

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

1º SEMESTRE – 3º ANO

2018-2019

DIREITO DOS CONTRATOS

**PROFESSOR DOUTOR JOSÉ JOÃO ABRANTES E
PROFESSORA DOUTORA RITA CANAS DA SILVA**



ANTÓNIO PAULO LOPES GARCIA

INÊS FELDMANN MOTA PIMENTEL CARREIRO

DIREITO DOS CONTRATOS

Inês Feldmann Mota Pimentel Carreiro e António Paulo Lopes Garcia

1º semestre 3º ano – 2018/2019

Professor Rita Canas da Silva e José João Abrantes

Noções gerais

→ Avaliação

- Exame + avaliação contínua

→ Bibliografia

- Contratos I, II e III

Matéria

CONTRATO

O **contrato** é o instrumento jurídico fundamental que corresponde à ideia de **liberdade e autonomia privada**. É um **negócio jurídico bilateral** que carece de um **acordo de vontades** entre duas ou mais partes. Por outras palavras, é um encontro de duas ou mais **declarações de vontade**.

Como já tínhamos visto em TGDP, é essencial para este processo que estas vontades sejam expressas de forma livre, sendo necessário o seu esclarecimento e ainda a coincidência entre a vontade real de quem a expressa e a vontade declarada, isto nos termos do **artigo 236º**. No contrato temos um encontro de vontades tendo em vista uma regulamentação que vai estar na base daquilo que tem de ser cumprido por ter sido estabelecido pela liberdade contratual, ideia base do princípio *pacta sunt servanda*.

Os contratos são instrumentos da nossa vida e podemos mesmo dizer que todos os dias celebramos vários contratos sem sequer darmos por isso. Quando o direito contratual começou a ser estudado e regularizado (pandectista alemã), os principais instrumentos jurídicos eram o direito de propriedade e o próprio contrato, tendo apenas em vista a transmissão do direito de propriedade.

Aqui vamos abordar o contrato civil, os contratos de direito privado bilaterais ou plurilaterais, mas não públicos. Um exemplo de negócio jurídico unilateral pode ser o testamento, em que estamos perante a declaração de uma vontade que produz os seus efeitos meramente unilaterais, esgotando-os. Já a doação, por sua vez, é um exemplo de contrato bilateral, por exigir o consentimento de quem a recebe.

O contrato deve ser distinguido de outros acordos não contratuais. Podemos celebrar os mais diversos acordos sem valor jurídico, isto é, sem vinculação jurídica das partes. Aquilo que distingue esses acordos dos contratos é precisamente a **relevância e a eficácia jurídica**. Assim sendo, podemos dizer que um contrato é um **encontro de declarações de vontade contrapostas tendentes a uma regulamentação juridicamente vinculante**. As partes comprometem-se a cumprir aquilo que autorregularam entre si.

O valor fundamental do nosso ordenamento jurídico neste tema é o da **autonomia da vontade**, sendo que esta é a base de todo o negócio jurídico. O mais importante destes negócios jurídicos é o contrato, que inclui pelo menos duas vontades que se encontram com eficácia jurídica. Se falarmos em autonomia da vontade, falamos em **autonomia contratual ou liberdade contratual**.

No liberalismo, nomeadamente nos primeiros códigos civis (código de Seabra em Portugal e o *Code Civile* em França), é dado destaque à autonomia da vontade praticamente sem limites. Aquilo que caracteriza a ordem jurídica liberal é a **quase ausência de normas imperativas que limitem a autonomia das partes**. Estamos a falar sobretudo do direito de propriedade enquanto direito absoluto e as próprias liberdade contratual e liberdade negocial enquanto valores absolutos.

O grande princípio desta ordem jurídica é *“qui dit contractuel, dit juste”* (o que é contratual é justo), a ideia de **contrato enquanto sinónimo de justiça**. Parte-se do pressuposto que aquilo que as partes fazem resultar da sua autorregulamentação de interesses é justo, e assim o é por ser livre.

Hoje, considera-se que **já não é apenas a vontade das partes que as pode vincular, mas que há outros valores que se podem impor**, como o princípio da dignidade humana. Daí que hoje o direito privado tenha diversas normas imperativas que são normas públicas para garantir diversos valores ainda que contra a vontade das partes. Como é o caso do direito do arrendamento ou do trabalho.

Assistiu-se, deste modo, a uma evolução de uma total liberdade e autonomia contratual para a situação em que há **normas imperativas que limitam a autonomia das partes obedecendo a valores de ordem pública**. É de notar que estes valores já estavam presentes, mas não como valores autónomos, eram antes elementos da garantia da coincidência entre a vontade real e a vontade declarada.

Sempre nos códigos civis apareceram normas sobre os vícios na formação da vontade e sobre as divergências entre a vontade declarada e a vontade real. O que se visava não era por em causa o grande princípio que reconhece a igualdade entre as partes, mas os vícios na formação da vontade como a coação, por exemplo. Passou-se então para uma segunda fase, sendo que aqui o princípio da liberdade e igualdade das partes já era posto em causa por um Estado mais interventivo e regulador. Passamos de um Estado neutro, liberal, para um Estado que intervêm para assegurar a justiça contratual, em conjunto com a vontade das partes.

O Estado começou a intervir para assegurar a justiça contratual aquando do surgimento da ideia de **contraente débil** que passa a ser protegido por certas normas. Contraentes débeis são, por exemplo, os aderentes que são contraentes que manifestam a sua vontade limitando-se a aderir a cláusulas contratuais gerais. Estes fatores levaram mais tarde à garantia constitucional da autonomia privada.

Assim sendo, o contrato de hoje já não é o contrato do liberalismo, **existindo normas que limitam a autonomia e a liberdade contratual**, outrora praticamente absoluta. De qualquer forma, o grande princípio do direito privado continua sempre a ser a ideia de liberdade e autonomia, ao contrário do direito público, onde vigora o princípio da competência, só sendo possível aquilo que for expressamente permitido.

No domínio privado, tudo o que não for proibido é permitido. O princípio básico da liberdade contratual vem expresso no **artigo 405º**, onde se lê que, dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver.

A disposição seguinte, o **artigo 406º**, sobre a eficácia dos contratos consagra o **princípio *pacta sunt servanda***, segundo o qual o contrato deve ser pontualmente cumprido, isto é, ponto por ponto, não só na sua letra, mas também na sua razão de ser de acordo com o princípio da boa fé. Assim concluímos que este princípio tem de ser entendido também em termos materiais, não só literalmente. Este artigo estipula ainda o **princípio da eficácia inter partes**, sendo que, à partida, o contrato apenas vincula as partes que o celebraram.

O contrato enquanto fonte de direito

O que vamos estudar aqui encontra-se na secção I do capítulo II do livro do direito das obrigações. Falamos em contratos como **fontes de obrigações** porque as partes acordam entre si interesses vinculando-se a vontades com vista ao cumprimento de determinadas obrigações. Além dos contratos, encontramos aqui os negócios unilaterais, o enriquecimento sem causa, a gestão de negócios e a responsabilidade civil. No entanto, o objeto fundamental em estudo nesta cadeira é o contrato.

Sendo o contrato um negócio jurídico, temos de recorrer à teoria geral do negócio jurídico presente na parte geral entre os **artigos 217º e 294º**. O **artigo 294º** apresenta a nulidade como a principal solução jurídica para os contratos celebrados em contravenção de normas jurídicas imperativas, a não ser que a lei comine outra sanção.

O foco do nosso estudo é a formação do acordo, centrado nos **artigos 405º a 456º**.

CONTRATOS DURADOUROS E CONTRATOS INSTANTÂNEOS

Os **contratos duradouros** correspondem a um número muitíssimo significativo daqueles que são celebrados no quotidiano, já que a maioria dos contratos são vocacionados para durar, isto é, são celebrados numa perspetiva de futuro, com **ideia de se prolongar por um determinado período de tempo ou mesmo sem prazo**, e nesse caso serão contratos por tempo indefinido.

Já no **contrato instantâneo**, **tudo acontece num dado instante e o contrato fica perfeito nesse mesmo instante**. O contrato de execução instantânea paradigmático é a compra e venda, que fica pronto no momento em que o celebramos, nomeadamente o pagamento do preço e a transmissão da coisa. Por outro lado, contratos como o de trabalho ou o de fornecimento de água e luz, que têm vocação para perdurar, são exemplos de contratos duradouros.

Qual é a principal dificuldade dos contratos com vocação para perdurar? Os contratos duradouros estão, por natureza, **sujeitos aos efeitos do tempo**. O que se faz é um **esforço de antecipação**, uma vez que as partes não sabem o que vai acontecer. Foi por essa razão que surgiram construções teóricas sobre a definição desses contratos.

Importa neste contexto referir a **construção anglo-saxónica**, de **Ian MacMillan**, que veio dizer que os contratos de execução duradoura ou *relational contracts* têm uma natureza própria e estão em constante evolução, tendo traços muito diferentes dos de execução instantânea.

Os **contratos relacionais** impõem um **vínculo muito maior de cooperação entre as partes** e uma **importância muito mais forte dos deveres acessórios de conduta**. Estes traços prevalecem, em muitos casos, sobre aquilo a que a teoria dos contratos clássica entendia como sendo os elementos essenciais constitutivos dos contratos, como o princípio *pacta sunt servanda*, cumprimento pontual dos contratos.

A teoria dos contratos foi desenvolvida, numa primeira fase, um pouco por toda a parte. É de notar que, apesar do que foi dito acerca dos contratos duradouros, **a codificação deu mais relevância aos contratos de execução instantânea**. Quando lemos o nosso código civil, por exemplo, o **artigo 792º** sobre a impossibilidade temporária, vemos que se o credor não perder o interesse na prestação, o devedor não responde pela mora (isto se o contrato não tiver um prazo essencial).

Mas se for um contrato de execução continuada e houver impossibilidade de cumprimento de um conjunto de prestações, qual é a norma do código civil que vamos aplicar? Tomemos como exemplo um contrato de trabalho, em que existem duas prestações: o trabalhador tem de trabalhar e o empregador tem de pagar a retribuição. Imaginemos que o trabalhador está doente durante um mês e, por isso, estamos perante uma impossibilidade temporária de cumprimento.

Sendo o contrato de trabalho um contrato de execução continuada, não há a possibilidade de o empregador negar as férias do trabalhador como forma de “compensar o tempo perdido”. Os dias de trabalho que não foram cumpridos não podem ser adiados nem deslocados, passando a fazer parte de uma **prestação definitivamente impossível**. Se o trabalhador faltar em outubro, vai cumprir, quando voltar, a prestação devida de novembro, a de dezembro e por aí a fora, mas não vai nunca poder cumprir a de outubro que ficou para trás.

E se for um contrato de fornecimento que deixo de pagar um mês, mas depois retorno? Se deixar de pagar, o fornecimento cessa e só vai retomar quando pagar. Aquela prestação fica irremediavelmente impossibilitada, o que nos leva à conclusão de que, ao contrário do que acontece nos contratos de execução instantânea, **nos contratos duradouros não pode haver uma deslocação no tempo da prestação devida**.

Estas foram as dificuldades historicamente apontadas à teoria geral dos contratos construída com base no contrato de execução instantânea. Toda a dogmática dos contratos assentou na teoria clássica dos contratos instantâneos, *spot contracts*, tendo a compra e venda como paradigma, quando grande parte dos contratos não o são.

É por esta razão que houve uma tentativa de identificar várias características típicas dos contratos de execução duradoura, que deveriam facilitar a resolução dos problemas práticos gerado por estes. Tem havido um grande apelo à **cooperação entre as partes, reforço dos deveres de conduta, admitir que não é possível prever tudo o que vai acontecer ao longo do seu período de execução**, fixando alguma tolerância e assumindo que é muito complicado prever o futuro de forma eficiente.

Em vez de tentarmos antecipar tudo o que pode vir a acontecer e ter um contrato com cláusulas extensivas que tentam regular todos os cenários possíveis, mais vale assumir a nossa incapacidade de regular todas as vicissitudes que podem surgir. Foi este o pensamento por trás de uma série de construções dogmáticas em torno da superveniência, como é o caso do **artigo 437º**, sobre a alteração das circunstâncias.

O contrato de trabalho é claramente um contrato com vocação para perdurar do tempo. Há quem diga que tem tanto ou mais vocação para perdurar que o próprio casamento. Esta aproximação, embora caricata, é ilustrativa da importância do contrato de trabalho na vida da maioria das pessoas. Para a maioria é um contrato celebrado por tempo inteiro, em contraposição a tempo parcial. Sem esquecer o limite máximo de oito horas diárias e trinta semanais. Significa isto que, salvo os intervalos de descanso, a atividade do trabalhador é contínua, acompanhando a sua vida. Tem-se entendido que os tempos de repouso são assimilados à própria execução do trabalho e, deste modo, podemos considerar que **os trabalhadores estão em constante cumprimento da sua prestação continuada de trabalho.**

Há ainda que destacar a agravante de que em Portugal temos um **princípio muito forte de estabilidade no emprego.** Falamos nesta estabilidade porque há um reforço muito grande da segurança no emprego, que resulta da própria constituição, no seu **artigo 53º CRP**, onde se lê que estão proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

Ora, assim sendo, **o contrato de trabalho é um contrato tendencialmente celebrado por tempo indefinido e fortemente tutelado.** Esta tutela deriva não só de um regime apertado quanto à liberdade de o empregador livremente pôr fim ao contrato, como também quanto à liberdade desse mesmo empregador decidir celebrar contratos a termo, já que só poderá fazê-lo verificados certos requisitos.

Então imaginemos que vamos celebrar um contrato de trabalho. Que circunstâncias terá o empregador em conta? Habilitações académicas, condição física, se serei leal, se quero ou não o trabalho, a minha idade, convicções e princípios, entre muitas outras. Isto significa que há uma série de elementos extrajurídicos que vão influenciar a celebração e perduração destes contratos. É por isso fundamental que haja uma cooperação acrescida entre as partes, bem como um cumprimento leal do contrato. **Os deveres acessórios de conduta acabam por ser mais importantes do que os principais.**

Estes deveres acessórios, como a boa fé, ganham muita relevância sobretudo devido à impossibilidade e instabilidade que vêm com longos períodos de tempo. A existência destes deveres implica que não podemos, por exemplo, revelar segredos do negócio, não podemos criar uma empresa concorrente, entre várias outras sujeições.

Há ainda de sublinhar que, mesmo num caso como o anterior em que o funcionário está de baixa médica durante um mês, continua obrigado a preservar os seus deveres acessórios, ainda que esteja impossibilitado de prestar o trabalho devido. **Os deveres acessórios e de conduta são, por isso, absolutamente essenciais para os contratos duradouros,** ao contrário do que acontece com os contratos instantâneos.

Nota: Sobre esta matéria importa ler a tese da professora, *Suspensão Laboral*, p. 35 e ss. e p. 221 e ss.

MacMillan defendia que, uma vez que todas as regras estavam desenhadas à luz do contrato de execução instantânea, devíamos encontrar novas regras para os contratos duradouros. Os críticos dessa construção acusam-no de não conseguir dar este passo. Isto porque, apesar de *MacMillan* ter sido extremamente relevante no sentido de identificar o problema e de fazer repensar este assunto, não desenvolveu uma nova teoria. Basicamente identificou o problema, mas não apresentou uma solução.

A “morte do artista” foi dizer algo que baralhou a comunidade jurídica: disse que os contratos instantâneos e os contratos duradouros não são categorias estanques e que na verdade todos os contratos são relacionais, defendendo que o que havia era uma graduação e não duas categorias contrapostas. No fundo, dizia que mesmo o contrato tipicamente instantâneo teria elementos relacionais. Esta posição radical fez com que a comunidade jurídica duvidasse do fundamento da sua tese, considerando que era uma mão cheia de nada.

Como se distingue um contrato duradouro de um contrato instantânea?

O elemento chave é o **tempo**.

Já dissemos que o contrato instantâneo típico é o de compra e venda, mas e se tivermos uma compra e venda com pagamento em doze prestações? Continua a ser um contrato instantâneo? Sim, porque não deixa de ser um contrato instantâneo, dado que a prestação continua a ser a mesma e só uma, apenas está fracionada.

Mesmo que estejamos a falar da garantia, que acaba por ser um efeito do contrato que perdura no tempo, esta não faz com que o contrato passe a ser duradouro, dado que já foi celebrado. Sabemos que num contrato de compra e venda a prestações, se falharmos uma das prestações e se essa prestação não exceder 1/8 do valor da coisa, vencem-se as restantes, o que não acontece no caso dos contratos duradouros.

O mesmo não se pode dizer sobre a remuneração num contrato de trabalho, contrato duradouro paradigmático. A remuneração não é um pagamento fracionado, são antes várias prestações que vão surgindo todos os meses associadas ao cumprimento da obrigação da contraparte de trabalhar naquele mês.

O trabalho é, como vimos, uma prestação continuada, enquanto que a remuneração é uma prestação periódica (dia 28 de cada mês, por exemplo). **Sendo um contrato duradouro, há uma autonomia perfeita entre as prestações que se renovam periodicamente**, o que significa que as partes têm um interesse na renovação periódica do sinalagma. Neste exemplo há uma **renovação sucessiva de prestações respetivas**, enquanto que, pelo contrário, no primeiro caso (compra e venda a prestações) não há um interesse que justifique o tempo, já que a prestação de pagamento podia ter sido totalmente cumprida no primeiro momento.

A dúvida aparece agora sobre o contrato de empreitada. O que define o contrato de empreitada é a construção de uma obra, atingir um objetivo, não havendo um interesse no tempo de execução, mas no resultado. Seguindo esta linha de pensamento, dizemos que, ainda que perdure no tempo, a empreitada não é um contrato duradouro, mas sim instantâneo. Contudo, esta posição não é unânime já que há jurisprudência em contrário.

Dito isto, é facto que os deveres acessórios assumem uma maior importância no contrato de empreitada e na compra e venda a prestações do que nos restantes contratos instantâneos, mas ainda assim não estão ao nível daquilo que é exigido no caso dos contratos duradouros.

Dados estes exemplos, chegamos à conclusão de que **não será materialmente duradouro aquele contrato onde o tempo não é um elemento moderador essencial**. Contudo, o critério da duração temporal é frágil já que pode durar no tempo e não ser um contrato duradouro. O grande desafio é identificar as regras próprias de cada um.

Apontemos a nossa atenção para o **artigo 434º**. No **nº1** lemos que a resolução do contrato terá, em princípio, efeito retroativo. Isto significa que, se o contrato for resolvido, é como se nunca tivesse existido. Por sua vez, o **nº2** estabelece uma regra contrária para os contratos de execução continuada ou periódica, estatuidando que a resolução deste tipo de contratos não abrange as prestações já realizadas, sendo que a resolução passa a ter eficácia *ex nunc*.

Tomemos como exemplo o contrato de arrendamento. Se o **nº1** fosse aplicável e o contrato fosse resolvido, o senhorio teria de devolver as rendas e o morador tinha de devolver o gozo do espaço pelo período ocupado, o que é, claramente, impossível. O mesmo se diz sobre o contrato de trabalho, já que não é possível devolver o que se trabalhou. Não é possível apagar o que aconteceu. Esta disposição é dos casos raros onde o nosso código civil atende às especificidades dos contratos duradouros face aos instantâneos.

Já se formos analisar as causas de extinção das obrigações, verificamos que não é feita referência à **denúncia**, que é a **forma típica de extinção dos contratos duradouros**.

Se, por exemplo, eu celebro no dia x um contrato de fornecimento de pão para o meu restaurante e esse contrato não tem regulamentação especial quanto à forma de cessação, concluímos que será um contrato que vai durar por tempo indefinido. A questão é: se não pus prazo ao contrato, fico vinculada para sempre? Não. As **vinculações perpétuas são nulas**. Ninguém pode vincular-se para sempre.

No caso dos contratos duradouros, a forma de cessação típica é a denúncia. O que posso fazer é denunciar o contrato em questão, pondo-lhe um fim livremente desde que não cause um prejuízo muito grande à contraparte. Se quero denunciar um contrato duradouro, tenho de fazer um **aviso prévio** razoável, proporcional e essencial e, dependendo do caso, posso vir a ter de pagar uma **compensação** por essa cessação.

Alguns autores, dos quais se destaca o **professor Menezes Cordeiro**, defendem que **o cumprimento num contrato duradouro não extingue** esse contrato. A ideia é que se cumprir a prestação de janeiro, continuo a dever a de fevereiro que não se extingue. Contudo, a **professora Rita Canas da Silva não concorda**.

Para a professora, o cumprimento é uma forma de extinção do contrato duradouro, considerando que a denúncia é, no fundo, delimitar o período de vigência desse contrato em que se diz quando será cumprida a última prestação. Assim, defende que o cumprimento das obrigações vai extinguindo as prestações que foram sendo feitas. Nesta linha, **o cumprimento será uma forma de cessação que acresce à denúncia**.

Outra adaptação regimental que podemos encontrar aparece a propósito da **exceção do não cumprimento do contrato**, prevista pelo **artigo 428º**. Esta disposição diz-nos que, nos contratos bilaterais, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo. Esta lógica do “eu não faço enquanto tu não fizeres” é a expressão máxima do sinalagma. Facto é que **a doutrina maioritária defende a não aplicação desta regra aos contratos duradouros**.

Olhemos novamente para o contrato de trabalho. A regra é de que a remuneração é paga no final do mês, o que significa que se está a pagar pelo trabalho que já foi prestado. O trabalhador andou a trabalhar o mês inteiro com a expectativa de receber no final do mês, mas e se o empregador não pagar? Pode o trabalhador recusar trabalhar no próximo mês? Não. Esta questão é verdadeiramente complexa, dado que temos uma série de prestações correlativas que se renovam periodicamente. **Cada remuneração mensal tem correspondência com o trabalho do mês em causa**. Ou seja, são vários sinalagmas seguidos, prestações corresponsivas, que não se cruzam.

Então o que é que acontece em caso de incumprimento de uma série de prestações do conjunto? Regressemos ao exemplo do contrato de fornecimento de pão todos os meses, celebrado por tempo indeterminado, e imaginemos a seguinte situação: no primeiro mês o fornecedor entrega o pão tal como acordado, no segundo mês falha a entrega (incumprimento), no 3º diz que está com problemas e só entrega metade (cumprimento parcial), no 4º corre tudo bem, no 5º o pão vem salgado (cumprimento defeituoso) e no 6º volta a entregar tudo certo.

Dado a este cenário, quero resolver o contrato por estar insatisfeita com o serviço. Já perdi a confiança neste padeiro e quero procurar outro fornecedor, posso?

O **artigo 808º** apresenta-nos a regra geral para a **resolução do contrato por perda de interesse do credor**. Diz-nos o professor Baptista Machado que **esta norma não tem aplicabilidade nos contratos de execução duradoura**. Nestes casos, há uma tentativa de manutenção do contrato, dar mais uma hipótese ao contrato, mediante uma **interpelação admonitória**, que é algo como “se não cumprires em x dias, acabou-se”.

Trata-se de uma lógica de exigibilidade. O cumprimento de cada prestação tem um valor dentro do contrato e a perda de algumas prestações tira parte desse valor. O credor sente que deixa de lhe ser exigível que mantenha o contrato, visto que já perdeu a confiança no devedor e no contrato em si.

Quando é que se chega a um ponto onde já se pode faltar? Nos contratos duradouros, é algo como “tantas fizeste que fiquei muito reticente quanto à tua capacidade de cumprir no futuro, perdi a confiança”. Os incumprimentos são sintomáticos da subsistência do contrato no seu todo. Tem que ver com a confiança depositada nas partes quanto aos deveres de cooperação, reforço da confiança e deveres acessórios.

FORMAÇÃO DO CONTRATO – Professora Patrícia da Guia Pereira

Um contrato é, como já sabemos, um **acordo** formado por duas ou mais **declarações** que produzem **efeitos jurídicos**. Essas declarações têm de ter um sentido concordante, isto é, tem de haver um **consenso**.

Modalidades de declaração negocial

Há duas modalidades de declaração negocial, **expressa** ou **tácita**, previstas no **artigo 217º**. Há uma tentação para dizer que é expressa quando é escrita e tácita quando não é escrita, contudo isto não é bem assim. A declaração será expressa quando tem um **caráter direto** e tácita quando tem um **caráter indireto**.

É importante não confundir a declaração tácita com o **silêncio**. A declaração tácita exige, pelo menos, um comportamento, enquanto que o silêncio é uma conduta puramente omissiva. Apesar disso, o silêncio pode vir a ter valor declarativo por força da lei, uso ou convenção, como previsto no **artigo 218º**. Exemplos destas exceções que contrariam a regra geral de irrelevância negocial do silêncio podem ser: artigo 27º do regime do contrato de seguro (DL 72/2008) ou o artigo 923º nº2, sobre a primeira modalidade de venda contento.

Exigências de forma

O **artigo 219º** contempla o princípio da liberdade de forma. Contudo, podem haver exceções previstas pela lei ou porque as partes o convencionaram. Os três tipos de forma são:

- ➔ **forma solene**, documento autêntico, exarado por pessoas dotadas de fé pública (escritura pública); documento autenticado, previamente elaborado e posteriormente confirmado perante pessoas com funções públicas e autenticação.
- ➔ **forma escrita**, documento particular (escrito e assinado, **artigo 373ª**); suporte escrito e assinado.
- ➔ **outras formas**, como a oral ou gestual.

Alguns casos em que a própria lei exige que o contrato assumira uma determinada forma são a compra e venda de imóveis (escritura pública ou documento particular autenticado, **artigo 875º**), alguns contratos de trabalho (contrato de trabalho com trabalhador estrangeiro, **artigo 5º código de trabalho**), contratos de arrendamento urbano (documento particular, **artigo 1069º**), entre muitos outros.

As exigências legais de forma têm algumas razões de ser, **vantagens e desvantagens**. Como vantagens podemos identificar a reflexão das partes, a certeza e segurança jurídica, a conveniência de apoio técnico, bem como meio de prova. Por outro lado, estas exigências de forma reduzem a fluência e celeridade do tráfego jurídico, e aumentam os custos associados à contratação.

Quando temos uma forma legalmente prescrita, temos de saber se estamos perante um **requisito de substância** (forma *ad substantiam*), que é um requisito do negócio, ou um **requisito de prova** (forma *ad probationem*) porque os regimes são diferentes.

No primeiro caso vigora o **artigo 220º** segundo o qual, quando a forma é um requisito do negócio, a sua inobservância gera nulidade. Contudo, há algumas exceções que afastam esta regra, como é o caso do **artigo 410º** sobre a limitação da legitimidade para invocar a falta de forma ou o **artigo 16º DL 15/2013**, fevereiro sobre a mediação imobiliária. Temos aqui casos de limitação da legitimidade para invocar a invalidade do contrato por inobservância da forma legalmente exigida. Há também casos de **inalegabilidades formais**: invocação da invalidade de um negócio pela parte que o provocou intencionalmente, que pode ser reconduzida ao exercício abusivo do direito.

Se se tratar de uma exigência formal apenas para prova da declaração, recorreremos ao **artigo 364º** e vemos que se as exigências quanto à forma do contrato não forem cumpridas, isso não gera a invalidade do contrato, já que pode ser substituído por confissão expressa.

Modelos de formação do contrato: em especial modelo de proposta e aceitação

Quando falamos em modelos de formação do contrato, encontramos um modelo dito **clássico** composto por uma **proposta** e uma **aceitação**. Entre a proposta e a aceitação são possíveis várias contrapropostas e, nesse sentido, o **artigo 233º** fala-nos da aceitação com modificações. Se aceitarmos uma proposta com limitações, na verdade é uma rejeição e não uma proposta dessa rejeição (exemplo: compro-te o carro sim, mas por 4 mil e não por 5 mil euros). Contudo, se a minha **modificação for suficientemente precisa**, vai valer como **contraproposta** passível de ser aceite pela outra parte.

Se estivermos perante um caso em que há várias contrapropostas ao longo do processo negocial, as duas declarações essenciais vão ser as últimas. Assim, a penúltima declaração será a proposta e a última, a aceitação. Deste modo, pode acontecer que aquele que era inicialmente declarante passe a declaratário e vice-versa.



Proposta

➔ Requisitos

Como requisitos para que uma proposta seja performativa, encontramos:

- **Completude**

A **proposta tem de ser completa** e, nesse sentido, **artigo 232º** estabelece que não há contrato enquanto não tiverem sido acordadas todas as cláusulas sobre as quais qualquer uma das partes tenha julgado necessário o acordo.

Isto leva-nos à questão de saber quais são os elementos essenciais. Será que uma proposta que não determina o preço está incompleta? A corrente doutrinária maioritária diz-nos que não e suporta esta posição no **artigo 883º** que estabelece os mecanismos de suprimento da falta de estipulação do preço. Apesar disso, mais adiante vamos analisar situações onde o contrário pode fazer sentido.

- **Precisão**

A **proposta deve ser precisa** ao ponto de, uma vez aceite, não restarem dúvidas sobre a formação ou o conteúdo do contrato. Isto não obsta a que certos aspetos não essenciais possam ser deixados à consideração da outra parte, como a cor da coisa comprada, por exemplo.

- **Firmeza**

A **proposta tem de ser firme**, isto é, tem de ser reveladora de uma intenção inequívoca de contratar. Significa isto que não pode ser feita em termos dubitativos ou hipotéticos.

- **Adequação formal**

Para uma proposta ser considerada formalmente adequada tem de **revestir a forma exigida para o negócio em causa**. É de notar que há alguns casos em que apenas uma das declarações tem de revestir forma especial, como o **artigo 410º nº2** sobre o contrato promessa ou o **artigo 1143º** sobre o contrato de mútuo. Se a parte que a emite não for, no caso concreto, o proponente, então a forma da proposta será livre.

