRIEDADE RÚSTICA, *Relatório da 3.ª Fase Medidas Julho 2023* (disponível no sítio do Governo de Portugal, mais precisamente www.portugal.gov.pt último acesso em 10-01-2025), p. 14, que contém síntese de todo um conjunto de medidas legislativas propostas no domínio sucessório.

SEGUNDO DEBATE

Clique para assistir.





USUCAPIÃO E REGRAS LEGAIS IMPERATIVAS



Rui Pinto Duarte

Professor Catedrático, Escola de Direito de Lisboa,
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Notas preliminares; 3. Regras relativas ao domínio público; 4. Regras relativas aos baldios; 5. Regras relativas ao fracionamento de prédios rústicos (fora do quadro de operações de loteamento); 6. Regras relativas a loteamentos (e a outros aspetos do planeamento urbanístico); 7. Usucapião contra regras relativas à propriedade horizontal; 8. O caso afirm da acessão a favor do construtor (artigo 1340, n.º 1); 9. Notas finais

RESUMO: O presente texto aborda a complexa e frequentemente controversa relação jurídica entre a *usucapião* e as regras legais imperativas, com foco na propriedade imobiliária. Embora este tema não seja clássico na doutrina privatista, é objeto de múltiplas decisões judiciais. O propósito central é apresentar uma categorização de situações em que estes institutos parecem conflitar, abrangendo normas de direito privado e de direito administrativo.

A análise demonstra que, em casos específicos, a usucapião é expressamente afastada por disposição legal. Nomeadamente, imóveis pertencentes ao domínio público estão fora do comércio jurídico e são imprescritíveis, não sendo suscetíveis de aquisição por usucapião. Semelhantemente, a lei estabelece que os baldios se encontram fora do comércio jurídico, não podendo ser objeto de apropriação por terceiros, incluindo por usucapião.

Quanto ao fracionamento de prédios rústicos em violação da unidade de cultura (Art. 1376.º do Código Civil), as alterações legislativas recentes (Leis n.º 111/2015 e n.º 89/2019) visaram, inequivocamente, cominar com a nulidade os atos contrários à lei e impedir a justificação do direito por usucapião, caso a posse resulte de tais atos proibidos. Embora a jurisprudência anterior (sob o regime de anula-

bilidade) permitisse frequentemente a usucapião, espera-se que o novo regime mais rigoroso vença as concepções que defendem a prevalência da usucapião.

Na esfera dos loteamentos e planejamento urbanístico, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) não tem sido linear, mas tem prevalecido a admissibilidade da usucapião contra regras imperativas, com base na tese da independência da posse relativamente ao ato de fracionamento subjacente. Contudo, existem decisões que recusam a usucapião quando esta se baseia num facto proibido por normas imperativas de ordenamento do território (Art. 294.º do CC).

O autor discorda da ideia da prevalência geral da usucapião sobre outras regras imperativas, defendendo que a evolução legislativa demonstra uma tendência de retirada de verosimilhança a essa tese, especialmente devido à perda do fundamento legitimador da posse face à propriedade no mundo contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião, Posse, Regras Legais Imperativas, Domínio Público, Baldios, Fracionamento de Prédios Rústicos, Loteamentos, Planejamento Urbanístico, Nulidade.

ABSTRACT: This text addresses the complex and often controversial legal relationship between acquisitive prescription (*usucapio*), as a source of real rights (rights in rem), and mandatory legal rules, focusing primarily on immovable property. Although this topic is not classic in private law doctrine, it is the subject of multiple judicial decisions. The central purpose is to categorize situations where these institutes appear to conflict, encompassing both private law and administrative law norms.

The analysis demonstrates that, in specific instances, acquisitive prescription is explicitly excluded by law. Specifically, properties belonging to the public domain are outside legal commerce (inalienable and imprescriptible) and cannot be acquired by *usucapio*. Similarly, the law stipulates that common lands (*baldios*) are outside legal commerce and cannot be appropriated by third parties by any means, including acquisitive prescription.

Regarding the fragmentation of rural buildings in violation of the minimum cultivation unit rules (Art. 1376 CC), recent legislative amendments (Laws No. 111/2015 and No. 89/2019) unequivocally aimed to impose nullity on illegal acts and explicitly prevent the claim of ownership by means of *usucapio* when possession results from such prohibited acts. While previous court decisions (under the regime of voidability/annulability) often allowed *usucapio*, the new, stricter regime is expected to prevail against ancestral conceptions of *usucapio*.

In the sphere of allotments and urban planning, the Supreme Court of Justice (STJ) jurisprudence has been non-linear but has generally supported the admissibility of *usucapio* against mandatory rules, based on the thesis that possession is independent of the underlying act of fragmentation.

However, some rulings reject usucapio when based on a fact prohibited by mandatory territorial planning norms (Art. 294 CC).

The author disagrees with the notion of the general prevalence of acquisitive prescription over other mandatory rules, arguing that legislative evolution demonstrates a trend away from this thesis, particularly due to the historical separation between possession and property in the contemporary world.

KEYWORDS: Acquisitive Prescription, *Usucapio*, Possession, Mandatory Legal Rules, Public Domain, Common Lands (Baldios), Fragmentation of Rural Property, Allotments, Urban Planning, Nullity.

1. Introdução

O assunto sobre o qual tive a honra de ser convidado a falar está longe de ser clássico entre os privatistas. No seu famoso livro sobre a posse publicado há precisamente 100 anos¹, Manuel Rodrigues Júnior nada (ou muito pouco²) escreveu sobre a relação entre a usucapião e as normas imperativas. Nas suas monografias sobre a mesma instituição, muito mais recentes, António Menezes Cordeiro³ e José Alberto Vieira⁴ procederam de igual modo.

No entanto, também não se pode dizer que o assunto seja novo, pois tem sido objeto de múltiplas decisões judiciais e aparece abordado em vários livros e artigos⁵.

1. *A Posse Estudo de Direito Civil Português*, Coimbra Editora, 1924.

2. O mais próximo do tema terá sido a afirmação (feita a propósito da relevância do «justo título» da posse para a usucapião) de que «Também não há justo título quando o negócio jurídico é contrário às leis de ordem pública. Não o diz expressamente o Código, mas esta consequência deduz-se logicamente dos artigos 521.º e 671.º; porque um negócio jurídico nulo de nulidade absoluta, não é meio legítimo de adquirir» (p. 320, itálico no original).

3. *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3ª ed., Almedina, 2000 (1.ª edição de 1997).

4. *A Posse Estudo sobre o seu Objecto e Extensão Perspectiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018.

5. Sirvam de exemplos, DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, edição, Almedina, 2002, p. 469 e ss.), «Posse e Usucapião – Loteamentos e Destaques Clandestinos», in *Scientia Iuridica*, n.º 295, tomo LII, janeiro/abril 2003, pp. 91 e ss., em especial pp. 99 e ss., e *Posse e Usucapião versus Destaques e Loteamentos, Legalização das Edificações Acesso*, 2.ª ed., *Vida Económica*, 2022, ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, «Loteamento, Acesso e Usucapião: Encontro e Desencontro», in *Cedoua*, n.º 11, ano VI, 2005, pp. 91 e ss., FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Usucapião Constituição Originária de Direitos através da Posse*, Almedina, 2008, pp. 16, 17, 32 e 33, CLAUDIO MONTEIRO, *O Domínio da Cidade – A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, 2013, pp. 497 e ss., e LUÍS FILIPE CRAVO, «Fracionamento da Propriedade: Será a Usucapião um Instituto em Vias de Extinção?», in AAVV, *Estudos em Comemoração dos 100 Anos do Tribunal da Relação de Coimbra*, Almedina, 2018, pp. 125 e ss.

De resto, uma visão integrada do regime dos bens imóveis impõe⁶ que o estudo da usucapião (como o de outras figuras dos direitos reais) englobe o das normas imperativas que a condicionam. Daí a pertinência do que me foi proposto.

O meu propósito não é levar os que me ouvem (ou, nesta versão, leem...) a superar as dúvidas levantadas pelo tema. Muito mais modestamente, venho quase apenas apresentar uma categorização (não exaustiva) de situações em que a usucapião e «regras legais imperativas» relativas a imóveis parecem conflitar, que adianto ser a seguinte:

- Usucapião e regras relativas ao domínio público;
- Usucapião e regras relativas aos baldios;
- Usucapião e regras relativas ao fracionamento de prédios rústicos;
- Usucapião e regras relativas a loteamentos (e a outros aspetos do planeamento urbanístico);
- Usucapião e regras relativas à propriedade horizontal.

2. Notas preliminares

Antes de entrar na exposição de cada categoria, porém, farei algumas notas com vista a esclarecer os meus pontos de partida. Ei-las:

- Como pano de fundo, há que ter presente que o artigo 294.º do CC estabelece que «Os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal imperativa são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei» e que, por força do artigo 295.º do CC, tal regra é, em geral, extensível aos atos jurídicos que não são negócios jurídicos;
- O tema a tratar não respeita apenas à relação entre a usucapião e normas de direito administrativo, mas também à relação entre a usucapião e normas de direito privado;
- As alterações das regras que suscitam o problema das relações entre usucapião e normas imperativas determinam que soluções ao abrigo de regras anteriores possam deixar de valer;
- Por força da retroatividade da usucapião⁷, as leis novas não se aplicam de

6. Sobre uma tal visão integrada, v. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª ed., Príncípa, 2020, pp. 526 e 527 (bem como no «Editorial» do n.º 51 da *Julgar*, setembro-dezembro 2023).

7. Refiro-me ao estabelecido no artigo 1288 do CC: «Invocada a usucapião, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse.».

- imediatamente, do que resulta que os efeitos das leis novas demoram a surgir⁸;
- Discordo da ideia de que as regras sobre usucapião prevaleçam sobre outras regras, porque:
 - a. A fonte formal da usucapião é um decreto-lei (o que aprovou o Código Civil) como qualquer outro;
 - b. O próprio artigo 1287.º do CC ressalva disposições em contrário⁹;
 - Para o problema releva a característica dos direitos reais designada como «especialidade» ou «individualização», uma das dimensões daquilo a que parte da doutrina chama a «inerência» ou a «inseparabilidade» dos direitos reais, consistente em os direitos reais só nascerem se os seus objetos existirem e só subsistirem enquanto esses objetos subsistirem – o que dificulta a constituição de direitos reais sobre partes de coisas¹⁰;
 - Na verdade, para ser correspondente ao exercício do direito de propriedade, a posse deve ter por objeto uma coisa – não uma parte de coisa –, o que levanta o problema de saber quando é que um prédio se constitui enquanto tal;
 - A verificação da dimensão subjetiva da posse (pese a presunção do artigo 1252.º, n.º 2) torna a apreciação de cada caso muito subjetiva – passe o trocadilho;
 - Vou restringir a minha atenção aos imóveis, mas o tema que me foi proposto também pode abranger casos de móveis, designadamente os que sejam «bens culturais móveis», nos termos da Lei 107/2001, de 8 de setembro (Lei de Bases do Património Cultural)¹¹;
 - Vale a pena ter presente o caso afim da acessão a favor do construtor (artigo 1340.º, n.º 1).

8. Como consta da conclusão do Parecer Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e Notariado de 26 de março de 2019 n.º 10/ CC /2019 – homologado pela Presidente do Conselho Diretivo do mesmo Instituto: «As disposições conjugadas dos artigos 1376.º/1 e 1379.º/1 do CC, na redação dada pela Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, não podem deixar de pesar em matéria de aquisição por usucapião, contudo, a impossibilidade legal de constituição de prédios rústicos autónomos com área inferior à unidade de cultura, que agora se extrai das ditas normas, só assume relevância quando a posse tenha sido iniciada após a entrada em vigor daquela Lei.»

9. «A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua atuação: é o que se chama usucapião.»

10. V. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 494.

11. Sobre tal categoria, v. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais e Bens Culturais Móveis*, Princípios, 2020, em especial pp. 59 e ss. (nas quais são tratadas as restrições ao comércio desses bens). Sobre os bens privados de interesse público, em geral, v. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Almedina, 2005, pp. 339 e ss.

3. Regras relativas ao domínio público

Antes de mais, há a recordar que a matéria do domínio público tem dignidade constitucional, mormente no artigo 84.º da Constituição.

Das regras infraconstitucionais sobre domínio público, destaco os artigos 18.º e 19 do Dec.-Lei 280/2007, de 7 de agosto, que contém o chamado Regime Jurídico do Património Imobiliário Público¹², do seguinte teor:

«Artigo 18.º

Inalienabilidade

Os imóveis do domínio público estão fora do comércio jurídico, não podendo ser objeto de direitos privados ou de transmissão por instrumentos de direito privado.»

«Artigo 19.º

Imprescritibilidade

Os imóveis do domínio público não são suscetíveis de aquisição por usucapião.»

À luz de tais preceitos, parece-me claro que nunca é viável a usucapião de imóveis pertencentes ao domínio público¹³.

Na jurisprudência do STJ, tal foi afirmado, designadamente:

- Em acórdão de 7.2.2013, proferido no processo n.º 1952/06.2TBVCD.P1.S1 (relator Conselheiro Serra Baptista), de cujo sumário consta a seguinte proposição: «III – Os bens do domínio público, por se encontrarem submetidos a um regime distintivo jurídico-publicístico, não estão sujeitos à alienabilidade ou imprescritibilidade (possibilidade de aquisição por usucapião), ou, ainda, de serem objecto de servidões reais»;
- Em acórdão de 26.2.2013, proferido no processo n.º 41/06.4TBCSC.L1.S2 (relator Conselheiro Nuno Cameira), de cujo sumário consta a seguinte proposição: «II - Se o terreno objecto da escritura de justificação notarial e subsequente registo se localiza dentro da faixa litoral incluída no domínio

12. Para a crítica do regime em causa, v. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos: Ficção ou Realidade*, AAFDL Editora, 2019, pp. 441 e ss. (e, mais resumidamente, no artigo «A Propriedade e o Domínio Público», in *Julgar*, n.º 51, setembro-dezembro 2023, pp. 117 e 118).

13. Sobre a questão, v., ainda que a obra seja anterior ao Dec.-Lei 280/2007, de 7 de agosto, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O Domínio Público O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, cit., pp. 414 e ss., em especial p. 428.

público marítimo, tal como definida pelos artigos 1.º, 2.º, 3.º e 5.º do DL n.º 468/71, de 05-11, não pode ser adquirido por particulares, designadamente por usucapião, nos termos dos artigos 1287.º e segs. do CC.»¹⁴

Apesar de se tratar de tema diverso, porque é tangente ao que tomo por objeto, chamo a atenção para as regras que permitem aos privados afirmar a sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou flutuáveis – atualmente ao abrigo do artigo 15.º da Lei 54/2005, de 15 de novembro¹⁵.

Sobre estas últimas regras, há bastantes decisões do STJ. A título exemplificativo, refiro, por recentes, os seguintes:

- Acórdão de 4.6.2020, proferido no processo n.º 108/14.5T8PTS.L2.S1 (relator Conselheiro João Bernardo);
- Acórdão de 14.7.2021, proferido no processo n.º 569/10.1TBVRS.E2.S1 (relator Conselheiro Nuno Manuel Pinto Oliveira);
- Acórdão de 27.1.2022, proferido no processo n.º 225/16.7T8FAR.E2.S1 (relatora Conselheira Maria da Graça Trigo);
- Acórdão de 16.2.2023, proferido no processo n.º 457/18.3T8ABF.E1.S1 (relator Conselheiro Fernando Baptista);
- Acórdão de 15.3.2023, proferido no processo n.º 2755/20.7T8FAR.E1.S1 (relator Conselheiro Ricardo Costa);
- Acórdão de 22.6.2023, proferido no processo n.º 810/07.8TBETR.P2.S1 (relator Conselheiro João Cura Mariano)¹⁶.

4. Regras relativas aos baldios

Também a matéria dos baldios tem dignidade constitucional, mormente no artigo 82.º da Constituição (que garante a «coexistência de três setores de propriedade dos meios de produção»), pois a referência que a alínea *b*) do seu n.º 4 faz a «meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais» não pode deixar de ser entendida como evocação da figura.

Das regras infraconstitucionais, destaco o n.º 3 do artigo 6.º da Lei 75/2017, de 17 de agosto, que (repetindo regra que primeiro surgiu no artigo 2.º do Dec.-

14. Na transcrição de decisões judiciais e na de diplomas legais revogados mantive a ortografia adotada numas e noutros (esperando que os automatismos dos programas de texto não atraiçõem a minha intenção...).

15. Na doutrina, v., por exemplo, MARGARIDA COSTA ANDRADE, «Usucapião, Fraccionamento e Domínio Público Marítimo», in *Julgar*, n.º 51, setembro-dezembro 2023, pp. 130 e ss.

16. Posteriormente à intervenção que este texto reconstitui e desenvolve, foi proferido, sobre a matéria, acórdão de 29.10.2024 no processo 15899/22.1T8PRT.S1 (relatora Conselheira ANABELA LUNA DE CARVALHO).

-Lei 39/76, de 19 de janeiro, invertendo regra anterior¹⁷) estabelece: «3 – Os terrenos baldios encontram-se fora do comércio jurídico, não podendo, no todo ou em parte, ser objeto de apropriação por terceiros por qualquer forma ou título, incluindo por usucapião.»¹⁸.

5. Regras relativas ao fracionamento de prédios rústicos (fora do quadro de operações de loteamento)

a. Aspetos da evolução

O condicionamento pela lei do fracionamento de prédios rústicos (mesmo fora do quadro de operações de loteamento) é muito antigo.

O Decreto 16 371, de 13 de abril de 1929 («Modifica o regime tributário»), continha as seguintes regras:

«Artigo 107.º É proibida, sob pena de nulidade, ainda quando derivada de partilha judicial ou extrajudicial, a divisão de prédio rústico de superfície inferior a 1 hectare ou de que provenham novos prédios de menos de ½ hectare.

[...]

§ 2.º Excetua-se do disposto no corpo deste artigo a divisão do prédio rústico condicionada a construções ou à retificação de extremas ou arredondamento de propriedades.

[...]»

A Lei 2 116, de 14 de agosto de 1962 («Promulga as bases do emparcelamento da propriedade rústica»), estabelecia, na matéria, o seguinte:

«BASE 1

1. *Os terrenos aptos para cultura não podem fracionar-se em parcelas de área inferior a determinada superfície mínima, correspondente à unidade de cultura fixada pelo Governo para cada zona do País, ouvida a Corporação da Lavoura. Esta unidade poderá variar, no interior de cada zona, em atenção às exigências técnicas de cultivo e às condições locais de natureza económico-agrária e social.*

2. *São nulos os atos de divisão, partilha ou transmissão contrários ao dis-*

17. V. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 359.

18. No entanto, os baldios podem constituir-se por usucapião - v. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, cit., pp. 358 e ss.

posto no número antecedente, bem como a constituição contratual de direitos reais de garantia sobre partes alíquotas de prédios insuscetíveis de fracionamento.

3. Não será também admitido o fracionamento quando dele possa resultar o encrave de qualquer das parcelas, ainda que seja respeitado o disposto no n.º 1.

4. O preceituado nos números anteriores abrange qualquer terreno contínuo pertencente ao mesmo ou mesmos proprietários, embora não esteja inscrito na matriz ou descrito no registo predial ou lhe correspondam várias inscrições ou descrições.» (itálico acrescentado).

Estava-se então no domínio do Código de Seabra, sob o qual o que hoje chamamos «anulabilidade» era designado «nulidade relativa» (por oposição à então chamada «nulidade absoluta» - que hoje designamos por «nulidade», sem a adjetivar)¹⁹.

Não era, assim, claro que a nulidade estabelecida no n.º 2 fosse «nulidade absoluta», sendo sustentável que fosse «nulidade relativa».

b. O regime vigente

Atualmente, as regras que condicionam o fracionamento de prédios rústicos são, sobretudo, o artigo 1379.º do CC e artigo 48.º da Lei 111/2015, de 27 de agosto (regime da estruturação fundiária).

No entanto, os textos vigentes de tais preceitos não são os primitivos.

Para a compreensão das regras atuais releva contrastar os seus textos com os originários. Reproduzo uns e outros para facilitar o acompanhamento do que direi (escreverei) de seguida:

Redação atual (dada pela Lei 111/2015, de 27 de agosto)

«Artigo 1379.º

(Sanções)

1. São nulos os atos de fracionamento ou troca contrários ao disposto nos

19. Cfr., por exemplo, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1972 (reimpressão da 1.ª edição de 1960), pp. 415 e ss., RUI DE ALARCÃO, «Invalidade dos Negócios Jurídicos Anteprojecto para o Novo Código Civil», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 89, outubro 1959, pp. 206 e 207, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1987, anotação 1 ao artigo 285 (p. 262), CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, p. 619, e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 498.

artigos 1376.º e 1378.º.

2. *São anuláveis* os atos de fracionamento efetuado ao abrigo da alínea c) do artigo 1377.º se a construção não for iniciada no prazo de três anos.

3. Tem legitimidade para a ação de anulação o Ministério Público ou qualquer proprietário que goze do direito de preferência nos termos do artigo seguinte.

4. A ação de anulação caduca no fim de três anos, a contar do termo do prazo referido no n.º 2.» (itálico acrescentado)

Redação originária do artigo 1379.º do CC

«Artigo 1379.º

(Sanções)

1. São anuláveis os atos de fracionamento ou troca contrários ao disposto nos artigos 1376.º e 1378.º, bem como o fracionamento efetuado ao abrigo da alínea c) do artigo 1377.º, se a construção não for iniciada dentro do prazo de três anos.

2. Têm legitimidade para a ação de anulação o Ministério Público ou qualquer proprietário que goze do direito de preferência nos termos do artigo seguinte.

3. A ação de anulação caduca no fim de três anos, a contar da celebração do ato ou do termo do prazo referido no n.º 1»

Redação atual do artigo 48.º da Lei 111/2015, de 27 de agosto (redação da Lei 89/2019, de 3 de setembro)

«Artigo 48.º

Regime

1. Ao fracionamento e à troca de parcelas aplicam-se, além das regras dos artigos 1376.º a 1381.º do Código Civil, as disposições da presente lei.

2. A posse de terrenos aptos para cultura não faculta ao seu possuidor a justificação do direito a que esta diz respeito, ao abrigo do regime da usucapião, sempre que a sua aquisição resulte de atos contrários ao disposto no artigo 1376.º do Código Civil.

3. *São nulos* os atos de justificação de direitos a que se refere o número anterior.»

4. Quando todos os interessados estiverem de acordo, as situações de indi-

visão podem ser alteradas no âmbito do emparcelamento rural ou da valorização fundiária, pela junção da área correspondente de alguma ou de todas as partes alíquotas, a prédios rústicos que sejam propriedade de um ou de alguns proprietários.

5. Da aplicação do disposto nos números anteriores não podem resultar prédios com menos de 20 m de largura, prédios onerados com servidão ou prédios com extremas mais irregulares do que as do prédio original.

Redação originária do artigo 48.º da Lei 111/2015, de 27 de agosto

«[...]

Artigo 48.º

Regime

1. Ao fracionamento e à troca de parcelas aplicam-se, além das regras dos artigos 1376.º a 1381.º do Código Civil, as disposições da presente lei.
2. Quando todos os interessados estiverem de acordo, as situações de indivisão podem ser alteradas no âmbito do emparcelamento rural ou da valorização fundiária, pela junção da área correspondente de alguma ou de todas as partes alíquotas, a prédios rústicos que sejam propriedade de um ou de alguns proprietários.
3. Da aplicação do disposto nos números anteriores não podem resultar prédios com menos de 20 m de largura, prédios onerados com servidão ou prédios com extremas mais irregulares do que as do prédio original.»

Parece claro que:

- A Lei 111/2015, de 27 de agosto, visou que os atos praticados em violação do disposto nos artigos 1376.º (proteção de área mínima) e 1378 (casos de permissão de troca de terrenos aptos para cultura) passassem de anuláveis a nulos, mantendo a cominação de anulabilidade para os atos de fracionamento efetuado ao abrigo da alínea c) do artigo 1377.º (tendo por fim a desintegração de terrenos para construção ou retificação de extremas), se a construção não for iniciada no prazo de três anos;
- A Lei 89/2019, de 3 de setembro, visou impedir a usucapião sempre que a posse resulte de atos contrários ao disposto no artigo 1376.º (proteção de área mínima).

O objetivo da Lei 89/2019, de 3 de setembro, resulta de modo inequívoco da Resolução do Conselho de Ministros 13/2019, de 21 de janeiro, que a precedeu,

em especial dos seus seguintes fragmentos:

«II - Medidas que visam o conhecimento sobre a localização, limites e titularidade dos prédios rústicos e mistos, e sobre os prédios sem dono conhecido, ou que visam o redimensionamento da propriedade rústica.

Constata-se que as normas em vigor permitem a fragmentação virtual da propriedade rústica, admitindo a multiplicação dos putativos titulares nos prédios que se mantêm indivisos, por força da opção pela compropriedade ou pela simples indivisão da herança ou legado; garantem ao titular efetivo ou putativo da propriedade a plenitude dos direitos reais de usar, de usufruir, ou de abandonar o imóvel se assim o entender, quer seja proprietário vivente, quer esteja na condição de herança indivisa gerida por um cabeça de casal, ou ainda no estado de herança jacente; declaram perpétua a propriedade de bens imóveis, condição que não se extingue pelo abandono, ao contrário do que sucede com os bens móveis, a menos que, entretanto, sobrevenha a usucapião por parte de terceiros. A atualização do sistema de informação cadastral simplificada (medida II.5) contribuirá para a identificação dos prédios sem dono conhecido (medida II.7); por outro lado, a definição de uma unidade mínima de cultura para os terrenos florestais, a que se alia a cominação com a nulidade dos atos de fracionamento ou troca contrários à lei, já em vigor - n.º 1 do artigo 1379.º do CC - Código Civil, com a redação dada pela Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto - afiguram-se adequados para obstar, no plano jurídico, à fragmentação de prédios rústicos aptos para cultura e para uso florestal.

Por outro lado, outro dos principais obstáculos ao ordenamento e valorização dos espaços florestais, historicamente identificado, é o representado pela excessiva fragmentação e dispersão da propriedade rústica, geradora de graves inconvenientes de carácter económico-social e ambiental e que contribuem para a edificação dispersa. A melhoria das condições técnicas e económicas de exploração florestal exige o redimensionamento da propriedade rústica por referência a determinada superfície mínima, utilizando como parâmetro a unidade de cultura fixada para cada zona do País, com definição das características dos solos com vista à sua integração nas diferentes áreas mínimas das unidades de cultura. O objetivo do redimensionamento da propriedade rústica deve ser prosseguido, de modo conjugado, designadamente, por duas vias: i) através de instrumentos jurídicos que previnam o fracionamento dos prédios rústicos aptos para cultura, por referência a uma determinada superfície mínima; ii) por meio de instrumentos, da mesma espécie, que promovam a agregação e a concentração da proprie-

dade rústica, por referência àquela mesma área mínima – o emparcelamento.
[...]

Medida n.º II.8

Denominação: Melhoria da estruturação fundiária da exploração e definição da unidade mínima de cultura para a floresta

Área da governação responsável pela execução: MAFDR

Descrição: Com vista a evitar o fracionamento da propriedade e melhorar a estruturação fundiária da exploração, bem como definir a unidade de cultura para a floresta, proceder à alteração da Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, que estabelece o Regime Jurídico da Estruturação Fundiária (RJEF) e da Portaria n.º 219/2016, de 9 de agosto, de modo a passar a prever uma Unidade Mínima de Cultura (UC) para terrenos florestais.

I - A UC para a floresta: i) impede o fracionamento de prédio rústico e divisão do mesmo em parcelas de área inferior à determinada pela unidade mínima da floresta; e ii) potencia escala económica e, com isso, maior rentabilidade económico-financeira.

A UC para as áreas florestais, em cada região, deve coincidir com a UC para as áreas agrícolas - terreno de sequeiro. Deve mencionar-se que a unidade de cultura, a que se refere o artigo 1376.º do CC e o artigo 49.º da Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, releva para efeitos do disposto no artigo 1379.º, n.º 1, do CC, com a redação dada pela Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto - que prevê a nulidade dos atos de fracionamento ou troca contrários ao disposto nos artigos 1376.º e 1378.º do CC. Deve referir-se que para efeitos da determinação da UC releva a distinção entre terrenos de regadio e terrenos de sequeiro, categorias reconhecidas a partir das espécies vegetais desenvolvidas, bem como das características pedológicas, edáficas, hídricas e económico-agrícolas dos terrenos. Deve igualmente introduzir-se, quando haja dúvida sobre a vocação ou uso potencial do prédio, uma presunção no sentido de este ser considerado terreno de sequeiro.

II - A fragmentação de prédios rústicos aptos para cultura resultante da atuação da usucapião, consequente a negócios jurídicos contrários à lei, justifica a ponderação da exclusão daquela causa de constituição de direitos reais quando referida àqueles prédios. *Assim, em matéria de aquisição de prédios com área inferior à unidade de cultura (fracionamento de prédios que resultam da usucapião), deve ser introduzida na Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, uma norma que preveja que a posse de terrenos aptos para cultura não faculta ao seu possuidor a justificação do direito a que esta diz respeito ao abrigo do regime da usucapião,*

sempre que a sua aquisição resulte de atos de partilha ou de divisão de coisa comum, contrários ao disposto no artigo 1376.º do Código Civil e que são nulos os atos de justificação de direitos a que se refere o número anterior.» (itálico acrescentado).

O argumento – usado com alguma frequência – de que invalidade dos atos de fracionamento não afeta a posse deles derivada (com base no «agnosticismo» da posse) tornou-se, a meu ver, insustentável. No entanto, a opinião contrária continua a ser defendida²⁰.

Como notei ao início, por força da aplicação da lei no tempo, levando em conta o artigo 1288.º do CC, só daqui a alguns anos se poderá verificar se as redações atuais do artigo 1379.º do CC e do artigo 48.º da Lei 111/2015, de 27 de agosto, terão conseguido, finalmente, impedir a usucapião de terrenos rústicos de área inferior à fixada na lei, vencendo as concepções ancestralistas da usucapião.

Tal razão explica também que a jurisprudência existente tenha aplicado apenas as redações primitivas do artigo 1379.º do CC e do artigo 48.º da Lei 111/2015, de 27 de agosto.

As decisões do STJ podem ser exemplificadas com acórdão de 28.3.2019, proferido no processo n.º 7604/16.8T8STB.E1.S1 (relator Conselheiro Bernardo Domingos), de cujo sumário constam as seguintes proposições:

«III – O fracionamento ocorre com o ato de divisão material, a partir do qual se iniciou a posse sobre cada uma das parcelas e que, prolongando-se no tempo, por período legalmente suficiente, permitiu a invocação por parte dos RR. da aquisição originária do direito de propriedade sobre cada uma delas por via da usucapião.

