



BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

A N O XXV • N ° 49 • 2021

法 律 學 院 學 報



MACAU • 2021

UNIVERSIDADE DE MACAU



ISSN 0873-0854

49

49 

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

ANO XXV • Nº 49 • 2021

法 律 學 院 學 報



NÚMERO 49, ANO XXV, 2021

DIRECTOR

Tong Io Cheng

SUBDIRECTORES

Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan e Iau Teng Pio

DIRECTOR EXECUTIVO

Manuel M. E. Trigo

ADJUNTO DO DIRECTOR EXECUTIVO

Miguel Quental

CONSELHO EDITORIAL

Tong Io Cheng, Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan, Iau Teng Pio, Manuel Trigo, Liu Gao Long, Paulo Canelas de Castro, Muruga Perumal Ramaswamy, Miguel Lemos, Teresa Sousa Robalo, João Ilhão Moreira, Ng Kei Kei, Chu Lam Lam, Ma Zhe, Jiang Yi Wa, Hugo Fonseca, Iong Man Teng, Tou Wai Fong e Miguel Quental

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO

Almeida Machava, João Ilhão Moreira e Fátima Dermawan, João Pacheco de Amorim e Beatriz Resende Couto, João Telmo de Oliveira Filho, Júlio Anjos, Manuel Porto, Manuel Trigo e Ma Zhe

PROPRIEDADE

Universidade de Macau

CAPA, DESIGN, EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E SECRETARIADO

Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

ENDEREÇO

Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,
Avenida da Universidade, Faculdade de Direito (E32), Taipa, Macau, China
Email para receber a apresentação de artigos
boletim.fl@um.edu.mo

PERIODICIDADE

Semestral

DATA DE PUBLICAÇÃO

Junho de 2021

PAGINAÇÃO E IMPRESSÃO

Jimmy Label Co.

TIRAGEM

500 Exemplares

ISSN n° 0873-9854

Condições de colaboração: O Boletim da Faculdade de Direito está aberto à colaboração dos interessados sem prejuízo da apreciação dos trabalhos a publicar pelo Conselho Editorial. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos seus autores. O Boletim da Faculdade de Direito reserva-se ao direito de editar os textos recebidos para, sem lhes alterar o conteúdo, os fazer corresponder aos critérios gráficos adoptados.

ÍNDICE

Nota de Abertura	13
Estatuto Editorial	15

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

O papel da União Europeia no novo quadro mundial <i>Manuel Porto</i>	19
A liberalização dos serviços jurídicos nas relações económicas entre a China e os PALOP <i>Almeida Machava</i>	39
Os 20 anos do estatuto da cidade no Brasil e sua referência no contexto internacional <i>João Telmo de Oliveira Filho</i>	61
O princípio da transparência nos ordenamentos jurídicos português e macaense <i>João Pacheco de Amorim e Beatriz Resende Couto</i>	73

VÁRIA

Uma mudança de paradigma: a indemnização pelo dano excedente, em especial nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste e a jurisprudência recente <i>Manuel Trigo</i>	91
A tutela cautelar na nova Lei de Arbitragem de Macau <i>João Ilhão Moreira e Fátima Dermawan</i>	155
Uma breve introdução da história da codificação do Direito Civil Chinês <i>Ma Zhe</i>	177
A liberdade contratual e as normas imperativas <i>Júlio Miguel dos Anjos</i>	189

VIDA DA FACULDADE

Notícias dos Mestrados e Doutoramentos	285
Actividades do Centro de Estudos Jurídicos.....	303
Actividades do Instituto de Estudos Jurídicos Avançados	305

NOTA DE ABERTURA



Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau recebeu uma nova orientação editorial e uma nova estrutura, a que se dá continuidade, dando efectivamente os primeiros passos nesta nova caminhada, honrando o seu passado e procurando dar mais um passo em rumo ao seu futuro, desta feita concentrados em três das suas secções.

De acordo com o Estatuto Editorial e no seguimento do mencionado pelo Director do Boletim, Professor Tong Io Cheng, na Nota de Abertura ao número anterior, e da promoção da participação externa, designadamente da comunidade jurídica local e das comunidades do exterior, incluindo dos Países de Língua Portuguesa, na secção dos *Artigos de Autores Convidados* incluem-se temas como *O papel da união europeia no novo quadro mundial*, de Manuel Porto, de Portugal, *A liberalização dos serviços jurídicos nas relações económicas entre a China e os PALOP*, de Almeida Machava, de Moçambique, *Os 20 anos do Estatuto da Cidade no Brasil e sua referência no contexto internacional*, de João Telmo de Oliveira Filho, do Brasil, e *O Princípio da Transparência nos Ordenamentos Jurídicos Português e Macaense*, de João Pacheco de Amorim e de Beatriz Resende Couto, de Portugal.

Por outro lado, na Vária, incluem-se diversos artigos, quer como expressão de estudos académicos, segundo a ordem da sua publicação, *Uma mudança de paradigma: a indemnização pelo dano excedente, em especial nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste e a jurisprudência recente*, de Manuel Trigo, quer como escritos baseados em comunicações apresentadas, após o seu aperfeiçoamento para efeitos de publicação, respectivamente, *A tutela cautelar na nova Lei de Arbitragem de Macau*, de João Ilhão Moreira e de Fátima Dermawan, e *Uma breve introdução da história da codificação do Direito Civil Chinês*, de Ma Zhe; por fim, inclui-se o estudo correspondente à dissertação de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa, adaptado para efeitos da sua publicação, intitulado *A liberdade contratual e as normas imperativas*, de Júlio Miguel dos Anjos.

Como habitual, a *Vida da Faculdade* completa esta publicação centrada nas suas actividades académicas correntes de natureza institucional.

Por fim, renovamos o convite à participação de todos os interessados que entendam ter textos a propor para publicação que reúnam os critérios editoriais

publicitados, desejando que esta publicação corresponda ao interesse suscitado e às expectativas de todos os seus Leitores.

Universidade de Macau, 30 de Junho de 2021,
Manuel Trigo,
Director do Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito
da Universidade de Macau

ESTATUTO EDITORIAL

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU



O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em língua Chinesa 澳門大學法律學院學報, e em língua Inglesa Bulletin of the Faculty of Law, é uma revista jurídica académica, de periodicidade semestral, em Língua Portuguesa.

O Boletim pode ser publicado noutras línguas, designadamente em Língua Chinesa, ou incluir textos na língua em que tenham sido apresentados ao público, em encontros académicos e científicos. A publicação em Língua Chinesa, quando especialmente for decidida caso a caso, em face da disponibilidade de textos originais ou traduções para a Língua Inglesa, será feita em volumes separados.

A estrutura do Boletim compreende, em regra, e segundo a ordem seguinte, várias secções, respectivamente: Artigos de Autores Convidados; Artigos selecionados por revisão por pares; Estudos de pós-graduação seleccionados por revisão por pares; Vária; e Vida da Faculdade. Admite-se a publicação concentrada em algumas secções, bem assim o seu desenvolvimento em subsecções e, excepcionalmente, a publicação de números temáticos ou de estudos.

Pelo Boletim da Faculdade de Direito visa-se privilegiadamente dar expressão aos estudos académicos, fruto da actividade docente e de investigação, bem como à divulgação de estudos seleccionados preparados com base em comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá incluir outros estudos, convidando à participação os membros da comunidade jurídica local e das comunidades do exterior, em especial, da China e dos Países de Língua Portuguesa.

O Boletim da Faculdade de Direito rege-se pela autonomia académica e editorial e pela regra da retribuição da publicação dos artigos nele incluídos, sem prejuízo de, na impossibilidade de retribuição, poder prosseguir com a gratuidade das participações, devendo respeitar o princípio da igualdade de tratamento, decidindo os órgãos do Boletim sobre a estrutura e elementos de publicação.

Além de ser um fórum académico para estudos jurídicos, o Boletim visa publicar artigos, estudos, comentários e recensões sobre uma ampla variedade

de questões jurídicas, a partir do posicionamento único do Direito de Macau. O Boletim está aberto a contribuições com temas que apresentem questões jurídicas na perspectiva do direito comparado, com especial importância internacional ou regional, a fim de incentivar o diálogo e o intercâmbio das comunidades jurídicas entre Macau e os círculos jurídicos internacionais e regionais, promovendo, ao mesmo tempo, a especialização e a excelência da investigação jurídica em Macau.

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende especialmente contribuir para dar continuidade e promover o desenvolvimento do Direito de Macau, ser expressão da dinâmica da sua comunidade jurídica em geral e, em particular, da comunidade académica, e propõe-se ser um instrumento de afirmação e consolidação dos estudos e da investigação jurídica em Língua Portuguesa em Macau, na China e nos Países de Língua Portuguesa.

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

O PAPEL DA UNIÃO EUROPEIA NO NOVO QUADRO MUNDIAL

Manuel Porto

*Professor Catedrático da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada, Portugal
Professor Adjunto, Faculdade de Direito, Universidade de Macau*

Resumo: Depois de um período longo de grande relevo mundial da economia europeia, temos no século XXI um mundo multipolar, com concorrências difíceis, designadamente da Ásia. Seria pois de reear da parte da União Europeia uma resposta protecionista, dificultando a vinda de produtos de países reemergentes e emergentes. Mas na linha do que tem acontecido, tendo aliás o maior superávit mundial na balança dos pagamentos correntes, prosseguirá numa linha de abertura, de reforço do “mercado único” e de iniciativas em diferentes domínios; o que também é vantajoso para os demais países do mundo, tendo aqui melhores oportunidades para as suas empresas e os seus cidadãos e beneficiando com os progressos assim conseguidos.

Palavras-chave: Protecionismo; Livre-cambismo; Estratégia externa; Mercado Único; Blocos regionais.

1. O mundo ao longo dos últimos séculos

Antes de entrarmos na análise do papel que a União Europeia poderá e deverá ter no novo quadro mundial, é muito interessante ter presente a evolução do mundo nos séculos passados, até ao século XX.

Foi um período longo em que países da Ásia, ainda em 1500 a Índia e depois a China, eram os países mais desenvolvidos do mundo: com padrões culturais muito elevados e economias fortes e diversificadas¹, produzindo não só produtos primários, também os produtos industriais com a mais elevada exigência na época, por exemplo no setor cerâmico, v.g com a louça de Cantão, e no setor têxtil, v.g. com a seda, também da China.

Era obviamente o conhecimento destes produtos (não só especiarias, e em caso algum matérias-primas), com a sua qualidade mais elevada, que em grande medida atraía o interesse dos europeus, no seu empenho de chegar à Índia, num segundo momento à China, ou pelo oriente (como fez Vasco da Gama) ou pelo ocidente (como procurou fazer Cristovão Colombo).

Foi de facto marcante a aproximação a essa área do mundo verificada com o movimento dos descobrimentos, iniciada por navegadores portugueses, a que se seguiram navegadores de outros países europeus, abrindo-se caminho para o processo de globalização².

Em séculos anteriores as ligações entre os continentes, designadamente entre os continentes europeu e asiático, eram muito caras, perigosas e incertas, por isso pouco frequentes. Um conhecimento seguro do modo de se viajar por mar constituiu pois um ponto de partida indispensável para a globalização, só assim tendo passado o haver a possibilidade de se alcançarem com segurança e regularidade os outros continentes; não bastando uma chegada ocasional a algum local, sem que se estabelecesse uma situação estável para intercâmbios económicos.

No caso da Ásia assim aconteceu em territórios muito mais populosos e muito mais ricos, mesmo durante muito tempo depois da “nossa chegada”. Vale bem a pena recordar que ainda em 1820 a China tinha 28,7 % e a Índia 13,4 % do PIB mundial, os dois juntos 42,1 %³. Tratava-se então de situação bem diferente

1 Uma ilustração desta situação pode ser vista em Sen (2005) e em Baru (2006), mostrando também as boas relações seculares de vizinhança entre a China e a Índia.

Recentemente, com os impressionantes crescimentos das economias destes dois países, tem vindo a falar-se em “Cíndia” (Rampini, 2005-7) ou “Chíndia” (Engardio, ed., 2007). E sucedem-se os livros e artigos comparando os modelos e as vias seguidas num caso e no outro (a título de exemplo Smith, 2008, referenciando *The Dragon and the Elephant...*).

2 O papel em grande medida pioneiro de navegadores portugueses está bem expressado nos títulos e naturalmente nos conteúdos de livros de autores de diferentes países: casos, a título de exemplo, de Vindt, *Globalisation, from Vasco da Gama to Bill Gates* (1999), Page, *The First Global Village. How Portugal Changed the World* (2002), Rodrigues e Devezas, *Portugal. O Pioneiro da Globalização* (2007), Newitt, *Portugal in European and World History* (2009; em edição portuguesa *Portugal na História da Europa e do Mundo*, 2013) ou Crowley , *Conquerors. How Portugal Seized the Indian Ocean and Forged the First Global Empire* (2015).

3 Em séculos anteriores terão tido 60 % da riqueza mundial (assim aconteceria há dois mil anos,

da verificada em territórios de países (ou que vieram a ser países) atualmente muito mais ricos, casos da França, com 5,5 % do total, da União Soviética, com 5,5 %, do Reino Unido, com 5 %, do Japão, com 3,1 %, da Alemanha, com 2,4 %, da Espanha, com 1,9 %, dos Estados Unidos, com 1,8 %, da Indonésia, com 1,6 % ou do Paquistão, com 1,0 % (Maddison, 2006).

É pois difícil explicar como, a partir da chegada dos nossos navegadores, nos séculos XV e XVI, a Europa manteve ao longo de mais de quatro séculos uma supremacia real sobre os demais continentes, como colónias ou outras formas de dependência: em vários casos sobre territórios que eram não só muito mais populosos, também muito mais ricos do que a Europa, tendo além disso culturas milenares⁴.

Ao longo do século XIX foram-se verificando evoluções marcantes, por um lado as perdas de posição, também de difícil explicação, dos dois “gigantes” da Ásia, e por outro o crescimento de países em outros continentes, com um relevo muito especial para o crescimento dos Estados Unidos da América.

Trata-se de crescimento que levou a que este país passasse a ter lugares cimeiros no século XX, no domínio político e no domínio económico.

Na domínio política tivemos neste século um mundo bipolar, com a “guerra fria” entre o capitalismo e o comunismo: o “bloco” capitalista liderado pelos Estados Unidos e o “bloco” comunista liderado pela União Soviética.

No domínio económico, a partir da 2^a. Guerra Mundial o mundo foi caracterizado por haver um mercado tripolar, com a “triade”, formada pelos Estados Unidos da América, a Europa (um espaço que se foi integrando, formal e informalmente) e o Japão.

segundo referência de Smith (2008); podendo ver-se em Shenkar (2006, p. 36) uma figura que mostra a evolução dos PIB's *per capita* da China e da Europa Ocidental ao longo dos dois últimos milénios, ou em Clark (2008 (7), p. 361) uma figura que mostra o afastamento dos PIB's *per capita* de países como os Estados Unidos e a Inglaterra em relação ao valor da Índia a partir de 1800. Procurando mostrar *Why Europe was First* nos últimos séculos pode ver-se Ringmar (2007).

4 Mesmo tendo em conta os argumentos de que dispunhamos de melhores tecnologias, designadamente para a navegação, e de melhores armas; tecnologias e armas que poderiam ser imitadas, sem nenhuma dificuldade, por países asiáticos tão desenvolvidos. E, mais concretamente, os efeitos da “revolução industrial”, com origem na Inglaterra no século XVIII, não podem explicar o domínio já anterior da Europa, nem o domínio que se manteve depois.

Não nos convencendo também (pelo menos por completo), argumentos de ordem religiosa ou de filosofia de vida, já acompanhamos o argumento de que terá sido a ausência de mercado e concorrência, em sociedades centralizadas e fechadas, a estiar a iniciativa, indispensável em qualquer processo de desenvolvimento (ver Clark, 2008(7), pp. 368 ss.).

2. O mundo no século XXI

Com início no final do século XX e acentuando-se no século XXI estamos a ter um novo (em alguma medida “renovado”...) mapa do mundo, um mundo multipolar, no qual economicamente se manterá um grande relevo dos três componentes da “tríade” mas em que, talvez ainda a par de outros parceiros, a China e a Índia serão de novo potências mundiais (estando-se pois aqui com situações de “renovação”...).

Depois de terem tido em séculos anteriores os valores referidos há pouco, ainda em 1820 41,2 % do PIB mundial, verificou-se no século XIX uma perda de posição impressionante destes países, tendo-se chegado ao início do século XX com a China a ter 4 % e a Índia 2 % desse valor.

Mas tem vindo a verificar-se nas últimas três décadas (até à crise pandémica atual) algo talvez sem precedentes na história da humanidade, com os dois países de longe mais populosos do mundo a terem taxas de crescimento anuais sempre acima de 7 %, numa das décadas com a China a ter em quatro dos anos um crescimento de mais de dois dígitos; num processo que continua em marcha, havendo previsões que apontam para que em 2050 a China terá 28 % do PIB mundial e a Índia 17 % (portanto, os dois em conjunto 45 %), os EUA 26 %, a UE 15 % e o Japão 4 %⁵.

3. Desafios a que importa dar resposta

É este o mundo em que estamos a viver agora, com a União Europeia a procurar definir a estratégia que deverá seguir.

Assim aconteceu com a Estratégia de Lisboa, aprovada em 2000, quando da segunda presidência portuguesa do Conselho. Reconhecendo alguns atrasos em relação aos Estados Unidos e os desafios da globalização, afirmou a ambição de que a União Europeia se tornasse “na economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica do mundo, capaz de garantir um crescimento económico duradouro acompanhado de uma melhoria quantitativa e qualitativa do emprego e de uma maior coesão social com respeito pelo ambiente”.

Poderão fazer-se críticas, designadamente pela dispersão de vias a seguir⁶, mas de qualquer forma abriu caminho para uma ambição que se refletiu uns anos

5 Ver por exemplo Comissão Europeia (2021a, pp.1-4). E em geral sobre “o despertar da Ásia” ver recentemente Mações (2018/19).

6 Ver por exemplo Kok (2004), Rodrigues (2004), Rodrigues *et al.*(2009), Lopes (2007), Ardy (2011) e Porto (2017, pp. 454-58, e as referências aqui feitas).

depois, com uma maior concentração de objetivos e meios, na Estratégia Europa 2020 (Comissão Europeia, 2010).

Neste documento, depois de se reconhecer que “o mundo está a mudar”, é afirmado que se tornaram “mais prementes” três “desafios de longo prazo”: “a globalização”, com a evolução e as perspetivas apontadas atrás e que vamos ter em conta em maior medida neste artigo, a “pressão sobre os recursos” e “o envelhecimento da população”.

No que diz respeito aos recursos naturais, houve uma evolução curiosa: foi ultrapassado o pessimismo malthusiano, sobre a possibilidade de os recursos do mundo serem bastantes face a uma população em grande crescimento, para se passar a ter preocupação com a delapidação dos recursos, com a evolução que tem vindo a verificar-se nas economias.

Nos tempos mais recentes passou a suscitar grande preocupação o envelhecimento de algumas populações, sendo especialmente relevantes os casos da Europa e da China: causando problemas no mercado de trabalho, ainda que sejam em alguma medida atenuados com a vinda de imigrantes, e no sistema de segurança social, com uma população ativa cada vez menor a ter dificuldades em proporcionar meios bastantes de apoio aos reformados.

É tendo em conta designadamente estes desafios que a Estratégia Europa 2020 veio estabelecer “três prioridades que se reforçam mutuamente”: 1) “crescimento inteligente” (“smart growth”), 2) “crescimento sustentável” e 3) “crescimento inclusivo”.

No primeiro caso trata-se de “desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação”; sendo acrescentado que não podemos estar mais à espera de outros motivos de vantagem, da localização geográfica (v.g. face ao já referido novo centro do mundo, na Ásia) à dotação de capital (que não falta em países como a China...), para não falar do custo da mão-de-obra...

No segundo caso, com o crescimento sustentável, trata-se de “promover uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva”; dando-se pois uma atenção indispensável e crescente às preocupações ambientais.

No terceiro caso, trata-se de “fomentar uma economia com níveis elevados de emprego que assegure a coesão social e territorial”; não se perdendo pois de vista, corretamente, as preocupações sociais e regionais (sendo além disso a “inclusão” dos cidadãos uma forma de lhes assegurar realizações pessoais e de se conseguirem resultados gerais de muito maior relevo).

Tudo isto são passos na linha de, com vantagens a todos os propósitos, beneficiarmos de mercados mais abertos, no plano externo e no plano interno.

4. Reforço da confiança nos mercados

Uma questão básica a exigir reflexão estaria em saber se os desafios do século XXI deveriam levar-nos a repensar os ensinamentos da teoria e da prática, que têm vindo a apontar de forma inequívoca no sentido da abertura das economias.

Mas não é claramente o caso, apontando-se antes para o reforço e uma ainda maior exploração das potencialidades do mercado, no plano externo e no plano interno.

4.1 Uma estratégia externa

Face a concorrências novas ou acrescidas, com dificuldades maiores do que as de tempos anteriores, haveria a curiosidade de saber o sentido da resposta da União Europeia: eventualmente uma resposta protecionista, “defendendo-se” assim a nossa economia de concorrências tão difíceis, além de outros aspetos com custos de mão-de-obra muito mais baixos. O protecionismo seria a via de se evitar a entrada de produtos desses países, dando alguma margem de manobra às nossas empresas.

Não apontam todavia neste sentido, apontam antes claramente no sentido da abertura internacional, os contributos da ciência económica e os resultados de grandes projetos de investigação de prestigiados economistas e instituições ao longo das décadas: casos da OCDE (com a síntese em Little, Scitowski e Scott, 1970, o National Bureau of Economic Research, NBER (síntese em Bhagwati, 1978 e Krueger, 1978) ou o Banco Mundial (síntese em Papagiorgiou, Choksi e Michaely, 1990).

Na procura de resposta à questão levantada é aliás especialmente expressivo comparar os números de maior protecionismo num tempo recente, no período entre as duas guerras mundiais do século XX, com os períodos anterior e posteriores, em geral de abertura das economias.

Tendo-se vindo do século XIX e séculos anteriores com uma prática generalizada de abertura, tivemos por exemplo entre 1870 e o começo da 1.ª Guerra Mundial um crescimento médio anual no mundo de 3,40 % (de 3,24 % na Europa Ocidental); período designado por Maddison (2006) por “Liberal World Order”.

Seguiu-se, entre as duas guerras mundiais, um período de fortes nacionalismos e protecionismo (período de “Conflict and Autarchy”), com resultados claramente menores, com um crescimento médio anual no mundo de 1,85 %, de 1,19 % na Europa Ocidental⁷.

7 Com estes e outros valores (por exemplo também do crescimento das exportações), nestas e em outras áreas do mundo, pode ver-se Porto (2017, pp. 30-2)

Compreende-se pois bem (também por razões políticas, para se evitarem novos conflitos⁸) a criação de instituições que vieram promover a abertura das economias, no âmbito mundial e no âmbito europeu: com resultados muito favoráveis (numa “golden age”), com um crescimento anual médio no mundo a ser de 4,91 %, de 4,81 % na Europa Ocidental (onde as exportações cresceram em média 8,38 %).

Houve depois um abrandamento a seguir a 1973, quando da crise do petróleo (iniciando-se um período de “Growth, Deceleration and Accelerated Inflation”), mas manteve-se de um modo geral o crescimento das economias, até 1998 com o crescimento anual de 3,01 % no mundo e de 2,11 na Europa Ocidental (verificando-se mais recentemente as exceções do período da crise iniciada em 2008 e agora, com maior gravidade, com a crise do COVID 19).

De um modo geral foram pois inequívocos os melhores resultados proporcionados pela abertura internacional das economias.

E é por exemplo bem claro que os recentes e muito significativos crescimentos da China e da Índia, com modelos económicos e políticos diferentes, ficaram a dever-se aos processos de abertura das suas economias, no plano externo e no plano interno, em processos a que estarão para sempre ligados os nomes de Deng Xiao Ping e Manoharan Singh⁹.

A experiência bem conhecida mostra todavia que há forças organizadas,

8 Foi algo bem “sentido” pelos responsáveis europeus quando iniciaram os processos de integração; tendo de ter-se em conta o que é sublinhado por Adriano Moreira (s.d.), que “ambas as guerras, a de 1914-1918 e a de 1939-1945, foram qualificadas de mundiais, com o esquecimento comum de acrescentar que foram mundiais pelos efeitos, mas exclusivamente ocidentais pelas causas”. E são especialmente duras palavras de Eduardo Lourenço (2001): “A utopia europeia em marcha foi, é, a resposta que se nos impôs às nações pilotos dessa mesma Europa para domesticar, e desta vez, de mútuo acordo, a sua intrínseca barbárie, a sua demoníaca inquietude que fez delas (e de nós) o Fausto da história mundial”.

Em palavras de Hill e Hult (2019, p. 257), depois de mencionarem “the unbridled ambitions of nation-states” que levaram às duas guerras mundiais do século XX, “those who have sought a united Europe had a desire to make another war in Europe unthinkable”.

E é de assinalar que valeu bem a pena avançar-se nos processos de integração, tendo passado já mais de 75 anos sobre o final da 2ª Guerra Mundial, de longe o período mais longo sem nenhuma guerra na Europa (apenas pequenos litígios...) desde pelo menos cinco séculos atrás. Não se imagina nos dias de hoje a possibilidade de o responsável de um país da União Europeia decidir invadir e ocupar outro país, tal como aconteceu ainda há pouco mais de 80 anos...

9 Entre uma literatura extensíssima podem ver-se, por exemplo considerando a China Dan (2001, 2006 e 2020), Cheung e Háan, ed. (2013), Hilpert (2014) e Kroeber (2016), considerando a Índia Jacobsen, ed. (2016) e Nilekani e Shah (2016), e considerando os dois países, além das referências já feitas, Naidu, Chen e Nrayanan (2015) e Ogden (2017).

Referindo ligações diversificadas que se vão estabelecendo num mundo globalizado pode ver-se recentemente David (2020).

englobando na defesa da mesma causa empresários e trabalhadores (são todos beneficiados quando o seu setor é protegido, sendo mais caros ou não podendo vir do exterior produtos desse setor); ao que acresce, com assinalável peso político, a aceitação pela opinião pública de uma estratégia protecionista (tal como está a verificar-se agora com os movimentos populistas na Europa).

Não tem sido todavia esta a posição posta em prática e defendida na União Europeia, continuando (com a exceção do protecionismo da PAC, todavia hoje atenuado, na sequência da Reforma de 1992¹⁰ e das reformas que se seguiram) ao longo dos anos numa linha de abertura, com um nível médio de impostos alfandegários de 3,6 % e com 40 % dos produtos a serem importados à taxa 0.

E assim acontece naturalmente no quadro das linhas de estratégia que têm vindo a ser definidas.

Voltando à Estratégia Europa 2020, trata-se de documento bem claro, não vendo a globalização como uma ameaça, mas sim como um alargamento de oportunidades.

No começo de uma secção com o título “Mobilizar os nossos instrumentos de política externa” sublinha-se que “o crescimento global abrirá novas oportunidades para as empresas exportadoras e um acesso concorrencial às importações necessárias”.

Trata-se de ambição expressada uns parágrafos adiante. Depois de se dizer que “todos os instrumentos da política económica externa devem ser mobilizados para promover o crescimento da Europa através da nossa participação em mercados globais abertos e competitivos”, sublinha-se que “uma Europa aberta, a funcionar num enquadramento internacional baseado em regras, constitui a melhor forma de explorar os benefícios da globalização que irão estimular o crescimento e o emprego”.

Nesta linha, quando muitas vezes se vê o crescimento das economias emergentes apenas como fonte de concorrência para as nossas empresas, tirando-nos oportunidades e empregos (pensa-se logo na China e em outros países...), é relevante que a Estratégia Europa 20-20 sublinhe antes (p. 26) que essas economias, “cujas classes médias se estão a desenvolver e a importar bens e serviços em que a Europa dispõe de uma vantagem comparativa”, “serão a fonte de uma parte do crescimento que a Europa precisa de gerar na próxima década. Enquanto maior bloco comercial do mundo, a prosperidade da UE depende da sua abertura ao mundo e da sua capacidade para acompanhar de perto a evolução noutras economias desenvolvidas ou emergentes no sentido de antecipar e adaptar-

10 Quando de uma presidência portuguesa, sendo de sublinhar o papel desempenhado por Arlindo Cunha, Ministro português da Agricultura, presidindo pois ao Conselho de Ministros do sector (cf. Porto, 2017, pp. 312-28 e Cunha, 2019).

se às futuras tendências”.

Nesta linha de abertura, continuada em outros documentos e tomadas de posição, temos muito recentemente o COM (2021) 66 final, de 18.2.2021, com a “Revisão da Política Comercial – Uma política comercial aberta, sustentável e decisiva” (Comissão Europeia, 2021a).

As palavras introdutórias não podiam ser mais expressivas, com a afirmação de que “o comércio é um dos instrumentos mais poderosos da UE. É fundamental para a competitividade e a prosperidade económica da Europa, apoiando um mercado interno dinâmico e uma ação externa decisiva. Devido à abertura do seu regime comercial, a UE é a maior potência comercial do mundo a nível de produtos agrícolas e manufaturados e de serviços, e ocupa o primeiro lugar nos investimentos internacionais de outros países e noutros países. Graças à política comercial comum, a UE fala a uma só voz no fórum internacional, o que constitui uma vantagem impar”.

E a capacidade competitiva da União Europeia, em particular da “zona euro” (no conjunto da União os dados eram menos favoráveis, com o Reino Unido a ter resultados negativos, na então UE 28), foi estando bem refletida nos superaves da balança dos pagamentos correntes, por exemplo a ter em 2018 um superave de 423.477 milhões de dólares, claramente o maior superave do mundo.

Trata-se de um resultado com que naturalmente nos congratulamos, mas que é desejável em termos mundiais, mostrando que um modelo político e social como o nosso não impede que se seja competitivo no plano mundial¹¹.

4.2. Um “mercado único para o século XXI”

Expressivamente, é este o título do n.º 3.1 da Estratégia Europa 20 20, que se inicia com a afirmação de que “um mercado único mais sólido, mais aprofundado e alargado, é vital para gerar crescimento e criar emprego”.

Tem de ser assim com a constatação de que “frequentemente, as empresas e os cidadãos ainda continuam a ter de fazer face a 27 ordens jurídicas diferente para realizar uma única transação”; acrescentando-se, com preocupação agora agravada, que “enquanto as nossas empresas ainda continuam a confrontar-se com a realidade quotidiana da fragmentação e das diferenças entre as normas, os seus concorrentes da China, dos EUA ou do Japão podem tirar plenamente partido dos seus mercados internos”.

Tinha-se todavia bem noção de que muito havia (e continua a haver...) a

11 A opinião de várias personalidades dos meios académicos e políticos portugueses sobre os desafios do nosso tempo, designadamente sobre a globalização e os papeis que podem caber à Europa e a Portugal, pode ser vista em Pinto (2020); e também recentemente ver Mesquita Nunes (2020).

fazer neste caminho.

Foi-se avançando pois na linha do aprofundamento do “mercado único de 1993”¹², com passos vários: casos, em 1997, do “Plano de Ação para o Mercado Único”, em 2000 da Estratégia de Lisboa, e em 2010 do Relatório Monti, “Uma Nova Estratégia para o Mercado Único”, com o então Presidente Barroso a afirmar, na carta em que o relatório foi solicitado, que “o mercado único é e continuará a ser a “pedra angular” da integração europeia e do crescimento sustentável”. Já muito recentemente é de referir “A Nova Estratégia Industrial” estabelecida em 2020 pelo COM (2020) 102 final, de 10.3.2020 (Comissão Europeia, 2020), com vias de promoção das condições de competitividade, de forma alguma com protecionismo, e em particular com a sua Atualização, de 5.5.2021 (Comissão Europeia, 2021b)¹³.

O início da secção 3 deste segundo documento, com o título “Reforço da Resiliência do Mercado Único”, é bem expressivo com a afirmação de que o mercado único é o ativo mais importante da UE, oferecendo segurança, escala e um trampolim mundial às nossas empresas, bem como uma ampla disponibilidade de produtos de qualidade aos consumidores”; acrescentando-se que “este ativo não pode, no entanto, ser descurado”, sendo pois necessário ir tomando as medidas necessárias...

E na página seguinte são indicadas várias frentes em que são exigidos “esforços incessantes” para que se consiga “o bom funcionamento do mercado único”.

Trata-se de necessidade agora acrescida, exigindo passos mais rápidos, com a pandemia que está a atingir-nos, tal como é bem sublinhado nos últimos documentos referenciados.

5. O papel de blocos regionais

Uma questão interessante é a questão de saber se há razão para a criação de “blocos regionais”, com os bons resultados, já referidos, proporcionados pelo comércio mundial; e com as justificações da criação de espaços de integração a ser de um modo geral justificações de “segundo ótimo”, sendo em cada caso mais favorável a abertura a nível mundial.

Não está em causa, quando se apresentam estas justificações, que é melhor estar num espaço desta natureza do que isoladamente, em países com “fronteiras

12 Com a referência a previsões e cálculos dos benefícios proporcionados pelo mercado único pode ver-se Porto e Guincho (2012/20).

13 Cfr. também por exemplo o *Annual Single Market Report 2021* (Comissão Europeia, 2021c).

fechadas”; mas na mesma lógica, na lógica das mesmas justificações, é mostrado que nada se perde e há o máximo a ganhar com o comércio livre mundial.

É o que acontece com a teoria estática das uniões aduaneiras, com o comércio livre mundial não havendo efeitos de desvio de comércio, só efeitos de criação de comércio; com a vantagem de se explorarem em maior medida vantagens de especialização, sendo então maiores as especializações possíveis; com a possibilidade de se terem mais economias de escala, com um mercado mais amplo; com a possibilidade de serem maiores os efeitos dinâmicos de competitividade e talvez só assim se evitando uma situação de monopólio a nível mundial; e sendo ainda obviamente maiores, no máximo possível, os efeitos de multiplicação do comércio externo¹⁴.

Mas a União Europeia, no seu interesse e com vantagem para o mundo em geral, tem vindo a mostrar o relevo do contributo que pode ser dado por um espaço de integração; contributo que não seria conseguido ou muito dificilmente seria conseguido por outra forma, com os países atuando cada um por si¹⁵.

Assim acontece com o que foi e continuará ser conseguido com a implantação, alargamento e aprofundamento do mercado único, como foi sublinhado nos números anteriores, bem como com o estabelecimento de uma moeda única num espaço com o relevo da “zona euro”. São obviamente passos só possíveis numa entidade com a capacidade de intervenção da União Europeia.

E é de sublinhar que o mercado único e a moeda única, criados e aprofundados visando naturalmente em primeiro lugar beneficiar os países membros, beneficiam também empresas e cidadãos das demais áreas do mundo: tendo neste espaço maiores facilidades de circulação e negócios e as mesmas regras a seguir, bem como a mesma moeda em 19 dos países membros.

Para além disso, há projetos que um país isoladamente não levaria a cabo, mesmo um país de grande dimensão: devido ao seu custo e ao receio de que, tendo a sua iniciativa, não seja capaz de internalizar os efeitos do investimento feito, “apropriáveis” talvez por empresários de outros países, sem ter tido os custos do lançamento do projeto.

Um exemplo de especial relevo a este propósito é o exemplo do projeto Airbus. Quando só nos Estados Unidos havia a produção de aviões comerciais de grande porte, durante algum período por três empresas mas depois apenas pela Boeing, sentiu-se na Europa que deveria avançar-se na produção deste tipo de aviões. Mas tendo-se em conta o custo e o risco desta iniciativa nenhuma empresa avançou sozinha, mesmo de algum país poderoso, da Alemanha, do Reino Unido,

14 Com a análise destas justificações pode ver-se Porto (2017, pp.198-223) e as referências aqui feitas

15 Para além de razões políticas, de aproximação dos países, assegurando-se a paz, como foi bem notório no início do processo de integração europeia (recorde-se da nota 8).

da França ou da Espanha, tendo-se avançado com um consórcio de cinco e depois de quatro empresas (destes países).

Trata-se de consórcio que naturalmente terá sido “estimulado” pela pertença a um espaço de integração, com o investimento a ter tido aliás uma participação significativa do orçamento da UE¹⁶. E com ele ficaram a beneficiar não só as empresas transportadoras aéreas da União Europeia, igualmente as empresas transportadoras de todos os demais países do mundo (designadamente dos Estados Unidos), não ficando limitadas a comprar a uma só empresa, com o monopólio na produção deste tipo de aviões.

Recentemente, é de referir o papel que teve a União Europeia no esforço conjunto para rapidamente se encontrar uma vacina contra a Covid 19. Em palavras bem expressivas da Comissão (2021b, p. 4), “no último ano, fomos testemunhas da resiliência do nosso mercado único e do melhor de que a indústria é capaz. Com base na excelência acumulada no domínio das ciências da vida, tem estado na vanguarda do desenvolvimento e da produção de vacinas contra a COVID-19 a nível global, nomeadamente graças à Estratégia de Vacinação da EU e ao apoio da UE ao reforço da capacidade industrial”. Assim acontece, igualmente neste caso, em benefício do mundo em geral

Justifica-se que se sublinhe também o papel indispensável de espaços de integração para que sejam promovidas políticas estruturais, designadamente políticas de desenvolvimento regional. Trata-se de políticas que naturalmente promovem em maior medida os países e as regiões menos desenvolvidos; mas a experiência conhecida tem vindo a mostrar de forma muito clara que com um maior equilíbrio territorial beneficiam também, em grande medida, os países e regiões mais ricos, evitando imigrações eventualmente não desejáveis e, com maior relevo, criando mais oportunidades de mercado para as suas empresas exportadoras.

São casos concretos, com a maior importância, que mostram o relevo dos contributos que pode proporcionar um bloco como a União Europeia; e, colocando-nos num plano mais amplo, é de saudar que haja a nível mundial mais do que dois polos de grande importância, que tenhamos um mundo multipolar, um mundo em que o espaço europeu poderá ter e deverá ter um grande relevo na defesa e promoção dos seus valores¹⁷.

16 Com o autor deste artigo, sendo então membro do Parlamento Europeu (v.g. da Comissão do Orçamento), a ter participado na votação aprovando este apoio financeiro.

17 Em palavras recentes e bem expressivas de Catroga (2020, p.103), “no contexto da economia global” em que vamos viver no século XXI “cada país europeu não terá, por si só, força bastante para ser ator significativo no quadro de um mundo multipolar com dois grandes polos de atração (EUA e China)”; acrescentando contudo que “a UE e a Zona Euro têm possibilidade de virem a constituir outro ‘polo estratégico-chave’, com reformas adequadas”. Estamos seguros de que assim acontecerá, no interesse do todo mundial.

6. Um abrandamento ou um recuo na globalização, com o regresso a alguma “regionalização”?

Apesar da evidência clara das vantagens da abertura do mercado, com realismo temos de estar sempre à espera de posições de prática ou defesa de protecionismo.

Temos exemplos bem recentes em dois países de grande relevo, nos Estados Unidos com medidas tomadas pelo Presidente Trump e em França com a candidata Marine le Pen a defender que se avançasse nesse sentido caso ganhasse as eleições; exemplos a que podem acrescentar-se muitos outros, com os empresários e os trabalhadores do setor em que estão envolvidos a estar unidos na defesa da sua proteção, sem que os consumidores estejam sensibilizados ou de qualquer modo capazes de fazer prevalecer o seu interesse, evitando serem penalizados com preços mais elevados.

Cumprirá aliás aos sociólogos e cientistas políticos encontrar justificação para estas situações, com uma aceitação em alguns casos do protecionismo, defendido de um modo geral pelos movimentos populistas, apesar de ser penalizado um número muito maior de cidadãos.

Para além disso, em ligação ou não a posições tomadas, ao longo dos tempos tem havido e continuará a haver circunstâncias que levam ao abrandamento ou mesmo ao recuo da globalização¹⁸.

Assim aconteceu ainda recentemente com a pandemia da COVID 19, procurando-se mais perto os produtos de que se carecia.

Trata-se pois de casos em que se verifica alguma “regionalização” das economias. Mas o juízo a fazer não tem de ser um juízo negativo, poderá dever ser mesmo um juízo positivo, se a diminuição de importações de outras origens não se verificou como consequência de medidas protecionistas.

Como Solana sublinhou muito recentemente (2021), “temos de aprender a viver de acordo com a seguinte máxima: a UE é maior do que a soma das suas partes”.

E valerá a pena recordar que quando da fundação das Comunidades, nos anos 50 do século XX, o contexto mundial era muito diferente, o problema da afirmação da Europa punha-se face aos poderes político e militar da União Soviética e dos Estados Unidos. Conforme sublinharam recentemente Hill e Hult (2019, p. 257-8), “many Europeans” “believed that after World War II the European nation-states were no longer large enough to hold their own in world markets and politics. The need for a United Europe to deal with the United States and the politically alien Soviet Union loomed large in the minds of many of the EU founders”, referindo, numa linha de ironia, que “a long-standing joke in Europe is that the European Commission should erect a statue to Joseph Stalin, for without the aggressive policies of the former dictator of the old Soviet Union the countries of western Europe may have lacked the incentive to cooperate and form the EC”...

18 Apenas a título de exemplo ver King (2016), num livro com o título bem expressivo de “Lamentável Mundo Novo. O fim da globalização e o regresso da história”...

Não há então preços mais elevados, não há pois custos de bem-estar para os consumidores e custos de produção para os empresários que utilizam matérias primas e bens intermediários ou equipamentos importadas. Trata-se por seu turno de circunstância que poderá levar os países dessa “região” a promover, no interesse de todos, produções em que tenha vantagem comparativa.

Assim aconteceu agora em alguma medida na Europa, com uma maior “regionalização” da sua economia mas sem protecionismos, em termos em que não são postos em caso os benefícios da globalização; que poderá ser melhor aproveitada com os progressos conseguidos nos setores entretanto promovidos. Trata-se de situação bem descrita por Catroga (2020, p. 213), apontando para que “nos próximos tempos” “vai acentuar-se uma certa tendência para a chamada ‘reindustrialização’ da Europa (e também dos EUA)¹⁹ e para a ‘regionalização’ de algumas cadeias de produção globais” (acrescentando que “este movimento já se vinha detetando antes da crise sanitária global e mesmo antes da guerra comercial EUA/ China”).

7. Conclusões

Depois de vários séculos de assinalável peso da Europa no mundo, na segunda parte do século XX mais no plano económico do que no plano político (relevando aqui em maior medida a “guerra fria” entre os Estados Unidos e a União Soviética), vamos ter no século XXI um mundo muito diferente, com a emergência de novas potências. Não ficaremos pela “tríade”, com os Estados Unidos, a Europa e o Japão, face ao enorme crescimento de alguns países, como é o caso da China (bem como por exemplo da Índia).

Com a concorrência destes e de outros países, cada vez mais concorrendo nos mesmos setores, compreendem-se os receios de países como os Estados Unidos e os países europeus, com salários mais elevados; podendo julgar-se que o caminho a seguir deveria ser o caminho do protecionismo, evitando-se a concorrência de bens vindos do exterior.

Não tem sido porém esta a posição da União Europeia, continuando (com a exceção do protecionismo da PAC, todavia hoje atenuado) numa linha de abertura. Trata-se de posição que está refletida num nível médio baixo dos impostos alfandegários, com muitos produtos não tributados; e com uma política de abertura a ser defendida nos documentos que têm vindo a ser publicados, designadamente na Estratégia Europa 20-20, de 2010, e ainda muito recentemente em documentos destes dois últimos anos.

19 Ver também já Porto e Calvete (2018-19), falando em “regresso à ferrugem”...

Tem vindo a ser bem sublinhado que a via a seguir está antes no alargamento e no aprofundamento do mercado único, “um mercado único para o século XXI”. Trata-se de caminho que visa naturalmente em primeiro lugar o interesse dos cidadãos e da atividade da União, mas que beneficia igualmente quem é de fora, circulando livremente e podendo seguir requisitos técnicos comuns num espaço económico de tanto relevo. E uma moeda única de 19 países com tanto relevo facilita também em grande medida quem é de fora do seu espaço.

Sendo de desejar que continue a caminhar-se no sentido do comércio livre mundial, no seio da OMC, a criação de espaços de integração será pois a via de se ir avançando nas linhas referidas. Mas a formação e o aprofundamento do mercado único, tal como está a verificar-se, bem como a criação do euro, não teriam obviamente sido possíveis fora de um quadro institucional como o quadro da União Europeia.

Espaços de integração são também espaços necessários para que se tomem iniciativas de grande exigência financeira e de grande risco ou para que se promova uma maior coesão social e territorial (infelizmente não em toda a medida possível e desejável...); também nestas casos com benefícios que vão para além dos espaços de integração.

Com a União Europeia a ter êxitos nestas linhas, com resultados económicos muito favoráveis, é por seu turno um incentivo a que se criem e aprofundem espaços de integração em outras áreas do mundo, em benefício dos seus cidadãos, mas sendo por seu turno uma forma de alargamento de oportunidades de que todos podem aproveitar.

Bibliografia:

Ardy, Brian, *Industrial and Competitiveness Policy: The Lisbon Strategy*, in El-Agraa, Ali M. (ed.), *The European Union. Economics and Policies*, 8th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2011

Barros Silva, Joana, *As Relações União Europeia-China: O Impacto da Nova Rota da Seda*, tese apresentada na Nova FCSH, Lisboa, 2020

Baru, Sanjaya, *Strategic Consequences of India's Economic Performance*, Academic Foundation, Nova Delhi, 2006

Bhagwati, Jagdish N., *Anatomy and Consequences of Exchange Control Regimes*, National Bureau of Economic Research (NBER), Ballinger Publishing Company, Nova Iorque, 1978

Catroga, Eduardo, *Desenvolver Portugal. Reflexões em tempos de pandemia*, Bertrand, Lisboa, 2020

Cecchini, Paolo, *The Economics of 1992: An Assessment of the Potential*

Economic Effects of Completing the Internal Market of the European Community, em *European Economy / Économie Européenne*, n.35, Outubro, 1988 (ed. port. de Perspectivas e Realidades, Lisboa, 1988)

Cheung, Yin-Wong and Haan, Jacob (ed.), *The Envolving Role of China in the Global Economy*, The MIT Press Cambridge (Mass.) e Londres, 2013

Clark, Gregory, *Um Adeus às Esmolas. Uma Breve História Económica do Mundo*, Bizâncio, Lisboa, 2008 (trad. de *A Farewell to Alms – A Brief History of the World*, Princeton University Press, 2007)

Comissão Europeia, *Estratégia Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, COM (2010) 2020 final, de 3.3.2010

Comissão Europeia, *Documento de Reflexão Controlar a Globalização*, COM (2017) 240 final, de, de 10.5.2017

Comissão Europeia, *Uma Nova Estratégia Industrial para a Europa*, COM (2020) 102 final, de 10.3.2020

Comissão Europeia, *Revisão da Política Comercial – Uma política comercial aberta, sustentável e decisiva*, COM (2021) 66 final, de 18.2.2021a

Comissão Europeia, *Atualização da Nova Estratégia Industrial de 2020: construir um mercado único mais forte para a recuperação da Europa*, COM (2021) 350 final, de 5.5.2021b

Comissão Europeia, *Annual Single Market Report 2021*, acompanhando o *Updating the 2020 New Industrial Strategy*, COM (2021) 351 final, de 5.5.2021c

Crowley, Roger, *Conquerors. How Portugal Seized the Indian Ocean and Forged the First Global Empire*, Faber&Faber, Londres, 2015

Cunha, Arlindo, *A evolução das Políticas Comuns de Agricultura e das Pescas e sua aplicação em Portugal na primeira década da adesão à CEE*, em João Rosa Lã, Alice Cunha e Pedro Sampaio Nunes (org.), *As Décadas da Europa*, Book Builders, Lisboa, 2019, pp. 81-102

Dan, Wei, *A China e a Organização Mundial do Comércio*, Almedina, Coimbra, 2001

Dan, Wei, *Globalização e Interesses Nacionais. A Perspetiva da China*, Almedina, Coimbra, 2006

Dan, Wei, *Apelo da China contra o protecionismo*, em *Temas de Integração*, n° 40, 2020

David, Dharshini, *A Geografia do Dinheiro*, Desassossego, Porto Salvo, 2020 (trad.de *The Almighty Dollar*, Elliot and Thompson, Londres, 2018

Dicken, Peter, *Global Shift: Reshaping the Global Map in the 21st Century*, 4^a ed., Sage, Londres, 2003

Engardio, Pete (ed.), *Chindia. How China and India are Revolutionizing Global Business*, McGrawHill, New York, 2007

Friedman, Thomas, *O Mundo é Plano. Uma Breve História do Século XXI*, Actual Editora, Lisboa, (trad. de *The World is Flat. A Brief History of the Twenty First Century*, Farrar, Straus e Giroux, Nova Iorque, 2005)

Gnesotto, Nicole e Grevi, Giovanni, *The Global Puzzle. What World for the EU in 2025 ?*, Institute for Security Studies, Paris, 2006

Hill, Charles W.L. e Hult, G. Thomas, *International Business. Competing in the Global Marketplace*, McGraw-Hill, Nova Iorque, 2019

Hilpert, Hanns Gunther, *China's Trade Policy. Dominance without the Will to Lead*, SWP Research Paper, Berlim, 2014

Jacobses, Knut C. (ed.), *Routledge Handbook of Contemporary India*, Routledge, Abingdon and New York, 2016

Khanna, Parag, *O Segundo Mundo. Como as potências emergentes estão a redefinir a concorrência global no século XXI*, Presença, Lisboa, 2009 (trad. de *The Second World*, Random House, 2008)

King, Stephen, *Lamentável Mundo Novo. O fim da globalização e o regresso da história*, Temas e Debates-Círculo de Leitores, Lisboa, 2018 (trad. de *Grave New World – The End of Globalization. The Return of History*, Yale University Press, Yale, 2017)

Kok, Wim, *Facing the Challenge: The Lisbon Strategy for Growth and Employment*, relatório de um “High Level Group chaired by Wim Kok”, OOEPEC, Luxemburgo, 2004

Kroeber, Arthur R., *China's Economy. What everyone needs to know*, Oxford University Press, Oxford, 2016

Krueger, Anne O., *Liberalization Attempts and Consequences*, National Bureau of Economic Research, Ballinger Publishing Company, Nova Iorque, 1978

Little, Ian M., Scitowsky, Tibor e Scott, Maurice F., *Industry and Trade in some Developing Countries*, Oxford University Press, para a OCDE, Londres, 1970

Lopes, António Calado, *A Estratégia de Lisboa e a Modernização da Economia Europeia*, Instituto Nacional de Administração (INA), Oeiras, 2007

Lourenço, Eduardo, *A Europa Desencantada: para uma Metodologia Europeia*, Gradiva, Lisboa, 2001

Mações, Bruno, *O Despertar da Eurásia: Em Busca da Nova Ordem Mundial*, Temas e Debates – Círculo de Leitores, Lisboa, 2018 (ed. ingl *The Dawn of Eurasia – On the Trail of the New World Order*, Yale University Press, Yale, 2019)

Maddison, Angus, *The World Economy*, ed. conjunta de *A Millennial Perspective*, vol. 1 (2001) e *Historical Statistics*, vol. 2 (2003), 2006

Mesquita Nunes, Adolfo, *A Grande Escolha. Mundo Global ou Países Fechados ?*, D. Quixote, Alfragide, 2020

Monti, Mario, *A New Strategy for the Single Market. At the Service*

of European Economy and Society (estudo encomendado pelo Presidente da Comissão Europeia José Manuel Durão Barroso), 2010

Moreira, Adriano, *A Lei da Complexidade Crescente na Vida Internacional*, s.d.

Naidu, G.V.C. , Chen, Mumin and Narayanan, Raviprasad (ed.), *India and China in the Emerging Dynamics of East Asia*, Springer India, Nova Delhi, 2016

Newitt, Malyn, *Portugal in European and World History*, 2009 (ed. port. *Portugal na História da Europa e do Mundo*, Texto, Alfragide, 2013)

Nilekani, Nandan e Shah, Viral, *Rebooting India*, Allen Lane (Penguin Books), Londres, 2015

Ogden, Chris, *China and India. Asia's Emerging Great Powers*, Polity, Cambridge (UK), 2017

Page, Susan, *The First GlobalVillage. How Portugal Changed the World*, 2002

Papageorgiou, Demetrios, Choksi, Armeane M. e Michaely, Michael, *Liberalizing Foreign Trade in Developing Countries. The Lessons of Experience*, 1990, Banco Mundial, Washington (síntese editada pela Basil Blackwell, Oxford, 1990-1; tendo o estudo do caso português sido feito por Macedo, Jorge Braga de, Corado, Cristina e Porto, Manuel, e publicado como Working Paper n. 114 da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa)

Pelkmans, Jacques, *The Case for More Single Market*, em *CEPS Policy Brief*, nº 34, February 2011

Pinto, Pedro, *Conversas Globais*, Bertrand, Lisboa, 2020

Porto, Manuel Lopes, *As Responsabilidades da Europa Face ao Mundo*, em João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha (coord.), *Para Jorge Leite. Escritos Jurídicos*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 609-32

Porto, Manuel Lopes, *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia: Face aos Desafios da Globalização*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2017 (previous editions in Chinese and in English)

Porto, Manuel Lopes e Anastácio, Gonçalo (coord.), *Tratadode Lisboa. Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2012/20 (English ed. of 2020)

Porto, Manuel e Calvete, Victor, *Soluções unilaterais para problemas (in) comuns*, em *Temas de Integração*, vol. 38-39, 2018-19

Porto, Manuel e Guincho, Luis, Comentário do artigo 26 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, em Porto e Anastácio (coord.), *Tratado de Lisboa...*, cit., 2012/20

Rampini, Federico, *L'Imperio di Cindia*, Arnaldo Mandadore, 2005 (ed. port. *China e Índia. As Duas Grandes Potências Emergentes*, Presença, Lisboa, 2007)

Ringmar, Erik, *Why Europe was First. Social Change and Economic*

Growth in Europe and East Asia, 1500-2050, Anthen Press, Londres, Nova Iorque e NovaDelhi, 2007

Rodrigues, Jorge Nascimento e Devezas, Tessaleno, *Portugal. O Pioneiro da Globalização*, Centro Atlântico, Famacião, 2007

Rodrigues, Maria João, *A Agenda Económica e Social da União Europeia. A Agenda de Lisboa*, Dom Quixote, Lisboa, 2004

Rodrigues, Maria João, Troglic, Jean-François, Ehrenkrona, Olof, Herzog, Philip e Sapir, André, *Europe. Globalization and the Lisbon Agenda*, Edward Elgar, Cheltenham e Nottingham (Mass.), 2009

Sen, Amartya, *The Argumentative India. Writings on Indian History, Culture and Identity*, Penguin, Londres, 2008

Shapiro, Robert, *O Futuro, uma Visão Global do Amanhã. Como as superpotências, populações e a globalização vão mudar a forma como vivemos e trabalhamos*, Actual, Lisboa, 2010 (original, de 2008, da St. Martin's Press, com o título *Futurecast*)

Shenkar, Oded, *The Chinese Century*, Wharton, Nova Jersey, 2006

Smith, David, *The Dragon and the Elephant. China, India and the New World Order*, Profile Books, Londres, 2008

Solana, Javier, *Uma Dose de Eurorrealismo*, em Diário de Notícias, 30.8.2021

Vindt, Gérard, *Globalisation: From Vasco da Gama to Bill Gates*, 1999 (ed .port. *A Mundialização. De Vasco da Gama a Bill Gates*, Temas e Debates, Lisboa, 1998)

A LIBERALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS JURÍDICOS NAS RELAÇÕES ECONÓMICAS ENTRE A CHINA E OS PALOP

Almeida Machava

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Resumo: As relações económicas e comerciais entre a China e os países africanos de língua oficial portuguesa (PALOP) têm sido desenvolvidas dentro de um contexto caracterizado por uma diversidade de ordens jurídicas em contacto, o que tem levantado receios sobre a segurança jurídica dos intervenientes. O conhecimento das realidades jurídicas em que se desenvolvem as relações económicas internacionais permite que se minimizem os riscos de conflitos entre as partes e o comércio de serviços jurídicos poder ser uma alavanca para a garantia desse conhecimento jurídico transnacional. O presente estudo parte da premissa de que os serviços jurídicos podem ser objecto de relações comerciais e nessa medida, através de um exercício hermenêutico, avalia as possibilidade de se liberalizar o comércio dos serviços jurídicos nas relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP com o objectivo de aferir até que ponto esta liberalização irá permitir maior previsibilidade nas transacções e, ao mesmo tempo, a certeza e segurança jurídicas, elementos essenciais para o desenvolvimento são das relações. Apresentando as vantagens, conclui-se pela necessidade de se assumir a liberalização do comércio de serviços jurídicos nas relações China-PALOP como um caminho essencial a ser percorrido.

Palavras-chave: China; PALOP; relações comerciais; serviços jurídicos; liberalização económica.

1. Introdução

A dinâmica das relações económicas e comerciais internacionais está também ligada à certeza e segurança jurídicas no seu desenvolvimento e, para tal, a transparência e previsibilidade das consequências jurídicas são elementos essenciais. Desenvolvidas num contexto de diversidade normativa, em que várias ordens jurídicas são colocadas em contacto, as relações económicas e comerciais entre a China e os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP) não estão isentas dessa realidade.

Uma das formas de garantir, através da previsibilidade, a certeza e segurança jurídicas é assegurar que conhecedores das realidades jurídicas em que se inserem determinadas relações comerciais participem das mesmas, porque estes poderão melhor acautelar os potenciais riscos de conflitos e permitir uma convivência sã entre os agentes económicos.

O comércio internacional de serviços jurídicos é, hoje, inegável que constitua objecto das relações económicas e comerciais, no quadro do sistema multilateral do comércio e ele tem o condão de permitir que se alargue a base do conhecimento jurídico transnacional.

Partindo destas premissas, o presente ensaio consiste de um exercício hermenêutico em que se passa em revista a dimensão jurídica das relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP e discute a necessidade de liberalização dos serviços jurídicos como forma de garantir a sua consolidação e aprofundamento.

2. Serviços jurídicos como objecto do comércio internacional

A criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994 permitiu o alargamento do âmbito do Sistema Multilateral do Comércio visto que este não só se limitou ao comércio de mercadorias, mas também a outras áreas. Uma dessas áreas é a do *comércio de serviços*.

Importa referir que já no GATT de 1947 era possível encontrar referências a determinados serviços. Por exemplo, Artigo III:4 e artigo V do GATT (sobre Transportes) e Artigo III:10 (sobre a projecção de filmes)¹. No entanto, essas referências não reflectiam a regulação do comércio internacional de serviços, só com o estabelecimento do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) o comércio internacional de serviços passou a ter uma regulamentação uma vez

1 Pedro Infante Mota, *O Sistema GATT/OMC Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*, Almedina Editora, 2005, Coimbra, p. 45.

que o GATS é aplicável às medidas tomadas pelos membros da OMC que afetem o comércio internacional de serviços², numa abordagem que, à primeira vista, representaria a transposição para o âmbito GATS dos princípios e regras que disciplinam o comércio de mercadorias³.