➔ **Efeitos da proposta**

Quais são os efeitos de uma **proposta completa, precisa, firme e formalmente adequada**? A pessoa que faz a proposta, o **proponente** passa a estar numa **posição de sujeição**. Isto significa que vai ver a produção de determinados efeitos jurídicos na sua esfera jurídica dependente do destinatário da proposta. Por sua vez, o **destinatário** adquire um direito potestativo de aceitar e, se o fizer, formar o contrato.

➔ **Proposta ≠ Convite a contratar**

Semelhante a uma proposta e não devendo ser confundida, temos a figura do **convite a contratar** que corresponde a uma mensagem que evidencia a disponibilidade da parte que a remete para iniciar um diálogo que possivelmente redundará num contrato.

Basicamente, uma declaração negocial que não cumpra algum dos requisitos supracitados para ser considerada como proposta, pode ser qualificada como um convite a contratar.

➔ **Modalidades da proposta**

A proposta contratual pode ser **recipienda**, quando dirigida a uma ou mais pessoas determinadas, ou **não recipienda**, se dirigida a um círculo indeterminado de pessoas.

Esta acaba por ser uma questão muito controversa, mas o **artigo 230º nº3** é claro e arruma a discussão a acerca da admissibilidade das propostas feitas ao público em geral. Os exemplos mais comuns de propostas não recipiendas são o envio de catálogos, a exposição de mercadorias em montras, a difusão de mensagens publicitárias e a disponibilização de auto-serviços.

Aceitação

→ Requisitos

A aceitação tem de ser **conforme com a proposta e formalmente adequada**.

Sobre o primeiro requisito, **conformidade**, temos o **artigo 233º** que estatui que a “*aceitação com aditamentos, limitações ou outras modificações importa a rejeição da proposta (...)*”. Quer isto dizer que a aceitação tem de ir ao encontro da proposta.

O segundo requisito, **adequação formal**, significa que a aceitação tem de revestir a forma prevista. Se a proposta tiver sido formulada com nível superior ao exigido por lei, pode ser defensável concluir que esta inclui uma cláusula, ainda que tácita, sobre a forma a adotar, pelo que a aceitação terá de revestir forma idêntica, sob pena de ser considerada como mera contraproposta. Esta regra retira-se do **artigo 223º nº1 in fine**, que nos indica que, em caso de forma convencional, presume-se que as partes não querem vincular-se senão pela forma convencional.

→ Aceitação tácita

O **artigo 234º** fala-nos da **dispensa da declaração de aceitação**. Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos, tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.

Em vez de falar em “declaração de aceitação”, a lei devia falar em comunicação (ou declaração expressa) de aceitação, já que a declaração tácita também é uma declaração, de acordo com o **artigo 217º**. Exemplos de aceitação tácita são o cumprimento do contrato ou o consumo do bem.

Eficácia da declaração negocial

Sobre este tema, importa ter em conta o **artigo 224º**, onde se lê que a declaração negocial que tem um destinatário se torna eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida, enquanto que as outras, serão eficazes assim que a vontade do declarante se manifesta de forma adequada. Assim sendo, temos de saber se a proposta é **recipiendas** ou **não recipiendas**, para podermos aplicar os critérios.

Para as **declarações recipiendas** valem o **critério da receção** e o **critério do conhecimento**, sendo que o fundamental aqui é a ideia de que a proposta tem de chegar ao poder do seu destinatário. Chegar ao poder do destinatário pode ser via postal, e nesse caso a data da receção será variável (pelo que aplicamos a presunção de três dias, prevista pelo **artigo 249º CPC**), ou pode chegar por correio eletrónico, *sms* ou *fax*, sendo a receção imediata.

Do lado das **declarações não recipiendas** vigora o **critério da exteriorização ou cognoscibilidade**, por outras palavras, a capacidade de conhecer. Este critério resulta do **artigo 224º nº1 in fine**.

Resta acrescentar sobre este ponto que, de acordo com o **artigo 226º nº2**, a declaração não chega a produzir efeito se, entre a emissão e a sua receção, o declarante perder o direito de disposição da coisa.

Vigência da proposta: caducidade

O **artigo 228º** fala-nos da questão em torno da duração da proposta contratual e contém muitas regras. Sobre a **caducidade da proposta** temos três situações possíveis:

- **rejeição** – se a proposta for rejeitada, os seus efeitos cessam, **artigo 235º**.
- **morte ou incapacidade do declaratório** – a morte do declaratório determina a perda de eficácia da proposta, **artigo 231º nº2**. Já a morte ou incapacidade do proponente não, a menos que tal corresponda à sua vontade, **artigo 231º nº1**.
- **Decurso do prazo de vigência** – aqui entram os casos de fixação de prazo pelo proponente ou pelas partes, de pedido de resposta imediata pelo proponente (ou fórmula equivalente), de proposta feita a pessoa ausente, de proposta feita por escrito ou ainda outros casos não previstos pelo **artigo 228º** (proposta oral a pessoa presente, telefonema, interação direta e simultânea, entre outras).

Revogação da proposta

A revogação da proposta está essencialmente prevista no **artigo 230º**. A regra geral é a da **irrevogabilidade da proposta eficaz**. As exceções a esta regra são a proposta ao público, a declaração do proponente e o acordo das partes.

No **nº2** lemos que se, porém, ao mesmo tempo que a proposta, ou antes dela, o destinatário receber a retratação do proponente ou tiver por outro meio conhecimento dela, fica a proposta sem efeito. A lógica desta disposição está no facto de a retratação ser anterior à proposta. Sobre a proposta ao pública, diz-nos o **nº3** que esta pode ser revogada, desde que essa revogação seja feita na forma da oferta ou em forma equivalente.

Revogação da aceitação

A revogação da aceitação está prevista no **artigo 235º**. Se o destinatário rejeitar a proposta, mas depois a aceitar, prevalece a aceitação desde que esta chegue ao poder do proponente, ou seja dele conhecida, ao mesmo tempo que a rejeição, ou antes dela. O **nº2** estatui que a aceitação pode ser revogada mediante declaração que ao mesmo tempo, ou antes dela, chegue ao proponente ou seja dele conhecida.

Formação do contrato

Para se formar um contrato, a **proposta tem de ser eficaz** e a **aceitação tem de ser tempestiva**. No **artigo 229º** encontramos o instituto da **recepção tardia**. Se o proponente receber a aceitação tardiamente, ele pode considerá-la eficaz, **desde que ela tenha sido expedida em tempo oportuno**, isto é, durante o tempo de vigência da proposta e através de um meio que, em condições normais, permitisse a sua recepção atempada.

Leilão

Existem duas teses sobre as declarações emitidas num contexto de leilão clássico. A primeira, a **tese de Kindervarter**, qualifica a ação do vendedor de colocação da coisa a leilão como sendo a proposta e o que os vários licitantes fazem são várias e sucessivas aceitações, sob condição suspensiva de facto negativo (não surgimento de lance com preço mais elevado).

Do outro lado, encontramos a **tese de Jhering**, que defende que a colocação da coisa é um convite a contratar e que os licitantes fazem as suas propostas, podendo o vendedor aceitar ou não. Saber qual é a tese que se deve seguir vai depender do caso concreto, tipo de leilão, declarações preliminares do vendedor, regulamento ou regime jurídico aplicável.

Outros modelos de formação do contrato

Documento contratual único

Muitas vezes a realidade não cumpre o modelo clássico de formação do contrato de proposta e aceitação. Nesse sentido, a doutrina começou a identificar outros modelos através de **declarações de conteúdo idêntico que exprimem o acordo contratual num documento contratual único, subscrito pelas partes.**

As declarações são reduzidas a escrito num único documento que resume a vontades das partes e é aceite por estas. Este documento contratual único tem de ser **completo, preciso e formalmente adequado**, à semelhança duma proposta. O documento contratual único tem como **fases tendenciais do processo formativo**:

→ Fase preparatória (diálogo conducente ao acordo)

O início frequentemente dá-se por convite a contratar que é sucedido por atos de conteúdo substancialmente equivalente ao de propostas e contrapropostas, mas desprovidos de forma que, por lei ou decisão das partes vem a ser adotada no contrato celebrado. As partes optam por um dos modelos pré-redigidos e redigem sucessivos projetos escritos de contrato.

→ Acordo pré-contratual

São acordos não-contratuais preparatórios. Isto é, são diferentes dos acordos preparatórios de natureza contratual, como o contrato-promessa, o contrato-quadro ou o pacto de preferência. Estes acordos contêm os deveres pré-contratuais e são caracterizados pela insuficiência de forma.

→ Subscrição

A subscrição é, no fundo, a assinatura ou meio de autenticidade equivalente, podendo ser contemporânea (concentrada no tempo) ou sucessiva. A revogação da subscrição é admissível quando a sua eficácia seja anterior à última subscrição. Isto porque ainda não há contrato nessa fase.

Diálogo oral concentrado

Este outro modelo de formação do contrato é caracterizado pela **informalidade**, pela **impossibilidade de distinguir claramente as declarações das partes** e pela **simplicidade do regime**: o contrato conclui-se quando ambas as partes verificam, em conjunto, que obtiveram consenso, por aplicação à contrario do **artigo 232º**.

Contratos reais *quoad constitutionem*

A característica essencial é que o **ato de entrega (*traditio*) se insere no próprio processo formativo do contrato**. Assim sendo, enquanto não se verificar a entrega da coisa, não há contrato.

- **Comodato**, previsto pelo **artigo 1129º**, é um contrato real *quoad constitutionem*, uma vez que é o contrato pelo qual uma das partes entrega uma coisa à outra e não “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a entregar à outra”. Ou seja, só há contrato quando há a entrega efetiva. **Comodato = entrega + aceitação**
- **Depósito**, previsto pelo **artigo 1185º**, é o contrato pelo qual uma das partes entrega a outra, uma coisa móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida. Aqui a própria entrega também pode ter o valor de declaração negocial, só que tácita, em negócios mais simples.
- **Mútuo**, previsto no **artigo 1142º**, é considerado um real *quo ad constitutionem*, uma vez que é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra, dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto. Contudo há doutrina que contesta essa inclusão por não identificar o termo “empresta” com “entrega”.

Concurso para a formação de contrato

Os processos concursais são modelos de formação muito frequentes nos contratos públicos e no âmbito do processo executivo. A iniciativa contratual pode ser vista como um convite a contratar ou como uma proposta. Dentro dos processos concursais, há que distinguir duas categorias: **concurso público** e **concurso limitado**.

Se a iniciativa contratual for perante um conjunto indeterminado de pessoas, falamos de um **concurso público**. Por outro lado, se o destinatário for uma multiplicidade definida de pessoas, tratar-se-á de um **concurso limitado** e essas pessoas serão os **concorrentes**.

Há aqui uma proximidade com o leilão quanto ao processo de formação do contrato. Seguindo a tese de *Kindervater*, um concurso é uma proposta seguida de várias aceitações sujeitas à condição suspensiva de inexistência de aceitação mais favorável para o proponente.

Isto explica o facto de alguns autores qualificarem o leilão como uma modalidade de concurso. Contudo, há especificidades distintas tendenciais como os tipos contratuais em causa (empreitada, fornecimento, prestação de serviços, contrato de trabalho) e falta de copresença dos concorrentes, que é característico do leilão.

O concurso que aqui estamos a fazer referência é o dito concurso simples, mas há concursos mais complexos.

→ Concursos complexos

No caso de concursos complexos há várias fases: a **abertura do concurso** com a divulgação dos documentos concursais (anúncio de lançamento do concurso, programa do concurso, caderno de encargos), depois temos a **apresentação das “propostas”**,

seguinte-se a sua **análise e avaliação por um júri**, depois há uma **negociação das “propostas”**, posteriormente há a fase da **adjudicação** (seleção da melhor “proposta”), que leva à **elaboração da minuta do contrato** e, por fim, à **outorga do contrato**.

As “propostas” aqui não são declarações contratuais, são antes várias opções, possibilidades, daí o uso das aspas para as distinguir das propostas em sentido jurídico. A formação do contrato dá-se por documento contratual único. Até à outorga desse contrato temos uma mera fase preliminar.

→ **Violação das normas concursais**

Em princípio, em concursos de direito privado, só haverá lugar a responsabilidade civil pré-contratual, de acordo com o **artigo 227º**. Não havendo consenso, não há formação do contrato.

No entanto, se a celebração do contrato na sequência do concurso assumir a natureza de prémio, entramos no campo de aplicação do **artigo 463º** sobre os **concursos públicos**, segundo o qual o promitente assume a obrigação de contratar, sendo esta uma promessa unilateral.

Contrato de opção

Quando a celebração de um contrato faz nascer para uma das partes um direito potestativo à formação de um outro contrato, chamamos este segundo de **contrato optativo**. A formação do contrato optativo basta-se com uma declaração unilateral posterior do titular do direito de opção.

Deste modo, **é diferente do contrato-promessa**, que obriga à formação do contrato definitivo, mediante a emissão de novas declarações negociais das partes.

Contratação eletrónica

A contratação eletrónica vem prevista no **DL nº 7/2004**, e aplica-se aos contratos celebrados por **via eletrónica ou informática**, sejam ou não comerciais.

A **forma** dessa contratação eletrónica vem regulada no **artigo 26º** que, não fazendo nenhuma exigência formal, esclarece que, quando houver exigência legal de forma escrita, o contrato eletrónico deve cumprir essa forma, desde que em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. O **nº2** prevê a possibilidade de a assinatura ser eletrónica.

O **artigo 28º** faz exigências quanto a informações prévias, estatuidas que o prestador de serviços tem de ceder **informação mínima inequívoca** que inclua uma série de características do contrato previstas nas alíneas do **nº1**. Contudo, estas informações **podem ser dispensadas por acordo das partes que não sejam consumidores**, como prevê o **nº2**.

O **artigo 29º** é o mais importante e aquele que pode servir como distintivo das restantes possibilidades de formação do contrato. Contudo, importa notar que esta norma não é aplicável aos contratos celebrados exclusivamente por e-mail, mas apenas aos contratos online.

O nº1 diz-nos que, assim que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente eletrónica, o prestador deve acusar a receção. No nº4 lemos que a encomenda se torna definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando a ordem emitida.

É aqui que surge a dúvida: **quando é que se firma o contrato?**

Se temos uma proposta ao público, em princípio, bastaria a aceitação para firmar contrato. Contudo, este **artigo 29º** vem exigir mais dois passos essenciais, o **aviso de receção** e a **confirmação do destinatário**. Assim sendo, temos:



O **artigo 32º** vem complicar a situação, já que o seu nº2 estabelece que “o mero aviso de receção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação da conclusão do contrato”.

Como conciliar os artigos 29º e 32º?

Há duas teses possíveis. Alguns autores consideram que **o contrato se forma mediante a proposta e a aceitação** (ordem de encomenda), sendo que **o aviso de receção e a confirmação têm um mero valor probatório**.

Por sua vez, os autores da segunda tese defendem que, apesar **o contrato se formar mediante a proposta e a aceitação (ordem de encomenda), os seus efeitos ficam dependentes da verificação da confirmação** (condição), exceto quanto à obrigação de envio de aviso de receção, cuja violação pode fundar responsabilidade contratual.

Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial

Atualmente este tipo de contratos encontra enquadramento no **DL nº24/2014**, de 14 de fevereiro, que revogou o DL 143/2001 de 26 de abril. Este diploma resulta da transposição da diretiva nº 2001/83/EU, de 25 de outubro.

A razão de ser desta legislação baseia-se na promoção da transparência das práticas comerciais, bem como na salvaguarda dos interesses legítimos dos consumidores.

Sobre o âmbito de aplicação do **DL nº24/2014**, temos de falar nos **contratos celebrados à distância** e nos **contratos celebrados fora do estabelecimento comercial**.

Os **contratos celebrados à distância** são contratos celebrados entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços **sem presença física simultânea de ambos**, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a **utilização exclusiva** de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração.

Os **contratos celebrados fora do estabelecimento comercial** são contratos celebrados na **presença física simultânea** do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor **em local que não seja o estabelecimento comercial** daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual.

São, designadamente, os contratos celebrados: **i)** no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor; **ii)** no domicílio do consumidor; **iii)** no local de trabalho do consumidor; **iv)** em reuniões de demonstração, realizadas a pedido do fornecedor; **v)** durante uma deslocação organizada pelo fornecedor, fora do respetivo estabelecimento comercial; **vi)** no local indicado pelo fornecedor a que o consumidor se desloque por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita por aquele.

Este diploma aplica-se, assim, aos **contratos de consumo**, entre consumidor e fornecedor. O **consumidor** é a pessoa singular que atua com fins que não se integram no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

Por sua vez, o **fornecedor de bem ou prestador de serviços** é a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada que, num contrato com um consumidor, atua no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que atua em seu nome e por sua conta.

Sobre os **deveres de informação pré contratuais**, o **artigo 4º** fala-nos de várias informações essenciais, tais como: identidade e contactos do fornecedor de bens ou do prestador de serviços; características essenciais do bem ou serviço; preço total do bem ou serviço, ou modo de cálculo do mesmo; encargos suplementares; modalidades de pagamento, de entrega e de execução; existência e condições do exercício do direito de livre resolução, quando aplicável; e ainda da duração do contrato.

Contratos celebrados à distância

Dentro dos contratos celebrados à distância, encontramos os **contratos celebrados por via eletrónica, com obrigação de pagamento pelo consumidor** e as **comunicações por via telefónica**.

Sobre os primeiros, os **contratos celebrados por via eletrónica, com obrigação de pagamento pelo consumidor**, o **artigo 5º nº2** prevê a prestação de informação sobre as características do bem e as obrigações do consumidor de forma clara e bem visível, imediatamente antes de este concluir a encomenda. O **nº3** da mesma disposição fala-nos na garantia de que o consumidor, ao concluir a encomenda, confirma, de forma expressa e consciente, que a encomenda implica a obrigação de pagamento. O **nº4** diz-nos que quando a conclusão da encomenda implicar a ativação de um botão ou função semelhante, o botão ou a referida função devem ser identificados de forma facilmente legível, apenas com a expressão “encomenda com obrigação de pagar” ou uma formulação equivalente.

A consequência da inobservância destas exigências é que o consumidor não fica vinculado ao contrato, tal como se lê no **nº8** do mesmo artigo.

Já em relação à **comunicação por via telefónica**, há que realçar que o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor, exceto se o primeiro contacto telefónico for efetuado pelo próprio consumidor, tal como estabelecido pelo **nº7 do artigo 5º**.

Ainda em relação aos contratos celebrados à distância, importa ver o **artigo 6º** onde é absolutamente claro que **a confirmação não integra o processo formativo do contrato**. Isto porque no **nº1** se lê que *“o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve confirmar a celebração do contrato à distância no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço”*.

Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

O **artigo 9º** prevê os requisitos de forma neste tipo de contratos. O **nº1** estabelece que *“o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é **reduzido a escrito** e deve, sob pena de nulidade, conter, de forma clara, compreensível e na língua portuguesa, as informações determinadas pelo artigo 4º.”*

Nota: Exercícios sobre esta matéria resolvidos pelo grupo da Beatriz, Quirina e Maria.

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE CONTRATUAL

Nota: Este tema foi tratado no trabalho do Filipe Nogueiras e da Filipa. Importa ler o documento final deles (17 páginas), acompanhado pelo PowerPoint.

TIPICIDADE E ATIPICIDADE DOS CONTRATOS – Professor Rui Pinto Duarte

O artigo 405º do código civil

“Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver.”

Este artigo reconhece a **liberdade de contratar** bem como a **liberdade de estipulação**. Assim sendo, a sua leitura permite-nos fazer a distinção entre os contratos conduzíveis a modelos ou cujo tipo de encontro regulado pelo nosso código civil – **contratos típicos** – e aqueles não reconduzíveis a tais tipos – **contratos atípicos**. Não obstante, há ainda uma certa liberdade de variação dentro dos tipos, sendo que existe a possibilidade de combinarmos vários tipos de contratos ou combinar um tipo de contrato com um contrato que não tenha regulação legal. Esta terceira possibilidade configura os **contratos mistos** e resulta do **artigo 405º nº2** sobre o **princípio da combinação**.

Isto tudo *“dentro dos limites da lei”*, o que significa que existem normas limitadoras à liberdade contratual. Estas regras são transversais à esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, ao ponto de se algum dia existir um código europeu dos contratos que revogue o nosso código civil, as regras terão uma formulação semelhante.

Seria muito moroso estar a demonstrar esta afinidade mediante a observação dos regimes jurídicos sobre contratos de todos os outros países da UE, pelo que o professor Rui Pinto Duarte optou por centrar a nossa atenção no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Este documento resulta de uma iniciativa privada, coisa que hoje em dia é bastante comum, levada a cabo por um conjunto de académicos. O intuito é formular regras comuns a vários países que sirvam como instrumentos de trabalho, para ajudar os Estados na produção das suas próprias normas jurídicas.

O DCFR, por exemplo, prevê a autonomia das partes da mesma forma que o nosso **artigo 405º nº1** a consagra. Sobre os contratos mistos, este documento em um preceito autónomo que acaba por ser bastante mais complexo que o nosso **artigo 45º nº2**.

Um outro instituto que promove a realização deste tipo de trabalho é a **UNIDROIT**, o instituto internacional para a unificação do direito privado. Ao fim e ao cabo, os trabalhos produzidos por este tipo de institutos recebem o valor de *soft law*, ou seja, são normas formuladas por entidades privadas que, apesar de não serem vinculativas, influenciam, quianda que remotamente, a produção legislativa e a própria aplicação do direito. Em última instância, face à liberdade contratual, as partes podem convencionar a aplicação das normas constantes destes documentos em detrimento dos regimes jurídicos convencionados no seu país.

As noções de contrato típico e de contrato atípico

O **contrato típico** é aquele que corresponde a um modelo. É importante ter em atenção que, no mundo jurídico, a palavra “tipo” é uma palavra polissémica e o seu sentido altera-se consoante o ramo de direito que estamos a analisar. No sentido que nos importa para esta matéria, “tipo” corresponde a um modelo legal de contrato.

Contudo, há que ter em atenção que, para certa doutrina, “tipo” não corresponde necessariamente àqueles contratos que estão legalmente regulados, mas sim àqueles que são mais vulgares na prática social, estão standardizados. O contrato pelo qual uma empresa produtora de automóveis confere a outra o direito de venda desses automóveis de acordo com determinadas circunstâncias, por exemplo, não é um contrato típico, não está regulado pela lei. Não obstante, é um contrato socialmente standardizado e que é celebrado aos milhares sempre da mesma forma.

Apesar do exposto, quando falamos em contratos típicos ou atípicos, estamos a referir-nos àqueles que, para efeitos do **artigo 405º**, estão ou não previstos na lei. Facto é que a doutrina acabou porque criar os conceitos de “socialmente típico” ou “socialmente atípico” para fazer face à situação supracitada.

A expressão “contrato-tipo” não é o mesmo que “contrato típico”, este é o contrato que corresponde a um modelo legal (Exemplo – contrato de arrendamento), aquele é diferente. Usa-se esta expressão “contrato-tipo” para um formulário que surge na prática negocial, como por exemplo um conjunto de regulação geral sobre determinado contrato (Exemplo – cartões de débito).

Existem **dezasseis tipos de contratos** regulados no título II do livro II do nosso código civil, não obstante a escassa relevância social de alguns que lá estão e a crescente relevância social de alguns que deviam lá estar. Quer isto dizer que a parte dos contratos em especial tem dezasseis capítulos, apesar de nem todos terem a mesma importância.

Os contratos essenciais são a compra e venda e o contrato de prestação de serviços. Facto é que estes dezasseis modelos não são um sistema ou conjunto organizado. O legislador não tentou organizá-los de acordo com um critério ou conjunto de critérios, mas antes procurou olhar para a realidade (prática social) e recolher os tipos contratuais sem qualquer critério sistemático. Esta regulamentação não esgota todos os tipos de contratos existentes nem evita que haja espaços entre os contratos típicos.

A vida é muito mais rica do que aquilo que o legislador pode regular. Portanto, o legislador que não pode evitar a inovação, não tem uma preocupação de exaustividade. Daí que certos tipos tenham uma força extensiva, sendo possível a aplicação por analogia. Caso do **artigo 939º** onde se lê que as normas relativas à compra e venda se aplicam aos outros contratos onerosos pelos quais se alienam bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as normas respetivas.

O código civil português não regula diretamente a troca ou os contratos permutatórios em geral com a exceção da compra e venda, mas diz que as regras da compra e venda se aplicam a esses contratos. Há normas sobre contratos típicos que têm uma força expansiva grande, não regulam apenas o tipo a que diretamente se destinam, mas regulam tendencialmente alguns contratos atípicos.

Nesta senda, outro artigo semelhante é o **artigo 1156º**, que estende aos contratos de prestação de serviço em geral a regulamentação do mandato. Isto para dizer que a regulação dos contratos típicos não tem toda a mesma importância, mas depois há estes que são tão importantes que até se aplicam a outros.

A doutrina diz que os contratos atípicos se regulam não apenas pelas normas gerais sobre contratos, mas também, na medida do necessário, pelas normas especiais dos contratos mais próximos. Isto pode ter base na regra de colmatação de lacunas, mas também pode basear-se nestas disposições que conferem força expansiva a certos contratos típicos.

Paralelamente a esta questão, temos ainda o facto de existirem vários contratos típicos que não encontram a sua regulação no código civil, mas em legislação avulsa (Exemplo – contrato de seguro, contrato de agência, contrato de mediação imobiliária, contrato de leasing, entre muitos outros)

Importa agora perceber **como é que a lei faz a tipificação**. Se lermos o primeiro artigo de cada um dos capítulos (Exemplo – artigos 874º e 940º) vemos que estes contêm uma noção, uma definição legal do tipo contratual que as normas subsequentes visam regular.

O professor Rui Pinto Duarte entende que o contrato de prestação de serviço, definido pelo **artigo 1154º**, é um macro tipo que encerra em si outros três tipos de contratos: mandato, depósito e empreitada, tal como estipula o **artigo 1155º**.

Nem sempre o legislador segue a mesma técnica para tipificar um contrato. Em todos os casos, que não o jogo e apostas, o legislador dá uma definição e depois estabelece as regras que se lhe aplicam. Desta forma, como é que sabemos o que é jogo e aposta? Visto que o **artigo 1245º** não fornece uma definição legal do contrato de jogo e aposta, temos de recorrer ao sentido social das palavras comuns. Esta falha tem a ver com a grande dificuldade em torno de criar uma definição precisa para jogo. Quando não há definição legal, o aplicador da lei tem uma tarefa muito mais difícil, visto que terá de defender a aplicabilidade destas normas, extraíndo um significado da linguagem corrente.

As definições legais não são definições reais, não visam dizer o que as coisas são. São antes definições estimulativas que visam reproduzir a realidade às quais as normas subsequentes se vão aplicar. O que é que vem primeiro? A realidade social ou a lei? Em geral, primeiro vem a realidade social e só depois é que surgiu a sua regulação legal.

Contudo, casos há em que primeiro vem a lei e só depois é que a realidade entra. Por vezes, o legislador olha para a realidade de países mais avançados e vê que existem certos tipos de negócios jurídicos que não existem no seu ordenamento e então fomenta a sua prática, mediante a criação de uma lei. Por exemplo o contrato de *leasing*, que hoje em dia é tão comum na nossa realidade social, é um destes casos em que o tipo contratual antecedeu a realidade. Outro exemplo é o contrato de *factoring*.

Depois temos os casos dos **contratos legalmente atípicos, mas socialmente típicos**, como o contrato de franchising. A regulação destes contratos está em várias normas dos contratos típicos, na lei que regula as cláusulas contratuais gerais, entre outros diplomas. Um exemplo são as normas do mandato que, por força do **artigo 1156º**, se aplicam a mais tipos contratuais.

Contratos típicos e atípicos não são categorias estanques, isto é, podemos estar aqui a falar de uma graduação entre contratos mais típicos ou menos típicos. Na verdade, não existe qualquer contrato atípico, na ótica do professor Pinto Duarte, dado que todos os contratos que surgem na realidade e não se reconduzem a um modelo legal, têm pelo menos algo em comum com um tipo qualquer de contrato.

Podemos encontrar contratos intermédios (ou contratos mistos). Se tiver um imóvel que vale cem mil, mas vendo à minha sobrinha por apenas vinte mil, é uma doação ou uma compra e venda? Pode ser visto como um negócio misto. A qualificação não pode ser feita apenas pelos elementos essenciais, é preciso atender às condições específicas do caso concreto. Se for necessário, aplica-se um pouco de regimes diferentes. A doutrina desenvolveu diversas teorias nesse sentido: teoria da absorção, teoria da combinação, teoria da aplicação analógica, entre outras. No fundo, são a mesma coisa, dado que a base é sempre a analogia.

Há ainda uma figura que importa referir, a **união de contratos**. Podemos encontrar este tema sob o nome de “coligação de contratos”, mas em Portugal a denominação mais comum é mesmo “união de contratos”. Nestes casos não há um único contrato, mas sim um conjunto de contratos que estão ligados, coligados. Serão casos como compra e venda do imóvel com recheio ou o arrendamento de fração autónoma para comércio.

Aqui coloca-se a questão de saber se também estamos perante união de contratos quando são do mesmo tipo. Se comprar cinquenta carros para os vários funcionários da minha empresa, tenho cinquenta contratos ou apenas um? O professor Rui Pinto Duarte acredita que os problemas da união de contratos são resolvidos por outros institutos. A união de contratos não é uma disciplina própria, tem de se procurar consoante a função que cada contrato assume dentro da união. (Exemplo – se um dos contratos funcionar como condição, aplicaremos o regime jurídico da condição disposto no **artigo 270º e ss.**)

Nota: os casos práticos sobre esta matéria foram resolvidos na apresentação do grupo do Pedro Silva, Inês Alves e Gonçalo Portugal.