IV - Atenta a primitiva redação do artigo 1379º, nº 1, do CC, a anulabilidade do ato de fracionamento de prédios rústicos, contra o disposto no artigo 1376.º, não impede a aquisição originária do direito de propriedade por via da usucapião.»

Permito-me, porém, lembrar que já houve decisões das Relações que, mesmo à luz da redação primitiva do artigo 1379.º do CC, negaram a usucapião de terrenos rústicos de área inferior à fixada na lei. Disso é exemplo acórdão da Relação de Évora de 28.6.2023, proferido no processo n.º 2709/22.9T8PTM.E1 (relatora Desembargadora Maria Adelaide Domingos), de cujo sumário consta:

«II - A invocação das regras da usucapião tendentes à aquisição originária do direito de propriedade, sem oposição dos Réus, bem como a confessada intenção dos Autores de contornarem a referida prescrição legal, não corresponde a um

20. V. MARGARIDA COSTA ANDRADE, «Usucapião, Fraccionamento e Domínio Público Marítimo», cit., pp. 124 e ss.

interesse em agir baseado na procura de uma tutela jurisdicional adequada e necessária à defesa do alegado direito ou ao afastamento do estado de incerteza grave e objetivo do mesmo.»

6. Regras relativas a loteamentos (e a outros aspetos do planeamento urbanístico)

O condicionamento pela lei das operações de loteamento também é antigo. Embora talvez seja possível ir mais atrás, lembro algumas leis publicadas desde os anos sessenta do século XX, bem como as que vigoram²¹.

Dec.-Lei 46 673, de 29 de novembro de 1965

Em várias regiões do País em que se está processando ou simplesmente se presume que venha a processar-se em futuro próximo intenso desenvolvimento urbanístico, tem sido verificada, com frequência crescente, atividade especulativa de indivíduos ou de empresas para o efeito constituídas, visando o aproveitamento indiscriminado de terrenos para a construção urbana. Assim, têm vindo a formar-se, por vezes através de operações muito vultosas, aglomerados habitacionais criados sem sujeição a qualquer disciplina, os quais prejudicam ou contrariam os planos oficiais para o aproveitamento dessas regiões.

Por carência de meios legais adequados as câmaras municipais e a Direcção-Geral dos Serviços de Urbanização não têm podido exercer em tais casos ação eficaz visando a disciplina e a fiscalização dessas atividades, de modo a obstar a criação de núcleos habitacionais que contrariam o racional desenvolvimento urbano do território e a evitar que se efetuem operações de loteamento sem que previamente estejam asseguradas as indispensáveis infraestruturas urbanísticas.

Estas atividades especulativas, além de lesarem, por vezes, os compradores de boa-fé, criam para as câmaras municipais sérios problemas de ordem financeira, pois mais cedo ou mais tarde elas serão chamadas a realizar importantes obras de urbanização, impostas pela necessidade de se dotarem os referidos núcleos habitacionais com os indispensáveis acessos, redes de abastecimento de água e de drenagem de esgotos, espaços livres, etc., e procederem à sua conservação, assumindo encargos que não têm qualquer compensação e que, na maior parte dos casos, não podem ser suportados pelo erário municipal sem prejuízo dos seus programas normais de atividade.

Impõe-se, conseqüentemente, facultar às autoridades administrativas responsáveis os meios legais que as habilitem a exercer eficiente intervenção nas operações de loteamento urbano.

21. Para sínteses da evolução, v., por exemplo, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, Cejur (distribuição Coimbra Editora), 2010, pp. 203 e ss., e VIRGÍLIO FÉLIX MACHADO, «O Loteamento e o Registo Predial», in *Julgar* n.º 51, setembro-dezembro 2023, pp. 219 e ss.

Nesta conformidade:

Usando da faculdade conferida pela 1.^a parte do n.º 2.º do artigo 109.º da Constituição, o Governo decreta e eu promulgo, para valer como lei, o seguinte:

Artigo 1.º Entende-se por loteamento urbano, para os efeitos deste diploma, a operação ou o resultado da operação que tenha por objeto ou tenha tido por efeito a divisão em lotes de um ou vários prédios fundiários, situados em zonas urbanas ou rurais, para venda ou locação simultânea ou sucessiva, e destinados à construção de habitações ou de estabelecimentos comerciais ou industriais.

Artigo 2.º - 1. O loteamento urbano depende de licença da câmara municipal da situação do prédio [...]

Dec.-Lei 289/73, de 6 de junho

«[...]

Artigo 1.º A operação que tenha por objecto ou simplesmente tenha como efeito a divisão em lotes de qualquer área de um ou vários prédios, situados em zonas urbanas ou rurais, e destinados imediata ou subsequentemente à construção, depende de licença da câmara municipal da situação do prédio ou prédios, nos termos do presente diploma.

[...]

Artigo 27.º - 1. As operações de loteamento referidas no artigo 1.º, bem como a celebração de quaisquer negócios jurídicos relativos a terrenos, com ou sem construção, abrangidos por tais operações, só poderão efectuar-se depois de obtido o respetivo alvará, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 21.º

2. Nos títulos de arrematação ou outros documentos judiciais, bem como nos instrumentos notariais relativos aos actos ou negócios referidos no número anterior, deverá sempre indicar-se o número e data do alvará de loteamento em vigor, *sem o que tais atos serão nulos e não podem ser objecto de registo*. [...]

Dec.-Lei 400/84, de 31 de dezembro

«Artigo 1.º

1 - Estão sujeitas a licenciamento municipal nos termos do presente diploma:

a) As acções que tenham por objecto ou simplesmente tenham por efeito a divisão em lotes de qualquer área de um ou vários prédios, destinados, imediata ou subsequentemente, à construção;

[...]

3 - As acções mencionadas na alínea a) do n.º 1 do presente artigo serão objecto de uma operação de loteamento a aprovar pela câmara municipal competente.

[...]

Artigo 57.º - 1 - *Nos títulos de arrematação ou outros documentos judiciais, bem como nos instrumentos notariais relativos a actos ou negócios que impliquem, directa ou indirectamente, o fraccionamento de prédios rústicos, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º, com ou sem construção, ou urbanos com logradouros, deverão sempre indicar-se as datas do alvará de loteamento, da notificação judicial avulsa e a publicação do extracto da respectiva certidão ou do trânsito da sentença referidas nos artigos 49.º e 50.º, devendo os respectivos documentos ser exibidos.* (itálico acrescentado)

[...]

Artigo 58.º

1. A celebração ou o registo de quaisquer actos ou negócios jurídicos de que resulte ou possa vir a resultar a constituição de compropriedade ou a ampliação do número de compartes de prédios rústicos só poderão efectuar-se mediante parecer favorável da câmara municipal do local da situação dos prédios.

[...]

Artigo 60.º

São nulos os actos e negócios a que se referem os artigos 57.º e 58.º quando concluídos com violação do disposto no presente diploma, tendo os municípios legitimidade para promover a respectiva declaração judicial. (itálico acrescentado)

Artigo 61.º

Nos anúncios de alienação ou oneração de terrenos sujeitos ao regime do presente diploma deverão indicar-se sempre o número e a data do alvará, ou da notificação judicial avulsa ou da sentença que o substituam, sem o que não poderão ser exibidos, publicados, difundidos ou afixados

[...]»

Dec.-Lei 448/91, de 29 de novembro

«[...]

Artigo 53.º

Negócios jurídicos

1. Nos títulos de arrematação ou outros documentos judiciais, bem como nos instrumentos notariais relativos a actos ou negócios jurídicos de que resulte, directa ou indirectamente, a divisão em lotes nos termos da alínea a) do artigo 3.º, sem prejuízo do disposto nos artigos 5.º, 64.º e 65.º, ou a transmissão de lotes legalmente constituídos, deve constar o número do alvará, a data da sua

emissão pela câmara municipal e a certidão do registo predial.

[...]»

Artigo 56.º

Nulidades

1. São nulos os actos administrativos respeitantes a operações de loteamento, a obras de urbanização e a quaisquer obras de construção civil:
 - a) Que não tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis ou não estejam em conformidade com os mesmos quando de natureza vinculativa;
 - b) Que violem o disposto em instrumento de planeamento territorial, normas provisórias, áreas de desenvolvimento urbano prioritário ou áreas de construção prioritária.
2. As situações previstas na alínea b) do número anterior constituem ilegalidade grave para efeitos do disposto na alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 9.º e na alínea g) do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 87/89, de 9 de Setembro.
3. *São nulos os actos jurídicos praticados em violação ao disposto no artigo 53.º* (itálico acrescentado)

Dec.-Lei 555/99, de 16 de dezembro - Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (em vigor)

«[...]»

Artigo 68.º

Nulidades

Sem prejuízo da possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos nos termos gerais de direito, bem como do disposto no artigo 70.º, são nulas as licenças, as autorizações de utilização e as decisões relativas a pedidos de informação prévia previstos no presente diploma que:

- a) Violem o disposto em plano municipal ou intermunicipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, medidas preventivas ou licença ou comunicação prévia de loteamento em vigor;

[...]

Artigo 102.º

Reposição da legalidade urbanística

1. Os órgãos administrativos competentes estão obrigados a adotar as medidas adequadas de tutela e restauração da legalidade urbanística quando sejam realizadas operações urbanísticas:

- a) Sem os necessários atos administrativos de controlo prévio;
- b) Em desconformidade com os respetivos atos administrativos de controlo prévio;
- c) Ao abrigo de ato administrativo de controlo prévio revogado ou declarado nulo;
- d) Em desconformidade com as condições da comunicação prévia;
- e) Em desconformidade com as normas legais ou regulamentares aplicáveis.

[...]

Lei 91/95, de 2 de setembro - Reconversão das Áreas Urbanas de Génese Ilegal (AUGI) (em vigor)

«[...]

Artigo 54.º

Medidas preventivas

1. A celebração de quaisquer atos ou negócios jurídicos entre vivos de que resulte ou possa vir a resultar a constituição de compropriedade ou a ampliação do número de compartimentos de prédios rústicos carece de parecer favorável da câmara municipal do local da situação dos prédios.

[...]

4. *São nulos os atos ou negócios jurídicos celebrados em violação do disposto no n.º 1 do presente artigo, tendo também a câmara municipal legitimidade para promover a respetiva declaração judicial.*

[...]» (itálico acrescentado)

A posição do STJ sobre a relevância das várias regras que ficaram transcritas, em especial as que cominaram ou cominam com nulidade atos de direito privado que violem tais regras, não tem sido sempre a mesma ... ou os casos objeto das decisões não têm sido sempre iguais. De seguida, darei conta de aspetos centrais de várias dessas decisões, lembrando que proposições isoladas dos seus contextos estão longe de traduzir com rigor os sentidos dos textos em que se inserem.

Em acórdão de 2.2.2010 proferido no processo n.º 1816/06.OTBFUN.L1.S1 (relator Conselheiro João Camilo) foi decidido o que em síntese consta deste número do seu sumário:

«IV. O instituto da usucapião não pode ultrapassar as restrições legais colocadas

ao fracionamento dos prédios em normas imperativas que regulam o loteamento de terrenos, nomeadamente, as previstas no Decreto-Lei n.º 559/99 de 16/12.».

Em acórdão de 4.2.2014 proferido no processo n.º 314/2000.P1.S1 (relator Conselheiro Fernandes do Vale) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«II. Alienada a propriedade de um prédio rústico a vários compradores que, subsequentemente, aí, procederam à delimitação material das respectivas parcelas, sobre estas exercendo, cada um deles, actos de posse habilitantes à respectiva aquisição por usucapião, os requisitos da verificação desta devem reportar-se à parcela, individualmente considerada, e não à totalidade do prédio.

III. Na situação descrita, o reconhecimento judicial da mencionada usucapião deve sobrepor-se e prevalecer sobre o fraccionamento ilegal do prédio, que, porventura, tenha estado na respectiva génese, já porque em causa está um direito não transmitido, mas constituído ex novo, já porque, esgotado o decurso do tempo necessário à respectiva verificação, com o inerente alheamento da autoridade pública ou interessado a quem incumba a prevenção/repressão ou arguição da correspondente violação, deixou de fazer sentido, afrontando as concepções dominantes na comunidade, a tardia salvaguarda do subjacente interesse público, devendo a Ordem Jurídica absorver a situação ocorrente e consolidada.»

Em acórdão de 6.3.2014 proferido no processo n.º 1394/04.4PCAMD.L1.S1 (relator Conselheiro Salazar Casanova) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«II. O destaque de uma determinada parcela de terreno visando a construção de imóvel, que veio a ser efetivada, constitui operação de loteamento sujeita a licenciamento salvo se se verificarem cumulativamente os requisitos a que alude o artigo 2.º, n.º 1 do DL n.º 400/84, de 31-12.

III. A aquisição da propriedade por usucapião sobre parcela de imóvel pressupõe a sua autonomia, seja por via de atos materiais, seja por via de atos jurídicos de fracionamento, sobre ela então se exercendo os atos possessórios, não bastando a ocupação de uma parte de terreno para se considerar que se efetivou um fracionamento.»

Em acórdão de 30.4.2015 proferido no processo n.º 10495/08.9TMSNT.L1.S1 (relator Conselheiro Salazar Casanova) foi decidido o que em síntese consta des-

te número do seu sumário:

«VII. O reconhecimento da usucapião com base em atos possessórios sobre parcela de prédio rústico com área inferior à unidade de cultura resultante de mera divisão material, conduziria, dada a impossibilidade de ser proposta ação de anulação face a inexistência de negócio constitutivo do fracionamento do prédio que deu origem a essa parcela, a um resultado que a lei possibilita e pretende evitar quando esse ilegal fracionamento resulta de negócio jurídico.»

Em acórdão de 26.1.2016, proferido no processo n.º 5434/09.2TVLSB.L1.S1 (relator Conselheiro Sebastião Póvoas) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«5) O diálogo entre o direito civil e o direito do urbanismo e o objectivo de aplicação uniforme e coerente do ordenamento jurídico como um todo implicam que as normas de cariz administrativo respeitantes ao fraccionamento, ao loteamento e ao destaque de imóveis sejam atendidas aquando do reconhecimento das formas de aquisição da propriedade, mormente da usucapião. 6) Os tribunais judiciais não podem manter-se como espaços de aplicação exclusiva do direito civil ignorando as intersecções deste como direito do urbanismo, sendo cada vez mais urgente, face à natureza imperativa e aos interesses públicos que este último prossegue, abandonar este estado “monocromático” das relações entre ambos estes ramos do direito. 7) Na ausência de demonstração do cumprimento das limitações impostas pelas normas administrativas de ordenamento do território relativas à validade das operações urbanísticas como o loteamento ou o destaque (artigos 3.º, alínea a), 5.º, 53.º, n.º 1 e 56.º, n.º 1, do Regime Jurídico dos Loteamentos Urbanos, republicado pelo Decreto-Lei n.º334/95, de 28-12, aplicáveis na data da celebração da escritura), não podem os actos de posse baseados num facto proibido por essas leis permitir uma aquisição por usucapião na medida em que contrários a uma disposição de carácter imperativo (artigo 294.º do Código Civil), sendo nula a escritura de justificação que a titula.»

Em acórdão de 1.3.2018 proferido no processo n.º 1011/16.0T8STB.E1.S2 (relatora Conselheira Rosa Tching) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«V. A usucapião é uma forma de aquisição originária do direito de propriedade, que surge ex novo na esfera jurídica do sujeito, irrelevando, por isso, quaisquer irregularidades precedentes e eventualmente atinentes à alienação ou transferência da coisa para o novo titular, sejam vícios de natureza formal ou substancial.

VI. Operada a divisão material de um prédio rústico em duas parcelas de terreno com área inferior à unidade de cultura fixada na Portaria n.º 202/70, de 21/04 e verificados os requisitos da aquisição, por usucapião, do direito de propriedade sobre cada uma destas parcelas, esta aquisição prevalece sobre a proibição contida no artigo 1376.º, n.º 1 do C. Civil, não operando a anulabilidade do ato de fracionamento previsto no n.º 1 do artigo 1379.º do C. Civil (na redação anterior à introduzida pela Lei n.º 111/2015, de 27.08).»

Em acórdão de 12.7.2018 proferido no processo n.º 7601/16.3T8STB.E1.S1 (relator Conselheiro Fonseca Ramos) foi decidido o que em síntese consta deste número do seu sumário:

«III. A tendência da jurisprudência, reportando a situações possessórias constituídas há longo tempo e ao instituto da usucapião, tem considerado que a usucapião se sobrepõe às normas do ordenamento territorial, assim tutelando a confiança e a estabilidade de posições jurídicas consolidadas pelo tempo e pela publicidade da posse.»

Em acórdão de 21.2.2019 proferido no processo n.º 7651/16.0T8STB.E1.S3 (relatora Conselheira Rosa Ribeiro Coelho) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«I. O fracionamento de um prédio rústico não se operou com as declarações de aquisição, por usucapião, das parcelas de terreno feitas nas escrituras de justificação.

II. Tal fracionamento teve lugar com os atos de divisão material levados a cabo sobre o imóvel e concomitante início da posse de cada possuidor sobre as parcelas emergentes da divisão, posse essa que, prolongada no tempo, viabilizou a aquisição, por usucapião, declarada naqueles atos notariais.

III. A proibição de fracionamento de prédios rústicos constante do artigo 107.º do Decreto n.º 16731 e da Lei n.º 2116 estabelecia a sanção de nulidade para a divisão de prédios rústicos de área inferior à estabelecida legalmente.

IV. Com o artigo 1379.º, conjugado com o artigo 1376.º, ambos do C. Civil, e com a Portaria n.º 202/70 esta sanção passou a ser a de anulabilidade, tendo voltado a ser a de nulidade com a redação dada ao mesmo artigo 1379.º pela Lei n.º 111/2015.

[...]

VII. Mesmo sendo nulo o fracionamento de terreno apto para a cultura que despoletou o início da posse, tal vício não é suscetível de excluir a faculdade de usucapir por parte do possuidor de parcela emergente dessa divisão ilegal.

VIII. Não se descortina, entre as normas legais reguladoras do fracionamento de prédios rústicos, alguma que negue a possibilidade de adquirir por usucapião as parcelas de terreno que venham a ser objeto de posse mercê de fracionamento ilegal de prédio rústico.

IX. Igualmente não tem essa natureza o artigo 1376.º do CC, pelo não existir a “disposição em contrário” que, nos termos do artigo 1287.º, pode obstar a que a posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculte ao possuidor a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua atuação.

[...]

Em acórdão de 18.6.2019 proferido no processo n.º 1786/17.9T8STB.E1.S1 (relatora Conselheira Graça Amaral) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«II. A escritura de justificação notarial, não sendo em si própria um negócio jurídico de que resulte o fracionamento de prédio rústico em violação do artigo 1376.º, do Código Civil, constitui o título justificativo (por via da invocação de razões de ciência) da aquisição originária do direito real pela usucapião invocada, cujos efeitos retroagem à data do início da posse das parcelas de terreno, posse decorrente de acto de divisão material.

III. A aquisição, por usucapião, do direito de propriedade não se encontra ferida de invalidade por desrespeito das regras do fracionamento dos prédios rústicos cominadas com anulabilidade.

IV. Mostra-se válida a posse sobre parcelas inferiores à unidade de cultura vigente que levou à usucapião do direito de propriedade sobre os terrenos, invocada nas escrituras de justificação notarial, não obstante ter subjacente a violação do então vigente artigo 1379.º, n.º 1, do Código Civil (na redacção anterior à alteração dada pela Lei 111/2015, de 27-08).»

Em acórdão de 24.10.2019 proferido no processo n.º 317/15.0T8TVD.L1.S2 (relatora Conselheira Fátima Gomes) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«I. A data ou momento relevante para aferir se o reconhecimento do direito de propriedade, adquirido por usucapião, infringe ou não as invocadas regras legais limitativas do fracionamento de prédios rústicos é a do início da posse.

[...]

III. Tendo a usucapião efeitos retroactivos à data do início da posse, a lei aplicável é, sem dúvidas, a vigente à data do início da posse. Será assim essa lei que

indicará se pode haver fraccionamento do prédio e de o mesmo for fraccionado em violação da lei quais as consequências que daí decorrem. O mesmo se diga em matéria de loteamento urbano, licenças e dispensas.

IV. À luz da lei vigente em 1986 o fraccionamento não seria nulo, quando muito anulável.

[...]

Em acórdão de 18.2.2021 proferido no processo n.º 20592/16.1 T8SNT.L1.S1 (relator Conselheiro Nuno Pinto Oliveira) foi decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«II. A aquisição da propriedade, designadamente por usucapião, precede a aplicação das normas de direito do urbanismo — ou, ainda que não preceda, prevalece sobre a aplicação das normas de direito do urbanismo relativas à divisão, ou ao fraccionamento, dos prédios.

III. O possuidor pode adquirir por usucapião, ainda que o prédio sobre o qual o possuidor exerça os seus poderes tenha sido autonomizado a despeito das normas de direito do urbanismo.

[...]

Do mesmo modo foi decidido em acórdão de 25.3.2023 proferido no processo n.º 681/20.9T8TMR.E1.S1 (sendo relator também o Conselheiro Nuno Pinto Oliveira), como resulta do seu sumário:

«I. A aquisição da propriedade, designadamente por usucapião, precede a aplicação das normas de direito do urbanismo — ou, ainda que não preceda, prevalece sobre a aplicação das normas de direito do urbanismo relativas à divisão, ou ao fraccionamento, dos prédios.

II. O possuidor pode adquirir por usucapião, ainda que o prédio sobre o qual o possuidor exerça os seus poderes tenha sido autonomizado a despeito das normas de direito do urbanismo.»

Do que ficou lembrado resulta que na jurisprudência do STJ tem prevalecido, embora de modo não linear, a ideia de que é admissível a usucapião contra as regras relativas a loteamentos (e a outros aspetos do planeamento urbanístico), com base na tese da independência da posse relativamente ao ato de fraccionamento.

7. Usucapião contra regras relativas à propriedade horizontal

Um exemplo de que o problema da relação entre usucapião e regras legais im-

perativas não se coloca apenas quanto a regras de direito administrativo é dado pelo regime da propriedade horizontal, nomeadamente pela regra que estabelece que certas partes dos edifícios sujeitos a tal modo de propriedade são necessariamente comuns. Admitindo que é viável a alteração do título constitutivo por usucapião²², será viável que um fragmento de uma parte necessariamente comum passe a integrar uma fração autónoma, por o seu dono a ter possuído pelo prazo relevante²³?

Em acórdão de 16.12.2018, proferido no processo n.º 8250/15.9T8VNF.G1.S1 (relator Conselheiro Abrantes Geraldês), foi apreciada questão próxima, tendo sido decidido o que em síntese consta destes números do seu sumário:

«[...]»

2. Nos termos do artigo 1287.º do CC, o reconhecimento da usucapião, como forma de aquisição originária de direitos reais, é impedido quando exista “disposição em contrário”, abarcando os casos em que a usucapião se sobrepõe a um regime imperativo.
3. A produção de efeitos jurídicos correspondentes à modificação do título constitutivo da propriedade horizontal por via judicial, não prescinde do acordo de todos os condóminos e, além disso, deve compatibilizar-se com regras imperativas em matéria de direito do urbanismo ligadas ao licenciamento da construção e da utilização de edifícios e respetivas frações.
4. O facto de a posse dos RR. sobre uma fração (rés-do-chão esquerdo) se ter entendido a uma área integrante de outra fração contígua cuja titularidade está inscrita em nome dos AA. (rés-do-chão esquerdo) ou o facto de a posse dos RR. sobre outra fração (garagem) ter abarcado a totalidade da área correspondente a outra fração contígua do AA. (garagem) não impede a procedência do pedido dos AA. de reconhecimento do direito de propriedade sobre as suas

22. Como defendo (v. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 167), pese a divisão da jurisprudência – sendo exemplo da tese afirmativa acórdão do STJ de 19.12.2018 proferido no processo n.º 6115/08.0TBAMD.L1.S2 (relatora Conselheira Catarina Serra) e exemplos da tese contrária, no caso do STJ, acórdão de 26.10.2011 proferido no processo n.º 369/2002.E1.S1 (relator Conselheiro Martins de Sousa) e, no caso das Relações, acórdão da Relação de Lisboa de 5.12.2024 proferido no processo n.º 11115/19.1T8LSB. L1-8, já posterior à intervenção que este texto reconstitui e desenvolve (relatora Desembargadora MARIA DO CÉU SILVA). Sustentando também a tese afirmativa, v. A. CRESPOS COUTO, «A Alteração da Propriedade Horizontal por Usucapião. Sim ou Não», in AAVV, *Propriedade Horizontal II Jornadas* (coord. Margarida Costa Andrade, Madalena Teixeira e Teresa Letras), Gestlegal, 2024, pp. 47 e ss.

23. À luz do direito italiano, SAVERO RUPERTO parece responder afirmativamente à pergunta, embora realçando a dificuldade de «un possesso esclusivo (che vada cioè oltre la semplice tolleranza degli altri condomini) su singole porzioni di immobile il cui godimento, data la loro natura, è conseguenza diretta e imprescindibile del godimento dell'intero edificio [...]» - *L'Usucapione*, Giuffrè, 1992, p. 80.

frações e de condenação dos RR. a desocuparem as áreas que lhes correspondem, de acordo com os elementos que constam do título constitutivo da propriedade horizontal elaborado de acordo com o precedente licenciamento camarário.»

8. O caso afim da acessão a favor do construtor (artigo 1340.º, n.º 1)

Quase a terminar, permito-me lembrar que o problema de que me ocupo se coloca em termos muito semelhantes no caso de acessão industrial imobiliária, a favor de que constrói em terreno alheio, nos termos do n.º 1 do artigo 1340.º do CC, sobretudo no tocante às regras sobre loteamentos²⁴.

Das decisões do STJ sobre a matéria, lembro o voto de vencido do conselheiro Sousa Inês em acórdão de 17.2.2000, proferido no recurso n.º 1134/99 (relator conselheiro Sousa Dinis), do qual destaco a seguinte passagem:

«A solução a que as instâncias chegaram é a desejável e mostra-se correctamente fundamentada à luz da lei civil. Importa, todavia, tomar em consideração as exigências da lei administrativa que regula os loteamentos e destaques para fins de construção, cujas normas são de interesse e ordem pública, não podendo ser atropeladas pelos tribunais, nem as respectivas questões ignoradas, pois que são, dada aquela sua natureza, de conhecimento oficioso. Por isto, a decisão do acórdão recorrido, na parte em que declarou que o réu adquiriu por acessão o direito de propriedade sobre uma parcela do prédio dos autores, só poderá manter-se vindo aos autos prova de a câmara municipal competente haver emitido alvará de loteamento ou por outra forma, autorizado o “destaque”²⁵»

9. Notas finais

Vimos que nos casos do domínio público e dos baldios a usucapião constituinte de propriedade privada não é admitida.

Quanto à usucapião contra a regra do n.º 1 do artigo 1376.º do CC, sobre fracionamento de prédios rústicos, parece-me ser claro que a mesma também deixará de ser sustentável quando as situações de facto passarem a ser abran-

24. Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, «Loteamento, Acessão e Usucapião: Encontro e Desencontro», cit., p. 97, e CLAUDIO MONTEIRO, *O Domínio da Cidade A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, cit., pp. 492 e ss., DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião versus Destaques e Loteamentos, Legalização das Edificações Acessão*, 2ª ed., cit., p. 130 e ss., e RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 110.

25. V. *Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano VIII, tomo I, 2000, p. 107.

gidas pela redação dada ao n.º 1 do artigo 1379.º do CC pela Lei 111/2015, de 27 de agosto, e pela redação dada ao artigo 48.º dessa lei pela Lei 89/2019, de 3 de setembro. Até lá, serão sustentáveis (ainda que controversas) as construções que admitem a usucapião contra a regra do n.º 1 do artigo 1376.º do CC, com base na tese da independência da posse relativamente ao ato de fracionamento.

Creio que, no mundo contemporâneo, nunca foi correta a tese da prevalência geral da usucapião sobre regras imperativas. O panorama que tracei mostra que a evolução legislativa lhe tem retirado verosimilhança.

Permito-me realçar que a separação entre propriedade e posse retirou à posse o fundamento legitimador da propriedade que historicamente teve²⁶. A vigência da usucapião é incontestável, mas a supremacia das normas que a consagram sobre as demais carece de fundamento.

Somos seres contraditórios. Ao passear, exclamamos frequentemente que a localização de certos edifícios atenta contra o bom-senso. Ao tratar do enquadramento jurídico dessas situações, temos sido frequentemente permissivos. Há que encontrar novos caminhos, que, para conduzirem a boas soluções, não poderão consistir num qualquer preconceituoso «sempre assim», seja ele «sempre sim» ou «sempre não». •



26. Sobre a evolução das relações entre propriedade e posse, com a usucapião em vista, v. FRÉDÉRIC DANOS, *Propriété, Possession et Opposabilité*, Economica, 2007, pp. 300 e ss.



USUCAPIÃO E REGRAS LEGAIS IMPERATIVAS DE DIREITO DO URBANISMO UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



Maria Clara Sottomayor

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Delimitação e contextualização do tema; 2. As normas de direito do urbanismo e o diálogo com o direito civil; 3. Os interesses prosseguidos pela usucapião; 4. A posição da doutrina sobre o conflito entre a usucapião e as normas urbanísticas; 4.1. Tese da prevalência da usucapião; 4.2. Tese da prevalência das normas de urbanismo; 5. O conflito entre a usucapião e as regras do fracionamento dos prédios rústicos; 5.1. Enquadramento legislativo; 5.2. A posição da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça; 6. O conflito entre a usucapião e as regras de loteamento urbano; 6.1. Enquadramento legislativo; 6.2. A posição da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça; 7. Balanço das posições da jurisprudência e da doutrina; 8. Conclusão

RESUMO: Neste artigo, aborda-se a questão do conflito entre as normas civilísticas da posse e da aquisição por usucapião e as normas de direito do urbanismo relativas ao loteamento urbano e ao fracionamento de prédios rústicos, analisando-se a posição da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça sobre a matéria..

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião; Loteamento urbano; Fracionamento de prédios rústicos.

ABSTRACT: This article examines the conflict between the civil-law rules governing possession and acquisition by acquisitive prescription, and the urban planning rules relating to urban land subdivision and the partition of rural properties. It analyses both scholarly positions and the case-law of the Supreme Court of Justice on this matter.

KEYWORDS: Acquisitive prescription; urban land subdivision; partition of rural properties

1. Delimitação e contextualização do tema

A usucapião não constitui um instituto jurídico isolado, sendo invocada em diversos contextos e tendo que se conciliar com diversos regimes jurídicos. É o próprio legislador que, ao definir a usucapião no artigo 1287.º do Código Civil, estabeleceu que esta forma de aquisição originária não pode ser invocada quando exista “*disposição em contrário*”, discutindo-se na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça a verificação ou não deste efeito impeditivo à aquisição por usucapião a propósito do direito do urbanismo, do instituto do registo predial e do regime jurídico-civilístico da propriedade horizontal.