Um aspecto importante no GATS é o facto de não dissociar os serviços dos prestadores de serviços, ou seja, as regras do GATS aplicam-se não só aos serviços enquanto tais, mas também aos respectivos prestadores de serviços, diferentemente das regras do GATT que se orientam para os produtos e não aos produtores.

Outro aspecto que ressalta do GATS é a dificuldade em estabelecer um conceito aceitável de serviços, limitando-se a definir “comércio de serviços” descrevendo-o em quatro modos de prestação de serviços, no n.º 2 do artigo I do GATS, designadamente:

- i. *Prestações transfronteiriças (alínea a) – que corresponde às situações em que o serviço prestado tem origem em um determinado território aduaneiro e desagua em outro território aduaneiro. Pense-se nos serviços de telecomunicações, quando se emite uma chamada telefónica internacional⁴.*
- ii. *Consumo estrangeiro (alínea b) – que corresponde às situações em que um determinado indivíduo nacional de um território aduaneiro é beneficiário de determinados serviços em outro território aduaneiro. Pensemos no caso de serviços de turismo, quando um nacional de um determinado país se desloca para outro país e lá beneficia de determinados serviços, como, por exemplo, o alojamento.*
- iii. *Presença comercial (alínea c) – corresponderá às situações em que um determinado prestador de serviços oriundo de um determinado território aduaneiro, instala-se em outro território aduaneiro e lá presta serviços. Pensemos num Banco de um determinado país que se instala noutro país e aí presta serviços financeiros.*
- iv. *Presença de pessoa singular (alínea d) – que corresponde às situações em que um prestador de serviços, pessoa singular, de um determinado território aduaneiro, desloca-se a outro território*

2 Artigo I:2 do GATS.

3 Pedro Infante Mota, ob cit., p. 46.

4 Sobre isto vide o caso DS204: *Mexico – Measures affecting Telecommunications Services* (Relatório do Painel), disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds204_e.htm, último acesso em 28 de Outubro de 2021.

aduanheiro para lá prestar o serviço. Pensemos em um artista que vai prestar um serviço fora do seu país de origem.

Quando nos reportamos a comércio de serviços no âmbito do sistema multilateral do comércio é importante que tenhamos presente que a estrutura funcional compreende dois níveis de abordagem, designadamente (i) *Obrigações gerais* – conjunto de regras aplicáveis a todos os membros da OMC (artigo II a XV do GATS); e (ii) *Listas de Compromissos específicos* – correspondem ao conjunto de regras de aplicação específica ou particular, no sentido de se reportarem à expressão da vontade particular de cada território aduanheiro (Artigos XVI a XXI do GATS), com a ressalva de que *as obrigações gerais não garantem o acesso aos mercados. Por exemplo, um membro da OMC pode respeitar a Cláusula da Nação Mais Favorecida e manter o seu mercado inacessível visto que a liberalização do mercado depende dos compromissos específicos assumido (artigo XX do GATS)*⁵. Significa isto que cabe a cada território aduanheiro definir os tipos de serviços que podem ser objecto de comércio internacional no seu mercado.

A “autonomia” que o GATS dá aos territórios aduanheiros para definirem os serviços a beneficiarem de acesso aos seus mercados pode, de alguma forma, contribuir para a fraca abrangência na liberalização⁶, em função do tipo de listas apresentadas⁷. Com efeito, caso os territórios aduanheiros optem por uma abordagem *bottom-up* os níveis de liberalização serão tendencialmente mais fracos, ao contrário da abordagem *top-down* em que, conforme expende Infante Mota, *tudo é passível de liberalização, excepto os sectores expressamente indicados na lista*⁸.

Sendo certo que o GATS vem regular o comércio internacional de serviços, uma das grandes questões que se levanta sobre esta matéria é de saber que serviços estarão sob a regulação do GATS. A resposta a esta questão pode parecer fácil, na medida em que a alínea b) do número 3 do artigo II do GATS revela que este tem um vasto âmbito de aplicação na medida em que cobre *todos os sectores de serviços*, exceptuando aqueles prestados no exercício de funções governamentais e as excepções decorrentes do Anexo sobre Serviços de Transporte Aéreo.

5 Pedro Infante Mota, ob. cit., p. 203.

6 Sobre as diferentes limitações que a liberalização do comércio de serviços enfrenta no sistema multilateral do comércio vide, entre outros, Ciro Leal M. da Cunha, *Introdução do Comércio de Serviços na Regulação Multilateral do Comércio: breve histórico*, in Umberto Celli Júnior (Coord), *Comércio de Serviços na OMC*, Juruá, 2005, Curitiba, pp. 19 e seguintes.

7 *As listas de compromissos podem ser positivas (Bottom-up Approach), no sentido de que as obrigações aplicam-se apenas aos sectores e modos de prestações referidas nas listas. Também podem ser negativas (Top-Down Approach) em que se enumeram as actividades excluídas dos acordos encontrando-se todas as outras incluídas.* – Pedro Infante Mota, ob. cit., p. 204.

8 Pedro Infante Mota, ob. cit., p. 204.

É neste contexto que se deve admitir que os serviços jurídicos certamente estarão aptos a ser objecto do comércio internacional e, por conseguinte, estarão dentro do âmbito de cobertura do GATS. Contudo o percurso dos serviços jurídicos no sistema multilateral do comércio não tem sido tranquilo, a considerar as particularidades que este sector de serviços apresenta. Com efeito, já asseveraram Chapman e Tauber que

“Legal services were included in the GATS negotiations at the insistence of the United States. Given the substantial differences among national regulatory systems, U.S. negotiators initially envisioned a special Annex on legal services, similar to the Annex on Financial Services, to specifically address the regulatory barriers facing lawyers. Under the terms of the GATS, obligations of such an Annex would be binding on all GATS members and would have required all GATS members to afford foreign lawyers some minimum level of access to their legal markets. Ultimately, the U.S. approach in the multilateral negotiations was rejected. Instead, in the approach that was adopted in the final version of the GATS, trade in legal services is governed by the same rules that apply to most other service sectors. Under these rules, the opening of legal markets to foreign lawyers is achieved through a multilateral negotiation process, with Members offering improved access to their legal markets in exchange for concessions from other Members. The level of liberalization actually achieved in any given service sector, including legal services, will vary from country to country, depending on the outcome of various “horsetrades” during the negotiation process”⁹.

Contudo, ao contrário do passado, principalmente aquando da discussão do alargamento do objecto do comércio internacional, nos dias que correm a aceitação da internacionalização mercantil dos serviços jurídicos tem merecido o consenso da maioria dos tratadistas das matérias do comércio internacional.

Entretanto, uma das maiores preocupações tem sido o conteúdo do conceito de serviços jurídicos. Com efeito, o conceito de serviços jurídicos é variável. Na maioria dos casos dependerá dos regimes internos de cada território aduaneiro, em particular os regulamentos para o exercício de profissões jurídicas, em especial a

9 Michael J. Chapman e Paul J. Tauber, *Liberalizing International Trade in Legal Services: A Proposal for an Annex on Legal Services Under the General Agreement on Trade in Services*, 16 MICH. J. INT'L L. 941(1995), pp. 963-964. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol16/iss3/13> em 28 de Outubro de 2021.

advocacia¹⁰, *as expertises dos serviços jurídicos são completamente heterogeneas entre si, variando conforme o sistema jurídico adotado (...) e a complexidade das leis em vigor*¹¹.

Para já releva, por um lado, o facto de o Grupo de negociações multilaterais sobre o comércio de serviços, no âmbito da Ronda de Uruguay, ter apresentado os serviços jurídicos como integrando a categoria de serviços comerciais subsector de serviços profissionais, conforme a distribuição especial MTN.GNS/W/120, de 10 de Julho de 1991¹². Por outro lado, e baseado no que acabamos de dizer, deve-se destacar o facto de o Conselho para o Comércio de Serviços da OMC, através da Nota do Secretariado S/C/W/43, de 6 de Julho de 1998¹³, ter apresentado os serviços jurídicos como os serviços de aconselhamento e representação em vários domínios do Direito, bem como as actividades relativas à administração da justiça, se bem que esta última dimensão se deva excluir do objecto das relações económicas internacionais no âmbito do sistema multilateral do comércio. Porém, esta colocação do Conselho para o Comércio de Serviços só veio corroborar com a tese de que é difícil apresentar uma definição precisa de serviços jurídicos.

É nesta perspectiva que uma das alternativas é evitar definir serviços jurídicos e apresentar uma definição de comércio de serviços jurídicos, no caso comércio internacional de serviços jurídicos, como *modalidade de prestação na qual uma das partes não é oriunda do país onde o serviço é contratado e/ou realizado [compreendendo] tanto a hipótese de um escritório nacional prestar serviço em país que não o seu, como nesse país serem prestados serviços por escritório estrangeiro*¹⁴, mas mesmo assim não deixa de haver imprecisão dada a generalidade da definição, visto que o conteúdo da prestação carecerá sempre de concretização ou especificação.

A verdade é que, a ausência de um conceito preciso de serviços jurídicos, apesar de justificável pelas particularidades que apresentam, tem contribuído de

10 Neste sentido também, Janaina R. Satin e Luiz Fernando A. Perreira Jr., *Comércio Internacional de Serviços Jurídicos*, in XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília, pp. 2668 e seguintes. Texto disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/10_758.pdf último acesso em 29 de outubro de 2021.

11 Yi Shin Tang e Rodrigo Luis Pupo, *Serviços Jurídicos e os GATS*, apud Janaina R. Satin e Luiz Fernando A. Perreira Jr., ob cit., p. 2675.

12 Disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=179576&CurrentCatalogueIdInd%20ex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True, último acesso em 18 de Outubro de 2021.

13 Disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=113629,93951,65042,61918,5291&CurrentCatalogueIdIndex=4&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True em 18 de Outubro de 2021.

14 Yi Shin Tang e Rodrigo Luis Pupo, cit., p. 2673.

forma significativa para a fraca aceitação como objecto do comércio internacional e a consequente fraca liberalização dos mesmos. Conforme expendem SATIN e PERREIRA JR., *o comércio nessa área é relativamente restrito no mundo todo, principalmente em comparação com outras modalidades de comércio internaiconal de serviços. O facto de cada país possuir legislação distinta causa grande empecilho ao comércio irrestrito de serviços jurídicos*¹⁵, aliado ao forte corporativismo que se verifica nas profissões jurídicas, que determina que os mercados internos sejam bastante fechados ao ingresso da concorrência estrangeira¹⁶.

Servindo-se da classificação da Divisão de Estatísticas das Nações Unidas, através da Comunicação S/CSC/W6/Add.10, de 27 de Março de 1998¹⁷, os serviços jurídicos são vistos no âmbito do GATS como integrando o grupo dos serviços profissionais, que incluem, entre outros:

- A Consultoria e representação jurídicas
- Serviços de documentação e certificação legal
- Serviços de Arbitragem, Mediação e Conciliação internacional

Tal como qualquer tipo de serviço, a prestação de serviços jurídicos no âmbito do GATS pode ser efectivada por qualquer dos quatro modos de prestação, que encontram o seu fundamento no nº 2 do Art. I do GATS, designadamente:

- *Prestação transfronteiriça* – quando um profissional do Direito elabora pareceres ou outros trabalhos de natureza jurídica e os envia para outro território aduaneiro;
- *Consumo estrangeiro* – quando um cidadão de um território aduaneiro beneficia, fora di seu país, de serviços jurídicos de um profissional estrangeiro.
- *Presença comercial* – quando um profissional do Direito vasi se instalar no território estrangeiro e lá presta serviços jurídicos; e
- *Presença de pessoa física* – quando o profissioal do Direito se desloca para outro território aduaneiro e lá ele presta serviços.

Não obstante esta possibilidade de efectivação do comércio internacional

15 No mesmo sentido se pronunciou o Conselho para o Comércio de Serviços da OMC em 1998. Cfr Nota do Secretariado S/C/W/43, de 6 de Julho de 1998, parágrafo A:5.

16 Idem, p. 2674.

17 Vide, N. L. Mitra e B. K. Zutshi (Co-ord.), *Trade in Services: Opportunities and Constraints – Report on Trade in Legal Services*, pp. 3 e 4. Disponível em <https://www.icrier.org/pdf/NLMitra.PDF>, acesso em 2 de Novembro de 2021.

de serviços jurídicos sob auspícios do GATS, a verdade é que este tem se mostrado incapaz de impulsionar a liberalização desse comércio e as razões são variadas, como as adiantadas por Chapman e Tauber, logo nos princípios da vigência do GATS, designadamente¹⁸:

- Dificuldade na avaliação de concessões em sectores de serviços jurídicos, uma vez que a complexidade dos sistemas regulatórios nacionais cria incertezas quanto aos efeitos práticos das ofertas e, por conseguinte, quanto ao valor dessas ofertas para outros territórios aduaneiros;
- Reciprocidade e Cláusula da Nação mais Favorecida, na medida em que o regra da nação mais favorecida amplia os problemas de reciprocidade. Com efeito, a regra da nação mais favorecida exige que qualquer melhoramento no acesso de juristas estrangeiros no mercado doméstico deve ser aplicado a juristas de todos os territórios aduaneiros, o que, por um lado, levanta o problema de “free-rider” e, por outro, permite que juristas com formação e experiências amplamente diferentes possam ingressar no mercado doméstico, o que ameaça prejudicar a capacidade das autoridades locais em garantir a qualidade dos serviços jurídicos prestados no mercado doméstico;
- O valor prático dos compromissos em matéria de serviços jurídicos é duvidoso, em virtude de o conceito de serviços ou prestadores de serviços similares não se mostrar uniforme e poder permitir que através da regra de tratamento nacional se restrinja o acesso ao mercado doméstico de serviços jurídicos sem, no entanto, violar as obrigações impostas pelo GATS.

Por essas razões aqueles autores concluíram que a liberalização do comércio de serviços jurídicos não iria ocorrer dentro do quadro normativo proporcionado pelo GATS *em razão da tensão entre a abordagem de liberalização prevista no GATS e a enorme preocupação nacional sobre reciprocidade*, e, por isso, propuseram a criação de um anexo sobre serviços jurídicos¹⁹.

Um dado importante sobre a liberalização dos serviços jurídicos está no facto de, de uma forma geral, as limitações encontradas serem generalizadas, não dependem da categoria em que se inserem os territórios aduaneiros em causa, se desenvolvidos ou em desenvolvimento.

18 *Vide*, Michael J. Chapman e Paul J., Tauber, ob. cit., pp. 968-970.

19 Michael J. Chapman e Paul J., Tauber, ob. cit., 970-971.

3. O comércio de serviços jurídicos nas relações económicas e comerciais entre a china e os PALOP?

3.1 Serviços como objecto das relações china e palop: a dimensão jurídica

A consideração ou não dos serviços como objecto nas relações económicas e comerciais entre a China e os países africanos de língua oficial portuguesa passa por uma análise ao regime jurídico que orienta essas relações.

Uma primeira análise revela que as relações China-PALOP devem ser vistas a dois níveis, e para definir o regime jurídico dessas relações é necessário prestar atenção a esses dois níveis²⁰. No primeiro nível, as relações China-PALOP devem ser vistas na perspectiva da política da China para África no seu todo, no âmbito do Fórum para a Cooperação China e África (FOCAC) e, no segundo nível, as relações China-PALOP devem ser analisadas no âmbito do Fórum para a Cooperação Económica e Comercial entre a China e os Países de Língua Portuguesa (FCCPLP ou Fórum de Macau).

Esta multipolaridade e complexidade que caracterizam as relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP torna multipolar e complexo também a definição do seu regime jurídico, visto que este deve ser aferido tendo em conta os diferentes níveis, acima aflorados, em que devem ser analisadas essas relações.

Com o efeito, quando olhamos para as relações entre a China e os PALOP, numa perspectiva plurilateral, não encontramos um instrumento jurídico, estritamente falando, que defina os direitos e obrigações das partes no desenvolvimento das suas relações económicas e comerciais, ou seja, não existe um instrumento jurídico, tratado ou acordo, com natureza vinculativa para nortear o desenvolvimento das relações económicas entre a China e os PALOP, numa perspectiva plurilateral.

Até ao momento, essas relações têm sido desenvolvidas no quadro das *Declarações* (no âmbito do FOCAC) e *Planos de Acção*, saídos das Conferências Ministeriais que têm sido realizadas regularmente. Assim, uma análise ao regime jurídico das relações económicas entre a China e os PALOP passa, necessariamente, pela análise dessas Declarações e Planos de Acção adoptados nos diferentes níveis em que podem ser aferidas as relações entre a China e os PALOP.

20 Para uma abordagem mais desenvolvida sobre este tópico *vide* o nosso “*As Relações Económicas e Comerciais entre a China e os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa: alguns aspectos jurídicos e económicos*”, Tese de Doutoramento, Universidade de Macau, Macau, 2013.

i. No âmbito do FOCAC

Desde a sua institucionalização em 2000, foram realizadas sob os auspícios do FOCAC oito conferências ministeriais²¹, a última Novembro de 2021, que produziram igual número de Declarações e Planos de Acção que têm servido de guia para o desenvolvimento das relações económicas e comerciais entre a China e os países africanos com que a China mantém relações e que fazem parte desse mecanismo, incluindo os PALOP. Nesse conjunto de instrumentos, a chamada Declaração de Beijing de 2000²² é, sem dúvidas, o mais importante, não só pelo facto de ter sido o primeiro, mas também por ser nele em que estão estabelecidos os princípios-base que informam os instrumentos subsequentes. É nessa Declaração que está plasmada a natureza do FOCAC, como um espaço de diálogo colectivo entre a China e os países africanos, baseados em princípios de igualdade e benefício mútuo, tendo como fim último comum a busca da paz e desenvolvimento²³, para além de se reafirmar o respeito pelos princípios fundamentais de governam as relações entre Estados²⁴.

Dos 10 parágrafos que compõem a Declaração, tirando a parte introdutória, só dois, por sinal os últimos, estão virados para as relações entre as partes signatárias do documento, estabelecendo-se no primeiro (Parágrafo 9), a determinação dos signatários na consolidação e expansão da cooperação China-África para todos domínios e o estabelecimento de um novo tipo de parceria estável e de longo prazo, baseada nos já referidos princípios de igualdade e benefício mútuo; e o segundo (Parágrafo 10), as áreas em que se aposta uma maior cooperação entre a China e África, com destaque para as áreas económica, comercial, financeira, agrícola, médica, científica e tecnológica, cultural, educação, desenvolvimento de recursos humanos, transporte, ambiental e turismo.

Para a concretização do plasmado na Declaração de Beijing de 2000, os Ministros da China e dos países africanos reunidos na Primeira Conferência Ministerial do FOCAC aprovaram ainda o Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social²⁵, que prevendo o estabelecimento de uma nova parceria estratégica para o desenvolvimento sustentável, tendo como objectivo

21 Para uma análise mais detalhada do FOCAC e das primeiras quatro conferências ministeriais, ver Ian Taylor, *The Forum on China-Africa Cooperation (FOCAC)*, Routledge, New York, 2011, p. 35 e seguintes.

22 Texto disponível, em língua inglesa, em <http://www.focac.org/eng/ltda/dyjbzjhy/DOC12009/t606796.htm>, último acesso em 12 de Setembro de 2012.

23 Ver Segundo Parágrafo do Preâmbulo da Declaração de Beijing de 2000.

24 Ver Parágrafo 1 da Declaração de Beijing de 2000.

25 Texto disponível, em língua chinesa, em <http://www.focac.org/eng/ltda/dyjbzjhy/DOC12009/t606797.htm>, último acesso em 12 de Setembro de 2012.

último a transformação dos desafios impostos pelo processo de globalização em oportunidades, de que os países africanos e a China devem servir-se para o seu desenvolvimento económico-social, seguindo seis princípios fundamentais, designadamente, os princípios da igualdade e benefício mútuo, diversidade na forma e conteúdo, ênfase em resultados práticos, prossecução de um progresso comum, resolução amigável dos diferendos e cooperação inter-governamental²⁶.

Um dos aspectos que sobressaiem desse Programa é o facto de, em matéria de comércio e investimento, as partes terem acordado na criação de um ambiente jurídico e de negócios favorável para o melhoramento da sua parceria económica, estabelecendo um quadro jurídico apropriado em matéria de promoção do comércio e capacitação; encorajamento, protecção e garantia de investimento; impedimento da dupla tributação; e melhoramento no transporte marítimo e aéreo. No entanto, as medidas de concessão de tratamento preferencial recíproco estão sujeitas à legislação nacional de cada país signatário do programa sendo que para efeitos de tratamento não diferenciado e garantias de investimentos, bem como a resolução de possíveis conflitos entre as partes há uma reafirmação das regras internacionais em vigor²⁷.

É dentro deste quadro traçado pela Declaração de Beijing de 2000 e pelo Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social entre China e África que se realizaram as subsequentes conferências ministeriais, das quais resultaram vários Planos de Acção, e a Cimeira de Beijing de 2006, que resultou numa nova Declaração, a Declaração de Beijing de 2006.

O ano de 2006 marcou uma nova era no relacionamento entre a China e os PALOP no âmbito do FOCAC, na medida em que, em celebração dos 50 anos de relações diplomáticas entre a China e os países africanos, a par da Conferência de Beijing, teve lugar a Terceira Conferência Ministerial, e que reuniu governantes da China e de 48 Países africanos, e foram adoptados uma Declaração (Declaração de Beijing de 2006) e um Plano de Acção (Plano de Acção 2007-2009).

Se, por um lado, a Declaração de Beijing de 2006 nada trouxe de novo em relação ao que já vinha estabelecido quer na Declaração de 2000 quer no Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social de 2000, no que se refere aos princípios informadores das relações entre a China e os países africanos, por outro lado, o Plano de Acção para o triénio 2007-2009 trouxe muitos aspectos inovadores quando comparado com o anterior Plano de Acção adoptado em Adis Abeba.

Com o efeito, o âmbito das áreas de “cooperação” viu-se alargado no Plano de Acção 2007-2009, com destaque para matérias de interesse jurídico, uma área

26 Ver o Parágrafo 1.4 do Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social.

27 Ver o Parágrafo 3 do Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social.

que esteve esquecida no anterior Plano de Acção, embora já estivesse previsto no Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social, de 2000. Desde logo, no âmbito da cooperação política, o Plano de Acção 2007-2009, estabeleceu que, por um lado, as partes iriam iniciar contactos entre parlamentos dos países africanos, incluindo o parlamento pan-africano, e o mais alto órgão legislativo da China (o Congresso Popular Nacional) e, por outro lado, acordaram em promover trocas e consultas entre as autoridades judiciárias de ambas as partes no sentido de *melhorar as suas capacidades no combate conjunto ao crime, melhoramento da cooperação na assistência jurídica, extradição e repatriamento de suspeitos de crime*, entre outros aspectos desenvolvidos no âmbito da cooperação judiciária²⁸.

Contudo, é da Conferência Ministerial de Sharm El Sheikh, a Quarta no âmbito do FOCAC, que se vislumbram avanços significativos quanto ao âmbito das relações económicas e comerciais entre a China e os países africanos. Com feito, para além do compromisso de, sob os auspícios do FOCAC, as partes interessadas realizarem o Fórum Jurídico (Parágrafo 2.4.3 do Plano de Acção de Sharm El Sheikh), cujo primeiro viria a ser agendado para Dezembro de 2009²⁹, um mês depois da realização da Conferência Ministerial³⁰, no plano comercial, o Plano de Acção de Sharm El Sheikh veio alargar o âmbito de objectos das trocas comerciais, visto que, reconhecendo-se que as relações anteriores concentravam-se apenas no comércio de mercadorias, as partes sentiram a necessidade de alargarem a sua cooperação económica no sentido de incluir investimento, comércio de serviços, tecnologia e protecção contratual, tal como estipulado no Parágrafo 4.4.1 do Plano. Mais, o Plano de Acção de Sharm El Sheikh trouxe como novidade o acordo das partes no sentido de encorajar o uso arbitragem nacional ou regional na resolução de conflitos comerciais entre as empresas chinesas e africanas³¹.

No domínio do comércio de serviços, destaca-se o aprofundamento dos compromissos em áreas de cooperação como cuidados médicos, saúde pública, prevenção e tratamento das maiores doenças; educação, formação profissional e trocas académicas, facto que, pela primeira vez, fez com que as autoridades chinesas se preocupassem em oferecer uma interpretação³² sobre as oito

28 Ver os Parágrafos 2.3 e 2.4 do Plano de Acção 2007-2009.

29 Sobre o Fórum Jurídico falaremos mais adiante.

30 Para algumas notas sobre a Declaração e o Plano de Acção de Sharm El-Sheikh ver, entre outros, Garth Shelton, *FOCAC IV – New opportunities for Africa*, The China Monitor, Issue 46, “*FOCAC IV: New Directions in China-Africa Relations*”, November 2009, pp. 4-6, Centre for Chinese Studies, University of Stellenbosch, África do Sul.

31 Ver Parágrafo 4.4.8 do Plano de Acção de Sharm El Sheikh.

32 Disponível em <http://www.focac.org/eng/lda/dsjbzjhy/hxxd/t696509.htm>, última consulta em 16 de Setembro de 2012.

novas medidas adoptadas ou compromissos por si assumidos durante a Quarta Conferência Ministerial, o que demonstra, de certa forma, o significado que essa conferência ministerial teve no desenvolvimento das relações entre a China e África.

ii. No âmbito do fórum de Macau

Instituído em 2003, o Fórum de Macau já contou com Cinco Conferências Ministeriais que produziram igual número de Planos de Acção, sendo o último de 2016-2019, e que, tal como no FOCAC, norteiam o desenvolvimento das relações entre as partes integrantes deste mecanismo e cooperação. Aliás, o Parágrafo 1.4 do Plano de Acção de 2003 do Fórum Macau é expresso em afirmar que, *no âmbito do Fórum, a cooperação económica e comercial entre a China e os Países de Língua Portuguesa será orientada pelo presente Plano de Acção*, ficando, no entanto, salvaguardadas, *as acções e programas negociados por cada país no âmbito dos respectivos processos de integração regional ou decorrentes de outras obrigações internacionais*.

Tal como no âmbito do FOCAC, sob ponto de vista de estrutura e conteúdo, os três Planos de Acção adoptados no âmbito do Fórum de Macau não apresentam muitas diferenças, destacando-se apenas a procura de um cada vez maior aprofundamento dos conteúdos, em consequência dos diferentes momentos em que esses planos foram adoptados e da ideia de um aprofundamento contínuo das relações económicas e comerciais entre os territórios aduaneiros que fazem parte deste mecanismo de cooperação.

À semelhança do que se verifica no âmbito do FOCAC, também no Fórum de Macau o documento saído da Primeira Conferência Ministerial apresenta-se como o mais importante, uma vez que ele é que informa, de certa forma, os documentos subsequentes. Com o efeito, é no primeiro Plano de Acção para a Cooperação Económica e Comercial entre a China e os PLP (Plano de Acção de 2003)³³ que estão estabelecidos os princípios básicos a serem seguidos no desenvolvimento das relações entre as partes integrantes, designadamente *os princípios da confiança mútua, da igualdade, da reciprocidade e da complementaridade de vantagens, da diversificação das formas de cooperação, bem como da partilha de interesses*³⁴.

É com base nesses princípios fundamentais e no respeito às regras do comércio internacional que, na área do comércio, as partes definiram o incremento do comércio entre elas como objectivo comum e concordaram em, entre outros aspectos, *“estimular a cooperação relativamente a normas técnicas, visando a*

33 Disponível em https://www.forumchinaplp.org.mo/wp-content/uploads/2021/09/Plano_2003.pdf, último Acesso em 28 de Outubro de 2021.

34 Parágrafo 1.2 do Plano de Acção de 2003.

supressão de barreiras decorrentes da adopção de regulamentos diferenciados, sem prejuízo dos compromissos negociados por cada um dos países nesta matéria”³⁵. Por outro lado, no âmbito da cooperação empresarial e investimento, as partes comprometeram-se a *empreender esforços no sentido de incentivar um quadro legal favorável à realização e protecção dos investimentos*³⁶, para além da já referida promoção da celebração de acordos bilaterais de protecção e promoção dos investimentos e incentivar a criação de “*joint-ventures*” ou empresas de capitais próprios, através de parcerias empresariais.

Alicerçadas naqueles princípios, as relações comerciais entre a China e os países de língua portuguesa ganharam um novo dinamismo e os resultados das trocas comerciais entre eles cresceram e têm vindo a crescer exponencialmente ano pós ano. No entanto, a maior prova do fortalecimento e crescimento das relações entre a China e os PLP, no âmbito do Fórum de Macau, foi a perspectivação do aumento das áreas de cooperação, que até então se circunscreviam basicamente às áreas económica e comercial³⁷, de modo a incluir a cooperação financeira, a cooperação turística; a cooperação no domínio dos transportes; a cooperação na área da saúde, a cooperação no âmbito da ciência e tecnologia, a cooperação no domínio das telecomunicações e a cooperação no domínio da cultura³⁸, às quais deve acrescer-se ainda a chamada cooperação para o desenvolvimento (Parágrafo 8 dos Planos de Acção), que tem consistido na concessão, pela China, *de empréstimos em condições favoráveis* aos PALOP e Timor-Leste, para além da anulação das dívidas relativas aos créditos sem juros, ainda não reembolsados, concedidos pelo governo da China aos seus parceiros dos PLP altamente endividados, onde podemos destacar os PALOP.

Em matéria de comércio de serviços diríamos que o Plano de Acção 2006-2009, marca a nova era no domínio as relações económicas e comerciais entre a China e os palop. Com efeito, foi nesse Plano de Acção que se prespectivaram novas áreas de acção, com destaque para serviços de turismo, através da *cooperação turística entre a China e os Países de Língua Portuguesa e promoção do intercâmbio de agências e operadores turísticos, bem como o aperfeiçoamento das infra-estruturas turísticas e a divulgação dos seus produtos turísticos*; os serviços de transporte, através do *desenvolvimento da cooperação no domínio*

35 Parágrafo 3.5 do Plano de Acção de 2003.

36 Parágrafo 4.1 do Plano de Acção de 2003.

37 O Plano de Acção de 2003 estabelecia sete domínios de cooperação entre a China e os PLP, designadamente a cooperação Intergovernamental; Comércio; Investimento e Cooperação Empresarial; Agricultura e Pescas; Engenharia e Construção de Infra-Estruturas; Recursos Naturais; e Desenvolvimento de Recursos Humanos.

38 Ver o Parágrafo 9 do Plano de Acção de 2006.

dos transportes³⁹.

Em 2010, os sectores de serviços viriam a ser alargadas, pelo menos de forma mais explícita e clara, com a inclusão dos serviços de telecomunicações em paralelo com os serviços de transportes, enquanto cruciais para o “*fomento do intercâmbio económico, comercial e turístico entre os Países Participantes*”⁴⁰, e dos serviços financeiros através do “*fortalecimento da cooperação interbancária através da organização de seminários sobre Cooperação Financeira no quadro do Fórum de Macau e, quando pertinente, do estabelecimento de sucursais bancárias entre os Países Participantes do Fórum de Macau*”⁴¹. No entanto, a maior novidade no Plano de Acção de 2010 tem implicações jurídicas e consiste no compromisso assumido pelos países participantes do Fórum de Macau no sentido de “*analisar o aproveitamento das vantagens comparativas de Macau no conhecimento dos sistemas jurídicos da China e dos Países de Língua Portuguesa, promovendo Macau como um dos locais de arbitragem para a resolução de eventuais conflitos decorrentes do intercâmbio comercial entre os empresários da China e dos Países de Língua Portuguesa*”⁴², o que terá representado o início de um novo estágio no desenvolvimento das relações entre a china e os PLP, em particular com os PALOP.

Uma das questões que merecem atenção quando procedemos ao estudo das relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP prende-se com a sua dimensão jurídica, ou seja, saber em que medida nos diversos instrumentos que servem de base para o desenvolvimento dessas relações os governos da China e dos PALOP se preocuparam com as questões jurídicas.

Percorrendo o conteúdo das Declarações e Planos de Acção que dão corpo ao regime jurídico das relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP, facilmente se conclui que há pouca ou mesmo nenhuma preocupação pelas questões jurídicas, ou seja, a dimensão jurídica tem estado a ser alheia das preocupações dos governos que participam desses instrumentos.

Com o efeito, salvas algumas e muito poucas excepções, quer nos instrumentos adoptados no âmbito do FOCAC quer nos adoptados no Fórum Macau, fala-se muito de cooperação económica, comercial, política, sócio-cultural, entre outras áreas, mas não se encontram referências no sentido de uma cooperação

39 Cfr. Parágrafo 9 do Plano de Acção 2006-2009.

40 Parágrafo 9 do Plano de Acção de 2010. Disponível em <https://www.forumchinapl.org.mo/pt/strategic-plan-for-economic-and-trade-co-operation-of-the-3rd-ministerial-conference-of-the-forum-for-economic-and-trade-co-operation-between-china-and-portuguese-speaking-countries-2010-2013-4/>, último acesso em 28 de Outubro de 2021.

41 Parágrafo 10 do Plano de Acção de 2010.

42 Parágrafo 13.7 do Plano de Acção de 2010.

jurídica, uma lacuna que nos parece incompreensível visto que até mesmo para a concretização das cooperações nas demais áreas aqui referidas depende, normalmente, de instrumentos jurídicos especialmente adoptados para o efeito.

Desde logo, no âmbito do Fórum de Macau, embora no primeiro Plano de Acção se disponha que as partes concordavam em “*estimular a cooperação relativamente a normas técnicas, visando a supressão de barreiras decorrentes da adopção de regulamentos diferenciados ...*”⁴³, o que à partida poderia sugerir a ideia de enveredarem por uma maior cooperação jurídica com vista a aproximação das respectivas legislações em diversas áreas de cooperação quer bilateral quer plurilateral, o facto é que nos dois Planos de Acção que se seguiram a linguagem usada é diferente daquela. Nas poucas referências que se fazem às matérias jurídicas nos Planos de Acção de 2006 e 2010, todas em matéria de investimento e cooperação empresarial, fala-se do reforço na divulgação da legislação e regulamentos relacionados com investimentos em cada país e o encorajamento da conclusão de acordos bilaterais sobre promoção e protecção de investimento, para evitar a dupla tributação e prevenção da evasão fiscal⁴⁴, ou seja, nestes dois instrumentos há um abandono da ideia de aproximação das legislações dos países participantes do Fórum de Macau, presente no Plano de Acção de 2003, abraçando-se a ideia da manutenção das diferenças que existem.

Situação quase semelhante à do Fórum de Macau verifica-se também no FOCAC, onde as Declarações e Planos de Acção adoptados revelam pouca preocupação pelas questões jurídicas no desenvolvimento das relações económicas e comerciais entre os vários territórios aduaneiros que fazem parte deste mecanismo. Com o efeito, apesar da Declaração de Beijing de 2000 estabelecer que as partes estão determinadas a consolidar mais e expandir a sua cooperação em todos níveis e em todas as áreas⁴⁵, a verdade é que a mesma Declaração é omissa em relação à cooperação na área jurídica, sublinhando antes a decisão da promoção vigorosa da cooperação nas áreas económica, comercial, financeira, entre outras áreas sociais⁴⁶. O Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social China-África de 2000 pareceu querer dar uma resposta ao vazio que se encontrava na Declaração no que se referia às questões jurídicas na cooperação entre a China e África, uma vez que nas áreas de comércio e investimentos estabeleceu que as partes acordavam em concluir um quadro legal adequando para a promoção do comércio e capacitação; encorajamento, protecção e garantia de investimentos; evitar a dupla tributação; e aumentar a cooperação no transporte

43 Veja-se o Parágrafo 3.5 do Plano de Acção de 2003 do Fórum de Macau.

44 Vejam-se os Parágrafos 3.2 dos Planos de Acção de 2006 e de 2010 do Fórum de Macau.

45 Ponto 9 da Declaração de Beijing de 2000.

46 Veja o ponto 10 da Declaração de Beijing de 2000.

marítimo e aéreo⁴⁷.

No entanto, se essa referência podia levar ao entendimento de uma aposta pela acção colectiva dos participantes do FOCAC na busca de um quadro jurídico comum para o desenvolvimento da cooperação comercial e no domínio de investimentos, a verdade é que passados 12 anos da adopção daquele Programa poucos foram os esforços para a concretização dessa aposta. Desde logo, da Segunda Conferência Ministerial não saiu nenhuma decisão que conduzisse para o efeito, no Plano de Acção ali adoptado nada apontava para uma maior acção conjunta no domínio jurídico. Em segundo lugar, em 2006 a China adoptou a sua Política para África, na qual também não há qualquer referência a uma acção conjunta com os países africanos no domínio jurídico, embora estabeleça a vontade de promover intercâmbios entre os respectivos órgãos legislativos, mas somente a nível político⁴⁸. Aliás, foi esta a abordagem seguida meses mais tarde, na Terceira Conferência Ministerial do FOCAC, visto que no respectivo Plano de Acção apenas se previu a realização de contactos entre os respectivos órgãos legislativos e a cooperação judiciária só de carácter político⁴⁹.

Em 2009, a questão da cooperação jurídica começou a ganhar espaço nas preocupações dos países que fazem parte do FOCAC. Isto porque, na Quarta Conferência Ministerial do FOCAC, as partes acordaram em realizar um Fórum Jurídico do FOCAC, conforme estabelecido no Parágrafo 2.4.3 do respectivo Plano de Acção, o que foi concretizado, tendo sido já realizados dois Fóruns Jurídicos, o primeiro logo em 2009, no Cairo, e o segundo em 2010, em Beijing.

O instituído Fórum Jurídico do FOCAC deve ser visto como uma oportunidade para uma verdadeira cooperação jurídica entre os diversos países que fazem parte deste mecanismo e não como um mero espaço de intercâmbio jurídico como se dá a entender no relatório de acompanhamento das acções realizadas no âmbito do Plano de Acção da Quarta Conferência Ministerial do FOCAC⁵⁰, ou seja, o Fórum Jurídico do FOCAC deve servir para a prossecução da ideia deixada no Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social China-África de 2000, no sentido de se concluir um quadro jurídico adequado

47 Ponto 3.2 do Programa para a Cooperação Económica e Desenvolvimento Social China-África de 2000.

48 Ver o ponto 1(2) da Parte IV da Política da China para África.

49 Parágrafos 2.3 e 2.4 do Plano de Acção de 2006 do FOCAC.

50 Relatório disponível em <http://www.focac.org/eng/lda/dwjbzjjhys/hxxd/t952532.htm>, última consulta em 6 de Outubro de 2012. Ver também, Sanne van der Lugt, *Law and civil society exchanges between China and Africa: Outcomes of the Second FOCAC Legal Forum, Beijing, 15-19 September 2010*, The China Monitor, Issue 56, "The FOCAC Effect: Tracing Emerging Discourse in Sino-African Educational & Legal Co-operation", October 2010, Centre for Chinese Studies, University of Stellenbosch, África do Sul, p. 9.

para o desenvolvimento são e harmonioso das relações comerciais e económicas entre a China e África, incluindo os PALOP. Deve ser com esse propósito que as acções de cooperação nos domínios de investigação jurídica, serviços jurídicos e formação profissional de juristas, que as partes estabeleceram no Plano de Acção de 2012⁵¹, sejam levadas a cabo. Sob o signo do Fórum Jurídico, o FOCAC deve criar um grupo de especialistas para trabalharem nas questões jurídicas de interesse comum para as partes e úteis para o desenvolvimento das relações plurilaterais, tendo em vista a referida conclusão de um quadro jurídico comum.

3.2. Serviços jurídicos nas relações China-PALOP

A resposta a esta questão passa por uma revista aos instrumentos jurídicos que dão corpo ou que sustentam as relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP, numa perspectiva plurilateral, nomeadamente as Declarações e Planos de Acção saídos das Conferências Ministeriais do Fórum de Macau, como a nível do mecanismo de cooperação entre a China e o continente africano no geral: O Fórum de Cooperação Económica entre a China e África (FOCAC).

A referida análise permite concluir pela total ausência de referência aos serviços jurídicos como integrantes das matérias objecto do comércio entre os intervenientes. Aliás, mesmo a expressão comércio de serviços não encontra consagração nesses instrumentos. No entanto, isto não significa que serviços não integram as matérias objecto do relacionamento económico e comercial entre os territórios em referência.

Com efeito, em quase todos Planos de Acção até então adoptados, referência é feita a alguns sectores de serviços como objecto de cooperação entre a China e os PALOP, nomeadamente, telecomunicações, transportes, serviços financeiros.

Em relação ao domínio jurídico não passa despercebido o facto de, para a operacionalização dos objectivos definidos na Declaração, no Plano de Acção 2013-2015, as partes terem reafirmado o compromisso de aprofundar cada vez mais o quadro institucional do fórum jurídico e aumentar a cooperação na área de investigação jurídica, serviços jurídicos, formação de profissionais de Direito e no campo dos mecanismos não-judiciais de resolução de conflitos⁵².

No entanto, o ponto mais marcante na abordagem sobre serviços jurídicos, no âmbito do FOCAC, será o Plano de acção 2019-21, saído da sétima Conferência Ministerial, que de forma expressa veio estabelecer que as partes continuarão a melhorar o mecanismo de Arbitragem conjunta China-África, o Centro de

51 Ver o ponto 2.4.4 do Plano de Acção de 2012 do FOCAC. Disponível em língua inglesa em <http://www.focac.org/eng/lda/dwjbzjjhys/hywj/t954620.htm>.

52 Parágrafo 2.4.4 do Plano de Acção 2013-2015.

Arbitragem Conjunta China-África e a sua rede de escritórios em África, e elevar o seu nível internacional. Paralelamente, o estabelecimento de centros de pesquisa jurídica China-África e o alargamento do âmbito e profundidade dos estudos sobre os sistemas jurídicos dos países participantes na construção conjunta da iniciativa “Belt and Road”⁵³. Esta abordagem, reiterada na Oitava Conferência Ministerial, embora numa linguagem menos expressiva que a anterior⁵⁴, cria as bases para a materialização do comércio de serviços jurídicos entre a China e África, em particular os palop, aliás, o Plano de Acção 2022-2024, já se refere ao aumento do apoio a programas de intercâmbio de juristas entre China e África.

Ainda no domínio jurídico, os países participantes do Fórum de Macau assumiram pela primeira vez, no Plano de Acção de 2010, o compromisso de “*analisar o aproveitamento das vantagens comparativas de Macau no conhecimento dos sistemas jurídicos da China e dos Países de Língua Portuguesa, promovendo Macau como um dos locais de arbitragem para a resolução de eventuais conflitos decorrentes do intercâmbio comercial entre os empresários da China e dos Países de Língua Portuguesa*”⁵⁵. Uma abordagem mantida no plano seguinte, de 2014-2016.

É nosso entendimento que este seria o ponto de partida para a liberalização dos serviços jurídicos nas relações em referência. Com o efeito, a coexistência de várias ordens jurídicas num mesmo espaço de relacionamento económico e comercial exige dos profissionais do Direito um conhecimento jurídico transnacional, que não se basta pelo domínio do Direito interno do seu país, mas que inclua o conhecimento do Direito dos outros ordenamentos com os quais entram em contacto. O que se concretizaria de forma mais eficaz com a liberalização dos serviços jurídicos.

No entanto, se os Planos de Acção da Terceira e Quarta Conferências Ministeriais pareciam alimentar a ideia da liberalização dos serviços jurídicos e integrarem os sectores de comércio de serviços nas relações entre a China e os PALOP no quadro do Fórum de Macau, o Plano de Acção saído da Quinta Conferência Ministerial, 2016-2019⁵⁶, levanta dúvidas sobre esse propósito. Com efeito, do último Plano de Acção aquela referência de se promover Macau

53 Em http://www.focac.org/eng/zywx_1/zywj/201809/t20180912_7933578.htm, último acesso a 21 de Outubro de 2021.

54 Veja o Plano de Acção 2022-2024, saído da Oitava Conferência Ministerial do FOCAC, disponível em https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjdt_665385/2649_665393/202112/t20211202_10461183.html último acesso em 28 de Fevereiro de 2022.

55 Vide Plano de Acção 2010-2013 do Fórum de Macau, disponível em https://www.forumchinapl.org.mo/wp-content/uploads/2021/09/Plano_2010.pdf último acesso em 29 de outubro de 2021.

56 Disponível em https://www.forumchinapl.org.mo/wp-content/uploads/2020/09/161109_PT_PlanodeAccao2017-2019_Final-1.pdf, último acesso em 28 de fevereiro de 2022.

como local de arbitragem para a resolução de conflitos comerciais entre a China e os Países de Língua Portuguesa deixou de existir, uma omissão preocupante se atendermos não só ao papel do Direito, como também a importância dos serviços jurídicos, no Desenvolvimento das relações económicas e comerciais transnacionais.

Com efeito, importa recordar que o Direito não só se limita à regulação da actividade económica, mas também se apresenta como instrumento fundamental para o desenvolvimento económico, para além de permitir a construção de mercados⁵⁷.

Com isto, queremos defender a tese da necessidade de se liberalizar os serviços jurídicos nas relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP, na medida em que permitirá, entre outras valências:

- *Assegurar maior previsibilidade e segurança do comércio jurídico, reduzindo os riscos de emergência de conflitos.* A premissa aqui é de que intervindo profissionais de Direito com conhecimentos sobre as realidades jurídicas das partes intervenientes permitirá acautelar melhor as situações de risco.
- *A liberalização dos serviços jurídicos terá um impacto positivo no domínio de resolução de conflitos.* Com efeito, privilegiando-se arbitragem como mecanismo de eleição para a resolução de conflitos comerciais, o maior intercâmbio entre juristas dos territórios participantes destas relações permitirá que nos processos arbitrais intervenham como árbitros especialistas que estejam familiarizados com os diferentes ordenamentos jurídicos, propiciando decisões arbitrais mais equilibradas e justas.
- *A liberalização dos serviços jurídicos no âmbito das relações comerciais entre a China e os PLP permitirá a cristalização dos princípios jurídicos comuns entre as partes envolvidas e a partir daí criar-se-ão as bases para a desejável harmonização jurídica entre a China e os PLP*⁵⁸.

57 Almeida Machava, *As Dinâmicas do Desenvolvimento Económico em Moçambique e seus efeitos legais*, em Wei Dan e Gilles Cistac (Coord.), *O Direito no Desenvolvimento Económico e Social*, Instituto de Estudos Jurídicos Avançados da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, pp. 107-121.

58 Sobre isto veja o nosso *As Relações Económicas e Comerciais entre a China e os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa: alguns aspectos jurídicos e económicos*, cit., pp. 296 e seguintes.

4. Conclusão

A necessidade de afirmação dos serviços jurídicos como objecto das relações económicas e comerciais internacionais parece indiscutível, não só pelos ganhos que os prestadores desses serviços podem ter, mas também pelo papel que o comércio desses serviços pode desempenhar no aprofundamento dessas relações económicas e comerciais.

O conhecimento especializado do contexto normativo em que determinada transacção é efectivada é imprescindível para o relacionamento são entre os intervenientes, na medida em que permitirá acautelar e obviar os potenciais riscos de conflitos entre as partes.

A diversidade jurídica que caracteriza o contexto em se desenvolvem e realizam as relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP exige o estabelecimento de mecanismos consistentes para sustentar a consolidação e aprofundamentos dessas relações e um desses mecanismos pode passar pela consideração dos serviços jurídicos como um dos seus objectos.

A liberalização dos serviços jurídicos nas relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP irá propiciar o conhecimento mútuo das bases jurídicas em que essas relações se sustentam e, por conseguinte, maior previsibilidade jurídica, associada à certeza e segurança jurídicas.

Inseridas no sistema multilateral do comércio e estando neste assentes os serviços jurídicos como objecto do comércio, as relações económicas e comerciais entre a China e os PALOP devem ter na liberalização dos serviços jurídicos como um caminho necessário e inevitável a ser trilhado pois assim estarão criados os alicerces para a sua consolidação e aprofundamento.

Referências

Almeida Machava, *As Dinâmicas do Desenvolvimento Económico em Moçambique e seus efeitos legais*, em Wei Dan e Gilles Cistac (Coord.), *O Direito no Desenvolvimento Económico e Social*, Instituto de Estudos Jurídicos Avançados da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016.

Almeida Zacarias Machava, *As Relações Económicas e Comerciais entre a China e os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa: alguns aspectos jurídicos e económicos*, Tese de Doutoramento, Universidade de Macau, Macau, 2013.

Ciro Leal M. da Cunha, *Introdução do Comércio de Serviços na Regulação Multilateral do Comércio: breve histórico*, in Umberto Celli Júnior (Coord), *Comércio de Serviços na OMC*, Juruá, 2005, Curitiba.

Declarações e Planos de Acção do Fórum de Cooperação China-África (FOCAC), disponíveis em http://www.focac.org/eng/zywx_1/zywj/, último acesso em 28 de fevereiro de 2022.

DS204: *Mexico – Measures affecting Telecommunications Services* (Relatório do Painel), disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds204_e.htm, último acesso em 28 de Outubro de 2021.

Garth Shelton, *FOCAC IV – New opportunities for Africa*, *The China Monitor*, Issue 46, “*FOCAC IV: New Directions in China-Africa Relations*”, November 2009, pp. 4-6, Centre for Chinese Studies, University of Stellenbosch, África do Sul.

Ian Taylor, *The Forum on China-Africa Cooperation (FOCAC)*, Routledge, New York, 2011.

Janaina R Satin e Luiz Fernando A. Perreira Jr., *Comércio Internacional de Serviços Jurídicos*, in XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília, pp. 2668 e seguintes. Texto disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/10_758.pdf ultimo acesso em 29 de outubro de 2021.

Michael J. Chapman e Paul J. Tauber, *Liberalizing International Trade in Legal Services: A Proposal for an Annex on Legal Services Under the General Agreement on Trade in Services*, 16 MICH. J. INT’L L. 941(1995), pp. 963-964. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol16/iss3/13> em 28 de Outubro de 2021.

N. L. Mitra e B. K. Zutshi (Co-ord.), *Trade in Services: Opportunities and Constraints – Report on Trade in Legal Services*, pp. 3 e 4. Disponível em <https://www.icrier.org/pdf/NLMitra.PDF>, acesso em 2 de Novembro de 2021.

Pedro Infante Mota, *O Sistema GATT/OMC Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*, Almedina Editora, 2005, Coimbra.

Planos de Acção do Fórum de Cooperação Económica e Comercial entre a China e os Países de Língua Portuguesa, disponíveis em <https://www.forumchinapl.org.mo/pt/category/ministerial-conference-pt/>, último acesso em 28 de fevereiro de 2022.

Sanne van der Lugt, *Law and civil society exchanges between China and Africa: Outcomes of the Second FOCAC Legal Forum, Beijing, 15-19 September 2010*, *The China Monitor*, Issue 56, “*The FOCAC Effect: Tracing Emerging Discourse in Sino-African Educational & Legal Co-operation*”, October 2010, Centre for Chinese Studies, University of Stellenbosch, África do Sul.

OS 20 ANOS DO ESTATUTO DA CIDADE NO BRASIL E SUA REFERÊNCIA NO CONTEXTO INTERNACIONAL

João Telmo de Oliveira Filho¹

*Advogado, Doutor em Planejamento Urbano e Regional pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil*

Resumo: O presente artigo busca apresentar, de forma resumida, alguns dos instrumentos jurídicos e administrativos presentes na legislação brasileira, especialmente os dispositivos no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) que podem servir de referência para o direito do urbanismo no contexto internacional. Serão apresentados brevemente alguns dos principais instrumentos de desenvolvimento urbanístico, dividindo-os em instrumentos fiscais e tributários, institutos jurídicos e políticos de indução ao desenvolvimento urbano, instrumentos de efetivação do princípio da gestão democrática da cidade e da participação popular no planejamento e gestão das cidades e alguns dos instrumentos de regularização fundiária previstos no Estatuto da Cidade, e, ao final, realizar uma breve avaliação da legislação urbanística no Brasil e a influência no direito do urbanismo no contexto internacional.

Palavras-Chave: Estatuto da Cidade; Direito do Urbanismo; Brasil.

1. Introdução

Este trabalho busca apresentar brevemente algumas das principais normas de planejamento e gestão urbanos concebidos a partir da Constituição

1 Realizou estágio de pós-doutoramento junto ao CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, como bolsista da CAPES – Governo Brasileiro, processo n. 3116/12-3. Professor adjunto da Universidade Federal de Santa Maria – Brazil.

Federal de 1988, especialmente os dispositivos previstos no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), em relação à efetivação das políticas de desenvolvimento urbanístico e a promoção da justiça territorial no Brasil.

Importante referir o contexto em que o Estatuto da Cidade foi aprovado. O Brasil é um país que tem historicamente graves problemas urbanos, decorrentes da falta de investimentos e de um planejamento adequado das suas cidades, especialmente das grandes cidades metropolitanas, com altos índices de pobreza e de moradias inadequadas.

Com a promulgação da nova Constituição Federal em 1988 e a edição do Estatuto da Cidade, em 2001, que na falta de um Código de Urbanismo nacional se estabeleceu como a lei constitucional de organização e desenvolvimento das cidades, e que, ao mesmo tempo, deveria promover e incentivar melhorias sociais e contemple modelos de desenvolvimento sustentável e socialmente justos.

Procuraremos apresentar a seguir, de forma bastante resumida, alguns dos instrumentos jurídicos e administrativos presentes na legislação brasileira especificamente os dispositivos presentes no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e a possibilidade de efetivação de algumas políticas urbanas mais relevantes do ponto de vista da justiça territorial e ambiental, muitos destes tem servido de referência para a legislação urbanística em outros países.

2. A regulação da política urbana brasileiras

O Brasil é um país com mais de 200 milhões de habitantes e que até poucas décadas atrás era um país de economia predominantemente agrária e população majoritariamente vivendo em área rural. O país se tornou predominante urbano e hoje com 80% da população vivendo em cidades, dos quais 56 milhões vivem nas periferias das cidades, neste contexto 40 milhões de pessoas vivem em habitações precárias ou com problemas de infraestrutura. Conforme dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Censo de 2010) 11.425.644 de pessoas vivem em favelas ou aglomerados subnormais.

O processo de urbanização acelerada nas últimas décadas criou graves problemas da concentração de terras por poucos proprietários e somado a falta de investimentos em infraestrutura nas cidades o que resultou no crescimento dos “aglomerados irregulares” e a decorrente destruição dos recursos naturais. Discute-se no país a muito tempo a necessidade de uma legislação nacional que regulasse melhor o uso e ocupação do solo, estabelecesse as diretrizes das políticas nacionais, estaduais e locais de planejamento e gestão urbanas e que estabelecesse formas de financiamento da infraestrutura urbana e da habitação - uma lei nacional de desenvolvimento urbano.

Com o processo de redemocratização do país na década de 1980 e a instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1986 houve a retomada das discussões acerca do tema da reforma urbana e do financiamento das políticas urbanas. A partir dos trabalhos desenvolvidos especialmente da Comissão de Habitação e Desenvolvimento Urbano, a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê um capítulo para a “política urbana”, no título da Ordem Econômica e Financeira, com os artigos 182 e 183. O texto do artigo 182 da Constituição faz referência à “política de desenvolvimento urbano”, com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade”²:

O Brasil como uma federação constituída de União, Estados, Distrito e municípios tem a divisão de competências estabelecidas pela Constituição Federal que estabeleceu aos municípios a competência para a execução das políticas urbanas, através do plano diretor municipal. O plano diretor municipal brasileiro é definido no texto constitucional como o instrumento básico do desenvolvimento urbano com a função de ordenação da cidade.

O *Estatuto da Cidade* aprovado em 2001 (Lei 10.257/2001) é a lei de desenvolvimento urbano prevista na Constituição e que contém as diretrizes do desenvolvimento urbano e regional, os objetivos da política urbana nacional, além de instituir os instrumentos urbanísticos e o sistema de gestão das políticas urbanas. Outras normas aprovadas posteriormente configuram uma mudança de perfil das políticas de planejamento e gestão urbanas inserindo também novos instrumentos e políticas redistributivas, responsabilidades e propondo novas fontes de recursos para os municípios³.

Apresentaremos a seguir os principais instrumentos de desenvolvimento urbanístico presentes nestas normas dividindo-os em instrumentos fiscais e tributários, os institutos jurídicos e políticos de indução ao desenvolvimento urbano, da efetivação do princípio da gestão democrática da cidade e da participação popular e alguns dos instrumentos de regularização fundiária.

2 *Constituição Federal Brasileira de 1988*

Da política urbana

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

3 O Ministério das Cidades criado em 2003 e a estruturação do Conselho Nacional das Cidades em 2006 concentravam e integravam as políticas de habitação, do planejamento e ordenamento territorial, do saneamento e dos transportes (mobilidade urbana) e ampliaram significativamente os recursos e ações nestas áreas. O Ministério das Cidades foi extinto em 2019 e os conselhos, embora não extintos, deixaram de funcionar nos últimos anos.

2.1 Os principais instrumentos fiscais e tributários de indução ao desenvolvimento urbano presentes no Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade reforça a competência dos municípios promoverem o controle do processo de desenvolvimento urbano, através da política de ordenação e controle do uso do solo em seu território, a partir das diretrizes da lei orgânica municipal – LOA e do plano diretor municipal – PDM.

2.1.1 O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação para fins de reforma urbana

Dispositivos previstos no Estatuto da Cidade como o *parcelamento ou edificação compulsória*, o *imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo*, a *desapropriação para fins de reforma urbana*, são alguns dos instrumentos de aplicação dos princípios da função social e ambiental da propriedade e da gestão democrática da cidade, possibilitando a desapropriação pelo não cumprimento da função social.

O primeiro deles o *Imposto Sobre a Propriedade Territorial Urbana Progressivo no Tempo* – chamado de “IPTU Progressivo” é uma “forma de cobrança do imposto territorial em área urbana e que pode ser progressivo em razão do valor do imóvel ou ter alíquotas diferentes de acordo com a localização do imóvel”, tem como etapas o *parcelamento ou edificação compulsório* e a *desapropriação para fins de reforma urbana*⁴. (OLIVEIRA FILHO, 2015)

O *parcelamento, utilização ou edificação compulsórios* nos termos dos artigos quinto a sétimo do Estatuto são instrumentos que podem ser utilizados pelo Poder Público municipal, como forma de determinar que os proprietários de imóveis urbanos utilizem socialmente estes imóveis, conforme coeficiente mínimo de aproveitamento do imóvel em área urbana não utilizada ou subutilizada ou a edificação de uma área urbana não edificada definida no Plano Diretor do Município.

Os prazos para o cumprimento da obrigação pelo proprietário são: um ano à partir da notificação para protocolar o projeto no órgão municipal competente e dois anos à partir da aprovação do projeto para iniciar as obras do empreendimento. Para os empreendimentos de grande porte, é possível, em caráter especial, que a lei municipal possa prever a conclusão das obras em etapas. (Lei 10.257/2001, artigo 8º, § 4º)

4 A Emenda Constitucional 26/1999 inclui o Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo foi inserido no texto constitucional. De acordo com o § 1º do artigo 156 da Constituição Federal o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana poderá: *I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; I – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização do imóvel.*

No caso de descumprimento do disposto no artigo, o Município poderá manter a cobrança pela alíquota máxima até o cumprimento da obrigação, ficando garantida a prerrogativa de desapropriar o imóvel para fins de reforma urbana. (Lei 10.257/2001, artigo 7º, § 2º)

Caracteriza-se o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo como “uma obrigação aos proprietários que não destinam sua propriedade a uma função social definidas no plano diretor municipal” (OLIVEIRA FILHO, 2015).