As noções de contrato nominado e contrato inominado

Uma outra classificação de contratos é aquela que distingue entre **contratos nominados** e **contratos inominados**. O contrato diz-se **nominado**, quando a lei o reconhece como categoria jurídica através de um *nomen iuris*. Pelo contrário, o contrato diz-se **inominado** quando a lei não o designa através de um *nomen iuris*, não o reconhecendo assim nas suas categorias contratuais.

A integração do contrato entre as categorias legais opera-se através da sua qualificação e depende da circunstância e dos elementos principais do contrato corresponderem aos elementos principais do tipo legal, independentemente de a vontade das partes ir ou não ao encontro dessa classificação.

Esta classificação não se confunde com outra classificação que estivemos a ver, entre contratos típicos e atípicos. O contrato diz-se típico quando o seu regime se encontra previsto na lei, sendo atípico, quando tal não sucede.

Os contratos **nominados podem ser típicos e atípicos**. O contrato **inominado é sempre atípico**. Assim, a compra e venda ou a doação são contratos nominados e típicos, uma vez que, além de possuírem um nome, têm estabelecido um regime jurídico na lei. Outros contratos, como a hospedagem, são contratos nominados e atípicos, pois apesar de a lei os reconhecer como categorias jurídicas, não estabelece qual o seu regime. Se as partes celebrarem um contrato que a lei desconheça por completo, tratar-se-á de um contrato inominado e atípico.

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS E CONTRATOS DE ADESÃO – Prof.ª Patrícia Pereira

CCG e Contratos de Adesão

Origem do fenómeno

O fenómeno das cláusulas contratuais gerais tem uma origem económica, na revolução industrial, altura em que se assistiu a uma massificação da contratação. Ao longo do tempo, foi visível uma evolução no modo de contratar, caracterizada por simplificação, economia de tempo, redução dos custos, harmonização no tratamento de clientes/fornecedores e, por fim, prevenção de lacunas.

Este tipo de contratos conheceu várias nomenclaturas: contratos de adesão, contratos *standart*, contratos padronizados, contratos-tipo, contratos pré-redigidos, ou cláusulas contratuais gerais. A expressão *allgemeine Geschäftsbedingungen*, que consta do AGB-Gesetz de 1976, é uma inspiração da lei portuguesa, que significa CCG.

Cláusulas abusivas

O problema destes contratos é o caráter potencialmente desequilibrado de algumas cláusulas contratuais, resultante da diferença de poder negocial entre as partes. É isto que está na origem da questão jurídica acerca das cláusulas abusivas (“clauses abusives”, “unfair terms”, *clausole vessatorie*”), em especial quando os aderentes são consumidores.

Evolução legislativa – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais

Em Portugal, este fenómeno está regulado pela **Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG), DL nº 446/85, de 25 de outubro**, de inspiração alemã, ainda anterior à regulação a nível europeu sobre esta matéria que só aconteceu mais tarde com a **diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril**. Com a entrada em vigor dessa diretiva, a nossa LCCG foi ajustada por quatro vezes, contudo as mais importantes foram pelo DL nº 220/95, de 31 de agosto, e pelo DL nº 249º/99, de 7 de julho. As outras foram menos significativas, tendo feito apenas correções, como a conversão dos valores para euro, em 2002.

→ Âmbito de proteção

O âmbito de aplicação e de proteção destes diplomas não é o mesmo. **A LCCG aplica-se a quaisquer contratos**, ainda que a proteção conferida aos consumidores seja mais intensa, enquanto que **a diretiva apenas tem efeito sobre os contratos de consumo**.

O DL 446/85 apenas regulava a questão das cláusulas contratuais gerais, daí a sigla LCCG. Posteriormente, **com a diretiva 93/13/CEE, a proteção conferida aos consumidores, passou a abranger quer os contratos que incorporam CCG, quer os contratos de adesão**: contratos dirigidos a pessoa ou consumidor determinado, mas em cujo conteúdo, previamente elaborado, aquele não pode influir.

Com a entrada em vigor da diretiva, houve necessidade de fazer uma leitura adaptada do diploma português, de forma a **alargar o regime da LCCG aos contratos de adesão, essencialmente através do DL 249/99**. Basicamente, o que o legislador fez foi acrescentar o **nº2 ao artigo 1º LCCG**, de modo a aumentar o âmbito de aplicação. Não houve um ajustamento integral no diploma, não tendo sido mudada a nomenclatura de modo a incluir cláusulas não contratuais.

Distinção entre contratos de adesão e CCG

Contrato de adesão é um modo particular de formação do contrato, sendo o consenso obtido por adesão, não necessariamente por recurso a CCG. A pessoa limita-se a aceitar o contrato nos exatos termos em que este lhe é apresentado, sem haver espaço para negociar. Um contrato de adesão pode ser um contrato individualizado, pode ser usado apenas para aquele caso concreto, para aquelas partes, mas uma delas

não pode negociar, tem de simplesmente aceitar. Ou seja, não tem de ser um texto contratual pré redigido que se destina a uma panóplia de contratos.

O contrato de CCG também é normalmente um contrato de adesão neste sentido, contudo **o contrato de adesão é mais amplo**, já que pode ser único, não precisa de incluir CCG. Assim, as CCG podem estar ou não incluídas num contrato de adesão.



O **artigo 1º LCCG** mostra-nos que o âmbito de aplicação de ambos é distinto. O **nº1** refere-se às CCG e diz-nos que **as CCG são elaboradas sem prévia negociação concreta, com o propósito de vir a ser inseridas numa variedade de contratos.**

Por sua vez, o **nº2** refere-se aos **contratos de adesão** diz-nos que **são contratos individualizados, embora o conteúdo previamente elaborado das suas cláusulas não pode ser influenciado pelo destinatário desse contrato, o aderente.**

O **nº3** diz-nos que o **ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretende prevalecer-se do seu conteúdo.** Normalmente essa pessoa será o proponente que terá de provar que houve negociação das cláusulas para poder afastar as regras da LCCG.

Cláusulas Contratuais Gerais

Características

→ Predisposição unilateral

As CCG são pré-elaboradas relativamente ao contrato, podendo mesmo ser elaboradas por um terceiro (*inconterms* ou CCG preparadas por associações profissionais). Depois de elaboradas, são apresentadas por uma das partes.

→ Indeterminação (generalidade)

As CCG têm um carácter geral e abstrato, havendo uma multiplicidade e indiferenciação de potenciais contraente. Não é algo que se faça especificamente para alguém em concreto, é abstrato.

→ Rigidez

As CCG são inalteráveis, implicam uma aceitação “em bloco”: ou se aceita o use rejeita. Esta última característica é tendencial, porque se se provar que uma cláusula foi negociada e teve um conteúdo diferente, vai ser esse o conteúdo que vai valer. O problema está sempre em fazer prova daquilo que foi efetivamente acordado.

Vocação universal do regime

Outro aspeto fundamental deste regime é a sua vocação universal. O **artigo 2º LCCG** estabelece que qualquer contrato é suscetível de ser regulado pelo regime das CCG, independentemente da sua forma, extensão, conteúdo ou autoria.

Para um contrato ter CCG não tem de ter uma **forma** escrita, apesar de essa ser a mais comum, sendo os exemplos mais frequentes impressos, anexos aos contratos, catálogos, cartazes ou gravações.

Por outro lado, no que toca à **extensão**, há a dizer que podemos ter um contrato em que só algumas cláusulas sejam CCG e, nesse caso, só essas cláusulas é que estão sujeitas a esse regime. O que é necessário é, no mínimo, um aspeto do contrato, até à totalidade dos elementos contratuais, com exceção da identificação do aderente.

Quanto ao **conteúdo**, podem ser regulados elementos essenciais, como o preço e qualidades do objeto contratual, mas podem ser regulados também elementos acessórios. É indiferente para a aplicação da LCCG.

Por fim, a **autoria** pode ser do proponente, do destinatário ou mesmo de terceiro.

Inserção em contratos singulares

Nas CCG temos sempre, pelo menos, duas partes, um **predisponente**, que adota as CCG, e um **aderente**, que é o destinatário das CCG que se torna parte do contrato. **Predisponente e aderente, não são necessariamente proponente e aceitante.** Depende do esquema contratual que tivermos no caso concreto.



Segue-se outro esquema bastante frequente, atendendo a que o predisponente, sendo a parte negocialmente mais forte, consegue reservar para si a última e decisiva palavra sobre a formação do contrato.



O **artigo 4º LCCG** tem como epígrafe Inclusão em contratos singulares e diz-nos que **as CCG inseridas em propostas de contratos singulares se incluem nos mesmos, para todos os efeitos, pela aceitação.** Esta norma vista sozinha não tem nenhuma especificidade, já que qualquer cláusula deverá ser, em primeiro lugar, aceite. A sua importância está na ligação com as disposições seguintes, visto que contém um regime geral.

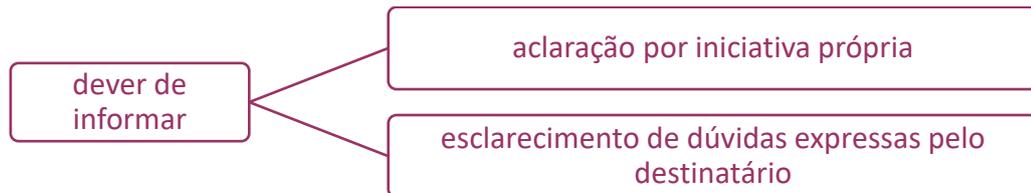
→ Comunicação

A primeira dessas normas é o **artigo 5º LCCG** que estabelece as **exigências de comunicação integral, oportuna e adequada das CCG**. Isto não é inteiramente novo, já que a comunicação integral já resultava do regime geral, mas temos algumas especificidades, já que temos um fortalecimento dessas características: a comunicação tem de ser adequada e atempada. O **nº3** acrescenta que **o ónus da prova da comunicação adequada e efetiva fica a cargo predisponente**. Isto existe porque se ele não as comunicar corretamente, as CCG não vão entrar no contrato.

Há um número muito elevado de acórdãos do STJ sobre CCG. O primeiro que vamos destacar aqui é o de 29 de janeiro de 1998, em que há uma ênfase da necessidade de conhecimento efetivo e completo das CCG, podendo não bastar a mera assinatura do documento.

→ Dever de informação

O artigo 6º LCCG fala-nos sobre o **direito de informação**. O nº1 estabelece que o contratante que recorra a CCG deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspetos nelas compreendidos cuja esclarecimento se justifique. O nº2 acrescenta que devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados.



Da leitura desta disposição, retiramos que as exigências são modeláveis em função do contexto, se estiver a falar com alguém que percebe do assunto ou não, literada ou analfabeta. Parte disto resulta com muita clareza da jurisprudência do STJ.

No **acórdão do STJ de 08-04-2010**, e o STJ diz-nos que **o âmbito dos deveres de comunicação e de informação se determina em concreto, perante o nível cultural revelado pelo aderente e a complexidade do negócio e extensão do clausulado**.

O Tribunal acrescenta ainda que a entidade que pretende inserir CCG nos contratos singulares que celebra **deve comunicá-las antes da conclusão do negócio**, de modo a proporcionar à contraparte a indispensável reflexão e um conhecimento completo e efetivo do clausulado, cumprindo-lhe ainda **informar e esclarecer espontaneamente o aderente da estrutura prático-jurídica do negócio e da sua possível vinculação a gravosos efeitos ou consequências**, sem prejuízo da diligência comum àquele exigível.

O STJ diz ainda, noutro acórdão, **acórdão do STJ de 30-10-2007**, que **não é exigível a pessoa analfabeta que domine conceitos jurídicos** como “mora”, “cláusula penal”, “rescisão do contrato” e “reserva de propriedade”, sobretudo se tais conceitos constaram das “Condições Gerais”, sendo, por isso, mais exigente o dever de informação.

Consequências da violação das regras de inserção

Também no **acórdão do STJ de 08-04-2010** é possível ler: *“o incumprimento de tais deveres implica que as cláusulas não devidamente comunicadas e informadas se devam considerar excluídas dos contratos singulares celebrados com os aderentes”*.

→ Exclusão do contrato

Assim, e confirmada pelo **artigo 8º LCCG**, a **consequência da violação das regras de inserção é a exclusão das cláusulas contratuais em causa dos contratos singulares**. Há aqui uma grande preocupação com o conhecimento efetivo do conteúdo de todo o clausulado a que o aderente se vincula.

O **artigo 8º LCCG** diz-nos que as **cláusulas excluídas dos contratos singulares são:**

- **Cláusulas não comunicadas** (violação do **artigo 5º**);
- **Cláusulas comunicadas com violação do dever de informação** (**artigo 6º**);
- **Cláusulas-surpresa**;
- **Cláusulas posteriores** (que não foram aceites).

A expressão usada pelo legislador é “consideram-se excluídas” que gera flutuações doutrinárias e jurisprudenciais quanto à consequência jurídica dessa expressão. A tendência é para reconduzir essa exclusão do contrato à inexistência jurídica, dizendo que o acordo não abrange as cláusulas, mas também à outra corrente que reconduz à invalidade (nulidade).

Isto é relevante devido ao conhecimento oficioso, já que a nulidade é de conhecimento oficioso enquanto que a inexistência jurídica não. A questão é: se num contrato que é levado a tribunal, o juiz perceber que uma das cláusulas não foi devidamente comunicada e por isso deve ser excluída do contrato, deve conhecê-la oficiosamente ou não? Existem posições doutrinárias diversas.

→ **Subsistência do contrato: artigo 9º LCCG**

O **artigo 9º LCCG** estabelece que se algumas cláusulas forem excluídas do contrato por força do artigo anterior, o resto do contrato continua a vigorar e recorre-se às regras supletivas, se existirem, ou às regras de integração dos negócios jurídicos, regras da vontade hipotética das partes para colmatar a falha das CCG (ver o **artigo 239º CC** e o **artigo 19º LCCG**).

Assim, podemos concluir que o **nº1** nos diz que a exclusão das cláusulas não importa a nulidade do contrato. Contudo, o **nº2** diz-nos que, quando da integração desse contrato ocorra uma indeterminação insuprível de aspetos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatória da boa fé, esse contrato será nulo.

Concluindo, **a regra é a manutenção do contrato sem as cláusulas excluídas**, aplicando-se em, em sua substituição, normas supletivas ou, na falta dessas, a vontade hipotética das partes, **exceto se houver indeterminação insuprível de aspetos essenciais do contrato ou desequilíbrio nas prestações atentatório da boa fé e, nesse caso, determinar-se-á a nulidade do contrato.**

Interpretação das CCG

O **artigo 10º LCCG** estabelece: **“As CCG são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam.”**

Há que salientar que a referência às regras de interpretação nos negócios jurídicos é, na verdade, uma remissão para o **artigo 236º** e, por seu lado, a referência às regras de integração desses mesmos negócios é uma remissão para o **artigo 239º**.

→ Cláusulas ambíguas

No código civil encontramos o **artigo 237º** sobre os **casos duvidosos**. O que resultaria da aplicação deste artigo é que, perante uma cláusula duvidosa, a interpretação a seguir seria no sentido de a conduzir ao melhor equilíbrio entre partes, maior equilíbrio das prestações.

Contudo, como sabemos, estes contratos de adesão são caracterizados por um certo desequilíbrio entre as partes, pelo que é necessário aplicar outra disposição. Surge então o **artigo 11º LCCG**, sob a epígrafe **cláusulas ambíguas**, segundo o qual **prevalece o sentido mais favorável ao aderente** que, em princípio, já estará em desequilíbrio.

- Acórdão da Relação de Coimbra de 20-03-2007

I - Tendo o autor e a sua noiva celebrado com a seguradora um contrato de adesão de seguro vida crédito à habitação para garantia dum empréstimo celebrado com o banco e onde se garantiu "o pagamento do capital em dívida" ao banco no caso de ocorrer a morte do segurado, uma tal cláusula é ambígua quanto ao âmbito do risco coberto: se o capital disponibilizado pelo banco quando da morte do segurado; se o capital garantido mesmo que não disponibilizado.

II - Vindo a falecer a mulher no decurso da construção da casa, dada a ambiguidade da cláusula, a interpretação deve ser feita no sentido mais favorável ao aderente e, neste caso, deverá a seguradora pagar o total de crédito garantido mesmo que ainda não disponibilizado.

Cláusulas abusivas ou cláusulas proibidas

Cláusulas abusivas são as **CCG que, não havendo dúvida sobre a sua inclusão no contrato, são proibidas por alguma disposição da LCCG**. Nesse sentido, dizer cláusulas abusivas é o mesmo que dizer cláusulas proibidas. Não se coloca aqui a questão de saber se seriam cláusulas excluídas ou se os deveres de informação não foram cumpridos, estamos antes no domínio da boa fé.

De acordo com o **artigo 12º LCCG**, as CCG proibidas por alguma disposição da LCCG são nulas. O **artigo 286º** diz-nos que a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal.

Existem, essencialmente, dois tipos de cláusulas proibidas ou dois grandes grupos:

CLÁUSULAS PROIBIDAS

Violação do princípio da boa fé	Inclusão num dos catálogos da LCCG	
	Cláusulas absolutamente proibidas (listas negras)	Cláusulas relativamente proibidas (listas cinzentas)
Artigos 15º e 16º LCCG	artigos 18º e 21º LCCG	artigos 19º e 22º LCCG

→ subsistência do contrato

Sobre a subsistência dos contratos que contêm estas cláusulas abusivas temos de recorrer ao **artigo 13º**, sobre a subsistência dos contratos singulares, e ao **artigo 14º LCCG**, sobre a redução. Não é fácil interpretar estas disposições e solução pela manutenção do contrato não é pacífica, pelo que surgiram duas teses que sustentam duas leituras possíveis.

A primeira tese sustenta que perante uma cláusula nula são possíveis duas opções:

- i) opção pela **destruição do contrato**, sendo considerada a nulidade total, ou
- ii) opção pela **subsistência do contrato alterado**, por aplicação das regras supletivas de integração. Nessa opção, **se o resultado conduzir a um desequilíbrio gravemente atentatório da boa fé, aplica-se o regime da redução**, sendo o contrato amputado das cláusulas nulas, sendo que aqui importa a remissão para o **artigo 292º**.

Os seguidores de uma segunda tese defendem o algo semelhante como resultado, mas o caminho é ligeiramente diferente. Segundo esta tese, perante uma cláusula nula:

- i) **diretamente pela redução**, havendo uma amputação das cláusulas nulas ao contrato e aí importa ver o **artigo 292º**, ou
- ii) opção pela **subsistência do contrato alterado aplicando as regras supletivas de integração**, mas se isso conduzir a um desequilíbrio gravemente atentatório da boa fé, caímos novamente na opção da redução.

→ Cláusulas abusivas: princípio geral da boa fé

Quando é que uma cláusula é proibida e, portanto, nula? O **artigo 15º LCCG** contém o princípio geral segundo o qual **são proibidas as CCG contrárias à boa fé**. No sentido de densificar esta questão, o **artigo 16º** sob a epígrafe concretização, estabelece que para a aplicação da norma anterior, devem ser ponderados os **valores fundamentais de direito** relevantes em face da situação **considerada** e, especialmente a **confiança suscitada nas partes** pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, e ainda deve ser considerado o **objetivo que as partes visam atingir negocialmente**, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.

○ exemplos jurisprudenciais de CCG abusivas por força do princípio geral

Acórdão da Relação de Lisboa de 07-05-2012
(...)
IV - Não é aceitável, actualmente, que a seguradora possa fazer prevalecer uma cláusula que lhe confira o direito de efectuar pagamentos apenas nos seus escritórios, quando para o inverso - ou seja, para receber pagamento de prémios - já nada obsta a que este seja feito por transferência bancária, à luz do princípio da boa-fé consagrado no art.º 762º do Código Civil, ferindo, por isso, de nulidade a cláusula respectiva.
(...)
Processo n.º 2393/09 - Relator: Jorge Vilaca

Acórdão do STJ de 31-05-2011
Nos contratos de financiamento do crédito para habitação, a cláusula pré-inserida pelas instituições de crédito que contemplam o arredondamento da taxa de juro para "o quarto percentual superior" exprime uma situação de desproporção e abuso do predisponente que afecta o equilíbrio das posições contratuais e a confiança do aderente, porque introduz um factor não negociado que contende com a taxa nominal de juros, agravando-se em desfavor do consumidor/mutuário aderente no contrato, não se justificando ante a patente superioridade contratual da instituição de crédito, e, por isso, sendo lesiva do princípio da boa-fé e da confiança do aderente, violando os arts. 15º e 16º das ccc, é nula por força do art. 12º do mesmo diploma.
Processo n.º 854/10 - Relator: Fonseca Ramos

→ catálogos (abertos) das cláusulas abusivas

Como já se disse, existem **cláusulas absolutamente proibidas** (listas negras) previstas nos **artigos 18º e 21º**, e **cláusulas relativamente proibidas** (listas cinzentas) previstas nos **artigos 19º e 22º**. A primeira nota é que esses catálogos não são exaustivos, são antes exemplos em que o legislador considera as CCG como inválidas.

- As **cláusulas absolutamente proibidas** são nulas, independentemente de qualquer valoração complementar.
- As **cláusulas relativamente proibidas** vêm a sua nulidade dependente de um **juízo valorativo complementar, em função do quadro negocial padronizado**. Este **quadro negocial padronizado** significa que se deve atender a aspetos como o tipo de contrato em questão, a natureza do bem ou serviço a prestar, o contexto em que o negócio ocorre (ramo económico, situação de mercado), a natureza das partes ou os elementos caracterizadores da relação em causa.
 - **Catálogos de cláusulas abusivas: âmbito subjetivo**

Para aplicação das proibições anteriormente destacadas, importa conhecer o âmbito subjetivo do contrato viciado. Assim sendo, diferenciamos entre as **relações entre profissionais** previstas no **artigo 17º LCCG** e as **relações entre consumidores ou outras** previstas no **artigo 20º LCCG**. Assim, conjugando as várias disposições já apresentadas ficamos com o seguinte esquema:

		Todos os contratos, com exceção dos celebrados entre profissionais (artigo 20º LCCG)	
		absolutamente proibidas	relativamente proibidas (consoante o quadro negocial padronizado)
Contratos celebrados entre profissionais (artigo 17º LCCG)		Artigo 18º LCCG	Artigo 19º LCCG
		Artigo 21º LCCG	Artigo 22º LCCG

- **Artigo 18º LCCG** – cláusulas absolutamente proibidas em todos os contratos;
 - **Artigo 19º LCCG** – cláusulas relativamente proibidas em todos os contratos;
 - **Artigo 21º LCCG** – cláusulas absolutamente proibidas em contratos não celebrados entre profissionais;
 - **Artigo 22º LCCG** – cláusulas relativamente proibidas em contratos não celebrados entre profissionais.
- **Ação inibitória**

O **artigo 25º** prevê a **ação inibitória** como forma de proibição por decisão judicial da utilização futura de CCG que contrariem o disposto nos artigos 15º, 16º, 18º, 19º, 20º e 21º, independentemente da sua inclusão efetiva em contratos singulares.

O **artigo 26º** estabelece nas suas várias alíneas a **legitimidade ativa** para intentar a ação destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de CCG. Por seu lado, o **artigo 27º** estabelece contra quem é que a ação referida na disposição anterior pode ser intentada, isto é, estabelece a **legitimidade passiva**: contra quem, predispondo CCG, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos, ou ainda quem as recomende a terceiros.

Nota: Os exercícios sobre as CCG foram resolvidos pelo grupo da Beatriz, Sofia e Lua.

MODALIDADES DOS CONTRATOS

Algumas modalidades contratuais estão **espelhadas diretamente na lei**, outras são **construções doutrinárias**. São classificações que atendem a diversos elementos, como ao modo de formação dos contratos, à sua causa ou aos seus efeitos.

Contratos consensuais e contratos formais

Quanto há forma dos contratos, a regra geral é a liberdade de forma, consagrada no **artigo 219º**. Quando os contratos seguem esta regra geral, não havendo qualquer forma legal exigida, temos **contratos consensuais**, contudo quando a há, estamos perante **contratos formais**.

Contratos reais *quoad constitutionem* e contratos reais *quoad effectum*

A segunda distinção relaciona-se com o modo de formação e aqui distinguimos entre os **contratos reais *quoad constitutionem*** e os **contratos reais *quoad effectum***. Desde o antigo direito romano, a regra era a de que o contrato ficava perfeito com o consenso das partes (contratos reais *quoad effectum*), contudo, mais tarde, começaram a surgir contratos que pressupunham a entrega de uma coisa para iniciar a produção de efeitos, não bastando o acordo (contratos reais *quoad constitutionem*).

Esta segunda hipótese tem como exemplos o comodato ou o mútuo, previstos nos **artigos 1129º e 1142º** respetivamente, ou ainda o depósito ou o penhor. Em qualquer um dos exemplos, o contrato só fica perfeito com a entrega da coisa (*dacio rei*), logo são contratos reais *quoad constitutionem*.

Por exemplo, se alguém vai emprestar um livro, mas não chega a entregar este, não haverá contrato de comodato. A mesma coisa sucede com o contrato de mútuo, sendo que a principal diferença é que no comodato temos uma coisa infungível, ao passo que no mútuo, estará em causa dinheiro ou outra coisa fungível. Importa também referir que o comodato é sempre gratuito, mas o mútuo pode ser gratuito ou oneroso.

O que interessa aqui é que o contrato só se torna perfeito com a entrega da coisa. Convém ter sempre presente a articulação entre os vários institutos jurídicos, dado que nenhum é imune aos outros, sendo que há que relacionar estas regras com os princípios da conversão do negócio jurídico: se disser que vou emprestar e não empresto, há a possibilidade de transformar num contrato promessa de mútuo.

Outro contrato real neste sentido é o depósito, no **artigo 1185º**. Este também é um contrato real *quoad constitutionem*, dado que o contrato só fica perfeito no momento em que a coisa é entregue e apenas existem as obrigações de guardar e devolver a coisa. Outro exemplo é o penhor, no **artigo 669º**, dado que o penhor apenas produz os seus efeitos pela entrega da coisa empenhada. É por esta razão que **estes contratos são todos contratos unilaterais ou não sinalagmáticos**.

Nota: voltaremos a esta diferenciação a propósito do tema dos efeitos dos contratos.

Contratos gratuitos e contratos onerosos

Importa distinguir os contratos gratuitos dos contratos onerosos. O que está em causa é **saber se a uma atribuição patrimonial derivada de um determinado negócio jurídico, lhe corresponde ou não um sacrifício patrimonial suportado pelo seu beneficiário**. Se o contrato é fonte recíproca de atribuições patrimoniais, é oneroso. Se só uma das partes beneficia nesse sentido, então o contrato é gratuito, caso da doação ou do comodato.

Precisamente porque se trata de um conceito de relação, **às vezes dentro da relação jurídica complexa que deriva do contrato, pode haver situações de onerosidade ao lado de situações de alguma gratuitidade**. Por exemplo, o contrato de fiança (garantia pessoal) é um contrato que visa facilitar o crédito, celebrado entre o fiador e o credor, trazendo para o fiador uma atribuição patrimonial que muitas vezes é gratuita. É uma vantagem para o devedor, dado que é gratuito. Este é um exemplo de que o mesmo contrato pode ser simultaneamente oneroso e gratuito: oneroso entre as partes (banco e devedor) e gratuito entre o devedor e o terceiro (fiador). O devedor vai receber uma vantagem patrimonial, a facilidade de crédito, que não conseguia sem a fiança. Isto para dizer que é um conceito de relação e que podem estas situações coexistir numa situação jurídica complexa.

No caso do mútuo bancário é oneroso, porque o banco vai fazer uma atribuição patrimonial em favor do devedor, um sacrifício patrimonial, mas em troca de um benefício patrimonial, os juros que serão pagos pelo devedor. Do lado do devedor acontece exatamente o mesmo, só que a vantagem é o empréstimo do banco e o sacrifício é o juro remuneratório.

Sobre esta distinção, importa dizer que há **liberalidades em vida e liberalidades por morte**. Esta segunda categoria está reduzida na figura do testamento (negócio jurídico unilateral), mas também podemos ter liberalidades por morte através de contratos como pactos sucessórios e contratos sucessórios. Há duas fontes de vocação sucessória, a lei e a vontade do *de cujos*. Ao lado da liberdade de testar, o outro valor aqui em causa é a proteção da família. A sucessão contratual vem prevista no **artigo 2028º**.

Esta distinção entre contratos onerosos ou gratuitos tem uma grande relevância prática. Por exemplo, a impugnação pauliana, prevista no **artigo 612º**, está dependente da natureza dos contratos.

A acrescentar que dentro dos contratos onerosos é possível distinguir entre **contratos aleatórios e contratos não aleatórios ou comutativos**. No caso do contrato de compra e venda, por exemplo, parte-se do pressuposto que aquilo que se vai pagar pela coisa equivale ao seu valor. Quando assim é, estamos perante um contrato **não aleatório ou comutativo**. Mas existem também contratos onerosos que são aleatórios, por exemplo, o contrato de jogo e aposta regulado pelo **artigo 1245º**. Os **contratos aleatórios**, por sua vez, são caracterizados pela incerteza em torno do lucro que pode resultar dos mesmos.

Contratos bilaterais e unilaterais

Os contratos bilaterais ou **sinalagmáticos** são aqueles em que **as obrigações das partes possuem um vínculo correlativo tão forte que a prestação de um depende da do outro**, como podemos depreender do **artigo 428º**.