O caso típico de conflito entre as regras do registo e da usucapião tem sido resolvido, de forma consensual, pela prevalência da aquisição por usucapião sobre a presunção registral, num sistema de registo declarativo conexo com o princípio da consensualidade na transmissão de direitos reais consagrado no artigo 408.º, n.º 1, do Código Civil (v., entre outros, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05-06-2007, proc. n.º 07A1473¹). Já a possibilidade de se adquirir, por usucapião, uma fração autónoma (ou parte dela) de um prédio constituído em propriedade horizontal encontra maior diversidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que, ora a admite², ora a rejeita³, por força do respeito pelo título constitutivo, pela organização da propriedade horizontal e pelos interesses públicos envolvidos.

1. Contra: MOUTEIRA GUERREIRO, «Publicidade dos direitos reais – posse, registo e prova dos direitos», *Scientia Juridica*, Tomo LVI, n.º 310 – Abril/Junho, 2007, pp. 313-314, salientando o autor que o carácter equívoco da posse, a quebra dos contactos pessoais e das relações de vizinhança, sobretudo nos meios citadinos, e a falibilidade da prova testemunhal da posse, justificam uma redução do alcance aquisitivo da usucapião contra o que consta de documentos autênticos e do registo predial, propondo uma interpretação restritiva ou ab-rogante do artigo 1268º do Código Civil (v. também, do mesmo autor, “A usucapião e o registo: devemos repensar o tema?”, in *RED, Revista Eletrónica de Direito*, 2013, disponível para consulta in www.cij.up.pt, consultado em 05-02-2025). A ideia de que a aquisição por usucapião contra tabulas perderia o seu papel nas sociedades modernas foi desmentida pelo Acórdão da Grande Câmara do TEDH de 30-08-2007 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom* (Queixa n.º 44302/02), que decidiu, por dez votos contra sete, que não houve violação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 (proteção da propriedade) na perda da propriedade de 23 hectares de terra agrícola através da “*adverse possession*” a favor de um sujeito que usava a terra há mais de 12 anos sem autorização. A lei aplicável foi o *Land Registration Act* de 1980, que adotou nesta matéria uma solução semelhante à do *Land Registration Act* de 1925. O *Land Registration Act* de 2002, no direito inglês, continuou a permitir ao possuidor o registo da propriedade após 10 anos de posse, mas exige que o usucapiente cumpra um dever de notificação dirigido ao titular registral e que o compense dos prejuízos sofridos.

O TEDH, nos fundamentos da sua decisão, afirmou que as sociedades autoras não foram privadas do seu direito de propriedade, mas tão-só afetadas pelas limitações temporais previstas na lei para a reivindicação da propriedade. A usucapião funciona, não como um mecanismo de privação da propriedade, mas como uma forma de controlo e regulamentação do uso da terra, necessária para a segurança jurídica, concluindo o TEDH que a limitação temporal para a reivindicação da propriedade prossegue objetivos legítimos e que existe um interesse geral na existência de limites temporais para reivindicar a propriedade e na extinção do título no fim desse período temporal. Sobre a articulação entre o registo predial e a usucapião, defendendo uma reforma deste instituto, que se tem mantido inalterado nas sociedades atuais, vigorando em circunstâncias muito distintas do contexto sócio-económico e jurídico do Direito Romano, cfr. ABÍLIO VASSALO ABREU, *Titularidade Registral do direito de propriedade imobiliária versus usucapião* (“*Adverse Possession*”), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 149-164, em especial, p. 160).

2. Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 11-10-2005, proc. 2377/05; de 19-10-2006, Proc. 05B2272; de 16-12-2010, proc. 1727/07.1TVLSB.L1.S1; de 19-12-2018, proc. n.º 6115/08.0TBAMD.L1.S2; de 29-04-2021, proc. n.º 25365/19.7T8LSB.S1.

3. Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-10-2011; proc. n.º 369/2002.E1.S1; de 04-10-2018, proc. n.º 4080/16.9T8BRG-A.G1.S1; de 06-12-2018, proc. n.º 8250/15.9T8VNF.G1.S1).

Também tem surgido, neste Supremo Tribunal, e gerado alguma divergência, a questão da compatibilização entre a aquisição por acessão industrial imobiliária (artigo 1340.º do Código Civil) e as regras urbanísticas do destaque⁴. Todavia, a tendencial prevalência das regras urbanísticas sobre o efeito aquisitivo da acessão imobiliária não se estende à usucapião, dado que se verifica entre a usucapião e a acessão industrial imobiliária uma diferença essencial, como se salienta no Acórdão de 03-09-2009 (proc. n.º 1102/03.7TBILH.C1.S1), *«decorrente dos muito longos períodos temporais de exercício da posse, exigíveis antes de se consumir a usucapião, contrapostos à imediatividade da aquisição por acessão, potenciadora da ocorrência de situações de fraude a disposições legais imperativas, imediatamente consumadas e sedimentadas com a mera actuação fáctica ou material dos interessados»*.

Nesta comunicação abordarei exclusivamente a questão do conflito entre a aquisição de imóveis por usucapião e as normas de direito do urbanismo relativas ao loteamento urbano e ao fracionamento de prédios em parcelas inferiores à unidade de cultura, na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, por ser esta a questão que com mais frequência surge tratada em sede de recurso de revista.

2. As normas de direito do urbanismo e o diálogo com o direito civil

O Direito do Urbanismo, enquanto conjunto de normas e de institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, não é um ramo autónomo do direito, constituindo antes uma área especial do direito administrativo, e caracteriza-se pela complexidade e mobilidade das suas normas, que conjugam regras de âmbito geral e de âmbito local, e que são frequentemente alteradas à medida dos resultados que o legislador visa obter⁵.

4. Cfr., Acórdão de 03-12-2009, proc. n.º 1102/03.7TBILH.C1.S1, onde se concluiu que: *«Não pode considerar-se verificada a aquisição por acessão do direito de propriedade sobre uma parcela de prédio alheio, envolvendo aquisição de áreas diferentes dos lotes, tal como estes se mostram definidos em alvará de loteamento, sem que dos autos conste a prova, a produzir pelos réus por se tratar de elemento constitutivo do direito de que se arrogam, de que a alteração dos lotes é lícita face às normas imperativas que regem o procedimento e a execução do loteamento»*; Acórdão de 20-05-2014 (proc. n.º 11430/00.8TVPR.T1.S1), onde se entendeu, com um voto de vencida, que *«a acessão não deve ser reconhecida, como forma originária de aquisição do direito de propriedade, se os recorrentes não se muniram de uma certidão, nem facultaram qualquer justificação para essa sua omissão, impossibilitando o tribunal de aferir da conformidade do dito destaque com as regras que regulam as operações de fraccionamento para fins urbanísticos»*.

5. Cfr. ALVES CORREIA, *Manual do Direito do Urbanismo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 48-50.

A legislação sobre loteamentos urbanos (DL n.º 555/99, de 16 de dezembro, onde consta o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, cuja última alteração foi o DL n.º 43/2024, de 02 de julho) prossegue os objetivos de impedir o aproveitamento indiscriminado de terrenos para a construção urbana e de evitar a criação de núcleos habitacionais contrários ao racional desenvolvimento urbano do território, visando promover interesses públicos como a qualidade de vida das populações, a higiene e salubridade, as infraestruturas urbanísticas e a estética, conforme se afirmava já no preâmbulo do diploma primitivo sobre esta matéria, o Decreto-Lei n.º 46.673, de 29-11-1965.

A legislação relativa ao fracionamento de prédios rústicos (artigos 1376.º a 1379.º do Código Civil e Lei n.º 111/2015, alterada pela Lei n.º 89/2019, de 3 de setembro) visa evitar que da divisão de prédios aptos para cultura (atividades agrícolas, pecuárias ou florestais) resultem parcelas inferiores à unidade de cultura⁶. O legislador visou promover o interesse económico da exploração da terra e criar condições adequadas à rentabilização dos terrenos, vedando o fracionamento da terra abaixo de um limite mínimo definido por portaria para cada zona do país⁷ e ferindo de invalidade os negócios jurídicos ou os atos jurídicos que a realizem⁸.

Entre as normas de direito civil, que regulam o instituto da usucapião, e as de direito do urbanismo, que impedem determinados atos ou os sujeitam a licença ou a autorização da administração, deve haver um diálogo que promova a aplicação uniforme e coerente do ordenamento jurídico como um todo. Mas persiste a pergunta: em que termos se faz esse diálogo? Fazendo prevalecer a aquisição por usucapião mesmo que incidindo em parcelas constituídas em desrespeito pelas regras do urbanismo? Ou, pelo contrário, excluindo este modo de aquisição originária nos casos em que tal implica o reconhecimento de uma violação das normas do loteamento urbano ou do fracionamento de prédios?

Apesar da ancestralidade do instituto da usucapião, que remonta ao direito romano, surgem ainda hoje nos tribunais litígios sobre o direito de propriedade

6. A unidade de cultura é definida pelo artigo 49.º, n.º 1, da Lei n.º 111/2015 (alterada pela Lei nº 89/2019) como «a superfície mínima de um terreno rústico para que este possa ser gerido de uma forma sustentável, utilizando os meios e os recursos normais e adequados à obtenção de um resultado satisfatório, atendendo às características desse terreno e às características geográficas, agrícolas e florestais da zona onde o mesmo se integra».

7. As unidades de cultura são fixadas por portaria do membro do Governo responsável pela área do desenvolvimento rural e devem ser atualizadas com um intervalo máximo de 10 anos (artigo 49.º, n.º 4, da Lei n.º 111/2015). A última definição das unidades de cultura resulta da Portaria n.º 219/2016, de 9/8, alterada pela Portaria n.º 19/2019, de 15/01.

8. O artigo 1379.º, n.º 1, do Código Civil, na sua redação originária estipulava a sanção da anulabilidade, permitindo a sanção dos negócios ou atos jurídicos inválidos pelo decurso do prazo de três anos, conforme decorria do nº 3 do artigo 1379.º. A Lei n.º 111/2015 veio alterar o preceito do Código Civil e determinar a sanção da nulidade para atos de fracionamento ou de troca contrários ao disposto nos artigos 1376.º e 1378.º do Código Civil, cujo regime geral (artigo 285.º e seguintes) permite a invocação da nulidade sem dependência de prazo. No regime anterior ao do Código Civil de 1966, o artigo 107.º do Decreto n.º 16 731, de 13-04-1929 proibia, sob pena de nulidade, a divisão de prédio rústico de superfície inferior a um hectare ou de que provenham novos prédios de menos de meio hectare, normativo que se manteve em vigor até à fixação das unidades de cultura para o território de Portugal Continental pela Portaria n.º 202/70.

dirimidos através desta figura, entendendo-se na jurisprudência, embora não de forma unânime e com contestação doutrinal, que a aquisição por usucapião prevalece sobre as regras urbanísticas, podendo legitimar um facto proibido por normas imperativas de loteamento urbano, por exemplo, um fracionamento ilegal de um prédio ou a violação das regras do destaque.

3. Os interesses prosseguidos pela usucapião e o direito do urbanismo

Resulta da lei civil que a usucapião consiste num modo de aquisição originária do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo (artigos 1287.º e 1316.º do Código Civil) que depende da verificação de dois elementos: a posse e o decurso de certo lapso de tempo, variando este em função da natureza do bem (móvel ou imóvel) sobre que incide a posse e de acordo com os caracteres dessa mesma posse. Quando invocada a usucapião, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse (artigo 1288.º do Código Civil), adquirindo-se o direito de propriedade nesse momento (artigo 1317.º, al. c), do Código Civil), ou seja, para todos os efeitos considera-se que o adquirente, se a sua posse corresponder ao direito de propriedade, é proprietário da coisa desde que começou a posse.

A usucapião, na medida em que depende da posse como “*caminho para uma dominialidade*”⁹, está relacionada com o poder de facto sobre os bens com uma intenção de domínio. Esse poder, como afirma Orlando de Carvalho¹⁰ «(...) *está cronologicamente na origem de todo o domínio e que, mesmo quando este se autonomiza dessa raiz, continua a ser psicologicamente o seu móbil*», constituindo não só a projeção e a aspiração do direito, mas também uma «*contínua força de subversão e de contestação do direito real*»¹¹.

Como afirma Menezes Cordeiro tem sido consensual na doutrina, ao longo da história, que os fundamentos sociológicos e políticos da usucapião se relacionam com duas vertentes: a prova e a justiça material¹².

É inequívoco que a usucapião realiza interesses públicos, na medida em que promove a certeza sobre a existência dos bens e sobre a titularidade dos direitos, facultando, antes de mais, aos proprietários legítimos um meio irrefutável de

9. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, “Introdução à posse”, in *Direito das Coisas*, coordenadores Liberal Fernandes/Raquel Guimarães/Regina Redinha, 2.ª edição, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 262.

10. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, “Introdução à posse”, *ob. cit.*, p. 261.

11. Cfr. Idem, “Introdução à posse”, *ob. cit.*, p. 261.

12. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da usucapião de imóveis em Macau”, *ROA*, 53.º, 1993, p. 38.

13. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da usucapião de imóveis em Macau”, *ob. cit.*, 1993, p. 38.

prova e realizando a velha aspiração histórico-social de reconhecer o domínio a quem, de facto, trabalhe os bens disponíveis e lhes dê utilidade pessoal e social¹³.

Assim, deve aceitar-se que não são apenas as normas de direito do urbanismo que prosseguem interesses públicos, pois também a aquisição por usucapião não se reduz à proteção de interesses meramente privados, visando realizar o interesse público da ordenação definitiva dos bens, pondo termo a conflitos em torno da propriedade, assim promovendo a paz social e a exploração dos bens, bem como facilitando a sua circulação e a prova dos direitos.

Em relação às normas urbanísticas é a própria Constituição que estabelece um princípio de participação dos particulares na elaboração dos planos e, em geral, na atividade urbanística da Administração Pública (artigo 65.º, n.º 5, da CRP). As regras urbanísticas não devem ser impostas, sem mais, contra as pessoas, devendo observar-se, nas decisões administrativas e nas decisões judiciais, o princípio da proporcionalidade e uma adequada ponderação de interesses. Como afirma Alves Correia¹⁴, existe «*um nexo funcional ou a um fio condutor entre, de um lado, o princípio constitucional da colaboração e o direito constitucional de participação e, do outro lado, os princípios constitucionais da justa ponderação e da superação dos conflitos de interesses coenvolvidos nos planos*».

O direito fundamental de propriedade privada apresenta uma estrutura complexa, ramificando-se em múltiplas faculdades a que correspondem outras tantas dimensões tuteladoras. A previsão do artigo 62.º da CRP refere explicitamente o direito à propriedade e o direito à sua transmissão em vida ou por morte (n.º 1), contendo ainda no seu n.º 2, uma garantia de permanência: o direito à não privação arbitrária do direito de propriedade de que se é titular (n.º 2). É nesta dimensão de tutela do “adquirido” e dos direitos de uso e de fruição, independentemente da titularidade formal da propriedade, que se deve enquadrar o reconhecimento da aquisição por usucapião.

Assim sendo, estamos perante uma necessidade de concordância prática ou de harmonização de interesses em conflito, todos eles constitucionalmente tutelados.

4. A posição da doutrina sobre o conflito entre a usucapião e as normas urbanísticas

4.1. Tese da prevalência da usucapião

A doutrina que defende a prevalência das regras da usucapião sobre as normas do urbanismo baseia-se na asserção de que a usucapião é “agnóstica” porque o

14. Cfr. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, ob. cit., p. 109.

15. Cfr. DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, 5.ª edição - Atualizada, Vida Económica, Porto, pp. 496-497.

facto de a posse não ser titulada ou de ser de má fé, ou de o título que lhe subjaz ser substancialmente nulo, apenas influi no prazo necessário à verificação da usucapião, mas não exclui esta possibilidade aquisitiva, que se basta com certo senhorio de facto, por certo lapso de tempo¹⁵.

Como afirma, Durval Ferreira, «(...) *face ao direito constituído, seria violar o conteúdo normativo da usucapião, a sua norma, ajuizar-se sequer que a sua invocação ao abrigo do artigo 1287.º e ss. do Código Civil ou da posse que a causa, possa ser ilícita ou nula, justa ou injusta, ou que contrarie disposições de carácter imperativo, a ordem pública ou os bons costumes, inexistindo norma excepcional que estabeleça, precisamente, que certa e determinada posse não conduz à usucapião*»¹⁶.

Do conteúdo normativo da usucapião e das razões de interesse público prosseguidas pelo instituto – a segurança jurídica na circulação e na exploração dos bens – se infere a autonomia da usucapião em relação às normas de urbanismo, que se situam no plano posterior da relação administrativa do titular dos bens com a Administração e no plano da situação jurídica dos bens, não interferindo nem com a existência da posse, nem com aquisição por usucapião¹⁷. Este instituto precede os problemas suscitados pela aplicação das leis do fracionamento ou do loteamento urbano, sendo ambos os regimes jurídicos autónomos, com um objeto e função diversos, nenhum deles eliminando o outro, nem contendendo entre si¹⁸. Por outro lado, a aquisição por usucapião contra as normas do loteamento urbano ou do fracionamento de prédios é potenciada pela inércia da Administração Pública no exercício dos seus deveres de fiscalização e de execução do cumprimento de normas urbanísticas.

Segundo esta tese, quando não exista norma excecional que estabeleça expressamente que certa e determinada posse não conduz à usucapião, deve prevalecer o regime possessório do direito civil. Assim, a aquisição por usucapião apenas estaria proibida perante obstáculos legais expressos como seria o caso das normas que impedem a apropriação individual dos bens do domínio público¹⁹ (artigo 202.º, n.º 2, do Código Civil) e dos baldios (artigo 6.º, n.º 3, da Lei n.º 75/2017, de 17 de agosto).

Todavia, a Lei n.º 89/2019, de 3 de setembro alterou este panorama, alterando o artigo 48.º da Lei n.º 111/2015, que passou a ter a seguinte redação nos seus n.ºs 2 e 3: «2 – *A posse de terrenos aptos para cultura não faculta ao seu possuidor*

16. DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, ob. cit., p. 496.

17. Cfr. DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, ob. cit., p. 497.

18. Cfr. DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, ob. cit., p. 501.

19. Cfr. Acórdão de 26-02-2013, Revista n.º 41/06.4TBCSC. L1.S2, onde se decidiu que um terreno localizado dentro da faixa litoral incluída no domínio público marítimo (artigos 1.º, 2.º, 3.º e 5.º do DL n.º 468/71, de 05-11) não pode ser adquirido por particulares por usucapião nos termos do artigo 1287 e ss do Código Civil.

a justificação do direito a que esta diz respeito, ao abrigo do regime da usucapião, sempre que a sua aquisição resulte de atos contrários ao disposto no artigo 1376.º do Código Civil. 3 – São nulos os atos de justificação de direitos a que se refere o número anterior».

Durval Ferreira, na última edição do seu livro, «Posse Usucapião», considera este preceito inconstitucional, por violação do princípio da proibição do excesso (artigo 2.º da Constituição), sustentando também que, como norma excecional, não será aplicável por analogia (artigo 11.º do Código Civil). E, assim, este regime não se aplica às hipóteses do artigo 1377.º do Código Civil, nem a outros modos de aquisição do direito, como a acessão industrial imobiliária²⁰. O autor defende ainda uma interpretação restritiva do preceito, nos termos da qual o artigo 48.º, n.º 2 tem apenas o alcance de interditar ao possuidor que use a justificação notarial como meio de valência do seu direito de invocar a usucapião, mas já não interdita que o faça em ação judicial²¹.

A tese oposta tem, todavia, prevalência na doutrina, se bem que a ela não tenha aderido a jurisprudência dominante do Supremo, que, pelo menos nas formulações gerais dos seus sumários, adere reiteradamente à tese da prevalência da usucapião.

4.2. Tese da prevalência das normas de urbanismo

A tese de que a usucapião não pode operar em violação das regras administrativas e das que limitam o fracionamento dos prédios, tem sido defendida por Rui Pinto Duarte, por entender que esta tese é a única compatível com a característica da especialidade ou individualização dos direitos reais e com a unidade do sistema jurídico²². O autor admite, porém, a exceção dos atos de fracionamento de prédios rústicos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 111/2015, que veio a determinar a nulidade dos atos contrários ao artigo 1376.º do Código Civil, em vez da anterior anulabilidade que permitia a sanção da invalidade pelo decurso do tempo²³.

No mesmo sentido se pronuncia, Armando Triunfante²⁴, aceitando que a jurisprudência que admite a aquisição por usucapião de parcelas de terrenos de dimensão inferior à unidade de cultura está correta, na medida em que foi o próprio legislador de 1966, que, ao consagrar a sanção da anulabilidade para tais atos (a não a da nulidade), não valorou como fundamentais os interesses públicos visados pela proibição do fracionamento.

20. Cfr. DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, ob. cit., p. 499.

21. Cfr. DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, ob. cit., p. 502.

22. Cfr. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª edição revista e aumentada, Princípiã, Lisboa, 2020, p. 493.

23. Cfr. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, ob. cit., p. 493.

Era esta a posição adotada por Pires de Lima/Antunes Varela, não por sustentarem a prevalência das regras civis sobre as do urbanismo, mas em virtude da possibilidade de sanção ao ato de divisão anulável: *«Se, através de um negócio jurídico nulo (v. g., por falta de forma) se realizar um fraccionamento ou uma troca contrários ao disposto nos artigos 1376.º e 1378.º, e se, na sequência disso, se constituírem as situações possessórias correspondentes, aqueles preceitos não obstam a que estas situações se consolidem por usucapião, logo que se verifiquem todos os requisitos legais. Embora as regras sobre fraccionamento e troca de terrenos aptos para cultura sejam determinadas por razões de interesse público, os negócios que as infrinjam só são impugnáveis dentro de um prazo bastante curto (o prazo indicado no n.º3). Decorrido este prazo, a violação da lei deixa de relevar seja para que efeito for, não podendo, por conseguinte, impedir a aquisição de direitos por usucapião»*²⁵.

A jurisprudência do Supremo sobre fracionamento de prédios rústicos acabou por se impor pela sua constância, como reconhece o Juiz Conselheiro Salazar Casanova, em texto sobre o tema que integra um estudo do Centro de Estudos Judiciários²⁶, onde afirmou que:

“Não se duvidando de que o interesse público, no que respeita às transformações fundiárias em que não se pretenda a construção, é o do emparcelamento, a usucapião seria também aqui de excluir tanto mais que a anulabilidade apenas se pode alcançar na sequência de negócios jurídicos e não por via do controlo das situações possessórias.

O interesse público, também aqui, prevaleceria contra a usucapião que se limitaria às situações possessórias consolidadas na sequência da não impugnação de negócios anuláveis.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a usucapião no caso de fraccionamento de prédio em parcelas com área inferior à unidade de cultura”.

Luís Filipe Cravo²⁷ defende que os interesses públicos visados pelas normas que impõem limites mínimos à superfície dos prédios rústicos excluem a aquisição por usucapião de parcelas inferiores à unidade de cultura, entendendo que,

24. Cfr. ARMANDO TRIUNFANTE, “A usucapião e os seus efeitos: Fixação temporal do efeito retroativo da usucapião; usucapião e normas imperativas”, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 491-497.

25. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, “Anotação ao artigo 1379.º”, p. 269, nota 6.

26. Cfr. SALAZAR CASANOVA, “Usucapião, acessão industrial e construção clandestina”, in *A interação do Direito Administrativo com o Direito Civil*, Centro de Estudos Judiciários e-learning, 2015/2016, p. 35, n.ºs 67 e 68, disponível para consulta in www.elearning.cej.mj.pt (consultado pela última vez em 17-02-2025).

27. Cfr. LUÍS CRAVO, “Fracionamento da propriedade: será a usucapião um instituto em vias de extinção?”, in *Estudos em Comemoração dos 100 anos do Tribunal da Relação Coimbra*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 130-133.

se à luz da lei antiga que estipulou a mera anulabilidade dos atos de fracionamento, a solução de admitir a aquisição por usucapião podia ser aceitável, deixou de o ser com a imposição da sanção da nulidade pela Lei n.º 111/2015. O regime jurídico consagrado no artigo 286.º do Código Civil – a nulidade é insanável, pode ser invocada a todo o tempo e declarada oficiosamente pelo tribunal – impede definitivamente, embora em sentido contrário à tradição civilista²⁸, a sanção de divisões ilegais de prédios.

Para esta orientação, também sustentada por Pedro Eiró e Miguel do Carmo Mota, o interesse público na ordenação do território não pode ser sacrificado a interesses meramente privados, e, constituindo a invocação da usucapião um ato jurídico dependente de uma manifestação da vontade, que desrespeita requisitos legais imperativos, esse ato será nulo por contrariar normas imperativas, nos termos dos artigos 294.º e 295.º do Código Civil²⁹.

Relativamente ao loteamento urbano e ao fracionamento de prédios rústicos, é de destacar a posição de António Pereira da Costa³⁰, que defende a prevalência das regras urbanísticas sobre as aquisições por usucapião (ou por acessão industrial imobiliária) de parcelas de prédios separadas de facto que dão origem a loteamentos urbanos ilegais, na medida em que nelas já existam edificações, ou a parcelas inferiores à unidade de cultura. Afirmo o autor que o ato material de divisão em lotes, desde que configure uma operação de loteamento, é nulo por contrariar disposição legal imperativa (artigo 294.º do Código Civil), negando a possibilidade de aquisição por usucapião dessas parcelas³¹.

No mesmo sentido, Luís Filipe Cravo³², aderindo à orientação defendida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26-01-2016, entende que, revestindo-se as normas legais, que disciplinam o loteamento urbano, de um incontornável interesse público, estas normas impedem a aquisição por usucapião de parcelas para construção, resultantes de um ato de fracionamento realizado sem licença camarária, como exige a lei. Invoca os pareceres do Conselho Consultivo do Instituto de Registos e Notariado no sentido de entender que, em sede

28. Desde Manuel de Andrade, que nos manuais de Teoria Geral do Direito Civil, se afirma que os efeitos da nulidade absoluta cedem perante situações jurídicas consolidadas pelo instituto da usucapião. Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2.ª ed. atualizada), Coimbra Editora, p. 597 e CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 1979, p. 291, nota 731.

29. Cfr. LUÍS FILIPE CRAVO, “Fracionamento da propriedade: será a usucapião um instituto em vias de extinção?”, cit, p.131 e PEDRO EIRÓ/MIGUEL DO CARMO MOTA, “Anotação ao artigo 1287.º do Código Civil”, in *Comentário ao Código Civil, Direito das Coisas*, Universidade Católica Editora, 2021, p. 95.

30. Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, “Loteamento, Acessão e Usucapião: Encontros e Desencontros”, *Revista CEDOU*, Ano VI, n.º 11, 2003, pp. 95 e ss.

31. Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, “Loteamento, Acessão e Usucapião: Encontros e Desencontros”, 2003, *ob. cit.*, pp. 100-101.

32. Cfr. LUÍS CRAVO, “Fracionamento da propriedade”...*ob. cit.*, p. 142.

de justificação notarial, terá de ser comprovado o licenciamento (ou a dispensa do licenciamento) das operações de loteamento urbano, ainda que seja invocada como causa aquisitiva a usucapião. Os notários estão assim vinculados a fiscalizar o cumprimento do regime legal dos loteamentos urbanos. Segundo esta tese, deve ser exigido e comprovado o loteamento ou destaque prévio a quem se apresente a formular um pedido de reconhecimento do direito de propriedade por via do instituto da usucapião, e, na ausência de demonstração do cumprimento das normas administrativas de ordenamento do território, não podem os atos de posse baseados num facto proibido por essas leis permitir uma aquisição por usucapião. Serão, portanto, atos contrários a uma disposição de carácter imperativo (artigo 294.º do Código Civil), devendo ser declarada a nulidade de escrituras de justificação que titulem uma situação deste tipo³³.

Esta tese, que tem sido designada de tese intermédia ou de terceira via, é defendida por Mónica Jardim e Dulce Lopes³⁴. As autoras admitem a existência de posse e a aquisição por usucapião sobre uma parte de uma coisa ainda não autonomizada, sem prévio destaque. Todavia, entendem que se a usucapião for invocada em relação a partes de prédios nos quais se localiza uma edificação ou que o interessado visa destinar a edificação, será essencial a indagação do respeito pelos ditames jus-urbanísticos, já que um reconhecimento genérico de situações de usucapião parcial, sem averiguação da possibilidade de sujeição a essas regras, implica, com grande probabilidade, a regularização de edificações nelas existentes em desrespeito das exigências urbanísticas aplicáveis³⁵. Deste modo as autoridades competentes, o juiz, o conservador ou o notário, devem apreciar globalmente todos os pressupostos das situações de acessão industrial imobiliária e usucapião para aferir o respeito pelas normas urbanísticas³⁶.

5. O conflito entre a usucapião e as regras sobre fracionamento de prédios rústicos

5.1. Enquadramento legislativo

O legislador veio, em 2015, alterar a sanção da anulabilidade, prevista na redação primitiva do artigo 1379.º do Código Civil, para a sanção da nulidade (Lei n.º

33. Cfr. LUÍS CRAVO, “Fracionamento da propriedade”...*ob. cit.*, pp. 143-144.

34. Cfr. MÓNICA JARDIM e DULCE LOPES, “Acessão Industrial Imobiliária e Usucapião Parciais vs Destaque”, in *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Coordenação de Fernanda Paula Oliveira, 2010, pp. 806 e seguintes; DULCE LOPES, “Destaque: um Instituto em Vias de Extinção?” in *Direito Regional e Local*, n.º 10, Abril/Junho 2010, pp. 22 e 23.

35. Cfr. MÓNICA JARDIM e DULCE LOPES, “Acessão Industrial Imobiliária e Usucapião Parciais vs Destaque”, *cit.*, 2010, p. 806 e 808.

36. Cfr. MÓNICA JARDIM e DULCE LOPES, “Acessão Industrial Imobiliária e Usucapião Parciais vs Destaque”, *cit.*, 2010, p. 811.

111/2015, de 27/08) e, mais tarde, em 2019 (Lei n.º 89/2019, de 03/09), modificou o artigo 48.º da Lei n.º 111/2015, de 27-08, passando a impedir expressamente a justificação de direitos com base em usucapião em contravenção às regras do artigo 1376.º do Código Civil³⁷.

Esta norma (artigo 48.º, n.º 2, da Lei n.º 89/2019) permite concluir que deixou de ser verdade que não exista qualquer disposição legal a impedir a aquisição por usucapião, pressuposto da jurisprudência, que, baseando-se na mera anulabilidade dos atos de fracionamento, com a consequente produção provisória de efeitos e consolidação pelo decurso do prazo, admitia a aquisição por usucapião a partir de atos de posse contrários ao artigo 1376.º, n.º 1, do Código Civil.