A natureza do imposto é *extrafiscal*: o objetivo do município não é diretamente ampliar a arrecadação, mas determinar que proprietários cumpram obrigações previstas no plano diretor de parcelar ou edificar determinada área ampliando o acesso a terra urbanizada ou edificada.

Estabelecido como uma das soluções possíveis para o problema da especulação imobiliária e concentração imobiliária urbana, passados vinte anos da edição do Estatuto da Cidade o IPTU progressivo ainda não foi regulamentado em muitos municípios brasileiros ou quando regulamentados, aplicados limitadamente, o que certamente tem dificultado a melhor distribuição da terra urbana no Brasil⁵.

2.1.2. Outros instrumentos de indução ao desenvolvimento urbano

Outros instrumentos presentes no Estatuto da Cidade tem o objetivo de indução ao desenvolvimento urbano, entre estes estão: *ão o direito de superfície (art. 21-24), ao direito de preempção (art. 25), a outorga onerosa e a transferência do direito de construir (arts. 28 e segs), as operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34) e o consórcio imobiliário (art. 46).*

O *direito de superfície* é um direito de fazer ou manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheia. O direito de superfície é adquirido pelo registro do contrato de superfície no Registro de Imóveis competente e possível ser adquirido por sucessão e por usucapião e pode ser transferida a terceiros nos termos do contrato. (Lei 10.257/2001, artigos 21 a 24)

A *outorga onerosa do direito de construir* é uma autorização do poder público para o proprietário construir acima do permitido no plano diretor com *contrapartida* do proprietário para o Poder Público. Estabelecida em lei específica prevista no plano diretor a partir de um coeficiente básico de aproveitamento. O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas e as contrapartidas dos empreendedores. (Lei 10.257/2001, artigos 28 a 31)

5 Conforme levantamento do Ministério das Cidades dos quase 1,5 mil municípios que aprovaram o plano diretor em 2008, cerca de mil previam a aplicação do IPTU progressivo no tempo, destes, pouco tiveram leis específicas regulamentando o instituto.

A *transferência do direito de construir* é o instrumento a qual o município pode subordinar o exercício individual do direito de construir em outro local da cidade, conforme definido em lei e no plano diretor municipal. (Lei 10.257/2001, artigo 35).

A *operação urbana consorciada* é outro instrumento de indução ao desenvolvimento urbano previsto no Estatuto da Cidade. Conforme o artigo 32, lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações específicas, consideradas no Estatuto como “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (Lei 10.257/2001, artigo 32)⁶.

Poderão ser previstas nas operações a modificação de índices urbanísticos, alterações das normas de edificações e de construções. Há a necessidade de um plano específico da operação urbana consorciada, contendo, no mínimo a definição da área a ser atingida, o programa básico de ocupação da área, o programa de atendimento econômico e social para a população, as finalidades da operação, o estudo prévio de impacto de vizinhança, as contrapartidas a ser exigida dos proprietários e a forma de controle da operação. Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal devem ser aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada. (Lei 10.257/2001, artigo 32)

2.2 O princípio da gestão democrática da cidade e os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade

A diretriz da *gestão democrática da cidade* está prevista no artigo 2º, II do Estatuto da Cidade e é um dos princípios básicos da política urbana brasileira que prevê que as questões das cidades devem ser discutidas com os vários setores da sociedade e de forma direta com as populações envolvidas ou interessadas.

O Estatuto da Cidade prevê a *obrigatoriedade da elaboração de planos diretores municipais*⁷ e a *adequação* ao Estatuto da Cidade dos planos existentes. A Constituição Federal já obrigava a elaboração de Plano Diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes e, também, para os municípios integrantes das

6 Semelhante aos planos de pormenor em Portugal.

7 O Estatuto da Cidade e a Resolução 25 do Conselho das Cidades estendem a obrigação para áreas de interesse turístico e de empreendimentos de impacto ambiental e onde pretendam instituir o IPTU progressivo, mais recentemente foi incluída a obrigação para municípios integrantes de áreas de risco de calamidades ambientais.

regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas⁸. A iniciativa da lei é do prefeito municipal, podendo ser iniciada pela sociedade civil ou pela Câmara Municipal quando da ausência de manifestação da prefeitura municipal.

O Estatuto da Cidade estabelece a *obrigatoriedade da convocação de audiências públicas* com a participação da população e de associações representativas da comunidade, na formulação e execução de planos, programas e projetos urbanísticos, bem como na obrigatoriedade da realização de audiências e consultas públicas no processo de elaboração, revisão e alteração⁹ do plano diretor municipal¹⁰.

Também devem ser instituídos *instrumentos de gestão democrática* e os *órgãos colegiados de política urbana*, como o Conselho do Plano Diretor ou similar e a realização das conferências e congressos municipais sobre política urbana com a realização de debates, audiências e consultas públicas.

Prevê também a primeira é a responsabilização dos agentes políticos, quando da não elaboração dos planos diretores, bem como pela não realização das audiências e consultas públicas na forma do artigo 43, II.¹¹

Pode ser responsabilizado o administrador municipal pela não instituição de canais de participação popular como a criação dos conselhos municipais, estaduais e nacional de desenvolvimento urbano que se configuram como órgãos colegiados, de caráter deliberativo, formado por representantes da sociedade e do poder público.¹²

O artigo 44 do Estatuto dispõe obrigatoriamente a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, ou seja, em todo processo de discussão

8 O prazo para os municípios com mais de 20 mil habitantes e aos integrantes das regiões metropolitanas elaborarem seus planos diretores encerrou em junho de 2008.

9 Processo detalhado na Resolução 25 do Conselho Nacional de Cidades - Concidades.

10 Vide a Tese de Doutorado: OLIVEIRA FILHO, João Telmo. *A participação popular no planejamento urbano: a experiência do plano diretor de Porto Alegre*. Porto Alegre: Propur. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2009.

11 O artigo 53 do Estatuto da Cidade altera o artigo 1º da Lei 7.347/85 - lei da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos - o artigo inclui na lei, a possibilidade de acionar na Justiça os responsáveis por danos à ordem urbanística, podendo incidir sobre o Prefeito a sanção de improbidade administrativa e obrigar, em liminar ou no mérito (art. 3.º). A ação poderá ser promovida por associação civil legalmente constituída há pelo menos um ano e que tenha a previsão de promover a ação civil pública em seu estatuto, bem como pelo Ministério Público.

12 O Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano criado pela Medida Provisória 2.202, de 4 de setembro de 2001, nos termos do artigo 10 é definido como órgão deliberativo e consultivo, integrante da estrutura da Presidência da República, responsável pelas diretrizes gerais do desenvolvimento urbano e pela organização da Conferência Nacional das Cidades.

orçamentária, como condição obrigatória para a sua aprovação pela Câmara Municipal. O Estatuto da Cidade traz o *orçamento participativo* municipal para as discussões sobre o planejamento urbano do município¹³.

2.3 Instrumentos de regularização fundiária

O Estatuto da Cidade descreve uma série de instrumentos de *regularização fundiária*¹⁴, como a *Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia individual e coletiva* (Regulamentado pela Medida Provisória 2.220, de 04 de setembro de 2001), a *Concessão do Direito Real de Uso* (CDRU), as *Zonas Especiais de Interesse Social* (ZEIS), o *Usucapião Coletivo* (art. 10), a *demarcação urbanística e a legitimação na posse* (regulados na Lei do Programa Minha Casa Minha Vida – Lei 11.197/2009 e alterações) bem como a criação dos sistemas de gestão da políticas de habitação, habitação de interesse social e regularização fundiária¹⁵.

Com a Lei do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV (Lei 11.197/09, alterada pela Lei 12.424/11), regulamenta um ambicioso programa federal de política habitacional, integrante do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. O Programa Minha Casa Minha Vida tinha como objetivo a produção e aquisição de unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e rurais para famílias com diferentes rendas. O Programa foi substituído em 2019 pelo “Programa Casa Verde-Amarela”.

A lei do Lei do Programa Minha Casa Minha Vida contemplou uma série de instrumentos jurídicos com a definição das políticas de regularização fundiária, e descreve o processo de demarcação urbanística, em que o poder público demarca área identificando os moradores e realiza o cadastro; a legitimação de posse: ato de reconhecimento da posse demarcada que constitui título de registro da posse no cartório de registro de imóveis, após cinco anos podendo ser convertida em

13 O orçamento participativo (OP) é uma experiência de gestão orçamentária aplicado em várias cidades brasileiras, que acabou se configurando em instrumento de planejamento legalmente institucionalizado no Brasil a partir de marcos normativos como a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidade,

14 Definido na Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida (Lei 11.977/09) como sendo conjunto de ações integradas de habitação, saneamento e infraestrutura, coordenado pelo poder público.

15 Conforme as Leis do Sistema Nacional de Habitação, e de Habitação de Interesse Social e a Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida (Lei 11.977/09) devem ser criados no **âmbito** dos municípios os conselhos municipais do plano diretor e dos conselhos municipais de habitação e de habitação de interesse social, bem como os planos municipais de habitação, dos planos de habitação de interesse social, dos planos de trânsito e mobilidade urbana e dos planos de saneamento e de resíduos sólidos, dentre outros. A definição e a determinação das diretrizes da política nacional de habitação é estabelecida pelo Plano Nacional de Habitação – Planhab. O Programa Minha Casa, Minha Vida foi substituído em 2019 pelo “Programa Casa Verde-Amarela”.

propriedade e a regulamentação dos processos e programas de regularização fundiária, bem como nas mudanças do sistema de registro de propriedades de interesse social.

3. Considerações finais

A legislação urbanística brasileira obteve especial evolução a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da edição do Estatuto da Cidade em 2001. Entretanto ocorreram tanto avanços quanto estagnação em muitos dos processos de efetivação de direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade. As mudanças nas políticas de desenvolvimento urbanístico no Brasil decorrem da evolução e amadurecimento das instituições democráticas e da vontade política, especialmente dos governos locais.

Uma série de temas diferenciados é regulada pelo Estatuto da Cidade e pela legislação urbanística brasileira. Estes dispositivos buscam promover a evolução dos modelos tradicional de planejamento e gestão do território e dos planos diretores brasileiros. Entretanto, a própria complexidade dos processos propostos e as práticas políticas tradicionais dificultam a implementação dos dispositivos previstos na legislação.

Com instrumentos inovadores e relevante preocupação social a legislação urbanística brasileira reforça os princípios da função social da propriedade urbana, com uma série de dispositivo sobre o regime possessório, alterando institutos da propriedade e incluindo uma serie de dispositivos referentes à regularização fundiária, a remoção de favelas e estímulo ao desenvolvimento social especialmente para as populações e também o princípio da democracia participativa, com instrumentos de participação obrigatórios incorporados, como as audiências e consultar públicas e o sistema dos conselhos e conferências.

Os planos diretores municipais brasileiros instituídos após a edição do Estatuto da Cidade passaram assim a ter um conteúdo bastante complexo tanto na sua elaboração como na sua gestão e são ao mesmo tempo reguladores, estratégicos e participativos. Percebe-se a integração gradativa destes novos instrumentos e a evolução dos modelos normativos urbanísticos e a reconfiguração dos modelos de planejamento e gestão das cidades. Carece uma revisão das normas urbanísticas vigentes e a ampliação dos canais de participação popular, estabelecendo uma melhor definição de instrumentos urbanísticos e especialmente dos critérios específicos para a elaboração dos planos urbanísticos em todos os níveis: nacional, estadual, regional e municipal poderiam conferir uma maior eficácia à políticas de desenvolvimento urbanístico brasileiro.

A experiência brasileira é importante referência na incorporação de

instrumentos vinculados aos direitos possessórios e de propriedade e do ponto de vista da participação popular nos processos, na gestão democrática, no controle judicial por ação civil pública, no modelo de financiamento das políticas públicas, no estímulo à regularização fundiária e as políticas de habitação social. Estes dispositivos adequados as novas dimensões do direito do urbanismo são fundamentais pelos ganhos econômicos e sociais decorrentes e como paradigma a serem incorporados em outros sistemas normativos

Bibliografia

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (orgs.) A inovação democrática no Brasil. Orçamento Participativo, São Paulo: Cortez, 2003.

BRASIL, *Estatuto da Cidade - Lei n.º 10.257 de 10 de julho de 2001*. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de junho de 2001.

BRASIL, *Ministério das Cidades. Conselho das Cidades. Resolução n.º 25 de 18 de março de 2005*, Diário Oficial da União: Brasília, 30 mar. 2005c.

BRASIL, *Decreto n.º 5.031 de 02 abril de 2004. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho das Cidades, e dá outras providências*, Diário Oficial da União, Brasília, 5 abr. 2004.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Estatuto da Cidade: guia para a implementação pelos municípios e cidadãos*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2002.

CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012; Vols. II, Coimbra, Almedina, 2012; e Vol. III, Coimbra, Almedina, 2012.

CORREIA, Fernando Alves, “*Tendências Actuais do Direito do Urbanismo Português e Europeu e o “Estado da Arte” do Ordenamento Jurídico Urbanístico da Região Administrativa Especial de Macau*”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139.º, n. 3963, p. 323 e seguintes), Jul-ago, 2010.

CORREIA, Fernando Alves, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra. Almedina, 1990.

CORREIA, Jorge Alves, *Contratos Urbanísticos*, Editora Almedina, Coimbra, Portugal, 2012.

OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Direito do Urbanismo. Do planeamento à gestão*. Braga. Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2010.

OLIVEIRA FILHO, *O Direito do Urbanismo Constitucional. Elementos para a configuração jurídica da disciplina*, Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, Ed. Métodos, 2006.

OLIVEIRA FILHO, *A participação popular no planeamento urbano: A*

experiência de Porto Alegre, Tese de Doutorado, Porto Alegre: Propur-Ufrgs, 2009.

OLIVEIRA FILHO, *A política de planejamento urbanístico e o desenvolvimento econômico e social do Brasil*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. n.º 37, Macau, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, 3. Ed, São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E MACAENSE

João Pacheco de Amorim

*Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, e
Faculdade de Direito, Universidade Lusíada (Porto), Portugal*

Beatriz Resende Couto

Jurista

Resumo: O presente artigo versa sobre o princípio da transparência no seio da Administração Pública nos ordenamentos jurídicos português e macaense.

Num primeiro momento, analisamos o conceito de transparência no direito público, sublinhando a íntima correlação entre tal princípio e a democracia, bem como a estreita ligação da *democracia* à tríade dos princípios entre si conexos da *transparência*, do *controlo* (externo) e da *participação* (dos interessados).

De seguida, passou a analisar-se o princípio da transparência no direito administrativo, sendo certo que a Constituição da República Portuguesa, o Estatuto Orgânico de Macau e o direito administrativo ordinário geral não referem expressamente a transparência enquanto princípio geral de direito administrativo. No que toca à natureza do princípio em causa, entendemos que não existe, no direito administrativo geral, um princípio da transparência com relevante conteúdo normativo próprio.

Para além disso, debruçamo-nos sobre as implicações do princípio da transparência na organização e funcionamento da Administração Pública, na sua atividade e nas novas formas de comunicação administrativa.

Por último, foram versados diversos direitos fundamentais dos

administrados que constituem uma concretização prática do princípio em apreço – direitos de acesso à informação, à fundamentação, à audiência, à notificação e à publicação de certos atos da Administração, e os correspondentes deveres que sobre ela impendem.

Palavras-chave: Transparência; poderes públicos; democracia; controlo; participação dos interessados; direitos fundamentais dos administrados.

1. O Conceito de *transparência no Direito Público*

a) **Visibilidade vs. Opacidade**

O termo *transparência* indica no mundo físico ou material a propriedade de qualquer substância que se deixe atravessar pela luz e que permita por isso a visualização e distinção, através da respetiva espessura, dos objetos que se encontram no seu interior e por detrás de si – como são, paradigmaticamente, os casos, no universo dos corpos sólidos, do vidro e do cristal translúcidos, e, no dos líquidos, da água límpida ou não turva.

Aplicando o conceito aos poderes públicos, significa a expressão *transparência política ou administrativa* – e parafraseando Jacques Chevalier – que atrás do invólucro formal de uma dada instituição se prefiguram relações concretas entre indivíduos e grupos que podem (devem) ser percecionados por um observador externo¹. Também aqui, e para sublinhar neste sentido a *transparência da instituição em causa*, se usa correntemente a expressão «*casa com paredes de vidro*».

Constitui a *transparência* dos poderes públicos, no moderno Estado Democrático de Direito, um bem ou valor de primeiríssimo plano, indissociável do próprio conceito de democracia. Tal valor subjaz a inúmeras disposições normativas que impõem às entidades públicas, nas respetivas organização, funcionamento e atividade, determinados deveres, ónus e sujeições.

O princípio da *transparência* prescreve, pela positiva, a visibilidade, e interdita, pela negativa, a opacidade, quer da organização e funcionamento, quer da atividade da Administração Pública, regulando e conformando nesse sentido a organização e o procedimento administrativos. Fala-se nesse sentido também em *abertura* ou *publicidade*, sendo que a ideia de *transparência* é mais ampla do

1 JACQUES CHEVALIER, *Le mythe de la transparence Administrative*, Centre Universitaire de Recherces Administratives et Politiques de Picardie, Information et Transparence Administrative, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1988, p. 251.

que os conceitos referidos por último².

b) Transparência e Democracia

A propósito do princípio da transparência, explica Paolo Barile que o sistema democrático “*tem como regra a transparência e o segredo como exceção*”, valendo por isso “*regras opostas relativamente ao segredo no [âmbito] público e ao segredo no [âmbito] privado*”³. Ainda nas palavras do constitucionalista italiano, enquanto “*os direitos constitucionalmente garantidos ao sujeito privado na democracia (a liberdade na comunidade) têm como regra a privacy, e como exceção a publicidade*”, em ambas as matérias vigora uma regra comum: “*o segredo há-de ter-se como aceitável somente enquanto constitua uma proteção ou uma projeção de interesses constitucionalmente relevantes*”⁴.

Mais sublinha Barile que, em democracia, a legitimidade constitucional do segredo-exceção se tem que aferir caso a caso, só se justificando em abstrato e *a priori* enquanto proteção e projeção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais: sendo a dita democracia “o governo do «poder visível», o «governo do poder público em público», o segredo-exceção não deve apoucar a regra, isto é, [o princípio de] que o secretismo é justificado «somente se limitado no tempo», devendo “aplicar-se um critério de proporcionalidade”⁵.

No plano constitucional é, pois, estreita a ligação da *democracia* à tríade dos princípios entre si conexos da *transparência*, do *controlo* (externo) e da *participação* (dos interessados), que se evidencia nos artigos 2.º, 48.º, 109.º e 267.º/5 CRP e no artigo 2.º da Lei n.º 1/76 de 17 de fevereiro⁶ (Estatuto Orgânico

2 Não abundam os estudos sobre o princípio da transparência no direito administrativo geral. Foi, todavia, publicado em data relativamente recente um excelente trabalho da autoria de DÉBORA MELO FERNANDES, “*O princípio da transparência administrativa: mito ou realidade*”, in ROA, 2015, vol. I/II (Ano 75), que seguimos de perto, com a devida vênica. Outro trabalho digno de menção é o de MARIANA OLIVEIRA DE CARVALHO, “*Princípio da transparência no novo Direito Administrativo*”, publicado igualmente em 2015 (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6167547.pdf>).

3 Norberto Bobbio, *Democrazia e Segreto*, in «Quaderni Costituzionali», ano VII, 1987, n.º 1, pp. 29 e 30 (expressões entre aspas foram retiradas de obras de Norberto Bobbio).

4 PAOLO BARILE, *ibidem*.

5 PAOLO BARILE, *ibidem*.

6 Repare-se que, o referido preceito normativo, constante do Estatuto Orgânico de Macau, prevê que “*O território de Macau constitui uma pessoa colectiva de direito público interno e, com ressalva dos princípios estabelecidos nas leis constitucionais da República Portuguesa e no presente Estatuto, goza de autonomia administrativa, económica, financeira e legislativa.*” (sublinhado nosso) Ora, tal significa que a pessoa coletiva de direito público interno a que corresponde o território de Macau respeita e faz cumprir os princípios estabelecidos nas leis constitucionais da República Portuguesa, sendo, por isso, válidas para o território de Macau todas as referências constantes do presente artigo que consubstanciem princípios estabelecidos na Constituição da República Portuguesa (CRP).

de Macau): nos termos destes preceitos das leis fundamentais, a democratização da Administração Pública processa-se também através da sua legitimação por essas outras vias que não as clássicas da democracia representativa (da ligação ao parlamento através do governo e da lei formal)⁷.

Transparência, controlo e participação são assim finalidades distintas, mas que convergem todas as três para o reforço da legitimidade democrática da Administração Pública e da confiança dos administrados e dos cidadãos em geral numa organização e atividade administrativas imparciais e racionais.

2. O Princípio da transparência no Direito Administrativo

a) Entrada no Tema

O chamado princípio da transparência está longe de ser privativo do direito administrativo: releva também no direito constitucional, no direito tributário e no direito financeiro público.

A transparência constitui, por um lado, um desdobramento ou instrumento de outros princípios (democracia participativa, concorrência, igualdade, imparcialidade); e, por outro lado, é ela própria um macroprincípio, super-princípio ou princípio aglutinador, que por seu turno se desdobra em princípios e regras que figuram, por sua vez, como seus instrumentos (como os deveres de fundamentação e de prestação de informação procedimental, e os princípios do arquivo aberto e da publicidade), num sistema de conexões funcionais típico dos princípios gerais de direito⁸.

Tenha-se contudo presente que a Constituição Portuguesa, mais precisamente os seus art.ºs 6.º/1, 266.º e 267.º CRP⁹, onde estão «escritos na pedra» os princípios gerais de direito administrativo (quer de organização, quer

7 O primeiro objetivo é o de possibilitar a perceção pelos administrados dos *motivos* que presidem à atuação administrativa (unilateral – regulamentar, por ato administrativo ou operação material – ou contratual), assim se suscitando a adesão dos administrados às soluções encontradas pela Administração. O segundo objetivo é o de permitir o *controlo* da atuação administrativa, permitindo quer aos órgãos de controlo, quer aos administrados, o cotejar do cumprimento dos deveres legais a que a Administração está adstrita, e acionar se necessário os meios de tutela da legalidade (no caso dos órgãos de controlo) ou dos seus direitos (no caso dos administrados) – o que faz da transparência um princípio garantístico. O terceiro objetivo é o de aproximar a Administração dos administrados, através da *participação* individual destes e das suas associações quer no procedimento administrativo (essencialmente por meio do instituto da audiência dos interessados), que na sua gestão efetiva (por associação ao exercício do poder).

8 Ilustrando este sistema de conexões, cf. PAULO OTERO, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996.

9 *Vide* nota de rodapé n.º 6.

de atividade), não refere expressamente a transparência enquanto princípio geral de direito administrativo: nem sequer o art.º 268.º, que consagra os chamados direitos fundamentais dos administrados, utiliza tal expressão – isto não obstante terem estes direitos adjetivos tudo a ver com o princípio da transparência, como melhor veremos.

Ao nível da legislação ordinária, encontramos atualmente o termo transparência em muitas leis de direito administrativo, direito fiscal e direito financeiro público. Mas o princípio, enquanto tal, não encontra também acolhimento expresso no âmbito do direito administrativo geral ordinário, notando-se desde logo a sua ausência no diploma central deste ramo do direito, que é (para Portugal e para Macau) o Código do Procedimento Administrativo (doravante designado CPA): dos Capítulos II da Parte I do CPA Português («Princípios gerais da atividade administrativa») e I da Parte III, art.ºs 56.º a 61.º¹⁰ («Princípios gerais do procedimento administrativo») não consta como tal (como macrop princípio), mas tão só o *princípio da administração aberta*, no art.º 17.¹¹ (que é um dos seus desdobramentos) e o *princípio da administração eletrónica*, no art.º 14.¹² (que apresenta também uma relação de instrumentalidade relativamente ao valor da transparência).

A questão que se coloca é se o princípio em causa é, *de per se*, um verdadeiro e próprio princípio geral de direito administrativo, tão vinculativo para a Administração como os demais princípios, nos termos acima explicitados – ou se, diferentemente, estamos perante um princípio congregador de um determinado número de princípios e institutos jurídicos que o esgotam, consubstanciando a transparência administrativa tão só um valor ou fim último, inequivocamente reconhecido pela ordem jurídica, mas tutelado por outras normas e princípios.

É certo que a inexistência no direito positivo da consagração expressa de um princípio jurídico não anula nem fragiliza a sua força normativa enquanto tal, pois os princípios gerais de direito, por natureza, existem independentemente do seu expresso reconhecimento por uma norma positiva e escrita. É o que sucede, paradigmaticamente, com o crucial *princípio da racionalidade administrativa*¹³.

Todavia, no caso em apreço inclinamo-nos mais para a inexistência, no direito administrativo geral, de um princípio da transparência com relevante

10 Tem correspondência com os artigos 56.º a 62.º CPA macaense (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M de 11 de outubro).

11 O princípio da administração aberta encontra-se consagrado no artigo 67.º do CPA macaense.

12 O princípio da administração eletrónica não encontra consagração no CPA macaense.

13 Em sentido contrário, cf. DÉBORA MELO FERNANDES, *O princípio da transparência...*, cit., pp. 435-439 e 457.

conteúdo normativo próprio¹⁴. Isto, por um lado, porque é excessiva a dispersão de que acima demos nota; e, por outro lado, na medida em que estão hoje os vários princípios e institutos que o princípio aglutina (como os princípios da imparcialidade e da publicidade, e os direitos ao acesso à informação administrativa, e à fundamentação, audiência, notificação e publicitação dos atos da Administração) numa situação de quase completude e autossuficiência, por força do estágio de maturação e consolidação legislativa, jurisprudencial e doutrinal já atingido nestas matérias.

Diferente é o caso do princípio da transparência como princípio especial da contratação pública, tema que aqui não podemos, contudo, aprofundar¹⁵.

b) A Transparência na Organização e Funcionamento da Administração Pública

O princípio da imparcialidade em sede de organização e procedimento, consagrado no art.º 266.º¹⁶, n.º 2, da CRP e no art.º 9.º CPA¹⁷, está intimamente ligado ao princípio da transparência; nesta vertente apresentam um papel de destaque as regras reguladoras dos conflitos de interesses que previnem a subjetividade das decisões da Administração, concretizando o princípio da imparcialidade (art.ºs 69.º a 76.º CPA português e art.ºs 46.º a 53.º CPA macaense), designadamente a previsão das situações de impedimento e os procedimentos de levantamento de escusa e suspeição (previstos, respetivamente, nos art.ºs. 69.º e 73.º do CPA português e art.ºs 46.º e 50.º CPA macaense).

Ainda no plano da organização e procedimento da Administração, está também o modo de funcionamento dos órgãos colegiais (regulado nos art.ºs 21.º a 35.º CPA português e art.ºs 16.º a 30.º CPA macaense) moldado pelos princípios da transparência e da publicidade.

c) A Transparência na Atividade da Administração Pública

A transparência na atividade administrativa poderá resultar de uma *conduta passiva* ou de uma *conduta ativa*.

A conduta passiva traduz-se na permissão de acesso (i) quer ao procedimento administrativo em curso (acesso dos interessados – cf. art.ºs 82.º a 85.º CPA português e art.ºs 63.º a 66.º CPA macaense - «Do direito à informação»),

14 PAOLO BARILE, *ibidem*.

15 Sobre o princípio da transparência enquanto princípio geral da contratação pública no direito português e no Direito da União Europeia, ver o nosso – João Pacheco de Amorim, *Introdução ao Direito da Contratação Pública*, Coimbra, 2021, pp. 520 a 534.

16 *Vide* nota de rodapé n.º 6.

17 O princípio da imparcialidade encontra-se consagrado no artigo 7.º CPA macaense.

(ii) quer aos arquivos administrativos (art.º 17.º CPA português e art.º 67.º CPA macaense – «Princípio da administração aberta»)¹⁸.

Já a conduta ativa proporcionadora de transparência na atividade administrativa concretiza-se com a comunicação (i) do início de procedimentos, (ii) dos projetos de atos, (iii) da fundamentação de atos e (iv) dos atos já praticados.

d) As Novas Formas Comunicação Administrativa: a Utilização de Meios Informáticos

Há que destacar as novas formas de comunicação administrativa, designadamente através da utilização de meios informáticos, as quais vêm reforçar a transparência (cf. referência à transparência no art.º 14.º¹⁹ do CPA português - «Princípios aplicáveis à comunicação eletrónica»); nesta vertente o princípio dirige-se eminentemente ao legislador, no sentido de este prever os mecanismos organizatórios e procedimentais necessários à efetiva eliminação ou encurtamento da distância entre a Administração e a sociedade civil.

Na disciplina da contratação pública portuguesa assumem uma especial importância as plataformas eletrónicas (cf. art.º 133.º do Código dos Contratos Públicos Português (doravante designado CCP) e Lei das Plataformas Eletrónicas (Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto)²⁰.

3. Os direitos de acesso à informação, e à fundamentação, à audiência e à notificação e publicação de certos atos da administração, e correspondentes deveres

O princípio da transparência, sendo essencialmente adjetivo ou instrumental, na medida em que se limita a servir outros valores, interesses e princípios de carácter substantivo, concretiza-se em todo um leque de direitos

18 Os art.ºs. 83.º do CPA português, 64.º CPA macaense, 6.º da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos Portuguesa (Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, doravante designada LADA) e 66.º do Código dos Contratos Públicos Português (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, doravante designado CCP) estabelecem justificadas exceções ao direito à informação procedimental, com a proteção (i) dos dados pessoais, (ii) dos segredos comercial, industrial, e militar, e (iii) dos segredos relativos à propriedade literária, artística ou científica.

19 O princípio da administração eletrónica não encontra consagração no CPA macaense.

20 De acordo com a pesquisa realizada, a disciplina da contratação eletrónica não encontra, atualmente, consagração no ordenamento jurídico macaense. Porém, e de acordo com o Relatório Final da Consulta Pública sobre a Lei da Contratação Pública, Direcção dos Serviços de Finanças Junho de 2019, Região Administrativa Especial de Macau (disponível em https://www.dsf.gov.mo/download/LCP/P_LCP_Report.pdf), tal solução será implementada a breve trecho.

adjetivos (e correspondentes deveres da Administração) reconhecidos aos particulares no âmbito da organização e do procedimento administrativos: são os chamados *direitos fundamentais dos administrados*²¹, consagrados nos art.ºs 267.º/522 e 268.º/1, 2, 3 e 5 CRP²³.

Neste conjunto de direitos (e deveres) que concretizam o princípio da transparência avultam (i) o direito de acesso à informação administrativa (quer no âmbito de procedimentos ainda em curso, quer de acesso aos arquivos administrativos) e o correlativo dever de prestar tal informação; (ii) o direito à fundamentação dos atos administrativos e dos regulamentos (e o correspondente dever); (iii) o direito de audiência prévia e todos os demais direitos de participação e corresponsivos deveres (seja no âmbito do procedimento, seja fora desse âmbito); e (iv) os direitos à (e deveres de) notificação, publicação e publicitação de certos atos.

a) O Direito de Acesso à Informação Administrativa e Correspondente Dever da Administração

O *direito de acesso à informação administrativa* desdobra-se, por um lado, num (i) *direito de acesso à informação procedimental* por parte dos interessados, que é assegurado no art.º 268.º, n.º 1, da CRP e nos art.ºs 82.º a 85.º do CPA português e art.ºs 63.º a 66.º CPA macaense. E desdobra-se, por outro lado, num *direito de acesso aos documentos administrativos* (ou seja, a todo e qualquer documento na posse da Administração), direito este de que são titulares mesmo os não diretamente interessados (independentemente, portanto, de serem ou não titulares de um interesse direto, pessoal e legítimo na obtenção da informação

21 *Vide* nota de rodapé n.º 6.

22 Art.º 267.º («Estrutura da Administração»): “5. O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”.

23 Art.º 268.º («Direitos e garantias dos administrados»): “1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas. 3. Os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos. 4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas. (...) 6. Para efeitos dos n.ºs 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração”.

pedida), e que está consagrado nos art.ºs 48.º, n.º 2²⁴, e 268.º, n.º 2, da CRP²⁵, 17.º do CPA português, 67.º do CPA macaense e 5.º da LADA^{26/27}. A estes direitos correspondem deveres indeclináveis que recaem sobre a Administração e que asseguram a sua transparência relativamente a todos os dados e documentos na sua posse, com salvaguarda apenas das matérias relativas a segredos comerciais, industriais e autorais, ao segredo de Estado e à intimidade das pessoas.

No direito à informação no procedimento administrativo (cf. CRP, art.º 268.º/1), exercitável na fase da respetiva instrução, avulta a *dimensão de defesa* do particular perante a Administração (face, designadamente, à hipótese de vir a ser emitido um ato com conteúdo desfavorável). Trata-se de um direito de cariz adjetivo (procedimental), e *uti singulis*, uma vez que sobre o bem por ele tutelado (o acesso à informação num procedimento em curso) incide um interesse individual ou específico de um indivíduo, e não um interesse público ou geral.

Já o direito extraprocedimental de acesso aos documentos administrativos é um direito de cidadania ou *uti cives*, na medida em que a disponibilização dos arquivos administrativos a qualquer pessoa, ditada pelo princípio da administração aberta ou do arquivo aberto, satisfaz um interesse geral ou de toda a comunidade.

Refira-se, por fim, que o processo urgente de intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidão, regulado nos art.ºs 104.º a 108.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos português e nos art.ºs 108.º a 112.º do Código do Processo Administrativo Contencioso macaense²⁸ é o instrumento de tutela jurisdicional dos direitos em causa.

24 Art.º 48.º («Participação na vida pública»): “2 – Todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objetivamente sobre atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos”.

25 Art.º 282.º («Direitos e garantias dos administrados»): “2 – Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas”.

26 Art.º 5.º («Direito de acesso»): “1 – Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direitos de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo. 2 – O direito de acesso realiza-se independentemente da integração dos documentos administrativos em arquivo corrente, intermédio ou definitivo”.

27 O art.º 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia contempla um similar *direito de acesso aos documentos* na posse das instituições europeias (“Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-membro, tem direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o suporte desses documentos”).

28 Note-se que, no ordenamento jurídico macaense, o mecanismo processual em apreço tem a denominação de “Acção para prestação de informação, consulta de processo ou passagem de certidão”, tendo também carácter de processo urgente, nos termos e para os efeitos da alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º

b) O Direito à Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos Desfavoráveis e Correspondente Dever da Administração

O direito à fundamentação expressa dos atos administrativos (e dos regulamentos), assim como o dever correspondente, está (estão) consagrado(s) no art.º 268.º, n.º 3, da Constituição²⁹, e têm acolhimento legal no CPA português e macaense, designadamente nos art.ºs. 99.º e 107.º, respetivamente, (no que respeita, especificamente, aos regulamentos administrativos)³⁰ e 151.º a 153.º e 113.º a 115.º, respetivamente, deste diploma de carácter geral³¹.

É exigida a fundamentação (e a sua comunicação aos interessados, agregada à do conteúdo do próprio ato), na prática de qualquer ato administrativo, a indicação expressa pela Administração das disposições legais aplicadas (justificação). E, no exercício de poderes regulamentares, discricionários (motivação) ou da autonomia privada (art.º 2.º/3 CPA português e 2.º/4 CPA macaense) ou contratual pública (art.ºs 200.º/1 e 3 CPA português e 166.º CPA macaense e 278.º CCP), impõe-se também à Administração a explicitação das razões subjacentes aos atos em causa.

A instrumentalidade do dever de fundamentação relativamente à transparência administrativa evidencia-se, nos mencionados preceitos do CPA, na exigência de clareza, congruência e suficiência dos fundamentos de facto e de direito da decisão, requisitos indispensáveis para tornar efetivamente visíveis e

do Código do Processo Administrativo Contencioso.

- 29 Art.º 268.º («Direitos e garantias dos administrados»): “3 – *Os atos administrativos (...) carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos*”.
- 30 Art.º 99.º («Projeto de regulamento»): “*Os regulamentos são aprovados com base num projeto, acompanhado de uma nota justificativa fundamentada, que deve incluir uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas*”. Art.º 107.º («Projecto de regulamento»): “*Todo o projecto de regulamento é acompanhado de uma exposição de motivos, da qual consta obrigatoriamente a indicação das normas legais e regulamentares vigentes sobre a matéria, bem como dos estudos, pareceres, informações e demais elementos que tenham servido de base à sua elaboração.*”
- 31 Art.º 152.º («Dever de fundamentação»): “*Para além dos casos em que a lei especialmente o exija, devem ser fundamentados os atos administrativos que, total ou parcialmente: a) Nuguem, extingam, restrinjam ou afetem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos, ou imponham ou agravem deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções; b) Decidam reclamação ou recurso; c) Decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado, ou de parecer, informação ou proposta oficial; d) Decidam de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais; e) Impliquem declaração de nulidade, anulação, revogação, modificação ou suspensão de ato administrativo anterior*”. O artigo 114.º do CPA macaense é idêntico ao transcrito artigo 152.º do CPA português. Porém, acrescenta, no seu n.º 2, “*Salvo disposição legal em contrário, não carecem de ser fundamentados os actos de homologação de deliberações tomadas por jûris, bem como as ordens dadas pelos superiores hierárquicos aos seus subalternos em matéria de serviço e com a forma legal.*”

compreensíveis as razões que levaram à prática do ato administrativo^{32/33}.

Quer a doutrina, quer a jurisprudência, salientam a estreita conexão entre o dever de fundamentação e as exigências de transparência da Administração. Nas palavras de Vieira de Andrade, o imperativo da fundamentação expressa dos atos administrativos deverá ser “*encarado na sua «essência» ou «núcleo» como uma norma de direito objetivo que concretiza os princípios do Estado-de-Direito democrático e da juridicidade da Administração, impondo uma conduta racional e transparente*”³⁴. Por seu turno, é recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo português a asserção de ser o dever de fundamentação “*postulado pelo princípio da transparência a que a Administração, no exercício das suas funções, está sujeita*”³⁵.

Ainda segundo Vieira de Andrade, o dever de fundamentação dos atos administrativos, cujo núcleo essencial se exprime “*na externalização-formulação dos fundamentos*”, constitui instrumento essencial da transparência administrativa, ao tornar o fenómeno decisório claro e compreensível³⁶.

Especifica o ilustre Professor de Coimbra, na esteira de um consolidado entendimento doutrinário, o cumprir o dever em causa que impende sobre a Administração, essencialmente, as seguintes funções: (i) uma *função de pacificação* traduzida na idoneidade para convencer o administrado da «justeza» do ato; (ii) uma *função de defesa* do administrado, ao possibilitar-lhe o recurso aos meios contenciosos e gratuitos; (iii) uma *função de autocontrole*, por facilitar “*a autofiscalização da Administração pelos próprios órgãos intervenientes no processo ou pelos seus superiores hierárquicos*”; (iv) uma *função de clarificação e de prova*, porquanto “*fixa em termos claros qual o significado que os órgãos administrativos atribuíram às provas e argumentação jurídica desenvolvida, qual a marcha do raciocínio e opções que se precipitaram no ato*”; (v) uma *função democrática*, por dar a conhecer aos administrados as razões da sua atuação concreta; (vi) uma *função de incentivo à boa administração*, pois que a “*obrigação de motivar obriga as autoridades administrativas a examinar atentamente o bem*

32 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 232-239.

33 “*A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão (...)*” (art.º 153.º/1), equivalendo “*(...) à falta de fundamentação a adoção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do ato*” (art.º 153.º/2). O artigo 115.º do CPA macaense possuiu idêntica redação.

34 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, p. 215.

35 Cf. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo português de 19/10/1997, Proc.º n.º 22.267 (Correia de Lima) e de 23/10/2008, Proc.º n.º 827/07 (Freitas Carvalho). Ver também, na jurisprudência constitucional, o Acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 594/2998, de 10/12/2008, Proc.º n.º 11.111/07 (Benjamim Rodrigues).

36 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, p. 62.

fundado das decisões que pensam vir a tomar”; (vii) *uma função de reforço do controle da Administração*, na medida em que “*o conhecimento dos motivos das decisões habilitam os terceiros a melhor ajuizar da necessidade de interpor recurso administrativo ou contencioso dos atos que os afetam*”³⁷.

c) Direito de Audiência, Consulta Pública e Outras Modalidades de Participação no Procedimento e Correspondentes Deveres da Administração

O direito de audiência (e a correspondente obrigação concretiza(m)-se numa terceira e última subfase da fase preparatória do procedimento administrativo: finda a instrução do procedimento (subfase instrutória), recai sobre o órgão competente para a prática do ato a praticar o dever de comunicar aos futuros destinatários deste, designadamente àqueles em cuja esfera jurídica o dito ato possa vir a incidir desfavoravelmente, em *projeto de decisão*.

Esta comunicação dos projetos de regulamento ou de ato administrativo destina-se a propiciar uma participação qualificada dos interessados nos processos decisórios, possibilitando a formulação por estes de uma pronúncia onde exponham as objeções que lhes possam suscitar quer a legalidade, quer o mérito, oportunidade ou conveniência do projeto objeto da audição (no que concerne ao mérito, se o procedimento for tendente à prática de um ato administrativo discricionário).

Refira-se ainda que a consagração da audiência prévia dos interessados como princípio geral de direito administrativo implica um alargamento do âmbito da fundamentação que inclui o terem de constar da decisão final do procedimento as razões pelas quais o autor do ato, “*se for esse o caso, decidiu não atender as alegações apresentadas*” pelo seu destinatário “*na audiência em defesa da sua pretensão*”³⁸.

A chamada *audiência (ou audição) dos interessados* está regulada (conjuntamente com as *consultas prévias*, no caso de o regulamento ser conducente à emanção de um regulamento) nos art.ºs 80.º, 100.º e 121.º a 124.º CPA português, nos art.ºs 108.º e 93.º a 97.º CPA macaense e no art.º 274.º CCP. Um sucedâneo da audiência, quando os interessados sejam em número elevado (art.ºs 101.º e 124.º/1/d) CPA português e art.º 96.º/c) CPA macaense), é a figura da *consulta pública*.

O direito de audiência no procedimento administrativo apresenta uma (1) *função de defesa* (defesa dos particulares face à Administração e, antes do mais, à sua atuação coerciva), (2) uma *função de colaboração dos particulares com a Administração* no sentido do reforço do cumprimento por esta quer do *princípio da legalidade administrativa*, quer do *princípio da prossecução do interesse*

37 *O dever da fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 1992, pp. 65 e segs.

38 DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2016, 3.ª ed., p. 315.

público e do dever de boa administração e (3) uma dimensão de participação dos particulares na atividade administrativa (no caso, de participação no procedimento administrativo).

Constitui, indiscutivelmente, a audiência dos interessados outro desdobramento do princípio da transparência: sendo os efeitos do ato a praticar desfavoráveis para o seu destinatário (ou para parte dos seus destinatários, se estes forem dois ou mais), fica a Administração obrigada a *revelar para o exterior* quer a *justificação* do ato a praticar (como a enunciação dos seus pressupostos de facto e de direito), quer a respetiva *motivação* (i.é, nos atos discricionários, com a exposição dos motivos que, na ponderação levada a cabo no âmbito da margem de livre apreciação do órgão, levam este a projetar uma decisão com aquele conteúdo e não com outro possível).

A doutrina e a jurisprudência têm acentuado este carácter instrumental do instituto da audiência dos interessados relativamente à transparência administrativa. No acórdão da 2.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo Português de 18/12/2013, Proc.º n.º 154/12 (Ascensão Lopes), é o direito de audiência prévia claramente qualificado como uma faculdade “*destinada a assegurar e garantir a efetiva observância, num concreto procedimento e antes de ser proferida a respetiva decisão, dos primados do contraditório, da participação e da transparência procedimental, pedras angulares de um Estado de Direito (democrático)*”. Por seu turno, designa Rodrigo Esteves de Oliveira a audiência prévia como um dos instrumentos do princípio da transparência, de entre o leque maior dos meios “*destinados a controlar a legitimidade das decisões procedimentais*”³⁹.

Para além da audiência prévia, outras modalidades de participação procedimental são igualmente instrumentais da transparência administrativa, a saber, a *consulta pública (apreciação pública)* nos procedimentos preordenados à emissão de regulamentos administrativos (art.º 101.º do CPA português e art.º 108.º CPA macaense)⁴⁰, a possibilidade genérica de *intervenção no procedimento*,

39 *Os princípios gerais...*, cit. pp. 101-102.

40 Segundo o n.º 3 do art.º 100.º («Audiência dos interessados»): “*O responsável pela direção do procedimento pode não proceder à audiência quando: (...) c) O número de interessados seja de tal forma elevado que a audiência se torne incompatível, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública*”. Paralelamente, prevê a alínea c) do artigo 96.º que “*Não há lugar a audiência dos interessados: c) Quando o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável, devendo nesse caso proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada.*”

E dispõe o art.º 101.º («Consulta pública»): “*1 - No caso previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo anterior ou quando a natureza da matéria o justifique, o órgão competente deve submeter o projeto de regulamento a consulta pública, para recolha de sugestões, procedendo, para o efeito, à sua publicação*

com especial destaque para a constituição dos interessados no procedimento, seja na qualidade de cointeressados, seja na qualidade de contrainteressados, relativamente às pretensões do requerente (art.º 65.º/1/b) e c) e 2, art.º 67.⁴¹, art.º 68.º/1 e 2 e art.º 116.º, n.º 3⁴² do CPA português e art.ºs 54.º, 55.º, 87.º/2 do CPA macaense)⁴³ e as *consultas prévias* nos procedimentos de emissão de regulamentos administrativos (art.º 98.º do CPA português)⁴⁴.

na 2.ª série do Diário da República ou na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa, com a visibilidade adequada à sua compreensão. 2 - Os interessados devem dirigir, por escrito, as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, no prazo de 30 dias, a contar da data da publicação do projeto de regulamento. 3 - No preâmbulo do regulamento, é feita menção de que o respetivo projeto foi objeto de consulta pública, quando tenha sido o caso”. Paralelamente, estatui o artigo 108.º («Apreciação pública»): “1 - Quando a natureza da matéria o permita, o órgão competente deve, em regra, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual é, para o efeito, publicado no Boletim Oficial de Macau. 2 - Os interessados devem dirigir por escrito as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, dentro do prazo de 30 dias contados da data de publicação do projecto de regulamento. 3 - No preâmbulo do regulamento faz-se menção de que o respetivo projecto foi objeto de apreciação pública, quando tenha sido o caso.”

41 Art.º 67.º («Capacidade procedimental dos interessados»): “1 - Os particulares têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir através de mandatário. 2 - A capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade”.

42 Art.º 116.º («Prova pelos interessados»): “3 - Os interessados podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão”.

43 Art.º 54.º («Intervenção no procedimento administrativo»): “1 - Todos os particulares têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir, incluindo por meio de advogado ou solicitador. 2 - A capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direito segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade.”

Art.º 55.º («Legitimidade»): “1 - Têm legitimidade para iniciar o procedimento administrativo e para intervir nele os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos lesados pela actuação administrativa, bem como as associações que tenham por fim a defesa desses interesses. 2 - Consideram-se, ainda, dotados de legitimidade para a protecção de interesses difusos: a) Os cidadãos a quem a actuação administrativa provoque ou possa previsivelmente provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida; b) Os residentes na circunscrição em que se localize algum bem do domínio público afectado pela acção da Administração. 3 - Para defender os interesses difusos de que sejam titulares os residentes em determinada circunscrição têm legitimidade as associações dedicadas à defesa de tais interesses e os órgãos municipais da respectiva área.”

Art.º 87.º/2 («Ônus da prova»): “2 - Os interessados podem juntar documentos e pareceres ou requerer diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão.”

44 Art.º 98.º («Publicitação do início do procedimento e participação procedimental»): “1 - O início do procedimento é publicitado na Internet, no sítio institucional da entidade pública, com a indicação

d) Direito à Notificação, Publicação e/ou Publicitação de Certos Atos, e Correspondentes Deveres da Administração

Finalmente, são ainda garantias da transparência administrativa os deveres correspondentes aos direitos dos interessados à *notificação* do início do procedimento (art.ºs 110.º a 114.º⁴⁵, 192.º/1 e 195.º⁴⁶ do CPA), à notificação dos atos já praticados de conteúdo desfavorável (art.º 268.º, n.º 2, da CRP, e art.º 160.º do CPA português e art.º 121.º CPA macaense), à *publicação* dos atos sujeitos a essa específica condição nos termos da lei (art.ºs 139.º e 158.º do CPA português e art.º 120.º CPA macaense) e à *publicitação* de certos atos (de que é exemplo o dever de publicitação do início do procedimento tendente à aprovação do regulamento administrativo prescrito no art.º 98.º do CPA português⁴⁷ e dos projetos de atos administrativos desfavoráveis para efeitos de audiência⁴⁸). Constituindo os três diferentes vias de dar a conhecer a atuação da Administração, são sobretudo a publicidade e a publicitação expressões do *princípio da publicidade*, este sim uma concretização por excelência do princípio da transparência.

Já acima se fez a distinção entre as dimensões passiva e ativa do princípio da transparência na atividade da Administração. Concretizam a dimensão passiva, como vimos, os mecanismos de acesso à informação; ora, complementam essa (insuficiente) dimensão uma crucial dimensão ativa os deveres essencialmente *de facere*, de fundamentação dos atos e, sobretudo, de publicação e difusão de dados relevantes, assim como a adoção dos necessários suportes informáticos

do órgão que decidiu desencadear o procedimento, da data em que o mesmo se iniciou, do seu objeto e da forma como se pode processar a constituição como interessados e a apresentação de contributos para a elaboração do regulamento. 2 - Quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respetivas circunscrições". Não existe disposição normativa paralela no ordenamento jurídico macaense.

45 O CPA português prevê a comunicação de início dos procedimentos tendentes à emanação de regulamentos e à prática da atos administrativos (art.ºs 98.º e 110.º CPA). Tal solução jurídica não encontra acolhimento no ordenamento jurídico macaense, em que apenas se prevê a notificação do ato administrativo final – art.º 68.º CPA macaense e, quando a natureza da matéria o permita, a submissão a apreciação pública do projeto de regulamento – art.º 108.º CPA macaense.

46 A disposição paralela no CPA macaense é o artigo 158.º.

47 *Vide* nota de rodapé n.º 45.

48 É exigida a comunicação dos projetos de regulamento ou de ato administrativo, a fim de permitir a participação dos interessados nos processos decisórios (audiência dos interessados), designadamente dos projetos desfavoráveis aos futuros destinatários – cf. art.ºs 80.º, 100.º e 121.º a 124.º CPA português e art.ºs 108.º e 93.º a 97.º CPA macaense, e 274.º CCP –, assim como as consultas prévias quando os interessados sejam em número elevado (art.ºs 101.º e 124.º/1/d) CPA português e art.º 96.º/c) CPA macaense).

para o efeito (como os sites e os portais e informações essenciais por parte da Administração que hoje tendem cada vez mais a substituir os velhos editais e o clássico recurso aos tradicionais meios de comunicação (que eram apenas, e ainda há não muito tempo a imprensa escrita, a rádio e as televisões de sinal aberto, estas em número inferior aos dedos de uma mão!).

Obviamente a publicidade não esgota as obrigações de transparência: a informação administrativa deve ser disponibilizada, designadamente nas plataformas informáticas, em termos acessíveis («intuitivos», do ponto de vista do utilizador), com uma linguagem clara, descomplicada e acessível, e tanto quanto possível despida do jargão mais técnico – tudo de forma que aos interessados apreendam o essencial daquilo que se pretende divulgar.

VÁRIA

UMA MUDANÇA DE PARADIGMA: A INDEMNIZAÇÃO PELO DANO EXCEDENTE, EM ESPECIAL NOS CASOS DE PERDA DO SINAL OU DE PAGAMENTO DO DOBRADO DESTES E A JURISPRUDÊNCIA RECENTE*

*Em homenagem a João Calvão da Silva† 20 de Março de 2018
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.*

Manuel Trigo

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Tendo em vista a análise das questões suscitadas na jurisprudência recente sobre a indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pelo sinal, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, pagamento do sinal em dobro que compreende a restituição do sinal entregue e o pagamento da indemnização pelo sinal, começa por se fazer uma breve referência ao regime do contrato-promessa, à garantia indemnizatória pelo não cumprimento em geral, às cláusulas de predeterminação do dano e à admissibilidade da indemnização pelo dano excedente.

Dada a sua invocação para comparação e determinação do regime da indemnização pelo dano excedente, analisa-se a indemnização pelo aumento do valor da coisa, não prevista na lei em vigor, embora susceptível de convenção das partes, procedendo à sua breve caracterização, seguida da breve caracterização da indemnização pelo dano excedente.

Posteriormente, abordamos de forma breve a indemnização pelo dano excedente à cláusula penal, historicamente precedente à indemnização pelo dano

* Agradecemos aos nossos Colegas da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, por nos facultar o texto inédito intitulado *A indemnização do excedente: breve nota*, e JÚLIO MIGUEL DOS ANJOS, por nos facultar o texto inédito com a *Tradução de língua chinesa para língua portuguesa do n.º 4 do art. 436.º e do n.º 2 do art. 800.º do Código Civil de Macau*, e pelas questões e comentários sobre o tema em análise e a colaboração prestada na revisão deste texto, que em muito contribuíram para o seu aperfeiçoamento.

excedente ao predeterminado pelo sinal no sistema jurídico vigente, e abordamos os pressupostos de ressarcibilidade do dano excedente conjuntamente.

Analisa-se a seguir algumas das questões que se podem colocar, começando pelas suscitadas entretanto na doutrina e na jurisprudência, como as respeitantes ao critério de determinação do dano excedente, incluindo a do momento relevante para apuramento do objecto da indemnização, e a da determinação do dano consideravelmente superior ao dano predeterminado pelo sinal ou pela cláusula penal, como pressuposto da indemnização, com referência breve a outras questões suscitadas.

Por fim, analisam-se as decisões das várias instâncias judiciais, com base em acórdãos do Tribunal de Segunda Instância e do Tribunal de Última Instância, em dois casos em que se questiona e decide em especial sobre o *momento da determinação* e o *objecto da indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pelo sinal*, bem assim sobre *a indemnização pela mora no cumprimento das obrigações de indemnizar pelo sinal ou pelo valor do sinal em dobro e pelo dano excedente*. Faz-se uma breve referência à indemnização pelos *prejuízos excedentes ao dobro da renda em caso de atraso na restituição da coisa locada*.

Palavras-chave: Dano; dano efectivo; dano excedente; excedente do dano; consideravelmente superior; indemnização; sinal; cláusula penal; convenção; convenção em contrário; redução equitativa; aumento equitativo; indemnização pelo aumento do valor da coisa; indemnização pelo dano excedente; indemnização pela mora; prejuízos excedentes; restituição da coisa locada.

1. Introdução

O título, *Uma mudança de paradigma: a indemnização pelo dano excedente, em especial nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste e a jurisprudência recente*, começa por se inspirar numa caracterização da alteração do regime do contrato-promessa¹, e a escolha do tema surgiu em resposta à necessidade de proceder ao seu estudo em face das questões suscitadas, mais justificada em face da recente publicação de jurisprudência dos tribunais

1 Uma mudança de paradigma, como a qualifica ALMENO DE SÁ, *Traços Inovadores do Direito das Obrigações no Código Civil de Macau. O princípio da efectividade dos direitos do credor*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, BFDUM, N.º 8, 1999, pp. 135 e 136, em “3. Contrato-promessa: mudança de paradigma”, também publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume 75, 1999, pp. 553 a 574.

superiores sobre a matéria², que só por si justificariam convocar a reflexão sobre a mesma. A abordagem deste tema no contexto do sistema jurídico de Macau dispensa uma breve referência ao sistema jurídico e político em que se integra, que se justificaria noutro contexto³.

A aprovação do Código Civil de Macau constituiu uma oportunidade de reformar o regime do contrato-promessa, uma das matérias de especial sensibilidade no âmbito do direito civil patrimonial e no seio do direito das obrigações que, pese embora tenha sido aquele *que sofreu menores mudanças qualitativas, não deixou de passar pelo crivo da reforma*⁴, começando por se destacar, precisamente, *as mudanças efectuadas no regime do contrato-promessa e na protecção dos direitos do credor*⁵.

O que terá sucedido em relação ao tema em apreço, *a indemnização pelo dano excedente*, designadamente nos casos de *convenção de sinal e de perda do*

-
- 2 Designadamente, dos seguintes acórdãos:
 Acórdão do Tribunal de Segunda Instância (TSI) de 16 de Junho de 2016, no Processo n.º 909/2015, ou Ac. do TSI n.º 909/2015, de 16 de Junho de 2016, e o [com recurso e decisão pelo] Acórdão do Tribunal de Última Instância (TUI) de 30 de Março de 2017, no Processo n.º 5/2017, ou Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017;
 Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 20 de Outubro de 2016, no Processo n.º 872/2015, ou Ac. do TSI n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016, e o [com recurso e decisão pelo] Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 29 de Novembro de 2019, no Processo n.º 58/2017, ou Ac. do TUI n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019.
- 3 Como foi o do VII Congresso Internacional de Direito Civil, que decorreu *online*, em 12 e 13 de Novembro de 2020, organizado, designadamente, pela Academia Brasileira de Direito Civil e pela Academia Sino-Lusófona da Universidade de Coimbra, em que se fizemos uma apresentação subordinada a este tema, a convite do Doutor João Nuno Calvão da Silva, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- 4 *Como refere* LUÍS MIGUEL URBANO, Coordenador do Projecto do Código Civil de Macau, *Breve Nota Justificativa, Código Civil, Versão Portuguesa, Imprensa Oficial de Macau, 1999, p. XXII (ver pp. XX a XXII)*. Veja-se ainda do mesmo Autor, *O Código Civil de Macau*, BFDUM, N.º 7, pp. 59 e ss, e Código Civil de Macau de 1999, N.º 8, pp. 37 e ss.
 O Código Civil de Macau foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33/99/M, de 3 de Agosto, e entrou em vigor em 1 de Novembro, nos termos do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 48/99/M, de 27 de Setembro. Na falta de indicação diversa estaremos a referir o Código Civil de Macau.
- 5 Como fazem ALMENO DE SÁ, *Traços Inovadores do Direito das Obrigações no Código Civil de Macau. O princípio da efectividade dos direitos do credor*, *cit.*, pp. 137 e 138, que destaca, em geral, a revisão crítica do Código Civil de 1966 à luz dos desenvolvimentos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários, do direito civil ou do direito das obrigações, *com especial interesse para o tema em análise*, e TOU WAI FONG, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, BFDUM, N.º 8, pp. 145 e ss, em especial pp. 150 a 153, sobre o regime do sinal e da cláusula penal. TOU WAI FONG colaborou nos trabalhos preparatórios e coordenou a tradução para língua chinesa, como refere o Coordenador do Projecto, LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, *cit.*, p. XIII.

sinal ou de pagamento do dobro deste, neste caso, entenda-se, de restituição do sinal prestado e de indemnização pelo valor do sinal, em especial no âmbito do contrato-promessa?

2. Regime aplicável e direito transitório

Previamente, necessário se torna um breve enquadramento do regime do sinal e do contrato-promessa, bem assim da cláusula penal, pela conexão existente, incluindo de direito transitório.