Por sua vez, os contratos **unilaterais** possuem a **característica de apenas originarem obrigações para uma das partes** (são casos disso o mútuo, comodato e contrato de depósito, como já vimos). Vejamos o **artigo 1185º e seguintes** sobre o contrato de depósito como exemplo. Mediante o **artigo 1199º** poderíamos afirmar que afinal o depositante também tem obrigações, em que ficamos? Estas obrigações do depositante não surgem como correlativas das do depositário, nomeadamente a da de restituir a coisa. O que está em causa aqui são casos que podem ou não suceder, consoante a vontade das partes, sendo que o contrato de depósito pode ser oneroso e aqui já será bilateral, como é o caso do **artigo 1199º**. Em todo o caso, e regra geral, estas obrigações do depositante não são correlativas da obrigação principal do contrato.

No **sinalagma**, aquilo que corresponde à vontade das partes é essa **correlação intrínseca entre as obrigações**, sendo que uma deriva da outra e a vida de uma está condicionada pela vida da outra, dado que uma não sobrevive sem a outra. Os romanos distinguiam entre **sinalagma genético**, isto é, não há uma obrigação sem a outra e se uma for nula, a outra também, e **sinalagma funcional**, sendo que esta ideia de interdependência acompanha o contrato em toda a sua vida, no sentido de que se uma das prestações se impossibilitar, o contrato deixa de produzir efeitos mediante a figura da caducidade. Basicamente, não se pode exigir o cumprimento de uma das prestações sem se cumprir a outra.

Regime próprio dos contratos sinalagmáticos

Este regime incide sobretudo nas figuras: exceção do não cumprimento, caducidade por caso fortuito ou de força maior e impossibilidade definitiva.

A **exceção de não cumprimento**, prevista no **artigo 428º**, é a faculdade que nos contratos bilaterais sinalagmáticos, **cada parte tem de recusar a sua prestação enquanto a outra, por seu turno, não realizar a prestação ou não oferecer a realização simultânea**. É o caso da compra e venda, da locação ou da empreitada. O comprador paga o preço porque quer a coisa, o vendedor entrega a coisa porque quer o preço. O empreiteiro só entrega a obra, quando recebe o preço. O locatário só paga a renda para ter o gozo da coisa.

Contudo, convém ter em atenção que nestes contratos bilaterais ou sinalagmáticos, **nem todas as obrigações estão abrangidas pelo vínculo sinalagmático**, apenas as principais que são causa jurídica uma da outra, isto é, são interdependentes. Uma não pode constituir-se sem a outra, não vive sem a outra.

É de realçar que alguns contratos ditos bilaterais sinalagmáticos, não o são na realidade, caso do mandato e do depósito, já que são unilaterais, no sentido em que só criam obrigações para uma das partes. O mandatário obriga-se a atuar em nome e por conta do mandante. Já no depósito, o contrato fica perfeito com a entrega da coisa, restando apenas a obrigação do depositário de guardar a coisa.

Tanto o mandatário como o depositário têm direito a ser reembolsados das despesas que possam vir a ter por cumprir a sua obrigação. Essas obrigações de reembolso que surgem para o mandante e para o depositário são obrigações acidentais, não implicam um vínculo sinalagmático. Nesse sentido, veja-se o **artigo 1167º alíneas c) e d)** sobre as obrigações do mandante. O mesmo se diz sobre o **artigo 1199º alíneas b) e c)**. A doutrina costuma chamar a estes contratos de **contratos sinalagmáticos imperfeitos**. É meramente doutrinal, já que não há qualquer aplicação do regime específico dos contratos bilaterais sinalagmáticos.

Este vínculo sinalagmático, vínculo de corresponsabilidade, que liga (apenas) as obrigações principais das partes, define o tipo legal do contrato. A vontade das partes a vincular-se é motivada pela prestação da contraparte: eu pago o preço porque quero a coisa. É o **sinalagma genético**, tem que ver com a génese, a origem do contrato. Isto é, se uma das obrigações for nula, o contrato será também inválido. Uma vez que há esta interdependência, se uma das obrigações for impossível, caem as duas. O exemplo caricato é o de alguém que se compromete a vender a estátua do marques de pombal. Essa prestação é nula, logo o outro não vai pagar o preço. Nos termos do **artigo 401º nº1**.

É isto que está na origem do chamado **sinalagma funcional**. É a mesma lógica que está na origem (se no genético, uma nasce porque a outra nasce): se uma não for cumprida, a outra também não será. Falamos em sinalagma genético na sua constituição, e sinalagma funcional quando falamos da sua execução. Há três institutos que são reflexo deste sinalagma funcional.

→ **Caducidade por caso fortuito ou de força maior**

Insere-se na teoria do risco obrigacional. Se uma das obrigações se extingue por impossibilidade não imputável ao respetivo devedor, surge a caducidade não dessa prestação, mas de todo o contrato. O outro devedor também fica desonerado da sua obrigação. Quem suporta o risco é o devedor da obrigação que não é possível, tornando inválido todo o contrato. Isto gera a não exigibilidade da contraprestação, ele já não vai receber. Isto acontece porque quando as partes conceberam aquele contrato, fizeram-no de uma forma que a falta uma prestação faz a outra perder o sentido.

A caducidade de uma prestação, gera a não exigibilidade da outra. Esta é uma ideia de **justiça cumulativa**, é uma aplicação do **princípio da interdependência das obrigações sinalagmáticas**: da mesma maneira que se exonera pelo seu débito aquele que não pode cumprir, também é privado pelo seu crédito. É isto que se lê no **artigo 795º nº1**. Nos termos deste artigo, se algum dos contraentes já tiver prestado, tem o direito de exigir o que já entregou ou pagou.

→ **Exceção de não cumprimento do contrato e resolução por incumprimento definitivo**

A exceção de não cumprimento do contrato e incumprimento definitivo são os instrumentos que levam a que um contraente não tenha de cumprir se a outra parte também não cumprir, como podemos ver no **artigo 428º**. Isto se estivermos perante um incumprimento temporário, é uma situação transitória, é um atraso. Daí que uma parte possa reter a prestação, por exceção do não cumprimento.

Se já não for um atraso, mas um **incumprimento definitivo**, as coisas são diferentes. O contrato pode ser resolvido e a prestação será repetida, se já tiver sido cumprida, **artigo 801 nº2**.

Vamos agora aprofundar o principal destes institutos, a exceção do não cumprimento do contrato que foi o tema da tese do professor José João Abrantes.

Em especial, a exceção do não cumprimento do contrato

A ***exceptio non adimpleti contractus*** vem prevista no **artigo 428º e seguintes**. Já vimos em que é que consiste, e é exatamente esta ideia que vem refletida no **nº1**, que traduz esta ideia de interdependência das obrigações. Se não for estipulado nada entre as partes, o prazo será o mesmo para prestação e contraprestação. De certa forma, isto resulta da natureza do próprio contrato. Portanto, se não forem fixados prazos diferentes para o cumprimento das prestações, elas deverão ser cumpridas simultaneamente.

Os pressupostos para aplicação deste instituto são:

- Existência de um contrato bilateral;
- Não existência de obrigação de cumprimento prévio por parte do contraente de invoca a exceção;
- Não cumprimento ou não oferecimento simultâneo da prestação;
- Não contrariedade à boa fé.

Assim sendo, o **primeiro pressuposto** de aplicação deste instituto é a existência de um **contrato bilateral**. Há, no entanto, que frisar alguns aspetos que poderiam suscitar algumas dúvidas. Dentro dos contratos bilaterais, há alguns que pela sua estrutura poderiam levantar dúvidas acerca da sua inserção nesta categoria no que toca à aplicação da exceção do não cumprimento.

É o caso dos **contratos plurilaterais**, sobretudo o contrato de sociedade. A lógica intrínseca é exatamente a mesma. Isto significa que qualquer sócio tem o direito de não realizar a sua entrada, enquanto os outros não o fizerem. Não há nenhum motivo para afastar a aplicabilidade da exceção. A questão que se pode discutir é se o incumprimento for parcial ou meramente defeituoso. Isto é, se todos não cumprirem, posso dizer que não cumpro, mas o que acontece se só alguns não cumprirem? Vamos voltar a este tema, quando falarmos dos contratos plurilaterais em concreto.

Uma outra questão é a dos **contratos de execução duradoura** ou contratos de duração, como é o caso dos contratos de trabalho. Também aqui se aplica a exceção do não cumprimento já que são bilaterais: cada uma das obrigações nasce em função da respetiva contraprestação. Eu pago o preço do fornecimento da eletricidade, para a receber. Eu trabalho, para receber o meu salário.

Foco agora no segundo requisito, **não existência de obrigação de cumprimento prévio por parte do contraente de invoca a exceção**. Como já foi referido, se não for estipulado nada entre as partes, o prazo será o mesmo para prestação e contraprestação. Por maioria de razão, no caso de as prestações não serem simultâneas, apenas pode invocar a exceção aquele que é suposto cumprir em segundo lugar.

Suponha-se que a entrega da coisa pelo A tem como prazo o dia 23, e o pagamento do B tem como prazo o dia 30. Significa que só o B pode exigir o cumprimento no dia 23 e só ele tem o direito de invocar a exceção de não cumprimento.

Há determinadas situações específicas. Aqui importa ver o **artigo 429º**. A exceção não pode, em princípio, ser invocada pelo contraente que está obrigado a cumprir em primeiro lugar. No entanto diz-nos esta disposição que “ainda que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, tem o contraente a faculdade de recusar a respetiva prestação enquanto o outro não cumprir ou não der garantias de cumprimento, se, posteriormente ao contrato, se verificar algumas das circunstâncias que importam a perda benefício do prazo”. Isto significa que se o benefício do prazo de o B pagar uma semana depois do A se tiver perdido, o A também passa a ter a faculdade de reter.

Isto resulta da conjugação do **artigo 428º** sobre o cumprimento simultâneo das obrigações, com o **artigo 780º** que prevê a figura do benefício do prazo. Assim, o que temos no **artigo 429º** é uma mera remissão para o **artigo 780º**, isto porque, havendo um prazo do qual beneficia o B, que pode exigir a prestação no dia 23, mas só tem de cumprir no dia 30, se esse prazo se perder, então volta-se à regra do cumprimento simultâneo. O Professor considera que esta disposição é desnecessária porque resulta da conjugação natural do **artigo 428º** com o **artigo 780º**.

Em suma, ao perder o benefício do prazo, volta ao cumprimento simultâneo e, portanto, volta-se à regra geral da exceção do não cumprimento.

Face a uma situação de insolvência ou face a uma situação de diminuição da garantia patrimonial, o que acontece é a perda do benefício do prazo. O que aconteceria é que o A cumpriria no dia 23 e o B poderia não cumprir por estar insolvente e não ter património que garantisse o crédito do B. O sumo é que quando perdemos o benefício do prazo, voltamos à regra geral do **artigo 428º** e continua a valer a exceção do não cumprimento. É neste sentido que a doutrina tem interpretado o **artigo 429º**, sendo a posição professor José João Abrantes.

O professor Adriano Vaz Serra trata deste assunto e nos trabalhos preparatórios do nosso código civil, entendeu que o **artigo 429º** era mais do que uma remissão para o **artigo 780º**, dado que se poderia aplicar a qualquer situação de diminuição de garantias. Acontece que a generalidade da doutrina repudiou esta tese por afetar a segurança jurídica e por não ter acolhimento no texto legal.

Há, contudo, uma novidade importante no **artigo 428º nº2** em relação ao regime do **artigo 780**, que é a impossibilidade de afastamento da exceção mediante a prestação de caução ou reforço de garantias. Diz o **nº2 do artigo 428º** precisamente, **que a exceção não pode ser agastada mediante a prestação de um reforço das garantias**.

Passando agora para o terceiro pressuposto deste instituto, **o não cumprimento ou não oferecimento do cumprimento simultâneo da prestação**. Discute-se se não pode ser equiparado ao cumprimento defeituoso ou meramente parcial, dado que as prestações só se consideram plenamente realizadas quando se dá o cumprimento.

Isto relaciona-se com o quarto, e último, pressuposto, que aliás é um pressuposto essencial de qualquer relação jurídica obrigacional, a **não contrariedade da boa fé**, previsto no **artigo 292º**. Tem que ver com a tutela da confiança da outra parte e com a busca de soluções materiais efetivas, e não meramente formais. Há a ideia de que os contratos devem ser cumpridos pontualmente não apenas na sua letra, mas também, e sobretudo, no seu espírito.

A exceção do cumprimento meramente parcial ou defeituoso pode ser ou não invocada? Depende. Depende de vermos a realidade da situação em função daquele que é o fundamento do contrato, que é garantir o seu cumprimento na totalidade. Este instituto é um meio de garantia da contraprestação, mas é também um meio de pressão para o cumprimento da contraprestação. É nesta perspetiva, face a este fundamento, que vamos ver o que acontece num cumprimento meramente parcial ou defeituoso.

Importa saber a gravidade desse cumprimento meramente parcial ou defeituoso. Não se pretende que o contraente se pretenda aproveitar de uma falha mínima do incumprimento parcial muito escasso ou incumprimento defeituoso de escassa importância para por em causa o próprio contrato, mas que ele respeite o fundamento que é a execução do tal contrato. Não pode aproveitar-se de um pretexto, de uma falha mínima. Esta tem sido a corrente maioritária.

Agora, se por exemplo, num contrato de locação, se houver situações de tal forma graves como a falta de eletricidade ou de obras imputáveis ao senhorio, embora ele permita a permanência do inquilino, a história já pode ser outra. É um incumprimento que já importa a invocação da exceção. Tem de ser algo que corresponda ao fundamento deste instituto. Já se estivermos perante o caso em que a casa tem uma pequena fissura na parede, o inquilino não se pode recusar a pagar a renda.

Está aqui subjacente uma **ideia de proporcionalidade entre as duas prestações**. A doutrina é a admissibilidade de exceção de não cumprimento por cumprimento defeituoso ou parcial para o fim que ela deve ter (execução do contrato de acordo com a boa fé) e não para ele se subtrair da sua obrigação. Importa aqui a importância desse incumprimento. Há que fazer uma interpretação da falha. Estamos sempre na ideia do equilíbrio sinalagmático.

O efeito principal da exceção do não cumprimento é, então, a suspensão da exigibilidade da obrigação do excipiente. O fundamento do instituto é a exceção do contrato e este é um princípio que temos de ter presente porque norteia a regra do **artigo 428º**, que é de carácter imperativo, ou seja, não admite convenção em contrário. Não pode ser afastada por vontade das partes.

Esta ideia visa assegurar a **manutenção da interdependência das obrigações em todos os momentos**, desde a sua génese (sinalagma genético) à sua execução (sinalagma funcional). É o mesmo espírito que está presente nos **artigos 430º e 431º**.

→ Contrato de trabalho

Vamos agora falar especificamente do contrato de trabalho que é **bilateral** e de **execução duradoura**. Também aqui se pode aplicar a execução do não cumprimento, mas com algumas especificidades.

No contrato de trabalho temos, normalmente, uma situação em que o trabalhador trabalha durante todo o mês e o empregador paga o seu salário no fim desse mês. Estamos, em princípio, naquele caso em que há uma parte que tem de cumprir em primeiro lugar, o trabalhador, logo não pode invocar a exceção de não cumprimento. Isto significaria que quando o trabalhador faltasse, a entidade patronal poderia não lhe pagar, contudo isso não é assim, já que há um regime especial para o contrato de trabalho, distinguindo faltas justificadas de faltas injustificadas.

Interessante aqui é falarmos na situação do trabalhador que tem de cumprir em primeiro lugar. Significará isto que não pode invocar a exceção do não cumprimento? Vamos supor que trabalhou o mês de novembro, mas a entidade não lhe paga. Volta a trabalhar no mês de dezembro e volta a não receber. Pode o trabalhador recusar-se, em janeiro, a trabalhar?

Há que entender que o contrato de trabalho como um todo. O objetivo é um cumprimento total unitário e, portanto, seria completamente contrário à boa fé que viéssemos a considerar, o facto de o trabalhador cumprir primeiro como impeditivo para invocar a exceção de não cumprimento. Isto aliás já vem no contrato de trabalho, a possibilidade de suspender ou resolver o contrato de trabalho se tiver salários em atraso.

Quando o professor escreveu a sua tese, ainda não havia este regime dos salários em atraso, mas já defendia esta posição. (nota 40 da pág. 58 do livro da tese, mas sobretudo o anexo I, já posterior que diz respeito a esta matéria, pág. 191 a 212).

Nota: importa aqui rever o nosso trabalho sobre a *exceptio* no contrato de trabalho e na questão dos salários em atraso.

A cessão da posição contratual

De acordo com a definição do professor Menezes Leitão, a **cessão da posição contratual corresponde à transmissão por via negocial da situação jurídica complexa que de que era titular o cedente em virtude de um contrato celebrado com outrem e com a autorização da contraparte.**

Este instituto, aparentemente, apenas se reporta aos contratos bilaterais e sinalagmáticos, uma vez que o **artigo 424º nº1**, sobre a noção de cessão da posição contratual, apenas refere “contratos com prestações recíprocas”. Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência têm discutido a possibilidade de esta figura também se aplicar a contratos não sinalagmáticos e contratos bilaterais em que a prestação já tenha sido realizada.

No **artigo 428º** há referência expressa a contratos bilaterais. No entanto, no que toca à cessão da posição contratual, bem como à sua definição legal, o que temos é “prestações recíprocas”, o que não implica necessariamente que esta figura esteja reservada aos contratos bilaterais (pode não haver um vínculo que as una). Ainda assim, o **âmbito natural de aplicação da figura da cessão da posição contratual é o dos contratos bilaterais.**

Esta figura encontra a sua origem no direito romano clássico e sempre foi sempre muito discutida. A ideia é alguém passar a complexidade da sua posição jurídica (quer ativos, quer passivos) a um terceiro; a consequência seria quem cede passar a ser estranho ao negócio e o terceiro a assumir a sua posição nele.

Assim, quanto aos **requisitos necessários à cessão da posição contratual que retiramos do artigo 424º, temos:**

- Um contrato a estabelecer a transmissão da posição contratual, celebrado entre o cedente e um terceiro;
- O consentimento a essa cessão por parte do outro contraente;
- A inclusão da referida posição contratual no âmbito dos contratos com prestações recíprocas.

Como é evidente, temos aqui um requisito básico que decorre dos princípios gerais de direito: o **consentimento da outra parte**. Para o professor José João Abrantes, a cessão da posição contratual deve ser tomada de forma unitária. O mais importante a ter em conta é que existe **uma certa combinação entre a cessão de créditos e a novação de dívidas**, mas vista de forma unitária. A única questão é que a titularidade da relação jurídica vai passar do primitivo contraente para um terceiro, o que, naturalmente, implica o consentimento da outra parte.

O contrato inicial, **contrato-base**, surge originalmente **entre o cedente e o cedido**. A ele sucede o **contrato de cessão**, contrato pelo qual posso ceder a um terceiro a minha posição contratual, **podendo este ser oneroso ou gratuito**. Pode revestir a forma de uma compra e venda (artigo 874º), de uma doação (artigo 940º), de uma sociedade (artigo 984º c)), de uma dação em cumprimento (artigo 837º), de uma dação *pro solvendo* (artigo 840º), ou ainda de um ato de constituição de garantia, uma vez que não existem limitações de ordem causal à transmissão da posição contratual.

A cessão da posição contratual **não é, porém, e como já vimos, admissível sem o consentimento do outro contraente**, prestado antes ou depois da celebração do contrato, resultando assim do efeito conjugado das declarações negociais do cedente, cessionário, e da outra parte no contrato transmitido. Facto é que todos veem a sua situação jurídica afetada pela cessão da posição contratual, pelo que todos terão de consentir na transmissão. E, relação às primitivas partes do contrato, a cessão resulta de um negócio de disposição sobre a relação obrigacional complexa, enquanto que em relação ao cessionário ela resulta de um negócio obrigacional.

Regra geral, o negócio de cessão da posição contratual é celebrado primeiro entre cedente e cessionário, ficando depois a sua eficácia dependente da aceitação do outro contraente, mas este pode igualmente dar previamente o seu consentimento a toda e qualquer cessão da posição contratual, **consentimento esse que é irrevogável**. Neste último caso, o contrato entre cedente e cessionário não produzirá efeitos logo que celebrado, mas apenas com a notificação ou reconhecimento da transmissão da posição contratual pela outra parte do contrato, nos termos do **artigo 424º nº2**.

No **artigo 425º** encontramos o **regime geral da posição contratual**. O **cedente** desaparece da relação jurídica e a sua posição no contrato passa para o **cessionário**, com o consentimento do **cedido**.

Um pequeno à parte para percebermos que, além desta figura, há no Direito Privado várias outras que seguem a mesma linha. Temos, por exemplo, o arrendamento: quando o senhorio aliena o prédio, ocorre uma cessão de posição contratual. Na locação, a morte do locador, em princípio, significa uma transmissão *ope legis* para os herdeiros (mas houve alterações na lei).

Nestes exemplos, **a cessão da posição contratual distingue-se do subcontrato**. No caso do arrendamento, se A (proprietário e senhorio) vender o prédio a C, então B (arrendatário) vê cedida a posição contratual que era de A. Tem-se que C passa automaticamente a ser o novo senhorio pela transmissão da propriedade para si. Há aqui uma mudança do sujeito, mantendo-se a relação contratual perfeitamente idêntica. Mas e se B, com base no contrato de arrendamento que faz com A, subarrendar a C? O que aqui temos são dois contratos: mantém-se o contrato de arrendamento entre A e B, e é celebrado um contrato entre B e C (subarrendamento) com base no primeiro contrato de arrendamento. O subcontrato é algo diferente da cessão da posição contratual. **Na cessão da posição contratual, há uma transmissão da posição de um sujeito para outro** (apenas mudam os sujeitos); **no subcontrato, o contrato inicial mantém-se estático, mas acrescenta-se um novo contrato**.

Regressando ao regime geral da cessão da posição contratual, importa acrescentar que o **cedente se limita a garantir a posição contratual tal como ela existe no momento da cessão**, e nada mais. Se por qualquer motivo se quiser que continue a responder, terá de haver uma convenção nesse sentido.

Uma última nota para dizer que, havendo cessão da posição contratual, **os direitos e os deveres das partes se mantêm**. A única diferença é que no lugar do cedente passa a estar o cessionário, pelo que é natural que a contraparte continue a ter os mesmos direitos e deveres que tinha antes. Mesmo assim, tem de consentir na cessão (exceto se a cessão decorrer da própria lei, *ope legis* – caso do senhorio que vende o prédio). E pode reservar-se direitos decorrentes de outras relações como própria condição do seu consentimento (garantias, se forem convencionadas).

Nota: Os exercícios sobre a cessão da posição contratual foram resolvidos pelo grupo da Margarida Alegria, Seromenho e Telma Nabais.

EFEITOS DOS CONTRATOS

Uma das principais características dos contratos é a **relatividade**, isto é, regra geral, os contratos produzem efeitos interpartes, sendo por isso bilaterais ou sinalmáticos. Importa agora direcionar a nossa atenção para o **artigo 405º, liberdade contratual**, e para o **artigo 406º, eficácia dos contratos**.

Resulta desta segunda disposição que **os contratos devem ser cumpridos pontualmente, i.e.**, ponto por ponto, não só de acordo com a sua letra, mas também de acordo com o seu espírito.

Os contratos são fontes de obrigações, mas podem ser fontes de outras relações jurídicas, nomeadamente de constituição de direitos reais. Exemplo: o contrato de compra e venda é definido como aquele em que uma parte se obriga a entregar uma coisa a outra parte e a outra parte se obriga a pagar o preço, mas um outro efeito

relevante é a transferência da propriedade (por mero efeito do contrato). Para além das obrigações das partes, a compra e venda tem o importantíssimo efeito da transmissão da propriedade. Assim sendo, falamos não só em **eficácia obrigacional**, mas também em **eficácia real** dos contratos.

Os **artigos 408º e 409º** são fundamentais neste tema. A regra geral é a eficácia real do contrato nos termos do **artigo 408º nº1**. Contudo, o **artigo 409º** apresenta um caso em que os efeitos do contrato estão dependentes de uma condição para se efetivarem. Havendo uma reserva de propriedade, num contrato de alienação, designadamente numa compra e venda a prestações, por exemplo, é possível o vendedor dizer que a coisa só se transmite quando o pagamento estiver completo.

O que resulta da conjugação destes dois artigos? Havendo um contrato de compra e venda de uma propriedade, se nada for dito, não há reserva de propriedade, e a propriedade transmite-se imediatamente. Só haverá reserva se ela for estabelecida pelos contraentes.

A **reserva de propriedade** é uma cláusula de condição suspensiva que sujeita a transmissão da propriedade da coisa a um facto futuro e incerto (que pode ser o cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte). Mas se houver sujeição a registo, a cláusula tem de ser registada para que possa ser oposta a terceiros.

FORMAS DE EXTINÇÃO DE CONTRATOS – Professora Joana Farrajota

O tema agora é a **cessação de contratos ou extinção de contratos. A morte natural dos contratos é com o cumprimento de ambas as partes**. Caso da compra e venda. A razão pela qual se celebra o contrato é cumprida, logo ele extingue-se. Contudo, **pode acontecer que estes faleçam por outras razões**.

É possível que os contratos tenham vicissitudes desde o seu nascimento. Vícios originários que não permitem que o contrato seja válido, por outras palavras, são vícios que não vão permitir que o contrato produza os seus efeitos normais. Como é o caso de venda de coisa alheia, por exemplo.

Há ainda **casos em que o contrato é corretamente celebrado, mas posteriormente acontece alguma coisa que faz com que o contrato cesse**, sem ser pelo cumprimento. São estes os casos que vamos agora estudar. São possíveis diferentes caracterizações, mas as modalidades de extinção mais comuns que encontramos na doutrina são a **caducidade, denúncia, revogação e resolução**.

Antes de olharmos para cada uma delas, há que ver que esta distinção não é clara, ou seja, **as fronteiras entre as quatro nem sempre são nítidas**. Até a própria lei confunde, por vezes, estes institutos, a par da doutrina e da jurisprudência. Este problema não é exclusivo ao nosso ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, **esta classificação não obedece a um critério único**. A única coisa que têm em comum é serem formas de extinção de negócios jurídicos celebrados validamente em resultado de factos supervenientes, mas existem outras tais como a impugnação pauliana, por exemplo.

Finalmente, importa referir que **esta classificação não é absolutamente linear**, sendo que reúne atos, ou seja, ações dirigidas à extinção do contrato (Exemplo – denúncia), mas também efeitos, como é o caso da caducidade.

Caducidade

A **caducidade** pode ser definida como a **forma de extinção *ex nunc* de uma situação jurídica, *ipso iure***, pelo decurso do tempo, a sua principal causa, ou pela verificação de qualquer facto superveniente a que se atribua um efeito extintivo ao vínculo contratual. É uma forma de extinção automática porque não depende de um ato ou declaração.

Os melhores exemplos são as leis e os decretos-lei que contêm uma norma que delimita o seu tempo de vigência (Ex: o presente DL vigora até 2 anos após a entrada em vigor). No plano dos contratos, temos aqueles que estão sujeitos a condição ou termo resolutivos (Ex: contrato de rega do jardim que caduca no primeiro dia de chuva do ano).

Em termos sintéticos, as características mais importantes da caducidade são o seu **efeito automático e apenas para o futuro**. O contrato deixa de produzir efeitos a partir da altura em que caduca.

Denúncia

A **denúncia** é uma forma de extinção dos contratos unilateral, *ad libitum*, para o futuro de um contrato de duração indeterminada, impedindo a sua prossecução ou renovação automática. Ao contrário da caducidade, a denúncia não é um efeito automático, depende de um ato jurídico, de uma declaração.

Se tivermos um contrato de prestação de serviços (Exemplo – fornecimento de electricidade), é um contrato de execução duradoura onde vamos ter uma prestação periódica (pagamento) contra uma prestação contínua (serviço de electricidade). Assim, a denúncia surge nestes contratos como uma concretização do **princípio da proibição da assunção de obrigações perpétuas**, mediante o reconhecimento da faculdade a cada uma das partes de saírem do contrato quando assim o entenderem: a denúncia. A professora Joana Farrajota considera que a denúncia deve ser vista nestes contratos como uma espécie de *trade off*, face ao seu carácter duradouro.

Antes de mais, importa ter em conta que a denúncia tem por base um **ato unilateral**. Esta figura acaba por ter uma outra característica que a complica um pouco face à caducidade ou à resolução: **não tem um regime legalmente fixado**. Não obstante, a denúncia é amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência como o modo mais eficaz de por termo aos contratos duradouros e como corolário do princípio da proibição da assunção de obrigações perpétuas, como de resto já foi dito.

É importante ver quando é que um contrato tem uma obrigação de tempo indeterminado. Imaginemos que há um contrato com duração de 110 anos. Será que neste contrato podemos reconhecer a denúncia? Podemos ir pelo argumento da esperança média de vida para a reconhecer, por exemplo. E se falarmos de 60 anos, sendo que a pessoa que o celebra já tem 60 anos? Isto nem sempre é linear, na prática há sempre discussão sobre a existência desta faculdade. Estes exemplos não são de tempo indeterminado, mas na prática são dadas as extensões dos prazos. Acaba por ser uma questão de argumentação.

Outra característica da denúncia é que ela apenas **produz efeitos para o futuro**, não mexe com nada do que foi feito durante a vida do contrato.

De seguida temos uma característica determinante que está também ligada ao princípio da vinculação perpétua: **não é necessário fundamento para denunciar o contrato**. É por esta razão que a denúncia é considerada uma forma de cessação dos contratos *ad libitum*. Isto ao contrário de outras formas de cessação dos contratos, como a resolução, que têm de se devidamente fundamentadas.