Todavia, esta legislação não se aplica retroativamente a factos ocorridos antes do seu início de vigência, e, uma vez que a usucapião tem efeitos à data do início da posse, sempre teriam os casos contemplados pela jurisprudência de ser decididos de acordo com a lei que estabelecia a mera sanção da anulabilidade. Para alguma jurisprudência, ainda que a sanção seja a da nulidade, conforme estipulado na Lei n.º 111/2015, tal circunstância não impediria a aquisição por usucapião, que paralisa os efeitos da nulidade.

5.2. A posição da jurisprudência do supremo tribunal de justiça

Um dos primeiros acórdãos a defender a tese da prevalência da usucapião sobre as regras do fracionamento de prédios rústicos fixadas no artigo 1376.º do Código Civil, ainda à luz da primitiva redação do artigo 1379.º do Código Civil, foi o Acórdão deste Supremo Tribunal, de 27-6-2006 (in CJ/STJ, Tomo 2/2006, p. 133, proc. n.º 06A1471). O Acórdão decidiu que, embora a divisão de um prédio rústico, por acordo verbal, desrespeitasse as normas de fracionamento de prédios (artigo 89.º, al. a), do Código do Notariado, artigos 1376.º e 1379.º do Código Civil), tal não impedia a valência da posse e da usucapião, que devem prevalecer como forma de aquisição originária da propriedade, em virtude da defesa da paz pública, do valor económico da exploração dos bens e das dificuldades de prova do direito de propriedade. O Acórdão baseou esta posição na natureza originária da aquisição, nos termos da qual seriam irrelevantes quaisquer irregularidades precedentes e eventualmente atinentes à alienação ou transferência da coisa para o novo titular, sejam vícios de natureza formal ou substancial, sumariando o seguinte:

37. O artigo 48.º passou a dispor o seguinte: «2 - A posse de terrenos aptos para cultura não faculta ao seu possuidor a justificação do direito a que esta diz respeito, ao abrigo do regime da usucapião, sempre que a sua aquisição resulte de atos contrários ao disposto no artigo 1376.º do Código Civil. 3 - São nulos os atos de justificação de direitos a que se refere o número anterior».

«Porque a usucapião se funda directa e imediatamente na posse, cujo conteúdo define o do direito adquirido, com absoluta independência relativamente aos direitos que antes dessa aquisição tenham incidido sobre a coisa, a invalidade formal, que afastou quaisquer efeitos da aquisição derivada, e a ilegalidade do fraccionamento (falta de escritura pública e área inferior à da unidade de cultura), carecem de potencialidade ou idoneidade para interferir na operância daquela forma de aquisição da parcela».

A jurisprudência tem tratado a questão do regime fixado nos artigos 1376.º e 1379.º do Código Civil, aplicando a lei vigente à data do início da posse, que cominava a violação das regras do fracionamento dos prédios rústicos com a mera anulabilidade, assim decidindo, mesmo depois do início de vigência da Lei n.º 111/2015 que cominou estes atos com a sanção da nulidade³⁸. Assim, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08-11-2018 (proc. n.º 6000/16.1T8STB.E1.S1), afirmou-se que *«1. Atenta a primitiva redação do artigo 1379º, n.º 1, do CC, a anulabilidade do ato de fracionamento de prédios rústicos, contra o disposto no artigo 1376.º, não impede a aquisição originária do direito de propriedade por via da usucapião. 2. A tal não obsta o facto de artigo 1287º do CC excepcionar, para efeitos de invocação da usucapião, a existência de “disposição em contrário”, segmento normativo que não abarca os casos de mera anulabilidade, como o que estava regulado na primitiva redação do artigo 1379º, nº 1, do CC»*

A jurisprudência do Supremo Tribunal tem sido praticamente unânime³⁹ no

38. O artigo 1379.º do Código Civil, na sua redação originária vigente até à entrada em vigor do regime jurídico da estruturação fundiária, dispunha o seguinte: «1. São anuláveis os atos de fracionamento ou troca contrários ao disposto nos artigos 1376.º e 1378.º, bem como o fracionamento efetuado ao abrigo da alínea c) do artigo 1377.º, se a construção não for iniciada dentro do prazo de três anos. 2. Têm legitimidade para a ação de anulação o Ministério Público ou qualquer proprietário que goze do direito de preferência nos termos do artigo seguinte. 3. A ação de anulação caduca no fim de três anos, a contar da celebração do ato ou do termo do prazo referido no n.º 1».

39. Num sentido distinto, veja-se o Acórdão de 30-04-2015 (proc. n.º 10495/089TMSNT.L1.S1), que decidiu a questão de saber se é passível a aquisição por usucapião com base na posse única e exclusiva de um dos comproprietários de um lote de terreno, iniciada antes de 1969, fundada em acordo verbal que dividiu em dois lotes a indivisa propriedade rústica. O acórdão confirmou o acórdão da Relação, que rejeitara a possibilidade de usucapião de parcela inferior à unidade de cultura e de parcela loteada para construção sem licença ou autorização camarária, mas com outros fundamentos, concluindo que a usucapião não pode ser reconhecida, pois

a referida divisão material da propriedade não pode deixar de se reconduzir a uma mera divisão de utilização do imóvel (artigo 1406.º/2 do Código Civil), não correspondendo, nem mesmo no plano de facto, a uma divisão da propriedade para construção visto que um tal acordo não está provado, nem a uma divisão em área inferior à unidade de cultura. Nos seus fundamentos, o Acórdão deu como boa a orientação dominante do Supremo, afirmando que *«No entanto, tal fracionamento não conduz, se o negócio for celebrado, à sua nulidade mas tão somente à sua anulabilidade (artigo 1379.º do Código Civil que, no seu n.º 3, prescreve que a ação de anulação caduca no fim de três anos a contar da celebração do ato ou do termo do prazo referido no n.º 1). Por isso, tem sido entendido que “o fracionamento de propriedade rústica em áreas inferiores à unidade de cultura não obsta à usucapião das frações, mesmo por razões de ordem pública (Ac. do S.T.J. de 4-2-2014, rel. Fernandes do Vale, P. 314/2000. P1. S1, Ac. do S.T.J. 19-10-2004, rel. Azevedo Ramos, revista n.º 2988/04 - 6.ª secção de Ac. da Relação de Coimbra de 27-5-2003, Helder Roque, C.J., 3, pág. 20; ver ainda Antunes Varela e Pires de Lima, Código Civil Anotado, Vol III, 2.ª edição, pág. 269 que a este propósito referem o seguinte: “embora as regras sobre fracionamento e troca de terrenos aptos para cultura sejam determinadas por razões de interesse público, os negócios que as infringem só são impugnáveis dentro de um prazo bastante curto (o prazo indicado no n.º 3). Decorrido este prazo, a violação da lei deixa de relevar seja para que efeito for, não*

sentido de admitir a aquisição por usucapião de prédios com dimensão inferior à unidade de cultura, por se encontrar decorrido o prazo de três anos para impugnar a escritura de justificação (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 01-03-2018, proc. n.º 1011/16.0TBSTB.E1.S1; de 03-05-2018, Revista n.º 7859/15.5T8STB.E1.S1; de 12-07-2018, proc. n.º 7601/16.3T8STB.E1.S1; de 21-02-2019, proc. n.º 7651/16.0T8STB.E1.S3; de 28-03-2019, proc. n.º 7604/16.8T8STB.E1.S1; de 18-06-2019, proc. n.º 1786/17.9T8STB.E1.S1; de 24-10-2019, proc. n.º 317/15.0T8TVD.L1.S2; 18-02-2021, proc. n.º 20592/16.1T8SNT.L1.S1).

Esta jurisprudência pressupõe que, estando em causa, à data do início da posse, a sanção da anulabilidade - um vício sanável pelo decurso do prazo - e tendo decorrido sobre o ato de divisão o prazo de três anos sem que seja proposta a ação constitutiva tendente a anulá-lo, a violação das regras legais cometida no fracionamento deixa de poder ser invocada para qualquer efeito, consolidando-se a aquisição por usucapião. Entende esta orientação jurisprudencial que, para efeitos de invocação da usucapião, o segmento normativo do artigo 1287.º do Código Civil que exceciona da aquisição por usucapião “*disposição em contrário*”, não abarca os casos de mera anulabilidade, prevista na primitiva redação do artigo 1379.º, n.º 1, do Código Civil.

Assim se sumaria, no Acórdão de 24-10-2019 (Revista n.º 317/15.0T8TVD.L1.S2), a tese da aplicação da lei no tempo que justifica a não aplicação da Lei n.º 111/2015:

- «I - A data ou momento relevante para aferir se o reconhecimento do direito de propriedade, adquirido por usucapião, infringe ou não as invocadas regras legais limitativas do fracionamento de prédios rústicos é a do início da posse.
- II - No caso dos autos, a usucapião invocada pela autora reporta-se ao início da posse, datada de 1986.
- III - Tendo a usucapião efeitos retroactivos à data do início da posse, a lei aplicável é, sem dúvidas, a vigente à data do início da posse. Será assim essa lei que indicará se pode haver fracionamento do prédio e se o mesmo for fraccionado em violação da lei quais as consequências que daí decorrem. O mesmo se diga em matéria de loteamento urbano, licenças e dispensas».

Esta orientação conclui, pois, em virtude do decurso do prazo de três anos para pedir a anulação dos atos (artigo 1379.º do Código Civil na redação originária), que se mostrava válida a posse sobre parcelas de terreno inferiores à

podendo, por conseguinte, impedir a aquisição de direitos por usucapião)”. Significa isto que, embora a lei não admita o fracionamento de terrenos em parcelas inferiores à unidade de cultura, o negócio produz efeitos e é tratado como válido enquanto não for julgada procedente a ação de anulação».

unidade de cultura, reconhecendo a aquisição, por usucapião, do direito de propriedade sobre os terrenos, não obstante a violação das regras de fracionamento dos prédios fixadas no artigo 1376.º, n.º 1, do Código Civil.

Neste sentido se orientou também o Parecer do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado N.º 10/ CC /2019, de 26-03-2019⁴⁰, entendendo que *«As disposições conjugadas dos artigos 1376.º/1 e 1379.º/1 do CC, na redação dada pela Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, não podem deixar de pesar em matéria de aquisição por usucapião, contudo, a impossibilidade legal de constituição de prédios rústicos autónomos com área inferior à unidade de cultura, que agora se extrai das ditas normas, só assume relevância quando a posse tenha sido iniciada após a entrada em vigor daquela Lei»*.

Alguma jurisprudência vai mais longe, afirmando que *«Mesmo sendo nulo o fracionamento de terreno apto para a cultura que despoletou o início da posse, tal vício não é suscetível de excluir a faculdade de usucapir por parte do possuidor de parcela emergente dessa divisão ilegal. Não se descortina, entre as normas legais reguladoras do fracionamento de prédios rústicos, alguma que negue a possibilidade de adquirir por usucapião as parcelas de terreno que venham a ser objeto de posse mercê de fracionamento ilegal de prédio rústico»* (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-01-2019, proc. n.º 7651/16.0T8STB.E1.S3 e de 30-05-2019, Proc. n.º 916/18.8T8STB.E1.S2).

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, como atesta o Acórdão de 12-07-2018, tem adotado um critério de ponderação de interesses, revelando a tendência para tutelar situações possessórias constituídas há longo tempo, considerando que, neste contexto específico⁴¹, a usucapião se sobrepõe às normas do ordenamento territorial, assim tutelando a confiança e a estabilidade de posições jurídicas consolidadas pelo tempo e pela publicidade da posse. Neste sentido, o citado Acórdão do Supremo Tribunal, após esclarecer que o regime aplicável consagrava a anulabilidade do ato ilegal de fracionamento e não a nulidade, afirmou que *«os tribunais devem, casuística e não aprioristicamente, apreciar a validade dos actos de divisão e de fracionamento da propriedade rústica»*.

40. Disponível para consulta, in www.irn.justica.gov.pt. (consultado em 06-02-2025).

41. No caso decidido por este acórdão, o negócio jurídico que esteve na base da justificação notarial foi uma doação verbal, nula por falta de forma, e a posse exercida pelo “doador” foi continuada pelos donatários desde 1965.

6. O conflito entre a usucapião e as regras de loteamento urbano

6.1. Enquadramento legislativo

Deve notar-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, na fundamentação das suas decisões, aplica a lei vigente à data da celebração do contrato cuja validade se discute, pelo que nem sempre o regime aplicado é o atual que consta do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro (em vigor desde 02-10-2001), sujeito já a múltiplas alterações.

Dos vários regimes sobre loteamentos urbanos e destaque que se sucederam no tempo, o primeiro foi o Decreto-Lei n.º 46.673, de 29-11-1965, que passou a determinar a sujeição do loteamento urbano a licenciamento municipal prévio (licença titulada por alvará), defendendo a doutrina de então a nulidade dos negócios de venda ou promessa de venda de terrenos em que não eram observadas as disposições relativas às operações de loteamento urbano por aplicação dos artigos 280.º, 285.º e 294.º do Código Civil.

Nos termos da regulamentação originalmente aprovada, este diploma estipulava que a realização de operações urbanísticas dependia de prévia licença ou autorização administrativas, distinguindo-se entre operações de loteamento em área não abrangida por plano de pormenor, em que era exigida licença administrativa, e operações de loteamento em área abrangida por plano de pormenor, em que seria suficiente a autorização administrativa (artigo 4.º, n.º 1, n.º 2, alínea *a*) e n.º 3, alínea *a*). No que se refere ao destaque o regime então aprovado (artigo 6.º, n.º 4) não era muito diferente do precedente, isentando-se “*de licença ou autorização os actos que tenham por efeito o destaque de uma única parcela de prédio com descrição predial que se situe em perímetro urbano, desde que cumpram, cumulativamente, as seguintes condições: a) As parcelas resultantes do destaque confrontem com arruamentos públicos; b) A construção erigida ou a erigir na parcela a destacar disponha de projecto aprovado quando exigível no momento da construção.*”

As alterações do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, procederam a uma distinção entre operações urbanísticas sujeitas a licença administrativa, a comunicação prévia ou a autorização de utilização. Este regime sujeita as operações de loteamento a licença administrativa, enquanto o destaque, desde que reunidas condições semelhantes às acima referidas, passou a estar isento de controlo prévio, sem prejuízo da observância das normas legais e regulamentares aplicáveis, como sejam as constantes de planos municipais e intermunicipais ou especiais de ordenamento do território (artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*) e 6.º, n.º 1, alínea *d*) e n.º 8).

Nos regimes antecedentes, destacamos o Decreto-Lei n.º 289/73, de 06 de junho que alargou o conceito de loteamento urbano, de modo a abranger todas as situações que, embora não se concretizando através de contratos de venda ou de locação de lotes, logravam, na prática, os mesmos efeitos (artigo 1.º) e cominou-se, expressamente, com o vício da nulidade os títulos de arrematação ou outros documentos judiciais, bem como os instrumentos notariais relativos a atos ou negócios jurídicos relativos a terrenos, com ou sem construção, abrangidos por operações de loteamento urbanos, que não indicassem o número e data de alvará em vigor (artigo 27.º, n.º 1 e 2)⁴².

Seguiu-se o Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de dezembro, que procedeu à atualização do regime jurídico dos loteamentos urbanos, definindo as atribuições da administração central e local. Este diploma, diferentemente do anterior, não sujeita a licenciamento a celebração de negócio jurídico que tenha como efeito a transmissão, através do seu destaque, de uma única parcela do prédio inscrito ou participado na matriz (artigo 2.º, n.º 1). Mas esse destaque, só está dispensado de licenciamento *“desde que, cumulativamente: a) O prédio se situe dentro do aglomerado urbano; b) A parcela a destacar confronte com arruamento público existente; c) O interessado disponha de projeto para a construção de edifício com o máximo de 2 fogos, a erigir na parcela a destacar, aprovado pela câmara municipal; d) A licença de construção expressamente mencione as situações referidas nas alíneas a) e b).”*

No Decreto-Lei n.º 448/91, de 29-11, que operou uma profunda reformulação do regime de licenciamento municipal de operações de loteamento e de obras de urbanização que vigorava desde 1984, manteve-se idêntico o regime referente às operações de loteamento urbano e ao destaque.

Este diploma veio a ser alterado pelo DL n.º 334/95, de 28 de dezembro, cujas principais inovações consistiram na alteração do regime do direito dos particulares à informação, criando a figura do pedido de informação prévia, que confere aos administrados a possibilidade de obterem, da parte da Administração, informação sobre a possibilidade de realizar determinada operação de loteamento ou de obras de urbanização e consagrar que a deliberação favorável da câmara municipal é constitutiva de direitos e reduz o prazo de licenciamento das operações de loteamento e de obras de urbanização.

42. A propósito da nulidade, o Assento de 19-11-1987, deliberou que: *“Na vigência do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, é válido o contrato-promessa de compra e venda de terreno compreendido em loteamento sem alvará, a menos que no momento da celebração desse contrato haja impossibilidade de obtenção do alvará, por haver lei, regulamento ou acto administrativo impeditivo da sua emissão.”*

6.2. A posição da jurisprudência do supremo tribunal de justiça

Nesta sede, a jurisprudência do Supremo Tribunal mostra divergências e oscilações, explicáveis por diferentes particularidades fácticas.

Na jurisprudência publicada surge, em primeiro lugar, o Acórdão de 15-01-2004 (processo n.º 03B3611), em que estava em causa a validade de um negócio de permuta titulado por escritura pública outorgada em 11-10-1990, que tinha como efeito a alienação de terrenos resultantes de uma desanexação anterior. O Supremo entendeu que este negócio era válido pois, para além de a operação de desanexação não ser juridicamente qualificável como “operação de loteamento”, a lei vigente nessa data não previa a nulidade do ato de desanexação, que só veio a ser pela primeira vez cominada no DL 287/73 de 6/6 (artigo 27º, nºs 1 e 2). Assim, reconheceu-se a aquisição por usucapião de parcela de imóvel, entendendo-se que, em face dos critérios da aplicação da lei no tempo, as operações de “loteamento” efetivadas ainda na vigência do DL 46673, de 29-11-1965, nenhum vício de nulidade poderiam ter gerado por falta de alvará, pois que tal diploma o não exigia, atento o princípio *tempus regit actum*, concluindo que «*Se a parte, por si e antepossuidores, vinha e vem usufruindo o questionado prédio (parcela), sem interrupção, há mais de 20 anos, à vista e com conhecimento de toda a gente, e sem oposição de qualquer pessoa e sempre com a convicção de ser sua proprietária e legítima possuidora, tudo conduzirá à aquisição da propriedade desse prédio por usucapião, sendo que os efeitos da invocada a usucapião se retrotraem à data do início da respectiva posse - conf. artºs 1287º, 1288º e 1316º do C. Civil (...)*».

No Acórdão de 24-11-2009 (proc. n.º637/05.1TBARC.S1), aplicando a lei vigente à data do início da posse, anterior à data da entrada em vigor da lei que classificava o terreno como “Reserva Agrícola Nacional”, reconheceu-se a aquisição por usucapião. Aí se concluiu que: «*Provado que a posse dos réus sobre a faixa de terreno reivindicada pelos autores, na sequência da sua doação verbal por parte da mãe dos autores, se iniciou há cerca de 37 anos, de tal resulta que a aquisição, por parte daqueles e por usucapião, do direito de propriedade sobre a referida parcela de terreno teve lugar num momento temporal em que ainda não havia sido instituída a Reserva Agrícola Nacional (RAN) – artigos 1316.º e 1317.º, al. c), do CC e 1.º do DL n.º 451/82, de 16-11 –, o que, consequentemente, conduz à impossibilidade de produção de efeitos de uma situação jurídica à data ainda inexistente – artigo 12.º, n.º 1, do CC –, pelo que não assiste razão aos recorrentes, ao se arrimarem a tal qualificação do solo do seu prédio, como fundamento para a impossibilidade legal do destaque da parcela em causa*». No

mesmo sentido se pronunciou o Acórdão de 02-05-2019 (514/07.1TBGDL.E1.S1), fazendo prevalecer a aquisição por usucapião sobre a legislação urbanística, que não estava ainda em vigor à data do início da posse e da edificação da construção em causa. Aí se concluiu, quanto à alegada violação das normas legais imperativas de ordenação dos solos e do loteamento urbano, que, tendo a construção e o início da posse ocorrido em 1956, ainda não estava em vigor nem a legislação da REN (DL n.º 321/83, de 05-07 e DL n.º 166/2008, de 22-08), nem quanto à divisão dos solos, o Decreto n.º 46.673, de 29-11-1965. Nos seus fundamentos, o Acórdão afirma não ter sido possível concluir da factualidade provada nos autos que a construção na parcela em causa se subsumia a qualquer das situações em que o regime legal em vigor à data, em que a construção foi edificada (Decreto n.º 38.382, de 07.02.1951), exigia licença administrativa. Afirmou-se no Acórdão que, estando em causa a prova de um facto impeditivo do reconhecimento do direito de propriedade da ré reconvinte por usucapião, integrante de uma exceção perentória, cabia à autora a alegação e prova da inserção da parcela em causa em alguma das previsões legais do Decreto n.º 38.382, nos termos do artigo 342º, n.º 2, do Código Civil e do artigo 576º, n.º 3 do CPC.

O Acórdão, de 02-02-2010 (proc. n.º 1816/06.0TBFUN.L1.S1), conclui, em sentido diferente, que «*O instituto da usucapião não pode ultrapassar as restrições legais colocadas ao fraccionamento dos prédios em normas imperativas que regulam o loteamento de terrenos, nomeadamente, as previstas no Decreto-Lei n.º 559/99 de 16/12*». Todavia, neste caso também não se provou o elemento subjetivo da posse, pelo que nem sequer se verificam os requisitos da aquisição por usucapião. Como se afirma no Acórdão citado, o autor (co-herdeiro) não alegou, nem se mostra provada no processo a fruição exclusiva com a intenção de exercer um direito de propriedade, e só esta leva à usucapião. A prevalência das regras do loteamento urbano foi um argumento que, todavia, constituiu, na economia do acórdão, a principal *ratio decidendi*, conforme decorre do seguinte excerto: «*Finalmente e sobretudo, há outro obstáculo à procedência do pedido do autor em apreço. Este visa obter a autonomização de uma parcela de terreno integrado num conjunto predial rústico e urbano, sem que se tenham observado as prescrições que, para o efeito, as regras legais de urbanismo exigem. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 559/99 de 16/12 – artigo 2º al. I), 4º -, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001 de 4/06, exige para a operação de destaque referida a licença administrativa que se não provou existir no caso*».

A jurisprudência que aderiu à prevalência das regras urbanísticas em casos

de violação do loteamento urbano fê-lo em contextos específicos, recusando legalizar situações possessórias de divisão de prédios constituídas com fraude à lei (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-3-2010, CJ/STJ, Ano XVIII, Tomo I, 2010, p. 133), ou uma construção clandestina cuja demolição já tinha sido ordenada por um tribunal administrativo⁴³ (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-03-2014, proc. n.º1394/04.4PCAMD.L1.S1).

Neste Acórdão de 06-03-2014, o Supremo deu prevalências às regras urbanísticas, num caso em que estava em causa uma habitação clandestina construída numa parcela de terreno registada a favor do município, que já tinha sido demolida por decisão dos tribunais administrativos, tendo vindo a possuidora do prédio peticionar a aquisição por usucapião nos tribunais cíveis. Aqui se decidiu que a usucapião sobre parcela de propriedade pressupõe o seu destaque, que pode constituir ou não uma operação de loteamento. *«Se constituir operação de loteamento violador de regras urbanísticas determinativas de atos e negócios nulos (artigos 294.º e 295.º do Código Civil), a usucapião não pode ser decretada. Se não constituir operação de loteamento ilegal com as consequências indicadas, o fracionamento para construção não constitui ato nulo, mas anulável se a construção não for iniciada dentro do prazo de três anos, nada obstando, por isso, à aquisição por usucapião (artigos 1376.º, 1377.º, alínea c) e 1379.º/1 do Código Civil)»*. As instâncias entenderam que houve, no caso concreto, uma efetiva autonomização da parcela só que constitutiva de loteamento ilegal, e, portanto, os atos de posse não podiam dar lugar à aquisição por usucapião. O Supremo, em face da factualidade do caso concreto e adotando um fundamento distinto, concluiu que a aquisição por usucapião sobre parcela de imóvel pressupõe a sua autonomia, seja por via de atos materiais, seja por via de atos de fracionamento, não bastando a ocupação de uma parte do terreno, tendo indeferido o pedido da autora e negado a revista.

Já no Acórdão de 04-02-2014, Revista n.º 314/2000.P1.S1, o Supremo en-

43. O Supremo decidiu, por aplicação do artigo 49º, n.º1, do DL 555/99, que era nulo o negócio de divisão, de que resulte direta ou indiretamente a constituição de lotes, em que não conste o número e data de emissão de alvará de loteamento. Na escritura de divisão as rés declararam serem proprietárias de um terreno rústico com 98, 261% de terreno não apto para cultura, declarando que as parcelas a constituir não se destinam a construção urbana e que o terreno é estéril. Apesar desta declaração ficou provado que existiam no prédio-mãe duas edificações destinadas a restaurante, uma desde 1993 e outra desde 1979, que as recorrentes averbaram à descrição registral depois da escritura de divisão, alterando a natureza dos prédios de rústicos para mistos. O Supremo considerou também o negócio nulo por fraude à lei, de acordo com uma conceção objetivista,

em que é decisivo o resultado, independentemente da intenção das partes. Entendeu o Supremo que as rés iludiram a proibição de dividir um prédio misto, sem loteamento, aproveitando o facto de a descrição dele estar desatualizada, para após essa divisão procederem à atualização ou retificação da descrição, frustrando a finalidade da lei que proíbe a divisão do prédio sem loteamento. Na revista não se discutiu a questão da aquisição por usucapião, apesar de ter sido invocada pelas rés na contestação.

tendeu que prevalece a aquisição por usucapião sobre a violação das regras de fracionamento do prédio, num caso em que não se provou que a divisão ilegal do prédio tivesse por finalidade a construção, nem que as edificações erigidas não tivessem sido licenciadas, considerando não aplicável a legislação que determinava a nulidade do ato (o artigo 1º do DL nº 289/73, de 06.06, em conjugação com o 27º, nº2, do mesmo diploma) e entendendo que *«Alienada a propriedade de um prédio rústico a vários compradores que, subsequentemente, aí, procederam à delimitação material das respectivas parcelas, sobre estas exercendo, cada um deles, actos de posse habilitantes à respectiva aquisição por usucapião, os requisitos da verificação desta devem reportar-se à parcela, individualmente considerada, e não à totalidade do prédio. Na situação descrita, o reconhecimento judicial da mencionada usucapião deve sobrepor-se e prevalecer sobre o fraccionamento ilegal do prédio, que, porventura, tenha estado na respectiva génese, já porque em causa está um direito não transmitido, mas constituído ex novo, já porque, esgotado o decurso do tempo necessário à respectiva verificação, com o inerente alheamento da autoridade pública ou interessado a quem incumba a prevenção/repressão ou arguição da correspondente violação, deixou de fazer sentido, afrontando as concepções dominantes na comunidade, a tardia salvaguarda do subjacente interesse público, devendo a Ordem Jurídica absorver a situação ocorrente e consolidada»*.

Neste caso em que se reconheceu a prioridade da aquisição por usucapião sobre as regras do loteamento, tal solução explica-se por insuficiência de prova quanto à finalidade do loteamento, na medida em que não se provou que a finalidade do ato de divisão fosse a construção.

A decisão de referência a favor da prioridade do interesse público das regras urbanísticas sobre a usucapião foi o Acórdão deste Supremo Tribunal, de 26-01-2016 (proc. n.º 5434/09.2TVLSB.L1.S1), que, procedendo a um profundo estudo legislativo e doutrinal, entendeu, rompendo com a orientação maioritária, que a usucapião não pode funcionar de forma contrária ou conflituante com normas imperativas, que a condicionam ou impedem.

O citado acórdão de 26-01-2016, sintetizou esta orientação no seu sumário:

«5) O diálogo entre o direito civil e o direito do urbanismo e o objectivo de aplicação uniforme e coerente do ordenamento jurídico como um todo implicam que as normas de cariz administrativo respeitantes ao fraccionamento, ao loteamento e ao destaque de imóveis sejam atendidas aquando do reconhecimento das formas de aquisição da propriedade, mormente da usucapião.

- 6) Os tribunais judiciais não podem manter-se como espaços de aplicação exclusiva do direito civil ignorando as intersecções deste com o direito do urbanismo, sendo cada vez mais urgente, face à natureza imperativa e aos interesses públicos que este último prossegue, abandonar este estado “monocromático” das relações entre ambos estes ramos do direito.
- 7) Na ausência de demonstração do cumprimento das limitações impostas pelas normas administrativas de ordenamento do território relativas à validade das operações urbanísticas como o loteamento ou o destaque (artigos 3.º, alínea a), 5.º, 53.º, n.º 1 e 56.º, n.º 1, do Regime Jurídico dos Loteamentos Urbanos, republicado pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28-12, aplicáveis na data da celebração da escritura), não podem os actos de posse baseados num facto proibido por essas leis permitir uma aquisição por usucapião na medida em que contrários a uma disposição de carácter imperativo (artigo 294.º do Código Civil), sendo nula a escritura de justificação que a titula.
- 8) É nulo, por impossibilidade originária objectiva de cumprimento da prestação (artigos 401.º e 289.º, n.º 1 do Código Civil), o contrato-promessa de compra e venda celebrado entre os recorridos e os justificantes que tenha por referência o prédio objecto de tal escritura de justificação».

Esta posição foi adotada no Acórdão de 05-05-2016 (proc. n.º 5562/09.4TBV-NG.P2.S1), que, aderindo expressamente à prevalência das normas imperativas que tutelam interesses públicos de ordenamento do território, todavia, reconheceu a aquisição por usucapião, por entender que não violava regras de urbanismo, com os seguintes fundamentos:

«Não existem condicionantes de natureza urbanística a impedir o reconhecimento da aquisição, por usucapião, do direito de propriedade do terreno reivindicado pelos réus, se se provou que: (i) em data não apurada, declaram adquiri-lo verbalmente; (ii) de 1977 a 1989, como rústico, e desde então, como urbano, cultivam o dito terreno, dele retirando todas as utilidades, agindo como verdadeiros proprietários e assim considerados por todos de forma contínua e ininterrupta à vista e com conhecimento de toda a gente e sem oposição de quem quer que fosse, não sendo sua intenção sujeitar a área a uma finalidade urbanística; (iii) a escritura de justificação notarial – de aquisição, por usucapião, de prédio com parcela de terreno para construção – foi outorgada, em 1997, sem menção à existência de um alvará de loteamento ou à existência de um projecto de construção aprovado pela câmara municipal, muito embora, sem que os réus o soubessem, o terreno tinha, desde 1996, licenciamento para construção; (iv) o terreno reivindicado cor-

responde ao lote de um loteamento urbano já existente, sendo irrelevante a diferença de área, uma vez que o registo não é elemento bastante para comprovar as reais dimensões do imóvel».