O regime do *contrato-promessa* é o estabelecido nos termos do n.º 1 (cfr. n.º 2) do art. 404.º (Regime aplicável) do Código Civil, segundo o qual se estabelece que à convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido, exceptuadas as relativas à forma e as que, por sua razão de ser, não se devam considerar extensivas ao contrato-promessa.

O seu regime consta, assim, dos arts. 404.º (Regime aplicável) 405.º (Promessa unilateral), 406.º (Transmissão dos direitos e obrigações das partes) e 407.º (Eficácia real da promessa), sob o princípio da equiparação, excepcionado quanto à forma e à eficácia, tendo sido revisto e simplificado o regime de forma; o regime do sinal consta dos arts. 435.º (Contrato-promessa de compra e venda) e 436.º (Sinal) [cfr. art. 434.º (Antecipação do cumprimento)]. Deram-se alterações relevantes, designadamente quanto à limitação da indemnização ou não, e em especial quanto à consagração da indemnização pelo dano excedente, quanto à retenção, em caso de tradição da coisa prometida, nos arts. 745.º (Casos especiais), n.º 1, al. f), e 749.º (Retenção de coisas imóveis), n.º 2, introduzindo uma previsão especial deste direito e dando preponderância aos interesses do crédito hipotecário, e ainda quanto à execução específica, no art. 820.º (Contrato-promessa) [cfr. art. 821.º (Obrigação legal de contratar)]⁶, afastando a presunção de que a convenção

6 E quanto a outros aspectos, veja-se ainda o previsto no artigo 980.º (Ilegitimidade do locador ou deficiência do seu direito), n.º 3, sobre a legitimidade do promitente-comprador de prédio ou fracção para os dar de arrendamento, tendo havido tradição do imóvel e pagamento integral do preço; e agora, não, como antes, o previsto no revogado art. 1343.º (Transferência de direitos e encargos dos condóminos quanto à administração corrente), n.º 1, al. c), do CC, entretanto revogado, mas no art. 6.º (Direitos e obrigações do usufrutuário e do promitente-adquirente), n.ºs 2 e 4, da Lei n.º 14/2017, *Regime jurídico da administração das partes comuns do condomínio*. Sobre o actual regime do contrato-promessa, do sinal e da cláusula penal, ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014, 2.2.2. *Contrato-promessa*, pp. 119 e ss, e 7.4. *Fixação contratual dos direitos do credor*, pp. 615 e ss, e a bibliografia indicada, designadamente, em Língua Portuguesa, LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. XX e ss, ALMENO DE SÁ, *Traços Inovadores do Direito das*

de sinal ou de cláusula penal excluem a execução específica, que passa a ter lugar salvo convenção em contrário (cfr. n.º 1), estabelecendo-se imperativamente a execução específica a favor do promitente-adquirente ao prever-se (na 1.ª parte do n.º 2) que a promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato.

O regime da cláusula penal integra-se no regime da fixação contratual dos direitos do credor, nos arts. 799.º (Cláusula penal), 800.º (Funcionamento da cláusula penal) e 801.º (Redução equitativa da pena), e ainda no art. 1073.º (Usura) para a cláusula penal no contrato de mútuo.

Com interesse particular para a questão em apreço, das normas especiais de direito transitório adoptadas pelo legislador no Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 Agosto, a abrir as *Normas e matérias do Direito das Obrigações*, no Artigo 11.º, sob a epígrafe “(Sinal)”, estabeleceu-se que “O disposto no artigo 436.º do novo Código Civil é extensivo aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor, mas o direito à indemnização pelo dano excedente previsto no n.º 4 do mesmo artigo só lhes é aplicável se o seu incumprimento ocorrer já na vigência da nova lei.”, além da previsão do art. 15.º (Cláusula penal)⁷ e do art. 16.º (Execução específica do contrato-promessa).

Por outro lado, tratando-se de uma matéria sensível à realidade económica, social e política, e contrariando a expectativa da suficiência da codificação, mesmo

Obrigações no Código Civil de Macau. O princípio da efectividade dos credores, BFDUM, *cit.*, pp. 133 e ss, TOU WAI FONG, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, BFDUM, N.º 8, pp.145 e ss, TOU WAI FONG, *A cláusula penal no quadro do incumprimento contratual, análise do regime nos sistemas jurídicos português e chinês*, Dissertação de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa, 1999, policopiada, JOÃO PAULO ROCHA, *Direito das Obrigações: Noções Gerais e Fontes*, Repertório do Direito de Macau, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007 (Reimpressão, 2012), pp. 410 a 412 e 480 e 481, CHU LAM LAM, *Breve análise do actual regime jurídico do contrato-promessa*, Revista da Administração Pública de Macau, RAPM, N.º 70, pp. 1317 e ss, e CHAN IO CHAO, *O contrato-promessa e o seu regime*, Dissertação de Mestrado em Direito em Ciências Jurídicas, 2007, policopiada, e, recentemente, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A cláusula penal no ordenamento jurídico de Macau*, Diálogo consistente, Olhares recentes sobre temas de Direito Português e de Macau, Vol. I, 2016, pp. 24 e ss, e GIL DE OLIVEIRA e CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária (CFJJ), *Volume VI*, 2020, em especial *Artigo 404.º* (e ss), pp. 185 e ss, e *Artigo 434.º* (e ss), pp. 475 (e ss), *Volume IX*, 2021, CFJJ, 2021, *Artigo 745.º* e *Artigo 749.º*, pp. 598 e ss e 657 e ss, e *Volume X*, CFJJ, 2021, *Artigo 820.º* e *Artigo 821.º*, pp. 663 e ss.

7 Prevê-se neste Artigo 15.º (Cláusula penal), que “O disposto nos artigos 799.º a 801.º do novo Código Civil é extensivo às cláusulas penais estipuladas antes da sua entrada em vigor, mas o direito à indemnização pelo dano excedente previsto no n.º 2 do artigo 800.º só existe quando o incumprimento do contrato ocorra já na vigência da nova lei.”.

no curto prazo, embora sem alteração do Código Civil, houve necessidade de intervir com a aprovação da Lei n.º 15/2001, *Promessas de alienação e oneração hipotecária de imóveis*, para regular os designados *contratos tripartidos* ou, como na mesma lei se designam, *os contratos de mútuo com promessas* ou *contratos de mútuo com promessa de compra e venda e promessa de constituição de hipoteca voluntária*; e ainda da Lei n.º 7/2013, *Regime jurídico da promessa de transmissão de edifícios em construção*, mesmo tratando-se de contrato de mútuo com promessas.

3. Garantia indemnizatória em geral e a garantia da indemnização pelo dano excedente em especial

Perante não cumprimento imputável, o promitente-fiel, como parte que não tenha dado causa ao incumprimento, poderá pedir a execução específica do contrato, quando esse poder lhe seja atribuído nos termos gerais, que agora é a regra (do art. 820.º), em alternativa à indemnização pelo não cumprimento (prevê o n.º 3 do art. 436.º).

A garantia indemnizatória é porém mais ampla, pois no caso de não ter direito de execução específica ou de a mesma não ser possível, ou de, tendo esse direito, nos termos do art. 820.º (cfr. n.os 3 e 4 do artigo 436.º), optar pelo seu não exercício, em alternativa, tem o promitente fiel, havendo sinal, o direito ao sinal ou ao dobro deste, ou a outra indemnização convencional, como a estabelecida por cláusula penal, e ainda agora, mas cumulativamente, o direito de indemnização pelo dano excedente, ou, por fim, na falta de sinal ou outra indemnização convencional, o direito de indemnização nos termos gerais, previsto no art. 787.º, por não cumprimento imputável.

Posto isto, centrando-nos no tema em análise, o que agora se acrescenta no âmbito das garantias indemnizatórias é a previsão da *indemnização pelo dano excedente* no contexto do n.º 4 do art. 436.º, em que se prevê que, na ausência de estipulação em contrário, *e salvo o direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior*; não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste.

Ainda que esta previsão não tenha merecido referência especial e tenha justificadamente sido realçada a alteração do regime da execução específica, a orientação adoptada pelo legislador quanto ao valor do sinal é clara, quer quanto à relação do sinal com a execução específica, quer quanto ao valor do sinal para a determinação da indemnização, em que essa previsão se insere, tendo-se operado uma *mudança de perspectiva* na medida em que foi *abandonada a ideia de que o*

*sinal assume privilegiadamente o significado de direito ao arrependimento, a qual foi trocada pela concepção do contrato-promessa como um meio de vinculação não susceptível, salvo estipulação em contrário, de revogação unilateral*⁸, mais, *de não ser um meio limitativo da indemnização por não cumprimento*, que seria se assim não fosse, e, portanto, de não ser em regra um meio de garantir a revogação unilateral com garantia de indemnização pré-determinada pelo sinal. O que não exclui a convenção em contrário⁹, ou seja, a admissibilidade de revogação mediante estipulação em contrário, como expressão do direito ao arrependimento, na disponibilidade das partes.

Pelo que respeita ao contrato-promessa, se a *mudança de perspectiva* ou a *mudança de paradigma* se dá pela *mudança da concepção do contrato-promessa de um contrato preliminar e reversível para um contrato de garantia do cumprimento* ou de um *contrato com função de garantia, dirigida a assegurar a conclusão do contrato definitivo*, o mesmo começa por se atestar, primeiramente, pela garantia do recurso à execução específica, na falta de convenção em contrário, e de que a simples existência de sinal prestado no contrato-promessa, ou a fixação de pena para o caso do não cumprimento deste, não é entendida como convenção em contrário, que não é admitida relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele¹⁰, em que se manifesta a prossecução da efectividade dos direitos do credor promitente fiel, e a mesma mudança se atesta, e a mesma *efectividade dos direitos do credor* promitente fiel se prossegue, também pela consagração do direito à

8 Como se exprime LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XXII (itálico nosso, ver pp. XX a XXII). O Autor acrescenta: “O que vale imediatamente para os contratos-promessa ou de transferência de propriedade, como imediatamente de outros direitos, mas também para a indemnização integral no caso de não cumprimento. Esta visão parece-nos mais consentânea com a compreensão que cada vez mais o contrato-promessa assume para as partes, de uma verdadeira antecâmara para a propriedade que, por motivos normalmente de cariz administrativo ou legal, ainda não pode ser definitivamente transaccionada.”. Ver também do mesmo Autor, *O Código Civil de Macau*, cit., p. 65 (pp. 59 a 69).

9 Ver também as nossas *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 145 (pp. 144 e ss), além de LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. XX II, e TOU WAI FONG, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, cit., p. 151. Vejam-se ainda as decisões recentes tomadas no Ac. TSI n.º 327/2017, de 4 de Abril de 2019, do TUI n.º 111/2019, de 29 de Novembro de 2019 e de 26 de Fevereiro de 2020, e do Ac. do TSI n.º 948, de 18 de Março de 2021, relativamente a um caso em que a questão se coloca.

10 Como se prevê no n.º 1 e na 1.ª parte do n.º 2; e se acrescenta na parte final do n.º 2 do art. 820.º, ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato.

indenização pelo dano excedente, como parte restante ou parte excedente do *dano efectivamente sofrido*¹¹.

Tal como também permite afirmar, acrescentamos nós, sob a mesma fórmula, a *mudança de paradigma da indenização por não cumprimento do contrato-promessa quando haja convenção da indenização*, quer quando haja sinal (cfr. art. 436.º) quer quando haja outras estipulações ou outras cláusulas de indenização, designadamente por cláusula penal (cfr. arts. 799.º e 800.º).

Por outro lado, essa mudança de perspectiva ou de paradigma não se limita ao regime do contrato-promessa, mas abrange os contratos em que se convençione o sinal ou outras cláusulas de predeterminação do dano como a cláusula penal.

Mais, em caso de convenção de sinal, a consagração do direito de indenização pelo dano excedente é *salva de estipulação em contrário*, e neste sentido *não estari na disponibilidade convencional das partes*, embora se trate de um direito disponível para o credor após a sua constituição em face do não cumprimento. Ou seja, *salvo o direito à indenização pelo dano excedente*, havendo sinal, em qualquer caso, portanto, mesmo havendo cláusula de predeterminação do dano, como a de sinal, ou a cláusula penal, garante-se ao promitente fiel, perante não cumprimento definitivo imputável, o direito a ser indemnizado pelo dano integral, concreto e actual, ao dano efectivo, no pressuposto de haver dano e quando este *dano* for consideravelmente superior *ao dano predeterminado*, como veremos.

O mesmo direito, de indenização pelo dano excedente, se garante em caso de convenção de cláusula penal, embora na disponibilidade das partes, dada a ressalva de haver convenção em contrário (art. 800.º, n.º 2).

Porém, além deste, *que outros aspectos do seu regime merecem destaque e análise* em especial? Entre outros, importa ainda determinar *o objecto da obrigação de indemnizar*, *o critério do apuramento do dano excedente* ou *do excedente do dano*, *o quantum indemnizatório*, incluindo o *momento determinante*, *os limites mínimos* e *os limites máximos*, se os houver, perante a *previsão da lei*

11 Como procura demonstrar ALMENO DE SÁ, *Traços Inovadores do Direito das Obrigações no Código Civil de Macau. O princípio da efectividade dos direitos do credor*, cit., pp. 137 e 138, em “3. Contrato-promessa: mudança de paradigma”, 3.3., em que se refere ao sinal e à indenização, concluindo: “Em rigor, o que este dispositivo diz é que, se há, demonstradamente, “direitos” do credor que estão para lá da solução ressarcitória veiculada pelo instituto do sinal, então o ordenamento deve “dar voz” a esses direitos latentes, por outras palavras, deve consagrar mecanismos capazes de os tornar efectivos.”.

Mais, trata-se, como verifica TONG IO CHENG, *O regime jurídico contrato-promessa*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, em Língua Chinesa, com tradução parcial solicitada para este efeito, de uma inovação legislativa, acolhida no Código Civil em sequência do defendido na Doutrina Portuguesa (pp. 285 a 287).

da garantia da indemnização pelo dano excedente, ou eventualmente da sua convenção pelas partes.

4. Cláusulas de predeterminação do dano e a admissibilidade da indemnização pelo dano excedente

Entre as cláusulas de predeterminação do dano encontram-se a cláusula de sinal, confirmatório ou penitencial, a cláusula penal compensatória, a cláusula de garantia com função penal, a cláusula de indemnização pelo aumento do valor da coisa, e a própria cláusula da fixação de indemnização pelo dano excedente em valor determinado, casos em que não está excluído haver ainda um dano excedente até ao valor do dano integral ou efectivo, como dano indemnizável¹².

A predeterminação convencional do dano, ou ainda a predeterminação legal, quando for o caso, apresentam vantagens significativas para as partes, como a previsibilidade e a segurança, e para o credor em especial, quando e na medida em que beneficie das regras de distribuição do ónus da prova, mas tem como desvantagem a falibilidade da previsão por defeito para o credor e por excesso para o devedor, para o que podem ou devem ser remédios, respectivamente, *para o excesso a redução equitativa e para o defeito o aumento equitativo ou a indemnização pelo dano excedente.*

A indemnização pelo dano excedente no caso de estipulação de sinal foi introduzida no Código Civil de Macau, mas tinha antecedentes no *Código Civil anteriormente em vigor*¹³, sendo consagrada simultaneamente em outras previsões, que não deixam de interessar para a determinação do seu regime no contexto do sistema jurídico em vigor.

12 Sobre as cláusulas de predeterminação do dano indemnizável ver, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.^a Edição, 2000, pp. 335 e ss, e II, 7.^a Edição, 2006, pp. 139 e ss (edições que se estarão a citar salvo indicação diversa), ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.^a Edição, 2000, pp. 427 e ss e pp. 784 e ss, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 2020 (7.^a Edição), pp. 128 e ss e 422 e ss, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, pp. 163 e ss, 283 e ss e 683 e ss, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.^a Edição, Almedina, Reimpressão, 2007, pp. 247 e ss e 280 e ss. Ver ainda TOU WAI FONG, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, cit., pp. 150 a 153, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., 2.2.2.3. *Contrato-promessa e sinal*, pp. 144 a 149, 2.2.2.4.2. *Garantia indemnizatória*, pp. 160 a 169, 7.4. *Fixação contratual dos direitos do credor*, pp. 615, e a bibliografia citada.

13 O Código Civil Português de 1966 em vigor em Macau até 31 de Outubro de 1999, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, mandado aplicar em Macau pela Portaria n.º 22 869, de 4 de Setembro de 1967, com alterações posteriores, adoptando-se esta formulação (e CCP) para o referir de seguida.

Assim sucedia, nomeadamente quanto à *indenização pelo dano excedente* no caso de estipulação de cláusula penal no Código Civil anteriormente em vigor, no art. 811.º (*Funcionamento da cláusula penal*), e no art. 935.º (*Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir*), a primeira, com correspondência actualmente no n.º 2 do art. 800.º (*Funcionamento da cláusula penal*), e a segunda sem correspondência, no Código Civil de Macau.

Por sua vez, a previsão da indenização pelo *dano excedente quando o dano efectivo for consideravelmente superior* também tinha um antecedente no *prejuízo consideravelmente superior* previsto no art. 829.º (*Prestação de facto negativo*), com correspondência actualmente no art. 819.º (*Prestação de facto negativo*). Não chegou a ser precedente no direito anteriormente em vigor a *indenização pelo dano excedente aos juros de mora*, que veio a ser consagrada no n.º 3 do art. 795.º, para as obrigações pecuniárias, mas foi antecedente a *obrigação de indemnizar pelo dano excedente à mora na restituição da coisa locada*, agora prevista no art. 1027.º, n.º 3, em que se prevê que fica salvo o direito do locador à indenização dos prejuízos excedentes, se os houver¹⁴.

Por outro lado, a *indenização pelo dano excedente* deve distinguir-se, a título diverso, logo da *indenização ou retribuição pela imobilização pela entrega da coisa*, designadamente com a cedência do gozo da coisa, quer da *remuneração da promessa unilateral*, sem ou com a cedência do gozo da coisa¹⁵, nomeadamente como preço de imobilização a pagar pelo promissário se não exercer o direito de crédito de celebrar o contrato, do sinal penitencial e da *cláusula penal penitencial* ou *multa penitencial* por desistência e resolução do contrato¹⁶.

Pese embora as afinidades, deve distinguir-se quer da *indenização pelo valor da coisa*, se admissível¹⁷, quer ainda da *indenização pelo aumento do*

14 Aquela antes introduzida no n.º 3 do art. 806.º do Código Civil Português, pelo Decreto-Lei n.º 236/83, de 16 de Junho, mas que não foi estendida a Macau. Esta foi prevista no art. 19.º (*Indemnização pelo atraso na restituição do prédio*) do Regime de Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 12/95/M, de 14 de Agosto.

A solução adoptada para a indenização pelo dano excedente para as obrigações pecuniárias recupera, em parte, a proposta de VAZ SERRA, *Direito das Obrigações*, BMJ, N.º 98, p. 69, Artigo 85.º (*Obrigações pecuniárias*) [Ver também BMJ, N.º 48, pp. 99 e ss e pp. 301 e ss].

15 Como se admite no âmbito da liberdade de convenção e referem, designadamente, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 404 e ss, e GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 118 e 119. Ver ainda as nossas *Lições de Direito das Obrigações*, cit., pp. 166 e 172.

16 Ver JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, 14.ª Edição, Revista e Aumentada, Almedina, 2017, traduzida para Língua Chinesa, por JIN GUOPING, publicada pela Universidade de Macau e pela *Social Sciences Academic Press*, Beijing, 2019, pp. 31 a 35 (28 e ss).

17 Como sucederia, segundo a letra do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, de indenização pelo valor da coisa (“a indenização devida por causa da resolução do contrato pelo promitente-vendedor seja o valor que a coisa tiver ao tempo do incumprimento – medida

valor da coisa, designadamente a favor do promitente que constitui o sinal em caso de tradição da coisa, bem assim da *cláusula penal*, quando estabelecida quer para predeterminar a indemnização pelo dano do não cumprimento culposos, quer o dano excedente ao determinado pelo sinal ou outra cláusula de indemnização compensatória, e da *cláusula de garantia com função penal*, de indemnização sem culpa ou pelo risco, ou ainda do *aumento equitativo do sinal* ou do *aumento equitativo da cláusula penal*, quando previstos ou admitidos na lei.

Dadas as suas afinidades, em especial de se tratar de modalidades de indemnização pelo não cumprimento que podem ser convencionadas ou previstas na lei em caso de haver sinal, e de o seu objecto poder coincidir, embora não necessariamente, e de ser útil ou mesmo necessária a sua distinção, designadamente perante as questões suscitadas nos casos a apreciar, vamos comparar brevemente o *regime da indemnização pelo aumento do valor da coisa* com o da *indemnização pelo dano excedente*, tendo em vista a determinação do regime da indemnização pelo dano excedente.

5. Indemnização pelo aumento do valor da coisa

A indemnização pelo aumento do valor da coisa, que se não encontra prevista na lei, sem prejuízo de poder ser convencionada, é objecto de referência jurisprudencial e doutrinal¹⁸, designadamente para comparação, no âmbito da determinação do regime da indemnização pelo dano excedente.

A indemnização pelo aumento do valor da coisa foi estabelecida na lei, nos termos ainda em vigor, na reforma de 1986 do regime previsto no Código Civil Português (CCP), mas o seu regime não foi estendido a Macau¹⁹.

do dano efectivamente sofrido –, conferindo-se ao promitente-comprador o direito de retenção da mesma coisa por tal crédito”). Ver JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 285 a 287 (e *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 90 e ss e pp. 205 e ss).

18 Designadamente no Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, e nos Acs. do TSI n.º 909/2015, de 16 de Junho de 2016, e n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016, referidos inicialmente, bem como nas nossas *Lições de Direito das Obrigações*, cit., pp. 167 e ss: cfr. 2.2.2.4.2. *Garantia indemnizatória*, pp. 160 e ss (p. 164); ver também recentemente GIL DE OLIVEIRA e CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência*, VI, cit., Anotação ao Artigo 436.º, nomeadamente sobre a Versão proposta e as notas 9, 15 e 16, pp. 492 e ss.

19 Como já referimos nas *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 51, nota 29, e 164 e 165, nota 205, e se lembrou no Acórdão do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017 (ver, *infra*, 10. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017*).

No Artigo 442.º (Sinal)²⁰ do CCP, nos termos do seu n.º 2, depois de se estabelecer que se *quem constitui o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente a faculdade de fazer sua a coisa entregue*, mais se prevê que *se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou, ou, se houve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o seu valor, ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago*.

Mais se prevê no n.º 3 do mesmo artigo que, em qualquer dos casos previstos no número anterior, o contraente não faltoso pode, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, nos termos do art. 830.º, e ainda que, *se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito, como se estabelece no número anterior, pode a outra parte opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no artigo 808.º*, e, acrescenta-se no n.º 4, *na ausência de estipulação em contrário, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, ou do aumento do valor da coisa ou do direito à data do não cumprimento*.

Ora, *quando é que há lugar a indemnização pelo aumento do valor da coisa ou direito?* Quando, *em caso de contrato-promessa*, havendo direito de indemnização por não cumprimento definitivo imputável²¹, pressuposto geral,

20 Trata-se da versão que contém as alterações do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Agosto, e do Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro, o Código Civil Português, que estaremos a citar em 5. *Indemnização pela aumento do valor da coisa*. Sobre este tema pode consultar-se a bibliografia portuguesa a seguir indicada, tendo aqui presente em especial JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 90 e ss. Ver ainda ANA PRATA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1995, em especial pp. 845 e ss.

21 Neste sentido GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., p. 155 (e 1299). PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição, 1987, pp. 419 a 420 e 421 a 423 (notas 5 e 6), defendem o entendimento de que se aplica ao caso de mora imputável, embora considerem a solução da lei errônea em relação ao sinal e merecedora de crítica. Sobre a questão, ver ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, cit., pp. 351 (e nota 2), e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, pp. 297 a 301, defendendo a admissibilidade de sinal moratório, na dependência de convenção expressa (face ao previsto no n.º 2 do art. 442.º do Código Civil Português), e ainda *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 90 a 94.

Para a simples mora, a execução específica e o não cumprimento definitivo, a resolução e a indemnização, ver ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 415 e ss, incluindo a indemnização pelo aumento do valor da coisa, que pressupõe o incumprimento definitivo e imputável, diferindo aqui de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA: ver nota 2, p. 434 (ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 436 a 438).

tenha havido convenção de sinal, e haja tradição da coisa ou direito, e interesse do promitente fiel que constituiu o sinal, designadamente porque o valor do sinal deixe de permitir indemnizar os danos causados, por ser de valor reduzido, por ter havido inflação e se ter desvalorizado, ou ainda por outras causas, por haver um dano excedente ao dano predeterminado convencionalmente ou resultante de presunção da lei (cfr. art. 441.º CCP) no caso de contrato-promessa de compra e venda.

Há quem entenda que esta previsão não se limita aos contratos-promessa com constituição de sinal, mas abrange todos os contratos-promessa com tradição da coisa previstos no n.º 3 do art. 442.º do CCP²², e que pode considerar-se ter sido constituído sinal, ter sido adoptada outra convenção de indemnização, designadamente cláusula penal, determinante do valor da indemnização, ou haver lugar a indemnização pelo aumento do valor da coisa²³.

São ainda *características* do direito de indemnização pelo aumento do valor da coisa ou direito as seguintes (, ser ou ter):

(a) – *alternativa à indemnização pelo sinal em dobro em caso de contrato-promessa* [; se o não cumprimento do contrato for devido a este último, tem aquele a faculdade de exigir o dobro do que prestou, ou, se houve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o seu valor, ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela (n.º 2 do art. 442.º CCP)];

(b) – *alternativa à execução específica no contrato-promessa, quando esta for possível* [Em qualquer dos casos previstos no número anterior, o contraente não faltoso pode, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, nos termos do artigo 830.º (n.º 3 do art. 442.º CCP)]²⁴;

(c) – *natureza indemnizatória e compensatória do não cumprimento definitivo e imputável*, e por isso compreendendo o *pedido subsidiário implícito de indemnização pelo sinal em dobro* (cfr. n.º 2 do art. 442.º CCP²⁵);

22 Defendem JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, cit., pp. 85 e 86, e 89 e 90, e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 431.

23 Mesmo sem tradição da coisa, possibilidade admitida na doutrina, *iure constituendo*, por JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, cit., pp. 87 a 90, pp. 195 e ss e 210 e ss; cfr. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 4.ª edição, 1982, p. 283, nota 1, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, p. 420, final da nota 2, e também JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica-resolução*, Coimbra, 1987, pp. 146 e 147.

24 Ver JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, pp. 95 e ss, para uma crítica à solução legislativa adoptada.

25 Como defende para o direito português, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, cit., pp. 94 a 95 (e ainda 90 a 94), quando se pede a indemnização pelo aumento do valor da coisa e

(d) – *garantia do direito de indemnização pelo direito de retenção, tendo como pressuposto e havendo tradição da coisa* [O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º (al. f) do n.º 2 do art. 755.º CCP)];

(e) – *fonte legal e natureza imperativa, verificados os pressupostos da lei, dependendo de haver tradição da coisa* [se houve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido (n.º 2 do art. 442.º CCP)], e de não ser objecto de ressalva, dado não se prever que possa ser afastada por convenção das partes²⁶;

(f) – *sujeito activo ou credor da indemnização* quem constituiu o sinal e beneficia da tradição da coisa e *sujeito passivo* ou devedor quem recebeu o sinal e procedeu à entrega da coisa (n.º 2 do art. 442.º CCP);

(g) – como *objecto da obrigação de indemnizar o aumento do valor da coisa*, a determinar pela *diferença entre o valor da coisa no momento da celebração do contrato-promessa e no momento do não cumprimento, determinado objectivamente, com dedução do preço convencionado e restituição do sinal e da parte do preço paga* [o seu valor, ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago (n.º 2 do art. 442.º CCP)]; e

(h) – como *momento relevante para o cálculo da indemnização o momento do não cumprimento da promessa* [direito à data do não cumprimento (n.º 2 do art. 442.º CCP)]²⁷;

não se prova a tradição da coisa, por se entender que quem pede a indemnização pelo (aumento do) valor da coisa, o mais, e em alternativa, também pede implicitamente a indemnização pelo sinal em dobro, o menos, e o tribunal não deve estar impedido de condenar pelo valor predeterminado pelo sinal, perante o estabelecido no n.º 1 do art. 609.º do Código de Processo Civil Português.

26 Estabelecendo-se ao tempo da sua entrada em vigor a respectiva aplicação imediata (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho).

27 Entre outros, ver JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, cit., pp. 90 e ss e a doutrina citada.

A solução foi criticada por ANTUNES VARELA, *Direito das obrigações em geral*, I, cit., p. 343, em que considera que o diploma “b) definiu indemnização mal, o objecto da segunda das sanções apontadas contra o promitente faltoso, que recebeu o sinal, porquanto o alvo do legislador é o aumento de valor do prédio (da coisa objecto do contrato prometido) entre o momento da celebração do contrato e da data do incumprimento (aumento intercalar de valor) e não o valor total actual da coisa, deduzido do preço convencionado”. ANTUNES VARELA, no estudo *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1989, pp. 132 e ss, apreciou criticamente a solução da indemnização pelo aumento do valor da coisa, vindo a final, p. 141, nota 2, a referir: “Trata-se, em todo o caso, diga-se em abono da verdade, de solução que pode, num ou noutro

(i) – como *objecto de prova, a convenção e o valor do sinal prestado, a tradição da coisa e o incumprimento, bem assim o valor da coisa objectivamente considerada, sem necessidade da prova dos danos* (cfr. n.º 2 do art. 442.º; cfr. art. 342.º e ss CCP);

(j) – quanto ao objecto, a natureza de *obrigação pecuniária e de dívida de valor*²⁸, pelo que, como consequência, são devidos juros de mora desde o momento do seu apuramento ou liquidação;

(k) – *limitativa da indemnização, salvo convenção em contrário, ou seja, não será cumulável com outro pedido de indemnização salvo convenção em contrário* [Na ausência de estipulação em contrário, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, ou do aumento do valor da coisa ou do direito à data do não cumprimento. (n.º 4 do art. 442.º CCP)];

(l) – *direito disponível, depende de opção do contraente não faltoso que recebeu o sinal* [se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito (n.º 3 do art. 442.º CCP)];

(m) – *possibilidade de invocação da excepção de cumprimento pela parte não cumpridora* [se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito, como se estabelece no número anterior, pode a outra parte opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no artigo 808.º [perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento (n.º 3 do art. 442.º CCP)]²⁹;

caso, ficar aquém do resultado a que conduziria a curial aplicação da teoria *mommseniana* da diferença, tal como entre nós a aceitou o artigo 566.º do Código Civil: BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral*, cit., págs. 150 e segs.”.

Ora, BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, A dualidade execução específica-resolução*, cit., critica a solução, a pp. 140 a 153, quer quanto ao seu critério, designadamente ao considerar que “o valor da coisa (ou do direito) é o valor à data do incumprimento – e pensamos que esse incumprimento deve ser o definitivo – afastando-se assim, uma ulterior valorização, ou, o que é o mesmo, a data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal (art. 566, 2)” (p. 149), e que (p. 150) “poder-se-à dizer que o dano patrimonial que o legislador teve em mente é calculado objectiva e abstractamente e não como «pequena indemnização» ou diferença no património do contraente lesado, o que equivale a afastar os princípios gerais ou a avaliação concreta do dano, isto é, não se tomam em conta certos danos emergentes (despesas com um novo contrato ou com a satisfação provisória do fim a que se destinava a coisa) e os lucros cessantes do incumprimento (p. ex., a frustração do lucro de uma revenda ou troca já acordadas, etc.)”.

28 Ou de “dívida de valor convertida em obrigação pecuniária por ulterior fixação (convencional ou judicial) do seu montante em dinheiro”, como refere JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, pp. 88 e 93; diferentemente da obrigação de restituição do sinal em dobro, sujeita ao princípio nominalista, em que o pagamento de juros dependeria de pedido (pp. 87 e ss).

29 O que JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, cit., pp. 120 a 132, procura

(n) – *direito renunciável após o momento do não cumprimento*, quer optando por outro direito, quer declarando não querer exercer este direito, quer não pedindo indemnização pelo aumento do valor da coisa (cfr. n.º 3 do art. 442.º CCP).

Por fim, pode acrescentar-se, a previsão na lei não impede a *estipulação pelas partes de uma indemnização pelo aumento do valor da coisa*, no âmbito da liberdade de convenção, mas nos limites da lei, de modo que não pode ser convencionada a diminuição do seu objecto ou estabelecida em condições mais desfavoráveis, por exemplo reduzindo a indemnização a metade do aumento ou excluindo o direito de retenção, podendo ser estabelecidas condições mais favoráveis, por exemplo, considerando o aumento do valor da coisa até à data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal.

6. A indemnização pelo dano excedente

Em que consiste, como se caracteriza, quando é que há lugar a indemnização pelo dano excedente? Estas questões não têm resposta directa na previsão legal.

A previsão do n.º 4 do art. 436.º, estabelece que *na ausência de estipulação em contrário, e salvo o direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste*, em que há que restituir o valor do sinal entregue e outro tanto, como valor da indemnização pelo sinal no contexto do regime da indemnização pelo sinal, tem como primeira finalidade e previsão a proibição do cúmulo da indemnização pelo sinal com outra qualquer indemnização e das suas excepções, onde se inclui a indemnização pelo dano excedente.

Neste contexto, podemos considerar, *a indemnização pelo dano excedente ao sinal* é o direito a indemnização pelo valor do dano que excede o valor da perda do sinal ou de pagamento do sinal indemnizatório, e que poderia ser indemnizado por qualquer outra indemnização do dano (indemnizável, efectivo, ou integral), quando este for consideravelmente superior, quando o dano for consideravelmente superior, que deve ser superior, e como agora se exige, que seja consideravelmente superior. Ainda o mesmo se concluiria, com as necessárias adaptações, perante a

demonstrar não ser coerente e dever ser considerado não escrito por interpretação abrogante; ver também, entre outros, ANTUNES VARELA, *Sobre o contrato-promessa*, cit., n.º 37. C) *A mora do promitente e as sanções prescritas para o não cumprimento da promessa sinalizada*, pp. 148 a 153. Defendendo a solução, além de, designadamente, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 433 e 434, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das obrigações, Tomo II*, 2010, pp. 395 e ss.

previsão do n.º 2 do art. 800.º para a cláusula penal.

Ora, ainda que preliminarmente, não considerando agora outras formas de predeterminação legal ou convencional, a *indenização pelo dano excedente* constituiria a indenização pelo dano efectivo que excede o dano predeterminado pelo sinal, ou pela cláusula penal, portanto uma indenização pela parte ou pela porção do dano indemnizável, efectivo ou integral, ou simplesmente pela parte excedente do dano, a indemnizar autónoma e cumulativamente com o sinal, ou com a cláusula penal, cujas características, pressupostos e efeitos, importa indagar, mesmo que brevemente.

Indemnização pelo dano excedente que teria lugar *quando*, em caso de contrato-promessa ou de outros contratos, havendo dano objecto da obrigação de indemnizar, pressuposto geral, e tenha havido predeterminação do dano por convenção de sinal, nos termos do n.º 4 do art. 436.º, ou cláusula penal, nos termos do art. 800.º, ou ainda por qualquer cláusula de predeterminação dos direitos do credor permitida no âmbito da liberdade de convenção, nos termos do art. 399.º, haja e seja pedido e provado um *dano efectivo consideravelmente superior* ao dano predeterminado³⁰. A questão do objecto da indenização pelo dano excedente requer desenvolvimento específico.

A indenização pelo dano excedente é prevista com *carácter geral*, embora tenha relevo especial no contrato-promessa³¹, e aproveita a qualquer das partes, no contrato-promessa bilateral a ambas, a quem seja promitente fiel, quer se trate

30 Sobre este tema, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., sobre esta possibilidade: cfr. 2.2.2.4.2. *Garantia indemnizatória*, pp. 164 e ss, e 2.2.2.4.2.1. *Indemnização pelo dano excedente e redução da indemnização manifestamente excessiva*, pp. 167 e ss; ALMENO DE SÁ, *Traços Inovadores do Direito das Obrigações no Código Civil de Macau. O princípio da efectividade dos direitos do credor*, cit. pp. 137 e 138; TOU WAI FONG, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, cit., pp. 152 a 153, GIL DE OLIVEIRA e CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, VI*, cit., Anotação ao Artigo 436.º, em especial as notas 15 e 16 (pp. 492 e ss, em especial pp. 506 e 507).

Para o direito português e com informação de outros sistemas jurídicos, ver VAZ SERRA, *Pena convencional*, BMJ, N.º 67, pp. 185 e ss, em especial n.º 4, pp. 207 e ss; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., pp.703 e ss, e sobre as cláusulas limitativas da responsabilidade, nomeadamente do objecto da indemnização, cit., pp. 25 e ss e 235 e ss (e *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade*, Coimbra, 1985, pp. 96 e ss, sobre a fixação por acordo do *quantum respondeatur* ou o estabelecimento de um limite máximo, e pp. 145 e ss sobre a distinção entre cláusula penal e cláusulas limitativas), e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 257 e ss.

31 Diferentemente do que sucederia com a indenização pelo aumento do valor da coisa, que só aproveita ao beneficiário da entrega da coisa; cfr. *supra*, 5. *Indemnização pelo aumento do valor da coisa*. Não fazendo este confronto sistematicamente, nestes termos, podem ser comparadas as respectivas características, sucessivamente, conforme a análise seguinte.

de quem constituiu quer de quem recebeu o sinal, no contrato-promessa unilateral ao beneficiário da promessa perante o promitente infiel, e tem *ainda* as seguintes *características* (de ser ou ter):

(a) – *cumulativa com a indemnização predeterminada, não alternativa*, pois se prevê quando houver indemnização pelo valor do sinal e houver dano excedente ao convencionado, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, a propósito da questão e excepcionando a proibição do cúmulo com qualquer outra indemnização (n.º 4 do art. 436.º)³²;

(b) – *a indemnização pelo dano excedente, , alternativa à execução específica, quando esta for possível*, e não tiver sido validamente afastada, em caso de contratos-promessa cumulativamente com o sinal, como indemnização pelo incumprimento [A parte que não tenha dado causa ao incumprimento poderá, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, quando esse poder lhe seja atribuído nos termos gerais (n.º 3 do art. 436.º; cfr. art. 820.º) ou de outros contratos (cfr. art. 817.º e ss);

(c) – *natureza indemnizatória e compensatória do não cumprimento definitivo imputável*³³, compreendendo o *pedido subsidiário implícito de indemnização pelo sinal ou pelo dobro deste* (n.º 4 do art. 436.º)³⁴;

(d) – *garantia do direito de indemnização, que no caso de contrato-promessa é especialmente garantido pelo direito de retenção, havendo tradição da coisa*, quando for o caso, pois esta não é um pressuposto da indemnização

32 Na formulação do n.º 3 do art. 795.º, sobre a indemnização pela mora no cumprimento de obrigações pecuniárias, a indemnização pelo dano excedente é caracterizada como uma *indemnização suplementar* à indemnização de juros. Ai se prevê: 3. Pode, no entanto, o credor provar que a mora lhe causou dano consideravelmente superior aos juros referidos no número anterior e exigir a indemnização suplementar correspondente.”

33 Ver TOU WAI FONG, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, BFDUM, N.º 8, pp. 151: “Ainda em sede do regime do sinal, entende-se que a operação das suas regras funcionais se deve manter dependente da verificação de incumprimento definitivo, e não de mera constituição em mora, opção esta revelada pela não transcrição da 2.ª parte do n.º 3 do art. 442.º do Código vigente em Portugal (29), e que nos parece mais correcta (30).” [Nota 29: “Foi esta parte do preceito que determinou o surgimento da polémica em Portugal sobre a aplicabilidade da regra funcional do sinal no caso de mora em cumprimento, quer na área doutrinária quer na área judicial - cfr. supra, nota (10).”]. Referia-se à parte em que consta: “se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito, como se estabelece no número anterior, pode a outra parte opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no artigo 808.º”.

34 Sobre o pedido subsidiário implícito da indemnização pelo sinal ou pelo sinal em dobro, ver *supra*, 5. *Indemnização pelo aumento do valor da coisa (c)*, e 11. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019 (e nota 68)*.

[Gozam ainda do direito de retenção: f) O beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 436.º (n.º 1 do art. 745.º)];

(e) – *fonte legal, verificados os pressupostos legais, em que se não inclui a tradição da coisa, de que não está dependente, , de natureza imperativa, imperatividade que resultaria de se não admitir convenção em contrário, não se prevendo essa possibilidade como se prevê para a cláusula penal, de se ressaltar ou salvaguardar o direito de indemnização pelo dano excedente, [4. Na ausência de estipulação em contrário, e salvo o direito a indemnização pelo dano excedente (n.º 4 do art. 436.º)]*³⁵;

(f) – *sujeito activo ou credor da indemnização quem for a parte fiel, e em especial o promitente fiel, seja quem constituiu o sinal seja quem o recebeu, mais frequentemente quem o constituiu, e o sujeito passivo ou devedor quem for a parte infiel, e em especial o promitente infiel (n.º 4 do art. 436.º)*;

35 Entendimento a que aderimos, *sem prejuízo de melhor apreciação*. Parece ser diferente o entendimento de GIL DE OLIVEIRA e CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, VI*, cit., Anotação ao Artigo 436.º, nomeadamente na nota 15, ao considerarem que “ainda pode haver lugar, salvo estipulação em contrário, a indemnização pelo dano excedente”.

No sentido de ser garantida imperativamente, ver TOU WAI FONG, *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, BFDUM, N.º 8, pp. 151: “A possibilidade de haver dano de valor muito superior ao do sinal constituído é também uma das preocupações do legislador de Macau porque, na falta de convenção de salvaguarda do direito à indemnização, se o dano que uma das partes prevê como possível de ser causado pelo incumprimento da outra parte for muito superior ao sinal, será provável que o sinal acabe por estimular o não cumprimento, nomeadamente nos casos em que a execução específica seja impossível, situação essa naturalmente anómala porque proveniente de um meio compulsório ao cumprimento. Nestes termos, o legislador permite ainda uma indemnização suplementar quando o dano verificado seja consideravelmente superior ao valor do sinal.”.

Nesse mesmo sentido, ver também JÚLIO MIGUEL DOS ANJOS, *A Liberdade Contratual e as Normas Imperativas*, Dissertação de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa, 2017, policopiada, p. 63 (em publicação no BFDUM N.º 49): “Por último, quer por via da regra geral da responsabilidade contratual do art. 790.º, n.º 2, quando não haja sinal constituído e se exclua por completo o regime do sinal, quer por via do n.º 4 do art. 436.º, na parte em que se ressalva o direito à indemnização pelo dano excedente consideravelmente superior nos casos em que há sinal com exclusão do regime do n.º 2, a parte fiel terá sempre ao seu dispor os meios que lhe permitam obter uma indemnização para além do que tiver sido acordado, se estiverem provados os danos que sofreu, e sem prejuízo da verificação dos demais requisitos da responsabilidade civil.”.

A imperatividade desta previsão da lei da indemnização pelo dano excedente é também reconhecida na jurisprudência, designadamente no Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017; ver *infra*, 10. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017*.

(g) – como *objecto da obrigação de indemnizar o dano excedente*, ou seja, o *excedente do dano* ou a *parte excedente do dano*, quando este for *consideravelmente superior*, ou quando o *dano efectivo* for consideravelmente superior ao *dano predeterminado*, como diferença entre o dano efectivo e o dano predeterminado, e, na falta de outras *disposições especiais*, tem como *critério de determinação ou de cálculo o critério geral da obrigação de indemnizar* [direito a indemnização pelo dano excedente quando este (dano efectivo) for consideravelmente superior, (...), nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste (ou seja, da restituição do sinal prestado e da indemnização pelo valor do sinal; ver o n.º 4 do art. 436.º; e o n.º 5 do art. 560.º)]; e, por isso,

(h) – como *momento relevante para o cálculo da indemnização, a data mais recente que puder ser atendível pelo tribunal* (n.º 5 do art. 560.º)³⁶, o momento do encerramento da discussão da causa em primeira instância (art. 566.º, n.º 1, Código de Processo Civil);

(i) – como *objecto de prova, a convenção e o valor do sinal prestado*, se for o caso o valor da coisa objectivamente considerado, eventualmente da entrega da coisa, que não é pressuposto da indemnização pelo dano excedente, mas cuja falta de entrega ou privação do uso pode ser causa de outros danos, como as despesas com alojamento ou exploração de actividade em outro local, dos pressupostos do direito de retenção, a *prova do incumprimento e do dano ou do dano integral, para provar o dano excedente ao dano predeterminado* (cfr. n.ºs 3 e 4 do art. 436.º, e art. 335.º e ss);

(j) – quanto ao *objecto, a natureza de obrigação pecuniária e de dívida de valor*, pelo que, como consequência, são devidos juros de mora desde o momento do seu apuramento ou liquidação³⁷;

36 As razões a favor desta solução são as já invocadas, criticamente, para o regime da indemnização pelo aumento do valor da coisa referido anteriormente, na exposição de BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, A dualidade execução específica-resolução*, cit., pp. 147 a 153, que veio a ser consagrada pela previsão na lei de Macau da indemnização pelo dano excedente.

A questão foi objecto de controvérsia quanto ao critério, ao momento do cálculo e ao próprio objecto da indemnização, e decisão, na jurisprudência dos tribunais superiores de Macau, nos citados Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, e Ac. do TUI n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019, já referidos, e a analisar, *infra*, 10. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017*, e 11. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019*.

37 Tal como a obrigação de indemnizar pelo aumento do valor da coisa, como defendia JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, cit., pp. 88 e 93; e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., pp. 711 e ss, e BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, A dualidade execução específica-resolução*, cit., pp. 139 e 140. Ver ainda ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, I*, cit., em geral,

(k) não é limitativa, mas, *expansiva da indemnização, para além do limite máximo do dano predeterminado até ao limite máximo do dano excedente, que coincide com os limites da indemnização nos termos gerais da lei ou do dano indemnizável*, em caso de contrato-promessa ou de outros contratos (como garantia da indemnização pelo dano efectivo, sendo cumulativa e insusceptível de convenção em contrário);

(l) – *direito disponível, depende de opção e pedido da parte fiel ou do contraente não faltoso* [qualquer das partes (cfr. n.os 3 e 4 do art. 436.º)];

(m) – não previsão da possibilidade de *invocação da excepção de cumprimento pela parte não cumpridora*³⁸, que não se impõe à parte cumpridora, salvo acordo das partes, e se ainda for possível;

(n) – *direito renunciável após o momento do não cumprimento, quer optando por outro direito, quer declarando não querer exercer este direito, quer simplesmente não pedindo indemnização pelo dano excedente* (cfr. n.º 4 do art. 436.º).

Destas características impõe-se destacar neste contexto a natureza cumulativa da indemnização pelo dano excedente, pois esta indemnização cumula-se ou soma-se à indemnização pelo sinal ou pelo deste dobro, tendo em vista a reparação integral ou a reparação do dano indemnizável, por isso se pode dizer também *indemnização suplementar* (cfr. n.º 3 do art. 795.º). Mais, que a indemnização pelo dano excedente no caso de contrato-promessa, em benefício de qualquer das partes, designadamente promitente-comprador e promitente-vendedor, pode ter lugar, respectivamente, quer em caso de aumento do valor da coisa quer em caso de diminuição do valor da coisa.

Por outro lado, como se referia no início desta caracterização, tendo em vista em especial a comparação e a distinção da indemnização pelo aumento do valor da coisa, *a questão do objecto da indemnização pelo dano excedente* requer desenvolvimento específico, a que vamos começar a proceder de imediato.

Para o efeito, impõe-se calcular *o dano indemnizável, o dano sofrido ou dano efectivo*, e com base nesse apurar *o dano excedente ao dano predeterminado*

pp. 858 e ss.

Sobre a indemnização de juros de mora sobre o valor do sinal em dobro se pronunciaram os tribunais, por último, no Ac. do TUI n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019, já citado e referido *infra*, 9. *A indemnização pelo dano excedente da jurisprudência recente dos tribunais superiores*, onde se aborda esta questão, e no final de 10. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, em 11. Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019.*

38 Que se prevê para a indemnização pelo aumento do valor da coisa, prevista na lei portuguesa, embora sob crítica, como oportunamente referido [cfr. n.º 3 do art. 442.º CCP (ver, *supra*, 5. *Indemnização pelo aumento do valor da coisa*, (m), e nota 29)].

[dano excedente = parte do dano que excede o dano predeterminado = parte excedente do dano efectivo relativamente ao dano predeterminado= (dano integral ou efectivo - dano predeterminado)].

A parte do dano excedente ao dano predeterminado, no que não for especialmente previsto, na falta de um critério especial para este efeito, deve ser determinada segundo o regime geral da obrigação de indemnizar (cfr. n.º 4 do art. 436.º e n.º 5 do art. 560.º)³⁹.

O critério do cálculo do dano indemnizável nos termos gerais, *quanto ao objecto*, e ainda *quanto ao momento*, é estabelecido segundo a *teoria da diferença* entre a situação patrimonial hipotética sem a lesão e a situação real actual do património do lesado, avaliando não em abstracto mas em concreto a situação do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal (cfr. n.º 5 do art. 560.º)⁴⁰.

Nesta indemnização incluem-se os danos que se demonstrem resultar do incumprimento segundo uma relação de causalidade adequada (cfr. arts. 557.º, 787.º e 793.º), tanto os danos patrimoniais como não patrimoniais; quanto aos danos patrimoniais, quer os danos emergentes, como os resultantes da falta de entrega ou privação do uso da coisa prometida entregar antes da celebração do contrato prometido, designadamente de compra e venda ou de arrendamento, como as despesas com a celebração, alojamento ou exploração de actividade provisoriamente em outro local, por violação deste dever secundário de prestação, ou ainda pelos impostos pagos, quer os *lucros cessantes*, como os benefícios que deixará de obter, como a *perda do aumento do valor da coisa ou direito*, as

39 Já referíamos nas *Lições de Direito das Obrigações*, cit., 2.2.2.4.2.1. *Indemnização pelo dano excedente e redução da indemnização manifestamente excessiva*, p. 167.

40 Sobre o regime da obrigação de indemnizar em geral, entre outros, ver RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 270 e ss, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, cit., pp. 876 e ss, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 757 e ss.

Sobre a questão no âmbito da determinação da indemnização pelo aumento do valor da coisa, que já se analisou, entende-se que se não trata da simples diferença de preço, nem apenas da diferença do valor da coisa, embora possa coincidir com a mesma; cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 430 a 435, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, cit. pp. 90 a 94.

No âmbito do Direito de Macau, ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações* cit., em geral, pp. 274 e ss (2.6.2.4. *Dano*) designadamente pp. 279 e ss (2.6.2.4.2. *Avaliação e reparação do dano*), em especial pp. 166 e 167 (2.2.2.4.2.1. *Indemnização pelo dano excedente e redução da indemnização manifestamente excessiva*), e GIL DE OLIVEIRA e CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência*, VI, cit., Anotação ao Artigo 436.º, em especial pp. 506 e 507, notas 15 e 16, pese embora não se refiram a esta questão; questão que foi objecto de apreciação em especial no Ac. do TSI n.º 909/2015, de 16 de Junho de 2016, e no Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017; ver *infra*, 10. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017*.

perdas de ganho em revenda em caso de contrato-promessa de compra e venda ou troca, *as perdas de lucros de exploração ou de actividade* em caso de instalação de estabelecimento comercial ou de profissão liberal, ou a *perda do próprio estabelecimento comercial*, quando dependa do local, como a agência funerária junto à morgue do hospital, como a loja de flores junto à agência funerária, ao cemitério ou casa funerária, ou ainda pela *diminuição de valor da coisa ou direito*, designadamente em caso de *perda da oportunidade de venda*, quanto *os danos não patrimoniais*, danos como os sofrimentos e a perda de reputação em consequência da frustração da contratação, quer ainda os *danos patrimoniais indirectos*, incluindo despesas, como as de tratamentos psicológicos, e a perda de lucros de exploração ou de actividade em consequência da perda de reputação⁴¹.

41 Em relação ao *objecto da indemnização por danos patrimoniais a título de lucros cessantes*, como benefícios que deixou de obter e da sua prova, em caso de prejuízos excedentes à renda em dobro por mora na restituição da coisa locada, prevista no n.º 3 do art. 1027.º, ver o Ac. do TUI n.º 203/2020, de 19 de Março de 2021, e o recorrido do Ac. TSI n.º 519/2020, de 27 de Julho de 2020, e o mais recente Ac. do TSI n.º 1042/2020, de 27 de Maio de 2021. Nos casos ali decididos, além de outras questões, também se observa ser adoptado o entendimento da indemnização pelos prejuízos excedentes como indemnização pelo aumento do valor da coisa ou direito, como aumento do valor da renda ou mesmo do valor da renda de mercado, o que neste estudo se analisa criticamente.

Em relação aos *danos não patrimoniais* em caso de indemnização pelo aumento do valor da coisa, e da própria tradição da coisa, como avaliação em abstracto, e que não se incluíam em concreto, como limite desse regime de indemnização, e que no regime da indemnização pelo dano excedente se incluem, além da perda do aumento do valor da coisa, para referência, ver BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, A dualidade execução específica-resolução*, cit., pp. 149 a 153.

Parecendo não considerar a indemnização por danos não patrimoniais, ver GIL DE OLIVEIRA e CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, VI*, cit., Anotação ao Artigo 436.º, nota 15, p. 505, mas não parece que se possa retirar essa conclusão dada a ressalva do dano excedente. Embora se pudesse entender considerando os Autores que a indemnização pelo dano excedente corresponde ao aumento da coisa (cfr. nota 16), o que se verá não ser consistente.

Referem os Autores: “Foi uma opção do legislador de Macau, que poderia ter aproveitado a ocasião para ser mais generosa. Com efeito, não passou da criação dessa possibilidade indemnizatória pelo *dano excedente*, sem a estender a outra indemnização (nomeadamente, aos danos não patrimoniais), tendo em conta que na parte final do n.º 4 afirmou expressamente a impossibilidade de alargamento da extensão indemnizatória (habitualmente, alguns autores defendem que, sem limitação, pode haver indemnização por perdas e danos no caso de sinal confirmatório.)”.

Ora, a ressarcibilidade de danos não patrimoniais na responsabilidade contratual é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, que também indicamos nas *Lições de Direito das Obrigações*, pp. 583 e ss (7.2.3.1.1.1. *Obrigações de indemnizar*), em especial pp. 590 e 591, e em especial para o contrato-promessa, e ainda já por outros autores, como BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, A dualidade execução específica-resolução*,

Pode ainda haver lugar a indemnização ou restituição das despesas com benfeitorias necessárias ou úteis, designadamente por obras de melhoramento, havendo tradição da coisa, ou não, se forem feitas em vista da utilização actual ou futura, entrega da coisa ou celebração do contrato (nos termos previstos nos arts. 1198.º a 1200.º).

A indemnização devida à parte fiel, ou em especial ao promitente fiel, será a indemnização integral, do dano indemnizável, e inclui a indemnização pelo dano predeterminado e a indemnização pelo dano excedente ou na parte excedente.

Se a parte fiel houver constituído ou prestado sinal, esse valor deve ser restituído, devendo ainda ser pago o valor da indemnização predeterminado, que será o outro tanto do sinal, até perfazer o dobro deste ou do que houver prestado, e o dano excedente, até ao valor integral da indemnização. Se tiver havido pagamento do preço, no todo ou em parte, deve haver restituição do que foi pago antecipadamente (n.os 2 e 4 do art. 436.º); tratando-se de contrato-promessa de compra e venda presume-se que tem carácter de sinal toda a quantia entregue (art. 435.º).

Dando um exemplo, no caso de contrato-promessa com entrega da coisa para instalação de estabelecimento comercial com sinal constituído de 1 000 000 e preço convencionado de 10 000 000 e não pago no momento da celebração do contrato, agora, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, a valer 15 000 000 de patacas, perante não cumprimento definitivo imputável, havendo dano excedente, qual o valor da indemnização pelo dano excedente?

Considerando haver um dano correspondente ao valor de 1 000 000 de patacas em que seja avaliada a perda de lucros de exploração com a mudança para outro local próximo a adquirir, e o valor que terá de despendar para aquisição desse local em imóvel da mesma natureza, em face da valorização do bem, correspondente ao que deixou de poder adquirir, como não pagou o preço, e a valer agora mais 5 000 000 de patacas, sofreria ainda esse dano do aumento do valor da coisa, ou seja, e não havendo outros danos, no total, os danos de 6 000 000 de patacas, o dano efectivo ou integral.

Assim, o promitente-comprador teria direito ao sinal em dobro, isto é, à restituição do sinal entregue de 1 000 000 de patacas, mais à indemnização pelo valor do sinal de 1 000 000 de patacas, que só cobriria o valor correspondente aos danos da perda de lucros, mais a indemnização pelo dano excedente, que corresponde à diferença entre o dano efectivo e o dano coberto pelo sinal (6 000 000 – 1 000 000 = 5 000 000 patacas), que, por coincidência, no caso corresponde à diferença entre o valor da coisa no momento actual ou mais recente que puder

cit., pp. 151 e 152, que cita também ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade*, cit., pp. 84 e ss e a sua relevante nota 164.

ser atendido e o valor da coisa no momento da celebração do contrato (15 000 000 - 10 000 000 = 5 000 000 patacas).

No mesmo caso, havendo apenas a diferença de ter sido pago integralmente o preço, deveriam ser restituídos os 10 000 000 do preço adiantado, dos quais 1 000 000 constituiriam também uma restituição do sinal, que se imputam nesse valor, e pagos ainda 1 000 000 de indemnização pelo valor do sinal, para completar o direito ao dobro do que houver prestado, que apenas permitem cobrir os danos da perda de lucros de exploração, e ainda a indemnização pelo dano excedente de 5 000 000 de patacas.

Ainda no mesmo exemplo, no caso de não haver o dano (de 1 000 000 de patacas) de perda de lucros de exploração, sendo o dano integral de 5 000 000 de patacas, com o valor do sinal a cobrir o dano de 1 000 000 de patacas, o dano restante ou excedente seria de 4 000 000 de patacas. E se tivesse havido pagamento integral, devendo ser restituídos 10 000 000 de patacas, dos quais 1 000 000 de patacas constituiriam a restituição do sinal, deviam ser pagos ainda 1 000 000 de indemnização pelo valor do sinal, e mais ainda os 4 000 000 de patacas de indemnização pelo dano excedente. Neste caso, em ambas as situações, o dano excedente já não coincidiria com o aumento do valor da coisa.

Em qualquer dos dois casos deste exemplo, se tivesse havido entrega da coisa teria direito de retenção (cfr. al. f) do n.º 1 do art. 745.º).

Se tivessem sido feitas benfeitorias necessárias no valor de 500 000 patacas, teria igualmente direito a ser indemnizado, de acordo com o respectivo regime (art. 1198.º, n.º 1, *ex vi* arts. 427.º e 282.º, n.º 3).