Se olharmos para o **artigo 1103º** vemos que a sua epígrafe é “denúncia justificada”. Ora, se se faz depender o direito de denunciar o contrato de um conjunto de pressupostos, estamos na verdade a falar de uma espécie de resolução sem efeitos retroativos. Nestes casos temos de ser capazes de ler os artigos e, mediante a sua análise, depreender qual é que é o instituto de cessação que lá está mediante a observação de certas características. A epígrafe do artigo pouco importa.

A doutrina distingue **três modalidades de denúncia**:

- **Cessação de relações jurídicas duradouras;**
- **Forma de obstar à renovação automática do contrato** – normalmente os contratos de arrendamento têm uma cláusula que determina, à falta de convenção em contrário, a sua renovação automática pelo mesmo período. Manifestarmo-nos contra essa renovação é o mesmo que denunciar o contrato. Na nossa doutrina, há quem considere que esta poderia ser uma figura autónoma, mas a doutrina maioritária insere-a no âmbito da denúncia.
- **Meio de desvinculação, instrumento que permite às partes “desistir” do contrato** – tem de estar legalmente prevista, mas pode constar de uma cláusula num contrato de execução indeterminada.

Por ser um **ato unilateral não fundamentado**, há aqui um contraponto que se prende com a necessidade de tutelar as expectativas legitimamente criadas pela contraparte. Esta tutela exige que, no exercício da denúncia, a parte proceda em conformidade com o princípio da boa fé, **artigo 762º nº2**. A forma de equilibrar a tutela dos interesses é a **necessidade de realização de um aviso prévio**, com uma **antecedência razoável**, de forma a que a contraparte possa tomar as medidas necessárias para não ter graves danos com a denúncia.

Caso não exista este aviso prévio, a denúncia produz efeitos, isto é, o contrato cessa na mesma, mas entramos no campo da responsabilidade contratual. Isto significa que quem fez a denúncia teria de **indemnizar a contraparte**.

Revogação

Na sua base, a revogação afasta-se muito da denúncia e da caducidade. A revogação é, no fundo, um novo contrato que resulta pura e simplesmente da previsão do **artigo 406º nº1**. Também pode ser conhecida por distrato e funda-se numa lógica muito simples: se as partes entraram no contrato livremente e por mútuo acordo, também devem poder sair dele de acordo com os mesmos pressupostos.

Assim, a **revogação** corresponde a um **acordo de extinção da relação contratual pelas respetivas partes**, prevista pelo **artigo 406º nº1** na parte em que se fala da **extinção por mútuo consentimento**. Importa acrescentar ainda que a **revogação apenas produz efeitos para o futuro e não carece de fundamento**.

Contudo, em determinados casos, **a lei prevê a revogação unilateral**. Isto choca com a base do instituto, que é precisamente o acordo entre as partes para que a revogação possa operar. Perante estas situações, temos de ser capazes de as analisar e detetar quais as características mais importantes para determinarmos se é uma revogação, uma resolução ou até uma denúncia. O **artigo 448º** é um exemplo paradigmático em que a lei dispensa o mútuo acordo para a revogação.

Temos ainda outros casos em que não há a tal **desnecessidade de fundamento**, como é exemplo disso o **artigo 970º**. Diz-nos que a doação pode ser revogável por ingratidão do donatário. Assim, o requisito que aqui é diferente é a necessidade de fundamento que, no caso, será a ingratidão do donatário.

Por fim, importa olharmos para o exemplo do mandato no **artigo 1170º**. Este artigo estatui que o contrato de mandato é livremente revogável por qualquer das partes (**nº1**), mas a parte verdadeiramente interessante está no **nº2** do artigo. Este artigo acaba por nos dar duas opções: revogação unilateral (**nº1**) e revogação bilateral (**nº2**).

Regra geral, o mandato é apenas celebrado no interesse de uma das partes, o mandante. Nos casos em que o mandatário também tem interesse no contrato de mandato, o ordenamento jurídico considerou que este interesse deve ser acautelado, sendo que passou a prever a revogação do mandato por acordo das partes. A única razão que nos pode fazer partir para a revogação unilateral é a justa causa, possibilidade esta que está prevista pelo **artigo 1170 nº1 in fine**, porque caso contrário tem de ser uma revogação típica, unilateral. Tipicamente, a justa causa será o incumprimento do mandatário.

No caso do **artigo 1170º nº1**, a única coisa que distingue esta revogação de uma denúncia, além do facto de a lei ditar expressamente que é uma revogação, é o carácter não duradouro do contrato de mandato. Não obstante, os efeitos práticos são os mesmos.

Rescisão

Apesar de ainda se usar esta terminologia na linguagem corrente, a figura da rescisão já não existe no nosso ordenamento jurídico. Há semelhança do que se passa com o empréstimo, esta figura desapareceu com o novo Código Civil já que eram institutos do Código de Seabra. O que importa aqui é ver o que é que se quer na realidade dizer e perceber qual é a forma de extinção contratual que deveria lá estar.

É de realçar que, no entanto, a rescisão vem referenciada uma vez no nosso código civil atual, **no artigo 702º nº1**. A professora considera que este foi um deslize do legislador.

Resolução

A resolução está regulada por um regime jurídico geral, previsto pelo **artigo 432º e ss.** Acontece que nenhum destes artigos nos fornece uma definição legal da resolução, pelo que a professor Joana Farrajota define-a como a **forma de cessação dos contratos unilateral, fundamentada (artigo 432º nº1) e que possui efeitos retroativos (artigo 433º)**, pelo menos tipicamente.

Assim sendo, esta figura confunde-se com a denúncia unilateral e com a denúncia justificada, que vimos como casos especiais. Daqui depreendemos que as fronteiras não são estanques.

A **fonte** deste instituto **pode ser legal ou convencional**, isto por força do **artigo 432º nº1**. Ou seja, o próprio contrato pode ter uma cláusula que preveja a possibilidade de resolução. Neste sentido, discute-se se há limites à autonomia das partes. Há uma querela doutrinária enorme em torno da resolução que resulta da convenção das partes, precisamente no que toca aos limites desta.

A **doutrina mais permissiva** entende que a liberdade é de tal forma ampla, que nada impede que o acordo de resolução feito pelas partes, pode também ser aplicado aos casos em que a lei preveja expressamente a resolução.

A **doutrina menos permissiva** considera que a única coisa que partes podem fazer é elencar os fundamentos resolutivos, ou seja, só podem estabelecer de forma clara e concreta quando é que o contrato pode ser resolvido.

Para se por termo ao contrato é preciso um incumprimento relevante e significativo ao ponto de por em causa a sustentabilidade da relação contratual. Há aqui uma **exigência de proporcionalidade** e uma **manifestação do princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos**. Isto na prática pode ser discutido, porque terá sempre de se provar se é um não um fundamento suficiente para fazer surgir um direito de resolução. Já se contratualmente tivermos previsto expressamente as causas resolutivas, não é necessário ver se é relevante ou não. Está previsto, acontece, resolução, sem discussão.

Evolução e caracterização da figura da resolução

A **resolução tem origem na ideia de que todos os contratos têm subjacente uma condição resolutiva tácita**. Não estava expressa, não era convencional ou de origem legal, mas ficcionava-se esta cláusula como implícita em todo e qualquer tipo de contrato. Foi isto que levou a que a doutrina criasse esta forma de cessação dos contratos, porque basicamente tratava-se de cláusula implícita que seria tacitamente aceite pelas partes e previa a possibilidade de extinção do vínculo contratual em caso de incumprimento.

Entretanto, houve uma autonomização da condição resolutiva e deixou de ser necessária a ideia de condição implícita, dado que se criou um instituto legalmente concebido, prevendo de forma expressa esta possibilidade de resolução do contrato face ao incumprimento da outra parte. Os grandes impulsionadores deste instituto foram os franceses.

Imaginemos um contrato cuja cessação depende da ocorrência de acontecimento futuro e incerto: exemplo do contrato de rega que cessa ao primeiro dia de chuva do ano. Há duas formulações possíveis: o contrato resolve-se à primeira chuva que cair, ou, o contrato caduca quando a começar a chover. *Quid juris* se é uma resolução ou caducidade? Normalmente associamos a caducidade ao decurso do tempo ou à verificação de determinado facto, e a resolução ao incumprimento.

A forma como qualificamos uma determinada forma de cessação do contrato não é vinculativa, na medida em que não perdemos a liberdade de, substantivamente, qualificar como sendo outro instituto diferente. Na prática, o nome que as partes convencionam para a forma de cessação do seu contrato é irrelevante. Pode-se estabelecer como fundamento resolutivo um evento futuro e incerto que não haverá colisão com o instituto da resolução na sua base.

Nestes casos, cabe ao jurista averiguar o que é que as partes realmente queriam ao estabelecer aquela forma de cessação do contrato. No caso acima descrito, importaria perceber se as partes queriam efeitos retroativos com a cessação ou não. Com base neste dado já conseguiríamos distinguir se o que estava ali era resolução ou caducidade.

Depende muito daquilo que faz sentido perante o caso concreto. Se se tratar de um contrato de execução duradoura iremos, em princípio, partir para a caducidade. Isto porque o serviço terá sido prestado e o preço que já foi pago corresponde a esse serviço, pelo que optar por uma forma de cessação que comporta efeitos retroativos não faz grande sentido.

Do outro lado, temos o exemplo da enciclopédia em fascículos ou do avião que é entregue às peças todas as semanas. Imaginemos que estamos a receber uma enciclopédia por fascículos e já vamos em 5 de 10. Se a editora cancelar a produção dos restantes fascículos é óbvio que não tenho interesse em ficar com apenas metade da obra, pelo que a resolução é a forma de cessação do contrato que mais se adequa. Vai permitir que o comprador devolva os volumes que já recebeu e que lhe seja restituído o preço que já pagou.

Fundamentos da resolução

Em regra, a **resolução legal** está associada ao **incumprimento contratual**. Vejamos, a título de exemplo, o **artigo 801º nº2** onde se prevê a faculdade de resolução em caso de incumprimento. Outro exemplo que não é de incumprimento, mas de quebra do equilíbrio contratual, é o previsto no **artigo 437** sobre a **alteração das circunstâncias**.

Modo de efetivação da resolução

A disposição central sobre esta matéria é o **artigo 436º** que trata das questões de quando e como é que se efetiva este modo de cessação dos contratos. É sempre necessária uma **declaração** e, regra geral, temos **liberdade de forma**, sendo que em princípio não será exigido qualquer documento escrito ou autenticado, entre outros.

Não obstante, existem alguns desvios pontuais em alguns contextos como o laboral ou o do arrendamento, em que o legislador fez exigências formais. Isto porque nesses contratos estão em causa determinados interesses, como o direito à habitação ou o direito ao trabalho, que merecem uma especial proteção contra eventuais resoluções

abusivas. Aqui, por exemplo, exige-se a intervenção de um Tribunal que vai averiguar a existência de fundamento relevante para por termo ao contrato. Para todos os efeitos, estas são situações de desvio à regra geral do **artigo 436º**.

É no quadro do regime do incumprimento que vamos encontrar a resolução enquanto forma típica de resolução dos contratos sinalagmáticos, **artigo 801º nº2**. Aqui quando o legislado diz “bilateral”, quer dizer “sinalagmático”, isto é, um contrato com obrigações interdependentes. Esta formulação induz-nos em erro, sendo que, do ponto de vista da professora Joana Farrajota, o âmbito de aplicação do instituto da resolução não se limita a este tipo de contratos, como já aqui foi dito. O requisito que prevalece sempre é o fundamento e não o facto ser sinalagmático ou não sinalagmático.

Tipicamente, fundamento resolutivo será o incumprimento, que é qualificado com definitivo e culposo, nos termos do **artigo 798º**. Existe uma posição doutrinária que defende que o incumprimento não tem de ser culposo, mas essa é claramente a posição minoritária. Para nós, quase que automaticamente, o incumprimento é considerado culposo.

Se sairmos do nosso ordenamento jurídico, vemos que não isto que acontece como regra geral, nem é a orientação mais recente. Tem havido uma tendência de prescindir da culpa enquanto pressuposto para o exercício da resolução. Exemplo disso é a Alemanha que, em 2002, promoveu uma alteração ao BGB em que se retirou a culpa, bastando-se a resolução com o incumprimento.

Na prática não faz grande diferença exigir a culpa como instrumento para a resolução por incumprimento. Há um mecanismo do CC no **artigo 799º**, presunção de culpa. Na execução de um contrato, se um devedor não cumpre, não é preciso provar a culpa desse devedor. O credor não tem de fazer a prova da culpa, apenas do incumprimento. Esta presunção como que apaga a exigência da culpa enquanto pressuposto. Assim, quando não temos a culpa como pressuposto, há outros mecanismos que podem proteger o devedor.

Efeitos da resolução

Os efeitos da resolução estão expressamente previstos no **artigo 434º**, que estabelece como regra geral a **eficácia retroativa do instituto resolutivo**. Ao contrário da renúncia, caducidade e revogação, a resolução possui eficácia retroativa, ou seja, vai destruir todos os efeitos produzidos pelo contrato até ao momento em que opera.

Nos termos do **artigo 433º**, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos. Assim, a resolução faz surgir **novas obrigações** para as partes que também têm um carácter sinalagmático, de interdependência. Estas são de tal forma importantes que, se não for possível a alguma das partes proceder à restituição do que foi prestado, é vedada a possibilidade de por termo ao contrato, **artigo 432º nº2**.

Casos há em que a resolução **não vai ter efeitos retroativos**, **artigo 434º nº2**. Estes são casos em que a resolução se aproxima da revogação unilateral e resultam numa exceção ao princípio geral do **artigo 434º nº1**. É uma questão de bom senso.

Um exemplo que se pode enquadrar neste artigo é o caso do jardineiro. O senhor trata do meu jardim de forma impecável até ao 6º mês do contrato, mas a partir do 7º mês o seu cumprimento passa a ser parcial ou defeituoso e eu, enquanto proprietário decido resolver o contrato. Nesse caso, não faz qualquer sentido afetar as prestações que já foram cumpridas, o senhor não me vai restituir o dinheiro, nem eu lhe posso restituir o trabalho que já teve com o meu jardim.

Por sua vez, o exemplo inverso será o tal do livro grande comprado em fascículos, em que já fará sentido que a resolução tenha efeitos retroativos, originando obrigações de restituição, já que o comprador não tem interesse na manutenção das prestações já efetuadas.

Importa ainda referir que a resolução não tem de ser sempre total. Podemos exercer o direito de resolução relativamente a apenas uma parte do contrato e aí teremos uma **resolução parcial**. Nesse caso, o que se tem no fim é um contrato modificado, já que uma parte foi extinta através do exercício do direito de resolução. Isto é muito raro na prática social, mas pode ser o caso de um contrato de empreitada em que, a meio da execução da obra, dizemos que já não queremos uma parte ou que afinal queremos menor quantidade. Apesar de ser raro, não há qualquer disposição legal que o proíba.

Ainda quanto ao exercício do direito de resolução, importa regressar ao **artigo 801º nº2** que, além do **direito à restituição** do que foi prestado, consagra um **direito a indemnização**. Assim, temos aqui **duas faculdades que podem ser exercidas cumulativamente**. Isto porque o facto de resolver o contrato e exigir a restituição das prestações que já efetuei não põe em causa o meu direito a ser indemnizado pelos prejuízos causados pelo incumprimento contratual.

Muito importante é percebermos qual é o âmbito desta indemnização. Deve cobrir o interesse contratual positivo ou o interesse contratual negativo? Em traços gerais, a indemnização pelo interesse contratual negativo visa por a parte lesada na posição em que estaria se não tivesse celebrado aquele contrato, enquanto que a indemnização pelo interesse contratual positivo visa colocar o lesado no ponto em que ele deveria estar se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido.

Saber se é um ou outro, é uma questão doutrinária e jurisprudencial, já que o Código Civil nada nos diz neste sentido. A corrente maioritária defende que não é compatível a resolução com a obrigação de indemnização pelo interesse contratual positivo. Isto porque se a ideia da resolução é apagar o contrato, com efeitos retroativos, o que faz sentido é colocar a pessoa na posição em que estava se não tivesse celebrado o contrato. Esta orientação foi acolhida pela jurisprudência.

Não obstante, nos últimos 10 anos, temos assistido a uma alteração da posição doutrinária no sentido de adotar a posição inversa (indemnização pelo interesse contratual positivo). Isto prende-se com o facto de as indemnizações atribuídas pelos nossos tribunais serem particularmente baixas face a outros ordenamentos jurídicos. Isto acaba por gerar a vontade de obtermos valores mais elevados, o que é possível mediante a tutela do interesse contratual positivo. Contudo, não nos podemos esquecer que existe sempre uma válvula de escape: a indemnização não pode redundar em enriquecimento sem causa da parte lesada.

A resolução produz efeitos mediante **declaração à contraparte**, nos termos do **artigo 436º nº1**. Esta declaração é classificada como **recipienda**, o que significa que, nos termos do **artigo 224º**, produz efeitos a partir do momento em que chega ao poder do declaratório. Isto não significa que sempre que declare a resolução ela produza efeitos. Só os vai produzir se quem faz a declaração tiver previamente na sua esfera jurídica o direito a resolver o contrato.

Não basta dizer que resolvo, tenho de ter direito de resolução na minha esfera. Tem de haver um incumprimento, o que não é linear. Assim, não basta emitir uma declaração resolutiva para que a resolução ocorra, pode haver a mera aparência de exercício de um direito de resolução.

Por essa razão, por haver essa necessidade de saber se há ou não direito de resolução, a declaração resolutiva tem de ser fundamentada. Não basta dizer “resolvo o contrato”, tem de dizer porquê, qual ou quais foram as obrigações que foram incumpridas. Isto porque, como sabemos, o **artigo 432º** exige a fundamentação. Nesta matéria temos de falar também na figura do **abuso de direito**. O incumprimento tem de ser significativo, sob pena de ser um uso abusivo do direito, **artigo 334º**.

Tudo isto porque a resolução é a forma mais violenta de reagir ao incumprimento da outra parte. Tem de haver uma **relação de proporcionalidade entre o incumprimento sofrido e o exercício do direito de resolução**, daí que o fundamento resolutivo tem de ser de tal forma significativo ao ponto de por em causa a sustentabilidade da relação contratual. Outra coisa que não o incumprimento culposo e grave não será suficiente para que as exigências do **artigo 802º nº2** estejam cumpridas.

A resolução por alteração das circunstâncias

Há ainda outros casos em que a lei prevê o exercício do direito de resolução é uma situação de quebra do equilíbrio contratual. Falamos aqui do equilíbrio que as partes acordaram, e não aquele que para nós, juristas, seria o mais adequado. Aqui entra a figura da **alteração das circunstâncias** prevista no **artigo 437º**.

Quando há uma quebra deste equilíbrio, o ordenamento jurídico dá-nos esta válvula de escape que é, ao fim e ao cabo, uma fuga ao **princípio *pacta sunt servanda***, previsto pelo **artigo 406º**. Este princípio é fundamental, pois fornece a base para a garantia, lealdade e segurança, pressupostos fundamentais para as transações económicas.

Estamos aqui a falar do **princípio *rebus sic stantibus***. Numa lógica de interdependência entre estes dois princípios, criou-se a ideia de que **os contratos devem ser cumpridos, desde que as coisas se mantenham como estavam aquando da celebração do contrato**. Se as coisas não se mantiverem como estavam, é necessária uma válvula de escape que permita sair ou modificar os termos do contrato para ajustá-lo às novas coisas. É aí que surge o **437º**.

É a **possibilidade de ajustar o contrato ou sair desse contrato**, uma vez comprovados os pressupostos do **artigo 437º**. Neste caso, prevalecerão os princípios da justiça e liberdade das partes face aos princípios da confiança e segurança jurídica. Daí que seja necessário equilibrar os dois elementos: tutela da certeza e da segurança jurídica e, do outro lado, a autonomia privada, o equilíbrio contratual e a justiça.

A ideia é modificar o contrato no sentido de restabelecer o equilíbrio contratual perdido, ou, caso isso não seja possível, resolver o contrato. A letra do **artigo 437º** permite inserir qualquer coisa na expressão “**alteração relevante das circunstâncias**”. É um conceito vago e indeterminado.

A nossa jurisprudência tende a preferir a **estabilidade** e a **segurança** do tráfego jurídico, ainda que, em determinados casos, a manutenção de determinados contratos possa gerar situações injustas. Esta posição foi particularmente visível com a crise, em que a maioria da jurisprudência não considerou a crise económica como uma alteração relevante das circunstâncias. O argumento era o de que as crises económicas são cíclicas, não sendo por isso imprevisíveis.

CONTRATO-PROMESSA

Noções base

Nota: Está no moodle uma minuta de um contrato de promessa real particularmente complexa que convém ser analisada. O promitente vendedor tinha essencialmente duas finalidades para optar por este contrato preliminar: conseguir um financiamento escalonado através dos vários sinais para construir os vários lotes. A entrada de capital por meio dos contratos promessas é fundamental para fazer face às despesas inerentes à construção contínua dos diversos imóveis. Só quando tiver todo o lote construído é que pode fazer escritura.

O contrato promessa é um **contrato preliminar** porque antecede um contrato definitivo, o contrato prometido. O contrato promessa tem a especialidade de ser **muito maleável**, já que não é um contrato em especial. Isto significa que o objeto do contrato que vai ser celebrado pode ser muito variado: podemos ter um contrato promessa de compra e venda, de arrendamento, de trabalho, entre muitos outros. No fundo, o que o contrato promessa faz é **autorizar a subsequente celebração de um contrato no futuro que pode revestir as mais diversas tipologias**.

A doutrina entende que **a prestação devida no contrato promessa é a obrigação de celebração de outro contrato**. Por outras palavras, é a obrigação de emissão de uma declaração negocial destinada à celebração de um contrato definitivo e, por isso, é uma prestação de facto positivo ou prestação de facto jurídico (celebração de um negócio).

O exemplo paradigmático é o caso da promessa de compra e venda, em que as partes se obrigam a celebrar o contrato de compra e venda prometido no futuro, já como vendedor e comprador. Notar que no momento do contrato promessa eles são promitentes: promitente-vendedor e promitente-comprador.

Qual a utilidade da celebração de um contrato promessa?

Estamos perante um **instituto de grande relevo social**. Como já se disse, a razão mais frequente para os promitentes compradores é o facto de **não disporem do financiamento necessário** para acabar determinadas obras ou adquirir bens.

Outra razão é **se a coisa, objeto do contrato definitivo, ainda não existir no momento de contrato promessa**. Não faria sentido fazer uma compra e venda de uma coisa futura e então é mais comum que se opte por um contrato promessa.

Uma outra hipótese tem que ver com a **falta de consentimento de terceiros**. Vejamos. Há contratos que exigem consentimento de terceiros, como é o caso da venda de determinado bem que exige o consentimento do cônjuge. O que acontece é que quando temos uma venda sem o consentimento necessário ela será ineficaz, não vai produzir efeitos. Nesses casos, o contrato promessa aparece como solução intermédia, uma vez que não obsta a que isso aconteça. Quando chegasse o momento do contrato definitivo, aí essa questão já teria de ser regularizada.

Outro exemplo. O **artigo 892º** diz-nos que é nula a venda de bens alheios. Se eu quiser vender uma coisa que não é minha como faço? A solução passa por fazer um contrato promessa de compra e venda do bem de um terceiro, isto porque este contrato não implica a transmissão da coisa. É suposto que entre o contrato promessa e o contrato prometido a propriedade do bem passe para mim ou eu já tenha as condições necessárias para fazer a venda do bem. Caso contrário, estarei sujeita às consequências do incumprimento das obrigações contraídas por meio do contrato promessa. Assim, nestes casos o **contrato promessa tem esta característica de aligeirar algumas das exigências feitas para os contratos futuros**.

Sendo este um contrato preliminar, qual é a diferença entre um contrato promessa e os atos de negociação?

A diferença está sobretudo na forma de reagir à sua violação ou incumprimento. Relativamente aos atos preliminares, se estes forem violados, apenas se pode invocar responsabilidade pré contratual. Por outro lado, **uma vez formalizada a celebração do contrato promessa, se este for violado, estaremos perante um autêntico incumprimento contratual** no sentido próprio que poderá redundar na resolução ou na sua execução específica, nas várias formas de reação ao incumprimento da contraparte.

A **professora Ana Prata** diz-nos “o contrato promessa (...) trata-se de **um contrato transitório, com vida precária e sempre acessório de outro contrato**”. Esta citação explica bem a ideia de que o contrato promessa se destina a esgotar o seu objeto em pouco tempo. Em suma, nunca há apenas um contrato promessa, mas antes m contrato promessa de outro contrato. Esta característica existe também no pacto de preferência, figura que vamos abordar mais tarde, mas tem uma natureza instrumental semelhante.

O **artigo 410º nº1** primeira parte é ilustrativa daquilo que estamos aqui a dizer: “convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato”. A restante disposição aponta para o regime aplicável aos contratos promessas.

O contrato de promessa tem de ser sempre bilateral ou pode ser unilateral?

Pode ser unilateral, sendo que nesse caso apenas uma das partes se vincula à celebração do contrato futuro, ficando a contraparte livre de celebrar ou não o contrato prometido. Imaginemos que A, promitente, promete vender a B, promissário, um imóvel no período de um ano. Aí o A é que se vinculou e o B tem liberdade de celebrar ou não o contrato prometido na referida data.

O contrato promessa unilateral tem consagração legal. O **artigo 411º** fala das promessas unilaterais, embora não as defina. Esta disposição trata do problema das promessas unilaterais sem prazo para contrariar o risco de aquele que está obrigado (o promitente) ficar vinculado perpetuamente. Isto porque, como já se disse, as vinculações perpétuas são impossíveis. Deste modo, “se o contrato promessa vincular apenas uma das partes e não se fixar o prazo dentro do qual o vínculo é eficaz, o tribunal pode, a requerimento do promitente, fixar à outra parte um prazo para o exercício do direito, findo o qual este caducará”. Assim, **esta disposição mostra que são possíveis contratos promessa unilaterais e resolve o problema do risco para o obrigado.**

Onde encontramos o regime do contrato promessa? O contrato promessa encontra a sua disciplina nuclear dispersa pelo código civil, sendo necessário fazer várias remissões de umas normas para as outras. Importante são: **artigos 410º a 413º; artigos 441º e 442º** que tratam da hipótese do sinal e da resolução do contrato promessa sinalizado; no âmbito do direito de retenção há uma alínea específica do **artigo 755º nº1 f)** que será essencial nesse sentido; por fim, teremos o **artigo 830º**. Por outro lado, há que ter em conta as sucessivas alterações que este regime já sofreu, nomeadamente em 1980, outra em 1986 e outra menos relevante em 2008.

Regime

É no **artigo 410º nº1** que temos a primeira referência ao regime enquadrador do contrato promessa, nomeadamente na sua segunda parte segundo a qual **são aplicáveis ao contrato promessa as disposições legais relativas ao contrato prometido**, com exceção das relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa. No fundo, esta disposição estabelece o **princípio da equiparação**. Quer isto dizer que não há autonomia regimental, sendo que o regime do contrato promessa será decalcado do regime existente para o contrato definitivo.

Já foi referido que uma **exceção ao princípio da equiparação** é o consentimento de terceiro nomeadamente no caso da venda de bem alheio, em que dissemos que o consentimento só será necessário para o contrato definitivo, uma vez que o contrato promessa não opera a transmissão. Acontece que, apesar de a doutrina ser unânime nesse caso, não o é noutras situações que geram controvérsia.

De acordo com o **artigo 877º**, se um pai vender um imóvel a um filho sem o consentimento dos demais filhos, a venda será nula. O que se pretende com esta norma é evitar defraudar as regras do regime restrito da sucessão. Essa compra e venda não será admissível sem o consentimento dos demais filhos ou netos, mas *quid juris* se for um contrato promessa? Tem de ter o consentimento? Se até ao momento de celebração da compra e venda prometida conseguirem esse consentimento, o contrato promessa em si acaba por ser admissível, isto é, não há qualquer impedimento à celebração do contrato promessa. Não obstante, há doutrina que considera que esta disposição que obriga ao consentimento também se aplica ao contrato promessa devendo também este contar com o consentimento dos demais filhos ou netos.

A professora Rita Canas da Silva discorda, focando na ideia de que o contrato promessa de um bem alheio pode ser celebrado por não operar a transação do bem. É um **argumento por maioria de razão**, já que este exemplo acaba por ser a mesma

situação da promessa do bem alheio ou da promessa sem consentimento do cônjuge, onde a doutrina permite que se faça a promessa mesmo sendo esta anterior ao consentimento.

O **artigo 883º** refere o critério supletivo para a fixação de um preço numa compra e venda. Essa norma deverá também ser aplicada no contrato promessa de compra e venda. **A lógica do princípio da equiparação é que o contrato promessa seja um espelho do contrato definitivo.**

É no fundo, um reflexo antecipado daquilo que vai ser o contrato definitivo com as duas exceções a que já foi feita referência: **não se aplicam as exigências formais do contrato prometido; nem as normas que pela sua razão de ser não se devam considerar extensivas.** Importa agora aprofundar cada um dessas exceções.

Relativamente à forma, vigora a liberdade de forma do **artigo 219º**, contudo, esta regra geral tem duas exceções, consagradas no **nº2** e no **nº3 artigo 410º**.

Em primeiro lugar, o **nº2** estabelece que **se a promessa respeitar à celebração de contrato com exigências formais, só valerá se constar de documento assinado pela parte que se vincula ou por ambas as partes, consoante a promessa seja unilateral ou bilateral.** Surge aqui uma questão que é a de saber o que é que acontece ou qual é a validade de um contrato bilateral reduzido a escrito, mas apenas assinado por um dos promitentes, face a este **nº2**. A resposta é motivo de divergência doutrinária.