A posição adotada, no Acórdão de 26-01-2016, não foi sempre seguida no Supremo Tribunal de Justiça.

Assumindo a posição da prevalência das regras da usucapião sobre as normas imperativas do loteamento urbano e do destaque, afirma-se, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-04-2017 (Proc. n.º 1578/11.9TBVNG.P1.S1), que *«Entender que a posse, baseada em acto ou facto proibido por normas imperativas do loteamento urbano (ou do destaque), é insusceptível de conduzir à aquisição da propriedade por usucapião abstrai da realidade económica e social do nosso país, onde especialmente no interior norte e centro, uma boa parte das partilhas entre maiores, nomeadamente de imóveis constitutivos dos acervos das heranças, ainda é ou era feita “de boca” e posteriormente “legalizada” com suporte na usucapião».*

Neste Acórdão, infere-se esta solução da natureza originária da aquisição por usucapião, nos termos da qual o direito se adquire *ex novo*, purgado de quaisquer vícios ou invalidades de que padecia antes da aquisição (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-04-2017). Todavia, há que atentar que, no caso concreto, não se provou que a parcela de terreno em litígio, cuja aquisição por usucapião se reconheceu, se tenha destinado a construção, mas antes que se encontrava há mais de 20 anos a ser utilizada como parque de estacionamento automóvel.

No Acórdão de 25-05-2023 (proc. n.º 681/20.9T8TMR.E1.S1), esteve em causa uma ação do Ministério Público (MP), pedindo a nulidade de um contrato de partilha, celebrado em 29-01-2016, que dividiu um prédio misto em três parcelas, autonomizando a parcela urbana do prédio rústico, por violação das regras de fracionamento e loteamento urbano, pois os réus nunca pediram licença ou operação de destaque. O Supremo Tribunal indeferiu a pretensão do MP, considerando que, segundo a matéria de facto provada, estava em causa uma construção anterior a 1951 (ainda não estava em vigor o primeiro diploma a exigir o loteamento urbano: Decreto-Lei n.º 46.673, de 29-11-1965) numa parcela urbana de 41,47 m2 com 118, 53 m2 de logradouro, com data de início de posse em 1970, em relação a uma das rés, e um prédio rústico com cerca de 5.080m2 (cinco mil e oitenta metros quadrados), com posse iniciada pela outra ré, em 1976. Assim, invocando-se um juízo de harmonização entre interesses constitucionalmente

protegidos, conferiu-se prevalência à aquisição por usucapião e aos interesses que lhe subjazem – a proteção da confiança e da estabilidade de posições jurídicas consolidadas pelo tempo, pela posse e pela publicidade da posse – em face da desnecessidade de proteção dos interesses tutelados pelas normas de direito do urbanismo, agravada pela inércia da Administração, citando-se o Acórdão de 06-04-2017 (Proc. nº 1578/11.9TBVNG.P1.S1).

Conclui-se, pois, que a jurisprudência que admite a prevalência da aquisição por usucapião sobre as regras do loteamento urbano decorre das especificidades factuais do caso concreto, em que a posse se reporta a pequena propriedade transmitida verbalmente de pais para filhos ao longo de gerações, não tendo estas situações impacto ambiental ou urbanístico (estético ou de salubridade), que justifiquem a exclusão da aquisição por usucapião.

Há que salientar que não se verifica oposição jurisprudencial entre estes acórdãos e a orientação adotada no acórdão de 26-01-2016, reportada não à pequena propriedade transmitida dentro da família, mas a um prédio misto com a área de 28.014 m², denominado “Quinta do Serrado”, cuja parte urbana é uma parcela de terreno para construção com a área de 18.600 m², na cidade de Lisboa, em relação à qual foi lavrada escritura de justificação, em 29 de outubro de 1996, que se fundou na invocação da usucapião. Através desta escritura procedeu-se a uma operação urbanística, de criação de um novo prédio, a partir de um prédio já existente e previamente descrito, tendo os justificantes declarado destiná-lo à construção, sem terem demonstrado qualquer procedimento administrativo prévio, que configurasse um loteamento urbano ou um destaque legalmente admissível. O Supremo Tribunal entendeu, assim, que os atos jurídicos praticados eram nulos, nos termos dos artigos 53.º, n.º 1 e 56.º, n.º 1 do Regime Jurídico dos Loteamentos Urbanos (Decreto-Lei nº 449/91, de 29 de novembro, na redação do DL nº 334/95, de 28-12), na medida em que se procedia a uma operação de loteamento da qual resultavam dois lotes, sem que tivesse sido emitido qualquer alvará de loteamento ou qualquer tipo de licença, e sem qualquer referência à existência de um projeto de construção aprovado pela câmara municipal. Acrescentou ainda o citado Acórdão que *«E, mesmo para quem entenda que tais requisitos devem ser aferidos no momento do início da posse, por efeito da retroactividade dos efeitos da posse a que se refere o artigo 1288.º do Código Civil – conforme tem sido a posição do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e Notariado – a solução não seria diferente, porquanto, 20 anos antes da data da celebração da escritura de justificação notarial, vigorava o Decreto-Lei n.º 278/73, de 06-06,*

que cominava igualmente com a nulidade tais operações, sem sequer consagrar a possibilidade de dispensa de licenciamento no caso de mero destaque».

A orientação do Acórdão de 26-01-2016, também não gera uma oposição jurisprudencial em relação à prevalência da usucapião sobre as regras do fracionamento de prédios rústicos abaixo da unidade de cultura. A contradição verifica-se apenas quanto às formulações gerais respeitantes à relação entre usucapião e legislação urbanística. A observação dos factos do caso permite concluir que o núcleo factual do caso resolvido pelo Acórdão de 26-01-2016 é distinto dos factos da jurisprudência que se lhe seguiu sobre fracionamento de prédios, bem como distinta é a questão de direito sobre a qual se debruçou o Acórdão de 26-01-2016, que se baseou na legislação dos loteamentos urbanos (DL n.º 448/91, de 29 de novembro) vigente à data da escritura de justificação, que veio a ser anulada por desrespeito das regras do destaque.

7. Balanço das posições da jurisprudência e da doutrina

A orientação adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça tem sido criticada pela doutrina, por desconsiderar a legislação sobre loteamentos urbanos e fracionamento de prédios e esquecer que o ordenamento jurídico deve ser visto como um todo harmónico em que a solução passa pela análise de todos os ramos de direito, devendo prevalecer, por ser superior, o interesse no correto ordenamento do território e na legalidade urbanística sobre o interesse na estabilidade e certeza nas relações jurídicas, sendo a referida colisão resolvida nos termos do artigo 335.º do Código Civil⁴⁴.

Todavia, entendo que a corrente jurisprudencial do Supremo Tribunal, que continua hoje a ser adotada, está de acordo com o conteúdo normativo do instituto da usucapião, e corresponde à realidade económica e social das zonas rurais do país e às necessidades de tutela das pessoas que têm a posse, sem título e sem registo, de imóveis “transmitidos” verbalmente ao longo de gerações e utilizados para exercer uma atividade agrícola de auto-subsistência. Não se trata, pois, da legalização de edifícios clandestinos e perturbadores da salubridade e do ambiente.

Está em causa, nos litígios resolvidos pela jurisprudência, proteger a segurança e a confiança na atuação dos possuidores, em relação a posses iniciadas em tempos antigos ou remotos, entre a década de 50 e a década de 80 do século passado, ou seja, situações que já apresentavam os requisitos legais para a aqui-

44. Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, “Loteamento, Acesso e Usucapião: Encontros e Desencontros”, 2003, p. 95.

sição por usucapião antes da Lei da estruturação fundiária (Lei n.º 111/2015 e a Lei n.º 89/2019) ou da legislação sobre loteamentos urbanos terem entrado em vigor. Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, do Código Civil, a lei nova tem de respeitar estas aquisições, em que o prazo de usucapião se completou antes do seu início de vigência, como situações jurídicas já constituídas no passado.

Apesar de, nas sociedades modernas da transparência e da informática, em que o registo predial é um instituto generalizado, serem cada vez mais raros estes casos de posse e usucapião, não se pode, numa fase de transição, penalizar a pequena propriedade das famílias que dá origem a fracionamentos de prédios, entre os herdeiros, abaixo da unidade de cultura ou as situações possessórias em relação a prédios abandonados (alguns sem título formal, porque nem toda a propriedade está registada) e que serviram, de boa-fé e à vista de toda a gente, para a habitação ou para o exercício da agricultura ou de outras atividades económicas de subsistência. Para além de a usucapião ser um instituto previsto e regulado na lei de forma praticamente inalterada ao longo de séculos, tem uma natureza histórico-cultural e dogmática profundamente enraizada, cuja utilidade persiste hoje para a proteção das pessoas vulneráveis e da pequena propriedade.

As decisões judiciais, porque se baseiam numa adequada e justa ponderação de interesses, não podem ignorar estas situações.

Como afirmou o Juiz Conselheiro Salazar Casanova⁴⁵, «o *interesse público, no tocante ao direito do urbanismo não parece centrar-se tanto na inviabilização absoluta dos atos de fragmentação da propriedade, mas antes na edificabilidade contra legem*», referindo que a ideia base que tem atravessado a nossa legislação é a de «*impedir que construção clandestina se desenvolva a coberto de operações de divisão de propriedade*».

Prossegue o autor⁴⁶, defendendo um critério judicial de ponderação de interesses na análise dos casos concretos que surgem nos tribunais e confiando no bom senso da jurisprudência:

«110. Por isso, não se pode aprioristicamente, perante os casos que se depa-ram nos tribunais, considerar que a usucapião com base numa situação pos-sessória desencadeada sobre parcela de um imóvel que foi dividido deve ser sempre decretada por não serem atendíveis os interesses que são prosseguidos pelo direito urbanístico; tão pouco deve ser sempre negada a usucapião, por se pressupor que a divisão de um imóvel, designadamente quando se geram parcelas com área inferior à unidade de cultura, se traduz sempre numa ope-

45. Cfr. SALAZAR CASANOVA, “Usucapião, loteamento, acessão industrial e construção clandestina”, *ob. cit.*, 2015/2016, p. 51, n.ºs 108 e 109.

46. Cfr. SALAZAR CASANOVA, “Usucapião, loteamento, acessão industrial e construção clandestina”, *ob. cit.*, 2015/2016, pp. 51-52.

ração de loteamento.

111. Neste ponto de interacção da usucapião e do direito do urbanismo temos por certo que os tribunais, sensata e paulatinamente, vão continuar a prestar a sua colaboração para o aperfeiçoamento do Direito».

A perspetiva em que se coloca a doutrina e em que se coloca a jurisprudência é distinta: a primeira visa obter uma solução para um problema jurídico, definido de forma geral e abstrata, normalmente de forma destacada dos casos concretos que surgem na realidade social. Já os tribunais visam resolver um caso concreto, tendo em conta a especificidade dos factos e os seus contornos sociais. Em relação ao tema em análise, não cabe aos tribunais cíveis nas suas decisões fazer política legislativa ou atingir objetivos macroeconómicos, que transcendam o caso concreto. Trata-se, tão-só, de interpretar a lei e de proceder a uma osmose entre o jurídico e o social, de modo a atingir uma justa ponderação dos interesses de ambas as partes.

Como afirma Menezes Cordeiro, «*O Direito é a Ciência da resolução de casos concretos*» e é na aplicação do direito às situações da vida que encontramos o Direito na sua plenitude⁴⁷.

Os critérios aplicados pelo Supremo Tribunal de Justiça correspondem a uma harmonização entre princípios e valores com dignidade constitucional — entre o direito de propriedade privada adquirido por usucapião (vertente da propriedade que decorre do gozo e do uso), e os interesses protegidos pelos artigos 65.º e 66.º da Constituição da República Portuguesa: o correto ordenamento da ocupação, utilização e transformação dos solos para fins urbanísticos.

Cabe à jurisprudência a adaptação das normas à realidade social e económica do país e operar uma justa composição de interesses, através de uma ponderação casuística⁴⁸, numa fase de transição em que existem ainda situações possessórias antigas não regularizadas em termos urbanísticos.

O próprio legislador criou, na Lei n.º 91/95, de 2 de setembro, um regime excecional para a reconversão urbanística das AUGI – Áreas Urbanas de Génese Ilegal – cujo âmbito de aplicação abrange nos termos do artigo 1.º, n.º 2, «*os prédios ou conjuntos de prédios contíguos que, sem a competente licença de loteamento, quando legalmente exigida, tenham sido objeto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção até à data da entrada em vigor do Decreto-Lei*

47. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Dilemas da responsabilidade civil na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça”, *A Revista*, Supremo Tribunal de Justiça, Jul. a Dez. 2024, p. 15.

48. Esta posição foi sufragada pelo Conselheiro Salazar Casanova, relator de dois acórdãos que costumam ser agrupados na tese de prevalência das regras urbanísticas sobre a aquisição por usucapião (cfr. Acórdãos de 06-03-2014 (Revista n.º 1394/04.4PCAMD.L1.S1) e 30-04-2015 (Revista n.º 10495/08.9TMSNT.L1.S1)).

n.º 400/84, de 31 de dezembro, e que, nos respetivos planos territoriais, estejam classificadas como espaço urbano ou urbanizável, sem prejuízo do disposto no artigo 5.º», considerando ainda AUGI, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, «os prédios ou conjuntos de prédios parcelados anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de novembro de 1965, quando predominantemente ocupados por construções não licenciadas».

Este regime jurídico não pode deixar de significar que o próprio legislador aceitou que nalguns casos a ilegalização urbanística fosse sanada a posteriori, com a construção das infraestruturas necessárias pelas Câmaras, custeadas pelos beneficiários ou pela comunidade, em vez de desalojar pessoas e famílias.

8. Conclusão

Pensar o instituto da usucapião e as suas raízes permite prever que, mesmo num tempo futuro, em que toda a propriedade esteja registada e informatizada, sempre haverá casos em que será necessário por razões de segurança jurídica e de proteção da confiança e da estabilidade das posições jurídicas reconhecer a aquisição por usucapião.

A usucapião continua a ser hoje, ainda que em menor dimensão, um instituto do direito privado com relevância jurídica na estabilização e consolidação de situações baseadas na posse, desempenhando uma importante função social, sobretudo, em relação às populações mais vulneráveis.

A usucapião será sempre uma válvula de escape para situações limite de destruição ou de guerra, em que desapareçam os títulos e os registos da propriedade, atendendo a que mesmo os registos informáticos podem ser falseados ou eliminados.

Uma “*teoria humana da propriedade*”, na expressão de Orlando de Carvalho⁴⁹, terá de reconhecer relevância ao instituto da usucapião, ainda que o possa reformular e adaptar a novas circunstâncias. O problema da propriedade é antes de mais um problema humano, e não se esgota nos seus aspetos económicos, jurídicos e político⁵⁰. •



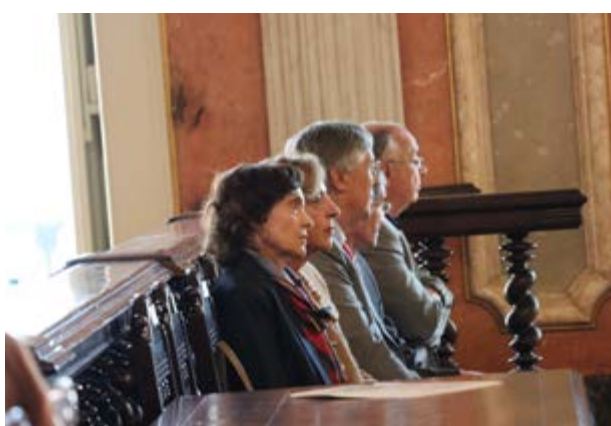
49. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, “Para uma teoria humana da propriedade. Do problema do ser ao problema do ter”, in *Direito das Coisas* (coordenadores: Liberal Fernandes, M.ª Raquel Guimarães, M.ª Regina Redinha), 2.ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 315.

50. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 315.

TERCEIRO DEBATE

Clique para assistir.





VALIDADE DOS NEGÓCIOS DAS SOCIEDADES COM GERENTES, ADMINISTRADORES, SÓCIOS E OUTRAS PARTES RELACIONADAS



José Ferreira Gomes

Professor Associado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Clique para assistir.



QUARTO DEBATE

Clique para assistir.





RECURSO DE REVISTA EM MATÉRIA INSOLVENCIAL



Maria Olinda Garcia

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Aspetos introdutórios. 2. Caraterização do regime da revista em processos de natureza insolvencial. 3. O âmbito tipológico do regime previsto no artigo 14.º do CIRE (delimitação positiva). 4. Hipótese excluídas do âmbito do artigo 14.º do CIRE (delimitação negativa). 5. O recurso per saltum. 6. Requisitos gerais de recorribilidade. 7. Os requisitos específicos do recurso de revista previsto no artigo 14.º do CIRE. 7.1. Indicação de um acórdão fundamento. 7.2. Acórdãos proferidos no domínio da mesma legislação. 7.3. Ausência de jurisprudência uniformizada. 7.4. Decisão divergente da mesma questão fundamental de direito. 8. O recurso de revisão. 9. Conclusão.

RESUMO: O recurso de revista do acórdão proferido em processo de insolvência (incluindo os incidentes nele tramitados), bem como nos processos conexos (PER e PEAP) é disciplinado pelo regime específico previsto no artigo 14.º do CIRE, o qual afasta a aplicação das regras gerais, tanto sobre a revista normal (artigo 671.º, n.º 1 do CPC) como da revista excecional (artigo 672.º do CPC). Este regime específico assenta na demonstração da existência de oposição de acórdãos sobre a mesma questão fundamental de direito, tendo em vista a orientação da jurisprudência, mas não dispensa a verificação dos requisitos gerais de recorribilidade (previstos no artigo 629.º do CPC). Aos acórdãos proferidos nos processos que correm por apenso ao processo de insolvência não tem aplicação o regime específico do artigo 14.º do CIRE, sendo o respetivo recurso de revista disciplinado pelas regras gerais.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso de revista; processo de insolvência; apensos ao processo de insolvência; artigo 14.º do CIRE; oposição de acórdãos.

ABSTRACT: The appeal to the Supreme Court (*recurso de revista*) against a judgment delivered in insolvency proceedings (including the incidental proceedings conducted therein), as well as in connected proceedings (PER and PEAP), is governed by the specific regime laid down in Article 14 of the CIRE, which excludes the application of the general rules on both the ordinary appeal to the Supreme Court (Article 671(1) of the CPC) and the exceptional appeal (Article 672 of the CPC). This special regime is based on demonstrating the existence of conflicting judgments on the same fundamental point of law, with a view to ensuring jurisprudential consistency, but it does not dispense with the verification of the general requirements of appealability (set out in Article 629 of the CPC).

Judgments delivered in proceedings appended to the main insolvency proceedings are not subject to the specific regime of Article 14 of the CIRE; the corresponding appeal to the Supreme Court is governed by the general rules.

KEYWORDS: Appeal to the Supreme Court; insolvency proceedings; appended proceedings; Article 14 of the CIRE; conflicting judgments.

1. Aspetos introdutórios

O presente texto corresponde, no essencial, ao teor da apresentação ocorrida, no dia 24.10.2024, no Colóquio do Supremo Tribunal de Justiça de “Direito Civil, Comercial e Processo Civil”.

Procurou-se, com essa intervenção, uma breve abordagem sistematizadora do vigente regime do recurso de revista em matérias de natureza insolvencial. Trata-se, em síntese, de dar resposta à questão de saber quando é que um acórdão da segunda instância, proferido no processo de insolvência, nos seus apensos ou em processos conexos, pode ser alvo de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

2. Caraterização do regime da revista em processos de natureza insolvencial

Os recursos de revista em processos que versam sobre matéria insolvencial são disciplinados por um regime *bipartido* ou *dualista*.

Encontra-se previsto um regime específico de revista, no artigo 14.º do CIRE¹.

Os casos que não cabem no âmbito dessa norma caem no regime geral do CPC, ou seja, no âmbito do artigo 671.º (revista normal) ou do artigo 672.º (re-

1. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (aprovado pelo DL n.º 53/2004).

vista excecional), por remissão do artigo 17.º do CIRE (que consagra a aplicação supletiva do CPC).

Esta bipartição é o resultado do recorte normativo traçado pela letra do artigo 14.º, com a clarificação e densificação que emerge do AUJ n.º 13/2023.

Dispõe o artigo 14º, n.º 1 do CIRE:

«No processo de insolvência, e nos embargos opostos à sentença de declaração de insolvência, não é admitido recurso dos acórdãos proferidos por tribunal da relação, salvo se o recorrente demonstrar que o acórdão de que pretende recorrer está em oposição com outro, proferido por alguma das relações, ou pelo Supremo Tribunal de Justiça, no domínio da mesma legislação e que haja decidido de forma divergente a mesma questão fundamental de direito e não houver sido fixada pelo Supremo, nos termos dos artigos 686.º e 687.º do Código de Processo Civil, jurisprudência com ele conforme.»

Por outro lado, afirma-se no artigo 17.º, n.º 1, do CIRE:

«Os processos regulados no presente diploma regem-se pelo Código de Processo Civil, em tudo o que não contrarie as disposições do presente Código.»

Esta bipartição de regimes aplicáveis ao recurso de revista encontra-se claramente afirmada no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 13/2023 (publicado em 21.11.2023), nos seguintes termos:

«A regra prevista no artigo 14.º, n.º 1, do CIRE restringe o acesso geral de recurso ao STJ às decisões proferidas no processo principal de insolvência, nos incidentes nele processado e aos embargos à sentença de declaração de insolvência.»

Importante nota caraterizadora da disciplina dos processos respeitantes a matérias de natureza insolvencial é o seu carácter urgente. Dispõe o artigo 9.º, n.º 1 do CIRE:

«O processo de insolvência, incluindo todos os seus incidentes, apensos e recursos, tem carácter urgente e goza de precedência sobre o serviço ordinário do tribunal.»

3. O âmbito tipológico do regime previsto no artigo 14.º do CIRE (delimitação positiva)

Como consta expressamente da letra do artigo 14.º, n.º 1, este regime aplica-se ao recurso interposto no processo de insolvência e nos embargos opostos à sentença de declaração de insolvência.

Quanto às decisões proferidas no processo de insolvência, a jurisprudência do STJ tem entendido que se aplica também aos incidentes tramitados no processo principal, como é o caso típico da exoneração do passivo restante (artigo 235º e

seguintes do CIRE), ou a decisão sobre a remuneração do administrador da insolvência. Corre também no processo principal o recurso respeitante a decisões tomadas sobre deliberações da assembleia de credores, nos termos do artigo 78.º, n.º 2 do CIRE.

Por outro lado, como a jurisprudência do STJ tem entendido, o regime previsto no artigo 14.º aplica-se ainda aos processos pré-insolvenciais (ou que visam evitar a insolvência do devedor; procedimentos de reestruturação do passivo), como são o Processo Especial de Revitalização (PER), nos termos do artigo 17.º-A, n.º 3 do CIRE, e o Processo Especial Para Acordo de Pagamento (PEAP), nos termos do artigo 222.º-A, n.º 3 do CIRE.

Veja-se, a título exemplificativo, a seguinte jurisprudência sobre esta matéria:

- Acórdão do STJ, de 11.07.2019 (relator Henrique Araújo), no processo n.º 1819/17.9T8CHV-A.G1.S2:

«O recurso de revista interposto sobre acórdão proferido em processo especial para acordo de pagamento (PEAP) – art. 222.º-C, do CIRE, obedece ao regime específico previsto no art. 14.º, n.º 1, do CIRE.»

4. Hipótese excluídas do âmbito do artigo 14.º do CIRE (delimitação negativa).

Como decorre da letra do artigo 14.º, n.º 1 do CIRE (interpretado *a contrario*), com a concretização emergente do AUJ 13/2023, o regime previsto nesta norma não se aplica aos processos que são tramitados em apenso ao processo de insolvência.

Entre os processos que seguem essa tramitação encontram-se: o apenso de reclamação e verificação de créditos, regulado no artigo 128.º e seguintes (vd. artigo 132º); o incidente de qualificação da insolvência, regulado no artigo 185.º e seguintes (vd. artigo 188º); a ação destinada a contestar a resolução operada pelo administrador da insolvência em benefício da massa insolvente, prevista no artigo 125.º; a própria resolução em benefício da massa insolvente, nos termos do artigo 126.º, n.º 2; o processo relativo à liquidação de bens, nos termos do artigo 170.º.

Correm também por apenso as ações interpostas contra a massa insolvente, os credores e o devedor, destinadas à verificação ulterior de créditos ou de outros direitos, nos termos dos artigos 146.º, n.º 1 e 148.º do CIRE.

Correm ainda por apenso as ações que o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor, nos termos do artigo 82.º, n.º 3, bem como as

ações propostas contra o administrador da insolvência, nos termos do artigo 82.º, n.º 5, como dispõe o n.º 6 do artigo 82.º do CIRE.

Aos processos que correm por apenso ao processo de insolvência aplicam-se as regras gerais do CPC previstas no artigo 671.º (revista normal) e no artigo 672.º do CPC (revista excecional), embora tendo natureza urgente (como decorre do artigo 9.º do CIRE).

5. O recurso *per saltum*

O recurso *per saltum*, previsto no artigo 678.º do CPC, não pode ter aplicação no processo de insolvência, pois tratando-se de um recurso interposto da decisão da primeira instância diretamente para o STJ (quando se suscitem apenas questões de direito) não se verifica a exigência de a decisão recorrida ser um acórdão da segunda instância, como decorre do artigo 14.º do CIRE. Porém, essa hipótese já não se encontrará excluída nos processos que correm por apenso, pois aí aplicam-se as regras gerais dos recursos.

6. Requisitos gerais de recorribilidade:

O recurso de revista previsto no artigo 14.º do CIRE, sendo um recurso ordinário (artigo 627.º, n.º 2 do CPC), não prescinde da verificação prévia dos requisitos gerais de recorribilidade exigidos pelo artigo 629.º, n.º 1 do CPC, especificamente, do valor da causa e da sucumbência. O valor da causa tem, assim, que ser superior a 30.000€ (artigo 44.º da LOSJ²).

Assim tem sido afirmado pela jurisprudência do STJ. Veja-se, a título exemplificativo, o que se sumariou nas seguintes decisões:

- Acórdão do STJ, de 07.07.2021 (relator José Rainho), no processo n.º 2282/20.2T8VFX.L1.S1:
*«O art. 14.º do CIRE não prescinde do pressuposto geral do valor da causa exceder a alçada do tribunal recorrido, em conformidade com o art. 629.º, n.º 1, do CPC.
Tendo o recurso o valor de € 30.000,00, a revista no contexto do art. 14.º do CIRE não é admissível.»*
- Acórdão do STJ, de 27.02.2018 (relatora Ana Paula Boularot), no processo 1747/17.8T8ACB-A.C1.S1:

2. Lei da Organização do Sistema Judiciário – Lei n.º 62/2013.

«Independentemente da ocorrência de oposição jurisprudencial, têm de estar verificados concomitantemente os demais requisitos gerais processualmente exigíveis nesta sede, v.g. o do valor, tendo em atenção o disposto no artigo 629º, n.º 1 do CPCivil, aplicável por força do artigo 17º, n.º 1 do CIRE, o qual a conter-se dentro da alçada do Tribunal da Relação impede a impugnabilidade em sede de Revista.»

- Acórdão do STJ, de 27.02.2018 (relator Fonseca Ramos), no proc. n.10411/15.1T8VNF.G1.S1:
«A decisão proferida em processo de insolvência com o valor de €2.000 não é passível de recurso de revista – art.14º, n.º 1 e 17º, n.º 1 do CIRE, e 629º, n.º 1 do CPC».

Em matéria de determinação do valor da causa, o regime do processo de insolvência apresenta critérios específicos, previstos no artigo 15.º do CIRE, os quais, na medida da sua especificidade, afastam a aplicação das regras gerais sobre a matéria (previstas no artigo 297.º e seguintes do CPC)³.

Dispõe o artigo 15.º do CIRE:

*«Para efeitos processuais, o valor da causa é determinado sobre o valor do activo do devedor indicado na petição, que é corrigido logo que se verifique ser diferente o **valor real**.»*

Esta norma prevê a possibilidade de existirem dois momentos processuais relevantes para a fixação do valor da causa. Este valor será, em princípio, o valor do ativo do devedor indicado na petição (o qual apresentará, nesse momento, natureza provisória ou meramente indicativa). Porém, tal valor deverá ser corrigido, logo que os autos forneçam elementos para se concluir que o valor real do ativo do devedor é diferente do valor inicialmente indicado.

Compreende-se que assim seja, pois quando a insolvência é requerida por um credor este pode não ter informação exata sobre o património do devedor. Assim, logo que seja possível conhecer o valor real do ativo do devedor, tal valor deverá ser corrigido, pois de tal correção dependerá, nomeadamente, a possibilidade de serem interpostos recursos.

O “valor real” do ativo do devedor é, em certa medida, um conceito indeterminado, que poderá assentar em diferentes modos de concretização, podendo,

3. No artigo 301.º do CIRE são estabelecidos critérios específicos de determinação do valor da causa que valem apenas para efeitos de custas, não sendo aplicáveis, portanto, para efeitos processuais.

por exemplo, coincidir com o seu valor de mercado, com o valor de uma avaliação específica ou com o valor de venda.

Todavia, numa interpretação teleológica do artigo 15.º do CIRE, não se deverá entender que apenas com a venda dos bens em fase de liquidação (artigo 158.º e seguintes do CIRE)⁴ ou com o inventário elaborado pelo administrador da insolvência (artigo 153.º do CIRE) o valor real dos bens poderá ser conhecido, pois tais hipóteses pressupõem a declaração definitiva da insolvência, não sendo, portanto, atempadamente úteis, por exemplo, na hipótese de o requerido pretender recorrer da decisão que declara a sua insolvência (artigo 42.º do CIRE) e o valor inicialmente atribuído não lho permitir. Nesta hipótese, deverá o requerido, na sua oposição, demonstrar que o valor real do seu ativo é superior ao indicado pelo requerente da insolvência. Assim, após a produção de prova, sobre o valor dos bens que integram o ativo do devedor, deverá o valor da ação ser corrigido, porque de tal correção poderá depender a possibilidade de interposição de recurso, particularmente do recurso de revista.

Particular referência merece o critério para fixação do valor do incidente de exoneração do passivo restante, o qual consta do artigo 248º-A (aditado pela Lei n.º 9/2022)⁵. Dispõe esta norma:

«Para efeitos processuais, no caso de recurso de decisões proferidas no âmbito do incidente de exoneração do passivo restante, o valor da causa é determinado pelo passivo a exonerar do devedor.»