A indemnização pelo dano excedente (ao *promitente-adquirente* fiel que *entregou o sinal* em caso de impossibilidade de cumprimento imputável em consequência de alienação) pode corresponder ao *aumento do valor da coisa*, pela diferença entre o valor da coisa no momento da celebração do contrato-promessa (o seu valor, ou o do direito a transmitir ou a constituir sobre ela), e o valor actual, não apenas à data do não cumprimento da promessa, mas no momento ou na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, com dedução do preço convencionado que haja sido pago, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal; designadamente não havendo outros danos a considerar. Neste exemplo, no primeiro caso, o aumento do valor da coisa foi de 5 000 000 e a indemnização pelo dano excedente coincidiu em 5 000 000, mas já não coincidiria no segundo caso, em que o dano excedente era de 4 000 000 de patacas.

A possibilidade de a indemnização pelo dano excedente ser determinada pelo valor do dano verificado à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado que haja sido pago, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal, para além de poder ocorrer se se tratar de uma determinação por acordo, dependeria de não haver alteração ou de haver pedido imediato e decisão judicial sem demora

que permitisse respeitar o critério geral da lei⁴². Portanto, em face do último caso, se o não cumprimento se verificasse um ano antes e não houvesse alteração do valor, pois, se houvesse já não seria atendível o valor actual do aumento, de 5 000 000, sendo o valor do aumento, por hipótese, de 3 000 000 à data do não cumprimento. Porém, o valor a apurar pode não corresponder ao aumento do valor da coisa⁴³.

Como vimos, a obrigação de indemnização pelo dano excedente deve ser apurada na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal e pode variar desde o momento do não cumprimento ao momento a atender para o cálculo da indemnização⁴⁴.

Se a parte fiel recebeu o sinal, a ele tem direito por conta do dano predeterminado, mas a este acrescerá a indemnização pelo dano excedente, designadamente pela diminuição do valor da coisa, em caso de perda da oportunidade de venda ao preço convencionado, em caso de baixa de preços, pela diferença do preço por que venderia em relação ao preço actual de venda subsequente, ou ainda outros danos indemnizáveis, em que deduzira e se imputaria a parte do preço recebida, se a houver e for possível. Neste caso não se estaria perante aumento do valor da coisa.

Dando um exemplo, no caso de contrato-promessa com sinal constituído de 1 000 000, como parte do preço de 15 000 000, com baixa de preços no mercado a valer agora 10 000 000, perante não cumprimento definitivo imputável ao promitente-comprador, havendo dano excedente, qual o valor da indemnização pelo dano excedente ao valor do sinal?

42 Por isso, a formulação que adoptámos nas *Lições de Direito das Obrigações*, 2014, pp. 167 e 168, sobre a possibilidade de correspondência entre o objecto da obrigação de indemnização pelo dano excedente e pelo aumento do valor da coisa carece de esclarecimento e aperfeiçoamento, quanto ao momento da determinação e ao objecto da indemnização pelo dano excedente.

43 Como já era referido a propósito da indemnização pelo aumento do valor da coisa em contraste com a obrigação de indemnizar. Assim, para a determinação do objecto da obrigação de indemnização pelo aumento do valor da coisa, no direito português: “A regra do *quantum respondeatur* não é, portanto, o princípio geral da obrigação de indemnização, já que o *aumento do valor* não contém outros prejuízos, danos emergentes e lucros cessantes, que o incumprimento tenha causado ao promitente-comprador; só se houver estipulação em contrário é que o promitente-comprador poderá ir buscar indemnização de dano maior (se) *provado*, tendo em conta o disposto no art. 801.º, normalmente o art. 801.º, n.º 2, e a inerente tutela do interesse contratual negativo.”, como referia JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, 14.ª Edição, cit., pp. 93 e 94) (já citado por MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, p. 168, na 11.ª Edição, p. 103 e ss, p. 107).

44 A questão foi objecto de apreciação pelos tribunais nos casos a que nos referiremos posteriormente, e que podem servir de exemplo: ver, *infra*, 10. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017*, e 11. *Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019*.

Considerando o dano correspondente ao valor que deixará de obter pela alienação do bem que deixou de poder vender, em face da desvalorização do bem, perde a diferença entre o valor da coisa no momento da celebração do contrato (15 000 000) e o momento mais recente que puder ser atendido (10 000 000), desconsiderando a eventualidade de haver outros danos (o dano integral de 5 000 000 patacas). Ou seja, o promitente infiel perde a título de indemnização o valor do sinal (1 000 000) entregue, e deve pagar como indemnização pelo dano excedente o valor de 4 000 000 de patacas.

Se tivesse pago o preço apenas teria direito à restituição do valor da diferença entre o que entregou e o valor da indemnização integral devida, ou seja, se tivesse pago os 15 000 000, como tinha pago o sinal e o preço, teria ainda, apenas, o direito à restituição de 10 000 000 de patacas.

Se tivesse havido entrega da coisa e sido feitas benfeitorias necessárias no valor de 500 000 patacas, o promitente-comprador e não cumpridor teria igualmente direito ao seu reembolso, de acordo com o respectivo regime (art. 1198.º, n.º 1).

Em qualquer dos exemplos e dos casos referidos, haveria direito a indemnização pela mora no cumprimento das obrigações, como se referiu em geral e analisará oportunamente em concreto nos casos seleccionados para apreciação.

Para além da admissibilidade e da garantia da indemnização pelo dano excedente em caso de estipulação do sinal, o legislador estabeleceu uma *condição legal* ou *pressuposto adicional de ressarcibilidade*, a exigência de haver um *dano excedente quando este for consideravelmente superior*, ou seja, de só haver direito de indemnização pelo dano excedente quando *este, o dano* ou *o dano efectivo*, assim se tem entendido, *for consideravelmente superior ao dano predeterminado*, o que se impõe ainda examinar.

7. Indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pela cláusula penal como antecedente da indemnização pelo dano excedente ao dano predeterminado pelo valor do sinal

A admissibilidade da *indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pelo sinal* tem como *antecedente a indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pela cláusula penal*, já prevista, ainda que na dependência de convenção das partes, no direito anteriormente em vigor em Macau, no art. 811.º, sobre o funcionamento da cláusula penal, do Código Civil de 1966, na sua versão originária, em que se previa que “O estabelecimento da pena obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção

das partes.”⁴⁵.

Entendia-se, por um lado, estar perante uma cláusula penal compensatória de determinação prévia do dano indemnizável e de fixação do limite máximo da indemnização, e, por outro, perante a previsão da admissibilidade da indemnização pelo dano excedente, mas apenas mediante convenção das partes, em contrário ao limite máximo da indemnização resultante da cláusula penal. Por isso, a indemnização pelo dano excedente tinha natureza convencional, eram de exercício facultativo, era cumulativa com o dano predeterminado, a apurar, no que não estiver especialmente previsto, segundo o regime da determinação do dano estabelecido para a obrigação de indemnização nos termos gerais, mediante a prova da convenção e do incumprimento e a prova do dano excedente.

Aceitava-se que havia um risco de a indemnização convencionalizada na cláusula penal, que em regra importava uma prestação superior ao dano, contra as expectativas das partes ficasse aquém do montante do dano realmente causado ao credor, mas que isso era um custo do benefício da desnecessidade de alegar e provar a existência e o montante do dano, e não uma justificação para a imposição de uma prestação, embora perante a previsão de cláusula penal manifestamente

45 Trata-se da redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 47 344/66, de 25 de Novembro. As alterações subsequentes ao Código Civil de 1966 não entraram em vigor em Macau, quer as introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho quer pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, e cujo alcance se pode analisar na bibliografia citada sobre o regime do contrato-promessa no direito português, e sumariamente em ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, I*, cit., pp. 143 a 148.

Como referimos antes, se no Artigo 935.º do Código Civil anteriormente em vigor, sobre a *Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir*, se previa (no n.º 1) a possibilidade de convenção da *ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido*, previa-se (no n.º 2) a *ressarcibilidade do prejuízo excedente*, até ao limite previsto, porém essa previsão deixou de constar autonomamente do Código Civil de Macau.

Era a seguinte a previsão: 1. A indemnização estabelecida em cláusula penal, por o comprador não cumprir, não pode ultrapassar metade do preço, salva a faculdade de as partes estipularem, nos termos gerais, a *ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido*. 2. A indemnização fixada pelas partes será reduzida a metade do preço, quando tenha sido estipulada em montante superior, ou quando as prestações pagas superem este valor e se tenha convencionalizado a não restituição delas; havendo porém, *prejuízo excedente* e não se tendo estipulado a sua *ressarcibilidade*, será *ressarcido* até ao limite da indemnização convencionalizada pelas partes.

Sobre o assunto, ver PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 2.ª Edição Revista e Actualizada, 1981, pp. 222 e 223, onde se refere que nestas normas se estabelece um limite para a cláusula penal usurária, a sua redução e a *ressarcibilidade do prejuízo excedente*, na falta de convenção, até aos limites convencionalizados pelas partes. Sobre a previsão deste art. 935.º, ver ainda, designadamente, VASCO LOBO XAVIER, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XXI, 1974, pp. 199 e ss.

excessiva se impusesse a garantia de uma redução equitativa⁴⁶.

Actualmente, no Código Civil de Macau, no correspondente art. 800.º sobre o funcionamento da cláusula penal, depois de se estabelecer no n.º 1, que, sem prejuízo de estipulação expressa em contrário, o cumprimento da cláusula penal só é exigível havendo culpa do devedor, prevê-se no n.º 2 que *a cláusula penal compensatória* obsta a que o credor exija o cumprimento da mesma cumulativamente com a realização coactiva da prestação a que diga respeito ou exija a indemnização pelo dano por ela coberto, porém, diversamente, prevê-se a seguir, *mas, salvo convenção em contrário, não impede a indemnização pelo dano excedente quando este seja consideravelmente superior*.

Também aqui se não define nem visa tratar especialmente da indemnização pelo dano excedente, mas se trata ao proibir o cúmulo da exigência da cláusula penal com o cumprimento ou com a indemnização pelo não cumprimento coberto pela cláusula penal, de que é alternativa, permitindo a indemnização pelo dano excedente porque possa ser admitida cumulativamente para a reparação do dano, verificados os pressupostos estabelecidos.

Ainda assim, neste contexto, podemos considerar, o direito a indemnização pelo dano excedente à cláusula penal é o direito a indemnização pelo dano que excede o valor coberto pela cláusula penal compensatória do dano (indemnizável, efectivo, ou integral), quando este seja consideravelmente superior, ou seja, quando o dano indemnizável seja superior, como necessariamente deveria ser, e, como agora se exige, que seja consideravelmente superior.

Havia pelo menos duas vias conhecidas para a reparação do dano excedente, a do aumento equitativo e a da indemnização pelo dano excedente⁴⁷, tendo sido preterida a alternativa do aumento equitativo⁴⁸ em favor da indemnização do dano excedente⁴⁹. A via, admitida também para o sinal, de indemnização pelo

46 Era a doutrina prevalecente, como se pode observar, por todos, em ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, cit., pp. 142 e 143 (328 Regime da cláusula penal na versão primitiva do Código), e GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 437 a 447.

47 ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 703 e ss.

48 Perante a solução da lei portuguesa, do art. 811.º do Código Civil Português, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, defendia, *iure constituendo*, a solução do aumento da pena manifestamente baixa por razões de equidade ou aumento equitativo (p. 729, nota 1634, remetendo para o n.º 61), que considera diferente da indemnização pelo dano excedente (pp. 703, pp. 705 e ss).

49 Aparentemente adoptando-se uma solução defendida, *iure condendo*, face à lei portuguesa, por JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, n.º 69, pp. 257 a 264, preferindo a solução da indemnização pelo dano excedente à do aumento equitativo; o Autor, pp. 261 a 263, considera, designadamente, o seguinte: “Entendemos, todavia, que o facto de a cláusula penal visar compelir o devedor ao cumprimento da obrigação principal é uma adjuvante e não uma limitação da realização do direito do credor à indemnização, pelo que

dano excedente, era também já considerada na doutrina e fora proposta desde os trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966⁵⁰.

Recorde-se que se estabeleceu um regime especial de direito transitório, segundo o qual o direito à indemnização pelo dano excedente previsto no n.º 2 do artigo 800.º só existe quando o incumprimento do contrato ocorra já na vigência da nova lei⁵¹.

Estamos perante a previsão expressa de uma cláusula penal compensatória, de determinação prévia do dano indemnizável, já não de fixação do limite máximo da indemnização, mas de um limite mínimo em que, em regra, *salvo convenção em contrário, não se impede a exigência cumulativa do dano excedente*, diferentemente do regime anterior e, *acrescentando*, ainda aqui, *quando este seja consideravelmente superior, como se tem entendido quando o dano efectivo seja consideravelmente superior*. Por isso, nestes termos, dada a natureza legal, embora supletiva, de exercício facultativo, e cumulativa com o dano predeterminado, a determinar e, no que não estiver especialmente previsto, segundo o regime estabelecido para a obrigação de indemnização nos termos gerais, mediante a prova da convenção de cláusula penal, do incumprimento, do dano e do dano excedente, pelo que importa ainda determinar quando será indemnizável o dano excedente.

se nos afigura impor-se antes, *de iure condendo*, a solução contrária, com o estabelecimento da cláusula penal a não obstar a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes.”

Ver ainda VAZ SERRA, *Pena convencional*, BMJ, N.º 67, pp. 207 e ss, em especial pp. 241 e 242, Artigo 3.º *Pena para o caso de não cumprimento*: “2. A pena não exclui a reparação do dano excedente, excepto se se pretendeu limitar à pena a reparação a que o credor tem direito. Esta limitação está sujeita às regras aplicáveis às cláusulas limitadoras de responsabilidade.”. Ver também a proposta feita, *Direito das Obrigações*, BMJ, n.º 101, para o para Artigo 645.º, n.º 2, p. 43.

50 Era a posição já proposta por VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, BMJ, N.º 68, pp. 258 e ss, em especial pp. 275 e 276, Artigo 2.º *Arras confirmatórias*: “5. A existência das arras não obsta a que se exija o cumprimento do contrato ou a que a parte não-inadimplente exija indemnização calculada nos termos gerais, salvo se da estipulação ou dos usos se concluir que representam o cálculo prévio da indemnização. Naquele caso, as arras são, na dúvida, imputadas à indemnização e, se tal não for possível, devem ser restituídas quando do pagamento da indemnização, excepto se foram convencionadas além da indemnização, pois então tem o credor o direito de ficar com elas além da indemnização que for devida, e salvas as restrições respeitantes às penas convencionais.”. Sobre a questão da redução equitativa do sinal, ver JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, n.º 83, pp. 302 a 309, incluindo sobre as afinidades e diferenças entre o sinal e a cláusula penal, e a bibliografia citada.

51 E ainda, que “o disposto nos artigos 799.º a 801.º do novo Código Civil é extensivo às cláusulas penais estipuladas antes da sua entrada em vigor” (Artigo 15.º (Cláusula penal), do Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 Agosto).

8. A ressarcibilidade do dano excedente quando o dano efectivo for consideravelmente superior ao dano predeterminado pelo sinal ou pela cláusula penal

Se a questão da determinação da *indenização pelo dano excedente* já se conhecia, designadamente em caso de cláusula penal compensatória, acresce a de saber a partir de que excedente seria relevante ou das condições ou pressupostos da sua ressarcibilidade.

A questão é a de saber quando se atinge o pressuposto do *limite mínimo de ressarcibilidade*, do dano efectivo excedente ao dano predeterminado, sendo que o seu *quantum* se encontraria limitado pelo *limite máximo* do dano efectivo, como limite do dano excedente indemnizável. O *limite mínimo de ressarcibilidade* constitui um *pressuposto da indemnização*, mas *não o limite mínimo do seu objecto*, pois quando houver direito de indemnização pelo dano excedente não se excluiria o valor intercalar entre o valor da indemnização predeterminada e o valor do limite mínimo de ressarcibilidade, tendo a indemnização pelo dano excedente como *medida* a do dano excedente.

Em comum, segundo a previsão da lei, para o sinal e para a cláusula penal, admite-se a *indenização pelo dano excedente ao dano predeterminado pelo valor do sinal ou da cláusula penal*, respectivamente, na fórmula adoptada, *quando este for consideravelmente superior* (no n.º 4 do art. 436.º), *ou quando este seja consideravelmente superior* (no n.º 2 do art. 800.º).

A *indenização pelo dano excedente* como indemnização pelo dano excedente ao *predeterminado pelo sinal* ou *pela cláusula penal* tem em comum exigir-se a prova de um *dano excedente (conceito determinado ou técnico) ao dano predeterminado, pressupondo necessariamente um dano superior*, como antes, e, mais, de novo, em relação à previsão anterior, prevendo-se um *plus*, que este dano seja *consideravelmente superior (conceito indeterminado)*⁵², a concretizar em última instância por via judicial. Ora, admitindo-se a falibilidade da previsão convencional das partes e prevendo-se legalmente o direito de indemnização pelo dano excedente, em comum, sujeita-se essa indemnização a um pressuposto adicional, o de o dano ser consideravelmente superior à previsão resultante de convenção das partes ou de previsão da lei.

Apurado o dano efectivo e conhecido o valor do dano predeterminado, apura-se o dano excedente numa operação de cálculo, por comparação, e como diferença entre o valor da parcela maior e o valor da parcela menor, numa simples

52 Ver, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Volume II, com a colaboração de JOÃO GOMES DE CASTRO, Almedina, 2019, 2.2.3. *Conceitos vagos ou indeterminados*, pp. 144 e ss.

operação de subtração, ou de dupla subtração (aditivo - subtrativo = diferença, resto ou excedente). Primeiro, para apurar o dano integral ou dano efectivo, nos termos do n.º 5 do art. 560.º (situação patrimonial hipotética - situação patrimonial real = dano efectivo); segundo, para apurar o dano restante, o dano excedente ou o excedente do dano (dano efectivo ou simplesmente dano - dano predeterminado = dano excedente), como preceituado nos arts. 436.º, n.º 4, e 800.º, n.º 2, uma vez apurado o dano predeterminado, pelo sinal ou pela cláusula penal, a subtrair ao dano efectivo.

Porém, dado o preceituado nos arts. 436.º, n.º 4, e 800.º, n.º 2, *o dano excedente indemnizável não é o dano excedente puro e simples, mas o dano excedente quando este for (seja) consideravelmente superior*, que tem sido entendido como *dano excedente, ou excedente do dano, quando o dano, o dano indemnizável, o dano integral ou o dano efectivo, for (seja) consideravelmente superior ao dano predeterminado*, pelo sinal, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do sinal em dobro, ou coberto pela cláusula penal, implícito no contexto das normas⁵³.

53 Como também fomos escrevendo, nas *Lições de Direito das Obrigações*, cit., pp. 167 a 169, e pp. 624 a 627; e, entre outros (itálico nosso), logo TOU WAI FONG, *A cláusula penal no quadro do incumprimento contratual, análise do regime nos sistemas jurídicos português e chinês*, cit., pp. 123 e ss, 9.2 *Sobre o regime futuro da RAEM (Região Administrativa Especial de Macau)*, pp. 132 a 134, sobre a cláusula penal, e pp. 136 a 138, sobre o sinal, e ainda em *Os meios compulsórios ao cumprimento previstos no Código Civil de Macau*, cit., pp. 145 e ss, em especial 2. *O sinal e a cláusula penal previstos no Código Civil vigente em Macau até à entrada em vigor do Código Civil de Macau*, e 3. *As alterações introduzidas no Código Civil de Macau*, em especial pp. 151 e 152 já citada: “A possibilidade de haver dano de valor muito superior ao do sinal constituído é também uma das preocupações do legislador de Macau porque, na falta de convenção de salvaguarda do direito à indemnização, se o dano que uma das partes prevê como possível de ser causado pelo incumprimento da outra parte for muito superior ao sinal, será provável que o sinal acabe por estimular o não cumprimento, nomeadamente nos casos em que a execução específica seja impossível, situação essa naturalmente anómala porque proveniente de um meio compulsório ao cumprimento. Nestes termos, o legislador permite ainda uma indemnização suplementar quando o dano verificado seja consideravelmente superior ao valor do sinal.”.

Também em 1999, ALMENO DE SÁ, *Traços Inovadores do Direito das Obrigações no Código Civil de Macau. O princípio da efectividade dos direitos do credor*, cit. pp. 138, ao referir: “Se virmos bem, está aqui mais uma vez presente uma forma de “levar a sério” os direitos do credor: *se se mostra que o dano efectivamente causado ao credor pelo incumprimento é “consideravelmente superior” ao que resulta da estrita lógica de funcionamento do sinal, então parece que se justifica um modo razoável de corrigir tal desadequação.*”.

Posteriormente, ver TONG IO CHENG, *O regime jurídico contrato-promessa*, cit., em língua chinesa, pp. 285 a 287, CHU LAM LAM, *Breve análise do actual regime jurídico do contrato-promessa*, cit. p. 1328, “Contudo, caso o dano seja consideravelmente superior à perda do sinal ou à sua restituição em dobro, a lei faculta, ainda, ao lesado a possibilidade de exigir indemnização

Assim, na previsão da indemnização pelo dano excedente prevalece um critério quantitativo, de *diferença e superioridade considerável do montante do dano efectivo em relação ao montante do dano predeterminado pelo sinal*, sem convocar directamente um juízo de valor de equidade, mas segundo um juízo de proporcionalidade, de comparação ou de consideração de superioridade entre porções ou partes, ou seja, primeiro, do dano integral em relação à parte do dano predeterminado, e, segundo, do dano integral em relação à parte do dano restante ou excedente que ficaria por indemnizar.

A indemnização pelo dano excedente visa corrigir a *diferença e a inferioridade* ou a *desproporção considerável* apurada, segundo uma avaliação patrimonial essencialmente objectiva e concreta, mas, para além de ser superior, também aqui, que *salte aos olhos, seja evidente, que entre pela vista dentro*⁵⁴, afinal, não apenas não irrisório ou não insignificante, ou ligeiramente superior, nem apenas de valor elevado, em si mesmo, mas, mais, de *valor consideravelmente superior*, entre o todo e as partes ou porções, entre o dano integral e as porções do dano previsto ou predeterminado, que seria indemnizado, e a porção do dano não previsto ou excedente, que não seria indemnizado, salvo quando o dano integral for *consideravelmente significativo, relevante, substancial*, ou, como se preferiu, *consideravelmente superior, relativamente ao dano predeterminado, termo comparationis, no contexto das relações contratuais em causa*.

O recurso à equidade, ainda relevante segundo o regime geral da obrigação de indemnização, está reservado, nos termos acabados de referir, para a hipótese prevista no n.º 6 do art. 560.º, *se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos*, caso em que *o tribunal julga equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*, para determinar o *dano efectivo* e subsequentemente o *dano excedente*.

Não compreendendo um juízo de equidade, compreende ainda um juízo de

pelo dano excedente.”, JOÃO PAULO ROCHA, *Direito das Obrigações: Noções gerais e fontes*, Repertório do Direito de Macau, 2007, Reimpressão, 2011, p. 412 (pp. 410 a 412), quando se refere “*ao dano consideravelmente superior ao valor do sinal constituído*”, e JÚLIO MIGUEL DOS ANJOS, *A Liberdade Contratual e as Normas Imperativas*, cit., p. 63, onde refere que “*o direito à indemnização existe, nos termos do n.º 4 do art. 436.º, desde que haja dano consideravelmente superior ao dobro do sinal, e, por maioria de razão, ao pagamento em singelo*”.

Também parte desse entendimento ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A cláusula penal no ordenamento jurídico de Macau*, cit, pp. 33 a 36, a propósito da cláusula penal, começando imediatamente assim: “3.3. *Convenção sobre o dano excedente I - E se o dano for superior ao montante da pena? Quis iuris*, na realidade, se o valor do dano efectivo vier a *exceder* a quantia pré-fixada pelas partes?”.

54 Como no direito alemão e no direito suíço, como já refere ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 706 e 707) [, dano efectivo e integral, também pp. 448 e ss, 450 e 451].

justiça, com fundamento no princípio da proporcionalidade e na desproporção do dano indemnizável em relação ao dano predeterminado, a fundar essencialmente num juízo de *cariz objectivo*, mas em que devem também ser considerados na determinação do dano indemnizável todos os critérios relevantes em concreto, incluindo de *cariz subjectivo*, como os respeitantes à avaliação concreta do dano, a culpa do lesado, bem como as contrapartidas de que haja beneficiado o credor pela inclusão do sinal ou da cláusula penal (cfr. arts. 560.º, n.º 5, e 564.º).

Todavia, se se evitam as desvantagens do recurso à equidade, não deixam de se suscitar ainda as dificuldades e consequentes desvantagens da *necessidade de concretização judicial do dano consideravelmente superior*, em que se torna necessário, por esta via, ponderar o valor relativo da cláusula de sinal ou a cláusula penal substancialmente ou consideravelmente inferiores, ou mesmo baixas, irrisórias ou insignificantes.

Tratava-se de uma questão que o legislador histórico não desconhecia, e também poderá ter estado presente na opção legislativa, ao procurar uma solução que parece ser de compromisso entre as vias do aumento equitativo e da indemnização pelo dano excedente ao estabelecerem este pressuposto de ressarcibilidade⁵⁵.

Pese embora se não tenham suscitado dúvidas quanto ao entendimento de que o direito à indemnização pelo dano excedente pressupõe ainda que o dano efectivo seja, ou que só haverá ressarcibilidade pelo dano excedente quando o dano efectivo for, consideravelmente superior ao dano predeterminado pelo sinal ou pela cláusula penal, não significa que se não possam colocar e com argumentos ponderosos, quer quanto à previsão e densificação do conceito de consideravelmente superior, quer quanto à questão de saber se não se pressupõe também, ou ainda apenas que se pressupõe, que o dano excedente seja consideravelmente superior, quer mesmo quanto à bondade do regime da indemnização pelo dano excedente.

Ora, não se questionando que a indemnização pelo dano excedente pressupõe, e, portanto, só se admite quando, pelo menos, *o dano efectivo seja*

55 Como a que foi indicado ser procurada antes, como refere JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., p. 263, nota 480:

“Solução de certo compromisso entre as duas focadas em texto é, de algum modo, aquela que está contida nas citadas *Regras Uniformes da CNUDCI*, as quais reconhecem ao credor o poder de «reclamar indemnização por perdas e danos na medida do prejuízo não coberto pela soma acordada se o prejuízo sofrido ultrapassar substancialmente a soma acordada» (art. 7.º). Cfr. MARIA ÂNGELA B. SOARES e RUI MOURA RAMOS, *Cláusulas penais*, cit., p. 296 e segs. e 319.”. Vejam-se, em favor de uma opção como a que veio a ser adoptada pela lei de Macau, MARIA ÂNGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos internacionais, Compra e venda, Cláusulas penais, Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 303 a 306..

consideravelmente superior ao dano predeterminado pelo sinal, e pela cláusula penal, pode ainda questionar-se se, *exigindo mais*, também *só se admite a indemnização pelo dano excedente quando o próprio dano excedente seja consideravelmente superior ao dano predeterminado*⁵⁶.

Trata-se ainda da *questão da ressarcibilidade do dano excedente quando este for consideravelmente superior*, pois pode argumentar-se que com o sentido e alcance que tem vindo a ser interpretada a norma se estaria a desvalorizar ou a desconsiderar o sentido que pode resultar mais directamente da formulação literal da lei, como *dano excedente quando este, o dano excedente, for consideravelmente superior* ao dano predeterminado pelo valor do sinal, ou da cláusula penal, que importaria a exigibilidade de um limiar quantitativo mínimo de indemnização pelo dano excedente.

Com o entendimento comum que lhe tem sido dado, a questão da interpretação da lei no sentido de se exigir um dano excedente quando este, ele próprio, for consideravelmente superior ao dano predeterminado pelo sinal ou pela cláusula penal, estaria afastado, quer perante a letra quer perante a *ratio legis*.

Não se tendo aqui em vista especialmente esta questão, e não podendo a mesma ser objecto de simplificação, desde logo se nos suscitou o interesse, se não como questão prévia, mas pelo menos como questão de especial interesse para a interpretação da lei em face das posições expressas sobre a mesma, indagar o sentido da norma em língua chinesa, na versão traduzida para língua portuguesa, tendo observado haver, para além de uma convergência literal, uma convergência de sentido⁵⁷, quer ao ser previsto no n.º 4 do art. 436.º, que “se

56 Questão posta por AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, *A indemnização do dano excedente: breve nota*, texto inédito, facultada para consideração no âmbito da preparação deste estudo, quer perante a indemnização pelo dano excedente prevista no n.º 4 do art. 436.º quer no n.º 2 do art. 800.º, em que o Autor considera, além do mais: “Pode ser que, em concreto, o valor do dano seja consideravelmente superior ao valor do dano indemnizado, mas se a diferença, que corresponde ao dano excedente, ao que não fica pois compensado, não for ela, por si só considerada, consideravelmente superior ao valor que foi indemnizado, não haverá lugar a funcionar a correcção da lei.”. Como o Autor também reconhece: “Julgamos que não era essa a intenção da lei, que pretendeu consagrar a doutrina defendida entre nós pelo Professor Pinto Monteiro (Cláusula penal e indemnização, pp. 703, ss). Este professor, por razões de equidade, defende a possibilidade de o dano excedente ser ressarcido quando o valor do dano sofrido, não o do dano excedente, seja consideravelmente superior ao valor do sinal.”.

Além de, sem prejuízo de outras considerações, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 741 e ss, e em *A cláusula penal no ordenamento jurídico de Macau*, cit., pp. 38 e 39, citado em nota anterior, ser desfavorável, embora para a redução da pena manifestamente excessiva, a “qualquer critério, capaz de *quantificar* a medida dessa superioridade ou o *limiar* a partir do qual se verifica o excesso que legitima a redução”, ou o defeito que legitima o aumento, aqui a indemnização pelo dano excedente.

57 Conforme a tradução de JÚLIO MIGUEL DOS ANJOS, no texto inédito *Tradução de língua*

o valor do dano for consideravelmente superior ao valor do sinal, mantém-se o direito à indemnização na parte excedente”, quer no n.º 2 do art. 800.º, para a cláusula penal compensatória, que “salvo convenção em contrário, se o dano for consideravelmente superior ao valor da cláusula penal, não impede a indemnização na parte excedente”.

Mais, como sucedeu perante o regime da cláusula penal, quanto à previsão da limitação da indemnização pelo dano excedente quando este seja consideravelmente superior, pode questionar-se a solução, desde logo *por não se perceber porque se não permite sempre que o dano supere o montante da pena*⁵⁸, exigindo menos, e, portanto aumentando o âmbito do objecto da obrigação, embora sem que essa opção não deixe de colocar algumas questões a considerar.

Sendo as questões acabadas de referir de especial relevância, mesmo não se tendo colocado, segundo o nosso conhecimento, perante a jurisprudência publicada, não deixarão de se colocar mais cedo ou mais tarde, devem merecer especial consideração, a que esperamos poder proceder em momento oportuno. Por ora, vamos prosseguir com a análise dos casos decididos e das questões nestes suscitadas relativamente à indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pelo sinal.

9. A indemnização pelo dano excedente na jurisprudência recente dos tribunais superiores

Na *jurisprudência recente dos tribunais superiores*, entre os demais, tomaremos como exemplo os já citados inicial e subsequentemente, primeiro, o caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, em recurso do Acórdão do Tribunal de Segunda Instância n.º 909/2015, de 16 de Junho de 2016, em que as questões de direito a apreciar são a da *determinação do momento da ocorrência do incumprimento do contrato-promessa* e a do *momento relevante para a aferição do objecto da obrigação de indemnizar pelo dano excedente*, precedidas da resolução da questão da *determinação da lei aplicável a cada um dos dois contratos em apreço*, sendo a um deles aplicável a lei nova, em que se reconhece o direito a indemnização pelo dano excedente.

No segundo caso, decidido no *Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019*, e no recorrido *Acórdão do Tribunal de*

chinesa para língua portuguesa do n.º 4 do art. 436.º e do n.º 2 do art. 800.º do Código Civil de Macau, solicitada e facultada no âmbito deste estudo.

58 Como, *a propósito da cláusula penal*, faz ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A cláusula penal no ordenamento jurídico de Macau*, cit., pp. 24 e ss.

Segunda Instância n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016, por sua vez, além dessas mesmas questões, quanto ao objecto e momento de determinação da indemnização pelo dano excedente, são colocadas as da qualificação do contrato celebrado como contrato-promessa de cessão da posição contratual e do *reconhecimento ou não do direito ao pagamento da indemnização pelo valor excedente*, e a relativa à *admissibilidade da indemnização pela mora no cumprimento da obrigação de indemnizar pelo pagamento do sinal em dobro e pelo dano excedente*, que permite por à prova a bondade do critério de determinação do dano excedente.

Trata-se, em ambos os casos, de indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pelo sinal, que se tem essencialmente em vista.

Como outra manifestação de indemnização pelo dano excedente, encontramos na jurisprudência dos tribunais superiores decisões sobre a *indemnização por prejuízos excedentes ao dobro da renda, em caso de atraso na restituição da coisa locada*, nos termos estabelecidos no art. 1027.º, anteriormente referido.

Merecem destaque os casos mais recentes decididos no Ac. do TUI n.º 203/2020, de 19 de Março de 2021, e o recorrido do TSI n.º 519/2020, de 27 de Julho de 2020, e o ainda mais recente Ac. do TSI n.º 1042/2020, de 27 de Maio de 2021. As questões de direito a apreciar eram as da *mora do arrendatário* e da *indemnização pelos prejuízos excedentes*, estando apenas esta em apreciação pelo TUI, questões que se colocaram também no último caso ao TSI, e outras conexas, questões de particular relevo que aqui não vamos apreciar.

Sem prejuízo da relevância de todas as questões e da bondade das decisões, a merecerem análise por si mesmas, destacamos a *questão do objecto da indemnização pelos prejuízos excedentes a título de lucros cessantes* e a *questão da exigência cumulativa ou não desta indemnização com a da renda em dobro*, porque as conclusões dependem do entendimento da indemnização pelos prejuízos excedentes.

Ora, como aí se parte do entendimento da indemnização pelos prejuízos excedentes como indemnização pelo aumento do valor locativo ou mesmo como valor da renda de mercado e se conclui pela impossibilidade de cumulação com a renda em dobro, sem distinguir o dano efectivo e o dano predeterminado, cuja diferença ou excedente constituem os prejuízos excedentes, e em que para indemnizar o dano efectivo se admite e garante a indemnização cumulativa pelo valor da renda em dobro e dos prejuízos excedentes, o mesmo devia ser mencionado e é susceptível de análise crítica análoga à que se vem fazendo, e a que se procederá ao analisar os casos anteriormente referidos de indemnização predeterminada pelo valor do sinal.

10. Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017

Começamos por um resumo do caso decidido no Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, adoptando algumas adaptações formais neste contexto.

Entre C (1.ª Ré) e A (1.º Autor) foram celebrados em 30 de Março de 1999 dois contratos-promessa, um de cada uma das fracções H9 e I9, de um prédio H, em que aquele prometeu vender e este prometeu comprar por, respectivamente, 350 000.00 e 250 000.00 HKD, tendo sido pagos os preços na sua totalidade na mesma data.

Em 4 de Junho de 1999, C (1.ª Ré) vendeu a D (2.º Réu) por 862 640.00 MOP a fracção I9, que a registou. Este, D, vendeu a E (3.º Réu), em 18 de Dezembro de 2007, por 1 100 000.00 MOP, que a registou.

Em 5 de Dezembro de 2000, C (1.ª Ré) vendeu a F (4.ª Ré) várias fracções, incluindo a H9, por 11 643 000.00 MOP, e em 28 de Fevereiro de 2001, F vendeu a G (5.ª Ré) a fracção H9 por 880 000.00 MOP.

C (1.ª Ré), propôs acção de consignação em depósito para depositar o dobro dos preços pagos pelo A (1.º Autor) a título de restituição dos preços e indemnização por não cumprimento dos contratos-promessa em 9 de Setembro de 2011⁵⁹.

Na vigência do contrato, o 1.º Autor adaptou as fracções às necessidades da sua família para nelas instalar a residência da mesma, e dado que em 30 de Março de 1999 o prédio já se encontrava construído e havia sido emitida a licença de utilização, a 1.ª Ré entregou as fracções H9 e I9 e suas chaves ao 1.º Autor, e, aproximadamente em Setembro de 1999, o 1.º Autor e sua família começaram a residir nas fracções.

Dada a situação, os Autores tiveram de se defender em vários processos propostos em tribunal por causa das referidas fracções autónomas.

O 1.º Autor despendeu em obras de decoração nas fracções, em 1999, a quantia de 305 500.00 MOP para a fracção H9 e de 273 000.00 MOP para a fracção I9. Os Autores efectuaram obras de construção nas duas fracções para as tornarem apenas numa.

À data da apreciação pelo tribunal, foi atribuído à fracção H9 o valor de 10/000/000/00 HKD e à fracção I9 o valor de 7 900 000.00 HKD.

No Acórdão do TUI só são respondidas as questões relevantes para o

59 Esta acção de consignação em depósito foi suspensa a requerimento da Autora (e credora por não cumprimento do contrato-promessa) e prosseguida após a condenação e o trânsito em julgado do Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, em que se considerou nada haver a obstar a que a acção fosse admitida e nesta prosseguisse a execução de sentença, como se relatou e decidiu no Ac. do TSI n.º 481/2018, de 29 de Novembro de 2018.

recurso, tendo sido considerado que (itálico nosso) “As questões a apreciar são as de saber:

- *Em que data ocorreu o incumprimento dos contratos-promessa;*
- *Qual o momento relevante para se aferir da indemnização pelo dano excedente a que se refere o n.º 4 do artigo 436.º do Código Civil, a data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal, nos termos do n.º 5 do artigo 560.º do Código Civil, ou o momento de incumprimento do contrato.”.*

Para além da confirmação de que se trata de um *caso de não cumprimento definitivo imputável* ao promitente-vendedor, em que pode ser importante o *momento do não cumprimento*, e que o mesmo é *pressuposto da indemnização determinada pelo sinal*, bem assim da *indemnização pelo dano excedente*, das normas de determinação da lei aplicável *resulta a afirmação de que a previsão da indemnização pelo dano excedente tem natureza imperativa*, como já havíamos considerado.

As questões *subjudice* foram configuradas sumariamente pelo Tribunal de Segunda Instância (TSI) no acórdão recorrido⁶⁰, nos termos seguintes:

“1. Se A promete comprar as fracções X e Y a B, no domínio do velho CC, paga integralmente o preço quando do sinal, aí passa a viver com a família, faz obras de envergadura, ligando as duas fracções, mas, passado algum tempo, ainda no velho Código, B vende X a C e, já no novo CC, Y a D, verifica-se uma situação de incumprimento definitivo do contrato-promessa, assistindo a A o direito de retenção como garantia pelo crédito resultante do incumprimento por banda de B.

2. Aplica-se ao caso, na primeira das situações, na falta de estipulação em contrário, o disposto no art. 442.º, n.º 3, do CC de 1966 e o disposto no art. 436.º, n.º 4, do CC de 1999, por força do disposto no art. 11.º e 15.º do DL n.º 39/99/M, de 3 de Agosto. Assim, o crédito indemnizatório em relação à primeira venda da coisa por si prometida comprar concretiza-se no pagamento do sinal em dobro e à segunda venda da coisa por si prometida comprar já se aplica o critério da indemnização pelo dano excedente.

60 Acórdão do TSI n.º 909/2015, de 16 de Junho de 2016, de que foi relator JOÃO A. G. GIL DE OLIVEIRA, e de cujo *Sumário* consta ainda (rectificando apenas alguns lapsos de escrita e editando o texto):

“4. Numa situação em que o promitente-comprador promete comprar as fracções, paga a totalidade do preço, fica ali a viver com a família, adapta as fracções às necessidades da sua família, liga as duas fracções para aumentar a sua área, decora-as a seu gosto, tem defendido em diversas acções o seu direito às fracções perante quem se tem arrogado proprietário a quem foram, em incumprimento do prometido, transmitidas as coisas, perante todo esse acervo fáctico, por si, bastante impressivo, tem-se o *animus possidendi* como adquirido. Na verdade, o elemento subjectivo da posse vem sendo posto em crise, na melhor doutrina, como elemento destacável e autonomizável dos actos materiais correspondentes ao exercício do respectivo direito real, face à terminologia do art. 1175.º do CC.”.

3. O valor do dano, resultante da revalorização da fracção, deve ser objectivamente apreciado e reportar-se ao momento do incumprimento, não podendo estar dependente da mera vontade do credor, ao sabor das flutuações do mercado, sob pena até, se outras razões não houvesse – quais sejam as relativas à fixação do dano e momento da sua determinação –, ficando o devedor inadimplente à mercê da vontade daquele e do momento que melhor lhe aprouvesse, o que seria manifestamente inadmissível e irrazoável. É o que resulta do regime do artigo português, é o que resulta da jurisprudência comparada, é o que resulta da melhor compreensão da norma e do regime da obrigação de indemnização, face ao disposto nos artigos 787.º, 556.º, 557.º do CC.”.

Por sua vez, o Tribunal de Última Instância (TUI), concordando com a conclusão e a argumentação relativas ao incumprimento e à indemnização por não cumprimento do primeiro contrato-promessa relativo à fracção X, por este designada fracção I9, quanto ao segundo, relativo à fracção Y, por este designada fracção H9, cujo incumprimento se verifica na vigência da lei nova, concordando com a conclusão da aplicação do Código Civil de Macau que determina a indemnização pelo dano excedente, discorda do critério de determinação do momento do não cumprimento como relevante para a aferição da indemnização pelo dano excedente, concluindo, sumariamente, no que directamente respeita à questão, nos termos seguintes:

“IV – Não obstante a conclusão mencionada na alínea anterior, aplica-se a lei nova aos contratos duradouros sempre que exigências de ordem pública o determinem, nomeadamente em todos os critérios inovadoramente instituídos pelo legislador, que visem a protecção da parte socialmente mais fraca da relação contratual.

V – Igualmente, no que se refere às disposições de carácter imperativo ou proibitivo da lei nova, que respeitam à violação do contrato, aplica-se, em princípio, a lei nova aos factos violadores do contrato ocorridos na sua vigência.

VI – O momento relevante para se aferir da indemnização pelo dano excedente a que se refere o n.º 4 do artigo 436.º do Código Civil, é a data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal, nos termos do n.º 5 do artigo 560.º do Código Civil e não o momento de incumprimento do contrato.”⁶¹.

61 Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, de que foi relator VIRIATO MANUEL PINHEIRO DE LIMA, e que tem ainda como conteúdo do *Sumário* o seguinte:

“I – Se o promitente-vendedor aliena a terceiro a coisa prometida vender, sem ter reservado para si um direito que o habilite a recuperar a coisa alienada, coloca-se em situação de, por sua culpa, se ter tornado impossível a prestação a que se obrigara.

II – Em matéria de aplicação da lei no tempo, relativamente às situações jurídicas constituídas

Para chegar a essa conclusão o TUI procede antes à enunciação e à refutação de dois argumentos do TSI, que se transcrevem nos termos seguintes.

Primeiro, argumenta-se no Acórdão do Tribunal de Segunda Instância:

“– Esse é o momento relevante na norma do Código Civil português, em que o Código Civil de Macau se terá inspirado.” (p. 18 do texto do Acórdão do TUI).

Responde-se no Acórdão do Tribunal de Última Instância (p. 18):

“Já os autores, ora recorrentes, pugnam pela data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal, pois que o legislador de Macau não quis seguir o regime português.

Os argumentos do acórdão recorrido a favor da solução de que o momento relevante para se aferir da indemnização pelo dano excedente é o de incumprimento dos contratos, mostram algumas debilidades.

Nos termos do n.º 2 do artigo 442.º do Código Civil português, quem prestou o sinal pode exigir o dobro ou, se houve tradição da coisa, o seu valor à data do não cumprimento da promessa.

A solução de Macau é diferente, prevendo o direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior. Mesmo que a solução tenha semelhanças com o regime português, o certo é que não se prevê que o valor do dano seja à data do incumprimento, pelo que, da omissão, o que se pode retirar é que o legislador de Macau não quis a solução portuguesa. Por isso não parece razoável aplicar o regime português, que o Código Civil de Macau não pretendeu seguir.”

Segundo, mais se argumenta no Acórdão do Tribunal de Segunda Instância (p. 17 do texto do Acórdão do TUI):

“– O valor do dano não pode estar dependente da mera vontade do credor, quanto à propositura da acção”.

Por sua vez, contra-argumenta-se no Acórdão do Tribunal de Última Instância (pp. 18 e 19):

na vigência da lei antiga que subsistem quando entra em vigor a nova lei, dispõe a segunda parte do n.º 2 do artigo 11.º do Código Civil que, quando a lei dispõe directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor. Já quando a lei não abstrai dos factos que lhes deram origem, deve entender-se que continua a aplicar-se a lei antiga.

III – Em matéria de contratos, em princípio, a lei não abstrai dos factos que lhes deram origem, pelo que se continua a aplicar a lei antiga às situações jurídicas anteriores, que subsistem, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade.”

“O argumento do acórdão recorrido de que não seria razoável deixar na mão do credor o momento em que viesse a propor a acção, face à revalorização do imóvel, não é consistente. Por um lado, entre a propositura da acção e o momento a atender (o encerramento da discussão em 1.ª instância) sempre decorre algum tempo. E entre os dois momentos a coisa tanto pode valorizar como desvalorizar, o que está totalmente fora do controlo do autor da acção. O caso dos autos é bem ilustrativo: aquando da propositura da acção em 2012, a fracção agora em causa valia HKD\$4.510.000,00. Aquando do encerramento da discussão em 1.ª instância, em 2015, já valia HKD\$10.000.000,00. Mas podia ter sucedido o inverso.

Por outro, não faz sentido dizer que o promitente-comprador pode estar à espera da revalorização do imóvel. Porque se ele necessitar ou pretender comprar uma fracção, para habitar ou não, após receber o valor de mercado fixado judicialmente, do promitente-vendedor, também irá pagar mais para adquirir, já que todos os imóveis se valorizaram e não apenas aquele que ele prometeu comprar.

Sendo a solução de Macau a do dano excedente, não há dúvidas de que a regra da obrigação de indemnização, de acordo com o disposto no n.º 5 do artigo 560.º do Código Civil, é a de que “a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.”.

Consideramos bem decidida a questão do momento relevante para a aferição da indemnização pelo dano excedente.

Porém, ainda que se considerem os argumentos refutados e a questão respondida, haveria que esclarecer melhor o *critério de determinação do dano excedente*, uma vez que, *segundo o enunciado da lei, o dano excedente não é o valor da coisa*⁶² nem é o *aumento do valor da coisa*⁶³, embora o valor do dano excedente possa corresponder ao do valor da coisa ou ao do aumento do valor da coisa num caso concreto, *nem se pode concluir sem mais que* “sendo a solução de Macau a do dano excedente, não há dúvidas de que a regra da obrigação de indemnização, de acordo com o disposto no n.º 5 do artigo 560.º do Código Civil, é a de que “a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.””, pois será assim “*sem*

62 A questão foi referida antes, designadamente em 5. *Indemnização pelo aumento do valor da coisa*, e em 6. *A indemnização pelo dano excedente*.

63 Como já se demonstrou em 6. *A Indemnização pelo dano excedente*, e 7. *Indemnização pelo dano excedente ao predeterminado pela cláusula penal como antecedente da indemnização pelo dano excedente ao dano predeterminado pelo valor do sinal*.

prejuízo do preceituado noutras disposições”⁶⁴.

Ora, preceitua sobre a indemnização pelo dano excedente o n.º 4 do art. 436.º (bem assim, designadamente, o n.º 2 do art. 800.º ou o n.º 3 do art. 795.º e no n.º 3 do art. 1027.º), embora não preceitue quanto ao momento do seu apuramento, e, por isso quanto a este momento se deva recorrer ao regime geral para este efeito, com o que concordamos, para além da determinação do dano efectivo, a ter em conta no cálculo do dano excedente.

Por consequência, afinal não se tratava apenas de definir o *momento da aferição ou determinação da indemnização pelo dano excedente*, mas também o próprio *objecto da indemnização pelo dano excedente*, sobre a qual o TUI se pronunciou ainda assim (p. 17, itálico nosso):

“O novo Código prevê o *direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior ao valor do sinal ou ao do seu dobro*.

O dano excedente constitui aqui o valor de mercado da fracção, que é o valor que o promitente-comprador terá de despende para adquirir uma fracção semelhante à que havia prometido comprar. Mas *não tem direito ao sinal, nem ao seu dobro*, já que recebendo o valor actual da fracção isso permite-lhe pagar a totalidade do preço de uma fracção semelhante. Recorde-se que o valor do sinal era o preço do pagamento da fracção que prometeu comprar.”

E posteriormente (p. 20):

“Na aplicação prática do dispositivo legal, temos que o promitente-comprador tem direito a receber a quantia de HKD\$10.000.000,00, que é o valor do dano.”

Por fim, conclui o Tribunal de Última Instância:

“IV – *Decisão*,

Face ao expendido, concedem parcial provimento ao recurso e:

A) Confirmam o acórdão recorrido na parte em que condenou a 1.ª ré, C, a pagar ao 1.º autor, A, a quantia equivalente ao sinal em dobro relativamente à fracção I9;

B) Revogam o acórdão recorrido na parte atinente à fracção H9, condenando a 1.ª ré, C, a pagar ao 1.º autor, A, a quantia de HKD\$10.000.000,00 (dez milhões de dólares de Hong Kong).”

64 Como aliás sucede com o regime da indemnização pelo aumento do valor da coisa do direito português; entre outros, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Tradição da coisa e indemnização alternativa por incumprimento de promessa sinalizada*, RLJ, Ano 113, n.º 3921, p. 374.

O TUI parece equiparar *dano excedente a dano* ou a *dano indemnizável, dano efectivo* ou *dano integral*, pelo que não configurou autonomamente um (a questão do) objecto da indemnização pelo dano excedente, a cuja aferição considerou aplicável a regra do n.º 5 do art. 560.º, salvo quanto à previsão do “*direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior ao valor do sinal ou ao do seu dobro*”, *mas reduzindo o cálculo do dano excedente apenas ao cálculo do dano efectivo (a uma operação de cálculo, sem lhe subtrair o dano do valor do sinal ou do sinal em dobro)*.

Sobre a questão do critério de determinação do dano excedente, o TUI acabou por se pronunciar sobre o objecto da indemnização sem distinguir o dano ou o dano efectivo do dano excedente, antes considerando que “*o dano excedente constitui aqui o valor de mercado da fracção*” e que este “*é o valor do dano*”, *parecendo fazer equivaler dano excedente a dano, como dano indemnizável nos termos gerais*, mais acrescentando que o promitente-comprador “*não tem direito ao sinal, nem ao seu dobro*, já que recebendo o valor actual da fracção isso permite-lhe pagar a totalidade do preço de uma fracção semelhante”.

Assim, perante a solução adoptada, o TUI, acompanhando o TSI, salvo quanto ao momento relevante para a aferição do dano excedente⁶⁵, e, pese embora

65 Anteriormente o TSI, neste caso, ao adoptar o entendimento de que a indemnização pelo dano excedente era correspondente ao aumento do valor da coisa, decidia, quanto a esta fracção, que a promitente 1.ª Ré A, fosse condenada a pagar o valor da fracção “com dedução do preço convencionado, e devendo ser restituído o sinal e quantias entregues pelo promitente-comprador, valor a apurar em liquidação de execução de sentença, se o valor desse dano objectivamente determinado for superior ao valor do sinal em dobro, sendo este o valor devido se o valor da valorização ... for inferior” (como consta da *Decisão*, p. 79); ou seja, estabelecendo como se calculava, o valor a considerar da fracção a que se deduziria o preço convencionado, e eventualmente pago, e, concluímos nós, sendo considerada uma indemnização alternativa, que se deviam restituir o sinal e as quantias pagas, e depois que devia ser superior ao sinal em dobro, sob pena de apenas ser devido esse valor.

O TSI, pp. 52 e 53, fundamentava ainda o seu entendimento nestes termos:

“É verdade que se pretende com esta interpretação da “indemnização pelo dano excedente” obter uma solução legal para o incumprimento de contratos de promessa referente a imóveis como a que existe no art. 442.º do C. Civ. Português.

Devido ao aumento crescente do valor das habitações e de modo a evitar situações em que o pagamento do sinal em dobro fosse mais vantajoso para o promitente vendedor inadimplente, do que cumprir com a promessa, e de modo a salvaguardar a posição dos promitentes-compradores, o legislador português adoptou uma solução para as situações em que tivesse havido tradição da coisa no sentido do promitente-comprador poder optar entre o sinal em dobro ou o valor da coisa na data do incumprimento deduzido do preço convencionado acrescido do sinal e do preço que haja pago.

No direito de Macau não há norma idêntica ao n.º 2 do art. 442º do C. Civ. Português. Porém, o legislador de Macau no n.º 4 do art. 436.º para além dos casos de sinal em dobro ou perda do sinal ressalva a possibilidade de haver o direito a uma indemnização pelo dano excedente

atribua o mesmo valor de indemnização atribuído pelo Tribunal Judicial de Base (TJB), parecem divergir quanto ao entendimento da solução adoptada pela lei, devendo, em nosso entender, com todo o respeito pelas instâncias superiores proceder o entendimento do TJB de que o promitente-comprador tem direito ao sinal em dobro e ao dano excedente⁶⁶.

O promitente-comprador pagou o preço, que tinha valor de sinal, é certo, pelo que tem direito à indemnização pelo sinal em dobro, e a lei determina que ainda tem direito ao dano excedente, sem excluir o sinal em dobro, antes a este somando o dano excedente, como direitos cumulativos, dependendo o direito de indemnização pelo dano excedente dos pressupostos legalmente estabelecidos.

Em consequência do não cumprimento do contrato-promessa, como é o caso, por impossibilidade culposa do promitente-vendedor, por venda a terceiro, o promitente-comprador que constitui o sinal tem direito à indemnização pelo pagamento do sinal em dobro e ao dano excedente, ou seja, no caso, a 350 000.00 HKD de restituição do sinal e preço entregue, e a 350 000.00 HKD de indemnização pelo não cumprimento determinado pelo valor do sinal, e ainda ao dano excedente, a determinar.

Ora, na falta de outros danos provados, foi alegado e provado haver o

quando este for consideravelmente superior. Salvuaguarda-se, também em Macau, nos termos da legislação aplicável, o interesse do promitente-comprador que, face a um incumprimento, seria seriamente prejudicado com um ressarcimento que se ficasse por mero pagamento em dobro. E ainda que imperfeitamente expreso o sentido e alcance da norma do CC de Macau não se poderá afastar *da ratio* que se colhe daquela norma que em termos de Direito Comparado terá sido a sua inspiradora.”

66 O TJB, citado, pp. 40 e 41 do Ac. do TSI n.º 909/2015, de 16 de Junho de 2016, concluía a este propósito:

“Destarte, tem o 1º A direito a exigir o dobro do sinal que prestou.

Contudo no caso em apreço o 1º A pede a indemnização pelo dano excedente nos termos do nº 4 do artº 436º do C.Civ.

Com fundamento neste preceito vem o 1º A pedir uma indemnização igual ao valor actual de mercado da fracção deduzido do preço que o 1º A pagou e do valor do sinal em dobro por entender que esse foi o valor que deixou de ganhar se a promessa fosse cumprida.”

Sentença em que, neste aspecto, isto é, em relação ao contrato-promessa relativo à fracção Y (ou H9 para o TUI) andava bem o Tribunal Judicial de Base, e em geral quanto ao entendimento da indemnização pelo dano excedente como indemnização cumulativa (pp. 40 a 43), e em que a seguir consta a *condenação no pagamento do sinal em dobro e no valor do dano excedente*, distinguindo *dano sofrido* ou *dano efectivo de dano excedente* (com transcrição parcial e itálico nosso, p. 43 (e p.7): “Destarte, verificamos que o *dano sofrido* é de ... ou seja superior em ... ao valor que o 1º A tem a receber, pelo que, face ao disposto no nº 4 do artº 436º do C.Civ., deve a 1ª R ser condenada a pagar o *sinal em dobro acrescido desde valor*, isto é, tudo no montante global de...”

Omitimos os valores constantes do original deliberadamente, porque respeitavam em conjunto ao incumprimento dos dois contratos, estando agora em causa apenas o segundo.

benefício que deixou de obter com o incumprimento e que obteria com a aquisição da coisa prometida vender com a celebração do contrato de compra e venda, e que, além do preço pago e restituído de 350 000.00 HKD, teria de pagar o correspondente ao aumento do valor da coisa, ou seja, 9 650 000.00 HKD [(valor actual da coisa = 10 000 000.00 HKD) – (valor inicial = 350 000.00 HKD)]. O valor de 10 000 000.00 HKD era o dano efectivo sofrido, o dano integral ou o dano indemnizável. Porém, sendo o dano excedente a apurar pela diferença entre o dano sofrido ou dano efectivo e o dano predeterminado já indemnizado pelo valor do sinal, no caso o sinal em dobro, o dano excedente seria de [10 000 000.00 – (350 000.00 + 350 000) = 9 300 000.00] = 9 300 000.00 HKD.

Pelo que o valor da indemnização total corresponde à soma do valor do sinal a restituir e do valor do sinal indemnizatório (do dobro deste ou do sinal em dobro) e do valor do dano excedente, ou seja 350 000.00 + 350 000 + 9300 000.00 = 10 000 000.00 HKD. Por coincidência, no caso, a indemnização integral corresponde ao valor da coisa, pelo que consequentemente o dano excedente não corresponde ao valor da coisa nem ao aumento do valor da coisa, dado que a indemnização integral não pode corresponder à indemnização pelo dano excedente, neste ou em qualquer caso, ou, inversamente, a indemnização pelo dano excedente neste caso ou em qualquer caso não corresponde ao dano integral, sofrido ou efectivo.

Embora o Venerado Tribunal de Última Instância refira, sem especificar em quê, que o regime de indemnização pelo dano excedente *tenha semelhanças com o regime português* da indemnização pelo aumento do valor da coisa, esclarecido que não é quanto ao momento da sua aferição, pese embora o contexto, também parece não ser quanto ao seu objecto, salvo melhor esclarecimento.

Assim, impõem-se algumas considerações adicionais.

A *primeira*, ainda sobre o objecto da indemnização pelo dano excedente, dizemos que o TUI *parece equiparar o dano excedente ao dano integral* porque quando refere que “o dano excedente constitui *aqui* o valor de mercado da fracção” começa por se referir inequivocamente ao caso concreto, e poderia considerar-se que “aparentemente” no caso concreto decide bem quanto à indemnização integral, admitindo que não estava a considerar “*aqui*” em geral perante a previsão da lei, para qualquer caso, porém este entendimento não é evidente, esclarecido ou corroborado pelas demais considerações feitas na fundamentação da decisão. No caso não se trata do dano excedente e em geral não se pode concordar, como demonstrámos.

A *segunda*, quanto ao pressuposto adicional, referindo embora que a lei “prevê o *direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior ao valor do sinal ou do seu dobro*”, não enunciou como questão autónoma a de saber se é *pressuposto que o próprio dano excedente ao valor do sinal ou ao sinal em do seu dobro seja superior ao valor do sinal ou*

ao do seu dobro, até porque perante o entendimento aparentemente havido de o dano excedente ser uma modalidade de indemnização do dano efectivo a questão não se colocar. E a questão que se coloca, segundo o entendimento que adopta está respondida, ao considerar que a indemnização pelo dano excedente depende do pressuposto de o dano efectivo ser consideravelmente superior ao valor do sinal ou ao do seu dobro, como deu por verificado no caso concreto, e bem, em nosso entender, sem prejuízo da divergência de entendimento quanto ao critério de determinação do dano excedente.