Uma parte da doutrina sugere que recorramos ao **artigo 292º** para aplicar o instituto da **redução dos negócios jurídicos**, passando o contrato promessa a ser unilateral, sendo que o ónus da prova cabe ao promitente que fica vinculado (quem assinou).

Outra solução é o **artigo 293º** sobre a **conversão dos negócios jurídicos**. A lógica subjacente a este regime é inversa: é dizer que o efeito imediato seria a nulidade total porque um contrato bilateral tem uma natureza muito distinta da de um contrato unilateral. E, nesse caso, caberá à parte que não assinou, demonstrar que queria o contrato assim. **A diferença entre estas duas figuras está no ónus da prova.** A professora Rita Canas da Silva considera que a conversão é a solução mais adequada porque parece pesado onerar a parte que cumpriu a sua parte.

Na jurisprudência, numa fase inicial, por volta dos anos 70, há vários acórdãos que nem sequer convocam estas figuras, preferindo considerar automaticamente que se falhasse a assinatura de uma das partes, a invalidade era total, não sendo o contrato promessa reduzido nem convertido. Contudo, ao mesmo tempo e no lado ao oposto, conseguimos encontrar outros casos em que se decidiu pela transformação automática na promessa unilateral, sem qualquer intervenção. Assim, eram posições extremistas. Mais tarde, a doutrina apelou a que se fizesse uso das figuras legalmente previstas, e tem sido agora essa a tendência, a de recorrer à redução ou à conversão.

Em segundo lugar, a outra exceção ao princípio da liberdade de forma está no **artigo 410º nº3** que importa ser analisado em duas partes. Quanto à primeira parte, **há aspetos de forma e formalidades para contratos promessa que incidam sobre edifícios ou frações autónomas.**

Porque é que há aqui uma exigência agravada no que toca à forma? Isto foi uma alteração pelo facto de nos anos 80 terem proliferado as construções clandestinas. Isto fazia com que o promitente comprador ficasse vinculado à compra de um imóvel que não estava devidamente licenciado. Daí a maior formalidade e exigência de uma licença de construção no sentido de controlar estas situações.

Admitindo que estas formalidades não foram observadas, releva a segunda parte do **nº3 artigo 410** que, há partida, estabelece um regime de **nulidade mista**.

Sabemos que, regra geral, segundo o **artigo 286º**, a nulidade pode ser invocada por qualquer interessado e é de conhecimento oficioso. Contudo isto não se verifica aqui. **Há nesta disposição uma restrição à regra geral da nulidade**, já que o promitente vendedor não pode arguir esse vício para invocar a nulidade do contrato (a menos que a omissão desses requisitos tenha sido culposamente causada pela contraparte) e ainda porque se tem entendido que esta nulidade não é de conhecimento oficioso, tendo de ser invocada pelas partes. Além disso, defende-se que não pode ser invocado por qualquer terceiro interessado.

Desta feita, a doutrina considera que estamos perante uma **nulidade atípica**, já que há restrições ou limitações. Trata-se aqui de um desvio às regras gerais sobre a nulidade, chegando mesmo a haver um assento neste sentido, o **AUJ 3/95**. *Quid juris* se as partes celebram um contrato promessa relativamente a uma fração autónoma para habitação e acordam expressamente o não cumprimento dessas finalidades? Isto obsta à nulidade do contrato? Esta era uma questão bastante debatida, mas o STJ veio reconhecer que nesses casos o contrato é nulo, sendo irrelevante as partes dispensarem a referida formalidade. Essa decisão mostra-nos que as formalidades não são regras supletivas. Isto é, a **norma que exige estas formalidades é imperativa**.

Passamos agora à segunda exceção ao princípio da equiparação, prevista na parte final do **artigo 410º nº1** que respeita às **normas que, pela sua natureza, não se devem aplicar ao contrato promessa**. Um exemplo será o **artigo 879º** sobre os efeitos do contrato de compra e venda, dado que não se transmite a propriedade.

Percorrido os **artigos 410º e 411º**, importa falar do efeito previsto no **artigo 412º**. Segundo esta disposição, **os direitos e as obrigações resultantes do contrato-promessa que não sejam exclusivamente pessoais, transmitem-se aos sucessores das partes**. No que respeita à transmissão por morte, fazemos uma remissão para o **artigo 2024º e seguintes**. Imaginemos que A promete vender a B, que reciprocamente promete comprar, o prédio X. Se o A vier a falecer sucede-lhe o cônjuge e o filho. A obrigação transmite-se? Sim, **de acordo com o princípio geral de que as obrigações são transmissíveis *mortis causa***.

No caso da transmissão intervivos, quais as regras chamadas à aplicação? Aqui falamos da cessão da posição contratual e o **artigo 412º** tem precisamente a finalidade de permitir a transmissão destas posições jurídicas quer por via sucessória quer em vida. No entanto o **nº1** faz uma ressalva, **exceciona a transmissão quando os direitos não sejam exclusivamente pessoais**, quando a prestação for infungível, que é o caso de um contrato de trabalho, regulado no **artigo 103º Código de Trabalho**.

Outro efeito específico que é afastado no caso de promessa de contrato de trabalho é a execução específica, ao contrário do regime associado ao incumprimento do contrato promessa que vamos estudar mais tarde. Essa execução é uma ação judicial constitutiva, onde o tribunal vai substituir a prestação do incumpridor faltoso. Ora, num contrato de trabalho, isto não faz sentido pela natureza infungível da prestação. Outro caso em que a execução específica não pode acontecer é o contrato de casamento já que ninguém pode casar ou trabalhar contra a sua própria vontade. Isto estará sempre relacionado com a natureza das prestações devidas. Nesses casos a solução será indemnizar pelo os danos do incumprimento da promessa, não podendo nunca o cumprimento ser forçado. A Infungibilidade não é o elemento essencial que obsta à execução específica, importa também aqui a necessidade de consentimento. Isto porque deve prevalecer a liberdade de contratar e a autonomia das partes, especialmente nestes contratos em concreto. Assim, a infungibilidade poderá ser o obstáculo no contrato de trabalho e o consentimento ser a condição necessária.

Eficácia real da promessa

Por regra, o contrato promessa apenas tem efeitos obrigacionais. Se não houver uma declaração expressa de atribuição de eficácia real, exigida pelo princípio geral do **artigo 406º**, ou se não forem cumpridas as formalidades do **artigo 413º**, o contrato promessa apenas terá eficácia para os seus contraentes.

O **artigo 413º** vem conceder a **possibilidade de as partes atribuírem eficácia real à promessa** quando o contrato incida sobre a constituição de direitos reais sobre coisas imóveis ou móveis sujeitos a registo. Nesse caso, cada contraente passa a ter um direito de crédito com eficácia *erga omnes*.

O **artigo 413º** apresenta os **requisitos** a que deve obedecer um contrato promessa para lhe ser reconhecida esta eficácia real:

- **declaração expressa das partes** nesse sentido (obrigação que o legislador impõe com o intuito de mostrar a especialidade da atribuição de eficácia real);
- **exigência acrescida de forma:** escritura pública ou documento particular autenticado (vai contra a tendência geral de aligeiramento do regime da forma);
- **inscrição no registo** (mesmo que tenha indicação expressa, se não for inscrita no registo, a promessa terá eficácia meramente obrigacional).

Uma das consequências de a promessa ter eficácia real é que se houver qualquer ato de oneração prévio ao registo, esse ato não terá eficácia real. Outra consequência é que a posterior alienação do bem prometido não vai afastar a possibilidade de o promitente comprador recorrer à execução específica e ter uma sentença que substitua o promitente faltoso. Assim, essa alienação é inoponível ao promitente comprador, sendo que este pode intentar uma ação de execução específica ainda que a propriedade se tenha transmitido para terceiro. Isto porque esse promitente comprador dispõe de um direito de crédito *erga omnes*, isto é, oponível a terceiros.

Incumprimento do contrato promessa

Imaginemos que foi celebrado um contrato promessa que tem em vista a celebração de um contrato definitivo e que, por causa imputável a um dos promitentes, este contrato definitivo não foi celebrado. **O promitente fiel tem à sua disposição duas vias de reação:** resolução do contrato promessa ou ação judicial de execução específica.

- A **ação judicial de execução específica** vem prevista no **artigo 830º**. De uma forma muito simples, havendo uma ação destas, **o Tribunal substitui-se à declaração negocial do promitente faltoso**, celebrando o contrato em seu lugar com o promitente fiel. É uma **execução forçada do contrato definitivo**.
- A segunda via é a **resolução do contrato promessa**. Em vez de o promitente fiel querer celebrar o contrato e ir a Tribunal, pode dizer que houve um incumprimento por parte do promitente faltoso, (exemplo: estava agendada a escritura pública e a contraparte não apareceu, o que levou à perda de interesse do promitente fiel). Nesse caso, **o promitente fiel resolve o contrato promessa com base no incumprimento por parte do promitente faltoso**.

Estas duas vias estão presentes no **artigo 442º**. É de notar que este conjunto normativo que prevê as formas de reação específicas ao incumprimento do contrato promessa, **não impede que, subsidiariamente, apliquemos as regras gerais sobre o incumprimento das obrigações**.

→ **Resolução do contrato promessa (introdução)**

Imaginemos o contrato promessa entre A e B celebrado a 1 de janeiro tendo em vista a celebração de um contrato compra e venda sobre uma fração autónoma a 1 de novembro. Nesse dia previsto, A não aparece para celebrar o contrato, nem justifica de forma razoável a sua falta, e B diz que já não quer negociar com aquela pessoa e quer resolver o contrato promessa. **O contrato resolve-se automaticamente?** Não, o **artigo 808º** apresenta-nos a **interpelação admonitória**, cuja ideia é dar uma última oportunidade ao promitente faltoso para cumprir o contrato. Isto numa lógica de que os contratos devem sempre ser cumpridos, mesmo que já tenha havido um incumprimento e esse incumprimento seja grave o suficiente para motivar a justa resolução. Assim, o nosso ordenamento jurídico defende o cumprimento ao máximo.

Se este é o regime geral da resolução, diremos à partida que quando B equaciona resolver o contrato promessa e exige indemnização, já terá que ter feito a conversão da mora em incumprimento definitivo. O referido **artigo 442º**, que vamos analisar posteriormente, pressupõe que já estejamos perante o incumprimento definitivo, dado que ele próprio faz uma alusão ao **artigo 808º**. Isto gera muitos problemas e até uma possível contradição entre os dois regimes, mas este o quadro mental a seguir: **só há resolução quando já estamos no âmbito do incumprimento definitivo**.

A doutrina frisa que a aplicação do **artigo 808º** pressupõe mais do que uma mera situação de mora, atraso no incumprimento. Assim, se o promitente fiel quer destruir o contrato, tem de converter a mora em incumprimento definitivo. Voltaremos a esta questão.

→ Execução específica

Diferente é o caso da execução específica, em que o promitente fiel não quer resolver o contrato, antes o oposto, não sendo necessário fazer a conversão da mora em incumprimento definitivo. Partimos agora para a análise do **artigo 830º** sobre a execução específica do contrato promessa que é quase autoexplicativa.

Como já foi dito e repetido, havendo uma execução específica, o Tribunal vai substituir-se à declaração do promitente faltoso, na falta de convenção em contrário. Por isso se diz que esta é uma **ação constitutiva**, porque faz *ab initio* nascer um novo direito, o direito de propriedade. Esta ação judicial **vai ter precisamente a mesma eficácia que teria a celebração voluntária do contrato definitivo**, ou seja, da solução de escritura pública feita pelas partes, bem como os respetivos efeitos de registo, com a diferença de que, nesse caso, **é a sentença judicial que vai ser objeto de registo**.

Acrescenta-se que não ficamos por aqui. A doutrina entende que, mesmo neste caso, **o promitente fiel pode ainda pedir uma indemnização pelos danos causados pelo atraso no cumprimento do contrato promessa**. Assim, a ideia é a de que a execução específica não substitui qualquer pretensão indemnizatória devidamente fundamentada, como deriva das regras gerais do **artigo 804º** sobre a mora do devedor.

O **nº1 artigo 830º** prevê **duas hipóteses que excluem o recurso à execução específica: convenção em contrário**, uma vez que é um regime supletivo, logo as partes podem acordar que, em caso de incumprimento, não há lugar a execução específica; **a natureza da obrigação assumida opõe-se à execução específica**, isto porque certos contratos, pela sua natureza, não podem ser alvo de uma execução forçada por parte do Tribunal, caso do contrato de trabalho ou do casamento, como já foi mencionado. Vamos olhar para cada uma destas hipóteses separadamente.

A primeira expressão “convenção em contrário” é demonstrativa da natureza tendencialmente supletiva da norma. Esta natureza vem depois concretizada no **nº2**, que estipula que se considera que há convenção em contrário se tiver sido estipulado um sinal ou fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa.

Sobre o sinal importa fazer um parenteses para dizer que, segundo o **artigo 441º**, presume-se que todas as prestações entregues antecipadamente pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor são consideradas como sinal. O ordenamento jurídico olha para isto como uma confirmação da vontade que o contraente tem de celebrar o contrato definitivo, além de funcionar como um adiantamento. Além disso, o sinal funciona ainda como a bitola da indemnização.

Assim, segundo o **nº2 artigo 830º** há uma presunção que, se as partes celebrarem o contrato com sinal, quiseram afastar o recurso à execução específica. **Mas mesmos nestas circunstâncias em que houve sinal, o promitente fiel pode sempre partir para a resolução do contrato**. Isto até porque o sinal pode ser pago pelo promitente agora faltoso, que não compareceu na celebração do contrato definitivo.

O **nº3 artigo 830º** apresenta uma exceção à regra do número anterior ao estabelecer que **o direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas respeitantes à celebração de contrato oneroso de transmissão de bens imóveis sujeitos a registo** (bens referidos no **artigo 410º nº3**).

Acontece que, enquanto que o anterior é uma presunção, este **nº3 é imperativo**. Assim, se em relação a bens imóveis já não há possibilidade de aplicar a tal presunção, ainda que o contrato esteja sinalizado e que as partes tenham convencionado expressamente que querem afastar a execução específica, essa cláusula será inválida.

O intuito é reforçar a posição do adquirente, dado que se tratam de bens destinados à habitação, logo o ordenamento jurídico entende que o promitente deve beneficiar de um reforço da sua posição.

A **segunda parte artigo 830º nº3** introduz uma outra nuance: “a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da sua declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do artigo 437º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora”. Atentemos à seguinte situação.

A e B celebram um contrato promessa de compra e venda, em que o valor estipulado para o contrato definitivo era X. O A é promitente faltoso e o B é o promitente fiel. B interpõe uma ação de execução específica. O A invoca o **artigo 437º** sobre a alteração das circunstâncias alegando que aquele valor deixou de fazer sentido. A aplicação do regime da alteração das circunstâncias a esta situação é uma manifestação do princípio da equiparação. O **artigo 437º** apresenta duas vias: alteração ou resolução do contrato. Então, pode o A, ao invocar a alteração das circunstâncias, requerer a resolução? Não. Esta disposição tem de ser conjugada com o **artigo 830º**.

Textualmente, o **artigo 830º nº3** apenas apresenta a via da modificação como solução, uma vez que o objetivo aqui é mesmo o de cumprir o contrato. A interpretação literal pode nem sempre ser a mais correta, mas aqui vamos assumir que o legislador foi feliz e se exprimiu bem. Vamos admitir que, face à conjugação do **artigo 437º** e **artigo 830º nº3**, **apenas pode ser admitida a modificação do contrato por via de alteração das circunstâncias**. Se assim não fosse, estávamos a beneficiar o promitente faltoso, quando o intuito é apenas evitar que o contrato se torne injusto para ele. Acaba por ser uma interpretação restritiva do **artigo 437º** e é a posição consensual na doutrina.

No âmbito da ação, o promitente fiel faz a petição inicial e o promitente faltoso a contestação. Depois o promitente faltoso redige um pedido de modificação do contrato, no âmbito da contestação, alegando alteração das circunstâncias. Esse pedido vai ser no sentido da alteração do pedido inicial, tendo em conta uma redução do valor do preço, invocando a alteração das circunstâncias. No fundo, esse pedido pelo promitente faltoso de modificação do contrato vai ser deduzido em sede reconvenção.

Imaginemos um caso diferente: A e B, em que o A incumpe, mas o imóvel está onerado com uma hipoteca a favor do banco C, em que o A é o devedor. Regra geral, a coisa é transmitida livre e ónus e encargos. Para isso, o A teria de tratar com o C o distrato da hipoteca. Contudo, isto não acontece, e o A falta com a sua obrigação de cumprir o contrato definitivo. **Se o B intentar uma ação de execução específica, o Tribunal vai substituir-se ao A no cumprimento, mas o que acontece à hipoteca?**

É para esta hipótese que serve o **nº4 artigo 830º** que prevê que haja um requerimento adicional de condenação do promitente faltoso no montante necessário para a liquidação da hipoteca, para que, desse modo, a posição do promitente fiel fique salvaguardada.

Analisados os vários números do **artigo 830º**, resta-nos falar sobre o **nº5** onde se lê que **a ação improcede se o requerente (promitente fiel) não consignar em depósito a sua prestação**. Ora, havendo uma ação, o B quer adquirir o bem e, para isso, quer obrigar o A a alienar esse bem. **A execução pressupõe que o Tribunal substitua a vontade de alienação de A, contudo isto não basta**. Assim, no âmbito desta ação, **é essencial que o B (promitente fiel) consigne em depósito o valor correspondente à escritura definitiva** (pague o preço, o respetivo). Se assim não fosse, o Tribunal arriscava-se a operar a transição do direito de propriedade da esfera jurídica do A para a do B sem ter a garantia de que o B ia receber a contraprestação devida. O tribunal nada se não estiver assegurada esta contraprestação.

Há divergência doutrinária em relação a esta hipótese. Como os processos são muito demorados, seria um encargo muito grande para o promitente fiel ter de dispensar o dinheiro da sua prestação para aquisição do imóvel no momento em que intenta a ação. Por esta razão, **parte da doutrina defende que o promitente fiel não tem logo de consignar a sua prestação no momento em que intenta a ação, e que só teria de o fazer no momento em que o Tribunal decide pela transmissão**, isto é, só tem de consignar quando for proferida a sentença de transmissão.

Por outro lado, o **professor Galvão Silva faz uma interpretação contrária** a esta, uma vez que defende que a ação deve improceder enquanto não se verifique a consignação em depósito. **A lógica é, por um lado, fazer uma interpretação mais consentânea com a letra do nº5 e, por outro lado, aconteceria que de outra forma teríamos uma decisão final que decreta a transmissão da propriedade, sem que o preço esteja garantido**. Seria uma situação de fragilidade para o promitente faltoso. Ambas as posições são válidas e muito relevantes na prática. Contudo, apesar de defender o contrário, o professor Calvão da Silva reconhece o inconveniente, que é o facto de ficar congelada uma grande quantia de dinheiro para o promitente fiel e argumenta que esta disposição devia prever uma solução menos onerosa para o promitente fiel, nomeadamente uma garantia bancária por exemplo.

No fundo, este **artigo 830º nº5** acaba por estipular uma **condição para a eficácia dessa decisão, mas não clarifica se é suspensiva ou resolutiva**, sendo que se for resolutiva, temos um problema, dado que se a propriedade já operou e tem de voltar para trás e aqui faz sentido a leitura de Calvão da Silva, não haverá este impasse.

Resta agora olhar para a segunda expressão do **nº1 artigo 830º**: “sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação contratual”. Isto quer dizer que **não é possível a execução específica quando a natureza das prestações não é compatível com essa ação**. Entram aqui os casos da promessa de casamento, promessa de trabalho e os contratos *quoad constitutionem*. Se uma das partes incumprir num destes contratos promessa, é vedada a possibilidade de execução específica.

Além do que já foi dito sobre estes casos, **a professora Rita Canas da Silva acrescentou que não concorda com esta solução quando se trata do incumprimento de um contrato de trabalho em que o promitente faltoso é o empregador, dizendo que nesse caso não faz sentido que a execução específica seja proibida.** Imaginemos que eu, trabalhadora, organizei a minha vida para dali a dois meses celebrar o contrato prometido de trabalho, mas o empregador diz que afinal não quer. O argumento é que aquilo que é infungível é a prestação de trabalho e não a posição do empregador. No fundo, a não aplicação do regime de execução específica só faz sentido para a tutela da posição do trabalhador e não do empregador.

Outros casos. Posso celebrar um **contrato promessa de venda de um imóvel que carece da autorização do meu cônjuge?** A alienação efetiva do bem exige o consentimento do cônjuge, contudo, o contrato promessa, por ser meramente preliminar, não opera a transmissão, pelo que é possível celebrá-lo sem a autorização. Embora esse consentimento tenha de ser conseguido a tempo do contrato prometido, uma vez que este sim já terá efeitos reais.

Chegado o dia da celebração da escritura, não compareço e é intentada uma ação de execução específica contra mim. O meu marido diz que não autoriza a alienação. *Quid juris?* O Tribunal não pode executar, isto é, não pode proceder à transmissão sem o consentimento do cônjuge, porque seria um contrato inválido. Seria um negócio frontalmente contrário à lei. O Tribunal estaria a emitir uma sentença contrária à lei. O mesmo se diz nas situações do **contrato promessa de compra e venda de coisa alheia.**

Apesar de o contrato promessa poder ser legitimamente celebrado nestas situações, em que o princípio da equiparação não se aplica, o promitente comprador tem o ónus de se informar das condições do bem que lhe vai ser vendido no futuro. Acontece que mesmo estando vedada a execução específica, **é possível uma indemnização ou uma resolução do contrato com base em incumprimento da contraparte.** Se for uma promessa sinalizada, terá direito à repetição do indevido.

Vejamos agora a hipótese do **contrato promessa de alienação de um bem imóvel que é celebrado sem a exibição da licença de utilização.** O promitente fiel intenta uma ação de execução específica porque o faltoso não compareceu para a celebração da escritura. *Quid juris?* Há aqui uma ligeira diferença.

A licença era uma exigência do **artigo 410º nº3** que não foi cumprida. O A, que incumpe o contrato prometido, pode invocar a não existência de licença para a nulidade desse contrato? O A não pode invocar isso para se subtrair ao contrato porque é uma nulidade atípica a favor do promitente comprador. Se o A não comparece e o B, que é o único que pode invocar a nulidade por falta de licença, não o faz, avança para a execução específica, pode o Tribunal julgar esta ação procedente? Não. Essa seria uma decisão ilegal, uma vez que o Tribunal não se pode substituir ao órgão administrativo competente para emitir a licença, teria antes de exigir a demonstração da licença para poder julgar a ação procedente.

→ Resolução do contrato promessa (aprofundamento)

Importa agora retomar o instituto da resolução do contrato promessa e a ideia já evidenciada de que a **resolução pressupõe o incumprimento definitivo**, ou a transformação da mora em incumprimento definitivo, por força do **artigo 808º**. Esta perda de interesse tem de ser avaliada em termos objetivos, de forma razoável (Exemplo do bolo da noiva que só fica pronto no dia após a boda). Este artigo prevê também a hipótese da interpelação admonitória, enquanto manifestação do princípio da manutenção dos contratos: já houve mora, já houve incumprimento, mas ainda assim o credor não se pode libertar do contrato por meio desse incumprimento temporário, sem dar esta última oportunidade, a interpelação admonitória. Assim, estes são os passos usualmente dados para a conversão da mora em incumprimento definitivo. O **promitente fiel pode resolver o contrato por incumprimento definitivo, quando a falha do promitente faltoso é tão significativa que leva à perda de interesse do primeiro**.

Retomemos o exemplo anterior. Imaginemos o contrato promessa entre A, promitente vendedor, e B, promitente comprador, segundo o qual B pagou 10 000 € de sinal. Este contrato foi celebrado a 1 de janeiro de 2018 e o contrato prometido deveria ser celebrado a 1 de novembro de 2018. A não compareceu para a celebração do contrato definitivo e B tem ao seu dispor os mecanismos do **artigo 830º**, mas como há sinal, tem também acesso ao regime previsto no **artigo 442º**.

Contudo, **para o promitente fiel recorrer ao artigo 442º tem de já ter realizado a interpelação admonitória**, prevista no **artigo 808º**, no sentido de dar uma última oportunidade ao promitente faltoso para suprir a sua falha e celebrar o contrato definitivo. Regra geral é assim, mas nem sempre é tão linear quanto isso.

Já vimos que o **artigo 441º** estipula uma presunção de que todas as quantias entregues contemporâneas à celebração do contrato promessa assumem o caráter de sinal, o que vai desencadear a aplicação do **artigo 442º** que visa demonstrar a seriedade do propósito negocial do promitente comprador. **O sinal acaba por funcionar também como garantia por lhe corresponder um valor indemnizatório em caso de incumprimento**. Para além deste reforço de garantia, se já se está a entregar um determinado valor, está-se também a adiantar o pagamento do preço. No caso em que o contrato definitivo é efetivamente celebrado, é necessária a dedução do valor já pago. Desta forma, **o sinal tem esta dupla natureza, tanto como garantia e bitola de indemnização, como antecipação do pagamento do preço**.

Isto é semelhante à cláusula penal e por se aproximar desta figura, a doutrina entende que se for estipulado um sinal muito elevado, que levará a uma indemnização muito elevada, esse valor poderá ser objeto de redução. Isto significa que **quando o Tribunal considera que o valor estipulado a título de sinal é excessivo, pode ser estipulada uma redução equitativa da quantia**, por força do **artigo 812º**.

Quanto há matéria da resolução, há dois casos possíveis: ou foi estipulado um sinal, ou não houve essa estipulação. Nesta segunda hipótese a resolução também é possível, mas não segue **o regime do artigo 442º que é específico para os contratos promessa de compra e venda sinalizados**. Senão houver sinal, seguem-se as regras gerais da resolução e as de indemnização gerais para os casos de incumprimento dos contratos.

Havendo sinal, caímos no âmbito de aplicação do **artigo 442º**, que vem estipular um regime de indemnização, que está relacionado com o valor de sinal entregue. **Se o promitente faltoso for aquele que adiantou o sinal, a quantia desse sinal será o valor indemnizatório para o promitente fiel**, por força da **primeira parte nº2 artigo 442º**. Recuperando o exemplo, se o B não cumprir, aqueles 10 000€ entregues de sinal são o valor indemnizatório para o A.

No caso inverso, **se o promitente faltoso for aquele que recebeu o sinal, o promitente fiel tem direito a receber o sinal em dobro**, segundo a **segunda parte nº2 artigo 442º**. Voltando ao exemplo, isto significa que se for o A a incumprir, o B terá direito a receber o dobro do sinal, ou seja, 20 000€. **O sinal corresponde a uma sanção predeterminada pelas partes para o caso do incumprimento, daí a sua aproximação à cláusula penal**. Daí que redução equitativa possa ter muita importância aqui.

Contudo, o **artigo 442º** não se fica por estas alternativas e, ainda no **nº2**, prevê uma terceira hipótese em benefício do promitente fiel que constitui o sinal, neste caso, o B. **Em alternativa a receber uma indemnização correspondente ao dobro do sinal, tem a possibilidade de exigir o valor da coisa determinado objetivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal**. Esta solução tem como pressuposto de aplicação que o promitente fiel tenha já a coisa na sua posse, **tem de ter ocorrido a tradição da coisa**. Este direito é a chamada **indemnização diferencial**.

Continuando o caso do A e do B, imaginemos que está em causa a venda do prédio X pelo valor de 150 000€. Na data da celebração dessa promessa, A entregou as chaves do prédio a B que este passou a ocupar (*traditio*) e, como sinal e princípio de pagamento, B entregou ao A 15 000€. Na data da celebração do contrato prometido, o A recusa-se a outorgar a escritura pública. O valor do prédio, objeto do contrato prometido ascende a 200 000€ à data do incumprimento, havendo uma valorização face ao preço inicialmente convencionado de 150 000€. Quais as alternativas de que B dispõe face ao incumprimento do A? Em primeiro lugar dizemos que ele pode lançar mão de uma execução específica. Contudo, se ele preferir resolver, terá de recorrer primeiro à interpelação admonitória prevista no **artigo 808º**. Se o incumprimento continuar, a mora passa a ser incumprimento definitivo. Assim, o B pode recorrer ao **nº2 artigo 442º** e exigir 30 000€, que corresponde ao dobro do sinal, ou pode, em alternativa, exigir o aumento do valor da coisa, 50 000€, mais o valor do sinal, 15 000€, ou seja 65 000€. Esta opção da indemnização diferencial é a mais benéfica no caso concreto.

No fundo, **quando há tradição e valorização do valor do imóvel entre a data da celebração promessa e a data da efetiva celebração do contrato definitivo, há a possibilidade de pedir o dobro do sinal, mas também esta possibilidade de pedir a indemnização diferencial**. Se não tiver havido tradição da coisa, mas houve à mesma a valorização do imóvel, o promitente fiel pode pedir apenas o dobro do sinal. Qual a razão desta terceira via de indemnização?

O que é que justifica que o legislador tenha acolhido esta terceira via de indemnização associada à tradição da coisa e à valorização do imóvel? A ideia é dissuadir os promitentes faltosos do incumprimento por razões especulativas.

Imagine-se que em 2016 é celebrado um contrato promessa de compra e venda de um imóvel muito antigo degradado na baixa, pelo valor de 100 mil euros e que, em 2018, com a bolha imobiliária de Lisboa, aquele prédio situado na baixa, volvidos dois anos, ainda que degradado, passou a valer 500 mil euros. Ora, o promitente vendedor iria ficar tentado a incumprir o contrato, porque mesmo que tivesse de pagar o sinal em dobro, valia a pena, já que continuava a compensar. Foi por casos como este que o legislador entendeu que era preciso **criar a indemnização diferencial para melhor tutelar os interesses do promitente comprador em caso de especulação imobiliária.**

Isto só vale quando há tradição da coisa, porquê? Nas hipóteses em que houve tradição da coisa, o promitente vendedor investiu o promitente comprador no domínio da coisa. **Há um investimento de confiança do promitente comprador superior** quando há tradição. Se houver algum problema, o transtorno vai ser muito superior do que se nunca tivesse havido a tradição, já que o promitente comprador vai ficar, a partir do momento da *traditio*, a comportar-se como verdadeiro proprietário.