Assim, sendo interposto recurso de revista de decisão proferida no incidente de exoneração do passivo restante (o qual corre nos próprios autos da insolvência), o valor relevante é o que resulta do critério específico previsto no artigo 248º-A e não o do artigo 15.º, devendo esse valor ser fixado antes da subida do recurso (artigo 306.º, n.º 3 do CPC *ex vi* do artigo 17.º do CIRE).

4. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA parecem apontar para esta hipótese, ao afirmarem que: “(...) o que interessa para a correção do valor da causa é o que possa traduzir e concretizar o valor do ativo do insolvente em operações realmente praticadas, porquanto só elas exprimem, verdadeiramente, o seu valor real, que é a variável a considerar na retificação, de acordo com o próprio texto da lei”; Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado (3.ª ed.), página 130.

5. A esta alteração legislativa não terá sido indiferente o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/2021 (de 19.04.2021) com o seguinte dispositivo
«Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma resultante das disposições conjugadas do artigo 15.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, e do n.º 1 do artigo 678.º do Código de Processo Civil, na numeração anterior à vigência da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho — ou, em alternativa, do n.º 1 do artigo 629.º do Código de Processo Civil, na numeração resultante da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho — interpretados no sentido de que, no recurso de decisões proferidas no incidente de exoneração do passivo restante em processo de insolvência, o valor da causa para efeitos de relação com a alçada do tribunal de que se recorre é determinado pelo ativo do devedor.»

7. Os requisitos específicos do recurso de revista previsto no artigo 14.º do CIRE.

Verificados os requisitos gerais de recorribilidade, exigidos pelo artigo 629.º, n.º 1 do CPC, deve ainda o recorrente demonstrar que se encontram preenchidos os requisitos específicos (cumulativos) exigidos pelo artigo 14.º do CIRE.

Este regime aproxima-se, em certa medida, da hipótese de revista excecional prevista no artigo 672.º, n.º 1, alínea c) do CPC (dado que ambos pressupõem a oposição de acórdãos) mas, diferentemente desta última, não pressupõe a existência de uma dupla conformidade decisória das instâncias (impeditiva da revista normal, nos termos do artigo 671.º, n.º 3 do CPC). Efetivamente, para a aplicação do regime do artigo 14.º do CIRE é indiferente o facto de o acórdão recorrido confirmar ou revogar a decisão da primeira instância. Relevante é a oposição entre o acórdão recorrido e um acórdão (das Relações ou do Supremo) sobre a mesma questão jurídica (nos termos que *infra* melhor se explicitarão).

Se o recorrente interpuser recurso de revista excecional, em vez de invocar o artigo 14.º do CIRE, sendo um caso de aplicação deste artigo, suscita-se a questão de saber como deve o relator reagir face a essa errada qualificação do recurso.

Se o recorrente sustentar o recurso na alínea c) do n.º 1 do 672.º, juntando um acórdão fundamento, e estando verificados os demais requisitos exigidos pelo artigo 14.º do CIRE, o relator convola essa errada qualificação, determinando que se sigam os termos do artigo 14.º, com base no artigo 193.º, n.º 3 do CPC. Todavia, se a invocação da revista excecional se basear nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 672º essa convolação já não pode ser feita, porque falham os requisitos exigidos pelo artigo 14.º do CIRE.

Dada a necessidade de se alcançar uma rápida definição dos direitos da pluralidade de credores que convergem num processo de insolvência (enquanto execução universal do património do devedor – artigo 1.º do CIRE), a opção do legislador foi a de o tribunal da relação ser, em regra, a última instância.

Esta regra só será quebrada, quando o recorrente demonstre que se encontram preenchidos os requisitos cumulativos exigidos pelo artigo 14.º do CIRE, reveladores da existência de uma clara divergência jurisprudencial sobre a aplicação dos mesmos preceitos, na vigência das mesmas normas, e desde que o acórdão recorrido não se encontre já alinhado com jurisprudência uniformizada sobre a questão que o recorrente invoca. Só assim se justifica a intervenção do STJ tendo como finalidade última a orientação da jurisprudência sobre o modo como determinada disposição deverá ser interpretada, atentas as razões de certeza e segurança jurídica numa matéria de natureza urgente.

7.1. Indicação de um acórdão fundamento.

O recorrente tem o ónus de juntar cópia de um acórdão fundamento (transitado em julgado) com o qual (na perspectiva da sua alegação) o acórdão recorrido se encontra em oposição. Deve, assim, indicar apenas um acórdão fundamento (e não vários), cujos aspetos de identidade com o acórdão recorrido deve explicitar. Existindo, porém, oposição quanto a mais do que uma questão jurídica, poderá ser junto mais do que um acórdão fundamento se cada um respeitar a uma questão diferente.

Trata-se de uma oposição de acórdãos (da Relação ou do STJ) e não de oposição com uma decisão singular do relator (proferida nos termos do artigo 656.º do CPC). Assim, se o recorrente alegar que o acórdão recorrido está em oposição com uma decisão singular, proferida num tribunal da relação ou no STJ, a revista será, de imediato, excluída.

7.2. Acórdãos proferidos no domínio da mesma legislação.

O acórdão fundamento tem de ter sido proferido no domínio da mesma legislação, ou seja, tem de ter aplicado as mesmas disposições que foram aplicadas pelo acórdão recorrido, pois só face ao mesmo quadro normativo pode existir divergência interpretativa. Assim, se as normas que sustentaram a decisão do acórdão recorrido foram, entretanto, revogadas, deixa de existir o mesmo padrão normativo, tornando-se, por isso, inviável a comparação entre o modo como as duas decisões aplicaram o direito.

7.3. Ausência de jurisprudência uniformizada.

Deve ainda verificar-se o requisito negativo correspondente à ausência de jurisprudência uniformizada sobre a questão jurídica em causa, pois se tal uniformização existir é esse o sentido que a jurisprudência deve seguir, encontrando-se, por isso, já definida a orientação do STJ, tornando-se desnecessária uma nova pronúncia. Efetivamente, se o acórdão recorrido decidiu de acordo com jurisprudência uniformizada, a revista é, por essa razão, imediatamente de excluir, pois deixa de haver razão para a intervenção orientadora do STJ, numa matéria onde o caminho que a jurisprudência deve seguir já se encontra superiormente traçado.

7.4. Decisão divergente da mesma questão fundamental de direito.

A demonstração dos três requisitos acabados de referir é tarefa que o recorrente

cumprirá com facilidade. Mais exigente é a demonstração de que o acórdão recorrido, por confronto com o acórdão fundamento, decidiu de forma divergente a mesma questão fundamental de direito.

A oposição exigida pelo artigo 14.º, n.º 1 do CIRE deverá ser revelada por uma clara diversidade interpretativa de determinado preceito legal, quando aplicado a casos que apresentam factuais tipologicamente equiparáveis. Sendo certo que não existem dois casos iguais, será, porém, necessário que as factuais subjacentes aos dois acórdãos em confronto possam ser equiparáveis quanto às características fácticas que convocam a aplicação do regime legal cuja diversidade interpretativa se procura apurar.

Deverá poder concluir-se que o coletivo que decidiu o caso “A” teria decidido de modo igual o caso “B”, se este lhe tivesse sido apresentado para decisão, dada a existência, nos dois casos, de factuais equiparáveis. Deve, assim, concluir-se que a diversidade de decisões dos casos em confronto não assentou em particularidades factuais de cada um desses casos, ou seja, em circunstâncias de um caso que não têm equivalência no outro. É face a bases factuais equiparáveis que se poderá concluir que o direito foi aplicado ao mesmo tipo de realidades de modo diverso. E só perante esta conclusão se encontra justificada a intervenção do STJ tendo em vista a orientação da jurisprudência sobre o sentido que se considera tecnicamente mais correto.

Cabe, assim, ao recorrente demonstrar que os acórdãos em confronto assentam em aspetos factuais equiparáveis, aos quais aplicaram o direito de modo diverso, por terem entendimentos diferentes sobre o alcance ou o relevo normativo das mesmas disposições legais. Não basta, portanto, ao recorrente destacar extratos dos sumários ou da fundamentação do acórdão fundamento para justificar a oposição de acórdãos. É necessário demonstrar, efetivamente, a existência de uma verdadeira oposição de decisões sobre a mesma questão jurídica, para que a revista possa ser admitida nos termos do artigo 14º do CIRE.

Sobre o modo como a jurisprudência se tem pronunciado quanto ao cumprimento deste requisito, veja-se, a título exemplificativo, o que se sumariou nas seguintes decisões:

- Acórdão do STJ de 26.05.2021 (relator Henrique Araújo), no processo n.º 2543/19.3T8VNF.G1.S1:
«A oposição jurisprudencial que releva para efeitos da aplicação do regime de recursos especial do art. 14.º, n.º 1, do CIRE é a que se manifesta em decisões divergentes que tenham por base situações de facto análogas

ou equiparáveis, subsumíveis a um mesmo quadro normativo, e em que a questão fundamental de direito em que assenta a alegada divergência assumam um carácter essencial ou fundamental para a solução do caso.»

- - Acórdão do STJ, de 11.07.2019 (relator Pinto de Almeida), no processo n.º 3629/15.9T8VNF.G1.S1:

«O recurso de revista interposto ao abrigo do disposto no art. 14.º, n.º 1, do CIRE não deve ser admitido se não se verifica oposição de acórdãos: no acórdão recorrido, a recusa da homologação do plano de recuperação assentou no elevado valor patrimonial do imóvel da insolvente que, no caso de liquidação, permitiria a satisfação integral dos créditos laborais; no acórdão fundamento, a homologação do plano de revitalização assentou, em outras circunstâncias, na falta de indicação do valor patrimonial do imóvel ou imóveis sobre que incidiria o privilégio dos trabalhadores e inviabilização da formulação daquele juízo.

Não assentando as soluções opostas nos acórdãos em confronto em diferente entendimento quanto à interpretação e aplicação da norma contida no art. 216.º, n.º 1, al. a), do CIRE, não ocorre oposição de acórdãos que sustente a admissibilidade do recurso.»

- - Acórdão do STJ, de 09.04.2019 (relatora Ana Paula Boularot), no processo n.º 118/18.3T8STS.P1.S1:

«O normativo inserto no artigo 14º, nº1 do CIRE, admite a recorribilidade dos Acórdãos produzidos em sede de insolvência e acções conexas, PER/PEAP, apenas nos casos em que a decisão proferida esteja em oposição com outra da mesma Relação ou do Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito.

O fundamento base para a admissibilidade recursória, é a oposição de julgados, a qual se afere pela questão nuclear de direito tratada no Acórdão recorrido, que terá de estar em contradição com questão idêntica tratada num outro Acórdão: as situações em equação têm de ter a mesma similitude, porque se a não tiverem, óbvio se torna que não se poderá conceber qualquer oposição jurisprudencial.

Aquele mencionado normativo exige efectivamente para a interposição e conhecimento do objecto do recurso que as decisões em confronto – Acórdão recorrido e Acórdão fundamento – se contradigam no que tange à mesma questão fundamental de direito, não se bastando com a existência

de um Aresto que em abstracto pudesse estar em oposição caso a questão tivesse sido abordada pelo Acórdão recorrido, exigindo a Lei que a questão tratada, em ambos os Acórdãos em confronto, tenham a mesma incidência fáctico-jurídica decidida em termos contrários.»

8. O recurso de revisão.

Importa ainda considerar o modo como o regime previsto no artigo 14.º do CIRE se harmoniza com o recurso de revisão.

O recurso de revisão, previsto no artigo 696.º e seguintes do CPC, sendo um recuso extraordinário (artigo 627.º, n.º 2 do CPC), não é afastado pelo regime do artigo 14.º do CIRE, se a decisão a rever for um acórdão do STJ proferido em processo de insolvência. Nesta hipótese (tal como em qualquer outra matéria), o recurso é apresentado diretamente no STJ (artigo 697.º, n.º 1 do CPC).

Se a revisão foi apresentada no tribunal da relação (que decide em 1ª instância nesta matéria), o recurso de revista sobre o acórdão aí proferido é teoricamente admissível (nos termos do artigo 697.º, n.º 6), sem se exigirem os requisitos específicos do artigo 14.º do CIRE, apesar de já estar em causa um recurso ordinário (como resulta do artigo 697.º, n.º 6) porque tal norma pressupõe, em princípio, que o STJ está a intervir como terceira instância (sobre matéria que já foi alvo de decisão de duas instâncias).

Se a revisão é apresentada na primeira instância, e dessa decisão existir apelação, do acórdão da Relação só pode haver revista caso se encontrem verificados os pressupostos do artigo 14.º do CIRE, pois tratando-se de um recurso ordinário (artigo 697.º, n.º 6), o STJ já estará a ser convocado como terceira instância, o que, em regra, é afastado pelo artigo 14.º do CIRE.

Veja-se, sobre esta matéria, o Acórdão do STJ, de 15.02.2023 (relatora Graça Amaral), no processo n.º 25776/19.8T8LSB.L1-A.S1:

«O regime restritivo de recurso ao STJ estabelecido no artigo 14.º, do CIRE, tem por pressuposto estar assegurado “o segundo grau de jurisdição”. Tal restrição, determinada pelo requisito específico da oposição de acórdãos, não é avocada nas situações em que o tribunal da Relação não funcione como tribunal de recurso, mas tenha intervenção como uma 1.ª instância.

Não se encontra condicionada à verificação de oposição de acórdãos a admissibilidade do recurso interposto para o STJ do acórdão proferido pelo tribunal da Relação, que indeferiu o recurso extraordinário de revisão do acórdão dessa

mesma Relação que havia confirmado a sentença homologatória de um plano de recuperação.»

9. Conclusão.

O regime bipartido que disciplina o recurso de revista em matérias de natureza insolvencial, integrado por normas específicas do CIRE e por regras gerais da revista (previstas no CPC), é apto a suscitar a questão de saber se será este o regime ideal, tanto do ponto de vista funcional como valorativo, ou se seria desejável uma intervenção legislativa destinada ao seu aperfeiçoamento.

O teor literal do artigo 14.º (e o modo como aí se consagra a natureza dualista do regime da revista) não se afigura ser de fácil e imediata apreensão por um prático do direito (e particularmente por quem não tenha grande familiaridade com o direito da insolvência). Efetivamente, a arrumação sistemática da matéria não é isenta de poder suscitar dúvidas interpretativas, para cuja superação será determinante o acompanhamento da jurisprudência do STJ que se tem pronunciado sobre a matéria da admissibilidade da revista.

Do ponto de vista da clareza do regime e da facilidade da sua apreensão seria desejável uma maior densificação do elemento literal (com a eventual criação de um artigo 14.º-A), procedendo-se à direta explicitação das normas do CPC sobre recursos que teriam aplicação à revista em processo de insolvência. Estando em causa processos de natureza urgente, a clareza da letra da lei contribuirá decisivamente para a celeridade processual.

Por outro lado, do ponto de vista da harmonia valorativa, constata-se que as decisões proferidas nas ações que correm por apenso ao processo de insolvência (às quais se aplica o regime da revista previsto no CPC) têm, em abstrato, maior probabilidade de chegar ao STJ do que as decisões proferidas no próprio processo de insolvência, apesar de todas estas ações terem natureza urgente.

Compreende-se que não tenham de existir três instâncias a pronunciar-se sobre a questão de saber se alguém está ou não insolvente (ou sobre o incidente da exoneração do passivo restante), dada a urgência que existe em definir a situação patrimonial do devedor face aos interesses dos seus credores. Todavia, a reclamação de um crédito de, por exemplo, de 30.001 Euros pode chegar ao STJ, se não existir dupla conforme (porque aqui se aplicam as regras gerais); e existindo dupla conforme o credor ainda poderá tentar a revista excecional.

Tanto do ponto de vista funcional ou prático como do ponto de vista valorativo, justificar-se-ia que o legislador procedesse a uma melhor definição e a uma



maior completude normativa do regime do recurso de revista nas ações que respeitam a matérias insolvenciais. •

INSOLVÊNCIA, CONTRATO PROMESSA E DIREITO DE RETENÇÃO



Luís Espirito Santo

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.



SUMÁRIO: 1. Os Negócios em curso. 1.2 Delimitação do conceito. 1.3. Efeitos da qualificação do negócio em curso. 1.4 Definição da sorte do negócio em curso. 1.5 A actuação exigível ao administrador da insolvência. 1.6. Quando o deve fazer. 2. Consequências da recusa pelo administrador quanto ao cumprimento do negócio em curso. 2.1. Regime especial dos negócios em curso quando estamos perante um contrato promessa não cumprido por ambos os contraentes (artigo 106.º do CIRE). 3. Contrato promessa e direito de retenção. 4. Análise do percurso uniformizador em matéria da tutela do promitente comprador. 4.1 AUJ n.º 4/2014, de 20 de Março (relator Távora Victor) – Prevalência do direito de retenção dos promitentes compradores e consumidores sobre a hipoteca. A imputabilidade reflexa. Direito ao dobro do sinal prestado. 4.2. AUJ n.º 4/2019, de 12 de Fevereiro (relatora Maria Olinda Garcia) – o privilégio de ser-se consumidor. 4.3. AUJ n.º 3/2021, de 27 de Abril de 2021 (relator Jorge Dias) – direitos do promitente comprador: não receberás o dobro do sinal prestado. 4.4. Do percurso seguido neste AUJs. 5. Figura da traditio. Contornos essenciais. 6. Referência à recente alteração ao regime do artigo 759.º do Código Civil, por força da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 48/2024, de 25 de Julho.

RESUMO: Este trabalho aborda a complexa intersecção do processo de insolvência com o regime jurídico do contrato promessa e do direito de retenção em Portugal. Analisa-se, primeiramente, a figura dos negócios em curso, definidos como contratos vigentes e por cumprir por ambas as partes à data da declaração de insolvência. A qualificação de um negócio como tal implica a suspensão imediata, total e temporária dos seus efeitos. É concedido ao Administrador da Insolvência (AI) o poder de definir o destino do negócio, optando pelo cumprimento ou recusa, tendo como critério primordial a maximização da satisfação dos interesses dos credores.

O regime especial do contrato promessa (Artigo 106.º do CIRE) é examinado. Discute-se que a recusa do AI em cumprir o contrato prometido só é excluída nos casos de contrato promessa com eficácia real e em que tenha ocorrido tradição da coisa. Para os contratos promessa com efeito obrigacional (com ou sem traditio), a recusa é considerada legítima, embora levante fortes dúvidas quanto à sua

razoabilidade e acerto, especialmente em casos que envolvem a habitação própria.

É detalhado o percurso uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça (AUJ n.º 4/2014, AUJ n.º 4/2019, AUJ n.º 3/2021) em matéria de tutela do promitente comprador. Inicialmente, o AUJ 4/2014 consagrou o direito de retenção (Artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil) para o promitente comprador consumidor que obteve a tradição, e reconheceu o direito ao dobro do sinal prestado (Artigo 442.º, n.º 2, CC), assente na teoria da imputabilidade reflexa. Subsequentemente, o AUJ 4/2019 clarificou o conceito de consumidor, limitando-o àquele que destina o imóvel a uso particular. Finalmente, o AUJ 3/2021 afastou a tese da imputabilidade reflexa, afirmando a licitude da recusa do AI e limitando o crédito do promitente comprador ao valor correspondente à prestação efetuada (sinal singelo), invocando o carácter imperativo do Artigo 119.º do CIRE.

O artigo conclui com a referência à recente alteração do Artigo 759.º do Código Civil (Decreto-lei n.º 48/2024), que, a partir de 25 de Agosto de 2024, inverte a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca registada anteriormente, reforçando a segurança jurídica no mercado de crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Insolvência; Contrato Promessa; Direito de Retenção; Negócios em curso; Jurisprudência Uniformizadora.

ABSTRACT: This study examines the complex interface between insolvency proceedings, the legal framework governing promissory contracts (*contrato promessa*), and the right of retention (*direito de retenção*) in Portugal. It first analyses the concept of Current Business (*Negócios em curso*), defined as contracts that are current and mutually unfulfilled at the date of insolvency declaration, leading to the immediate, total, and temporary suspension of contractual effects. The Insolvency Administrator (AI) is granted the power to determine the contract's fate—either performance or refusal—with the primary objective being the maximisation of creditor satisfaction.

The special regime applicable to promissory contracts (Article 106 of the CIRE) is discussed. The AI's refusal to perform the promised contract is only excluded in cases where the contract has real effect (*eficácia real*) and involves the delivery of the thing (*tradição*). For contracts with purely obligatory effect (with or without *tradição*), refusal is considered lawful, though concerns regarding the equity and soundness of this regime persist, particularly when involving residential property.

The paper details the harmonising jurisprudence pathway established by the Supreme Court of Justice (AUJ No. 4/2014, AUJ No. 4/2019, AUJ No. 3/2021) concerning the protection of the promissory buyer. Initially, AUJ 4/2014 established the right of retention (Article 755(1)(f) of the Civil Code) for the consumer promissory buyer who obtained *tradição*, and granted the right to double the deposit paid (*dobro do sinal*), based on the theory of reflexive imputability. Subsequently, AUJ 4/2019 restricted the definition of 'consumer' to those acquiring the property for private use. Crucially, AUJ 3/2021 later rejected the reflexive imputability thesis, confirming the lawfulness of the AI's refusal and limiting the creditor's claim to the single amount paid (rejecting the doubling of the deposit), citing the imperative nature of Article 119 of the CIRE. The study concludes by referencing the recent amendment to Article 759 of the Civil Code (Decree-Law No. 48/2024), effective from 25 August 2024. This amendment reverses the previous prevalence of the right of retention over an earlier registered mortgage, aiming to enhance legal security in the credit market.

KEYWORDS: Insolvency; Promissory Contract; Right of Retention; Current business; Standardise Jurisprudence.

Uma história da vida

Manuel e Maria, jovem casal com três filhos menores e a mãe do primeiro, idosa e viúva, a cargo, decidem avançar em busca do seu sonho: comprar casa própria.

Reunindo esforçadamente todas as poupanças e com o prestimoso apoio da instituição financeira, celebram com J. Construções – Confiança Total e Absoluta, Limitada, contrato promessa de compra e venda, entregando-lhe o sinal exigido pela promitente vendedora.

Passados vários meses, confiando total e absolutamente na promitente vendedora, entregam-lhe, por sugestão desta, o valor total do preço, recebendo nesse momento, em contrapartida, as chaves do imóvel que todos passam a habitar como seu.

Tudo corre bem.

A promessa da escritura é para breve.

A qual é adiada por três vezes pela promitente vendedora, a pretextos vários.

Manuel e Maria decidem então marcar a escritura.

A sociedade falta no dia designado, enviando-lhes uma carta em que pede toda a desculpa, mas assume que dada a sua insustentável situação financeira não a irá celebrar nunca.

Poucos dias depois, Manuel e Maria, que já vivem no imóvel com toda a família há mais de dois anos, têm conhecimento que J. Construções – Confiança Total e Absoluta, Limitada, foi declarada insolvente.

Dirigindo-se ao processo de insolvência, recebem a informação de que o administrador recusa cumprir o contrato promessa, por não ser conveniente aos interesses do conjunto de credores.

Mais são informados (bem ou mal) de que apenas terão direito à restituição do valor do que entregaram à promitente vendedora, devendo esquecer o dobro do sinal solenemente prometido no contrato.

Perguntando pela hipótese de manterem em seu poder o imóvel que é a casa de habitação, há quem lhes refira que no processo de insolvência não está consagrado o direito de retenção que tutele o seu crédito e que a recusa do administrador em cumprir é conforme à lei.

Crivada de dívidas, a massa insolvente só dará para dividir entre os credores comuns o que existiria para dividir e que infelizmente não existe.

Sem casa e perante a impossibilidade prática da restituição do dinheiro pontualmente entregue, Manuel e Maria interrogam o sentido disto tudo.

“Será mesmo possível o que nos está a acontecer?” – exclamam.

Fim da história.

1. Os Negócios em curso

Com a declaração de insolvência do devedor deixa de ser juridicamente possível satisfazer no imediato, individual e autonomamente, os créditos de cada um dos seus credores, cujos interesses terão, por isso mesmo, que ser ponderados em conjunto, criteriosamente, devendo ser pagos de forma tendencialmente igualitária (atenta a sua natureza e categoria dos titulares) e organizada segundo o esquema legal estabelecido.

É o que resulta aliás do artigo 1.º do CIRE quando define o processo de insolvência como “*um processo de execução universal, cuja finalidade é a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência*”.

Pelo que se impõe a previsão dos procedimentos legais destinados e adequados à defesa equitativa do conjunto dos credores do insolvente, visando o devido equilíbrio na satisfação equitativa dos seus diferentes créditos que, por via da declaração de insolvência do devedor, ficaram por realizar face à sua manifesta incapacidade económica para os solver.

No mesmo sentido, a figura do administrador da insolvência, legalmente considerado como servidor da justiça e do direito, devendo, como tal, mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes (cfr. artigo 12.º, n.º 1, do Estatuto do Administrador Judicial, aprovado pela Lei n.º 22/2013, de 26 de Fevereiro), está funcionalmente ligada à prossecução do desiderato da maximização da satisfação dos interesses dos credores em cada um dos processos que lhe seja confiado (cfr. artigo 12.º, n.º 2, do Estatuto do Administrador Judicial).

Se os contratos que ficaram por cumprir por parte do devedor insolvente e da contraparte mantivessem, em todos os casos, o seu regime normal de imediata exigibilidade e subsequente cumprimento das suas sinalagmáticas prestações, isso redundaria, forçosamente, numa desregrada e casuística diferenciação entre os credores – sendo uns pagos à frente de outros, com o inerente esvaziamento da massa insolvente -, sem qualquer critério que não fosse o da prematuridade desse pagamento, com inevitável prejuízo para o quadro de execução universal que constitui o cerne do próprio processo de insolvência.

Daí o surgimento da figura geral dos negócios em curso, previstos no artigo 102.º do CIRE, e que está na base do tema que nos ocupa¹.

1. No preâmbulo do Decreto-lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE, consta a propósito dos desígnios do legislador ao criar este novo regime, totalmente distanciado daquele que vigorava no CPEREF, no seu ponto 35: “*O capítulo dos efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios jurídicos em curso é um daqueles em que a presente reforma mais se distancia do regime homólogo*

do CPEREF. Ele é o objecto de uma extensão remodelação, tanto no plano da forma como da substância, que resulta de uma mais atenta ponderação dos interesses em causa e da consideração, quanto a aspectos pontuais, da experiência de legislações estrangeiras. Poucas são as soluções que se mantiveram inalteradas neste domínio. De realçar desde logo a introdução de um “princípio geral” quanto aos contratos bilaterais, que logo aponta

Delimitação do conceito²

A condição primeira e essencial para a qualificação desta figura do negócio em curso é precisamente a sua vigência ao tempo da declaração de insolvência – o negócio está, de parte a parte, por cumprir -, não havendo sido declarado inválido ou validamente resolvido^{3/4/5}.

O mesmo quer dizer que tal negócio ainda poderia/deveria, abstractamente e em termos objectivos, vir a ser cumprido pelos contraentes quando se dá a declaração de insolvência de uma das partes^{6/7/8}.

Com efeito, se o contraente insolvente tiver integralmente cumprido a sua

para a noção de “negócios em curso” no âmbito do processo da insolvência: deverá tratar-se de contrato em que, à data de declaração de insolvência, não haja ainda cumprimento tanto pelo insolvente como pela outra parte. O essencial do regime geral disposto para tais negócios é o de que o respectivo cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento. Vários outros tipos contratuais são objecto de tratamento específico, surgindo diversas e relevantes inovações nos domínios da compra e venda, locação, mandato, entre outros.

O capítulo termina com uma importante norma pela qual se determina a nulidade de convenções que visem excluir ou limitar a aplicação dos preceitos nele contidos. Ressalvando-se, porém, os casos em que a situação de insolvência, uma vez ocorrida, possa configurar justa causa de resolução ou de denúncia do contrato em atenção à natureza e conteúdo das prestações contratuais, o que poderá suceder, a título de exemplo, no caso de ter natureza infungível a prestação a que o insolvente se obrigara”.

2. Sobre a necessidade de encontrar um conceito geral que discipline o destino das relações jurídicas em curso ao tempo da declaração de insolvência de um dos contraentes – inexistente no CPEREF – vide OLIVEIRA ASCENSÃO in “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e Negócio do Falido”, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, Dezembro 1995, a páginas 655 a 660, onde o autor critica a opção legal da “limitação a previsões singulares”.

3. No sentido de que o contrato promessa em que o promitente vendedor anunciou previamente à contraparte que não iria cumprir o contrato prometido, mas em que não ocorreu a resolução do contrato antes da declaração de insolvência, constitui um negócio em curso para efeitos da aplicação do artigo 102.º do CIRE, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 2022 (relator Barateiro Martins), proferido no processo n.º 11857/16.3T8SNT-B.L1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

4. Abordando a situação de um contrato promessa de permuta em que a resolução é exercida após a declaração de insolvência de um dos contraentes, tratando-se por isso de um negócio em curso nos termos do artigo 102.º do CIRE, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 2024 (relator Leonel Serôdio), proferido no processo n.º 3197/21.2T8STS-H.P1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

5. FERNANDO GRAVATO MORAIS defende in “Promessa Obrigacional de Venda com Tradição da Coisa e Insolvência do Promitente Vendedor”, publicado nos *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29 – Janeiro/Março de 2010, a página 5, que o contrato promessa em que tenha tido lugar o pagamento antecipado da integralidade do preço estabelecido, com tradição da coisa, e em que tenha sido conferida ao promitente comprador uma procuração irrevogável de venda, não se integra no âmbito do negócios em curso previstos no artigo 106.º, n.º 2, do CIRE.

6. Versando sobre as diferentes e opostas perspectivas de enquadramento do contrato promessa enquanto negócio em curso, vide o interessante acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2022 (relator Barateiro Martins), proferido no processo n.º 2949/15.7T8VFX-A.L1.S1, publicado in www.dgsi.pt, que teve ainda o voto de vencido do Conselheiro Ricardo Costa.

Conclui-se maioritariamente no aresto que:

“Não são “negócios em curso” os contratos-promessa de compra e venda já resolvidos antes da declaração de insolvência e/ou aqueles cujo cumprimento, à data da declaração de insolvência, estava já impossibilitado. O que - estar o cumprimento do contrato-promessa de compra e venda impossibilitado - não se confunde nem com o saber/apurar se assistia, à data da declaração de insolvência, o direito à resolução contratual por parte do promitente comprador nem com o saber/apurar se, à data da declaração de insolvência, havia incumprimento definitivo por parte da promitente vendedora/insolvente.