A resposta a essa questão, como referimos anteriormente⁶⁷, mas autonomizando a indemnização pelo dano excedente da indemnização predeterminada pelo sinal, e de acordo com o critério especial da determinação do dano excedente, quanto a este pressuposto adicionalmente estabelecido, deve ser entendida no sentido de que se pressupõe e exige que o dano efectivo seja consideravelmente superior ao dano predeterminado para se indemnizar o dano excedente.

A terceira, se for pedida a indemnização pelo valor do sinal apenas, ou pelo valor do sinal em dobro apenas, não poderia o tribunal atribuir a indemnização pelo dano excedente, mas se fosse pedido o dano excedente não estaria implícito o pedido de indemnização pelo sinal ou pelo sinal em dobro? Sendo a indemnização pelo dano excedente cumulativa com a do valor determinado pelo sinal, em singelo ou em dobro, parece que esse devia ser o entendimento, não estando o tribunal impedido de condenar na indemnização pelo dano sofrido ou dano integral. Ao ser pedida a indemnização pelo dano excedente estaria implícito o pedido de indemnização pelo valor predeterminado pelo sinal⁶⁸. Aliás, o entendimento do

67 Ver *supra*, 6. *A Indemnização pelo dano excedente*, parte final, 8. *A ressarcibilidade do dano excedente quando o dano efectivo for consideravelmente superior ao dano predeterminado pelo sinal ou pela cláusula penal*.

68 Tal como estes pedidos teriam implícito o pedido de resolução do contrato. Valendo também aqui o defendido antes, seguindo JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-promessa*, pp. 94 a 95 (e ainda 90 a 94); cfr. *supra*, 5. *Indemnização pelo aumento do valor da coisa (c)*, e 6. *A indemnização pelo dano excedente (c)*; veja-se em especial a Anotação de JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Tradição da coisa e indemnização alternativa por incumprimento de promessa sinalizada*, ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 2000 e ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 2001, RLJ, Ano 113, n.º 3921, pp. 363 e ss e pp. 367 e ss, e n.º 3922, pp. 21 e ss, em especial pp. 31 e 32.

Sobre a questão em geral, ver CÂNDIDA PIRES, *Lições de Processo Civil de Macau, Processo de Declaração, Procedimentos Cautelares, Processo de Execução*, 2.ª edição revista e ampliada, Universidade de Macau e Almedina, 2015, pp. 221 e ss (O pedido. Conceito, caracteres e espécies), pp. 301 e ss (Modalidades do pedido), pp. 432 e ss (Âmbito da sentença. Limites da condenação), e VIRIATO MANUEL PINHEIRO DE LIMA, *Manual de Direito Processual Civil, Acção Declarativa Comum*, 3.ª Edição, CFJJ, 2018, pp. 131 e ss (O pedido), pp. 537 e ss

TUI (e do TSI) aqui manifestado de que a indemnização pelo dano excedente é uma indemnização alternativa pelo dano efectivo ou integral, designada indemnização pelo dano excedente, embora, em nosso entender, não esteja em conformidade com a previsão da lei, como vimos, não deixa de aparentar (ou corroborar o argumento e a conclusão de) que quando se pede a indemnização pelo dano excedente se está implicitamente a pedir a indemnização pelo dano integral.

A *quarta*, não se pode ignorar a autonomia das obrigações e o seu carácter cumulativo e os efeitos de cada uma das obrigações, da constituição em mora em momento diferente e da determinação dos juros de mora, ou outros que possa haver, como a fixação convencional de juros de mora diversos para cada uma das obrigações, ou da constituição de garantias especiais, como a fiança, a garantir o seu pagamento, designadamente em caso de não haver entrega nem direito de retenção sobre a coisa prometida vender.

Por fim, observado o regime aplicável aos dois contratos, saliente-se a demonstração inequívoca da melhor *protecção da parte fiel* com o novo regime, em especial dos promitentes, e que as diferentes soluções resultantes da aplicação da lei antiga e da lei nova permitem confirmar a intencionalidade e a viabilidade da prossecução da *protecção efectiva* dos direitos dos credores⁶⁹.

11. Caso decidido no Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019

Das questões tratadas, sem prejuízo de outras, quanto à indemnização pelo dano excedente importa ainda salientar o contributo do *Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019*⁷⁰, e do recorrido

(Limites da condenação).

69 Recordem-se os objectivos da intervenção legislativa, em LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XX, e a expectativa gerada pela orientação adoptada em ALMENO DE SÁ, *Traços Inovadores do Direito das Obrigações no Código Civil de Macau. O princípio da efectividade dos direitos do credor*, cit. pp. 133 e ss, entre outros citados.

70 Reproduz-se o *Sumário* do Acórdão do Tribunal de Última Instância n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019:

“I – O n.º 4 do artigo 436.º do Código Civil aplica-se aos contratos-promessa de cessão da posição contratual de contratos-promessa de compra e venda de imóvel.

II – O momento relevante para se aferir da indemnização pelo dano excedente a que se refere o n.º 4 do artigo 436.º do Código Civil, é a data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal, nos termos do n.º 5 do artigo 560.º do Código Civil, isto é, a data do encerramento da discussão em 1.ª instância e não o momento de incumprimento do contrato.

III – São devidos juros de mora sobre o sinal em dobro, quando há lugar a restituição deste, por incumprimento de contrato-promessa de compra e venda de imóvel, depois de o devedor ter sido

*Acórdão do Tribunal de Segunda Instância n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016*⁷¹. Note-se que o Ac. do TSI n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016, é contemporâneo do Ac. TSI n.º 909/2015, de 16 de Junho de 2016, antes referido, mas os dois acórdãos são anteriores à decisão do recurso deste pelo Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017.

Comecemos igualmente com um resumo do caso, em conformidade com o respectivo relatório, e com algumas adaptações formais.

A Autora C intentou acção declarativa com processo comum ordinário contra D (1.ª Ré) e marido E (2.ª Réu), pedindo, designadamente, que se declare a resolução do contrato-promessa da cessão da posição contratual, por

judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir, a menos que o próprio devedor tenha impedido a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso, na data em que normalmente o teria sido.

O Relator, VIRIATO MANUEL PINHEIRO DE LIMA”.

Este processo foi objecto de um incidente de recurso com fundamento em nulidade, decidido no Ac. do TUI n.º 58/2017 (I), de 22 de Janeiro de 2020, em que foi relator JOSÉ MARIA DIAS AZEDO, mantendo a decisão anterior.

- 71 Reproduz-se parte do *Sumário* do Acórdão do Tribunal de Segunda Instância n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016 (rectificando apenas alguns lapsos de escrita e editando o texto):

“IV. Se um cônjuge promete ceder a sua posição contratual a outrem, não tem o outro cônjuge que ser demandado na acção em que o promitente não faltoso demanda o faltoso no pagamento da indemnização. Não estamos, por isso, em presença de uma situação de litisconsórcio necessário (cfr. Art. 61.º, do CPC).

V. Por outro lado, o disposto nos n.ºs 1 e 3 do art. 62.º do CPC não tem aqui aplicação, não apenas porque não está em causa a perda ou oneração de bens que só por ambos os cônjuges devam ser exercidos (n.º1), mas também porque não está em causa qualquer facto praticado por ambos ou por um deles somente, mas em que a decisão seja susceptível de ser executada sobre bens próprios do outro, (n.º 2) quando se tratar de dívida comunicável (a dívida aqui não se prova que tivesse sido contraída no proveito comum, nem sequer ele se pode dar por presumido: cfr. art. 1558.º, n.ºs 1 e 3, do CC).

VI. Não cumpre o contrato prometido de cessão de posição contratual a ré que não assinou o contrato definitivo com o argumento de que o promitente-comprador da fracção não consentiu na transmissão sem que a autora (promitente cessionária) a este pagasse as despesas de uma alegada transmissão de nome, se ela (ré) se comprometeu a obter dele e de outros contraentes posteriores em contratos-promessa de cessão da posição contratual o respectivo consentimento, sem o conseguir.

VII. Perante um incumprimento definitivo de um contrato-promessa de cessão da posição contratual, pode o promitente cessionário exigir o valor em dobro do sinal entregue e ainda o valor do dano excedente, nos termos do art. 436.º, n.º 4, do CC, ficando, porém, a indemnização correspondente ao valor excedente acrescido do valor do sinal adiantado ao promitente incumpridor.

O Relator, JOSÉ CÂNDIDO de PINHO”.

Este processo foi objecto de um incidente de esclarecimento, decidido no Ac. do TSI n.º 872/2015-I, de 1 de Dezembro de 2016.

incumprimento definitivo imputável à 1.^a Ré, e se condenem os réus a pagar à Autora um *montante a título de indemnização*, correspondente à *soma do valor em dobro do sinal, do valor de juros vencidos, e da indemnização relativa ao valor em excesso do sinal, e de juros vencidos sobre os valores da indemnização* (valores que omitimos, dada a sua alteração subsequente); mas a Presidente do Tribunal Colectivo absolveu o 2.^o Réu E da instância, por ilegitimidade passiva e julgou improcedente a acção, absolvendo a 1.^a Ré D do pedido.

Mais se relatou, designadamente, que, tendo a Autora C recorrido para o Tribunal de Segunda Instância (TSI), o mesmo julgou parcialmente procedente o recurso e considerou provado que a 1.^a Ré, no dia 6 de Julho de 2010, mais uma vez não assinou o contrato prometido de cessão da posição contratual, e que julgou a acção parcialmente procedente e condenou a 1.^a Ré D a pagar à autora a indemnização a liquidar em execução de sentença, consistente no valor do sinal (HKD 388 000.00) e o dano excedente correspondente ao aumento do valor da coisa ao tempo do incumprimento, 6 de Julho de 2010, relativamente ao preço acordado contratualmente.

Considerou o TUI, mais adiante (p. 46), tendo sido acordado o preço de HK\$3 880 000.00, que:

“Tendo ficado provado o valor da fracção em 31 de Outubro de 2012, HK\$6 300 000.00 (resposta ao quesito 77.^o) é esse o valor a considerar, não se justificando nova acção declarativa de liquidação, em processo executivo, para determinar o valor 12 dias depois.

O dano excedente, segundo os critérios fixados pelo acórdão recorrido, não impugnados pela autora e baseados no pedido desta, será, assim, de HK\$2 420 000.00.”

Indeferido o recurso da 1.^a Ré, o recurso da Autora C suscitou as seguintes questões:

“– O acórdão recorrido omitiu pronúncia sobre o pedido de juros;
– O acórdão recorrido interpretou mal os artigos 436.^o, n.^o 4 e 560.^o, n.^o 5, do Código Civil, já que valor da fracção a considerar para o dano excedente deve ser, não a data do incumprimento da 1.^a ré, mas a data do trânsito em julgado da sentença na acção declarativa.”

Após apreciação das questões suscitadas pela Autora o TUI decidiu:

“B) Concedem parcial provimento ao recurso da autora C, condenando a 1.^a ré D a pagar à autora C HKD\$2.808.000,00 (dois milhões e oitocentos e oito mil dólares de Hong Kong), juros de mora legais sobre HKD\$388.000,00, a partir de 10 de Julho de 2010 e sobre HKD\$2.420.000,00 a partir da presente data.”

Neste Acórdão, o TUI reitera o entendimento antes adoptado sobre a determinação do momento relevante da indemnização pelo dano excedente, e trata ainda de *outras questões* importantes, para além da *pressuposta questão* do *objecto da indemnização pelo dano excedente*.

Entre essas, a *primeira*, relativa à aplicação das regras sobre a *interpretação dos negócios jurídicos*, e em concreto a *qualificação do contrato celebrado como contrato-promessa de cessão da posição contratual*, e o reconhecimento ou não do direito ao pagamento da indemnização pelo valor excedente como se se tratasse de promitente-compradora, em que o TUI considerou não detectar nenhuma violação legal na interpretação dos contratos pelo acórdão recorrido e *concluiu* pela *aplicação do n.º 4 do artigo 436.º do Código Civil aos contratos-promessa de cessão da posição contratual de contratos-promessa de compra e venda de imóvel*.

A *segunda*, que aqui se coloca em concreto, e perante a omissão de pronúncia, relativa à *admissibilidade da indemnização pela mora no cumprimento da obrigação de indemnizar pelo sinal em dobro e pelo dano excedente*, considerando que *são devidos juros de mora sobre o sinal em dobro*, quando há lugar a essa indemnização, decorrendo esta conclusão, contra o argumento invocado, de o n.º 4 do artigo 436.º do Código Civil limitar a indemnização ao valor do dano ali previsto, de essa limitação não incluir a do ilícito da mora, *objecto de previsão autónoma*⁷².

Ainda, quanto ao *momento da constituição em mora*, relevante é a conclusão de que os *juros de mora sobre o valor do sinal em dobro por incumprimento de contrato-promessa são devidos depois de o devedor ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir*, salvo se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando-se interpelado, neste caso, na data em que normalmente

72 Como se refere expressamente no Acórdão do TUI n.º 58/2017, de 20 de Novembro de 2019, pp. 41 e 42:

“O que o n.º 4 do artigo 436.º impede é outra indemnização pelo não cumprimento do contrato, que não o dano excedente, nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste.

Como vimos, a indemnização a que se referem os artigos 793.º, 794.º e 795.º é pela mora, isto é, pelo atraso no cumprimento e não pelo incumprimento.

Podemos concluir que o n.º 4 do artigo 436.º não preclude a indemnização pela mora na restituição do sinal em dobro [16]. [16 Por todos, para o Direito português, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, 1.ª edição, 2011, p. 341 e 342.]”.

Sobre a indemnização de juros de mora, veja-se o Ac. do TUI n.º 55/2019, de 17 de Julho, citado nesta decisão e para o qual aí se remete, em que foi relator VIRIATO MANUEL PINHEIRO DE LIMA.

Para a indemnização pelo dano excedente em caso de cláusula penal, já nesse sentido ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., pp. 711 a 713, ou para o sinal e a cláusula penal, BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, A dualidade execução específica-resolução*, cit., pp. 137 e 138.

o teria sido, nos termos do n.º 1 do art. 794.º, não se aplicando o previsto na alínea c) do n.º 2 e no n.º 4, por se não tratar de responsabilidade extracontratual por facto ilícito, não se aplicando o decidido na Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 2 de Março de 2011, sendo líquido o valor da indemnização e não dependendo de apuramento por decisão judicial.

Quanto a esta questão, do *momento da constituição em mora e do objecto da indemnização pela mora*, mais concluiu o TUI (p. 44, itálico nosso) que,

“Aplicando a mesma doutrina ao caso dos autos temos que são devidos juros de mora legais a partir da data da interpelação (n.º 1 do artigo 794.º do Código Civil), *para a restituição do dobro do sinal*, ou seja, três dias após o envio da carta para tal, a 7 de Julho de 2010, nos termos do artigo 795.º do Código Civil.”, porém, “*Não o dobro do sinal, mas o deste em singelo*, já que o acórdão recorrido decidiu que, tendo a autora direito ao dano excedente, que é o valor entre o preço contratual da fracção e o seu valor em data a apurar, a autora só teria direito ao sinal em singelo.”; e mais, que “A autora só tem *direito a juros de mora sobre o valor do dano excedente, a partir da data do presente acórdão*, face ao disposto no n.º 4 do artigo 794.º do Código Civil.”

Dependendo a determinação da obrigação de juros de mora conjuntamente, do capital, da taxa de juros e da duração da mora, a primeira questão a resolver é a de saber sobre que valor incidem os juros de mora, devendo considerar-se o objecto da indemnização de juros em aberto e dependente em primeiro lugar, da determinação do *valor do sinal* ou do *valor do sinal em dobro* e do *valor da indemnização pelo dano excedente*, em geral e no caso concreto, questão controvertida neste caso.

Quanto à indemnização pelo dano excedente, o TUI pronunciou-se sobre a questão colocada, do momento relevante para se aferir a indemnização pelo dano excedente, tendo reiterado o entendimento de dever ser considerado o momento mais recente que pudesse ser atendido pelo tribunal, embora em conformidade com o pedido, e os valores não impugnados, de acordo com a orientação adoptada anteriormente⁷³.

73 Quanto ao momento, mas também quanto ao objecto da indemnização, seguindo o Ac. do TUI n.º 5/2017, de 29 de Novembro de 2019, que antes analisámos, o TUI considerou, pp. 45 e 46: “Aí se decidiu que o momento relevante para se aferir da indemnização pelo dano excedente a que se refere o n.º 4 do artigo 436.º do Código Civil, é a data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal, nos termos do n.º 5 do artigo 560.º do Código Civil e não o momento de incumprimento do contrato. E que a data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, sendo a indemnização liquidada por via judicial, é a do encerramento da discussão em 1.ª instância”. Mais, neste caso:

“Só que, a autora, no seu pedido de ampliação, não pediu que fosse considerado o preço da

Tendo o TUI considerado o dano excedente fixado pelo TSI e não impugnado, importa conhecer os critérios adoptados e as conclusões a que chegou, sendo que o TSI configurou assim o caso (pp. 92 e 93 do Ac. do TSI n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016):

“Tendo a autora feito a entrega da quantia de HK\$ 388.000,00 a título de sinal (alínea D), dos factos assentes), e o preço acordado pela transacção sido de HK\$ 3.880.000,00 (alínea c), dos factos assentes), teria ela direito a receber o dobro do que prestou (cfr. art. 436.º, n.º 2, do CC), ou seja, HK\$ 776.000,00. Todavia, como a autora conseguiu provar que o bem objecto da promessa valia em 31/12/2012 data da petição HK\$ 6.300.000,00 (...), a diferença de preço – que constitui a valorização da coisa – é de HK\$ 2.420.000,00.

Importa agora voltar a nossa atenção para o art. 436.º, n.º 4, do CC, que diz o seguinte: *“Na ausência de estipulação em contrário, e salvo o direito a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda de sinal ou de pagamento do dobro deste”*.

Este preceito prescreve que, em regra, não há qualquer direito a outra indemnização que não seja o de receber o dobro do sinal, quando a culpa é do incumpridor promitente-alienante. A excepção, porém, permite que o não incumpridor, nesse caso, ou seja, o promitente-adquirente, além do dobro do sinal possa aceder ainda à diferença entre o valor da coisa prometida à data da promessa e aquele que exista à data do incumprimento do contrato definitivo. Porque esse é o valor do dano excedente a que a norma se refere. Realmente, se o outro promitente tivesse cumprido a sua parte no contrato, o acquirente teria uma coisa valorizada (que, assim, deixou de ter, com o consequente e inerente dano).

Ora, em tal hipótese, diz a lei, o recebimento do dobro (art. 436.º, n.º 2, CC) não preclui o direito de receber a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior à indemnização correspondente ao recebimento do dobro do sinal (...⁷⁴).

Compreende-se que assim seja. Efectivamente, se o dobro do sinal for superior ao dano excedente (diferença entre o valor da coisa prometida

fracção no futuro, designadamente, na data do encerramento da discussão em 1.ª instância. Manifestamente, fez o pedido limitando-se à data da ampliação, que ocorreu em 12 de Novembro de 2012.

Ainda que assim não fosse e pudesse ser considerado um valor da fracção posterior, como a do encerramento da discussão em 1.ª instância, dado que o valor da condenação nunca poderia ser superior ao valor do pedido (n.º 1 do artigo 564.º do Código de Processo Civil), a autora também não poderia beneficiar deste último valor, se este fosse superior, como se supõe.”.

74 Citando “(neste sentido, Manuel Trigo, Lições de Direito das Obrigações, FDUM, 2014, pág. 146)”.

no contrato-promessa e o da mesma coisa no momento do incumprimento definitivo) não faz sentido que o não faltoso possa aceder a qualquer outra indemnização para além do dobro referido, sob pena de locupletamento indevido. E isso não o quer a lei.”.

Face ao afirmado e concluído, e com o devido respeito, não se prevê na citada norma do n.º 4 do art. 436.º, nem podemos concluir que “o valor do dano excedente a que a norma se refere” consiste na “diferença entre o valor da coisa prometida à data da promessa e aquele que exista à data do incumprimento do contrato definitivo”, nem, acrescentemos, no momento mais recente que puder ser atendido.

Mais, considerando o TSI que o dano excedente corresponde ao aumento do valor da coisa relevante, considera que a indemnização pelo dano excedente depende de o dano (excedente) ser consideravelmente superior ao valor do sinal em dobro, e que era o caso de ser manifestamente superior ao valor do sinal em dobro e havia direito a indemnização pelo dano excedente. Sim, concordamos, mas com entendimento diverso sobre o dano excedente.

Ainda, e para além da questão do momento a considerar para a determinação da indemnização pelo dano excedente, não parece que seja um direito apenas do promitente-adquirente, mas de qualquer das partes, pois inclui quer a perda do sinal quer o pagamento do valor do sinal em dobro (diferentemente da indemnização pelo aumento do valor da coisa no direito português).

Na formulação adoptada pelo TSI, embora não inequívoca, parece considerar que a indemnização pelo dano excedente não exclui a indemnização pelo dobro do sinal, e, portanto, que pode ser cumulativa, o que se reafirmaria ao entender que se o dobro do sinal for superior ao dano excedente “não faz sentido que o não faltoso possa aceder a qualquer outra indemnização para além do dobro referido, sob pena de locupletamento indevido”, o que só se verificaria se se admitisse que houvesse a cumulação da indemnização. Porém, isso não é ainda perfeitamente claro em face da decisão, em que se *hesita entre uma indemnização cumulativa e uma indemnização alternativa ou uma indemnização em substituição*, como vamos ver.

Por outro lado, considerar, como se refere, que não há direito a qualquer outra indemnização para além do dobro do sinal se este for superior ao dano excedente, como “diferença entre o valor da coisa prometida à data da promessa e aquele que exista à data do incumprimento do contrato definitivo”, para além do dobro referido, sob pena de locupletamento indevido ou enriquecimento sem causa, e não havendo outros danos, como é o caso, significa que aquele valor do dito “dano excedente” corresponde ao do “dano efectivo”. Porém, neste tipo de casos, e no caso concreto, no entendimento de a indemnização pelo dano excedente

ser alternativa à indemnização predeterminada pelo dano sinal, a indemnização pelo dano excedente não podia cumular-se, e não haveria enriquecimento sem causa, uma vez que constitui uma impossibilidade prática e jurídica. Sendo cumulativa, sim, podia cumular-se, mas até ao limite do dano efectivo, sob pena de enriquecimento sem causa.

Como vimos na análise do caso anterior, também aqui, no entendimento, embora erróneo, do dano excedente como dano efectivo, correspondente ao aumento do valor da coisa, não se suscitaria a questão da exigência de que para que haja indemnização pelo dano excedente o próprio dano excedente deva ser consideravelmente superior ao sinal ou ao sinal em dobro.

A consideração de que o “o recebimento do dobro (art. 436.º, n.º 2, CC) não preclui o direito de receber a indemnização pelo dano excedente quando este for consideravelmente superior à indemnização correspondente ao recebimento do dobro do sinal”, para além da questão em si mesma, do entendimento deste requisito especial adicional, em sentido positivo, deveria ser entendida como manifestação do carácter cumulativo da indemnização pelo dano excedente.

Mais considerou o TSI (pp. 93 e 94 do Ac. do TSI n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016):

“Ora, no caso, a diferença assinalada (dano excedente) é manifestamente superior ao dobro do dobro do sinal. Significa que, além do dobro do sinal, deve ser levado em conta o dano resultante daquele excedente.

Como proceder neste caso?

A autora entregou a título de sinal a quantia de HK\$ 388.000,00, pelo que o dobro atinge a soma de HK 776.000,00. Mas, a diferença de valor da coisa era de HK\$ 2.420.000,00 à data de 31/10/2012.

Aqui, impõem-se-nos duas hipóteses.

1ª hipótese - Em primeiro lugar, consideremos a data de 31/12/2012.

Imaginemos que esta data deve ser adoptada no caso concreto.

É claro que a autora não pode receber o dobro do sinal mais o valor da diferença. Na verdade, o dano excedente é apenas HK\$ 2.420.000,00. Se o contrato tivesse sido cumprido a autora teria a coisa valorizada naquela cifra. Como a valorização acabou por beneficiar o contratante faltoso, e porque o prejuízo de um, como nos vasos comunicantes, beneficia o outro em igual e exacta medida, tem o não faltoso o direito a receber essa importância a título de indemnização. Assim o previu o legislador.

O que acontece é que a simples indemnização nesse valor diferencial corresponde ainda inteiramente ao valor do seu efectivo dano. Com efeito, não nos podemos esquecer que, se o incumprimento não tivesse tido lugar, a coisa seria da autora já com a valorização em causa. Ora, se a indemnização fosse de atribuir nesse valor somente, o faltoso não estaria a desembolsar do seu bolso tal importância, uma vez que parte dela seria já do promitente adquirente que lha tinha entregado a título de sinal.

Quer isto dizer – e é esta, aliás, a solução expressa no correspondente preceito do Código Civil português: art. 442º, nº 2, “fine” – que a autora tem direito a receber o seu sinal, bem como o dano excedente correspondente ao aumento do valor da coisa. Isto significa que a indemnização deveria ser esta:

HK\$ 2.420.000,00 + HK 388.000,00 = HK 2.808.000,00.

Ou noutra perspectiva:

HK 776.000,00 + HK 2.420.000,00 – 388.000,00 = HK 2.808.000,00.”.

Na segunda hipótese considerava o cálculo da indemnização a reportar à data do efectivo não cumprimento, no caso em 06/07/2010, opção que preferiu, remetendo o cálculo da indemnização para execução de sentença.

Ora perante os factos considerados como provados e os critérios adoptados, impõem-se as considerações seguintes.

Considera-se que a *simples indemnização nesse valor diferencial*, referindo-se à *diferença entre o valor da coisa prometida no contrato-promessa e a da mesma coisa no momento do incumprimento do contrato definitivo*, também no caso, *corresponde ainda inteiramente ao valor do seu efectivo dano*, pelo que deveria ser ainda restituído o valor que seria já do promitente-adquirente que a havia entregado a título de sinal. Ora havendo reconhecimento de que esse valor era o do dano efectivo, porém, não se distinguiu entre *dano efectivo e dano excedente*, não se retirando daí todas as consequências devidas.

Uma retirou-se, e bem, da *restituição do sinal prestado*, mas já não outra, a da *autonomização do outro tanto da indemnização pelo valor do sinal em dobro*, nem a devida consideração deste para a determinação do dano excedente, a apurar pela diferença entre o dano efectivo e o dano predeterminado no caso pelo sinal em dobro.

Ao comparar-se com o regime da indemnização pelo aumento do valor da coisa, do direito português, bem, considerou-se o dever de restituir o sinal, mas esqueceu-se que ali essa indemnização é alternativa ao sinal, e que não se trata de uma indemnização pelo dano excedente, que aliás não se admite, salvo convenção das partes, entre outras diferenças anteriormente enunciadas, como a de a indemnização pelo dano excedente ser cumulativa à do sinal.

O TSI afirma primeiro (p. 94, antepenúltimo parágrafo) que a previsão da lei:

“permite que o não incumpridor, nesse caso, ou seja, o promitente-adquirente, além do dobro do sinal possa aceder ainda à diferença entre o valor da coisa prometida à data da promessa e aquele que exista à data do incumprimento do contrato definitivo. Porque esse é o valor do dano excedente a que a norma se refere.”.

E depois (p. 95, antepenúltimo parágrafo) que:

“É claro que a autora não pode receber o dobro do sinal mais o valor da diferença. Na verdade, o dano excedente é apenas HK\$ 2.420.000,00. (...) O que acontece é que a simples indemnização nesse valor diferencial corresponde ainda inteiramente ao valor do seu efectivo dano.”.

De acordo com essa concepção do dano excedente, em abstracto como indemnização pelo aumento do valor da coisa e em concreto como dano efectivo, o TSI depara-se com a dificuldade de, pese embora entender ser devido o dobro do sinal cumulativamente com o dano excedente, ter de reduzir a indemnização pelo sinal em dobro ao sinal em singelo, este a restituir por ter sido entregue a título de sinal, sob pena de enriquecimento sem causa, mas sem ter como justificar a não indemnização pelo sinal, salvo pelos limites de indemnização pelo dano efectivo. A dificuldade é manifesta, pois fundamenta a primeira afirmação na previsão do n.º 4 do art. 436.º (pp. 92, 1.º e antepenúltimo parágrafo) e a segunda na aparente correspondência com a previsão do n.º 2 do art. 442.º do CCP (pp. 93 e 94, 1.º parágrafo). Como, aliás se nota no enunciado do sumário:

“VII. Perante um incumprimento definitivo de um contrato-promessa de cessão da posição contratual, pode o promitente cessionário exigir o valor em dobro do sinal entregue e ainda o valor do dano excedente, nos termos do art. 436.º, n.º 4, do CC, ficando, porém, a indemnização correspondente ao valor excedente acrescido do valor do sinal adiantado ao promitente incumpridor.”;

Que reduz a indemnização pelo dobro do sinal a uma indemnização pelo sinal adiantado pelo promitente incumpridor, embora sem o fundamentar.

Assim, no contexto da argumentação do TSI, quando se conclui, “Isto significa que a indemnização deveria ser esta: HK\$ 2.420.000,00 + HK 388.000,00 = HK 2.808.000,00.”, não se autonomiza o valor do sinal indemnizatório em relação ao dano efectivo, que se considerou como dano excedente no seu conjunto.

E quando se conclui, “*Ou noutra perspectiva: HK 776.000,00 + HK 2.420.000,00 – 388.000,00 = HK 2.808.000,00.*”, que não foi explicitada, contabilizou-se em conjunto o sinal em dobro, sem autonomizar a restituição do sinal e o valor do sinal, e embora pareça deduzir-se ao dano efectivo o valor do sinal, diferença que corresponderia ao valor do dano excedente, mas não se compreende como tal nem se explica a intencionalidade ou o fundamento da dedução (, embora antes se diga que não pode receber o sinal em dobro, em contradição no contexto da argumentação).

Ora, o *dano excedente* deve determinar-se, como vimos, pela diferença

entre o dano efectivo e o dano predeterminado pelo sinal, e, por sua vez, a *indemnização do dano efectivo pelo incumprimento* determina-se nos termos gerais e em concreto, e compreende o dano predeterminado em abstracto pelo sinal em dobro, ou seja, o sinal prestado e o valor do sinal indemnizatório, acrescido do dano excedente.

O cálculo efectuado no acórdão acabado de citar assenta no equívoco de considerar o *aumento do valor da coisa* como *dano excedente* e este como *dano efectivo*, quando o dano efectivo não coincide nem conceptualmente nem matematicamente com o dano excedente; é certo que pode suceder, com pode não suceder, que o aumento do valor da coisa corresponda ao dano efectivo, o que sucedia no caso, não havendo outros danos a considerar.

Assim, aquela outra perspectiva, ali não fundamentada, em outra formulação e se bem fundamentada, em nosso entender, poderia explicitar-se nestes termos: *Ou noutra perspectiva:*

$$[(\text{Restituição do sinal entregue} = \text{HK } 388.000,00) + (\text{pagamento do valor do sinal} = \text{HK } 388.000,00) = \text{HK } 776.000,00] + [\text{Dano excedente} = (\text{Dano efectivo} = \text{HK } 2.420.000,00) - (\text{sinal} = 388.000,00) = \text{HK } 2.032.000,00] = \text{HK } 2.808.000,00.$$

Na verdade, como podemos observar, também foi contabilizado o valor do sinal entregue e a restituir, e o valor do sinal a pagar como indemnização, oculto na *concepção* ou *confusão* do *dano efectivo* como *dano excedente*, com relevância no caso para o reconhecimento da autonomia das indemnizações e do vencimento de juros de mora, ou seja, o sinal prestado e o valor do sinal indemnizatório. A indemnização pelo valor do sinal em dobro que venceria juros a partir da interpelação de 10 de Julho de 2010, e a indemnização pelo dano excedente que vence juros desde que apurado, no caso, desde a data da decisão em última instância, de 29 de Novembro de 2019.

Por sua vez, pese embora no Ac. do TUI n.º 5/2017, de 30 de Março de 2017, se recuse o direito a indemnização pelo valor do sinal em dobro em caso de indemnização pelo dano excedente, neste Ac. do TUI n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019, já se parece admitir ou já não declarou não admitir essa indemnização, a que só não teria direito no caso concreto, mas apenas ao sinal em singelo de acordo com a condenação havida, e que a recorrente não impugnou, ao apreciar (p. 44) a questão do valor sobre o qual são devidos juros de mora.

Porém, abstraindo de outras possíveis considerações, tendo sido calculado pelo TSI, o TUI não questionou, como vimos, nem pedagogicamente, o critério de determinação nem o valor da indemnização pelo dano excedente, não tendo nesta oportunidade reconsiderado o critério adoptado anteriormente quanto a esta questão, sem esclarecimento sobre a admissibilidade cumulativa da indemnização pelo valor do sinal em dobro e da indemnização pelo dano excedente, e sobre os

juros de mora da indemnização determinada pelo sinal.

E quando confrontado em incidente de nulidade, no Ac. da TUI n.º 58/2017 (I), de 22 de Janeiro de 2020, fundado em *oposição entre a fundamentação e a decisão* (alínea c) do n.º 1 do art. 571.º CPC), *considerou-se que a mesma não existe, e em omissão de pronúncia* (alínea d) do n.º 1 do art. 571.º CPC), *sobre o pedido de indemnização do sinal em dobro, considerou não ter sido oportunamente suscitada e por isso infundado*, por se ter pronunciado sobre todas as questões suscitadas.

Recorda o TUI que, de acordo com o art. 598.º do CPC, que (n.º 1) ao recorrente cabe apresentar a sua alegação, na qual conclui, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos porque pede a alteração ou anulação da decisão, e que (n.º 2), versando o recurso sobre matéria de direito, as conclusões devem indicar (a) as normas jurídicas violadas e (b) o sentido com que, no entender do recorrente, as normas que constituem fundamento jurídico da decisão deviam ter sido interpretadas e aplicadas.

Pese embora não tenham sido reportadas e não se possam aqui analisar, concluiu o TUI que:

“E percorrendo as – extensas, e repetidas – alegações e conclusões da ora arguente, imperativo se nos apresenta afirmar que observado não foi o “ónus de alegar e formular conclusões” no que toca ao (agora) pretendido “dobro do sinal”, sendo de se concluir – como de forma acertada se fez no Acórdão prolatado – que, como “questões”, apenas as apreciadas foram as (efectivamente) colocadas.”. Mais:

“Cremos, aliás, que o sucedido tem uma razão de ser, e que se nos afigura ser o equívoco da ora arguente quanto ao verdadeiro alcance e sentido do decidido no Acórdão do Tribunal de Segunda Instância objecto do seu recurso para esta Instância, pois que considerou – indevidamente – que aí se decidiu condenar a ré a lhe pagar o “dobro do sinal”, (quando, como se viu, assim não foi), o que levou a que, as alegações apresentadas, o fossem nos termos que constam dos autos, com (meras) referências ao “dobro do sinal”, (não como “questão suscitada”), mas apenas como reprodução do que se considerava ter sido a decisão objecto do recurso que para este Tribunal apresentou.”.

Ora, do que podemos observar, a Autora, na sua petição inicial pediu indemnização, incluindo o valor do sinal em dobro e juros vencidos e vincendos, e indemnização relativa ao valor em excesso do sinal e juros vincendos, e perante a omissão de pronúncia sobre os juros pedidos, também à Segunda Instância, a mesma foi suscitada perante o Tribunal de Última Instância e apreciada (pp. 4 e 37 e ss, ponto 4., do Ac. do TUI n.º 58/2017, de 29 de Novembro de 2019), incluindo em incidente de nulidade (Ac. do TUI n.º 58/2017 (I), de 22 de Janeiro de 2020).

Porém, como nos parece termos demonstrado, a condenação incluiu o sinal em dobro, já conforme a demonstração aclarada da segunda perspectiva apresentada (p. 94 do Ac. do TSI n.º 872/2015, de 20 de Outubro de 2016), pese embora declaração equívoca em contrário e a falta de fundamentação da sua exclusão da indemnização, que de facto não excluiu, como não deveria excluir, tendo sido pedida e sendo reconhecida pela lei, no n.º 4 do art. 436.º, segundo o qual fundamentou a condenação.

Somos levados a concluir, no último entender do Venerando Tribunal de Última Instância, que no caso faltaria, por fim, perante a invocação do n.º 4 do art. 436.º do Código Civil, indicar o sentido com que, no entender do recorrente, as normas que constituem fundamento jurídico da decisão deviam ter sido interpretadas e aplicadas, o que nos parece incluir uma declaração de abertura ao sentido em que deveriam ter sido interpretadas e aplicadas.

12. Considerações finais

Em resposta à questão inicial, podemos concluir que a indemnização pelo dano excedente foi adoptada e consagrada como direito garantido por lei no caso de predeterminação do dano pelo sinal. Mais, que, em caso de predeterminação do dano por cláusula penal, regime precedente no sistema jurídico anteriormente em vigor, se inverteu a regra de a indemnização pelo dano excedente depender de convenção, para se admitir como regra a indemnização pelo dano excedente e fazer depender a sua exclusão de convenção em contrário.

Não se optou, porém, pelo aumento equitativo do sinal ou da cláusula penal, sendo certo que se consagrou em comum a redução equitativa para o sinal e para a cláusula penal manifestamente excessivos, sendo nula qualquer estipulação em contrário.

A mudança de paradigma resulta da alteração de um modelo de não admissibilidade da indemnização pelo dano excedente em caso de cláusula penal salvo convenção para um modelo de admissibilidade legal da indemnização pelo dano excedente garantido a título supletivo em caso de cláusula penal e a título imperativo em caso de sinal, entendimento a que aderimos, sem prejuízo de melhor apreciação.

Ora, no âmbito do regime do sinal e da cláusula penal, que são cláusulas de predeterminação do dano, que em regra fixam previamente o valor da indemnização e excluem qualquer outro dano indemnizável, a lei prevê a indemnização pelo dano excedente, como antes previa mediante convenção das partes no regime da cláusula penal, mas sem a definir ou caracterizar expressamente, embora prevendo agora expressamente um pressuposto adicional de admissibilidade ou

de ressarcibilidade, comum ao sinal e à cláusula penal.

Por isso, sem prejuízo, entre outras, da questão da determinação do dano excedente indenizável, é necessário, ou pelo menos útil, caracterizar e definir previamente a indemnização pelo dano excedente, tendo presente o regime legal estabelecido.

Começando, naturalmente, por se dever distinguir a indemnização pelo dano excedente de outras modalidades de indemnização que possam ter afinidades, como a indemnização pelo aumento do valor da coisa ou direito, uma vez que a perda do aumento do valor da coisa constitui um dos danos mais frequentes, sofrido pelo promitente-comprador, perante o não cumprimento do contrato-promessa pelo promitente-vendedor, designadamente por ter vendido por preço superior, indemnização que se poderia admitir em alternativa à indemnização pelo valor do sinal em dobro, não esquecendo que o valor do sinal em dobro corresponde à restituição do sinal entregue e ao valor do sinal de indemnização. Porém, a indemnização pelo aumento do valor da coisa, não deve confundir com a indemnização pelo dano excedente, dada a diversidade dos seus pressupostos e dos seus efeitos, embora com a afinidade de poderem reparar o dano da perda do aumento do valor da coisa, especialmente visado na indemnização pelo aumento do valor da coisa, e de esse poder eventualmente coincidir com o dano excedente.

Ora, como vimos, ainda que preliminarmente, a indemnização pelo dano excedente constituiria a indemnização pelo dano efectivo que excede o dano predeterminado pelo sinal, ou pela cláusula penal, ou por outras formas de predeterminação legal ou convencional, portanto de uma indemnização pela parte ou pela porção do dano integral, efectivo ou indenizável, ou simplesmente pela parte excedente do dano, autónoma e cumulativa com o sinal, ou com a cláusula penal, com características, pressupostos e efeitos próprios. De uma forma de predeterminação legal pode ser exemplo a referida fixação da renda em dobro para indemnização pelo atraso na restituição da coisa locada.

Entre essas características devemos salientar, no âmbito deste estudo, também por contraposição à indemnização pelo aumento do valor da coisa, como vimos, a natureza cumulativa da indemnização pelo dano excedente, pois esta indemnização visa cobrir a parte restante ou excedente do dano não coberto com a indemnização predeterminada pelo sinal, ou pela cláusula penal, tendo em vista a reparação integral ou a reparação do dano indenizável, por isso se pode dizer também uma indemnização suplementar. Por outro lado, quanto aos pressupostos, além do dano excedente, ou seja de um dano excedente ao predeterminado, exige-se um dano consideravelmente superior, e os demais pressupostos da indemnização, incluindo uma relação de causalidade adequada e a culpa devedor, e quanto aos efeitos, a reparação ou indemnização do dano excedente, tendo como objecto todo o dano não indemnizado pela indemnização

predeterminada ou prefixada, que pode não coincidir com o aumento do valor da coisa, como vimos, como pode não coincidir com o que seria o aumento equitativo.

Ora, perante a previsão de um pressuposto adicional de ressarcibilidade para a indemnização pelo dano excedente, como alternativa ao aumento equitativo da indemnização pelo sinal e pela cláusula penal, numa opção intermédia em relação à simples indemnização pelo dano excedente, seria importante desenvolver e aprofundar o seu estudo, designadamente o pressuposto adicional da ressarcibilidade do dano excedente, ou da parte excedente do dano, ou seja, quando, para este efeito, será o dano consideravelmente superior ao dano predeterminado pelo sinal ou pela cláusula penal. Tem sido entendido que é pressuposto da ressarcibilidade do dano excedente ser o dano efectivo consideravelmente superior ao dano predeterminado, mas pode questionar-se se não se exige antes ou cumulativamente que o próprio dano excedente seja consideravelmente superior ao dano predeterminado.

Perante os casos analisados e as questões suscitadas e objecto de análise, respectivamente, a determinação do regime da indemnização pelo dano excedente, do seu objecto, do momento da sua determinação, do pressuposto adicional de um dano consideravelmente superior, e de questões conexas, como a da indemnização pelo ilícito da mora no cumprimento da obrigação de indemnização pelo sinal e pelo dano excedente, incluindo as questões da determinação do momento da constituição em mora e do seu objecto, e que pressupõem o reconhecimento da sua autonomia e a determinação prévia da indemnização pelo sinal e pelo dano excedente, pela observação da jurisprudência recente podemos verificar que se vai fazendo o caminho, não isento de dificuldades, superadas algumas, outras a superar.

Por fim, essa análise contribui também para permitir apurar em que medida pode a lei prosseguir os fins visados e garantir o direito à indemnização justa no caso concreto, ou de garantir a indemnização do dano efectivo, prosseguindo a protecção efectiva dos direitos do credor. Ora, pese embora a exigência de concretização judicial caso a caso do dano excedente indemnizável, com os custos da incerteza e os benefícios da justiça do caso, a previsão da lei poderá desincentivar o estabelecimento de convenções de cláusulas de predeterminação susceptíveis de incentivar o pedido de indemnização pelo dano excedente e práticas contratuais de execução dos contratos, nomeadamente dos contratos-promessa, susceptíveis de gerar um dano excedente merecedor de tutela e, onerando o credor com o ónus da prova do dano excedente, tenderia a condicionar e moderar o pedido de indemnização que só seria procedente quando o dano seja consideravelmente superior.

Podendo deparar com obstáculos e equívocos no caminho do direito e da

justiça, de cada dia, na jurisprudência e na doutrina, a que não somos imunes e de que não estamos isentos, o contributo dos pedidos e das decisões judiciais analisadas, para o levantamento e o esclarecimento das questões suscitadas e o apuramento do regime aplicável à indemnização pelo dano excedente, é eloquente na revelação do carácter problemático do direito e do *bonum arduum* da realização da justiça.

A TUTELA CAUTELAR NA NOVA LEI DE ARBITRAGEM DE MACAU

João Ilhão Moreira

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Fátima Dermawan

Advogada, MdME Advogados

Resumo: A dificuldade em garantir a tutela cautelar efetiva em processos arbitrais foi tradicionalmente uma das limitações da arbitragem enquanto meio de resolução de disputas. De facto, até recentemente, esta era uma área que a maior parte dos textos legislativos raramente consideravam de forma completa. Assim foi também em Macau, onde o Decreto-Lei n.º 29/96/M e o Decreto-Lei Decreto-Lei n.º 55/98/M continham limitada regulação desta matéria. Com a Nova Lei de Arbitragem de Macau (Lei n.º 19/2019) este cenário alterou-se profundamente, oferecendo agora o legislador detalhada regulação relativamente à tutela cautelar em arbitragem. Em parte, designadamente quanto às questões das medidas provisórias e das ordens preliminares decretadas por um tribunal arbitral, as soluções agora definidas não divergem dos padrões estabelecidos internacionalmente. Porém, relativamente à figura do árbitro de emergência, a nova Lei cria um regime sem paralelo noutras jurisdições, permitindo, designadamente, a utilização desta figura no contexto de arbitragens *ad hoc*. Ainda que tal novidade possa ser aparentemente interessante, dificuldades na utilização desta figura fora do contexto de arbitragens institucionais limitam a utilidade desta opção na prática arbitral, levantando o novo texto legislativo questões de interpretação difíceis de resolver.

Palavras-chave: Arbitragem; árbitro de emergência; medidas provisórias; ordens preliminares.

1. Introdução

Distantes vão os tempos em que a falta de soluções que permitissem a tutela de emergência era apontada como uma das fragilidades da arbitragem.¹ Hoje encontra-se na prática internacional uma tendência cada vez mais generalizada para aceitar não só que os tribunais judiciais podem decretar medidas cautelares em apoio a um procedimento cautelar futuro ou presente, como também que os próprios tribunais arbitrais podem decretar tais medidas.² Dificuldades encontram-se ainda, porém, relativamente à capacidade de, em tempo, exercer e, na prática, executar estas possibilidades processuais.³ Por um lado, o recurso ao tribunal arbitral para a decretação de medidas provisórias esbarra na dilação temporal frequentemente associada à sua formação. Dificuldades decorrentes de dúvidas relativas à susceptibilidade de execução de tais medidas são também frequentes. Por outro lado, se o recurso aos tribunais judiciais causa menos dificuldades práticas, é frequentemente uma solução de segundo óptimo para as partes. De facto, se através da cláusula arbitral as partes pretenderam precisamente evitar os tribunais judiciais, a obrigação de recorrer aos mesmos para obter uma decisão cautelar não se afirma uma opção ideal.

Por tudo isto, o tema da tutela de emergência em arbitragem continua a ser um tema complexo, tendo exigido, em diferentes jurisdições considerável atenção do legislador. Tal fica patente na nova Lei de Arbitragem de Macau (Lei n.º 19/2019) em que dos 86 artigos da Lei 16 lidam com as diferentes questões relativas à tutela de emergência. Na regulação destas matérias, o legislador macaense de facto não só adoptou soluções já comumente encontradas em

-
- 1 V. V. VEEDER, “Provisional and conservatory measures”, texto apresentado no “*New York Convention Day*”, em Nova Iorque em 10 de junho de 1998, publicado pelas Nações Unidas em *Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospects*, 1999, pp. 21-23, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Algumas Notas Sobre Medidas Cautelares no Direito Comparado da Arbitragem*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 71.ii, Lisboa, 2011, e PEDRO CAETANO, VI congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Intervenção, “*Arbitragem e Medidas Cautelares. Algumas Notas*”, Almedina, 2013.
 - 2 ANDRÉ ABBUD / DANIEL LEVY / RAFAEL FRANCISCO ALVES, *The Brazilian Arbitration Act: A Case Law Guide*, Kluwer Law International, 2019, p. 115, MARIE-ÉLODIE ANGEL, “Le nouveau droit français de 1^{er} arbitrage: le meilleur de soi-même”, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Cfr., Vol. IV, N.º 3, 2011, pp. 822-835, PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, 4.ª edição, Kluwer Law International, pp. 289 e ss, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO / ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 346 e ss.
 - 3 ARMINDO RIBEIRO MENDES, “As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano 2009, Almedina, 2009, pp 57-113.

outras jurisdições, mas também propôs possibilidades inovadoras não existentes noutras jurisdições. Assim, ao lado de permitir o decretamento de providências cautelares pelo tribunal judicial e o decretamento de medidas provisórias e ordens preliminares pelo tribunal arbitral, o legislador macaense estabeleceu também um regime inovador para a figura do árbitro de emergência.

Neste texto, num primeiro momento, daremos algumas notas sobre as figuras das medidas provisórias e ordens preliminares, procurando avaliar a abordagem da tutela cautelar na nova Lei de Arbitragem. Num segundo momento, analisaremos o mecanismo do árbitro de emergência regulado na nova Lei de Arbitragem, confrontando as principais características do árbitro de emergência comuns às regras das principais instituições arbitrais com a abordagem macaense. Sugeriremos como as disposições relativas ao árbitro de emergência devem ser interpretadas de forma a permitir um sistema de arbitragem de emergência viável num contexto *ad hoc* e, mais importante, compatível com as regras institucionais existentes. Por fim, concluiremos o texto com breves notas relativas à possibilidade de um tribunal judicial decretar providências cautelares num processo sujeito a uma cláusula arbitral.

2. Questão prévia: a terminologia usada na Lei de Arbitragem de Macau

Antes de nos debruçarmos sobre o tema do árbitro de emergência, convém, porém, primeiro referir a terminologia empregue na nova Lei de Arbitragem de Macau relativamente à tutela cautelar. Diferentemente da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional sobre Arbitragem Comercial Internacional (com as alterações adoptadas em 2006) (“Lei Modelo”) em que a lei usa o mesmo termo (“*interim measure*”) para se referir às providências cautelares decretadas pelos tribunais judiciais e pelos tribunais arbitrais, na Lei de Arbitragem de Macau, os termos para os diferentes tipos das providências cautelares dependem de o decisor ser o tribunal judicial ou tribunal arbitral.

Assim, de acordo com o artigo 2.º da Lei de Arbitragem de Macau: i) “providências cautelares” referem-se às medidas cautelares decretadas pelo tribunal judicial, não abrangendo as medidas decretadas pelo tribunal arbitral; ii) “medidas provisórias” são medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral antes de proferir a decisão arbitral que resolve definitivamente o litígio; iii) “ordens preliminares” referem-se às medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral sem audição da parte contrária. Por fim, o legislador utiliza o termo “medidas provisórias urgentes” para referir as medidas cautelares decretadas pelo árbitro de emergência, antes da constituição do tribunal arbitral.

3. Medidas provisórias e ordens preliminares

A Lei de Arbitragem de Macau contém um capítulo inteiramente dedicado a regular a matéria das medidas provisórias e ordens preliminares (capítulo V – artigos 36.º a 45.º).⁴

Em matéria de medidas provisórias e ordens preliminares, a Lei de Arbitragem de Macau não apresenta diferenças substantivas face à Lei Modelo.⁵ Ainda assim deve notar-se que, diferentemente da Lei Modelo, a Lei de Arbitragem de Macau prevê expressamente regras relativas ao reconhecimento de medidas provisórias decretadas fora de Macau.⁶ À semelhança do regime previsto na Lei Modelo⁷, o poder dos tribunais arbitrais de decretar medidas provisórias e ordens preliminares vem estabelecido de modo supletivo nos artigos 36.º, n.º 1, e 38.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem de Macau.

3.1. O regime de medidas provisórias

O regime das medidas provisórias encontra-se previsto nos artigos 36.º, 37.º e 40.º a 45.º da Lei de Arbitragem de Macau. Note-se que os artigos 40.º a 43.º são normas comuns às medidas provisórias e às ordens preliminares. Como resulta da alínea 8) do artigo 2.º da Lei de Arbitragem, as medidas provisórias são medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral. Trata-se, portanto, das medidas de carácter temporário decretadas na pendência do processo arbitral principal e destinadas a prevenir o perigo resultante da demora a que está sujeito o processo arbitral.⁸ Através de medidas provisórias, o tribunal arbitral pode ordenar

4 Cfr. artigo 38.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem de Macau. Sobre a adopção da figura das ordens preliminares na versão de 2006 da Lei Modelo, *vide*, em particular, os relatórios do Grupo de Trabalho II da UNCITRAL: UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its forty-first session*, document A/CN.9/569 (de 4 de Outubro de 2004), *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its forty-second session*, document A/CN.9/573 (de 27 de Janeiro de 2005), e *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its forty-third session*, document A/CN.9/589 (de 12 de Outubro de 2005), todos disponível em <https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration> (consultado pela última vez em 1 de Setembro de 2021). *Vide*, ainda, HANS VAN HOUTTE, “Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration”, in *Arbitration International*, Vol. 20, N.º 1, Março de 2004, pp. 85-96.

5 Cfr. PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, pp. 297-300.

6 Cfr. artigos 44.º, n.º 5, e 72.º da Lei de Arbitragem.

7 Cfr. artigos 17.º e 17.º-B da Lei Modelo.

8 ARMINDO RIBEIRO MENDES, *As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)*, pp. 100-106.

a uma parte que assuma ou se abstenha de certos comportamentos.⁹

Relativamente aos requisitos das medidas provisórias, a Lei de Arbitragem macaense, em consonância com a Lei Modelo, prevê que, para requerer uma medida provisória, o requerente deve demonstrar ao tribunal arbitral a presença cumulativa de três condições. Em primeiro lugar, o requerente deve demonstrar que, se a medida provisória não for ordenada, é provável que ocorra um dano não adequadamente reparável por uma indemnização (tipicamente designado o *periculum in mora*). Em segundo lugar, deve o requerente demonstrar o que esse dano excede substancialmente aquele que resultaria para a parte contra a qual a medida foi requerida. Por fim, o requerente deve demonstrar que existe uma possibilidade razoável de que terá êxito quanto ao mérito do seu pedido (o *fumus boni iuris*). Além destes requisitos de carácter substantivo, em termos de requisitos procedimentais, o decretamento de tais medidas depende, naturalmente, do pedido de uma das partes e da prévia constituição do tribunal arbitral.

3.2. O regime de ordens preliminares

O regime das ordens preliminares consta dos artigos 38.º a 43.º da Lei de Arbitragem de Macau. Ao lado das denominadas medidas provisórias e medidas provisórias urgentes, a Lei de Arbitragem de Macau concede ainda à parte que apresente um pedido de medida provisória a possibilidade de, simultaneamente, requerer ao tribunal arbitral a emissão de uma ordem preliminar, sem audição prévia da parte contrária, para que não seja frustrado o objectivo da medida provisória solicitada.¹⁰

Estabelecendo um paralelismo com o regime do procedimento cautelar no Código de Processo Civil macaense, as ordens preliminares são, de certo modo, semelhantes às providências cautelares sem citação e contraditório da parte requerida previstas no artigo 330.º do Código de Processo Civil.¹¹ Contudo, comparando com as providências requeridas perante os tribunais judiciais, as ordens preliminares apresentam três especificidades importantes: i) são dependentes de uma medida provisória, cujo objectivo pretendem assegurar e com a qual devem ser requeridas conjuntamente¹², ii) caducam obrigatoriamente no prazo de 20 dias

9 Cfr. artigo 36.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem.

10 Cfr. artigo 38.º da Lei de Arbitragem. Vide, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Providências cautelares sem contraditório decretadas por tribunal arbitral”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano 2017, Almedina, 2017, pp. 160-168.

11 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem em Comentário à Lei 63/2011*, de 14 de Dezembro, Almedina, Coimbra, 2016, p. 240.

12 Cfr. artigo 38.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem.

após a data do seu decretamento pelo tribunal arbitral¹³, e iii), embora vinculem as partes, não são susceptíveis de execução pelo tribunal judicial¹⁴.

Retivamente aos requisitos do decretamento de ordens preliminares, o requisito em primeira linha é o de que o tribunal arbitral deve considerar que a prévia divulgação do pedido de medida provisória à parte contra a qual ela foi requerida pode implicar o risco de frustração do objectivo da medida.¹⁵ Além disso, os requisitos aplicáveis às medidas cautelares – *periculum in mora e fumus boni iuris* –, previstos no artigo 37.º da Lei de Arbitragem de Macau, também são aplicáveis às ordens preliminares, com a ressalva de que o dano a avaliar para os efeitos do requisito do *periculum in mora* será o que pode resultar do decretamento ou não da ordem preliminar.¹⁶

A propósito da regra que determina a insusceptibilidade de execução de ordens preliminares¹⁷, coloca-se a questão de saber o que sucede no caso de não cumprimento de uma ordem preliminar pela parte requerida. Há quem entenda que, neste caso, à luz dos artigos 39.º, n.º 4, e 40.º da Lei de Arbitragem macaense, se justifica a adopção imediata pelo tribunal arbitral de uma medida provisória oficiosa e de conteúdo idêntico ou modificado da ordem preliminar que foi incumprida, fixando-se prazo à parte faltosa para apresentar a sua posição sobre a ordem preliminar.¹⁸ A medida provisória assim decretada pelo tribunal arbitral já será passível de execução por um tribunal judicial de acordo com o disposto no artigo 44.º da Lei de Arbitragem de Macau. Além do decretamento de uma medida provisória, para acautelar a efectividade das ordens preliminares, uma parte da doutrina entende que deve ser possível ao tribunal arbitral aplicar a sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 333.º do Código Civil de Macau.¹⁹

13 Cfr. artigo 39.º, n.º 4, da Lei de Arbitragem.

14 Cfr. artigo 39.º, n.º 6, da Lei de Arbitragem.

15 Cfr. artigo 38.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem.

16 Cfr. artigo 38.º, n.º 3, da Lei de Arbitragem.

17 Cfr. artigo 39.º, n.º 6, da Lei de Arbitragem. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its forty-second session*, cit., p. 8, § 27, e *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its forty-third session*, cit., p. 10, § 49.

18 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 110.

19 MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA *et al.*, *Lei de Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 316, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem em Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 244, e CAROLINA PITTA E CUNHA, “Tutela cautelar”, in Catarina Monteiro Pires *et al.* (coord.), *Manual de Arbitragem Internacional Lusófona*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2020, p. 342.

3.3. Regras comuns às medidas provisórias e às ordens preliminares

Os artigos 40.º a 43.º da Lei de Arbitragem de Macau são normas comuns às medidas provisórias e às ordens preliminares, regulando os seguintes aspectos: i) a possibilidade de o tribunal arbitral alterar, suspender e revogar medidas provisórias e ordens preliminares por si decretadas (artigo 40.º); ii) a exigibilidade pelo tribunal arbitral da prestação de garantia pela parte que solicite uma medida provisória ou uma ordem preliminar – note-se que o incumprimento da decisão de prestação de garantia da medida provisória é fundamento de recusa da sua execução (artigos 41.º e 45.º, n.º 1, alínea 1)); iii) a imposição às partes de um dever de comunicar ao tribunal arbitral qualquer alteração material das circunstâncias com base nas quais a medida provisória foi pedida ou decretada ou, no caso das ordens preliminares, das circunstâncias que possam ser relevantes para a decisão de decretar ou manter a mesma (artigo 42.º); iv) a possibilidade de responsabilização da parte requerente pelos custos e pelos eventuais prejuízos causados pelo decretamento da medida provisória ou pela ordem preliminar (artigo 43.º).