Como forma de garantir o crédito indemnizatório, a alínea f) nº1 artigo 755º concede ainda ao promitente fiel que obteve a tradição da coisa, o direito de reter essa mesma coisa. Neste sentido, importa fazer uma remissão do 442/2 para este f).

Passando agora para o **nº3 artigo 442º**, dizemos que a primeira parte nada acrescenta uma vez que apenas nos diz que o contraente não faltoso tem a possibilidade de optar pela execução específica, mas a segunda parte complica. A segunda parte é aplicada aos **casos em que o promitente fiel optou pela indemnização diferencial** e diz-nos que **o promitente faltoso pode rejeitar esse pagamento oferecendo o cumprimento do contrato definitivo.** Na parte final complica ainda mais, acrescentando a expressão **“salvo o disposto no artigo 808º”**.

Esta disposição veio criar uma **grande discussão na doutrina.** Isto porque se estamos no âmbito de aplicação da disposição que prevê a resolução, significa que o promitente fiel decidiu não ir para a execução específica, então estamos perante o incumprimento definitivo e não perante uma mora. Assim, houve já uma conversão e, portanto, **essa parte final em que se diz que o promitente faltoso se pode oferecer para cumprir, está a ir contra o mecanismo resolutivo.** É um voltar para trás, se já foi dada hipótese de cumprir e esgotada essa possibilidade, é uma aberração dar-lhe essa possibilidade depois de o promitente fiel já ter optado pela resolução do contrato.

Isto leva-nos à questão de saber se o **artigo 442º** se aplica aos casos em que já há incumprimento definitivo como estávamos a dizer, ou se afinal isto é aplicável a uma situação de mera mora. Esta foi a posição de **Menezes Cordeiro** que entende que esta disposição é um regime especial. Este artigo só faz sentido se entendermos que quando o promitente fiel recorre a esta disposição ainda não transformou a mora em incumprimento definitivo. Este seria um uso excecional desta disposição. Neste sentido, **Antunes Varela** entende que esta disposição se aplica também nos casos de mera mora, e não apenas nos casos de incumprimento definitivo.

A professora Rita Canas da Silva não concorda e o professor Menezes Leitão explora as várias possibilidades interpretativas que a doutrina tem vindo a adotar.

A **doutrina dominante**, nomeadamente de **Calvão da Silva**, defende uma **interpretação ab-rogante desta disposição**, já que não faz qualquer sentido recorrer ao artigo 808º, uma vez que o promitente fiel já terá lançado mão desse mecanismo *ad inicio* para tentar manter o contrato. **Tendo a mora transitado em incumprimento definitivo, esta hipótese última do artigo 442º nº3 deve considerar-se não escrita.** O contrato cessa e, terminado o contrato, seria uma incoerência lógica, o promitente faltoso querer cumprir um contrato que já foi resolvido. Não pode haver um regime que permita a ressuscitação de um contrato já resolvido. **A jurisprudência é unânime e concorda com a tese do professor Calvão Silva**, devendo considerar-se esta parte da disposição não escrita.

Por fim, o **nº4 do 442** é uma **norma supletiva que diz que a indemnização pelo incumprimento será derivada das regras de funcionamento do sinal.** Se as partes nada acordarem em contrário, não há lugar a qualquer outra indemnização além das opções anteriormente mencionadas.

Imaginemos que houve tradição da coisa e o promitente comprador que é fiel fez obras essenciais à manutenção da estrutura da coisa, porque caso contrário teria uma inundação. Se o contrato definitivo não for celebrado, há lugar a indemnização decorrente das obras que ele teve de fazer ou não? Este é um dano autónomo. **A maioria da doutrina entende que se houver outros danos que mereçam tutela indemnizatória (se forem essenciais), estes acresçam ao valor final da indemnização.**

Vamos agora analisar o **artigo 755º nº1 alínea f)**, que comina a possibilidade do direito de retenção no caso do contrato promessa. O pressuposto de aplicação desta norma é que tenha havido tradição da coisa, sendo que o promitente comprador passa a ser titular de um direito de retenção até que o promitente faltoso lhe pague a indemnização da qual passou a ser credor em face do incumprimento do contrato promessa. Há uma limitação a este direito de retenção, no entanto.

O **acórdão STJ de 13 do 7 de 2007** vem dizer que, relativamente à densificação de quais os promitentes fiéis que podem usufruir deste direito de retenção, ou seja, o que é um consumidor para efeitos do **artigo 755º nº1 alínea f)**. Temos a lei da defesa do consumidor, que define a posição jurídica de consumidor e depois um outro DL que apresenta outra definição. O primeiro ponto é que o **artigo 755º nº1 alínea f)** não fala em consumidor, mas esta discussão é necessária porque este artigo fala em promitente fiel de forma muito ampla. Houve então esta necessidade doutrinária e jurisprudencial de resfriar o âmbito de aplicação deste artigo, que **só se aplica aos promitentes fiéis que sejam consumidores.**

Para que uma pessoa **possa ser considerada consumidora, o contrato promessa e a transmissão da coisa não podem ter tido lugar no âmbito da sua atividade profissional normal.** A definição de consumidor não está no CC, mas sim nos diplomas que referimos no paragrafo acima. O **acórdão de 24 maio de 2016** é outro exemplo de um caso em que as pessoas puderam beneficiar deste **artigo 755º** por ser um uso iminente privado.

Há ainda outro **acórdão de 2017** que vai mais além, estipulando que além das exigências de ter de ser um consumidor, é ainda necessário que o bem não seja destinado a atividade comercial. Isto significa que se os promitentes adquirentes demonstrarem que não estão numa posição de debilidade financeira, não vão poder beneficiar do direito de retenção do **artigo 755 nº1 alínea f)**.

A professora Rita Canas da Silva considera que esta decisão tem um alcance duvidoso, mas ainda assim deverá ser tida em conta face ao facto de ser tão recente. Este Tribunal pegou numa orientação jurisprudencial que já restringia bastante o **artigo 755º nº1 alínea f)** para o restringir ainda mais. O conceito de consumidor foi afastado neste caso, dado que quem tem poder negocial e financeiro não carece da tutela que daí advém. Os manuais referem a solução do conceito de consumidor, restringindo o âmbito de aplicação deste artigo a essa solução.

NOTA: Caso prático do dia 23/11/2018 e Ac. STJ 449/09802

PACTO DE PREFERÊNCIA

O pacto de preferência vem previsto entre os **artigos 414º e 423º**. Como vimos, o contrato promessa é um contrato maleável, que pode ser transversal a todos os contratos que temos estado a estudar. Tal como o contrato promessa, o pacto de preferência não é um contrato com autonomia só por si e, por essa razão, tem a sua sede nas disposições gerais, e não nos contratos em especial. **O pacto de preferência é um contrato que reveste a forma de compromisso de possível celebração futura de um determinado contrato.**

Como vimos, o contrato promessa pressupõe uma prestação de facto jurídico positivo, havendo um estado de sujeição à celebração futura do contrato. **No pacto de preferência, não existe a obrigação de celebrar um contrato futuro. É uma eventualidade.** Mas há um acordo no sentido de se dar preferência ao titular do direito de preferência, se o contrato vier a ser celebrado com terceiro. Ao contrário do contrato promessa, que tem uma grande relevância sociológica, o pacto de preferência já não.

Temos **dois tipos de preferência: convencional e legal**. As **preferências convencionais** são as subsumíveis à noção de pacto de preferência. Pacto pressupõe acordo, algo que as partes, ao abrigo da sua liberdade contratual, resolveram estabelecer entre elas, um compromisso. Nos **artigos 412º a 423º** estamos unicamente a tratar de forma direta dos pactos convencionais, em que as partes assumiram o compromisso de livre e espontânea vontade.

Por sua vez as **preferências legais**, estão um pouco dispersas pelo código civil. São preferências que são impostas pelo legislador e com as quais as partes têm de se conformar. É o exemplo do arrendatário ou do comproprietário. Este último é particularmente importante, está regulado no **artigo 1409º**. A sua relevância deve-se ao mecanismo da **ação de preferência**, regulada pelo **artigo 1410º** e que iremos estudar mais adiante. Não obstante, importa termos em conta que esta disposição vai ser aplicada a todas as preferências, até as convencionais, em hipótese de incumprimento do pacto de preferência.

O contrato-promessa tem grande relevância social, o que não acontece com o pacto de preferência, como já vimos. **O que justifica a celebração de um pacto de preferência?** Situações em que a pessoa vende um imóvel por estar num estado de dificuldades financeiras e quer reaver o imóvel posteriormente. Ou se for dona de um hotel, vendo-o, mas não quero que ele venda ao meu concorrente, por isso quero preferência. A professora considera que tirando este género de casos pontuais, **não é muito evidente que o pacto de preferência tenha grande utilidade no contexto jurídico.**

O pacto de preferência é, por regra, um **compromisso unilateral**. A tem determinado bem e, relativamente a esse bem, A assume o compromisso perante B de que, se vender esse bem a um terceiro no futuro, se obriga a dar preferência a B. Quem está aqui a assumir uma obrigação é o A, o B está isento de obrigações, mas pode exercer o seu direito de preferência.

É o **artigo 414º** que nos fornece a **definição legal do pacto de preferência**. Desde logo, parece haver um problema. O pacto de preferência poderia ser celebrado relativamente a uma pluralidade de contratos, mas esta disposição fala apenas em venda, um só modelo de contrato. Importa convocar aqui o **artigo 423º** para clarificar que o pacto de preferência se pode aplicar a mais contratos. A professora Rita Canas da Silva considera que estamos aqui perante uma péssima técnica legislativa.

Mas o **artigo 423º** diz algo que pode gerar algumas dificuldades interpretativas: diz que as disposições “são extensivas, na parte aplicável, à obrigação de preferência que tiver por objeto outros contratos com ela compatíveis”.

O que são contratos compatíveis com a preferência? A doutrina maioritária (mas não linear – veja-se, por ex., em sentido contrário, a professora Ana Prata) tem vindo a interpretar esta norma no sentido de o pacto de preferência apenas ser admissível perante contratos que não revistam uma natureza infungível e que sejam onerosos.

Num contrato de trabalho, isto não é possível. “Eu, empregador, se um dia celebrar um contrato de trabalho com terceiro para as funções de diretor financeiro, obrigo-me a dar preferência a B” é algo que, de acordo com esta posição doutrinária, não haveria não poderia caber nas disposições do pacto de preferência, atenta a prestação infungível do trabalhador. Estando em causa uma prestação infungível, a alternabilidade entre um terceiro desconhecido e o titular do direito de preferência não seria aceitável.

A professora Rita Canas da Silva tem dúvidas em relação a essa interpretação da doutrina, porque está muito habituada ao contrato de trabalho. Neste caso, não é colocada em crise a infungibilidade, porque a infungibilidade no contrato de trabalho significa que o trabalhador é quem se quer que celebre o contrato de trabalho, não podendo mandar em sua substituição, por sua autoria, outra pessoa. Eu, empregador, posso mandar outra pessoa trabalhar na ausência do trabalhador, mas o próprio trabalhador não se pode fazer representar por outro. A prestação considera-se incumprida, e quem supre a sua falta é o patrão; o trabalhador não pode indicar um terceiro para cumprir.

No fundo, o que a professora Rita Canas da Silva queria demonstrar é que a maioria da doutrina entende que a parte final do **artigo 423º** contém um “conquanto esses contratos não tenham natureza infungível”, por a natureza infungível ser incompatível com a lógica subjacente aos pactos de preferência. Por força da parte final do **artigo 423º**, num caso que não é uma compra e venda e em que há infungibilidade, o pacto de preferência tem possibilidade de operar? A maioria da doutrina entende que não.

Em que casos não podia ter lugar a execução específica? Quando as partes afastassem o recurso à execução específica ou quando a natureza das prestações o não permitissem. A esta parte final eram reconduzidas as prestações infungíveis, dando-se como exemplo o contrato-promessa de trabalho. Isso acaba por ser expressamente vertido no **artigo 103º** do CT: em caso de incumprimento da promessa de trabalho, não é possível ao promitente fiel, seja ele empregador ou trabalhador, recorrer à execução específica.

Ora, a professora Rita Canas da Silva tem dúvidas sobre a lógica desta proibição. “É certo que não se pode impor a execução do contrato de trabalho a quem quer que seja” é a lógica, mas isso só se aplica quando quem incumpe é o trabalhador. A professora queria dar-nos a leitura dominante da doutrina, mas manifesta as suas reservas relativamente a esta interpretação, que considera inoperacional nos casos referidos.

Em relação à **infungibilidade**, vejamos o **artigo 791º** sobre a impossibilidade subjetiva. Se me comprometi a algo que só eu o posso fazer e não o fizer, opera a extinção da minha obrigação por impossibilidade subjetiva. No caso do contrato de trabalho, não é possível mandarmos outra pessoa para cumprir por nós, dado que é infungível. Isto não impede o empregador de arranjar outra pessoa para substituir, mas é uma decisão dele. Por isso, a infungibilidade é um traço característico dos contratos bilaterais.

Porque é que não se deve dizer que o contrato de trabalho é *intuitus personnes*? Porque este traço é apenas tendencial, não é exigível. *Intuitus personnes* significa que quando contrato alguém é extremamente importante os traços pessoais concretos daquela pessoa. Muitas vezes estes dois andam juntos, mas pode não acontecer.

Se fizer um anúncio para trabalhadores, mas só tiver um candidato, acabo por escolher aquela pessoa. O contrato nesse caso não é *intuitus personnes*, mas o contrato de trabalho não deixa de ser infungível. A pessoa não tem a liberdade de dizer que vai faltar e vai mandar outra pessoa no seu lugar.

Concluimos que a impossibilidade de substituição, infungibilidade é um traço essencial do contrato, enquanto que o *intuitus personnes* é um elemento subjetivo. Daí que boa parte da doutrina entenda que **não é correto falar em contratos *intuitus personnes*, mas sim infungíveis** que esta característica sim tem consequências regimentais.

Tudo isto porque o professor Menezes Leitão entende que o **artigo 423º** abrange todos os contratos onerosos, desde que não sejam *intuitus personnes*, mas a professora Rita Canas da Silva considera que o mais correto é dizermos que abrange todos os onerosos, desde que não sejam infungíveis.

É possível fazer um pacto de preferência no caso de uma doação?

O A tem um bem e diz ao B que se quiser doar esse bem a um terceiro, vai dar preferência ao B. É possível? Se a doutrina diz que o **artigo 423º** é extensível aos contratos onerosos, cabe aqui a doação?

O exercício do direito de preferência tem sempre como referência o contrato com terceiro, o **contrato preferível**. Esse contrato preferível tem uma série de condições. Quando se contacta o titular do direito de preferência, tem de lhe ser apresentado um projeto de contrato com o terceiro. É preciso igualdade de circunstâncias, para que o preferente diga se está disposto a exercer o seu direito nas mesmas circunstâncias em que o terceiro está disposto a celebrar o contrato.

É por isso que concluímos que numa doação, não é possível haver pacto de preferência. Há algo atribuído a um terceiro e a **obrigação de preferência seria vazia, pois não há nada que o titular do direito de preferência possa assumir ou até superar**. Assim, para a maior parte da doutrina, **o pacto de preferência não é extensível à doação simples ou pura**.

Contudo, alguma doutrina entende que já **no caso de doação de cláusula modal isto já será possível**, porque há um encargo que pode ser assumido pelo preferente em iguais condições àqueles em que seria assumido pelo terceiro.

Forma do pacto de preferência

O **artigo 415º** remete para o **nº2 do artigo 410º**. Ter em atenção que, como o pacto de preferência é sempre unilateral, o documento a que se refere o artigo apenas tem de conter a assinatura daquele que se obriga à preferência. Não estando num caso abrangido pelo **artigo 410º nº2**, há liberdade de forma nos termos do **artigo 219º**.

Prazos para o exercício da preferência

Temos o contrato preferível, celebrado entre o obrigado à preferência e um terceiro. A compromete-se, no futuro e caso decida alienar, a dar preferência a B. Isto veio a concretizar-se e para que A dê cumprimento à sua obrigação, temos de ir ao **artigo 416º** exige que o **A comunique ao B o projeto da compra e venda, bem como as cláusulas do contrato**. No fundo, já temos que ter qualquer coisa efetivamente desenhada. O **nº2** diz que **há a possibilidade de as partes alargarem estes prazos, mas o normal é 8 dias desde que recebeu a comunicação**, caso contrário o direito de preferência caduca. Esta possibilidade de alterar os prazos existe apenas nas preferências convencionais. **Quanto às legais, pela lógica de ordem pública que as sustenta, estas regras gerais não se aplicam e o prazo estipulado por lei será imperativo**.

Forma da comunicação

Não confundir com a forma do pacto de preferência. Forma da comunicação. Não confundir com a forma do pacto de preferência. Regra geral, a comunicação está abrangida pelo princípio da liberdade de forma do **artigo 219º**.

O professor Menezes Leitão critica fortemente a ausência de exigência de formalização da comunicação para uma qualquer forma específica, por dificuldades de prova. Na prática, as coisas não funcionam oralmente. Por regra, as partes têm o

cuidado de formalizar por escrito, para ficarem com algum comprovativo de que cumprira atempadamente a obrigação.

Comunicação do projeto de venda e cláusulas do contrato

Esta referência do **artigo 416º** torna claro que o exercício do direito de preferência é sempre feito por referência a um contrato preferível (a celebrar com terceiro).

Imagine-se que A e B celebram um pacto de preferência sobre a compra e venda de um código civil. O A diz “lembra-se do pacto de preferência que fizemos à 5 anos atrás? Quer comprar por 100 euros?”. O B responde “Não”. O A vende ao C por 100 euros e o B diz “Não exerci o meu direito de preferência”. *Quid juris?*

Com aquela abordagem do A, o B não exerce o seu direito de preferência, porque não sabe se há um terceiro ou se está meramente a ser abordado/sondado para saber se mantém o interesse. A doutrina exige é mais exigente nos requisitos. O A teria de ser mais específico: “B, vou vender o meu código civil a um terceiro por 100€, quer preferir na compra?”.

Se disser só “quer comprar por 100 euros?”, não se cumpre a formalização do **artigo 416º** e não é cumprido o direito de preferência. A doutrina diz claramente que **tem de se identificar o contrato preferível e que há um terceiro na jogada**.

O **artigo 416º** fala em **cláusulas e projeto de venda**. O que é que está em causa? O que é que tenho de comunicar no caso de uma venda de um imóvel, por exemplo. **Tem de se comunicar o contrato preferível todo ou pode-se fazer referência a apenas a alguns elementos?** O que a doutrina tem vindo a dizer é **que não cabe ao obrigado à preferência fazer a seleção de informações relevantes, é ao titular da preferência que cabe ajuizar se todas as cláusulas, no seu conjunto, o satisfazem ou não**. Se B exercer o direito de preferência, não o exerce relativamente apenas às cláusulas que lhe foram comunicadas, mas sim relativamente a todo o contrato preferível.

O que se tem vindo a entender é que A assumiria um risco muito grande ao arrogar-se de saber o que é relevante para que B decida ou não contratar. O que normalmente se faz é enviar logo o *draft* da minuta do contrato a ser celebrado.

Identificação do terceiro na comunicação

Há uma grande discussão face à comunicação e aos elementos que têm de constar da mesma. A questão é a de saber se na comunicação que A tem de fazer a B, há uma **obrigação de identificar o terceiro com o qual o contrato preferível será celebrado**. O **artigo 416º** não se refere a isto. Nesse tema há quatro correntes doutrinárias.

A primeira corrente, seguido por **Oliveira Ascensão**, é que **não há qualquer obrigação de identificação de terceiro**, que faz assim uma leitura literal, formalista: a disposição não exige a identificação, logo não é necessário.

No polo oposto, a doutrina maioritária (**Menezes Leitão, Galvão Teles, Almeida Costa**) acompanhada pela jurisprudência, defendem que apesar de não ser feita menção expressa à identificação de terceiro, essa **identificação é essencial em derivação do princípio geral da boa-fé e da transparência**.

Há ainda posições intermédias. **Antunes Varela e Pires de Lima defendem que não há um princípio geral de obrigação de identificação de terceiro, mas há nas hipóteses de propriedade e de arrendamento.** No caso do arrendamento, o direito de preferência em causa é sobre o imóvel arrendado. Nesse caso, se o arrendatário não exercer a preferência, o terceiro vai passar a ser o seu senhorio. Vão existir relações de proximidade entre o arrendatário e o novo senhorio. Assim sendo, é extremamente relevante o terceiro saber quem é esse terceiro que poderá vir a ser seu senhorio, visto que pode mudar a sua decisão por completo. Assim, Antunes Varela considera que **não há um princípio geral que exija a identificação do terceiro, exceto quando o exercício de preferência possa ditar a subsistência de relações de proximidade entre o terceiro e o titular d preferência.**

Há pelo menos uma outra posição intermédia, de **João Redinha**. Este professor diz que **em geral não é necessário haver identificação do terceiro, salvo nos casos em que esteja em causa um bem de ordem estimativa.** No fundo, há uma especial preocupação com o destino do bem, por razões afetivas ou familiares. Quando o bem é um bem em que há uma ligação afetiva, é necessário saber quem é o terceiro.

Para a doutrina que sustenta a obrigatoriedade de identificação do terceiro na comunicação do **artigo 416º**, faz-se uma divisão conceptual entre as cláusulas contratuais (dimensão objetiva do contrato) e o projeto de venda (abarcando este a dimensão subjetiva). Para esta doutrina, o projeto de venda pressupõe a identificação do terceiro.

Resumindo por outras palavras: a comunicação do artigo 416 tem de revestir alguma forma especial ou não? Vigora o princípio da liberdade de forma, criticado por Menezes de Leitão por questões de prova, como já foi evidenciado. Na prática, isto é superado pelo facto de o obrigado á preferência, normalmente, formalizar por escrito e comunicação.

Valor da comunicação

Questão diferente é saber qual o valor da comunicação. A comunicação tem uma finalidade muito própria. Para boa parte da doutrina e da jurisprudência, essa função é a identificação do terceiro sobre o qual se vai preferir. Mas a comunicação vale só para isto ou serve outra finalidade? Será que, quando A faz a comunicação, ela pode valer como proposta contratual, com todas as consequências inerentes à proposta contratual?

Note-se que **a proposta contratual tem de ser completa, firme, formalmente suficiente, sob pena de ser um mero convite a contratar se falhar algum dos requisitos.** Podemos sobrepor à comunicação, um segundo efeito, derivado da possível qualificação da comunicação como uma possível proposta contratual? Parta-se do princípio de que o “quer preferir?” reúne os pressupostos do **artigo 416º**. Se B aceitar, “sim, quero preferir”, o contrato está feito, porque a comunicação reúne os requisitos da proposta contratual. **Não é só uma comunicação para preferir: reúne os requisitos de uma proposta contratual.** Não é necessário um documento específico para a compra e venda. É um *plus*. A não está só a comunicar para preferir, está a fazer uma proposta contratual.

Isto é importante por causa da desistência. Se quem está obrigado à preferência acha que o preferente não vai aceitar, e quer recuar quando ele diz que aceita a preferência, o que acontece? Quem faz uma proposta contratual fica vinculado a ela, como já vimos. Se houver um mero convite a contratar (o que faltará normalmente será a forma, no caso de o objeto ser um imóvel, não pode ser uma proposta contratual de compra e venda por falta de forma), as consequências seriam diferentes. **O proponente fica vinculado à proposta que emite, mas não ao mero convite.**

O professor Menezes Leitão diz, sobre isto, que **a comunicação do artigo 416º cumpre os requisitos de uma proposta.** É formalmente adequada e o contrato pode ficar fechado com o exercício do direito de preferência.

Em certas circunstâncias, a forma elegida para o contrato de preferência é uma forma especial que não se coaduna com uma mera declaração escrita, caso da compra e venda de imóveis. Vimos que, nesses casos, a comunicação do **artigo 416º** pode valer como mero convite a contratar. Contudo, o professor Menezes Leitão diz que não sendo formalmente suficiente, não será uma proposta, mas também não será um mero convite a contratar. Este autor entende que em certas circunstâncias, podemos considerar essa comunicação como uma **promessa de celebração contratual, um contrato promessa.** A ideia é continuar a ser vinculativo, apesar de formalmente insuficiente.

Quando nem sequer como contrato promessa é possível aproveitar a comunicação, então sim, teremos um mero convite a contratar. Mas aí há uma querela sobre se é possível ou não voltar atrás. É possível o vinculado ao direito de preferência desistir? **Pode entender-se que o A está sempre obrigado, por razões de boa-fé,** a manter a preferência, mesmo não valendo como proposta ou contrato-promessa, e sim como mero convite a contratar. Aqui há divergência, nomeadamente jurisprudencial.

Se entendermos que não há essa hipótese de desistência, mas o A não cumprir com a preferência, o titular do direito de preferência pode reagir. O B pode exigir uma **indenização por incumprimento do pacto de preferência.** Isto é dizer: já me notificou, agora não pode voltar atrás, se o fez, incumpriu aquilo que acordou.

Efeitos do pacto de preferência

Em geral, o pacto de preferência não produz efeitos *erga omnes*, efeitos contra terceiros, exceto quando acordado pelas partes, como podemos ver no **artigo 421º.** Note-se que os **direitos legais de preferência têm sempre eficácia real,** caso da propriedade. Aí, nesses casos, além de tutela indemnizatória, havendo eficácia real, pode seguir-se o bem.

Parte-se do princípio de que estamos perante um bem imóvel ou móvel sujeito e registo a que carece de observância de certos requisitos de forma. Neste caso, B pode ir atrás do B, no caso de o A ter vendido a C e nada ter comunicado a B.

→ Trabalho marta, joana e tavares. Acórdão em caso prático:

João é senhorio de Marta, arrendatária. João quer vender o prédio por 600 mil euros e pergunta à Marta se quer preferir. A Marta diz que é muito caro e o João vende o prédio à Joana, terceira nesta relação. Marta diz que houve um incumprimento do pacto

de preferência, alegando que a comunicação foi deficiente, não cumprindo os termos que o 416 exige. *Quid juris?*

Estando em causa um direito legal de preferência, há eficácia real. Tendo eficácia real, Marta pode ir atrás do bem. Entende-se que há aplicação subsidiária do artigo 1410º e foi invocada a ação de reivindicação. Marta vai reivindicar de Joana a propriedade do bem imóvel que foi transferida em incumprimento do direito legal de preferência.

Há uma **querela doutrinária** relevante que, apesar de ser uma questão processual, é analisada aqui porque surge a propósito do **artigo 1410º** e da ação de preferência. **A dúvida é a de saber se (Marta) quando intenta a ação de reivindicação tem de intentar a ação contra o terceiro adquirente (Joana), ou se tem também de demandar o obrigado à preferência (João) que foi quem incumpriu o pacto de preferência.**

A questão é sobre a **legitimidade passiva para a ação de preferência**: a ação deve ser intentada não só contra o adquirente, ou também contra o alienante?

Há duas posições. Galvão Teles, Almeida Coisa e Menezes Cordeiro detêm a posição maioritária, defendendo que o obrigado à preferência não seria, enquanto tal, parte legítima para a ação de preferência, só o sendo caso o titular de preferência decida simultaneamente exigir uma indemnização.

Por outro lado, Antunes Varela, Menezes Leitão e Luís Pinto Coelho apoiam que o obrigado à preferência tinha necessariamente que ser demandado para a ação de preferência, existindo assim um litisconsórcio necessário passivo entre ele e o terceiro adquirente.

Outro tema alvo de discussão é o **depósito do preço** exigido pelo **artigo 1410º**. Menezes Leitão defende o preço devido e o reembolso por despesas como escritura e imposto de sisa, sob pena de enriquecimento sem causa.

Por sua vez, Antunes Varela e Pires de Lima, defendem uma interpretação extensiva do **artigo 1410º**. O preço devido juntamente com as outras despesas como imposto de transação, despesas com título mais reembolso de outras despesas.

O depósito do preço não é apenas o valor da aquisição do imóvel, é esse valor mais todas as despesas contraídas por Joana. Se Joana tiver de entregar o bem, terá direito a ser reembolsada por estas despesas. (fim do caso)

Venda de coisa juntamente com outras e Prestação acessória

O **artigo 417º** vem tratar de uma situação específica: **a venda de uma coisa que está normalmente associada a um conjunto**. No fundo, temos de perceber em que medida é possível dissociar. Se não for possível dissociar, estamos perante uma **união interna**, segunda parte do **nº1**. Nessas circunstâncias, o que se diz é que o **exercício de preferência tem de ser feito pelo conjunto**.

Exemplo: estabeleço um pacto de preferência relativamente ao recheio de uma casa. Recebo uma proposta e está em causa um contrato preferível de compra e venda da casa com o seu recheio. O que acontece aqui ao pacto de preferência? É a isto que responde o **artigo 417º**.

No **artigo 417º**, a avaliação do prejuízo apreciável terá, naturalmente, de ser uma avaliação objetiva.

Outra coisa é a **união externa**, regulada pelo **artigo 418º**. Obedece, no fundo, a uma lógica idêntica. Neste caso, a situação já é ligeiramente diferente. Já não temos uma coisa integrada com outras, mas sim uma **prestação acessória típica de um outro contrato**.