Produtos uma declaração ou comportamento que mostre a intenção categórica do devedor não cumprir, o devedor, que assim procede, provoca o incumprimento, sem que, porém, se extinga o seu dever de prestação - razão por que o credor continua a poder a exigir o cumprimento, a poder pedir a execução específica se nisso ainda tiver interesse, assim como pode exercer o direito de resolução - ou seja, para efeito do artigo 102.º, n.º 1, do CIRE, continuamos perante um “negócio em curso”, uma vez que o comportamento demonstrativo da vontade de não cumprir, caso configure incumprimento definitivo, não faz sem mais e “automaticamente” o contrato cessar, sendo antes pressuposto de consequências jurídicas imediatas, como as referidas exigibilidade do cumprimento, execução específica do contrato-promessa ou resolução do contrato”.

Em contraponto, afirmou-se no voto de vencido:

prestação, falhando unicamente a realização da prestação devida pela contraparte, o caso imporá apenas a actuação do administrado da insolvência, nos termos gerais do artigo 81.º do CIRE, que procederá à competente reclamação desse mesmo crédito no processo de insolvência, uma vez que o insolvente não o pode legalmente fazer.

“(…) a identificação e qualificação do promitente-comprador não faltoso como um retentor “consumidor” não se justifica nem se enquadra nas situações em que “o incumprimento definitivo do contrato-promessa já se tinha verificado antes da declaração de insolvência, pelo que o promitente-comprador tinha adquirido direito de retenção nos termos do regime geral do incumprimento do contrato-promessa, sem necessidade de questionar a sua qualidade de consumidor”. Na verdade, esse AUJ veio clarificar e densificar o critério determinado pelo AUJ n.º 4/2014, aplicável às promessas com eficácia obrigacional e tradição da coisa, para as situações-regra em que o credor reclamante enquanto promitente-comprador não obteve cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, pelo que o seu âmbito de aplicação se restringe a essa conduta, admitida e prevista no contexto dos artigos 102º (e, em especial, 106.º, 2) do CIRE, para os negócios em curso não cumpridos

O contrato-promessa encontrava-se numa situação de incumprimento definitivo, por força da vontade das partes, exarada no ponto 3. da cláusula 4.ª do contrato-promessa, após não ter sido outorgada a escritura pública por causa imputável ao promitente-vendedor. E assim será uma vez que – por ser curial assim interpretar de acordo com a regra de um “declaratório normal” (artigo 236.º, 1, do CCiv.) – o prazo referido nesse ponto 3. da cláusula 4.ª abarcará igualmente o prazo suplementar ao prazo inicial de 8 meses para cumprimento, tendo em conta a declaração das partes nessa cláusula sobre a essencialidade do termo para a existência de incumprimento definitivo.

De todo o modo, mesmo que assim não seja de entender, sempre tal comunicação funcionou como interpelação de prazo admonitório adicional (e tacitamente cominatório quando antes há prazo certo) fixado pelo promitente-comprador, à luz e para o efeito do artigo 808.º, 1, do CCiv. (2.ª hipótese de não cumprimento da obrigação), tendo em conta a situação de mora na celebração (com prazo certo, reitera-se) do contrato prometido. Na verdade, mesmo que a “primeira mora” fosse de imputar ao promitente-comprador (então “devedor”, portanto), o certo é que, no intuito de a superar e promover o cumprimento da promessa, a “segunda mora”, actuada pela frustração da interpelação admonitória desencadeada pelo promitente-comprador na qualidade de “credor” da obrigação de venda inerente à promessa, é imputável ao promitente-vendedor, depois insolvente, a partir do momento em que não permite a formalização do contrato prometido.

Daquí resulta o consequente não cumprimento da obrigação de celebração do contrato prometido por causa imputável ao promitente-vendedor – artigos 410.º, 805.º, 2, a), 808.º, 1 («Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação.»), do CCiv. – e

a extinção do efeito principal e típico do contrato-promessa (artigo 410.º, 1, CCiv.), em que ambos os promitentes são credores da obrigação de a outra parte celebrar (quanto à declaração negocial de venda e quanto à declaração negocial de compra) o contrato prometido.

Logo, estaríamos – como julgo estarmos – no campo da derivada aplicação e exigibilidade das sanções indemnizatórias previstas no artigo 442.º, 2, do CCiv., uma vez que nos confrontamos com uma promessa assistida pela entrega de sinal.

Desta forma, a situação de incumprimento da promessa (independentemente das faculdades consequentes e distintas da relação contratual originária, realçadas no presente acórdão) surge antes da declaração da insolvência e, se até esse momento, nada mais foi feito pelo promitente faltoso a fim de suprir a sua recusa em celebrar o contrato prometido na data comunicada, não se afigura qualificável o contrato-promessa celebrado como negócio em curso e susceptível de cumprimento ou incumprimento pelo AI depois da declaração de insolvência.

Se o incumprimento que fere o contrato-promessa sindicado se deveu a falta imputável ao promitente-vendedor uma vez interpelado suplementarmente para a celebração do contrato prometido e se radicou em momento anterior ao da declaração judicial de insolvência desse promitente-vendedor, sem dependência necessária de resolução anterior legitimada por esse incumprimento, não temos que averiguar da exigência decorrente da uniformização do STJ: não se mostra necessário apreciar a qualidade de “consumidor” do promitente-comprador que obteve a tradição do imóvel, sendo irrelevante tal qualificação enquanto contraparte da promessa que concluiu com a pessoa singular declarada insolvente. Logo, não teríamos que chegar a essa apreciação e discussão, que o acórdão em que fiquei vencido estribou por fim a improcedência da revista, porque prejudicada pela solução dada à questão preliminar do regime dos “negócios em curso” – sem que, por tal razão, aqui se aborde a bondade dessa apreciação.

Por essa via estava excluído o regime dos artigos 102.º e ss do CIRE”.

7. Considerando que se trata de negócio em curso a situação em que os promitentes compradores recorreram à acção para fixação judicial de prazo, tendo sido fixado o prazo de sessenta dias para a marcação da escritura, mas em que nenhum outro desenvolvimento ocorreu até à declaração de insolvência, que se deu um ano após o trânsito em julgado desta acção, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 2019 (relatora Graça Amaral), proferido no processo n.º 872/10TYVNG-8.P1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

Em contrapartida, se o co-celebrante tiver cumprido inteiramente a sua prestação, tendo sido o contraente insolvente a falhar o cumprimento, nestas circunstâncias o credor reclamará o seu crédito no processo de insolvência, nos termos gerais do artigo 46.º do CIRE, tratando-se de um crédito sobre a insolvência.

A configuração do negócio em curso pressupõe desde logo, como resulta do disposto no artigo 102.º do CIRE, a sua bilateralidade (fase à imperatividade do preceito conferida pelo artigo 119.º), o carácter sinalagmático, o incumprimento mútuo, total ou parcial, e, naturalmente, a declaração de insolvência de um dos seus contraentes⁹.

Efeitos da qualificação do negócio em curso:

Nos termos dos artigos 102.º a 106.º do CIRE, a qualificação de um negócio em curso implica a suspensão dos efeitos do negócio.

Daqui resulta que, nestas circunstâncias, deixa de ser exigível, por cada uma das partes, o cumprimento de qualquer das obrigações que do negócio derivavam, não havendo lugar à interpelação para a realização da prestação devida.

Trata-se, no fundo, da paralisação imediata, total e temporária dos actos tendentes à realização das prestações que, de outra forma, deveriam ser realizadas pelos celebrantes.

Definição da sorte do negócio em curso. A actuação exigível ao administrador da insolvência O *terminus* da situação de suspensão dos efeitos do negócio em curso fica então dependente da conduta a assumir pelo administrador da insolvência, a quem a lei concede o poder de, no exercício criterioso desse direito potestativo¹⁰, definir o destino do negócio quanto ao cumprimento ou não cumprimento do negócio em curso, desbloqueando o impasse gerado¹¹.

8. Pronunciando-se pela aplicabilidade do regime dos negócios em curso às situações de contratos promessa em que se deu antecipadamente o pagamento integral do preço acordado, com a tradição do imóvel em favor do promitente comprador, vide GISELA CÉSAR in *Os efeitos da insolvência sobre o contrato promessa em curso*, Almedina, ano de 2017, 2.ª edição, páginas 135 a 136, onde afirma que “o contrato promessa mantém-se para todos os efeitos por cumprir”, embora a autora entenda que a salvaguarda da posição e interesses do promitente comprador poderá resultar da aplicação ao caso concreto do instituto do abuso do direito previsto no artigo 334.º do Código Civil.

9. Versando a integração de uma promessa de dação em função do cumprimento no âmbito dos denominados negócios em curso, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2023 (relator Ricardo Costa), proferido no processo n.º 4668/18.3T8OAZ-A.P1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

10. Sobre os poderes do administrador de cumprir ou recusar o cumprimento do contrato promessa e afastando a natureza de direito potestativo do exercício dessa faculdade, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Abril de 2018 (relatora Ana Paula Boularot), proferido no processo n.º 1136/13.3TYVNG-E.P1.S2, publicado in www.dgsi.pt.

11. Sobre a sujeição da declaração do administrador da insolvência às regras gerais de interpretação da declaração negocial, previstas nos artigos 236.º a 238.º do Código Civil, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Setembro de 2012 (relator Salazar Casanova), proferido no processo n.º 3374/07.9TBGMR-I.G2.S1, publicado in www.dgsi.pt.

Esta sua opção é orientada primacialmente pelo desiderato da maximização da satisfação dos interesses dos credores.

É esse o seu papel funcional no âmbito do processo de insolvência.

Todavia, na defesa dos interesses dos credores do insolvente que especialmente lhe incumbe, não poderá descurar-se igualmente a sua qualidade de servidor da justiça e do direito, cumprindo-lhe, em especial, o dever de mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes.

Nos termos definidos no CIRE, é exigido ao administrador da insolvência (actuando sempre em prazo razoável e não se olvidando que nos encontramos perante um processo de natureza urgente – cfr. 102.º, n.º 2, e 9.º do CIRE) que opte por um de dois caminhos possíveis.

1.º O de cumprir o negócio em curso, fazendo-o em substituição do devedor insolvente.

2.º O de recusar o cumprimento (de forma expressa ou tácita).

Quando o deve fazer e com que consequências.

1.º O cumprimento do negócio em curso por parte do administrador da insolvência deve ter lugar mediante a verificação de dois pressupostos.

A. Não resultar nenhum tipo de tratamento preferencial, desigualitário, intolerável e injustificado, para o credor da prestação no negócio em curso, correspondendo a opção do administrador, por conseguinte, à prevalecente prossecução dos interesses da massa insolvente ou, pelo menos, não sendo com esta finalidade incompatível.

B. Não ter o administrador da insolvência consciência que, em termos altamente prováveis, não virá a ser possível realizar, por parte da massa insolvente, o cumprimento pontual das obrigações contratuais assim assumidas (artigo 102.º, n.º 4).

O crédito do contraente não insolvente, em caso de cumprimento do negócio, assumirá então a natureza de crédito sobre a massa insolvente (e não crédito sobre a insolvência), conforme resulta do disposto no artigo 51.º, n.º 1, alínea f), do CIRE.

2.º A recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência – quando não legalmente impedida - justificar-se-á, da mesma forma, se se tratar da opção que melhor serve os interesses da generalidade dos credores e naturalmente da massa insolvente.

A este propósito, colocar-se-á, em conformidade com as exigências e particularidades de cada caso, a questão da prevalência de uma cláusula geral de boa-fé

que, nessa medida, condicionará axiologicamente a opção a tomar pelo administrador da insolvência no sentido de, por razões imperiosas e de acordo com os valores prevalecentes no ordenamento jurídico, a sua recusa poder integrar, em determinadas situações, abuso do direito nos termos do artigo 334.º do Código Civil¹².

Isto não esquecendo, mais uma vez, que o administrador da insolvência é legalmente considerado como um servidor da justiça e do direito, encontrando-se sujeito ao especial dever de mostrar-se digno da honra e das responsabilidades que lhe são inerentes.

Existem, contudo, considerações de princípio a ter em conta, sem prejuízo da premente necessidade de repensar e porventura alterar profundamente o sistema do CIRE, em termos clarificadores e com o objectivo de encontrar as soluções mais conformes com os princípios da equidade e da defesa dos valores primordiais da Justiça, o que as suas mais de duas décadas de vigência (com remendos avulsos e discutíveis, entretanto introduzidos) aconselha, se não exige.

- 1.^a Avocando-se para este efeito a norma do artigo 334.º do Código Civil haverá então que atentar em que a mesma só é aplicável aos casos em que *“o titular exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim sócio ou económico desse direito”*.

O que aponta no sentido da excepionalidade na limitação e condicionamento, caso a caso, dos poderes legalmente atribuídos ao administrador da insolvência.

Conforme resulta da norma transcrita só em casos evidentes de grave afronta e intolerável ofensa aos ditames da boa-fé se imporá obrigar o administrador da insolvência a agir vinculadamente, em sentido oposto ao que se propunha fazer.

- 2.^a Sempre o carácter eventualmente abusivo da recusa do administrador da insolvência teria forçosamente de resultar do quadro factual concreto com que se deparou no exacto momento temporal em que exerce a dita opção (de cumprir ou recusar o cumprimento), não podendo pretender-se realizar essa mesma valoração *a posteriori* com a invocação de factos que vieram a ser apurados ulteriormente e com os quais o mesmo administrador não poderia razoavelmente contar quando agiu dessa forma.

12. Sobre esta temática vide NUNO PINTO DE OLIVEIRA in “Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?”, publicado em *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina 2013, a página 201, onde pode ler-se: *“(...) a opção pelo cumprimento ou pelo não cumprimento, pela execução ou pela não execução do contrato pode ser abusiva, por não considerar adequadamente os interesses da contraparte do devedor insolvente. Será, por exemplo, o caso de o administrador declarar que opta pela não execução, nas*

hipóteses (não previstas na lei) em que o não cumprimento do contrato corresponde à realização de princípios ou valores constitucionais (como, por exemplo, o direito fundamental à habitação, ou a “exigência de dignidade da pessoa humana, daquela que a pessoa ontologicamente é, um ser livre, com direito a viver com dignidade (artigo 65.º da Constituição da República Portuguesa)”.

3.^a Não é outrossim possível desconsiderar o carácter estritamente funcional da actuação do administrador da insolvência.

A missão que a lei lhe incumbe tem um fito claro e específico que define e delimita imperativamente a sua forma de agir: o de servir os interesses dos credores em geral, protegendo a massa insolvente, não permitindo o seu esvaziamento ou a sua diminuição indevida.

Se em casos excepcionais é de aceitar a avocação da figura do abuso do direito, a regra aplicável à generalidade das situações milita no sentido da ausência de limitações à recusa de cumprimento (para além daquelas que se encontram especialmente prevenidas no CIRE), tendo em conta que se trata de um exercício de um direito potestativo, embora não discricionário e que nunca abdicará, equilibradamente, de um critério justificador.

2. Consequências da recusa pelo administrador quanto ao cumprimento do negócio em curso.

1.^a Consequência – Não há a resolução do contrato e, por isso mesmo, o que foi prestado não é restituído (artigo 102.º, n.º 3, alínea a)).

A recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência não constitui uma resolução do contrato, mas uma reconfiguração da relação contratual, pelo que importaria formalmente afastar o efeito de restituição previsto no artigo 433.º, n.º 1, do Código Civil.

Todavia, os direitos consignados nas alíneas b) e c), resultam na prática em restituições dos montantes prestados, em função do que foi cumprido pelo credor e do que ficou por cumprir, em correspondência, pelo devedor, consagrando-se deste modo a teoria da diferença^{13/14/15}.

Dever-se-á, assim, restringir o âmbito da norma à restituição em espécie¹⁶.

Por outro lado, o regime das alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 102.º do CIRE pressupõe o incumprimento parcial não correspectivos ou um incumprimento total de um contraente e parcial do outro (excluindo, por conseguinte, os casos

13. Sobre este ponto, vide LUÍS MENEZES LEITÃO, in obra citada (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*), a página 174.

14. Conforme refere Alexandre Soveral Martins in *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina 2015, a página 145: “Este regime (do n.º 3, alínea b) do artigo 102.º do CIRE) retira alguma utilidade à primeira regra quando a prestação efectuada pelo devedor for realizada em dinheiro. E, evidentemente, só se aplica quando o devedor insolvente tinha cumprido uma parte daquilo que estava obrigado”.

15. Decidindo que “*não ficando provada a existência de qualquer diferença entre o valor do imóvel objecto do contrato-promessa na data da recusa de cumprimento e o preço convencionado entre os contraentes, o crédito dos promitentes-compradores terá de se reconduzir ao montante do sinal prestado e seus reforços*” vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Abril de 2019 (relatora Graça Amaral), proferido no processo n.º 872/10TYVNG-8.P1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

16. Neste sentido, vide CATARINA SERRA, in *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina 2021, 2.ª edição, a página 221.

em que há incumprimento total bilateral ou incumprimento parcial e bilateral equivalente)¹⁷.

De notar que o que está na origem da extinção do direito ao cumprimento não será o acto de recusa em cumprir por parte do administrador da insolvência, mas a própria declaração de insolvência em si^{18/19}.

2.^a Consequência – Direitos da massa insolvente e da contraparte (não insolvente).

O que pode fazer a massa insolvente:

Exigir o que o devedor insolvente pagou, na exacta medida em que contraparte tenha realizado, nesse particular, a prestação correspondente.

O que pode fazer a parte não insolvente:

Reclamar o seu crédito sobre a insolvência que consiste na parte não cumprida pelo devedor insolvente, sendo abatido o valor da contraprestação ainda não realizada pelo reclamante.

Os prejuízos causados pelo incumprimento são limitados pelos valores decorrentes do pagamento realizado pelo devedor da insolvente, sem a realização da prestação correspondente; com abatimento do valor crédito sobre a insolvência que consiste na parte não cumprida pelo devedor insolvente, sendo abatido o valor da contraprestação ainda não realizada pelo reclamante.

Ou seja, muito dificilmente, com o estabelecimento destes apertados limites, haverá lugar, na prática, ao mencionado ressarcimento, sendo que tais créditos

17. Sobre este ponto, vide MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO in *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina 2020, 7.^a edição, a página 210.

18. Neste sentido, vide CATARINA SERRA, in *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina 2021, 2.^a edição, a páginas 218 a 219, onde a autora frisa que “a declaração de recusa do administrador não constitui uma condição de que dependa a constituição do direito mas sim um impedimento ao exercício do ónus de reclamação do direito”.

19. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2019 (relatora Maria Olinda Garcia), proferido no processo n.º 5685/15.0T8GMR-G.P1.S1, publicado in www.dgsi.pt, com declaração de voto discordante em relação à fundamentação de Catarina Serra, concluiu-se, a este propósito que: “O direito do credor a ser indemnizado pelo não cumprimento do contrato promessa (vigente antes da declaração de insolvência) tem uma formação complexa (ou bifásica), pois a sua génese radica na declaração de insolvência (o que permitirá considera-lo como dívida da insolvência), mas tal direito só se efectiva ou consolida na esfera jurídica desse sujeito quando se torna certo

que o contrato não será cumprido. Até esse momento existe a possibilidade (pelo menos teórica) de o contrato promessa ser cumprido”. Neste pressuposto considerou-se tempestiva a instauração de acção para a verificação ulterior de créditos, nos termos do artigo 146.º do CIRE, pelo facto de o prazo de três meses previsto na parte final da alínea b) do n.º 2 do artigo 146.º só se iniciar quando se torna certo que o administrador não cumprirá o contrato. Diferentemente, na declaração de voto entendeu-se que os direitos de crédito respeitantes às dívidas previstas no artigo 102.º, n.º 2, alíneas c) e d), do CIRE constituem-se no momento da declaração da insolvência e não no da recusa do administrador da insolvência. Observou-se, não obstante, que “só com a declaração (tácita) de recusa do cumprimento pelo administrador da insolvência ficou o credor em plenas condições de exigir o seu crédito e de exercer o ónus de reclamação”. Pelo que se no caso concreto, com a avocação da figura do justo impedimento, considerou-se tempestiva a instauração acção judicial em causa. Sobre o tema, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 2016 (relator Júlio Gomes), proferido no processo n.º 3415/14.3TCLRS-C.L1.S1, publicado in www.dgsi.pt, onde se concluiu: *O direito de retenção da coisa pelo promitente-comprador existe, para efeitos de ser tomado em linha de conta na graduação dos créditos, desde o momento em que o direito à indemnização se constituiu, ou seja, desde a data da declaração de insolvência, e não desde a data da declaração de recusa do cumprimento do contrato pelo administrador, que não tem natureza constitutiva.*

constituem, por determinação legal, créditos sobre a insolvência e não dívidas da massa insolvente.

Regime especial dos negócios em curso quando estamos perante um contrato promessa não cumprido por ambos os contraentes (artigo 106.º do CIRE).

A norma versa essencialmente sobre os casos em que o promitente vendedor é aquele que vem a ser declarado insolvente.

Quanto à estrutura de norma (artigo 106.º do CIRE) cumpre referir:

A opção de recusa pelo administrador da insolvência do cumprimento do contrato prometido só é excluída nos casos de contrato promessa com eficácia real e em que tenha ocorrido tradição da coisa prometido transmitir.

Em todos os outros casos o administrador da insolvência poderá, em princípio, optar pela não realização do contrato prometido.

O que suscita fortes dúvidas quanto à razoabilidade e acerto deste regime.

Com efeito, qual o sentido e fundamento da exigência da tradição da coisa para que o administrador da insolvência não possa recusar o cumprimento no caso de contrato promessa com eficácia real, devidamente registado²⁰?

Note-se que o contrato promessa com eficácia real prevalece sobre todos os direitos pessoais ou reais referentes à coisa, desde que não registados antes do registo do contrato promessa, não impedindo a alienação ou oneração do imóvel em causa a sua execução específica.

O que significa que, em termos práticos, a transmissão do bem prometido vender se encontra desde logo definitivamente assegurada, verificando-se a plena consolidação substantiva do direito de aquisição, com natureza real, na esfera jurídica do promitente comprador.

Em termos práticos e comuns é *“uma venda consumada”*.

Neste contexto já não se colocará a necessidade de ponderação de qualquer tipo de interesse legítimo de outros credores, ou a possibilidade de conflito com a massa insolvente que possa qualificar-se como real e aceitável (tal como sucede relativamente a outros bens transmitidos pelo devedor antes da sua insolvência)²¹, que importe verdadeiramente tutelar, independentemente da vantagem e conveniência práticas que esta solução legislativa, não equitativa, lhes poderá

20. Concordamos, portanto, com a posição a este propósito assumida por FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, in “Os efeitos da declaração da insolvência sobre os negócios em curso”, publicado in *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Setembro 2017, a página 58.

21. Sem prejuízo, e na defesa dos interesses dos credores da insolvência, da hipotética aplicação do instituto de resolução em benefício da massa insolvente previsto nos artigos 120.º a 127.º do CIRE.

(surpreendentemente) vir a trazer.

Assim sendo, qual a razão de ser para exigir a verificação da tradição da coisa como *conditio sine qua non* para a impossibilidade da opção pela recusa em cumprir²²?

Não se compreende de todo²³.

Não seria mais sensato alterar a lei^{24/25}?

Por outro lado, quanto aos contratos promessa com efeito obrigacional (com ou sem tradição da coisa), a opção de recusa em cumprir por parte do administrador da insolvência é, como se viu, legítima.

Também aqui se discute e questiona a bondade deste regime quando a celebração do contrato promessa deu azo à tradição do bem prometido comprar, que passa a ser quotidianamente habitado pelo promitente comprador na esperança vã da celebração do contrato prometido, que a insolvência da promitente vendedora (não esperada e absolutamente alheia à contraparte) inviabilizou na prática.

Note-se que podem estar em causa contratos promessa onde os promitentes compradores se assumiram, na prática, como verdadeiros possuidores em nome próprio, tendo passado a utilizar o imóvel quotidianamente, para sua habitação própria e do seu agregado familiar, pacificamente, durante largos anos, com integral pagamento do preço já realizado há muito, tudo à custa do investimento das poupanças de uma vida, sendo totalmente alheios aos problemas financeiros da

22. Conforme fazem notar ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, Setembro de 2013, a páginas 306 a 307, a restrição suplementar (da *traditio*) não faz sentido na medida em que “o direito real não sofre modificação em função dessa entrega”.

23. Sustentando o fundamento e acerto da solução legal que exige nestes casos a tradição da coisa para que o administrador não possa então recusar o cumprimento do contrato promessa, vide GISELA CÉSAR, in obra citada, a páginas 141 a 143.
Refere a autora: “(...) não sufragamos o entendimento doutrinário que qualifica o direito do promissário decorrente de um contrato promessa com eficácia real como um direito real de aquisição. O direito que assiste ao beneficiário de uma promessa dotada de eficácia real é apenas ou de exigir do promitente a celebração do contrato prometido, mesmo que esse direito seja realizado pela via coerciva. Ele não é titular de nenhum *ius in re*, mas somente de um direito perante o promitente. Uma vez declarada a insolvência deste, o promissário (que não pode exigir do promitente/insolvente o cumprimento da promessa) tem, tal como os demais credores, de conformar-se com a aplicação das regras insolvenciais, sendo o contrato promessa com eficácia

real e sem tradição sujeito ao disposto no artigo 106.º, e, consequentemente, ao juízo do administrador da insolvência sobre o cumprimento ou não do contrato”.

24. Defendendo que o contrato promessa com eficácia real (artigo 413.º do Código Civil) não pode ser afectado, em nenhuma circunstância, pela declaração de insolvência do promitente vendedor, independentemente de existir ou não tradição do bem, vide LUÍS MENEZES LEITÃO in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina 2021, 11.ª edição, a página 181 e in *Direito da Insolvência*, Almedina 2018, 8.ª edição, a página 195.

25. Entendendo que a norma em causa debilita desnecessariamente a posição do promitente comprador nos contratos promessa com eficácia real, vide LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS in “Direito de Retenção, Contrato Promessa e Insolvência”, publicado nos *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Janeiro/Março de 2011, página 11, nota 33.

promitente vendedora, que deles recebeu todo o valor em causa sem dar a sequência que se impunha no sentido da concretização formal do contrato prometido.

Não seria, nestas circunstâncias, de prever um regime que melhor tutelasse o promitente comprador, parte social e economicamente mais débil nesta relação e no conflito de interesses que lhe subjaz, designadamente em homenagem ao seu direito fundamental à habitação, conquistado no contexto de absoluta boa-fé e graças seu esforço económico irrepreensível e honrado²⁶?

Em matéria concreta do regime aplicável aos contratos promessa em curso aplica-se o artigo 104.º, n.º 5, do CIRE por remissão do artigo 106.º, n.º 2, do mesmo diploma legal.

Prevê a primeira destas disposições legais:

“Os efeitos da recusa de cumprimento pelo administrador, quando admissível, são os previstos no n.º 3 do artigo 102.º (referidos supra), entendendo-se que o direito consignado na respectiva alínea c) (a reclamação do seu crédito sobre a insolvência que consiste na parte não cumprida pelo devedor insolvente, sendo abatido o valor da contraprestação ainda não realizada pelo reclamante) tem por objecto o pagamento, como crédito sobre a insolvência, da diferença, se positiva, entre o montante das prestações, actualizadas para a data da declaração de insolvência por aplicação do estabelecido no n.º 2 do artigo 91.º, e o valor da coisa na data da recusa...” (se a outra parte for o vendedor).

3. Contrato promessa e direito de retenção

A tutela dos direitos do promitente comprador foi, em geral, prosseguida pelo artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Civil, na sequência das altera-

26. Explanando pormenorizadamente um quadro potenciador da devida tutela da posição do promitente adquirente de bens imóveis, especialmente com finalidades habitacionais, pugnando neste contexto pelo reforço da garantia real dos seus créditos, vide JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA in “Para a necessidade de melhor tutela do promitente adquirente de bens imóveis (máxime, com finalidades habitacionais”, publicado nos *Cadernos de Direito Privado*, n.º 22, Abril/Junho de 2008, páginas 14 a 26.

27. Afirmando que “o direito de retenção não impede a apreensão da coisa pelo administrador da insolvência nem confere ao beneficiário o direito de a reter ou deter, sendo que o beneficiário goza da garantia conferida pelo direito de retenção, mas os respetivos efeitos resumem-se à prioridade, nos termos da competente decisão de graduação dos créditos, na satisfação do seu crédito”, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 2019 (relator José Rainho), proferido no processo n.º 2164/11.9TBSTR. E1.S2, publicado in www.dgsi.pt.

ções introduzidas ao Código Civil pelos Decretos-leis n.ºs 236/80, de 18 de Julho, e 379/86, de 11 de Novembro.

Até há pouco tempo, existindo tradição da coisa o promitente comprador veria o seu crédito colocado em patamar cimeiro na graduação de créditos – em especial no processo de insolvência do promitente vendedor -, sobrepondo-se aos créditos hipotecários – designadamente aqueles de que eram titulares as entidades bancárias que financiaram a construção do imóvel em causa -, conservando em seu poder o imóvel objecto de traditio, enquanto não tivesse lugar o integral pagamento^{27/28}.

De notar, todavia que o CIRE não contém disposição legal alguma especialmente destinada a consagrar e disciplinar o direito de retenção em processo de insolvência, havendo, portanto, que procurar conjugar a regra geral do artigo 755.º, n.º 1, alínea f) com o estatuído nos artigos 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5 (devidamente adaptado) e 102.º, n.º 3, do CIRE.

Sendo certo ainda que se pode perfeitamente defender a ideia do não reconhecimento do direito de retenção no âmbito do processo de insolvência, que nenhuma norma legal destinou à regulação dessa matéria, tendo em atenção a (invocada) inaplicabilidade do regime consagrado nos artigos 755.º, n.º 1, alínea f) e 442.º, n.º 2, do Código Civil e, especialmente, face ao carácter absolutamente lícito do acto de recusa de cumprimento por parte do administrador da insolvência e, por contraponto, à inexistência de incumprimento ilícito e culposo do contrato promessa enquanto negócio em curso^{29/30/31}.

Note-se também que estabelece, a este respeito, o artigo 119.º, n.º 1, do CIRE: *“É nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas anteriores do presente capítulo”*, o que colocará em causa o efeito consignado no artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil (o dobro do sinal que corresponde, na sua metade – a outra significa simplesmente a restituição do valor entregue –, à san-

28. Sobre a natureza, âmbito e extensão do direito de retenção atribuído ao promitente comprador de fracção autónoma que obteve a tradição da coisa, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 2021 (relator Fernando Baptista), proferido no processo n.º 3283/17.3T8STR.B.E1.S1, publicado in www.dgsi.pt, onde se salienta que tal direito não é afectado pela aprovação do Plano de Insolvência.

29. Vide, a este propósito, o voto de vencido apostado pelo Conselheiro Sebastião Póvoas no AUJ 4/2014, de 20 de Março de 2014, igualmente referenciado no voto de vencido do Conselheiro Pinto de Almeida no AUJ n.º 3/2021, de 27 de Abril de 2021.

30. Vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 2011 (relator Fonseca Ramos), proferido no processo n.º 6132/08.0TBURG-J.G1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

31. Vide NUNO PINTO DE OLIVEIRA in “Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?”, publicado em *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina 2013, a página 211.

ção imposta à contraparte pelo incumprimento do contrato promessa)³².

Esta mesma temática – direito de retenção atribuído ao promitente comprador em caso de insolvência da promitente vendedora - veio a ser abordada, dissecada e altamente discutida pelo Supremo Tribunal de Justiça nos acórdãos uniformizadores que se produziram nesta matéria.

4. Análise do percurso uniformizador em matéria da tutela do promitente comprador

AUJ n.º 4/2014, de 20 de Março (relator Távora Victor) – Prevalência do direito de retenção dos promitentes compradores e consumidores sobre a hipoteca. A imputabilidade reflexa. Direito ao dobro do sinal prestado.

“No âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional, com traditio, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza de direito de retenção nos termos do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil”.

Neste AUJ estava em discussão a ordem de prevalência no concurso entre o credor promitente comprador de imóvel destinado à sua habitação, que obteve a *traditio* do bem, e o credor hipotecário.

Verificou-se oposição/conflito entre as razões e fundamentos que estiveram na base do novo regime introduzido pelos Decretos-leis n.ºs 236/80, de 18 de Julho, e 379/86, de 11 de Novembro, com especial ênfase para a protecção dos particulares no mercado de habitação, os quais investem no imóvel as suas poupanças e contraem dívidas que ficam a suportar ao longo de anos, sendo a parte mais débil, em confronto com os interesses das entidades bancárias financiadoras, titulares da hipoteca, que salientavam especialmente a publicidade da hipoteca em contraponto com o cariz oculto do direito de retenção (que poderia sempre propiciar, como muitas vezes acontece, situações de fraude, dificultando ou impedindo o credor hipotecário de ser pago, o qual não tem, como se compreende, a menor hipótese de se opor esse tipo de acordos destinados, muitas vezes, a lesá-los intencionalmente)³³.

As questões concretamente abordadas no AUJ n.º 4/2014, de 20 de Março (relator Távora Victor) foram:

1.º Sujeição do contrato promessa meramente obrigacional, com tradição da coisa e devidamente sinalizado, ao regime do artigo 106.º do CIRE.

32. Defendo a interpretação restritiva do artigo 106º, n.º 1, do CIRE, excluindo do seu âmbito o contrato promessa sinalizado em que se verifica a insolvência do promitente vendedor, vide LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, in obra citada, a páginas 13 a 16.

33. Afirmando a constitucionalidade da opção legislativa traduzida na prevalência deste direito de retenção sobre a hipoteca, vide os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 594/2003, de 3 de Dezembro de 2003 (relatora Maria Helena Brito) e n.º 356/2004, de 19 de Maio de 2004 (relatora Maria Fernanda Palma), ambos publicados in www.tribunalconstitucional.pt.

Por outro lado, o artigo 106.º não se aplicaria a contratos promessa sem tradição da coisa, na medida em que é a *traditio* que traduz a solidez do vínculo e a consistência do direito do promitente comprador.

2.º Regime do direito que assiste ao promitente comprador.

Reconhecimento da aplicação do regime do artigo 442.º, n.º 2 do Código Civil (direito ao recebimento do dobro do sinal prestado), assente na teoria da imputabilidade reflexa e presunção de culpa do n.º 1 do artigo 799.º do CC – dentro da lógica de que é o comportamento (relapso) do insolvente que dá causa ao processo de insolvência (uma vez que esta *não surge do nada*)^{34/35/36/37}.

3.º Direito de retenção e seu âmbito subjectivo.

Há direito de retenção em favor do promitente comprador que seja consumidor (sem definição dos exactos contornos desta figura) e que tenha obtido a tradição do bem prometido vender, sendo esse o fundamento material que explica as alterações introduzidas ao Código Civil pelos Decretos-leis n.ºs 236/80, de 18 de Julho, e 379/86, de 11 de Novembro³⁸.

Comentário:

A maior dúvida que se suscita – expressa nalguns dos votos de vencido apostos neste AUJ – reside em aceitar a tese da imputabilidade reflexa no incumprimento do contrato promessa face à opção concedida por lei ao administrador da insolvência, sendo esta plenamente aceite pelo próprio sistema enquanto exercício de um direito potestativo, o que lhe garantirá assim, e à partida, a sua absoluta licitude (tratando-se no fundo de uma reconfiguração da própria relação contratual)³⁹.

37. Sustentando a não aplicação directa ao caso do disposto no artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil, uma vez que a recusa do administrador da insolvência em cumprir a promessa é lícita, mas avocando-o por analogia, preenchendo-se assim lacuna, a seu ver, existente, vide Luís Pestana de Vasconcelos in obra citada, a páginas 18 a 20.

34. Criticando assertivamente a fundamentação deste Acórdão Uniformizador, vide CATARINA SERRA in “Outra vez a insolvência e o contrato promessa – a interpretação criadora do Acórdão de Uniformização de 22 de Maio de 2023 (e do Acórdão de Uniformização de 20 de Março de 2014”, publicado nos *Estudos em Comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra Editora, Novembro de 2014, a páginas 127 a 146.

35. Defendendo esta tese da imputabilidade reflexa, embora *cum granum salis* em matéria insolvencial, vide FERNANDO GRAVATO MORAIS, in obra citada, a páginas 10 a 12.

36. Concordando, no essencial, com as conclusões extraídas neste Acórdão de Uniformização vide FERNANDO GRAVATO MORAIS in “Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvente do promitente vendedor”, publicado nos *Cadernos de Direito Privado*, n.º 46 (Abril/Junho de 2014), a páginas 52 a 56.

38. Esta conclusão está em plena consonância com a posição manifestada por LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, in “Direito de retenção, contrato promessa e insolvência”, nos *Cadernos de Direito Privado* n.º 33, Janeiro/Março de 2011, a página 8, onde o autor afirma que o direito de retenção conferido pelos Decretos-lei n.º 236/80, de 18 de Julho, e 379/86, de 11 de Novembro, ao promitente adquirente resultou materialmente de uma norma especial de tutela do consumidor.

39. Maria do Rosário Epifânio e José Manuel Branco observam in “Revista de Direito da Insolvência”, n.º 6, 2022, Almedina, Junho de 2022, a páginas 200 e 201, que a tese da imputabilidade reflexa poderia ter acolhimento perante insolvências dolosas, em que o devedor/insolvente agiu com o premeditado propósito de prejudicar os seus credores, soçobrando todavia nos casos – maioritários – de insolvência fortuita, em que não é possível avocar a presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º do Código Civil.

Por outro lado, nem o regime decorrente dos Decretos-leis n.º 236/80, de 18 de Julho, e 379/86, de 11 de Novembro, nem o próprio regime de insolvência diferenciam, em parte alguma, o beneficiário da promessa que seja consumidor daquele que não tenha essa mesma qualidade (independentemente do que consta dos respectivos preâmbulos⁴⁰).

Cumprе notar igualmente que no processo de que resultou a revista ampliada (em rigor, a revista com intervenção do Pleno das Secções Cíveis nos termos do artigo 732.º-A do Código de Processo Civil, então vigente) não foi sequer, em concreto, abordada e verdadeiramente discutida a questão da qualidade de consumidor (ou não) do promitente vendedor.

Era matéria que não integraria, por isso mesmo, o objecto da uniformização.

Acresce ainda a circunstância de se estabelecer agora uma diferenciação de regimes entre os beneficiários da promessa titulares de direito de retenção nos termos do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil, no âmbito do processo insolvencial e fora dele, ou seja, na execução singular.

Finalmente, cumpre ressaltar a interessante possibilidade de ponderação da noção de consumidor, relevante nesta óptica para a titularidade de direito de retenção, com ligação e referência ao próprio conceito de traditio, conforme se propõe no voto de vencido do Conselheiro Lopes do Rego, onde se defende que *“se exclua a existência de tradição do imóvel em todos os casos em que não se verifique que, afinal, o promitente comprador lhe não deu uso real, permanente e efectivo, afectando-o a uma satisfação dos seus interesses e necessidades cuja intensidade (não) justifique a tutela reforçada da confiança na estabilidade da sua posição jurídica que resulta da atribuição da garantia real em questão”*⁴¹.

AUJ n.º 4/2019, de 12 de Fevereiro (relatora Maria Olinda Garcia) – o privilégio de ser-se consumidor.

“Na graduação de créditos em insolvência, apenas tem a qualidade de consumidor, para os efeitos do disposto no Acórdão n.º 4 de 2014 do Supremo Tribunal de Justiça, o promitente comprador que destina o imóvel, objecto de traditio, a uso

41. Sobre o fundamento da atribuição do direito de retenção ao promitente adquirente de bem imóvel que deva ser considerado consumidor e sua perfeita conjugação com o princípio *par conditio creditorum*, vide LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS in “Direito de Retenção, Contrato Promessa e Insolvência”, publicado nos *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Janeiro/Março de 2011, páginas 21 a 24, onde o autor faz notar que a igualdade dos credores em processo de insolvência apenas funciona (desigualmente) por classes ou categorias de credores, sendo vários os casos de atribuição de posição privilegiada a alguns deles em detrimento dos outros.

40. Portadores, como se compreende, de importância e relevo meramente preambulares.

particular, ou seja, não o compra para revenda nem o afecta a uma actividade profissional ou lucrativa”.

Discutiu-se neste AUJ a opção entre uma concepção ampla ou restrita do conceito de consumidor, face à completa omissão do tema (recorte da figura do consumidor) no AUJ 4/2014.

A primeira só exclui o propósito de aquisição para revenda; a segunda confina-o ao adquirente para uso particular (excluindo a revenda e ou exercício de actividade profissional ou lucrativa).

Tal AUJ esclareceu e delimitou o próprio conceito de consumidor, acolhendo o conceito restrito e funcional de consumidor.

Comentários:

Ficou claro neste AUJ que a opção era a de não recolocar em cima da mesa a anterior discussão travada no AUJ 4/2014 quando à restrição do direito de retenção aos beneficiários da promessa que fossem consumidores. Entendeu-se que tal não fazia, pura e simplesmente, parte do objecto deste AUJ.

Foi suscitada no voto de vencido do Conselheiro Tomé Gomes, uma questão interessante: a de saber se a uniformização de jurisprudência resultante do AUJ 4/2014 não conduzirá a alargar o seu regime a todos as execuções singulares – não restringindo o seu âmbito ao processo de insolvência -, na medida em que a sua fundamentação nessa parte não assenta na interpretação de qualquer norma pertinente ao CIRE. Daí a sua especial crítica à posição que obteve vencimento (a interpretação restrita do conceito de consumidor).

AUJ nº 3/2021, de 27 de Abril de 2021 (relator Jorge Dias) – direitos do promitente comprado: não receberá o dobro do sinal prestado.

“Em relação aos negócios em curso é lícita a recusa pelo AI do cumprimento dos contratos-promessa (ainda em curso), não tendo o promitente comprador direito a ser ressarcido nos termos do artigo 442.º/2 do C. Civil (pelo dobro do sinal), mas apenas “pelo valor correspondente à prestação efectuada” (singelo).

A discussão centrou-se aqui em torno de saber se o promitente comprador com o crédito titulado por direito de retenção teria direito à entrega do valor correspondente ao dobro do sinal (por aplicação do artigo 442.º, n.º 2, do CC) ou o seu crédito obedeceria apenas ao regime do artigo 106.º, n.º 2, 104.º, n.º 5, e 102.º, n.º 3, do CIRE (recebendo unicamente o valor correspondente à prestação efectuada).

Comentários:

Nos diversos votos de vencidos apresentados neste AUJ são suscitadas diver-

sas questões relevantes que esta temática suscita, a saber:

- A interpretação restritiva do artigo 106.º, n.º 2, do CIRE, apenas aplicável às promessas meramente obrigacionais, sem tradição da coisa. Ou seja, foi defendido que havendo tradição da coisa não haveria lugar a recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência, o que se explicava pela circunstância de se entender que “*o contrato promessa obrigacional com tradição da coisa constitui um caso omissivo não regulado no CIRE, ao qual deve aplicar-se analogicamente o regime previsto no artigo 106.º, n.º 1, do CIRE, e não o princípio geral consagrado no artigo 102.º, n.º 1*”⁴².
- O choque frontal e inconciliável entre o AUJ 3/2021 e o AUJ 4/2014⁴³.
- A inexistência de norma própria no CIRE que preveja e regule a matéria do direito de retenção, sendo certo que o artigo 755.º, n.º 1, alínea f), do Código Civil, remete directamente para o disposto no artigo 442.º do Código Civil sem que o AUJ 3/2021 tenha sufragado o direito do credor promitente comprador ao dobro do sinal⁴⁴.
- A sujeição e limitação dos poderes do administrador de insolvência ao princípio da boa-fé, com impossibilidade de recusar a celebração do negócio em curso quando o promitente vendedor, antes da declaração de insolvência, foi notificado para celebrar a escritura e não compareceu (sem se verificar o incumprimento definitivo do contrato promessa)⁴⁵.

Do percurso seguido neste AUJ.

Afigura-se-que o percurso seguido por estes três AUJ, tirados no horizonte de uma década, merece a nossa respeitosa reflexão.

No AUJ 4/2014 consagrou-se a teoria da imputabilidade reflexa (a actuação do administrador da insolvência não pode ser desligada do incumprimento contratual da devedora insolvente) e admitiu-se que o crédito do promitente comprador correspondia ao dobro do sinal prestado, por aplicação dos artigos 442.º, n.º 2, e 799.º do CC⁴⁶.

42. *Vide* voto de vencida da Conselheira Clara Sottomayor.

43. *Vide* voto de vencida da Conselheira Ana Paula Boularot e voto de vencido do Conselheiro Pinto de Almeida.

44. *Vide* voto de vencida da Conselheira Ana Paula Boularot.

45. *Vide* voto de vencida da Conselheira Clara Sottomayor.

46. Sustentando que o artigo 106.º, n.º 2, do CIRE só se aplica aos contratos promessas em que não tenha sido fixado sinal, *vide* FERNANDO GRAVATO MORAIS in obra citada, a página 5.

Simultaneamente, sem que tal questão tivesse sido, em concreto, objecto de discussão nas instâncias, limitou-se e circunscreveu-se o direito de retenção ao promitente comprador que assumisse a qualidade de consumidor (fosse qual fosse o conceito de consumidor em que se estaria verdadeiramente a pensar).

Fica, pois, uma estranha cisão de regimes entre o direito de retenção no processo insolvencial e na execução singular (onde não é feita qualquer restrição em função da qualidade de consumidor do credor).

O que gerou, na harmonia do ordenamento jurídico e em termos sistemáticos, uma questionável diferenciação entre o concurso de credores no processo de insolvência e na execução singular. Na primeira, a qualidade de consumidor é o critério decisivo para o reconhecimento do direito de retenção; para a segunda é pura e simplesmente irrelevante.

No AUJ 4/2019 – cinco anos após – entendeu-se não ser possível entrar minimamente em conflito com a doutrina do AUJ anterior e tomou-se partido pela concepção mais restrita de consumidor, deixando de fora do alcance do direito de retenção as aquisições do bem para o desenvolvimento nele de actividades profissionais (lucrativas ou não) que poderão constituir afinal o único sustento do promitente comprador, que não deixa por isso de ter querido adquirir o imóvel para o utilizar para fins essencialmente pessoais, enquanto seu exclusivo modo de sobrevivência⁴⁷.

Simultaneamente e por essa via, alarga-se e aprofunda-se o âmbito da diferenciação/discriminação de regimes entre o direito de retenção no processo de insolvência e na execução singular.

Finalmente no AUJ 3/2021, entrando agora, sem problema ou reboço algum, em clara oposição com os fundamentos explanados no AUJ 4/2014, afasta-se a tese da imputabilidade reflexa, afirma-se a licitude da opção concedida ao administrador da insolvência de recusar cumprir o contrato promessa e fixa-se o crédito do promitente comprador por referência apenas ao montante por si entregue (sem correspondência da contraparte), não sendo assim aplicável o disposto no artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil (tendo em consideração a imperatividade afirmada no artigo 119.º do CIRE)^{48/49/50}.

47. Negando a qualidade de consumidora às sociedades comerciais, incluindo a situação em que o imóvel objecto do contrato promessa e de traditio, se destinou a servir de residência habitual da respectiva sócia gerente, *vide* o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 2019 (relator José Rainho), proferido no processo n.º 1012/15.5T8VRL-BD.G1.S2, publicado in www.dgsi.pt.

48. Estabelecendo-se aqui uma clara diferenciação relativamente ao regime que resultava do artigo 164.ºA, n.º 1, do CEPREF, onde se previa a aplicação da solução geral consignada no artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil.

49. *Vide* NUNO PINTO DE OLIVEIRA in “Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso: em busca dos princípios perdidos?”, publicado em *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina 2013, a página 211.

50. Neste sentido *vide* igualmente ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES in obra citada, a página 312.

A dificuldade desta construção residirá porventura na circunstância de não contendo o CIRE qualquer norma reguladora do direito de retenção em processo de insolvência, esta mesma garantia real radicar directa e objectivamente no artigo 755.º, n.º 1, alínea *f*), do CC, onde se faz remissão para o artigo 442.º, n.º 2, do mesmo diploma *lega*⁵¹.

De qualquer forma, aceitando-se que no processo de insolvência deverá haver lugar ao reconhecimento da garantia real em que consiste o direito de retenção, haveria então que encontrar um valor para o crédito assim garantido, o qual decorrerá afinal das regras especiais do CIRE em matéria de negócios em curso⁵².

E sempre seria de avocar para estes efeitos, se necessário fosse, o instituto do enriquecimento sem causa⁵³, evitando-se que o promitente comprador a quem não é imputável o incumprimento do contrato promessa não viesse a perder, não o podendo reclamar – e sem que se alcance a mínima justificação substantiva para isso – o montante entregue a título de sinal⁵⁴.

E sobre este ponto há que reconhecer que o artigo 119.º do CIRE, enquanto norma de natureza imperativa, como resulta da sua própria epígrafe, constitui de facto um entrave legal ao reconhecimento do direito ao dobro do sinal nos termos do artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil.

Figura da *traditio*. Contornos essenciais

A tradição da coisa constitui, como se viu, pedra angular na definição do regime aplicável ao destino do negócio em curso que constitui um contrato promessa, quanto à possibilidade de recusa por parte do administrador e ao âmbito de reconhecimento ao promitente comprador do seu direito de retenção.

A propósito do cumprimento (ou não) da exigência da tradição da coisa em favor do promitente comprador vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2014 (relator Azevedo Ramos), proferido no processo n.º 1729/12.TBCTB-R.C1.S1, publicado in www.dgsi.pt, onde se enfatizou que:

51. Aludindo a que historicamente o direito de retenção surge, criado pela alteração introduzida pelo Decreto-lei n.º 236/80 ao Código Civil, de 18 de Julho, em benefício do comprador de edifícios ou fracções autónomas deste, perante incumprimento do contrato promessa por parte promitente vendedor, sem se encontrar o respectivo crédito vinculado ao regime do sinal previsto no artigo 442.º, n.º 2, do Código Civil ou do valor da coisa, pressupondo todavia a tradição da coisa, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2022 (relator José Rainho) proferido no processo n.º 995/12.4TBEPS-G.G2.S1, publicado in www.dgsi.pt.

52. Sustentando a extensão do regime do artigo 755.º, n.º 1, alínea *f*), do Código Civil a situações que, à partida e em compaginação com o regime especial insolvencial, não se poderiam integrar naquele regime (que pressupõe a ocorrência de uma situação de incumprimento definitivo do contrato promessa), sufragada pelo AUJ n.º 4/2014, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Novembro de 2021 (relatora Graça Amaral), proferido no processo n.º 84/09.6TYVNG-F.P1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

53. Nos termos gerais do artigo 473.º do Código Civil.

54. Vide neste sentido a declaração de voto aposta pelo Conselheiro Nuno Pinto de Oliveira no AUJ n.º 3/2021, de 27 de Abril de 2021.

“são três os pressupostos que marcam o direito de retenção:

- a existência de um crédito emergente de promessa de transmissão ou constituição de um direito real, que pode não coincidir com o direito de propriedade;*
- a entrega ou tradição da coisa abrangida ou objecto da promessa;*
- o incumprimento definitivo da promessa imputável ao promitente, como fonte do crédito do retentor.*

Assim, é possível concluir que, radicando o direito de retenção num contrato-promessa, não é necessário que o beneficiário da promessa tenha a posse da coisa objecto do contrato prometido.

É suficiente que a detenha, por simples tradição.

A tradição de que fala a alínea f), do n.º 1, do artigo 755 do CC não se confunde com a posse e pode existir sem esta.

Saliente-se igualmente o que é referido no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2023 (relatora Ana Resende), proferido no processo n.º 4183/16.0T8VNG-E.P1.S1, publicado in www.dgsi.pt.

Neste aresto foi salientado que *“a traditio surge como um poder de facto sobre a coisa que o promitente vendedor confere ao promitente comprador, traduzindo-se num conjunto de actos materiais e simbólicos demonstrativos do controlo da coisa”*.

Mais se salientou que *“(…) no caso da entrega das chaves do imóvel, enquanto tradição simbólica, não deve entender-se que por si só se consubstancia em tal tradição da coisa, importando sim atender ao respectivo contexto, não só circunstancial, mas sobretudo o que resulta os termos negociados entre as partes”*.

(No caso concreto, foi negada a existência de *traditio* na medida em que se provou que as chaves foram *“facultadas”* para os compradores iniciarem obras no interior, tendo em conta certamente o facto apurado de o imóvel se encontrar em bruto, com divisórias e revestimento em tijolo e cimento, com janelas e divisórias no interior, sem portas, sem armários e exterior por acabar, sem água e sem luz.

A que acresce a circunstância de nada ter sido convencionado no contrato promessa quanto à entrega das chaves, bem como do imóvel, mesmo após o adiamento efectuado).

Sobre esta temática, vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Fevereiro de 2016 (relatora Clara Sottomayor), proferido no processo n.º 135/12.7TBMSF.G1.S1, publicado in www.dgsi.pt, onde se salientou que:

“O direito de retenção tem sido concedido aos promitentes-compradores, en-

tendendo-se que a constituição de sinal e a tradição da coisa têm subjacente uma forte confiança na firmeza e concretização do negócio, impondo-se, em consequência, com particular acuidade, defender o mais possível o exato cumprimento do contrato e que a execução específica não resulte inoperante mercê da alienação da coisa a terceiro, quando a promessa se encontre destituída de eficácia real. Nesta sequência, tem-se admitido que existe transmissão da posse do promitente-vendedor para o promitente-comprador, não por via do contrato-promessa mas por força do acordo negocial da traditio e da efetiva entrega da coisa.

Neste caso o promitente-comprador, que recebe a coisa e a usa como se fosse sua, praticando sobre ela os atos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade, é um verdadeiro possuidor em nome próprio”.

Vide igualmente o o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2019 (relator Tomé Gomes), proferido no processo n.º 3595/16.3T8GMR.G1.S1, publicado in www.dgsi.pt, onde pode ler-se:

“Tal tradição consiste na cedência da coisa prometida alienar de modo a proporcionar ao beneficiário da promessa o uso e/ou a fruição da mesma, com a amplitude que seja concretamente acordada, podendo reconduzir-se a uma mera detenção por parte daquele beneficiário, configurável, em princípio, com um atípico direito pessoal de gozo ou até mesmo, em casos mais raros, a uma cedência de posse em nome próprio, operando-se uma entrega antecipada da coisa em relação ao contrato prometido.

Na linha do explanado no acórdão recorrido, a tradição ou entrega da coisa prometida alienar, quando, como no presente caso, se trate de prédio urbano, pode manifestar-se através de diversificados modos de comportamento que revelem, à luz da sua significação social, segundo as regras da experiência, uma situação resultante de um elemento negativo traduzido no abandono da coisa pelo seu anterior detentor em correspondência com um elemento positivo consistente na apprehensio da mesma pelo novo detentor.

Nesse tipo de casos, tem sido considerada como tradição simbólica da coisa, por exemplo, a entrega das chaves de um prédio urbano, o que não significa, no entanto, que deva ainda assim ser entendido todo e qualquer ato de entrega de chaves, importando atentar no respetivo contexto, nomeadamente negocial”.

No fundo e em suma, a tradição da coisa prometida vender deve acontecer consensualmente, na sequência da conclusão de um acordo autónomo celebrado entre as partes, o qual que se concretiza no plano factual em estreita conformidade com

essa mesma vontade comum dos celebrantes (mormente da promitente vendedora que desse modo *abriu voluntariamente a porta* ao pleno exercício dos mais amplos poderes de facto quanto à utilização da coisa à contraparte no negócio).

Sobre esta mesma temática vide ainda o acórdão do STJ de 29 de Maio de 2024 (relator Luís Correia de Mendonça), publicado in www.dgsi.pt.

5. Referência à recente alteração ao regime do artigo 759º do Código Civil, por força da entrada em vigor do Decreto-lei nº 48/2024, de 25 de Julho, passando a estabelecer-se, apenas para futuro (direitos de retenção que se constituam a partir de 25 de Agosto de 2024), que:

“Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de, nos casos em que o crédito assegura o reembolso das despesas para a conservar ou aumentar o seu valor, ser pago com preferência aos demais credores do devedor” (n.º 1).

“Nos casos previstos na parte final do número anterior, o direito de retenção prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente” (n.º 2).

A alteração ao artigo 759.º do Código Civil tem por desiderato reforçar, na sua singular perspectiva, a equidade entre credores e a segurança jurídica no mercado de crédito.

São objectivos desta alteração, tal como consta do preâmbulo do diploma:

- Satisfazer as obrigações do Plano de Recuperação e Resiliência (o famoso PRR) que se destina a revitalizar o crescimento económico pós-pandemia.
- Reforçar a hipoteca (registada anteriormente) e limitar a prevalência do direito de retenção.
- Evitar o locupletamento do credor hipotecário à custa do titular do direito de retenção, assegurando a prevalência do reembolso de despesas feitas com o imóvel e aquelas que visaram a sua manutenção ou serviram para lhe aumentar o valor.
- Reforçar a segurança jurídica no mercado de crédito.
- Promove a celeridade nos processos de insolvência.

Um apontamento: sendo agora o principal objectivo da lei “*evitar o locupletamento do credor hipotecário à custa do titular do direito de retenção*” quando as despesas feitas com o imóvel visaram a sua manutenção ou serviram para lhe

aumentar o valor⁵⁵, e a aceitar-se o reconhecimento do direito de retenção em favor do promitente comprador que obteve a *traditio* da coisa, fará neste momento sentido distinguir entre consumidores e não consumidores sendo que ambos, preenchendo a previsão legal, irão empobrecer injustificadamente da mesma forma, beneficiando, em qualquer dos casos, o credor hipotecário, merecendo igualmente, por isso, encontrar na norma agora renovada esse específico amparo?”

Quanto ao mais, trata-se no fundo do “*virar o jogo*” neste conflito entre o direito de retenção atribuído ao promitente comprador que obteve a *traditio* do bem para nele fixar a sua habitação e o direito do credor hipotecário, revertendo a prevalência que até agora se afirmara sem relevante contestação no plano jurisprudencial, alterando-se, por conseguinte, uma regra que, em termos gerais, vigorava desde 1 de Junho de 1967, com a entrada em vigor do actual Código Civil (de 1966) e, em especial, no domínio da protecção do promitente adquirente de fracção habitacional, desde os anos oitenta.

Ou seja, é o recolocar de uma prevalência do crédito hipotecário, que antes fora negada em homenagem aos sensíveis interesses sociais que envolvem a aquisição de imóveis por particulares, mormente com vista a fixar nele a sua habitação, com recurso ao crédito bancário, realizadas num contexto de inteira confiança e intocada boa-fé.

Mudou-se tudo.

E tudo muito rápido.

Bruscamente no Verão passado.

Será mesmo o fim da história? •



55. O que poderá, porventura, levar legitimamente a questionar se o objecto do direito de retenção em geral – independentemente do conflito com uma hipoteca anteriormente registada – terá, ou não, sofrido uma compressão no seu âmbito, confinando-se agora às despesas feitas com a manutenção do imóvel e/ou o aumento do seu valor (afigurando-se-nos, contudo, que se deverá fazer uma leitura restritiva do preceito em análise).

QUINTO DEBATE

Clique para assistir.





ACÇÃO POPULAR/TUTELA COLECTIVA



Maria dos Prazeres Beleza

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Clique para assistir.





ACÇÃO POPULAR/TUTELA COLECTIVA



Clique para assistir.



Paula Costa e Silva

Professora Catedrática, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



SEXTO DEBATE

Clique para assistir.





DISCURSO DE ENCERRAMENTO

VICE-PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juíza Conselheira

Graça Amaral

Clique para assistir.



Neste momento em que chegamos ao final dos trabalhos deste colóquio cabe-me, em representação de todos os que estiveram envolvidos e contribuíram para a sua realização, deixar algumas breves palavras, que são, necessariamente, de satisfação e agradecimento.

Uma vez mais, é com especial agrado que constatamos a importância destes eventos proporcionando momentos de reflexão e debate, interligando a Doutrina e a Jurisprudência, caminho fundamental para ambicionar o alcance das mais adequadas respostas, que melhor sirvam aqueles para quem trabalhamos: os cidadãos. É isso que a Constituição, a nós, juízes, exige.

Este ano optou-se por um programa mais abrangente, visando tocar matérias prementes e de particular relevância sócio-económica, que o Supremo Tribunal de Justiça é chamado a resolver, onde não poderiam deixar de estar incluídas as de comércio e insolvência, o que requereu uma maior exigência em disponibilidade de tempo.

As intervenções deste colóquio vão estar à disposição de todos no Site deste Tribunal. A sua divulgação pública propicia um revisitar mais profundo de cada um dos temas que estiveram em debate e faz jus à qualidade e interesse das exposições.

Assim, o nosso agradecimento aos excelentes palestrantes que aqui trouxeram a sua experiência e conhecimento enriquecedores, ajudando a refletir e a abrir caminhos.

Um agradecimento aos moderadores, que muito concorreram para o sucesso do funcionamento dos vários painéis.

Agradecimento a todos vós, participantes (quer presenciais, quer à distância), cujo interesse e intervenções foram essenciais para o sucesso deste evento. A vossa presença e participação conferem sentido e gratificação ao empenho que temos em corresponder às vossas expectativas.

Por fim, permitam-me enaltecer o papel crucial de todos os que, nos bastidores, estiveram envolvidos na prossecução deste Colóquio, a sua entrega e sacrifício pessoal foram determinantes para garantir que tudo pudesse correr da melhor maneira.

Estamos certos de que esta Casa continuará a ser espaço de encontro de vários saberes, contribuindo para um melhor compreender e um melhor servir.

Bem hajam e muitas felicidades para todos. •