3.4. Reconhecimento e execução das medidas provisórias

A Lei de Arbitragem de Macau contém uma secção especificadamente dedicada ao reconhecimento e execução das medidas provisórias (artigos 44.º e 45.º). Trata-se de regras aplicáveis às medidas provisórias decretadas em arbitragens domésticas ou fora de Macau²⁰, mas não às ordens preliminares, as quais não são passíveis de execução coerciva pelo tribunal judicial.²¹

Uma medida provisória decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, salvo decisão em contrário do tribunal arbitral, deve ser executada mediante requerimento dirigido ao tribunal judicial, independentemente do lugar em que tenha sido decretada²². A exclusão da possibilidade de execução coerciva pelo tribunal arbitral pode justificar-se por existirem situações em que este considera que o decretamento da medida provisória é, por si só, suficiente para assegurar o cumprimento pelo requerido.²³ Em qualquer caso, a parte requerente deve comunicar ao tribunal judicial qualquer alteração, suspensão ou revogação da medida provisória pelo tribunal arbitral. Note-se ainda que o tribunal judicial pode também ordenar à parte requerente que preste garantia, desde que o tribunal

20 *Cfr.* artigo 44.º da Lei de Arbitragem.

21 *Cfr.* artigo 39.º, n.º 6, da Lei de Arbitragem e artigo 17.ºC, n.º 5, da Lei Modelo.

22 *Cfr.* artigo 44.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem.

23 *Cfr.* ARMINDO RIBEIRO MENDES, *in* DÁRIO MOURA VICENTE (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 105.

arbitral não o tenha feito ou caso essa prestação for necessária para salvaguardar interesses de terceiro.²⁴

Da mesma forma que relativamente às sentenças arbitrais os poderes de revisão do tribunal judicial são reduzidos, também quanto às medidas provisórias a recusa de execução foi construída de forma a limitar o poder de revisão por parte de um tribunal judicial. Assim, o tribunal judicial apenas pode recusar o reconhecimento ou a execução de uma medida provisória com base nos fundamentos previstos no artigo 45.º da Lei de Arbitragem de Macau.²⁵ Os fundamentos de recusa previstos na alínea 1) do n.º 1 do artigo 45.º têm de ser invocados pela parte contra a qual a medida foi solicitada, já os fundamentos previstos na alínea 2) do mesmo número são de conhecimento oficioso do tribunal judicial. A decisão do tribunal judicial relativa aos fundamentos de recusa só produz efeitos ao nível do pedido de reconhecimento ou de execução da medida provisória, não podendo o tribunal judicial rever o mérito do decretamento da medida provisória.²⁶

4. O Árbitro de Emergência em Macau

Embora a Lei de Arbitragem de Macau seja fortemente inspirada na Lei Modelo, o legislador macaense decidiu inovar ao incluir normas que regem a designação e competência de árbitros de emergência. Trata-se de uma inovação sem correspondência noutras legislações arbitrais. Com efeito, algumas leis de arbitragem tratam da arbitragem de emergência para garantir a exequibilidade das medidas decretadas pelos árbitros de emergências²⁷, sem, contudo, prever detalhes sobre o regime aplicável a estes.²⁸ De facto, por norma, o regime

24 Cfr. artigo 44.º, n.ºs 2 e 3, da Lei de Arbitragem e artigo 17.ºH, n.ºs 2 e 3, da Lei Modelo.

25 Estes correspondem aos estabelecidos no artigo 17.º I da Lei Modelo. Para uma interpretação destes fundamentos veja-se HOWARD M. HOLTZMANN, JOSEPH NEUHAUS, EDDA KRISTJANSDOTTIR E THOMAS WALSH, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 2015, pp. 159 e ss.

26 Cfr. artigo 45.º, n.ºs 2 e 3, da Lei de Arbitragem e artigo 17.º I, n.º 2, da Lei Modelo.

27 Por exemplo, a legislação de arbitragem de Hong Kong e Singapura autoriza os tribunais locais a executarem as medidas concedidas pelos árbitros de emergência. Cfr. CHIANN BAO, “Developing the Emergency Arbitrator Procedure: The Approach of the Hong Kong International Arbitration Center”, in DIORA ZIYAEVA *et. al.* (coord.), *Interim and Emergency Relief in International Arbitration - International Law Institute Series on International Law, Arbitration and Practice*, Juris Publishing, 2015, p. 283.

28 A lei de arbitragem da Bolívia, tal como alterada em 2015, representa talvez a única excepção,

aplicável à arbitragem de emergência encontra-se previsto nas regras de arbitragem institucional, não sendo os árbitros de emergência considerados uma alternativa na arbitragem *ad hoc*.

Apesar da crescente popularidade do árbitro de emergência como uma opção em arbitragens institucionais²⁹, a sua aplicação no contexto de arbitragens *ad hoc* levanta uma série de dificuldades. Com efeito, é difícil operar um sistema de arbitragem de emergência sem o apoio de uma instituição arbitral que assuma o papel de nomear o árbitro de emergência e estabeleça um conjunto de regras nas quais o árbitro de emergência possa basear-se. Como a celeridade é o ponto essencial da arbitragem de emergência, utilizar uma instituição arbitral é a opção mais simples para obter uma designação, em tempo, de um árbitro de emergência. Acresce que, a falta de regulamentação nas leis arbitrais desincentiva as tentativas de usar árbitro de emergência fora de arbitragem institucionais.

A nova Lei de Arbitragem de Macau oferece uma abordagem que permite, em teoria, contornar estas questões. No entanto, a lei não oferece uma regulamentação completa do árbitro de emergência, não resolvendo, na prática, todos os problemas que se colocarão em tentativas de criar um processo de árbitro de emergência em arbitragens *ad hoc*. Como veremos, a falta de substância nas disposições em causa levanta algumas questões de interpretação que não são fáceis de resolver. Antes, porém, de procedermos à análise das provisões da Lei de Arbitragem relativamente a esta matéria, é necessário contextualizar a evolução da figura do árbitro de emergência.

4.1. O Árbitro de Emergência: Generalidades

O árbitro de emergência refere-se a um mecanismo que providencia auxílio urgente e imediato para situações em que o tribunal arbitral ainda não foi constituído. A primeira tentativa de estabelecer um mecanismo com estas características remonta ao início dos anos 90, quando a Câmara de Comércio Internacional estabeleceu o *Pre-Arbitral Referee Procedure*³⁰. Embora esta primeira tentativa não tenha tido muito sucesso³¹, futuras abordagens por outras

oferecendo detalhes sobre os poderes do árbitro de emergência e sobre o procedimento a seguir pelo árbitro de emergência. Cfr: Lei de Conciliação e Arbitragem da Bolívia n.º 708, artigos 67.º a 71.º.

29 Cfr: MONIKA FEIGERLOVÁ, “Emergency Measures of Protection in International Arbitration” in *International and Comparative Law Review*, Vol. 18, 2018, p. 156.

30 Cfr: KASSI TALLENT, ‘Emergency Relief Pending Arbitration in the U.S. Context’ in DIORA ZIYAEVA *et. al.* (coord.), *Interim and Emergency Relief in International Arbitration - International Law Institute Series on International Law, Arbitration and Practice*, Juris Publishing, 2015, p. 287.

31 Cfr: GRANT HANESSIAN / ALEXANDRA DOSMAN, “Songs of Innocence and Experience: Ten Years of

instituições seriam mais bem-sucedidas.

Assim foi com os procedimentos de ‘árbitro de emergência’ estabelecidos *International Centre for Dispute Resolution* (“ICDR”) em 2006, sendo este conjunto de regras normalmente considerado o precursor do árbitro de emergência hodiernamente utilizado. É importante referir que o árbitro de emergência do ICDR foi estabelecido como um mecanismo de *opt-out*, ou seja, determinou que o regime do árbitro de emergência é aplicável, a menos que as partes concordem expressamente em não permitir o recurso a este mecanismo. Tratou-se de uma abordagem seguida posteriormente por outras instituições arbitrais, tendo permitido que o árbitro de emergência se tornasse num mecanismo amplamente utilizado na arbitragem comercial internacional.

Na sua essência, o árbitro de emergência cumpre uma necessidade processual simples: até à formação de um tribunal arbitral, as partes sujeitas a uma convenção de arbitragem encontram-se numa posição difícil se precisarem de tutela cautelar³². Como a formação de um tribunal arbitral pode, na prática, levar várias semanas, as partes precisam de alternativas para evitar perdas graves e garantir a eficácia da sentença final. Embora, em teoria, as partes possam contar com os tribunais judiciais para obter medidas cautelares, isso levanta um conjunto de dificuldades específicas, uma vez que nem todos os tribunais nacionais podem ou estão dispostos a auxiliar um processo arbitral³³.

Embora os detalhes possam variar, as regras de arbitragem de emergência das instituições arbitrais partilham das mesmas características essenciais. Em primeiro lugar, o processo para a designação do árbitro de emergência é extremamente simplificado, sendo a designação normalmente efectuada no prazo de poucos dias.³⁴ Enquanto no processo arbitral principal a designação do

Emergency Arbitration”, in *The American Review of International Arbitration Journal*, Vol. 27, 2016, p. 216.

32 GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2.ª edição, Kluwer Law International, 2014, p. 2426.

33 Além disso, algumas leis nacionais limitam as circunstâncias em que podem ser ordenadas medidas provisórias ordenadas pelo tribunal no âmbito de um litígio que está sujeito a arbitragem. Por exemplo, a Lei de Arbitragem inglesa estabelece que é concedido a um tribunal inglês o poder de ordenar medidas provisórias em auxílio da arbitragem apenas em determinadas circunstâncias (por exemplo, apenas a conservação de provas ou bens em caso de urgência); em todas as outras circunstâncias, o tribunal só pode conceder medidas provisórias com a “autorização” do tribunal ou se o tribunal não puder agir. *Ibidem*, p. 2543.

34 *Cfr.* por exemplo, Regulamento de Arbitragem da CCI, Apêndice V, artigo 2, n.º 1: “O Presidente deverá nomear um árbitro de emergência dentro do menor prazo possível, normalmente em dois dias contados da recepção, pela Secretaria, da Solicitação.” *Cfr.* também LCIA Arbitration Rules de 2014, artigo 9, n.º 6: “um Árbitro de Emergência será nomeado pelo Tribunal do LCIA dentro de três dias do recebimento do requerimento de registo” e as Regras de Arbitragem do

árbitro frequentemente envolve a participação das partes na seleção do painel de árbitros, na arbitragem de emergência, devido à sua urgência, a designação cabe exclusivamente à instituição. Além disso, para garantir uma assistência atempada, a maioria das instituições arbitrais prevê prazos apertados entre cinco e quinze dias para o árbitro de emergência tomar a sua decisão.³⁵

É de notar que, além de nomear o árbitro de emergência, algumas instituições arbitrais também desempenham um papel de filtragem, negando pedidos manifestamente inadmissíveis.³⁶ É o caso da Câmara de Comércio Internacional onde o Presidente da Corte Internacional de Arbitragem, com base na informação contida no pedido apresentado pelo requerente, pode decidir se o procedimento do árbitro de emergência deverá prosseguir ou não.³⁷ Na prática, isso significa que o procedimento do árbitro de emergência somente avançará caso o Presidente da Corte considere que as partes estabeleceram uma convenção de arbitragem à qual se aplicam as regras do árbitro de emergência. Outras instituições, designadamente, o Centro de Arbitragem Internacional de Hong Kong, o Centro de Arbitragem Internacional de Singapura e o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo preveem regras semelhantes.³⁸

Após a designação, o árbitro de emergência dispõe de amplos poderes para atender aos pedidos das partes. Embora as regras de arbitragem geralmente não estabeleçam expressamente quais os poderes do árbitro de emergência, as medidas decretadas pelo árbitro de emergência na prática são amplas, não se distinguindo, neste aspecto, das medidas provisórias decretadas por um tribunal arbitral. Pode, assim, o árbitro de emergência, a título de exemplo,

Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo (“SCC”) de 2017, Apêndice II, artigo 4, n.º 1 (“*O Conselho deve procurar nomear um Árbitro de Emergência no prazo de 24 horas após o recebimento do pedido*”).

35 Cfr. Regulamento de Arbitragem da CCI (2017), Anexo V, artigo 6.º, n.º 4 (“*A Ordem deverá ser proferida em no máximo 15 dias contados da data em que os autos foram transmitidos*”) e as Regras de Arbitragem do SCC de 2017, Apêndice II, artigo 8.º, n.º 1 (“*Qualquer decisão de emergência sobre medidas provisórias deve ser feita no máximo 5 dias a partir da data em que o pedido for referido ao Árbitro de Emergência*”).

36 HANESSIAN / DOSMAN, *Songs of Innocence and Experience: Ten Years of Emergency Arbitration*, p. 218.

37 Cfr. Regulamento de Arbitragem da CCI (2017), Apêndice V, artigo 1.º, n.º 5.

38 Cfr. Regras de Arbitragem do SCC (2017), Apêndice II, artigo 4.º, n.º 2 (“*um Árbitro de Emergência não será nomeado se a SCC manifestamente não tiver jurisdição sobre a disputa*”), Regulamento de Arbitragem do Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong (“HKIAC”), Anexo 4, 4 (“*Se o HKIAC determinar que deve aceitar o pedido*”), Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura (“SIAC”), Anexo 1, 3 (“*O Presidente deverá, caso determine que a SIAC deva aceitar o requerimento de medidas provisórias urgentes, procurar nomear o Árbitro de Emergência*”).



ordenar a preservação de bens ou propriedade, ordenar a proibição de venda de produtos em violação das obrigações contratuais, determinar a reintegração ou destituição de titulares de órgãos sociais de empresas ou proibir a execução de garantias bancárias³⁹. Diga-se, porém, que a maioria das regras institucionais não permitem que uma providência seja decretada pelo árbitro de emergência sem a audição da parte requerida⁴⁰.

À medida que os procedimentos de arbitragem de emergência se tornaram mais comuns, surgiram, porém, questões quanto à exequibilidade destas decisões⁴¹. De facto, a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras é omissa por completo relativamente a esta matéria, não se pronunciando sequer relativamente à exequibilidade de medidas provisórias decretadas por um tribunal arbitral. Do mesmo modo, muitas leis de arbitragem nacionais não tratam especificadamente desta questão. Quando o fazem, a maioria não aborda a questão de saber se a exequibilidade de medidas provisórias abrange também as decisões tomadas por árbitros de emergência. Nesta medida, embora muitas vezes as partes cumpram voluntariamente as decisões do árbitro de emergência⁴², a falta de clareza em relação à exequibilidade dessas decisões é normalmente apresentada como uma das maiores limitações do árbitro de emergência.

4.2. O Árbitro de Emergência na Nova Lei de Arbitragem de Macau

A característica porventura mais original da Lei de Arbitragem de Macau relaciona-se com a sua abordagem relativamente ao árbitro de emergência. Enquanto outras jurisdições, como Hong Kong e Singapura, preveem normas para esclarecer a questão de exequibilidade das decisões do árbitro de emergência, o legislador de Macau vai mais longe na regulamentação deste tipo de processo. De facto, o legislador previu um regime específico para o árbitro de emergência nos artigos 16.º a 19.º da Lei de Arbitragem de Macau.⁴³ Nomeadamente, a Lei de

39 Cfr. *ICC Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings*, 2019, p. 29, disponível em <<https://iccwbo.org>> consultado em 23 de Junho de 2020.

40 Uma excepção, no entanto, pode ser encontrada nas regras arbitrais suíças. Cfr. artigo 43.º, n.º 8, e artigo 26.º. Cfr. também HANESSIAN / DOSMAN, *Songs of Innocence and Experience: Ten Years of Emergency Arbitration*, p. 223.

41 Veja, de forma mais geral, FG SANTACROCE, ‘The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering an Enforceable Decision?’, in *Arbitration International*, Vol. 31, 2015, p. 302.

42 Cfr. *Ibidem*, p. 289; A Ghaffari / E Walters, ‘The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?’, in *Arbitration International*, Vol. 30, 2014, p. 158.

43 A mesma lei determina ainda a aplicação subsidiária das regras sobre medidas provisórias às matérias que não se encontram reguladas naqueles artigos (*i.e.*, artigos 36.º, 37.º e 40.º a 45.º).

Arbitragem de Macau prevê regras relativas à designação, competência e poderes do árbitro de emergência, bem como regras relativas à alteração, suspensão, revogação e execução de medidas provisórias urgentes.

4.2.1. Designação do Árbitro de Emergência

Relativamente ao regime do árbitro de emergência, a Lei de Arbitragem de Macau começa por estabelecer regras sobre a sua designação. De acordo com o artigo 16.º da lei, as partes podem, na convenção de arbitragem ou em acordo posterior, acordar a possibilidade de recorrer à arbitragem de emergência. O mesmo artigo determina ainda que as partes têm, sob pena de nulidade, de estabelecer as regras para a designação do árbitro de emergência. Assim, se as partes optarem por arbitragem institucional, o artigo 16.º da Lei de Arbitragem de Macau não levanta qualquer dúvida. As partes, ao designar uma instituição arbitral que incorpora a arbitragem de emergência nas suas regras, estão a acordar na possibilidade do recurso à arbitragem de emergência bem como as regras que irão presidir à designação do mesmo.

No contexto da arbitragem *ad hoc*, esta norma levanta, porém, mais dificuldades. Resulta dos trabalhos preparatórios da Lei de Arbitragem de Macau que a opção do legislador foi expressamente a de permitir às partes determinarem as regras relativas à designação do árbitro de emergência.⁴⁴ Contudo, é pouco claro, dado esta não ser uma prática utilizada no mundo arbitral, como tal regime operará. Designadamente é pouco claro como as partes podem de forma efectiva garantir a designação de um árbitro numa arbitragem *ad hoc*. Certamente, as partes podem determinar que uma instituição arbitral ou um terceiro opere como a entidade competente para proceder à designação do árbitro de emergência. Contudo, em termos práticos, tal opção será frequentemente desaconselhável, especialmente se não for certo que uma entidade terceira está disposta e tem capacidade para designar um árbitro de emergência em tempo útil.⁴⁵

Outras dificuldades surgem do facto de a Lei de Arbitragem de Macau não estabelecer um mecanismo para impugnar um árbitro de emergência caso este não cumpra os requisitos de independência e imparcialidade que lhe são exigidos. De facto, os árbitros de emergência estão sujeitos às mesmas obrigações

44 *Cfr.* Gabinete do Chefe de Executivo, Nota Justificativa - Lei da Arbitragem (Proposta de Lei), p. 8, disponível em <<https://www.al.gov.mo/>>.

45 Algumas instituições arbitrais oferecem serviços para atuar como autoridades de nomeação. *Cfr.*, por exemplo, Regulamento de Arbitragem da CCI como Autoridade Nomeada na UNCITRAL ou Outros Processos de Arbitragem e as Regras do HKIAC como Autoridade Nomeadora (2019). Essas regras, entretanto, não foram projetadas para cobrir nomeações de árbitros de emergência em arbitragens *ad hoc*.

de independência e imparcialidade de um tribunal arbitral.⁴⁶ No contexto da arbitragem *ad hoc*, embora as partes possam, em teoria, estabelecer as regras que regem a impugnação de um árbitro de emergência, tal nível de detalhe num acordo das partes é improvável. Assim, a questão que se coloca é a de saber se o facto de não haver forma de impugnar o árbitro de emergência nomeado inquina este processo.

Ainda que a falta de tais regras traga menos segurança quanto ao valor da decisão proferida, por si só, a falta de previsão das regras relativas à impugnação de árbitro de emergência não parece dever implicar a nulidade do acordo das partes sobre o árbitro de emergência. Em outros contextos, é possível encontrar jurisdições que não estabelecem um sistema para impugnar um árbitro durante o processo e reservam as reações das partes para um momento posterior à decisão arbitral.⁴⁷ Assim será também ao abrigo do novo regime. No âmbito do regime macaense, no caso de o árbitro de emergência não cumprir os requisitos de independência e imparcialidade e na falta de previsão das regras num contexto de arbitragem *ad hoc*, as partes podem requerer ao futuro tribunal arbitral a revogação das medidas do árbitro de emergência ou requerer ao tribunal judicial recusar a execução da decisão de emergência.⁴⁸

4.2.2. Competência do Árbitro de Emergência

O artigo 17.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem macaense prevê que, após a sua nomeação, o árbitro de emergência tem competência para decretar medidas provisórias urgentes a pedido de qualquer das partes e após audição da parte contrária. Desta norma resulta que o árbitro de emergência só tem competência para tomar decisões ‘urgentes’, o que está de acordo com a linguagem estabelecida na maioria das regras de arbitragem institucional.⁴⁹ Embora a Lei de Arbitragem

46 Cfr: HANESSIAN / DOSMAN, *Songs of Innocence and Experience: Ten Years of Emergency Arbitration*, p. 219; Santacroce, *The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering an Enforceable Decision*, p. 293.

47 Sobretudo, a Lei de Arbitragem Federal dos EUA não prevê um procedimento de recusa. Em procedimentos arbitrais *ad hoc*, a falta de independência ou imparcialidade só pode ser sancionada mediante a petição de que a sentença final seja anulada de acordo com a Secção 10(a)(2) da Lei por “parcialidade evidente ou corrupção dos árbitros”. Cfr: CHRISTOPHER KOCH, ‘Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators’, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, 2003, p. 339.

48 Cfr: os artigos 18.º e 45.º da Lei de Arbitragem. Cfr: também o ponto 4.2.5 *infra*.

49 Cfr: por exemplo, o Regulamento de Arbitragem da CCI (2017), artigo 29.º, n.º 1 (“*A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral [...]*”); e as Regras da Suíça, artigo 43.º (“*A menos que as partes tenham acordado de outra forma, uma parte que requeira medidas provisórias urgentes nos termos do artigo 26 antes da constituição do tribunal arbitral pode apresentar ao Secretariado um pedido*”).

macaense não esclareça o significado de ‘urgência’, neste contexto este requisito deve ser interpretado como exigindo que o decretamento da medida necessária não possa aguardar pela constituição do tribunal arbitral.⁵⁰

Além disso, o artigo 17.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem também determina que a parte contrária deve ser ouvida antes da decisão do árbitro de emergência, ou seja, decisões *ex parte* não são permitidas. Esta norma tem carácter imperativo e, portanto, substitui as (poucas) regras institucionais arbitrais que permitem decisões sem audição da parte contrária por um árbitro de emergência. Caso uma parte considere que a medida cautelar sem audição da parte contrária constitui um plano de acção mais adequado, deverá então aguardar a constituição do tribunal arbitral, que tem poderes expressos para decretar ordens preliminares sem prévio aviso à outra parte.⁵¹ Alternativamente, a parte pode requerer providências cautelares junto de um tribunal judicial. Em consonância com a maioria das outras jurisdições, o Código de Processo Civil de Macau permite o pedido de medidas provisórias sem audição da parte contrária, desde que o tribunal esteja convencido de que a notificação prévia da parte requerida colocaria seriamente em risco a eficácia da medida solicitada.⁵²

A competência do árbitro de emergência extingue-se com a sua decisão, a menos que o tribunal arbitral ainda não esteja constituído, caso em que o árbitro de emergência mantém competência até a constituição do tribunal arbitral. Note-se ainda que nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 17.º da Lei de Arbitragem, o árbitro de emergência mantém a sua competência para decidir um pedido feito por uma parte, mesmo após a constituição do tribunal arbitral, se o pedido tiver sido iniciado antes dessa constituição. Essa norma tem carácter imperativo e, portanto, sobrepõe-se às normas das instituições arbitrais que determinariam a extinção automática do árbitro de emergência com a constituição do tribunal arbitral.⁵³

4.2.3. Poderes do Árbitro de Emergência

Ao abrigo da nova lei de arbitragem, o árbitro de emergência tem os mesmos poderes de um tribunal arbitral para determinar medidas provisórias.

de procedimento de reparação de emergência”).

50 EDGARDO MUÑOZ, “How Urgent Shall an Emergency Be? – The Standards Required to Grant Urgent Relief by Emergency Arbitrators” in MARIANNE ROTH / MICHAEL GEISTLINGER (coord.), *Yearbook on International Arbitration*, Vol. IV, Intersentia, 2015, p. 61; SANTACROCE, *The Emergency Arbitrator*, p. 285. Veja também o Regulamento de Arbitragem da CCI (2017), artigo 29.º, n.º 1.

51 *Cfr.* artigos 38.º e 39.º da Lei de Arbitragem.

52 *Cfr.* Código de Processo Civil, artigo 330.º, n.º 1.

53 *Cfr.* por exemplo, Regras do ICDR, artigo 6.º, n.º 5; Regulamento de Arbitragem do SIAC, Anexo 1, artigo 10.º e Regras de Arbitragem do SCC, Apêndice II, artigo 1.º, n.º 1.

Tal significa que o árbitro de emergência pode determinar, tal como o tribunal arbitral, as medidas necessárias para: i) manter ou restaurar o *status quo* enquanto se aguarda a resolução do litígio; ii) ordenar uma parte para tomar medidas ou se abster de tomar medidas que possam causar prejuízos, actuais ou iminentes, ao próprio processo arbitral; iii) preservar os bens que permitam a execução de uma sentença arbitral subsequente; ou iv) preservar os meios de prova que possam ser relevantes e materiais para a resolução do litígio.⁵⁴ Conforme resulta da letra da disposição em causa e dos trabalhos preparatórios da Lei Modelo, trata-se de uma enumeração exaustiva, não podendo, por isso, o árbitro de emergência decretar medidas com outro fito.⁵⁵

Relativamente aos requisitos das medidas provisórias urgentes, a Lei de Arbitragem macaense prevê que se aplicam os mesmos critérios estabelecidos para o decretamento de uma medida provisória.⁵⁶ Assim, como indicado *supra*, o requerente deve demonstrar ao árbitro de emergência: i) a probabilidade de ocorrer um dano não adequadamente reparável por uma indemnização; ii) que esse dano excede substancialmente aquele que resultaria para a parte contrária; e iii) que existe uma possibilidade razoável de que terá êxito quanto ao mérito do seu pedido. Deste modo, enquanto em outras jurisdições há menos clareza quanto aos critérios a aplicar pelos árbitros de emergência, ao abrigo da Lei de Arbitragem macaense existe uma equivalência entre o árbitro de emergência e o tribunal arbitral na decisão de medidas provisórias.⁵⁷

4.2.4. Alteração, suspensão, revogação e caducidade da medida provisória urgente

No que diz respeito à alteração suspensão e revogação das medidas cautelares decretadas por um árbitro de emergência, a Lei de Arbitragem macaense adopta uma regra semelhante à aplicável às medidas provisórias decretadas por um tribunal arbitral.⁵⁸ Neste sentido, a medida provisória urgente pode ser alterada, suspensa ou revogada a pedido de qualquer parte ou, em circunstâncias

54 Cfr: Lei de Arbitragem, artigo 36.º, n.º 2, aplicável *ex vi* artigo 20.º.

55 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-ninth session*, document A/CN.9/545 (de 8 de Dezembro de 2003), disponível em <https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration> (consultado pela última vez em 1 de Setembro de 2021), p. 9, § 21.

56 Cfr: Lei de Arbitragem, artigo 37.º, aplicável *ex vi* artigo 20.º.

57 Argumentando que, com relação à probabilidade de o requerente obter sucesso quanto ao mérito de seu caso, o padrão pode ser mais baixo em um requerimento diante de um árbitro de emergência do que em um requerimento perante um tribunal arbitral, Cfr: MUÑOZ, *How Urgent Shall an Emergency Be?*, p. 60.

58 Compare-se os artigos 18.º e 40.º da Lei de Arbitragem..

excepcionais e ouvidas as partes, por iniciativa do árbitro de emergência ou do tribunal arbitral. A decisão de alterar, suspender e revogar a medida provisória urgente caberá ao árbitro de emergência até que o tribunal arbitral seja constituído. Após a sua constituição, caberá ao tribunal arbitral rever a decisão do árbitro de emergência e alterar, suspender ou revogar a medida decretada, se for o caso.

É importante notar que a Lei de Arbitragem macaense estabelece que a medida provisória urgente caduca se a parte requerente não desencadear as diligências necessárias para o início do processo arbitral no prazo de 30 dias. Este prazo conta-se a partir da data em que o decretamento da medida é comunicado ao requerente.⁵⁹ De acordo com o artigo 52.º da Lei de Arbitragem macaense “o início do processo arbitral” é a data em que o pedido de sujeição do litígio a arbitragem é recebido pelo demandado. Assim, o simples facto de o tribunal arbitral não ser constituído no prazo de 30 dias não implica a caducidade da medida provisória urgente. Ao invés, parece suficiente que a parte requerente apresente um pedido de arbitragem na instituição de arbitragem competente ou entregue à outra parte uma notificação exigindo que ela nomeie um árbitro no contexto de uma arbitragem *ad hoc*.

Mais complexa é a questão de saber como articular o prazo de caducidade previsto na lei de arbitragem macaense com diferentes prazos de caducidade estabelecidos nas regras de instituições arbitrais. O prazo estabelecido na lei de arbitragem macaense tem carácter obrigatório, substituindo, portanto, diferentes prazos de caducidade previstos nas regras de arbitragem institucional. Algumas instituições arbitrais não estabelecem, porém, os prazos de caducidade das medidas, mas a extinção do procedimento arbitral de emergência caso o pedido de arbitragem não seja apresentado dentro de determinado prazo.⁶⁰ Dado que a caducidade da medida e a extinção do processo têm uma natureza diferente, estas regras não são substituídas pela Lei de Arbitragem de Macau.

4.2.5. Execução de medidas provisórias urgentes

A nova Lei de Arbitragem coloca Macau na curta lista de jurisdições que determinam expressamente a exequibilidade de medidas provisórias urgentes. A Lei de Arbitragem macaense prevê as mesmas regras para a execução de medidas

59 *Cfr.* artigo 19.º da Lei de Arbitragem.

60 O Regulamento de Arbitragem da CCI, por exemplo, estabelece que “*O Presidente deverá dar por extinto o procedimento do árbitro de emergência se um Requerimento de Arbitragem não for recebido pela Secretaria por parte do solicitante no prazo de 10 dias contados do recebimento da Solicitação pela Secretaria, a menos que o árbitro de emergência determine que um prazo mais extenso é necessário.*” e não uma data de validade. Consulte o Regulamento de Arbitragem da CCI (2017), Apêndice V, artigo 1.º, n.º 6.

provisórias urgentes e medidas cautelares decretadas por um tribunal arbitral.⁶¹ Estas, por sua vez, são essencialmente as mesmas disposições estabelecidas na Lei Modelo da UNCITRAL quanto à execução de medidas cautelares.⁶² A Lei de Arbitragem macaense, portanto, determina que uma medida provisória e, conseqüentemente, uma medida provisória urgente, pode ser executada a pedido de parte junto do tribunal competente (ou seja, o Tribunal Judicial de Base), independentemente da jurisdição onde a medida foi decretada.

Ainda de acordo com a Lei Modelo da UNCITRAL, a Lei de Arbitragem macaense prevê um conjunto limitado de fundamentos que permitem ao tribunal judicial não executar uma medida provisória e, conseqüentemente, uma medida provisória urgente.⁶³ O Tribunal Judicial de Base, portanto, apenas pode recusar a execução de uma medida provisória ou medida provisória urgente se considerar que: i) a recusa é justificada com base num dos motivos estabelecidos no n.º 1 do artigo 71.º (que corresponde ao artigo V, n.º 1, da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras); ii) a garantia estabelecida pelo árbitro de emergência não foi cumprida; iii) a medida foi suspensa, revogada ou caducou; iv) a medida é incompatível com os poderes conferidos ao tribunal; v) o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem ao abrigo da lei de Macau; ou vi) a aplicação da medida é contrária à ordem pública.

5. Providências cautelares relativas ao processo arbitral decretadas pelo tribunal judicial

O artigo 15.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem de Macau prevê a manutenção da competência dos tribunais judiciais relativamente ao decretamento de providências cautelares no âmbito de arbitragens a iniciar ou já iniciadas.⁶⁴ Assim, em termos similares aos artigos 9.º e 17.º-J da Lei Modelo, de acordo com a Lei de Arbitragem de Macau, não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal judicial, antes ou durante

61 Cfr: Lei de Arbitragem, artigos 20.º, 44.º e 45.º.

62 Compare-se a Lei Modelo da UNCITRAL (com as alterações adotadas em 2006), artigos 17.º-H e 17.º-I e artigos 44.º e 45.º da Lei de Arbitragem macaense.

63 Cfr: Lei de Arbitragem, artigo 45.º.

64 Cfr: PAULA COSTA E SILVA, “A arbitrabilidade de medidas cautelares”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 63 - Vol. I/II — abril de 2003, pp. 211-235, GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2.ª edição, Kluwer Law International, 2014, p. 2538, e NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 421-423.

o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por esse tribunal. Esta regra da manutenção da competência cautelar dos tribunais judiciais nos processos arbitrais é aplicável quer por referência a arbitragens domésticas, quer por referência a arbitragens fora da RAEM.⁶⁵

No caso de a providência cautelar ser decretada pelo tribunal judicial antes do início do processo arbitral, a parte requerente deve desencadear as diligências necessárias para o início do processo arbitral dentro de 30 dias, a contar da data em que lhe tiver sido notificada a decisão que tenha decretado a providência, sob pena de caducidade da mesma.⁶⁶ Portanto, para evitar a caducidade da providência cautelar decretada pelo tribunal judicial, notificada da decisão do decretamento, no prazo de 30 dias, a parte requerente deverá realizar os actos seguintes: i) apresentar um pedido de arbitragem na instituição de arbitragem competente, ou, no caso de arbitragem *ad hoc*, entregar à outra parte uma notificação exigindo que ela nomeie um árbitro, e ii) enviar ao tribunal judicial comprovativo de que já desencadeou as diligências necessárias e a respectiva data.⁶⁷

Nas palavras de PAULA COSTA E SILVA, em matéria de providências cautelares, existe, portanto, «*uma competência concorrential entre tribunal arbitral e tribunal estadual*»⁶⁸. Como as partes podem requerer o decretamento de medidas cautelares tanto ao tribunal judicial como ao tribunal arbitral, coloca-se a questão de saber como se resolvem as situações em que existe conflitos de competência neste domínio, nomeadamente se um tribunal arbitral tem poder para modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar decretada por um tribunal judicial.⁶⁹ A resposta parece ser negativa. Nos termos do artigo 40.º da Lei de Arbitragem de Macau, o tribunal arbitral pode alterar, suspender ou revogar uma medida provisória ou uma ordem preliminar que ele próprio tenha decretado. Resulta, assim, *a contrario* dessa disposição que o tribunal arbitral não pode modificar, suspender ou revogar uma providência cautelar decretada pelo tribunal judicial.⁷⁰ Acresce que tanto uma jurisdição como a outra têm a sua autonomia.

65 Cfr. artigo 15.º, n.º 4, da Lei de Arbitragem macaense, e UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*, disponível em <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration> (consultado pela última vez em 1 de Setembro de 2021), § 13.

66 Cfr. artigo 15.º, n.º 2, da Lei de Arbitragem e artigo 334.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Civil.

67 Cfr. artigos 52.º e 15.º, n.º 3, da Lei de Arbitragem.

68 PAULA COSTA E SILVA, *A Arbitrabilidade de Medidas Cautelares*, p. 233.

69 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, p. 115.

70 Trata-se também da interpretação que resulta dos textos dos trabalhos preparatórios da Lei Modelo. Cfr: UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Settlement of commercial*

Assim, do mesmo modo, um tribunal judicial não tem poder para modificar, suspender ou revogar as decisões cautelares arbitrais.⁷¹

6. Conclusão

Macau aprovou a sua nova Lei de Arbitragem numa nova tentativa de aumentar a utilização deste mecanismo de resolução de disputas e estabelecer o território como plataforma de arbitragem. Na comunidade jurídica de Macau, há muito tempo que se pensa que a região pode desempenhar um papel importante como um centro de conexão entre a China e o mundo lusófono, nomeadamente oferecendo serviços de resolução de litígios especificamente orientados para tais litígios⁷². Acresce que a ambiciosa megalópole da Grande Baía de Guangdong-Hong Kong-Macau, um projecto que visa uma maior integração das cidades da região do Rio das Pérolas, faz crer que a arbitragem poderá vir a ser um importante mecanismo jurídico no futuro⁷³.

Relativamente ao tema da tutela cautelar, a nova Lei de Arbitragem de Macau não só incorporou o regime da Lei Modelo da UNCITRAL de 2006, como foi mais longe, prevendo o regime de arbitragem de emergência. Tal regime foi, num determinado momento histórico, uma inovação processual estimulante no âmbito da arbitragem comercial. Hoje é um procedimento bem

disputes - Interim measures of protection. Note by the Secretariat, documento A/CN.9/WG.II/WP.119 (de 30 de Janeiro de 2002), disponível em <https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration> (consultado pela última vez em 1 de Setembro de 2020), p. 7, § 23, *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its flirtieth session*, documento A/CN.9/547 (de 16 de Abril de 2004), disponível em <https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration> (consultado pela última vez em 1 de Setembro de 2020), p. 27, §§ 102-104, e *Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-ninth session*, cit., p. 14, § 41, e PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, p. 306.

71 MANUEL PEREIRA BARROÇAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, p. 111.

72 Cfr. FERNANDO DIAS SIMÕES, “Macau: A Seat for Sino-Lusophone Commercial Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 29, 2012, p. 375. Além disso, o governo de Macau fez menção expressa ao objetivo de estabelecer Macau como sede para disputas entre partes de língua portuguesa e chinesa. Vide, Governo da Região Administrativa Especial de Macau, Gabinete do Chefe do Executivo, Nota Justificativa, Lei da Arbitragem (Proposta de Lei), p. 2, disponível em <<https://www.al.gov.mo/>> consultado a 16 de Julho de 2020.

73 Os elementos de arbitragem são uma das chaves para “criar um ambiente de negócios globalmente competitivo” no Plano de Desenvolvimento do Esboço para a Área da Grande Baía de Guangdong-Hong Kong-Macau, p. 46, disponível em <<https://www.bayarea.gov.hk/>> consultado a 16 de Julho de 2020.

estabelecido, disponível em todas as grandes instituições arbitrais, sendo cada vez mais utilizado pelas partes. Ainda assim, a transformação foi tão rápida que a maioria das legislações ainda não prevê um regime legal específico para o árbitro de emergência. A decisão de Macau de prever na sua legislação que as medidas provisórias urgentes podem ser decretadas no âmbito do processo arbitral, algo já estabelecido nas leis de arbitragem de Hong Kong e Singapura, é, por isso, um passo sensato. Pode, aliás, dizer-se que mais jurisdições beneficiariam se clarificassem em que condições tais medidas são executáveis, evitando assim desnecessárias dúvidas para as partes que recorram a este mecanismo.

A utilidade da abordagem remanescente da Lei de Arbitragem macaense para o árbitro de emergência é menos clara. O legislador macaense abre a porta, no artigo 16.º, para que as partes instaurem procedimentos arbitrais de emergência em procedimentos *ad hoc*. No entanto, não dá o passo para regulamentar totalmente como tais procedimentos ocorreriam. As partes terão, portanto, que não apenas concordar expressamente sobre a aplicabilidade do árbitro de emergência aos seus procedimentos *ad hoc*, mas também terão que definir os principais aspectos de como os procedimentos ocorrerão. Designadamente, as partes terão que, *a priori*, definir, em conjunto, um procedimento para selecionar o árbitro de emergência. A falta de sucesso dos sistemas de arbitragem de emergência de ‘*opt-in*’, hoje já não em voga, permite antecipar que esta opção provavelmente não será amplamente utilizada.

No que diz respeito à arbitragem de emergência no âmbito dos procedimentos institucionais, a Lei de Arbitragem macaense também estabelece normas que podem ser, em algumas circunstâncias, difíceis de conciliar com regras institucionais existentes. Em particular, a norma que determina que o árbitro de emergência mantém jurisdição mesmo que, entretanto, o tribunal arbitral seja constituído pode entrar em conflito com as regras dessas instituições que determinam que “*o árbitro de emergência não terá mais poderes para agir após a constituição do tribunal arbitral.*”⁷⁴ Além disso, a norma que determina que as medidas provisórias urgentes caducam se a parte requerente não iniciar o processo para a constituição do tribunal arbitral dentro de 30 dias deve ser tido em consideração por aqueles que conduzem processos arbitrais em Macau. Trata-se de uma disposição invulgar no contexto comparativo, mas, por levar à caducidade da medida, na prática, muito relevante para a prática forense.

74 Cfr., por exemplo, Regulamento ICDR, artigo 6.º, n.º 5.

UMA BREVE INTRODUÇÃO DA HISTÓRIA DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL CHINÊS

Ma Zhe*

Assistente Eventual, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: O Código Civil da República Popular da China (doravante denominado “Código Civil Chinês”) foi promulgado em 28 de Maio de 2020 e entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2021, como o primeiro Código Civil da China comunista. Meio século de esforços de codificação finalmente resultou neste código tão esperado. Obviamente, a codificação do direito civil da China não aconteceu da noite para o dia, mas tinha sido o sonho de centenas de anos do povo chinês e do governo da República Popular da China sob a liderança do Partido Comunista Chinês. O presente artigo vai tentar revitalizar os episódios e o desenvolvimento da história da codificação chinesa do Código Civil. Nesse processo, veremos a influência dos sistemas jurídicos ocidentais, especialmente europeus, no desenvolvimento do direito civil chinês, sendo eles também um importante alicerce do sistema de direito privado de Macau. Por isso, o presente artigo não apenas dará aos leitores de língua portuguesa uma compreensão preliminar do sistema de direito privado da China, mas também fornecerá uma base para a análise comparativa do direito europeu e do direito chinês.

Palavras-Chave: Codificação; Direito Civil; República Popular da China; História.

A China tem uma longa tradição de compilação de códigos, que pode ser

* Doutora em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

encontrada com a compilação do Código Tang na primeira metade do Século 7 DC,¹ mais tarde seguido pelos das dinastias Song, Ming e Qing.² Esses códigos imperiais, no entanto, preocupavam-se principalmente com o direito penal e a administração, e não com o direito civil. Na verdade, na China antiga, o direito penal era sempre muito mais desenvolvido do que o direito civil.³ Isso foi porque a China se tornou um país feudal centralizado há mais de 2.000 anos.⁴ A principal tarefa dos governantes era manter a estabilidade do país, então eles promulgaram leis penais severas para controlar o povo. Em termos de economia, a China antiga foi durante muito tempo uma sociedade agrícola autossuficiente e as transações entre particulares foram subdesenvolvidas, o que também era diferente do contexto social do surgimento e desenvolvimento do direito civil e comercial na Europa.⁵

Claro, conflitos entre particulares ainda inevitavelmente ocorreram, mas as regras de resolução para isso eram os hábitos sociais e os valores prevaletentes, em vez de regras estatutárias.⁶ Em termos de jurisdição e punição, a fronteira entre as leis civis e criminais na China imperial também não era bem definida: os mesmos juízes, que eram também os chefes administrativos do lugar,⁷ puderam

- 1 O Código Tang é o mais antigo código jurídico imperial chinês e é considerado um vértice no desenvolvimento do direito tradicional chinês. Serviu como Código Penal modelo para as dinastias chinesas posteriores, e o espírito filosófico que animou algumas das suas disposições continua a influenciar o direito penal chinês moderno de hoje. Veja Norman P. Ho, 'Understanding Traditional Chinese Law in Practice: The Implementation of Criminal Law in the Tang Dynasty (618-907 AD)', *UCLA Pacific Basin Law Journal* 32, no. 2 (2015), <https://doi.org/10.5070/P8322029214>.
- 2 Jacques Henri Herbots, 'The Chinese New Civil Code and the Law of Contract', *China-EU Law Journal* 7, no. 1-4 (December 2021): 39-49, <https://doi.org/10.1007/s12689-021-00090-6>.
- 3 Debin Ma, 'Law and Economy in Traditional China: A "Legal Origin" Perspective on the Great Divergence', *CEPR Discussion Papers*, CEPR Discussion Papers (C.E.P.R. Discussion Papers, May 2011), <https://ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/8385.html>.
- 4 O imperador Qin Shi Huang uniu os estados beligerantes da China numa única nação em 221 AC. Desde então, a civilização chinesa nunca foi interrompida, mesmo durante a invasão das grandes potências. Isso permitiu que a China mantivesse um alto grau de continuidade e consistência no seu estilo de governo, embora tenha passado por diferentes dinastias. Sobre a influência da unificação pelo Qin Shi Huang na civilização chinesa, veja Xiaotong Fei, 'The Formation and Development of the Chinese Nation with Multi-Ethnic Groups', *International Journal of Anthropology and Ethnology* 1, no. 1 (December 2017): 1, <https://doi.org/10.1186/s41257-017-0001-z>.
- 5 No que diz respeito aos antecedentes do surgimento e desenvolvimento do direito civil e do direito comercial na Europa continental, veja António Menezes Cordeiro, *Direito Comercial*, 4.ª Edição (revista, atualização e aumentada), Almedina, 2016; A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Lex, 1994; Leon E. Trakman, 'From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law', *The University of Toronto Law Journal* 53, no. 3 (2003): 265-304, <https://doi.org/10.2307/3650876>.
- 6 Veja Philip C. C. Huang, *Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared* (Stanford: Stanford University Press, 2001).
- 7 Veja Richard L. Walker, 'The Control System of the Chinese Government', *The Far Eastern Quarterly*

lidar com casos civis e criminais também, e escolheram do mesmo grupo as sanções aplicáveis a crimes graves e a actos que só civilmente impróprios.⁸

Essa situação em que o direito civil tradicional se manifestou na forma de direito consuetudinário permaneceu até ao início do Século XX. Na virada do Século XIX para XX, a Corte Imperial da Dinastia Qing, enfrentando problemas internos e externos, decidiu realizar reformas políticas e económicas.⁹ Isso incluiu a reforma do sistema legal, cujo objectivo foi introduzir o sistema legal moderno do Ocidente e reformar o sistema legal tradicional da China, de modo que a China gradualmente embarque no caminho da modernização.¹⁰ O motivo da escolha da ocidentalização estava amplamente relacionado à influência japonesa. Após a Restauração Meiji, o Japão, que aprendeu muito com a experiência ocidental e fez grandes progressos, foi um grande incentivo para os governantes do final da Dinastia Qing.¹¹

Naquela época, os mais influentes no mundo eram os sistemas de *civil law* e o de *common law*, e qual deles seria escolhido foi a primeira pergunta a ser respondida na reforma. Tendo em conta que as leis do Reino Unido eram mais complicadas e que as leis dos países de direito civil eram mais adequadas às condições da China, decidiram por introduzir as leis dos países de direito civil.¹² E, como sabemos, uma característica importante da legislação dos países de direito civil é a formulação de uma série de códigos sistemáticos e completos, especialmente os códigos civis.¹³ Portanto, desde que o governo Qing decidiu

7, no. 1 (1947): 2–21, <https://doi.org/10.2307/2049408>.

8 Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (Stanford: Stanford University Press, 1996); Nap-yin Lau, ‘Civil Law and Jurisprudence in Imperial China’, in *Oxford Research Encyclopedia of Asian History*, by Nap-yin Lau (Oxford University Press, 2017), <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190277727.013.203>; Peter C.H. Chan, ‘The Enigma of Civil Justice in Imperial China: A Legal Historical Enquiry’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 19, no. 2 (June 2012): 317–37, <https://doi.org/10.1177/1023263X1201900207>.

9 Problemas internos referem-se especialmente ao Levante dos Boxers (Movimento Yihetuan), e problemas externos referem-se à invasão das potências ocidentais. Para as condições sociais na China durante esse período, veja Daniel Leese, ‘“Revolution”: Conceptualizing Political and Social Change in the Late Qing Dynasty’, *Oriens Extremus* 51 (2012): 25–61.

10 Jie Cheng, ‘Why Late Qing Constitutional Reform Failed: An Examination From the Comparative Institutional Perspective’, *Tsinghua China Law Review* 10, no. 1 (2017): 107–47.

11 Peng Tse-zhou, ‘The Influence of the Meiji Restoration on the 1898 Reform of China’, *Oriens Extremus* 21, no. 1 (1974): 17–22.

12 Percy R. Luney, ‘Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan’, *Law and Contemporary Problems* 52, no. 2 (1989): 129–50, <https://doi.org/10.2307/1191940>.

13 William Tetley, ‘Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)’, *Louisiana Law Review* 60, no. 3 (1 May 2000), <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss3/2>.

introduzir sistemas jurídicos ocidentais, mais especialmente os dos países europeus de direito continental, a codificação do direito civil passou a estar na agenda dos legisladores chineses, abrindo um processo que durou mais de cem anos.

O “Projecto de Código Civil da Grande Dinastia Qing” concluído em 1911, como um produto da reforma legal no final da Dinastia Qing, marcou o início da modernização do direito civil da China.¹⁴ Seguindo a estrutura do Código Civil Alemão, este projecto consistia em cinco partes: Princípios Gerais, Obrigações, Direitos das Coisas, Família e Sucessão. As primeiras três partes baseiam-se principalmente no Código Civil Alemão e Japonês, enquanto as segundas duas baseiam-se no sistema ritual da China antiga, incluindo leis anteriores, clássicos confucionistas, moral, etc., mas não costumes civis (porque o tempo era muito limitado, não sendo suficiente para concluir a investigação dos costumes civis existentes).¹⁵

A referência ao direito alemão não se manifestou apenas na forma, mas também no conteúdo. Este projecto incorporou os princípios básicos do direito privado europeu, como a inviolabilidade da propriedade privada, liberdade contratual e indemnização por danos causados por negligência, etc., bem como conceitos e sistemas como direito das obrigações, direito das coisas, pessoas jurídicas, etc.¹⁶

Este projecto não foi promulgado porque a dinastia Qing caiu num curto espaço de tempo.¹⁷ No entanto, apesar de não ter se tornado lei vinculativa, ele forneceu a base para a codificação do direito civil no contexto chinês no futuro. A codificação nas décadas subsequentes de anos, especialmente o projecto de Código Civil compilado pelo governo Beiyang em 1925, procedeu com base neste projecto.¹⁸

O primeiro código civil oficialmente promulgado com efeito legal na história chinesa é o Código Civil da República da China promulgado pelo governo do Partido Nacionalista (Kuomintang, KMT) entre 1929-1930. Baseava-se em grande parte no esboço da dinastia Qing, mas promulgado sob a orientação das

14 Jinfan Zhang, *The History of Chinese Legal Civilization: Modern and Contemporary China (From 1840–)* (Singapore: Springer Singapore, 2020), <https://doi.org/10.1007/978-981-10-1032-3>.

15 Jerome Bourgon, ‘Uncivil Dialogue: Law and Custom Did Not Merge into Civil Law under the Qing’, *Late Imperial China* 23, no. 1 (2002): 50–90, <https://doi.org/10.1353/late.2002.0001>.

16 Ver nota 12.

17 Apenas dois meses após a conclusão do Projecto, a Revolução de 1911 estourou e o regime corrupto da Dinastia Qing entrou em colapso rapidamente. Veja Xiaowei Zheng, *The Politics of Rights and the 1911 Revolution in China* (Stanford: Stanford University Press, 2018).

18 ‘Law in Transitional China’, in *Law and Society in China*, by Vai I, Lo (Edward Elgar Publishing, 2020), 74–102, <https://doi.org/10.4337/9781785363092.00007>.

ideias revolucionárias de Sun Yat-sen.¹⁹

Comparado com o projecto no final da Dinastia Qing, este código não foi apenas fortemente influenciado pelos códigos civis alemão e japonês, mas também por muitas outras fontes de leis estrangeiras.²⁰ De facto, era o professor francês Jean Escarra principal assessor da Comissão de Revisão e Codificação da Lei.²¹ Por outro lado, ao contrário do projecto do final da Dinastia Qing, que buscavam cegamente a modernização e ocidentalização, o Código Civil do Kuomintang tentou equilibrar a modernização e a preservação da tradição, reconheceu a validade dos costumes e até incorporou alguns costumes antigos no código.²²

Além disso, desviando-se da prática de codificar o direito civil e o direito comercial separadamente na maioria dos países do sistema de direito civil, o Código Civil do Kuomintang incorporou as regras civis e comerciais.²³ A principal razão para a unificação foi que na China não se formou uma classe independente dos comerciantes até muito tarde (do final do Século XIX ao início do Século XX).²⁴ Outra razão importante foi que, como mencionado anteriormente, os legisladores da época prestavam atenção às jurisdições fora da Alemanha e do Japão, que enfatizavam as semelhanças em vez das diferenças entre as regras civis e comerciais, especialmente a prática da Suíça.

Este código estava em vigor na China continental até 1949, quando a República Popular da China e o novo governo sob a liderança do Partido Comunista da China foram estabelecidos, mas está em vigor em Taiwan até hoje.²⁵

19 Meredith P. Gilpatrick, 'The Status of Law and Lawmaking Procedure under the Kuomintang 1925–46', *The Journal of Asian Studies* 10, no. 1 (November 1950): 38–55, <https://doi.org/10.2307/2049651>.

20 Além do Código Civil Japonês de 1896, do Código Civil Alemão de 1896 e do Código Civil Francês de 1804, outros códigos consultados incluíam, em particular, o Código Civil Suíço de 1907 e o Código Civil Suíço das Obrigações de 1911, o Código Civil Brasileiro de 1916, o Código da Família da Rússia Soviética de 1918, o Código Civil da Rússia Soviética de 1922, etc. Veja Jianfu Chen, *Chinese Law: Context and Transformation: Revised and Expanded Edition* (Brill Nijhoff, 2015), 455, <https://brill.com/view/title/60660>.

21 Veja Werner Levi, 'The Family in Modern Chinese Law', *The Far Eastern Quarterly* 4, no. 3 (1945): 263–73, <https://doi.org/10.2307/2049516>.

22 Veja Wen Yen Tsao, 'The Chinese Family from Customary Law to Positive Law', *Hastings Law Journal* 17, no. 4 (1 January 1966): 727.; Huang, *Code, Custom, and Legal Practice in China*.

23 Kon Sik Kim, 'Codification in East Asia: Commercial Law', in *Codification in East Asia: Selected Papers from the 2nd IACL Thematic Conference*, ed. Wen-Yeu Wang, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law* (Cham: Springer International Publishing, 2014), 61–79, https://doi.org/10.1007/978-3-319-03446-1_5.

24 Denise A. Austin, *Christian Identity and the Contributions of Protestant Business Christians in Modern China The Rise of the Chinese Christian Merchant Class* (Brill, 2011), https://doi.org/10.1163/9789004222670_003.

25 L. Zhang, 'The Latest Developments in the Codification of Chinese Civil Law', *Tulane Law Review*

Após a fundação em 1949, a Nova China, que aboliu completamente o antigo sistema jurídico estabelecido pelo Kuomintang, decidiu estabelecer um novo sistema de direito civil, começando com o direito da família.²⁶ Em 1950, a primeira lei de casamento da China foi formulada com referência ao estilo russo soviético.²⁷ Ao mesmo tempo, a codificação do direito civil (excluindo o direito da família) também foi incluída na ordem do dia. A primeira tentativa de codificar o direito civil da RPC ocorreu entre 1954-57. Esses esforços, no entanto, foram encerrados no início de 1958 principalmente por causa das condições políticas desfavoráveis.²⁸ Entre 1962-64, a China reabriu o trabalho de compilação e revisão do direito civil, e no processo concentrou-se em eliminar a influência do direito soviético, porém, devido à eclosão da Revolução Cultural e a quase paralisação da legislatura chinesa, esse esboço ainda foi infrutífero.²⁹

A terceira tentativa de criar um código civil começou em 1979, logo depois que a China estabeleceu a política de reforma e abertura.³⁰ Nesse período, as mentes dos legisladores chineses já estavam muito mais liberadas. Eles começaram a não mais entender e estudar direito de uma perspectiva ideológica, mas acreditavam que poderiam aprender com todos os excelentes sistemas jurídicos e teorias jurídicas do mundo, independentemente de se o país a que pertenciam fosse um país capitalista ou socialista. Sob essa directriz, os objectos de referência para os legisladores chineses mudaram da União Soviética e da Europa Oriental para a Alemanha, Áustria, França e Suíça no continente europeu, e até mesmo o sistema de *Common Law*. De referir, em particular, que os sistemas jurídicos dos países de língua portuguesa também entraram na visão dos legisladores chineses por intermédio de Macau.³¹ Desde este período, os legisladores chineses também

83 (1 December 2009): 999-1040.

26 P. V. E. Terni, 'Chinese Marriage Law of 1949', *The International Law Quarterly* 4, no. 3 (1951): 420-23.

27 Ellen R. Judd, 'Reconsidering China's Marriage Law Campaign: Toward a De-Orientalized Feminist Perspective', *Asian Journal of Women's Studies* 4, no. 2 (January 1998): 8-26, <https://doi.org/10.1080/12259276.1998.11665817>; Xiaoping Cong, *Marriage, Law, and Gender in Revolutionary China, 1940-1960* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), <https://doi.org/10.1017/CBO9781316563021>.

28 Masanobu Kato, 'Civil and Economic Law in the People's Republic of China', *The American Journal of Comparative Law* 30, no. 3 (1982): 429-57, <https://doi.org/10.2307/839725>.

29 Supra nota 28.

30 Guocang Huan, 'China's Open Door Policy, 1978-1984', *Journal of International Affairs* 39, no. 2 (1986): 1-18.

31 Veja Tong Io Cheng, 'O Código Civil Português e o Seu Impacto Na Re-Codificação Do Direito Civil de Macau e Na Codificação Em Curso Na República Popular Da China', in *50 Anos Do Código Civil - Em Homenagem Aos Profs. Doutores Vaz Serra, Antunes Varela e Rui de Alarcão* (Almedina, 2019).

prestaram grande atenção à compreensão dos sistemas jurídicos e judiciários de Taiwan, Hong Kong e Macau, que são diferentes jurisdições dentro de um país.³²

No entanto, devido às rápidas mudanças sociais e às condições imaturas, o trabalho de compilação desta vez que durou vários anos não alcançou resultados satisfatórios. Embora o rascunho tenha sido concluído, foram encontrados problemas no processo de discussão específica. Isso foi principalmente porque, naquela época, o sistema económico da China estava num estágio de transição de uma economia planificada para uma economia de mercado. Muitas questões institucionais na reforma económica ainda não haviam se delineado e a direcção do desenvolvimento futuro ainda não havia sido esclarecida. O propósito da lei civil era complementar a economia mercantil, que envolvia uma ampla gama de áreas, e era difícil chegar imediatamente a um consenso naquela época.³³

Os legisladores chineses decidiram suspender a elaboração do código civil e, em vez disso, promulgar leis avulsas para as partes mais necessárias e consolidadas. A promulgação da Lei dos Contratos Económicos em 1981 e a promulgação da Lei dos Contratos Económicos Relacionados ao Estrangeiro em 1985 foram ambas a implementação dessa ideia.³⁴ Essa mudança foi lamentável para os civilistas da época, mas logo depois todos perceberam que essa foi uma decisão sensata. Por exemplo, o professor Liang Huixing, um dos mais respeitados civilistas da China, apontou nos últimos anos: “Vamos imaginar que, se um código civil chinês fosse realmente formulado naquela época, podemos ter certeza de que esse código civil devia ser um código civil do modelo soviético, reflectindo as características e requisitos essenciais da economia planificada de propriedade pública, não podendo fornecer a base jurídica para o avanço da reforma e abertura e para o desenvolvimento de uma economia de mercado socialista.”³⁵

O progresso da China no avanço da legislação civil não parou por causa da interrupção da codificação. Em 1986, foi promulgada a Regra Geral de Direito Civil contendo 156 artigos, que consagrava o sistema principal de parte geral de direito civil e condensava o conteúdo das partes especiais em duas partes de “direitos” e “responsabilidades”. Isso pode ser considerado como um código civil em miniatura, que afirmou claramente que os direitos pessoais e de

32 Ignazio Castellucci, ‘Legal Hybridity in Hong Kong and Macau’, *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill* 57, no. 4 (2012): 665–720, <https://doi.org/10.7202/1013028ar>.