Exemplo: imagine-se que A está vinculado a dar preferência a B na venda de um imóvel, se vier a decidir aliená-lo. Há em cima da mesa um contrato preferível de compra e venda do imóvel. Em vez de estar aqui em causa um preço de €1000, imaginemos que o C é médico e vai oferecer um preço é €1000 + prestação de serviços médicos da minha especialidade gratuitos durante o prazo de 5 anos.

É para estas situações que serve o **artigo 418º**. Uma outra pessoa não pode celebrar o contrato preferível nos exatos termos em que ele está em cima da mesa, porque parte da prestação são serviços médicos. B nunca poderá substituir-se a C no contrato preferível, neste caso. **Há que ver se a prestação é avaliável em dinheiro e se B pode compensar dessa maneira**. Se entendermos que a prestação acessória é uma **ficção** (pensada para afastar a preferência), o **preferente não é obrigado a satisfazê-la, nos termos do artigo 418 nº2**. Notar que se houve intuito de afastar a pessoa do negócio, então, mesmo que a prestação fosse avaliável em dinheiro, seria sempre excluída.

Violação do pacto de preferência

Já estamos a tratar da violação da obrigação de preferência, ou seja, no caso de alguém se ter obrigado a dar preferência a outrem e não o fez. Imagine-se que não foi sequer efetuada a comunicação devida ao preferente; ou que o titular do direito de preferência modificou, nos termos do **artigo 416º**, o contrato preferível, mas, pura e simplesmente, não aguardou o prazo para exercer a sua preferência; ou mais grave, até aguardou, e o titular do direito de preferência comunicou que queria exercer, e o obrigado à preferência desconsiderou por completo essa intenção e celebrou o contrato preferível com o terceiro.

Em qualquer uma destas circunstâncias, se **estivermos perante um pacto de preferência com eficácia meramente obrigacional**, que meios de tutela teria o preferente? Teria **meios essencialmente indemnizatórios**. A alternativa seria dizer que ele é titular de um direito real – se houvesse o reconhecimento da eficácia *erga omnes* nos termos do **artigo 421º** que, por sua vez, remete para o **artigo 413º**.

Nesse caso, remete-se para o **artigo 1410º**, sobre a compropriedade. A compropriedade é um direito legal de preferência; recorde-se que os direitos legais de preferência têm sempre eficácia real. Os convencionais poderão ou não ter. Havendo eficácia real, tem aplicação o **artigo 1410º**.

Pelo **artigo 1410º**, o **comproprietário a quem não se de conhecimento tem o direito de haver para si a quota alienada contanto que o requeira em 6 meses** (prazo que, de acordo com a doutrina não pode ser modificado, porque lhe corresponde um propósito de ordem pública, uma preocupação de tutela de terceiros – e, nessa medida, as regras não podem ser afastadas ou excluídas por convenção interpartes).

Temos uma aproximação clara à execução específica com a obrigação de depósito do preço (que vimos no **artigo 830º**). Aqui o que acontece é mais ou menos o mesmo: o tribunal diz que, afinal, a parte no contrato preferível não é o terceiro, e sim o titular do direito de preferência. O contrato até já aconteceu, mas, como o pacto de preferência tem eficácia real, o titular do direito real tem a opção de não só ser ressarcido a título indenizatório, mas tem também direito a uma ação de substituição efetiva do titular.

O **artigo 1410º nº2** fala-nos da situação de, depois, o vendedor e o comprador (no caso de uma compra e venda) darem sem efeito a compra, precisamente para obviar o direito de preferência.

Exemplo: imagine-se que A dá direito de preferência a B sobre a sua casa, no caso de vir a vendê-la. Este pacto de preferência tem eficácia real. Mais tarde, A vende a casa a C (contrato preferível), não dando conhecimento a B nos termos do **artigo 416º**. O que aconteceu ao pacto de preferência? Houve incumprimento. O que pode B fazer, tendo o pacto de preferência eficácia real, estando a casa já na propriedade do terceiro (C)? A partir do momento em que sabe disto, tem 6 meses para intentar uma ação. A questão é se deve demandar apenas o terceiro ou apenas A.

A diz, então, ao terceiro: “eu não quero nunca que a casa vá para as mãos de B, que se tornou meu inimigo. Por isso, se ele quer ficar com a casa, revogamos o nosso contrato e dá-se sem efeito a alienação”. Ora, o **artigo 1410º nº2** protege o direito de preferência deste tipo de esquemas.

O que o **nº 2** nos diz é que isto não é possível. Não posso fazer uma escritura rectificativa do preço, juntamente com o terceiro, dizendo: “o preço afinal vai ser €1 000 000 em vez de €800 000”, isto para que B desista da ação de preferência. São formas ardilosas de contornar o direito de B. O que o **nº 2** nos diz é que isto não é possível. **A alteração ou distrate não têm efeito algum, se feitos em momento subsequente.** É um regime de tutela do titular do direito de preferência.

Notar que aqui não há simulação. É uma alteração feita às claras; as partes querem efetivamente ou dar sem efeito o contrato, ou alterar as condições do contrato. É mesmo real. O propósito final é excluir a preferência, mas o negócio não é dissimulado; as partes querem mesmo aumentar o custo do negócio ou dá-lo sem efeito.

Em especial, no que toca à simulação

Vejam, agora, uma hipótese que é efetivamente de simulação: imagine-se que A estabelece com B um pacto de preferência relativamente à venda de um imóvel, e diz “se vender este imóvel, dou-te preferência”. Há, depois, um contrato preferível com C. quais são as obrigações de A para com B, neste momento? Nos termos do **artigo 416º**, A tem de comunicar a B as cláusulas do contrato e o projeto de venda. O preço parece ser um elemento essencial. Neste caso, A efetivamente comunica, e diz que o preço é €1000. É com base neste valor que B decide se exerce ou não o direito de preferência.

Imagine-se que B não exerce a preferência, por achar o preço elevado. Dias depois, porém, vem a descobrir que, apesar de a escritura que veio efetivamente a celebrar-se ter sido por €1000, mas C pagou €100. Assim, o valor declarado era ficcionado e o valor real muito menor. Aqui sim há uma simulação.

A doutrina trata desta hipótese por entender que isto acontece com o intuito claro de afastar B da preferência. Nestas circunstâncias, será possível B exercer por €100?

Segundo o **artigo 240º 2º**, o negócio simulado é nulo. O negócio dissimulado é o relevante para a preferência, nos termos do **artigo 241º nº1**. B poderia preferir pelo valor de € 100; é este o contrato preferível relevante para B. A posição dominante na doutrina é esta.

Qual é a solução inversa? Imagine-se que A diz que dá preferência a B, e há um contrato preferível a C. O que é que A tem de fazer? Comunicar nos termos do **artigo 416º**. A diz que o contrato preferível é por €100 quando, na verdade, C pagou €1000. Aqui o objetivo não é afastar B; é simplesmente uma poupança em sede de impostos. Esta prática era muito comum há uns anos: declarava-se um valor bastante inferior, e o remanescente era pago sem título. O negócio entre A e B é nulo. Terá B de preferir por €1000? O **artigo 243º nº1** diz-nos que, neste caso, A e C não podem invocar o valor de €1000 contra B. De acordo com boa parte da doutrina B, a preferir, preferiria por €100. As partes não podem andar a simular negócios para ter poupanças em impostos e depois dizer: “by the way, podes preferir por €1000”.

Há quem entenda que, enquanto na primeira situação faz sentido o direito de preferência preferir por €100, na segunda já não. Há quem entenda (mas não a professora Rita Canas da Silva) que há efetivamente uma ilegalidade que respeita ao contrato preferível, mas que não se pode dizer que seja absolutamente linear o terceiro estar de boa-fé. O terceiro sabe que o valor real é muito superior. Torna-se, então, difícil sustentar que ele seja um terceiro de boa-fé; em certa medida, podia haver um aproveitamento, porque o negócio nunca teria sido pretendido por A pelos €100. Não haveria verdadeiramente boa-fé; haveria algo como um enriquecimento sem causa.

Renúncia ao direito de preferência

Exemplo: A celebra com B um pacto de preferência para a compra e venda. Ao fim de 3 meses, B envia uma carta a dizer que renuncia ao exercício do direito de preferência no futuro, seja em que circunstâncias for. Ainda não há um pacto de preferência, mas esta é uma renúncia antecipada. Isto é possível?

Antunes Varela acha que sim, em nome da liberdade contratual, e a professora Canas da Silva concorda. Porém, boa parte da doutrina discorda desta posição, por entender que a renúncia só pode ocorrer perante um direito actual, que existe. Não posso renunciar quando não sei ainda a que é que estou a renunciar. Deve haver uma posição de tutela do titular do direito de preferência.

Imagine-se que está em causa um T7 no centro de Lisboa, e o titular do direito de preferência pensa que nunca terá qualquer possibilidade financeira para o comprar. O proprietário liga a B dizendo: “recebi uma proposta, queres preferir?”, e A diz: “nem quero ver” (renuncia à preferência). Mas afinal foi ao preço da chuva, e A percebeu mais tarde que, vendo bem as coisas, queria exercer a preferência.

Há divergência doutrinária. Há doutrina que entende que a renúncia não pode valer nestas circunstâncias, e, portanto, há sempre obrigação de comunicação e de esperar que o titular do direito de preferência decline. Isto deve-se ao facto de as circunstâncias da vida mudarem, pelo que não faz sentido haver renúncia antecipada.

Quanto a uma hipótese em que B diz “nunca vou ter condições e por isso nunca quero saber”, temos um caso em que B não conhece bem as regras do jogo e não está ciente de que a venda será pelo preço da chuva. Há aqui uma dimensão algo paternalista da doutrina, com a qual a professora Rita Canas da Silva não concorda: somos responsáveis pelos nossos atos.

CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO

O contrato a favor de terceiro vem definido no **nº1 artigo 443º**. **Por meio de contrato, A assume perante B, a obrigação de realizar uma prestação em benefício de um terceiro, estranho ao negócio, o beneficiário. A é o promitente, B é o promissário.**

O contrato a favor de terceiro tem **a virtualidade de poder aplicar-se a um conjunto de contratos indefinidos**, à semelhança do que vimos sobre a promessa, sendo por isso muito maleável. Pode surgir da mesma forma que temos uma promessa de compra e venda, empreitada, arrendamento e muitos outros. O exemplo mais comum será a compra e venda a favor de terceiro. É o caso de o A comprar um carro ao B, para o seu filho C.

O **exemplo paradigmático** é o do seguro de vida. O promitente é a seguradora, o promissário é o pai, o beneficiário é o filho, estranho ao contrato de seguro. Quem está a atribuir o benefício é o promissário, o pai. Entre o pai e a seguradora há uma **relação de cobertura**, porque dá guarida ao benefício do terceiro. Entre o Pai e o filho há uma **relação de atribuição ou de voluta**. Quem assegura é a seguradora, pelo que há uma **relação de execução**, face ao terceiro, o filho.



A principal especificidade deste tipo de contratos é que configuram uma exceção a um princípio fundamental. Normalmente um contrato é entre A e B e esgota-se aí, segundo o **princípio da relatividade, artigo 406º nº1**. No caso do contrato a favor de terceiro, ao invés de uma linha reta, temos uma relação triangular, sendo uma exceção ao modelo típico dos contratos.

A complexidade deriva da circunstância de cada um dos intervenientes, A, B e terceiro, se confrontar com o interesse de outros dois, tem **consequências muito próprias** não só no plano dos efeitos como do plano do regime jurídico.

Os contraentes nesse contrato são apenas A e B, promitente e promissário. O **beneficiário não é parte contratante**, é apenas um beneficiário, estranho ao contrato. Do princípio ao fim da execução do contrato, embora haja especificidades, o terceiro não é contratante.

Olhemos agora para o exemplo de um **contrato de doação com cláusula modal**. A faz uma doação a B, mas estabelece o encargo de este pagar uma pensão vitalícia a C. O promissário é o A, doador, por sua vez, o promitente é o B, donatário, porque é quem assumiu perante o doador o encargo de executar em benefício de um terceiro, C, estranho ao contrato e mero beneficiário.

Num contrato de **arrendamento**. O senhorio diz que arrenda ao arrendatário, mas que a renda deve ser entregue à sua filha. Durante o prazo de execução do contrato, a renda terá sempre de ser paga à filha. Nesse caso, o promissário é o senhor porque é quem atribui o benefício ao terceiro, o promitente é o arrendatário porque executa em benefício de terceiro.

A leitura do **artigo 443º nº1** não é intuitiva, mas por meio destes exemplos, fica fácil compreender a formação deste género de contratos, o contrato a favor de terceiro. Note-se que **a atribuição patrimonial em causa consiste, normalmente, numa prestação**, como se retira do **nº1**.

Contudo, o **nº2 alarga o âmbito dessa possibilidade**. No fundo, podem acontecer hipóteses em que o que está em causa é a **constituição de um direito real a favor de um terceiro**: A paga uma dívida a favor de C ao B, e este último transfere a propriedade do imóvel para C, terceiro beneficiário. Outra hipótese: A, promissário, adquire um barco a B, promitente, e este liberta C de uma dívida.

No contrato a favor de terceiro, o beneficiário tem alguns direitos, apesar de não ser parte contraente. É por esta característica que tem de ser distinguido do contrato autorizativo da prestação de terceiro, desenvolvido pela doutrina alemã e apoiado pela nossa doutrina nacional.

Qual é a diferença entre estes contratos a favor de terceiro e os contratos autorizativos da prestação de terceiro? O tema é que nos autorizativos, o terceiro não tem um verdadeiro direito à prestação. No anterior, embora o terceiro não seja contraente, seja beneficiário, ele tem o direito a exigir a prestação. O regime dá-lhe alguns direitos apesar de ele não se um contraente. Se eu comprar flores numa florista e ela ficar de entregar na casa da minha amiga, é um mero contrato autorizativo da prestação de terceiro e a minha amiga não tem qualquer direito caso as flores estejam estragadas, por exemplo, sendo esse direito apenas meu. Está na intenção dos contraentes a diferença entre este contrato e os contratos a favor de terceiro.

E qual é a diferença entre o contrato a favor de terceiro e o contrato celebrado por meio de representação? A proximidade é que temos três autores em ambos os casos. Na representação, temos o representante, o representado e a contraparte. A diferença é que no contrato a favor de terceiro, o beneficiário está fora do contrato e os efeitos são a seu favor. Já no contrato celebrado por meio de representação, os efeitos jurídicos do contrato produzem-se na esfera jurídica do representado.

Isto para percebermos que, **no contrato a favor de terceiro:**

- **O beneficiário, apesar de estranho ao negócio, tem direitos;**
- **Os efeitos são produzidos na esfera do beneficiário.**

Importa agora perceber em que termos é que o nosso código civil admite o contrato a favor de terceiro. Durante muito tempo, prevaleceu a ideia de que os contratos devem produzir efeitos apenas em relação aos contraentes, relação horizontal. Contudo, **o nosso código civil veio a estabelecer em termos muito abrangentes, a validade da estipulação a favor de terceiro e as modalidades para esse efeito reconhecidos.** É de notar que a doutrina não tem tentado preencher a expressão “interesse que mereça proteção legal”, já que não é estrita. A ideia é que seja uma liberalidade a favor de terceiro.

Importa, no entanto, destacar que Menezes Leitão e grande parte da doutrina considera o **artigo 444º nº3** uma péssima redação, **não faz sentido que esta disposição esteja aqui no âmbito do contrato a favor de terceiro, uma vez que a situação prevista nessa disposição é a inversa ao contrato a favor de terceiro.** Aqui, o promissário tem uma dívida com um terceiro e o promitente vai pagar essa dívida ao terceiro, ou seja, o benefício vai para o promissário. **Há aqui uma remissão de dívida, pelo que não faz qualquer sentido sistemático** estar aqui.

Isto fica mais evidente quando comparámos essa disposição com o **artigo 442º**, que trata a possibilidade de ser uma **remissão de dívida a favor de terceiro.** Contudo, isso não é suficiente.

Relações na estrutura triangular

→ Relação de cobertura

A relação de cobertura **alimenta o benefício que vai ser atribuída ao terceiro.** É usual dizer-se que o contrato a favor de terceiro é o meio pelo qual o promissário faz uma atribuição indireta em benefício de um terceiro. Nessa medida, **o mais comum é que exista uma relação entre o promissário e o terceiro, sendo que entre o promitente e o terceiro possa não existir.** Essa relação é a que alimenta, subsidia ou cobre o direito conferido a terceiro, sendo que o promitente tira a cobertura para a atribuição a que fica adstrito.

Esta relação tem uma importância fundamental na fixação dos direitos e deveres do promitente e do promissário, mas também determina os meios de defesas que podem opor um ao outro. Nessa medida, se tivermos perante um contrato de compra e venda, a favor de terceiro, se o A convencionar que o pagamento do preço seja feito a C, não é por essas circunstâncias, que as partes deixam de ser os titulares dos direitos e obrigações do contrato de compra e venda. Aqui se incluindo toda a panóplia de direitos e deveres para a respetivas partes, nomeadamente a possibilidade de resolver o contrato.

→ Relação de valuta ou atribuição

A relação de atribuição é a que existe entre o promissário e o beneficiário. **É do promissário que advém o intuito de atribuir um benefício ao terceiro.**

→ Relação de execução

A relação entre o promitente e o terceiro, beneficiário, tem fundamentalmente no **artigo 449º**. A **primeira parte** diz-nos que, se por hipótese, a relação de cobertura, contrato de seguro caducar, por hipótese, ou contrato seja resolvido por justa causa, é causa para o promitente invocar legitimamente a exceção de não cumprimento e vai opor essa exceção ao terceiro.

O que resulta da **segunda parte artigo 449º**, é que o promitente não pode é invocar qualquer outra relação entre ele promitente e ao terceiro, porque isso é completamente estranha ao contrato que subjaz aquela relação. Ou seja, por hipótese, o promitente não pode extinguir o benefício do terceiro por compensação de um crédito que tem contra esse terceiro.

Do **nº1 artigo 444º**, há uma evidência de que **o terceiro não é parte, sendo que ele adquire um benefício que não tem sequer de aceitar**, ao contrário da cessão da posição contratual. Isto significa que foram excluídas as teorias alternativas: teoria da aceitação, em que a aquisição do benefício apenas se processaria no momento em que o terceiro aceitasse, ou a teoria da cessão, em que a aquisição do terceiro seria sempre uma derivação da atribuição do promissário. Não é o que acontece, é direto, é a chamada **teoria do incremento**. O que se pretendeu foi dissociar a ideia de aceitação ou de cessão, é um incremento autónomo, já que o benefício transita automaticamente para a esfera do terceiro.

Os efeitos operam-se independentemente da aceitação. **Contudo, havendo aceitação ou adesão, apesar de não se necessária, quando feita, produz certos efeitos.** Esse efeito é obstar à revogação desses mesmos efeitos, ou seja, a aceitação ou a adesão **preclude a possibilidade de revogação do benefício**, o que se lê no **artigo 448 nº1**. Segundo o **artigo 447º**, a aceitação tem de ser feita perante promitente e promissário. Podemos concluir que essa aceitação é um ónus do terceiro, porque se não manifestar a adesão, sujeita-se à livre regularidade das partes no contrato.

CONTRATO PARA PESSOA A NOMEAR

O contrato para pessoa a nomear e contrato a favor de terceiro devem ser estudados em paralelo, exatamente porque têm estruturas muito semelhantes.

Vem regulado do **artigo 452º ao 456º**, são poucos preceitos. O **artigo 452º** diz-nos que, um contrato desta natureza é quando **uma das partes se reversa a possibilidade de nomear um terceiro que assuma a sua posição contratual, como se o contrato tivesse sido celebrado entre este último e o contraente firme, assumindo assim todos os direitos e obrigações com eficácia retroativa**. Num contrato entre A e B, contraente firme e estipulante, respetivamente, o B reserva o direito de nomear um terceiro, C. Importa termos em conta que, no momento da celebração do contrato entre A e B, o C não é identificado. Esse terceiro nomeado irá ocupar o lugar do B, que desaparece do contrato. Ou seja, o B, vai estipular um terceiro que vai ocupar o seu lugar, com efeitos retroativos.

Novamente é uma generalidade que é anterior a qualquer contrato, tendo a compra e venda como exemplo paradigmático novamente. Basta que seja aposta a cláusula da pessoa que se pretende vir a nomear. Estudamos este tipo de contrato nesta cadeira porque é uma generalidade. Se reparamos, o **artigo 452º** não nos dá uma definição concreta, apenas diz quando é que pode acontecer.

Porque é que surge essa possibilidade? A grande vantagem desse tipo de contrato é possibilitar que alguém que de início não fazia parte do contrato, de vir a encabeçar esse contrato retroativamente, isto, é desde a data da respetiva celebração. O B não tem de estipular *ad início* quem será o terceiro, simplesmente diz que mais tarde pode vir a nomear um terceiro. Daí que seja um contrato para pessoa a nomear, a nomear posteriormente. No momento da celebração do contrato, **isto é utilizado para que não se tenha de identificar logo à partida a identidade do terceiro que vai encabeçar uma das posições do contrato.**

Uma razão válida é quando é usado um testa de ferro, no sentido lícito da coisa, para que quem efetivamente fizer a compra possa entrar no negócio com efeitos retroativos. Isto faz sentido quando o terceiro é alguém bastante rico e que receia que se for ele a dar a cara, o preço da coisa seja inflacionado.

É **necessária uma aceitação**, visto que não estamos perante um mero benefício, mas antes uma posição jurídica com direitos e deveres, nos termos dos **artigos 453º e 454º**. A **aceitação é feita por meio de ratificação, nos termos do artigo 453º nº2, pelo terceiro ou em virtude de uma procuração anterior ao contrato.** O terceiro pode ficar totalmente incógnito até esta data, ninguém precisa de saber quem é que vai ser o verdadeiro contraente. Esta situação de anonimato pode demorar muito tempo, apesar de a lei fixar um **prazo de 5 dias na falta de convenção**, nos termos do **artigo 453º nº1**. A verdade é que as **partes têm autonomia de estipular um prazo bem mais longo**, autonomia essa que decorre expressamente deste preceito. Por sua vez, a partir do momento em que há nomeação, o contraente estipulante desaparece do contrato e o seu lugar é ocupado pelo terceiro. É por esta razão que este tipo de contrato não configura um desvio ao princípio da relatividade.

É **diferente de uma cessão da posição contratual** porque esta não tem efeitos retroativos. O C não apaga o B, simplesmente vem ocupar o seu lugar a partir daquela data, da produção de efeitos da cessão. Enquanto que no contrato de pessoa a nomear, produz efeitos desde o primeiro dia do contrato, sendo como se o estipulante nunca tivesse sido parte no contrato.

Exemplos da utilidade:

Admita-se que B quer comprar um prédio para C, mas não tem procuração nem tem possibilidade de conseguí-la a tempo. B não sabe sequer se o C quereria celebrar o contrato, contudo no limite está disposto a ficar com o imóvel. O que acontece é que o B compra a casa e vai estipular a cláusula de pessoa a nomear. Se o C aceitar muito bem, se o C não ratificar, o B assume a compra.

B tem procuração de C para adquirir um determinado bem. Apesar de ter a procuração, não vai usá-la, não celebra o contrato em nome do C, celebra o contrato em

nome próprio. Não usa a preocupação, para manter a identidade do C em anónimo, por razões de inflação do bem associadas à pessoa.

Agora vejamos o exemplo de um contrato promessa: A é o promitente vendedor e B o promitente comprador. Uma das cláusulas do contrato promessa dita que a escritura pública será efetuada entre B e um terceiro a nomear por A. A jurisprudência tem admitido a possibilidade de existirem contratos promessa com cláusula de pessoa a nomear. Contudo, a doutrina mais rigorosa vem dizer que a cláusula não está no contrato promessa, mas sim no contrato definitivo e que, portanto, não existem contratos promessa com cláusula para pessoa a nomear.

Mais um exemplo de um contrato com pessoa a nomear. Quando alguém entrega um veículo num stand para redução do preço na compra do carro novo (retoma). Muitas vezes, o stand diz que adquire o carro para si ou para pessoa a nomear. O stand está apenas à espera de arranjar alguém para ficar com o carro. O stand é o estipulante, a pessoa que lá deixou o carro é o contraente firme e depois há um terceiro qualquer que irá comprar o carro.

Quais as diferenças entre o contrato para pessoa a nomear e o contrato celebrado por meio de um representante? Qual é o principal fator da distinção?

Na representação, desde o momento zero, o representante age em nome e por conta do representado, os efeitos jurídicos produzem-se imediatamente na esfera jurídica do representado. Já no caso do contrato para pessoa a nomear, o contraente firme e o estipulante celebram o contrato e enquanto não houver nomeação e consequente ratificação por parte do terceiro, o negócio jurídico produzirá os seus efeitos entre A e B e será sempre assim se, por algum motivo, não chegar a haver nomeação. Como já vimos, na representação os efeitos do negócio jurídico produzem-se sempre na esfera jurídica do representado.

Diferenças entre o contrato a favor de terceiro e o contrato para pessoa a nomear?

No caso do contrato a favor de terceiro, este nunca vai ser contraente, mas apenas um mero beneficiário desde o dia 0 do contrato. No caso do contrato para pessoa a nomear, o terceiro passa a ser parte integrante no contrato, mas só a partir do momento em que é nomeado e ratifica, com efeitos retroativos. Também não nos podemos esquecer que o contrato a favor de terceiro configura uma exceção ao princípio da relatividade, ao passo que o contrato para pessoa a nomear já não.

Casos em que não é possível estipular a reserva de nomeação

Nalgumas situações, não é possível a celebração de contratos para pessoa a nomear. O **artigo 452º nº2** refere expressamente os **casos em que não é admissível a representação** ou é **indispensável a determinação dos contraentes**.

Relativamente a **não ser possível a representação**, a maioria da doutrina tende a sustentar que é uma expressão algo desprovida de sentido. Tendencialmente, os negócios são todos passíveis de representação. É feita uma crítica forte pela doutrina a esta ressalva, mas já não quanto à outra parte, “ou é indispensável a determinação dos contraentes”.

Em que casos é indispensável a identificação do outro contraente? Nos contratos com prestações infungíveis. Há uma parte da doutrina que encaixa aqui a doação. O contrato de doação não seria compatível com o contrato para pessoa a nomear, dado que o contraente firme tem sempre de saber quem é o donatário, o que exclui esta hipótese do âmbito dos contratos para pessoa a nomear. É uma posição doutrinária com a qual a professora Rita Canas da Silva não se identifica.

Regime jurídico do contrato para pessoa a nomear

À reserva segue-se a nomeação de terceiro, nos termos do **artigo 453º**. A nomeação deve ser feita **por escrito dentro do prazo convencionado ou dentro do prazo supletivo de 5 dias**. A exigência de forma escrita é feita independentemente da forma do contrato que até podia ser celebrado verbalmente, isto por razões de certeza e segurança jurídica.

Nos termos do artigo **453º nº2**, a **nomeação deve ser acompanhada de mecanismos de ratificação ou de procuração anterior**. Isto é diferente do contrato com representante porque não se usa a procuração. O terceiro pode querer ficar na sombra. A única coisa positiva de já ter a procuração é já estar tudo ratificado, o estipulante só tem de nomear o terceiro.

Menezes Leitão critica a referência a uma ratificação. Isto porque diz que é agressivo, dado que se isto fosse uma ratificação, não poderíamos considerar que o contrato é originalmente celebrado entre o contraente firme e o estipulante, que é o que acontece. Se estivéssemos aqui a tratar de uma verdadeira ratificação, teríamos de considerar que o contrato tinha sido celebrado já com o terceiro, mas estava sujeito à sua ratificação. É algo artificioso, mas é uma crítica bem feita. A professora Rita Canas da Silva considera que deve ser chamada de **confirmação da aceitação do negócio**.

O **artigo 454º afasta qualquer possibilidade de aceitações verbais**, dado que o seu **nº1 exige expressamente a forma escrita**. A forma escrita simples poderá ser insuficiente, caso o contrato tenha sido celebrado por meio de um documento com força probatória maior. Nestes casos, a **aceitação deve revestir a mesma forma, artigo 454 nº2**.

O que acontece na maioria das vezes é que a nomeação do terceiro é acompanhada pela aceitação do terceiro, mas a **doutrina admite que possa ser feito a dois tempos**. Que primeiro se faça a nomeação e depois a aceitação.

Efeitos

A partir do momento em que há aceitação, os efeitos processam-se como se esse terceiro fosse *ad inicio* parte contratante. Sendo que no momento da aceitação, o estipulante desaparece como se nunca tivesse celebrado aquele contrato, como descrito no **artigo 455 nº1**. O professor Menezes Leitão refere que há uma dissociação subjetiva entre a pessoa que celebra o contrato e aquela onde os efeitos se vêm a refletir.

Falta ou insuficiência da declaração de nomeação

Nos termos do **artigo 455º nº2**, se o estipulante não identificar o terceiro dentro do prazo legal ou convencional, não juntar a aceitação, ou não o fizer na forma prevista, o **contrato vai produzir efeitos entre o contraente firme e o contraente original (suposto estipulante), salvo convenção em contrário**. No caso de haver estipulação em contrário, o contrato será ineficaz e caducará.

Natureza jurídica do contrato por pessoa a nomear

Há quem reconduza este contrato à teoria da representação, que aproxima o contrato por pessoa a nomear ao contrato a favor de terceiro. Esta corrente não deve proceder, pelas razões anteriormente expostas que distinguem ambos os contratos.

Para a professora, a teoria que faz mais sentido é a **teoria da dupla condição**. Qual é a dupla condição que está aqui em causa? Uma condição resolutiva e uma condição suspensiva. A aceitação é condição resolutiva da posição jurídica do estipulante, e a nomeação é condição suspensiva para que os efeitos se reproduzam na esfera jurídica do nomeado.

NOTA: importa fazer o teste tipo.

FIM