33 Veja Yingyi Qian, ‘The Process of China’s Market Transition (1978-1998): The Evolutionary, Historical, and Comparative Perspectives’, *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)* 156, no. 1 (2000): 151.

34 Zhang Yuqing and James McLean, ‘China’s Foreign Economic Contract Law: Its Significance and Analysis’, *Northwestern Journal of International Law & Business* 8, no. 1 (1 January 1987): 120.

35 Veja o seu artigo publicado em 15/08/2016 no “Diário do Povo”.

propriedade dos cidadãos eram protegidos por lei, forneceu directrizes básicas para o aprofundamento da reforma e abertura, e também resolveu as necessidades urgentes do país.³⁶

Depois de entrar na década de 1990,³⁷ o desenvolvimento económico da China entrou na via rápida, que apresentou maiores demandas para a legislação civil.³⁸ A Lei dos Contratos foi aprovada em 1999, a Lei dos Direitos Reais em 2007 e a Lei de Responsabilidade Civil aprovada no final de 2009.³⁹ Essas três leis e a Regra Geral de Direito Civil tinham sido a base do direito civil da China durante muitos anos. Além disso, leis civis avulsas, como a Lei de Casamento, Lei de Adopção e Lei de Sucessões, também eram parte importante do sistema do direito civil chinês. No entanto, a constituição, o direito penal, o direito processual penal e o direito civil processual foram todos codificados⁴⁰ e apenas o direito civil ainda se manifestou como uma série de leis avulsas: isto era uma grande pena para um país que plantou as sementes da codificação do direito civil há muito tempo.

36 Veja Henry R. Zheng, 'China's New Civil Law', *The American Journal of Comparative Law* 34, no. 4 (1 October 1986): 669–704, <https://doi.org/10.2307/840328>; Tong Rou, 'The General Principles of Civil Law of the PRC: Its Birth, Characteristics, and Role', *Law and Contemporary Problems* 52, no. 2 (1 April 1989): 151–75.

37 Em Outubro de 1992, o 14º Congresso Nacional do Partido Comunista da China foi realizado em Pequim. Na conferência, foram enfatizados o objectivo da reforma de estabelecer um sistema económico de mercado socialista, a necessidade de acelerar o desenvolvimento e de concentrar os esforços na construção económica. Consequentemente, em 1993, a China reviu a sua constituição. A redacção original do Artigo 15 da Constituição de que "a China implementa uma economia planificada com base na propriedade pública socialista" foi alterada para "a China implementa uma economia de mercado socialista". Essa emenda esclareceu a direcção da reforma e abertura da China, estabeleceu o sistema económico de mercado socialista e lançou as bases económicas para a compilação do Código Civil. Veja Zhiyuan Cui, 'Making Sense of the Chinese "Socialist Market Economy": A Note', *Modern China* 38, no. 6 (2012): 665–76.

38 Um evento particularmente importante é que a China aderiu à Organização Mundial do Comércio em 2001, que apresenta requerimentos mais elevados para melhorar o ambiente jurídico interno da China. Para este contexto, veja Kong Qingjiang, *China and the World Trade Organization: A Legal Perspective* (WORLD SCIENTIFIC, 2002), <https://doi.org/10.1142/4999>.

39 George Konk, 'A New Tort Code Emerges in China: An Introduction to the Discussion With a Translation of Chapter 8- Tort Liability, of the Official Discussion Draft of the Proposed Revised Civil Code of the People's Republic of China', *Fordham International Law Journal* 30, no. 4 (1 January 2006): 935.; Surya Deva, 'The PRC Tort Law: A Big Step Forward? Legal Developments - Hong Kong and Mainland China', *City University of Hong Kong Law Review* 2, no. 2 (2010): 383–96. Antes disso, em 2001, os legisladores chineses haviam lançado a quarta tentativa de compilar um Código Civil, mas após discussão e pesquisa, eles ainda decidiram continuar a formular leis avulsas para promover a construção do sistema jurídico civil da China.

40 Embora o título dessas leis não contenha a palavra "Código", elas incorporam quase todas as regras do sector envolvido e são códigos de facto. O Código Civil é a primeira lei que contém "código" na sua designação.

Em Outubro de 2014, na 4.º Sessão Plenária do 18.º Comité Central do Partido Comunista da China, aprovou-se um pacote abrangente de reformas legais, que claramente afirmou que era necessário “elaborar o Código Civil”. Em Março de 2015, a Comissão de Assuntos Legislativos da Comissão Permanente da Assembleia Popular Nacional assumiu a liderança no estabelecimento da coordenação dos trabalhos de compilação do Código Civil envolvendo o Tribunal Popular Supremo, a Procuradoria Popular Suprema, o Ministério da Justiça (Gabinete de Assuntos Jurídicos do Conselho de Estado), a Academia Chinesa de Ciências Sociais e a Sociedade Jurídica Chinesa, e a compilação do Código Civil foi oficialmente lançada.

De acordo com o plano dos legisladores chineses, a elaboração do Código Civil foi dividida em duas etapas. O primeiro passo foi concluído em 2017, marcado pela promulgação dos “Princípios Gerais do Direito Civil da República Popular da China”, o conteúdo principal dos quais seria compilado na Parte Geral do futuro Código Civil. O segundo passo foi a compilação das várias partes especiais do Código Civil, que depois de serem analisados e alterados, seriam posteriormente integrados aos Princípios Gerais do Direito Civil num projecto completo do Código Civil.

A concepção dos livros do Código Civil chinês não só dá continuidade à tradição de estilo alemão de compor parte geral e partes especiais, mas também tem as suas próprias características: além da parte geral, é composto por seis (em vez de quatro) partes especiais, que regulam respectivamente direitos reais, contratos, direitos de personalidade, casamento e família, sucessões e responsabilidade civil. As propostas dessas seis partes foram formuladas separadamente e cada uma passou por duas a três deliberações entre 2018 e 2019. As versões finais foram fundidas com os Princípios Gerais do Direito Civil que haviam entrado em vigor antes para formar uma proposta do Código Civil, que foi então discutida e revista. Finalmente, o texto oficial adoptado em Maio de 2020 foi formado. Neste ponto, a compilação do novo Código Civil da China finalmente foi concluída.

A formulação do Código Civil da Nova China tem significado histórico importante. Primeiro, é considerado um símbolo da prosperidade da nação chinesa. Segundo, o direito civil é um sector básico e abrangente, que regula várias relações pessoais e patrimoniais e envolve todos os aspectos da vida social e económica. O estabelecimento de um sistema jurídico sólido e completo, incluindo o Código Civil, é base importante para a governança conforme as leis. Terceiro, no processo de compilação do Código Civil, o sistema jurídico básico e as regras de conduta no campo dos assuntos civis e comerciais na China têm sido continuamente aprimorados, o que contribui para a promoção de um desenvolvimento económico de alta qualidade. Quarto, com o desenvolvimento económico e a acumulação contínua da riqueza nacional, com o advento da era da informatização e do *big*

data, as exigências do povo chinês por democracia, estado de direito, equidade, justiça, segurança e bom ambiente estão a aumentar. Algumas das normas da antiga legislação civil estavam atrasadas e era difícil adaptar-se às necessidades cada vez maiores das pessoas por uma vida melhor. O novo Código Civil enfatiza a protecção dos direitos civis dos cidadãos, o que é importante para melhor salvaguardar os direitos e interesses das pessoas.⁴¹

Em outro lado, a codificação do Código Civil Chinês não é uma mera codificação em um sentido formal. Ele utilizou técnicas de codificação da última geração e apresenta uma série de recursos inovadores exclusivos da China, que é um Código Civil da geração da era da alta tecnologia e praticamente resolve os problemas.⁴² Nos seus 1.260 artigos concisos, como mencionado anteriormente, o Código divide as obrigações em um livro dos contratos e um outro da responsabilidade civil, e absorve a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa no livro dos contratos como quase-contratos. Além disso, um livro sobre os direitos de personalidade é independente e inclui uma lista enumerada de direitos de personalidade protegidos pela lei chinesa. Esses artigos sobre direitos de personalidade enfocam a privacidade e a protecção de dados com um esforço para manter a lei civil chinesa actualizada para que ela possa enfrentar os desafios jurídicos colocados pelo avanço da tecnologia.⁴³ A compilação independente dos direitos de personalidade é considerada uma grande inovação e o maior destaque do Código Civil Chinês, que é considerado um reflexo do cuidado humanístico mais profundo do governo chinês. A compilação independente de responsabilidade civil também visa fortalecer a protecção dos direitos civis, respondendo ao alívio das vítimas e à prevenção de danos na era de risco.

Em suma, a compilação do Código Civil é um sonho centenário do povo chinês. Na primeira metade do Século XX, os governantes chineses fizeram muitos esforços para codificar a lei civil e alcançaram certos resultados. Após a fundação da Nova China, essas conquistas não foram aceites devido a diferenças ideológicas. A nova China sob a liderança do Partido Comunista continuou a perseguir o sonho de codificar o direito civil. No entanto, devido a eventos políticos e tendências económicas pouco claras, esses esforços foram interrompidos repetidamente. A

41 Veja as notas de Wang Chen, Vice-Presidente da Comissão Permanente da Assembleia Popular Nacional, quando apresentou o Código Civil na conferência de 22 de Maio de 2020. Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/50c0b507ad32464aba87c2ea65bea00d.shtml>, visitado em 27 de Dezembro de 2021.

42 Dessie Tilahun Ayalew, 'China's Recent Civil Law Codification in the Hightech Era: History, Innovations, and Key Takeaways', *Tsinghua China Law Review* 13, No. 1 (2020): 149-64.

43 Liming Wang and Bingwan Xiong, 'Personality Rights in China's New Civil Code: A Response to Increasing Awareness of Rights in an Era of Evolving Technology', *Modern China* 47, no. 6 (1 November 2021): 703-39, <https://doi.org/10.1177/0097700420977826>.

implementação da política de reforma e abertura e a determinação na direcção do desenvolvimento da economia de mercado socialista promoveram o rápido desenvolvimento das leis civis e comerciais da China e do final do Século XX ao início do Século XXI, um sistema basicamente completo do direito civil foi formado. O povo chinês bateu no ferro enquanto ainda estava quente e reiniciou a compilação do Código Civil nos últimos anos, e finalmente venceu.

Este código não só faz referência aprofundada aos sistemas jurídicos ocidentais, mas também reflecte as próprias características da China. Mais importante, ele aborda algumas das questões práticas mais recentes, tais como fortalecer a protecção dos direitos de personalidade na era da informação, como fortalecer a protecção do meio ambiente, etc. Isso não só permite a realização de diálogos de direito comparado entre a China e os países ocidentais, mas também torna o direito chinês uma nova referência importante para os países emergentes que ainda não concluíram o processo de codificação.

A LIBERDADE CONTRATUAL E AS NORMAS IMPERATIVAS*

Júlio Miguel dos Anjos

Docente a Tempo Parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Num contexto em que é inteiramente pacífico afirmar-se que o princípio da liberdade contratual vigora amplamente no direito dos contratos, cumpre saber qual é essa amplitude em concreto e descortinar ou estabelecer critérios que permitam delimitar o campo de actuação dessa liberdade através de uma disciplina dispositiva ou mesmo na ausência de regulamentação, em contraposição com o campo reservado das normas imperativas, onde a autonomia privada das partes sofre fortes restrições.

A questão da imperatividade ou dispositividade das normas do direito das obrigações continua a ser um problema em aberto na literatura jurídica existente, sempre se apelando à “interpretação casuística” de cada norma em cada caso concreto. Julga-se, no entanto, ser do interesse do comércio jurídico haver maior certeza e segurança jurídica quanto à validade das cláusulas contratuais que vão proliferando num contexto de crescente sensibilidade jurídica e acessibilidade ao direito.

Não tendo o legislador adoptado técnicas legísticas consistentes em todo o

* O presente artigo corresponde, com alterações editoriais, à dissertação de mestrado apresentada em Novembro de 2017 para a obtenção do grau de mestre em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau, sob a orientação do Professor Augusto Teixeira Garcia.

Livro das Obrigações do Código Civil, mesmo assim é possível deduzir tendências de imperatividade a partir do tipo e função das normas, do uso de expressões *per se* concludentes, dos princípios gerais e da essencialidade das normas face ao instituto jurídico em que se inserem.

A aposição de cláusulas contrárias a normas imperativas do direito dos contratos não deve conduzir à nulidade total do respectivo negócio jurídico como regra, mas apenas da própria cláusula *contra legem*.

Palavras-chave: autonomia privada; liberdade contratual; boa fé; normas imperativas; normas dispositivas; Código Civil; direito das obrigações; cláusulas contratuais.

Capítulo I Introdução

1. O problema. Crescente interesse e importância do estudo da questão – uma possível mudança de paradigma

Muito se tem escrito sobre a liberdade contratual. Pouco se tem escrito sobre a imperatividade das normas jurídicas no direito dos contratos¹⁻².

O Código Civil de Macau³ contém uma norma importante no seu art. 287.º, segundo a qual “Os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”, mas o legislador não curou de determinar quais e o que sejam essas disposições de

1 Sobre o direito dos contratos no ordenamento jurídico de Macau, ver, em geral, Tong Io Cheng, *Macau Contract Law – International Encyclopaedia of Law*, Kluwer Law International, 2009; e Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*. Sobre o direito civil de Macau em geral, ver Manuel Trigo, “O Direito Civil de Macau”.

2 Neste sentido, Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 12: “*Analyses of mandatory rules in contract law are rare, if they exist at all*”, que de seguida se refere autonomamente ao (escasso) tratamento doutrinal das normas imperativas (e dispositivas) no direito anglo-saxónico e no direito de matriz romano-germânica.

3 Todas as referências a preceitos sem indicação da respectiva proveniência reportam-se ao Código Civil de Macau em vigor.

carácter imperativo, fazendo apenas referência a semelhante imperatividade em três outros tantos preceitos do Código⁴. Cabe, pois, à doutrina desvendar o mistério.

A prática do comércio jurídico tem mostrado que, mais do que sempre, e de forma cada vez mais intensiva, o fenómeno do contrato tem vindo a transitar do paradigma da estipulação lacunosa – de forma deliberada ou não – para um modelo de previsão tendencialmente exaustiva, nem que seja com recurso a cláusulas mais ou menos uniformes retiradas facilmente das plataformas cibernéticas com a globalização informática. De forma igualmente inédita, tanto o número de licenciados e de profissionais em direito como a sensibilidade jurídica das pessoas na defesa dos seus direitos vêm atingindo níveis cada vez mais altos, o que tem permitido um maior acesso à consultadoria jurídica no processo de negociação e formação dos contratos. É assim que se impõe estudar a validade das cláusulas contratuais que vão proliferando neste contexto de crescente sensibilidade jurídica e acessibilidade ao direito, quando durante a maior parte do tempo a doutrina se preocupava antes com a determinação do conteúdo dos contratos na falta de estipulação das partes⁵.

Na literatura jurídica existente, a questão parece manter-se ainda muito em aberto, estando altamente difundida a ideia de que a imperatividade das normas resulta necessariamente de um processo de interpretação casuística. Não desmentindo a propriedade de tal asserção, cumprirá no entanto indagar sobre a possibilidade de se deduzir do conjunto normativo tendências mais ou menos consistentes para a determinação da natureza imperativa ou dispositiva das normas jurídicas.

2. Delimitação do âmbito

Neste contexto, o presente artigo visa enunciar, com um acento crítico, os critérios⁶ que têm vindo a ser propostos para a qualificação das normas em

4 Cf. arts. 21.º (sobre as normas de aplicação imediata no âmbito do conflito de leis), 1013.º, n.º 3 (que se refere expressamente à imperatividade das normas sobre a resolução, a caducidade, a revogação unilateral e a denúncia no âmbito da cessação do contrato de locação), e 1922.º (sobre a não imperatividade de algumas das normas relativas à administração da herança no direito das sucessões). Referimo-nos tão-apesar às menções expressas com emprego do termo *imperativo* tal como o legislador o fez no princípio estabelecido no referido art. 287.º.

5 Cf. o artigo altamente influenciador, no direito anglo-saxónico, de Richard Craswell, “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”, pp. 489-529, e Jody Kraus, “Philosophy of Contract Law”, pp. 687-750; e, no direito português, Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente do Negócio*.

6 No plural, porque as diferentes razões e circunstâncias que levam a que uma norma seja imperativa não são reconduzíveis a um só princípio ou critério. Também neste sentido, Anthony Kronman,

imperativas ou dispositivas, procurando depois fazer um esforço de identificá-las, de forma individualizada mas sistemática, em determinados blocos normativos do Livro das Obrigações do Código Civil de Macau (doravante, CCM), onde a liberdade contratual encontra aplicação na sua máxima extensão⁷. Não nos referiremos, pela sua natureza tipicamente não-contratual, a institutos como a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa, os negócios unilaterais, a impugnação pauliana, a compensação, o direito de retenção⁸ ou a responsabilidade civil extracontratual⁹, ainda que teoricamente se possa conceber a hipótese de haver estipulação contratual que de antemão procure afastar a sua aplicação ou modificar o seu regime, e que, de resto, acontece amiúde na prática. Com efeito, estão fora do âmbito da autonomia privada os domínios “em que cabe ao direito civil uma função de protecção ou defesa dos direitos constituídos ao abrigo da sua função modeladora” da vida social, como seja a responsabilidade civil ou, mais genericamente, a garantia da relação de direito civil, pois, tratando-se de deveres com carácter sancionatório e de uma “implicação do carácter jurídico da relação violada”, não depende da vontade do infractor sujeitar-se ou não, neste exemplo, à obrigação de indemnizar¹⁰.

Capítulo II

A liberdade contratual. Breve referência de interesse para o estudo

Não é nosso objectivo tecer particulares considerações sobre a liberdade contratual, mas apenas focar a atenção nos seus limites, ou melhor, num desses limites, o das normas imperativas. A referência à liberdade contratual no título do presente artigo apenas tem por função e objectivo delimitar o âmbito deste

“Paternalism and the Law of Contracts”, p. 797.

7 Ver, por todos, Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 117 e ss; Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 42; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I*, p. 954; e Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, § 32.

8 Em todo o caso, o direito de retenção é conferido por norma imperativa. Cfr. Ac. do TUI n.º 41/2008, de 5 de Dezembro de 2008.

9 Sobre a exclusão ou limitação da responsabilidade, contratual ou extracontratual, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*; e Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*; e, no direito anglo-saxónico, Richard Stone e Ralph Cunningham, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, pp. 454-549; e Ewan McKendrick, *Contract Law – Text, Cases, and Materials*, pp. 443-501.

10 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 104.

estudo às normas que surgem como imperativas no domínio do direito civil em que por excelência vigora o princípio da liberdade contratual, que é o Direito das Obrigações, como já referido.

3. A autonomia privada. Breve caracterização

A liberdade contratual integra-se no mais amplo princípio da autonomia privada, que, não tendo assento directo na Lei Básica de Macau, encontra alguma guarida no conjunto dos valores da liberdade, igualdade e propriedade privada tutelados nos arts. 4.º a 7.º da LB¹¹, radicando na dignidade da pessoa humana e na liberdade pessoa (arts. 30.º e 28.º da LB) e desenvolvendo-se na liberdade de escolha de profissão e emprego, na liberdade de empresa e na liberdade de transmissão da propriedade privada entre vivos e por morte (arts. 35.º, 114.º e 103.º da LB)¹².

A autonomia privada constitui reconhecidamente um dos princípios estruturantes do direito português e, por extensão até 19 de Dezembro de 1999 e manutenção a partir de 20 de Dezembro de 1999¹³, também do direito da Região Administrativa Especial de Macau, e é o princípio segundo o qual os sujeitos estabelecem relações jurídicas entre si de acordo com a sua livre vontade¹⁴, ou o reconhecimento jurídico da possibilidade de produção ou extinção de efeitos jurídicos de acordo com a vontade dos particulares¹⁵, e visa a *realização pessoal* através da atribuição de um poder jurídico ou uma liberdade juridicamente protegida de autodeterminação. Compreende, por um lado, a possibilidade de livre conformação de relações jurídicas através da celebração de negócios jurídicos, e, por outro, o poder de livre exercício de direitos¹⁶.

Entre os méritos e deméritos da autonomia privada tem-se apontado, do lado positivo, que as regras da experiência mostram que a autodeterminação é

11 Neste sentido, Tou Wai Fong, “Princípio da Autonomia Privada”, p. 390.

12 Cfr. Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, pp. 90-91.

13 Cfr. arts. 5.º e 8.º da LB e art. 2.º, n.º 4, da Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a Questão de Macau, sobre a manutenção do sistema social e económico e da maneira de viver e a tendencial continuidade do sistema jurídico.

14 Flume, *apud* Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 174.

15 Bydliński, *apud* Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 174.

16 É esta uma noção ampla de autonomia privada, segundo Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 103. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 21, por exemplo, sufraga uma acepção restrita, colocando de parte a segunda faculdade apontada, do exercício de direitos subjectivos, por entender que a noção ampla se confunde com a ideia genérica de liberdade.

um meio altamente eficiente de regulação económica, mais do que a intervenção estadual, e que, do lado negativo, a atribuição deste poder às pessoas superiores às outras apenas contribui para vincar as discrepâncias sociais, sendo insusceptível de se alcançar a justiça social através da autonomia privada¹⁷. Com efeito, é frequente dizer-se que a autonomia privada, ao fundar e legitimar a possibilidade de imposição unilateral de cláusulas mais favoráveis à parte com maior poder de negociação e, como tal, derrogar a solução intermédia do legislador, surge em duas vestes – como “meio de superação dos inevitáveis desajustamentos legislativos e de adequação das relações, ao evoluir da praxe sócio-económica”, sendo assim um *veículo de progresso*, e como possível *instrumento de opressão* e de injustiça substancial¹⁸. É assim que se impõe ao Estado limitar o exercício da autonomia privada, numa tarefa deveras delicada, cujas soluções carregam “um pesado ónus de legitimação, nunca inteiramente satisfeito, nunca inteiramente cumprido sem que fique o travo amargo de uma perda não compensada”, e que dependerão de decisões de política legislativa, condicionadas por factores históricos e por razões circunstanciais, por opções a nível da constituição político-económica e pelos mutáveis objectivos que o poder público pretenda atingir a dado momento espaço-temporal, não havendo assim uma fórmula única que sirva de critério¹⁹.

4. A liberdade contratual. O problema do alcance da liberdade de estipulação em especial

Enquanto a principal manifestação da autonomia privada²⁰, a liberdade contratual²¹ pode ser definida como a possibilidade conferida pela ordem jurídica aos particulares de autorregular, por acordo mútuo vinculativo, as suas relações para com outros²², e abrange as faculdades de livremente celebrar ou não celebrar

17 Cfr. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, §§ 176-177.

18 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 149.

19 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 234 e 240.

20 A autonomia privada é muitas vezes tida como sinónimo de liberdade contratual. Isto, segundo explica Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 13, deve-se ao facto de o contrato ser a principal forma de constituição de direitos ao abrigo da autonomia privada.

21 Ver, sobre a liberdade contratual, Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, pp. 91 e ss, Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 107 e ss, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, 10.^a edição, Almedina, 2000, pp. 230 e ss, e Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 21 e ss.

22 Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Vol. I*, p. 24.

um determinado contrato, de fixar o conteúdo dos contratos e de celebrar contratos diferentes dos previstos na lei²³. Para este estudo só nos interessa analisar a segunda das faculdades apontadas.

A liberdade de estipulação ou de fixação do conteúdo dos contratos está, de resto, expressamente prevista no primeiro artigo das disposições gerais da Secção dos Contratos, segundo o qual “(...) as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos (...) ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (art. 399.º, n.º 1), bem como no art. 392.º, nos termos do qual “As partes podem fixar livremente (...) o conteúdo positivo ou negativo da prestação”²⁴. Ora, se perante o elemento literal não há grandes dúvidas de que esta faculdade permite o aditamento a um contrato típico de cláusulas legalmente atípicas, desde que lícitas, já o mesmo não se pode afirmar com o mesmo grau de certeza quanto à possibilidade de substituição ou afastamento de normas do regime contratual típico²⁵. Na verdade, não se pode perder de vista que, na sua redacção primitiva do Anteprojecto, o preceito dispunha que “As partes podem, quando a isso não oponham a ordem pública ou os bons costumes, juntar aos seus contratos as cláusulas, que bem lhes parecerem, ou celebrar contratos diferentes dos previstos na lei. (...)”²⁶, apenas se referindo, pois, à *faculdade de aditamento* de cláusulas contratuais, sem menção à *faculdade de afastamento* de normas legais. É disto que nos vamos ocupar ao longo deste estudo.

5. Breve referência histórica²⁷

O Direito das Obrigações moderno foi reconstruído após a Revolução

23 Sobre os contratos atípicos, ver Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*.

24 No que se pode designar, com Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 13, por *liberdade contratual obrigacional* ou em sentido estrito, que consiste na faculdade de as partes determinarem o conteúdo da prestação a que se vinculam.

25 No sentido de que esta faculdade se integra de forma genérica no conteúdo da liberdade contratual, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 26. Também Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, p. 138, refere que “As partes são, em princípio, livres de predispor, a seu mútuo contento, o regulamento negocial, nada as impedindo pois de definirem um conjunto de obrigações mais limitado que aquele que a lei (ou a prática negocial) associa a um dado tipo contratual, do mesmo modo que nada as proíbe, em princípio, de caracterizar restritivamente o conteúdo de uma ou várias das obrigações contratuais”.

26 Vaz Serra, “Direito das Obrigações”, in BMJ, n.º 101, pp. 15 e ss.

27 Ver, sobre a evolução do princípio da autonomia privada, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, pp. 44 e ss, e Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp. 32 e ss.

Francesa. Nas sociedades arcaicas e feudais, havia poucos contratos e a liberdade de disposição dos bens dos particulares era limitada. No entanto, a influência do direito romano foi ainda assim relevante aquando do seu renascimento na Baixa Idade Média, por ocasião da expansão do comércio e da indústria na Europa Ocidental. O actual Direito das Obrigações é, assim, essencialmente fruto de uma fusão de normas do direito romano com os costumes medievais²⁸.

O princípio da liberdade contratual moderno encontra as suas primeiras manifestações com o advento do Humanismo no séc. XVI. A vontade é soberana e as pessoas tornam-se livres de celebrar contratos, tendo como única limitação a ordem pública, com conteúdo essencialmente político e moral, não económico ou social, sendo por isso bastante diminuto²⁹.

Pufendorf dizia que o homem é a origem da autoridade e do direito, não podendo ser comandado por nenhuma autoridade superior³⁰. A época dominada pelo “*laissez faire, laissez passer*” é a “idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos”³¹, ao abrigo do entendimento de que todo o compromisso livremente querido era justo.

As principais orientações da Revolução Francesa foram incorporadas no Código de Napoleão de 1804. O contrato foi instrumentalizado – e regulado autonomamente, diversamente do que sucede no BGB e no CCM, em que integra uma categoria mais ampla, a do negócio jurídico – para circulação da riqueza ou da propriedade, sendo “o fruto da procura de um equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, de defesa da propriedade. O princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade”³². O princípio da liberdade contratual foi assim reafirmado, designadamente com expressão no art. 1134, que estabelece que os acordos legalmente celebrados têm força de lei entre os contraentes, estando no entanto sujeito a compatibilização com os princípios da justiça contratual, boa fé e segurança³³. Segundo Gilissen, porém,

28 Cfr. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, p. 730.

29 Cfr. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 135.

30 *Apud* John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, p. 738.

31 Cfr. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 738-739.

32 Galgano, *apud* Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 46.

33 Cfr. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 146.

esta norma, “mal redigida”, consagra a autonomia da vontade sem desenvolver a sua teoria, porque, designadamente, os juristas franceses do séc. XVIII estariam atrasados em relação aos filósofos, sendo apenas desenvolvida no séc. XIX pela Escola da Exegese³⁴.

Na segunda metade do séc. XIX e durante o séc. XX surgem reacções contra uma tal teoria dos contratos assente no individualismo e liberalismo, sobretudo potenciadas pelos abusos da liberdade contratual que foram surgindo. Emergem assim, essencialmente sob uma posição socialista, as teses da protecção dos mais fracos perante imposições contratuais, principalmente, como é sabido, no campo do proletariado operário, mas também nos contratos de adesão³⁵.

Em princípios do séc. XX, o princípio da liberdade contratual foi, assim, sofrendo mitigações com o evoluir da concepção da ordem pública económica e social. Em especial, as restrições à liberdade contratual acentuaram-se durante as Guerras Mundiais e continuam a exercer influência nos dias de hoje, particularmente no âmbito da protecção da concorrência leal. Um dos principais objectivos da intervenção do Estado residia na limitação e correcção dos problemas decorrentes da excessiva desigualdade de facto entre as partes contratuais. As principais áreas de incidência foram, para além do direito do trabalho, os contratos de transporte e de seguro, entre outros contratos permeáveis à imposição de cláusulas por parte de grandes empresas aos particulares³⁶. Assim, com o ordoliberalismo alemão, a liberdade contratual passou do liberalismo clássico para adquirir uma dimensão institucional, enquanto princípio de ordenação da economia de mercado, na linha de um pensamento teórico de relação sistemática dos sistemas político, jurídico e económico³⁷. Posteriormente, para se impor mais restrições à liberdade contratual, no direito alemão instrumentalizaram-se os bons costumes para ajuizar da admissibilidade de práticas comerciais, e nos ordenamentos de tradição napoleónica prosseguiu-se no desenvolvimento da ordem pública económica³⁸.

6. Os desenvolvimentos em torno das cláusulas contratuais gerais e seus contributos para a evolução do princípio da liberdade contratual

A evolução do sentido e alcance da liberdade contratual no século passado

34 *Introdução Histórica ao Direito*, p. 738.

35 John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, p. 739.

36 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 164.

37 Sousa Ribeiro, “Direito dos Contratos e Regulação do Mercado”, p. 58.

38 *Idem*, p. 59.

deveu-se essencialmente à crescente imposição de condições contratuais por parte de empresas que foram ganhando grandes poderes de negociação. É este o campo próprio das cláusulas contratuais gerais, que, embora extravasem o âmbito do presente estudo³⁹, não deixam de nos trazer algo de útil para a questão da imperatividade do regime legal, seja por semelhança de fundamentos, seja por exclusão de partes para a delimitação do campo de actuação das normas imperativas no Direito das Obrigações.

A individualização de um domínio próprio das cláusulas contratuais gerais partiu de um acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*)⁴⁰, que veio estabelecer uma importante regra orientadora a partir de um caso em que se discutia a admissibilidade de exclusão da garantia de qualidade e da consequente responsabilidade pelos vícios na venda de imobiliário novo, tendo o Tribunal entendido que tal seria apenas possível nos contratos individualizados, mas já não por via de cláusulas contratuais gerais. A partir daí, começou a poder afirmar-se a existência de duas categorias de normas imperativas, limitadoras da liberdade de modelação do conteúdo dos contratos – umas aplicáveis aos contratos individualizados, outras às cláusulas contratuais gerais⁴¹.

Quando dois sujeitos celebram um contrato, reconhecem-se mutuamente numa posição paritária, como titulares de esferas de competência igualmente dignas de respeito. A liberdade contratual, neste sentido, é entendida como dependente da actuação da contraparte, que também é livre de contratar ou não⁴². Este pressuposto, a ser válido, configura apenas uma situação pura e purificada da realidade, pois desde cedo se tem reconhecido que não há paridade absoluta onde quer que seja.

Consequentemente, um primeiro limite à liberdade contratual funda-se na disparidade factual dos poderes de negociação entre as partes contratuais. Com efeito, a desigual repartição de poderes constitui o “eterno dilema da autonomia privada”, susceptível de transformar a *autodeterminação bilateral* numa

39 E que, de resto, já foram objecto de investigação em muitas obras, como Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Ana Prata, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*; e, no direito de Macau, Augusto Teixeira Garcia, “A propósito dos controlos de inclusão e de validade das cláusulas contratuais gerais: breves considerações sobre os arts. 10.º, 15.º e 16.º da Lei 17/92/M, de 28 de Setembro”, e Sousa Ribeiro, “Regulations on Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: a comparative analysis”.

40 Citado em Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 86.

41 Cfr. Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 86.

42 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 58 e ss.

*heterodeterminação unilateral*⁴³. Não é, no entanto, toda e qualquer desigualdade posicional que deve conduzir a um desvio à liberdade contratual.

No direito alemão, Hönn defendia, ao abrigo de uma posição positivista, que os critérios de aferição de situações de inferioridade não podiam senão decorrer da própria regulamentação legal, refutando qualquer critério suprapositivo dada a impossibilidade de identificação precisa. Esta posição foi criticada por Joaquim de Sousa Ribeiro, sugerindo antes dever partir-se da Constituição, que estabelece a protecção dos direitos fundamentais, mas que tal por si só é insuficiente, pois “Nenhuma questão de direito privado, e, em especial, a dos limites da liberdade contratual, se resolve automaticamente pela teoria da função de tutela dos direitos fundamentais”, pela vaguidade e não-exaustividade das suas normas, não sendo assim possível deduzir imediatamente os critérios para a identificação das situações que requerem uma intervenção tuteladora.

De importância para a questão são as decisões do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que vem entendendo⁴⁴ que a autonomia privada protegida pela Lei Fundamental não conduz a uma liberdade contratual ilimitada e que, pelo contrário, as jurisdições cíveis devem controlar o conteúdo dos contratos indevidamente desequilibrados em detrimento de alguma das partes em resultado de uma desigualdade de armas no âmbito dos poderes de negociação⁴⁵. Numa outra decisão de 1993⁴⁶, o Tribunal veio reafirmar que os tribunais devem obstar a que os contratos sejam utilizados como meio de heterodeterminação, em face, designadamente, dos §§ 138 e 242 do BGB, correspondentes entre nós, *grasso modo*, aos arts. 273.º, n.º 2, e 752.º, n.º 2, respeitantes à ordem pública e à boa fé, respectivamente. Da decisão se pode retirar que todo o conteúdo contratual anormalmente gravoso para uma das partes é motivo para averiguar da existência de uma disparidade de poder negocial. O inovador desta decisão foi o facto de se ter justificado os limites à liberdade contratual com a própria garantia constitucional da autonomia privada⁴⁷, o que só se entende se se tiver presente que esta só se alcança com a efectiva autodeterminação dos interesses próprios e que, caindo esta premissa, haverá que limitar a liberdade contratual. É certo que

43 Flume, *apud* Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 128.

44 Cfr. BverfGE89, 214 ff.

45 Sobre a questão no direito anglo-saxónico, Ewan McKendrick, *Contract Law – Text, Cases, and Materials*, pp. 792 e ss.

46 Referida em Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 144 e ss.

47 Ínsita, na Lei Fundamental, no § 2, I, no âmbito do reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas.

a decisão incidia sobre cláusulas contratuais gerais e o seu contributo essencial foi o de proporcionar coordenadas para um controlo de validade casuístico e aposteriorístico, pelos tribunais, tendo em conta as concretas circunstâncias de cada caso, e comparando as condições contratuais designadamente com os padrões praticados no mercado a cada momento. O que nos preocupa neste estudo, contudo, é a derogabilidade de normas legais que deve ser consistente em todo e qualquer negócio jurídico, independentemente das condições concretas, e susceptível de um juízo apriorístico. De todo o modo, alguma coisa de útil se pode retirar dela para a questão que nos interessa. Com efeito, de acordo com aquela orientação, necessário seria determinar se o equilíbrio de interesses num dado contrato estaria anormalmente afastado dos padrões legais, na eventualidade de, por livre acordo das partes, virem afastados determinados direitos ou obrigações previstos na lei para aquele tipo contratual. Ponto é saber se esses padrões legais correspondem a uma concepção legislativa de justiça e de equilíbrio de interesses inatacável ou se para o legislador é indiferente que no âmbito obrigacional as partes celebrem contratos legalmente típicos mas se afastem de tudo o demais em busca do seu próprio esquema contratual, mesmo que injusto ou menos justo para uma das partes. Voltaremos a este ponto adiante.

Por outro lado, um segundo pressuposto de intervenção limitativa extraído a partir da referida decisão⁴⁸ reconduz-se à inferioridade de uma das partes contratuais, devendo a disparidade resultar de *razões estruturais generalizáveis*⁴⁹.

A tese da disparidade de poder é criticada por Sousa Ribeiro por não contribuir para a concretização de critérios que permitam distinguir os tratamentos que devem ser dados a cada caso concreto. Segundo o Autor, “o único ponto de apoio seguro para critério de intervenção é a constatação empírica de que, em certas áreas ou processos da contratação, o conteúdo do acordo se desvia, *de forma típica e sistemática*, de uma conformação equilibrada de interesses, *sempre em prejuízo da mesma categoria de contraentes*”⁵⁰, concluindo que o que justifica uma reacção normativa imperativa são, por um lado, finalidades de natureza jurídico-política, e, por outro, razões imanentes à própria ordem jurídica, ou seja, a inexistência de

48 Que, aliás, não foi algo de inovador desta decisão. Cfr. Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 153.

49 “Quando uma das partes tem uma superioridade tão manifesta que pode impor unilateralmente as regras contratuais, isso actua para a outra como heterodeterminação. Onde falta uma igualdade aproximada na relação das forças, não está garantida somente com os meios do direito dos contratos uma equilibrada conformação de interesses”, excerto de um acórdão de 1990, traduzido para a língua portuguesa em Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 154, em nota.

50 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 171 (itálico nosso).

condições mínimas para o exercício efectivo de uma autodeterminação bilateral, inferida da generalizada produção de resultados gravosamente inequitativos e ofensivos dos interesses de uma das partes, porquanto a autonomia privada deixa, nestes casos, de cumprir a sua função de autodeterminação individual, de ordenação e de garantia de justiça, devendo ser objecto de controlo ou mesmo substituída por mecanismos de regulação heterónomos. Com efeito, “quando a típica desprotecção de certas posições jurídico-negociais conduz, de forma usual, a resultados significativamente desproporcionados, nenhum fundamento sustenta o exercício irrestrito da autonomia privada”⁵¹.

Ora, a grande diferença do que ficou exposto quanto às cláusulas contratuais gerais com os contratos individualmente negociados é que, tipicamente, as normas obrigacionais do Código Civil assentam num ideal de igualdade jurídica dos particulares, não obstante as suas diferenças pessoais e sociais⁵², e os desvios típicos e estruturais factualmente verificados são corrigidos ou por via dos mecanismos gerais da falta e vícios da vontade (arts. 232.º e ss) ou do abuso do direito (art. 326.º) ou da boa fé em geral (arts. 219.º, n.º 1, e 752.º, n.º 2), num controlo casuístico, ou então, alternativamente, através da directa incorporação dessas correcções de antemão no respectivo regime legal, na veste de normas imperativas, de que é exemplo típico parte da disciplina legal da relação contratual de arrendamento. Já as cláusulas contratuais gerais, por sua vez, partem de um pressuposto de rigidez e imposição unilateral de cláusulas a quem pretenda contratar⁵³, daí resultando uma desigualdade posicional estrutural entre as partes. É também por este motivo que o seu regime, embora de extrema importância nas sociedades hodiernas e não obstante o seu carácter de aplicação geral e transversal pelo menos no Direito das Obrigações, não deve estar incorporado no Código Civil, mas em legislação extravagante⁵⁴.

É assim que se deve concluir que a protecção contra a disparidade de posição negocial – designadamente através do controlo do conteúdo contratual

51 Idem, pp. 171-174.

52 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 52. Conforme refere Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Vol. I*, p. 26, “As razões para o facto de uma tutela da parte mais fraca não surgir nos quadros do Direito Civil clássico prendem-se essencialmente com o ideário liberal individualista, em que se basearam os Códigos Civis, avessos à protecção do contraente débil”.

53 No que se pode traduzir na expressão “pegar ou largar” ou, na língua inglesa, “take it or leave it”. Cfr., no nosso direito, o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 17/92/M, de 28 de Setembro, que estabelece o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

54 O Código Civil italiano é dos poucos exemplos que faz menção às cláusulas contratuais gerais. Cfr. arts. 1341 (*Condizioni generali di contratto*) e 1342 (*Contratto concluso mediante moduli o formulari*).

como se decidiu nos referidos acórdãos do Tribunal Constitucional alemão – deve ser primordialmente dispensada pelo regime das cláusulas contratuais gerais quando verificados os pressupostos da sua aplicação. Não estando preenchidos os requisitos da sua aplicação, não se pode afirmar a existência de uma falha estrutural do sistema sempre que sejam celebrados contratos desequilibrados, pois esta realidade faz parte e decorre da própria natureza do sistema capitalista e de duas uma – ou é automaticamente regularizada pelo funcionamento do mercado, ou é objecto de intervenção normativa (imperativa) quando politicamente assim se entender necessário, designadamente quando se trate de situações generalizadas ou se contenda com bens essenciais ou com a dignidade da pessoa humana, como sucede no âmbito do direito do trabalho⁵⁵ e no contrato de arrendamento para habitação, mas deverá sê-lo naturalmente com um mínimo de correspondência na letra da lei (art. 8.º, n.º 2; cfr. também o n.º 1)⁵⁶, embora sem esquecer que a interpretação jurídica deve ter por objecto a “norma da norma”, não o texto-expressão mas o objecto intencionalmente normativo-jurídico⁵⁷. Com efeito, a autonomia da vontade acarreta consigo uma ideia de autorregulação (*auto nomos*, o estabelecer leis por si mesmo), mas simultaneamente de justiça, pelo que terá de ser a própria lei a estabelecer os limites a essa mesma autonomia⁵⁸, e em moldes que não sejam variáveis no tempo na ausência de revisão legal⁵⁹, sob pena de se ter de considerar imperativa, por exemplo, a disciplina protectora do arrendatário ou do promitente-comprador de imóvel em períodos de excesso

55 Sobre a prevalência de normas imperativas mínimas em protecção da parte trabalhadora, ver Miguel Quental, *Manual de Formação de Direito do Trabalho em Macau – Novo Regime das Relações de Trabalho*, CFJJ, 2012, p. 64.

56 Um exemplo que se pode dar é a recente iniciativa legislativa de se fixar um coeficiente máximo para actualização das rendas no âmbito do contrato de arrendamento urbano, que no entanto não foi aprovada pela Assembleia Legislativa no diploma que viria a ser a Lei n.º 13/2017 (Alteração do regime jurídico de arrendamento previsto no Código Civil). Na versão inicialmente proposta podia ler-se o seguinte:

“Artigo 999.º (Casos de actualização)

1. As rendas ou alugueres são actualizáveis:

a) Nos termos e condições que resultem do contrato ou por acordo posterior das partes, e tratando-se de arrendamento urbano, *sempre dentro do coeficiente de actualização* aprovado pelo Chefe do Executivo (...)” (itálico nosso).

57 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, pp. 143-144.

58 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 52 e ss.

59 Não concordamos, pois, com a ideia de que “é através das pesquisas dos juristas e das decisões judiciais que as regras, nos limites de sua expressão verbal, vão mudando o seu sentido segundo novas exigências factuais e valorativas para que possam corresponder às contingências sociais e económicas”, de Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, p. 133.

de procura, levando à relativa fraqueza destes sujeitos em relação ao senhorio e ao promitente-vendedor, e dispositiva em tempos de escassez de procura, o que tornaria o sistema legal extremamente incerto, dada a rapidez com que se pode alterar a conjuntura económica e social, vagueando ao sabor das concepções dominantes a cada momento⁶⁰. Fora destes casos, dizíamos, o contratante mais débil (apenas) tem ao seu dispor os meios gerais de reacção casuísticos acima indicados.

Capítulo III Imperatividade e dispositividade das normas jurídicas

7. Noção e terminologia

Os conceitos de imperatividade e dispositividade tal como vêm configurados nos escritos disponíveis não oferecem grandes dificuldades ou reparos, no seguimento de alguma refinação por parte de alguma doutrina.

A imperatividade como característica das normas jurídicas tem sido questão há muito debatida na doutrina portuguesa⁶¹ e estrangeira⁶², mas não se trata da mesma imperatividade no sentido de que nos ocupamos nesta sede, querendo antes referir-se à vigência imperativa das normas em geral e em abstracto no mundo jurídico, independentemente de uma decisão concreta das pessoas⁶³. É por isso que há quem prefira falar antes em normas injuntivas para designar a realidade que tratamos neste estudo⁶⁴.

O direito imperativo é muitas vezes apelidado de *ius cogens*, com isso querendo significar que as respectivas normas estão subtraídas a qualquer alteração por vontade das partes e traduzem a existência de um interesse público ou legítimos interesses de terceiros, ou ainda a protecção da parte tipicamente considerada mais fraca. “Normas imperativas são, de certa maneira, corpos estranhos no direito privado na medida em que limitam a vontade autónomo-privada”⁶⁵.

60 O que aconteceu, precisamente, no mercado imobiliário de Macau, que conheceu uma subida de preços galopante entre 2005 e 2015, tendo depois percorrido um período de falta de procura.

61 Ver, por todos, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 91-92.

62 Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 353 e ss.

63 Assim, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 168.

64 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 522.

65 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito*

Esta realidade, seja ela denominada injuntiva, imperativa, cogente ou necessária, entre outras denominações, contrapõe-se às normas dispositivas, também designadas facultativas, permissivas ou supletivas, e corresponde, na sua definição mais acertada, às normas que se aplicam independentemente de declaração ou estipulação em contrário. Em matéria contratual, significa toda a *norma insusceptível de ser objecto de derrogação por vontade das partes na disposição de determinada situação jurídica*⁶⁶.

Esta definição afasta as que sugerem necessariamente a existência de uma imposição ou proibição de uma conduta, como durante muito tempo se vinha defendendo⁶⁷. E fã-lo pela simples razão de que variadas normas não têm por função a definição de regras de conduta, mas, por exemplo, estabelecer um efeito ou conceito jurídico, ou condição de eficácia jurídica⁶⁸.

As normas dispositivas, por seu lado, são *aquelas que se aplicam na falta de estipulação em contrário e que, inversamente, não se aplicam por força de acordo das partes*. São, portanto, normas que podem ser afastadas por convenção das partes⁶⁹. Assim, apenas as cláusulas contratuais que derroguem normas dispositivas ou que reproduzam normas imperativas ou dispositivas são regras vinculantes e imperativas entre as partes, no sentido de serem judicialmente exigíveis e coercíveis⁷⁰.

8. Função das normas dispositivas

As normas dispositivas, sendo caracterizadas pela sua livre derogabilidade por estipulação das partes, assumem primordialmente uma *função de direito supletivo* na regulamentação das soluções consideradas mais adequadas, justas

Civil, pp. 41-42.

66 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 523, avança com uma curiosa “categoria particular” representada pelas regras imperativas dentro das regras injuntivas, sendo aquelas de aplicação mais exigente por terem a nulidade como consequência da sua violação por força do art. 294.º (art. 287.º entre nós), e não a anulabilidade (que, ao que parece, é a consequência para a violação das restantes regras injuntivas na terminologia e dentro desta lógica do Autor). Na ausência de ulterior desenvolvimento desta ideia na referida obra, não estamos em condições de tecer quaisquer comentários em relação a esta posição.

67 Cfr. Germano Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 193.

68 Assim, Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 42, nota 61.

69 Idem, p. 42.

70 Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 91.

e equilibradas a determinada situação jurídica⁷¹. Função que se decompõe numa vertente de *facilitação do comércio jurídico*⁷², liberando os particulares do ónus de estabelecer a disciplina completa em cada e qualquer contrato que celebrem, e noutra de *pré-fixação da regulamentação-modelo* de um dado negócio jurídico⁷³. As soluções consagradas por este tipo de normas baseiam-se em critérios de razoabilidade e de tendencial equilíbrio entre as posições das partes, constituindo a “justa regra do caso médio”⁷⁴, e decorrem muitas vezes de regras praticadas no comércio jurídico⁷⁵.

Sob uma perspectiva puramente económica, as normas dispositivas contribuem para o aumento do número de negócios celebrados numa dada economia e reduzem os custos de transacção, sendo o benefício daí resultante partilhado pelas partes.

Do ponto de vista jurídico, hoje cada vez menos se entende que a supletividade tenha por fundamento a vontade comum e conjectural das partes, no sentido de que o regime legal seja o que o comum dos contraentes normalmente quereria⁷⁶, mas continua a aceitar-se o fundamento da maior justiça da solução, embora menos intensa quando comparada com as soluções imperativas. A justificação que se tem dado às normas dispositivas é, de facto, a de que, embora na generalidade dos casos as partes consigam chegar a acordo quanto à regulação de todos os aspectos considerados relevantes para a boa execução dos contratos, a verdade é que tal fica apenas limitado àquilo que as partes conseguiram antever, podendo haver algo que fique de fora e que precise de complementação legal⁷⁷.

Não obstante, nem todas as normas dispositivas têm por função fechar lacunas contratuais⁷⁸, pois muitas delas não dizem respeito à *fase estipulativa* nem às suas carências, mas a certos parâmetros a que se sujeita a *implementação* do acordo. São disposições que definem uma disciplina ou estatuto objectivo

71 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 526; Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 188; e Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 173.

72 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 43.

73 Tratando-se, assim, de normas orientadas por um pensamento de justiça contratual comutativa. Cfr. Larenz, *apud* Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 459.

74 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 148.

75 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 91.

76 Como entendia, entre outros, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 54.

77 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 44, e Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 72.

78 Em sentido contrário, Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 148.

do negócio, a que se subordina a actuação do contrato, e têm que ver com “valorações autónomas do ordenamento jurídico em relação ao negócio tomado como facto objectivo”⁷⁹, pautadas por critérios de razoabilidade e justiça. Disso são exemplos as normas dos arts. 1088.º (Inexecução do mandato ou inobservância das instruções)⁸⁰ e 1142.º (Alterações exigidas pelo dono da obra)⁸¹. Estas normas continuam a ser dispositivas e podem ser evitadas pelas partes.

9. Principais classificações das normas imperativas

As normas imperativas têm sido comumente classificadas em *absolutamente imperativas* e *relativamente imperativas*. Naquelas, a proibição é de aplicação transversal a toda e qualquer cláusula contrária à norma. Nestas, apenas as cláusulas que derroguem a norma num certo sentido se têm por proibidas. Exemplos das primeiras são as dos arts. 690.º (proibição do pacto comissório, sendo nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor faz sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir) e 573.º (proibição de cessão de direitos litigiosos), e, das segundas, as dos arts. 552.º, 553.º, 795.º, n.º 2, e 1073.º (onde se proíbe a estipulação de juros a taxa superior aos limites máximos, permitindo-se contudo a derrogação da taxa legal dentro daqueles limites).

Por outro lado, têm-se distinguido as normas *unilateralmente imperativas* das *bilateralmente imperativas*, embora em termos nem sempre consistentes. Por vezes, fala-se nesta dicotomia para significar, no segundo caso, a inderrogabilidade da norma mesmo com acordo de ambas as partes, e, no primeiro, a inderrogabilidade apenas pela parte contra quem a norma é estabelecida, permitindo-se o seu afastamento com a anuência da parte cujo interesse é objecto

79 Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e Deveres de Protecção*, pp. 83-85, em nota.

80 “O mandatário pode deixar de executar o mandato ou afastar-se das instruções recebidas, quando seja razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, se conhecesse certas circunstâncias que não foi possível comunicar-lhe em tempo útil.”

81 “1. O dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra.

2. O empreiteiro tem direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho, e a um prolongamento do prazo para a execução da obra.

3. Se das alterações introduzidas resultar uma diminuição de custo ou de trabalho, o empreiteiro tem direito ao preço estipulado, com dedução do que, em consequência das alterações, poupar em despesas ou adquirir por outras aplicações da sua actividade.”

de protecção⁸². Noutras vezes, emprega-se os termos para designar as normas que visam a tutela do interesse de uma ou de ambas as partes, consoante seja unilateral ou bilateralmente imperativa⁸³.

Devemos dizer que na primeira das concepções não se cumpre integralmente a principal função das normas imperativas que é a de admitir a inclusão de cláusulas *contra legem* nos contratos em prol da promoção e facilitação do comércio jurídico⁸⁴ e permitir à parte protegida pela norma prevalecer-se do regime imperativo aquando da execução do contrato, pois a grande preocupação das normas imperativas está, para além das considerações de ordem pública – caso em que é indiscutível a sua imperatividade para todos –, no entrave que a recusa de aceitação daquelas cláusulas representa para a parte mais débil e para o tráfico jurídico e a economia em geral, tipicamente traduzindo-se na frustração das negociações e na conseqüente não celebração do negócio. Assim, só as normas que são inderrogáveis mesmo com o consentimento da parte considerada mais fraca estão em condições de prosseguir os fins para que as mesmas foram concebidas. Um exemplo de normas unilateralmente imperativas ao abrigo desta acepção é a do art. 714.º (“A redução voluntária só pode ser consentida por quem puder dispor da hipoteca, sendo aplicável à redução o regime estabelecido para a renúncia à garantia”). Ora, como nos parece óbvio, não pode legitimamente falar-se de normas imperativas *stricto sensu* nestes casos, pois que, imperativa ou dispositiva, o consenso implicaria sempre a anuência de ambas as partes, e dizer que a norma é imperativa apenas quando a parte visada não aceitar a cláusula é pouco mais que dizer que todo o contrato ou posterior modificação é fruto de uma convergência de declarações de vontade. No exemplo dado, o que está efectivamente em causa é a *legitimidade* para se renunciar parcialmente à hipoteca, o que obviamente não poderia deixar de depender do poder de disposição da mesma.

A segunda concepção foca-se nos interesses tutelados pela norma e as conseqüências da distinção empreendida vêm já reflectidas no regime da norma imperativa. São inúmeros os exemplos de normas tuteladoras do interesse de uma das partes. Veja-se o preceito do art. 1038.º, n.ºs 1 e 2, que prescreve a renovação obrigatória do contrato de arrendamento até perfazerem 2 anos sobre o início do

82 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 11. O Autor refere que a legislação comunitária-europeia no domínio do direito dos contratos de consumo é composta quase exclusivamente por normas unilateralmente imperativas – portanto apenas inderrogáveis se o consumidor não consentir – que definem aspectos desde a formação dos contratos ao conteúdo material de acordos comerciais.

83 Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7.ª edição, tradução chinesa de 2001, Law Press China, § 179; e *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, §§ 46 e 70.

84 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 88.

arrendamento⁸⁵, através da proibição de denúncia por parte do senhorio durante esse período de tempo, permitindo-se contudo essa mesma denúncia quando feita pelo arrendatário. O que significa que será nula a cláusula que atribua ao senhorio o direito de denunciar o contrato antes daquele prazo, mas já válida a que atribua esse direito ao arrendatário, que de resto opera por força da lei e não depende de estipulação contratual. Pelo contrário, é exemplo de norma bilateralmente imperativa a do preceito seguinte, que prevê prazos mínimos de antecedência da comunicação da denúncia, iguais para ambas as partes, visando atribuir-lhes tempo necessário para a organização dos seus planos após a cessação do contrato.

10. As teses imperativistas. Sua superação e irrelevância para a problemática

Na sequência de variadas críticas construídas no século passado⁸⁶, é hoje pacífico dizer-se que estão ultrapassadas as teses que sufragavam a imperatividade de todas as normas jurídicas.

De um modo muito sintético, aquelas teses viam imperativos não só nos comandos dirigidos às condutas humanas, mas também nas normas atributivas de direitos subjectivos, como por exemplo nas determinações sobre a propriedade no direito civil, de tal forma que, com Enneccerus, “toda a regra jurídica perfeita (completa) contém uma prescrição (comando); muitas, porém, a mais disso, e mesmo em primeira linha, contém uma concessão”, colocando assim tais normas ao lado das prescrições e proibições⁸⁷, o que se faz através da seguinte construção: a concessão, por exemplo, do direito de propriedade, implica a proibição universal de se impedir por qualquer forma o gozo da coisa pelo proprietário, bem como o comando de restituição da coisa ao proprietário por parte de pessoa que esteja na sua posse sem particular título jurídico⁸⁸. Desta forma, toda a norma permissiva estaria coligada com uma norma imperativa, na medida em que, tendo uma parte um direito, como seja o direito de o credor exigir o pagamento do seu crédito, a contraparte estará sujeita a um comando preceptivo, neste caso o de cumprir o dever de pagar, sendo sempre possível encontrar uma norma preceptiva ou

85 Na última revisão legal alterou-se para 3 anos, embora ainda não tenha entrado em vigor.

86 Ver, em geral, Hart, *O Conceito de Direito*, e Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 353 e ss.

87 Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 31.

88 Idem, p. 33. O Autor, no entanto, critica esta teoria imperativista como “uma espécie de pessimismo filosófico-jurídico” (p. 35).

proibitiva nos preceitos legais permissivos⁸⁹.

A verdade, porém, é que nem sempre assim é, e mesmo quando o seja não se pode daí retirar a conclusão automática de que aquele direito e a correspectiva prescrição ou proibição sejam inderrogáveis⁹⁰. Em todo o caso, toda esta construção não nos é útil para o efeito de distinguir as normas imperativas das dispositivas, pois o que se quer dizer com estas teses não é que todas as normas sejam imperativas, mas que, se quisermos alcançar determinados fins através da celebração de um contrato, teremos de nos obrigar a uma contraprestação através das correspondentes declarações de vontade. Pois, mesmo para os adeptos desta teoria, não se deixa de reconhecer a autonomia privada, que permite aos particulares “dispor dos imperativos jurídicos”⁹¹.

No direito anglo-saxónico, R. M. Hare⁹² foi um dos principais Autores que tentou explicar que de todos os imperativos universais – *v.g.*, todos os locadores hão-de conservar a coisa locada em estado adequado ao uso⁹³ – se podem extrair imperativos individuais – o locador A está obrigado a conservar a coisa locada a B. O Autor dá ainda o exemplo de que, tanto a expressão “fecha a porta” ou a formulação “tu vais fechar a porta” querem significar o mesmo comando imperativo⁹⁴. Esta construção demasiado baseada na letra da lei e no elemento gramatical de pouco nos vai servir, especialmente no âmbito das obrigações em que vigora o princípio da liberdade contratual. Com efeito, se a lei pode prescrever que o contraente “deve” ou “é obrigado”, a verdade é que os particulares são livres de criar contratos atípicos e dest’arte fugir àquele regime legal na sua integralidade. Disso é exemplo a cedência de espaço em centros comerciais, vulgo *grant of right of use*, ao que se não aplica o regime jurídico do arrendamento⁹⁵. Assim sendo, pode não fazer sentido que todo e qualquer “dever ser” no âmbito do direito dos contratos seja um imperativo no sentido tradicional. Adiante desenvolveremos

89 J. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2.^a edição, 1994, pp. 166-167.

90 Neste sentido, e sufragando a independência da regra permissiva em relação à regra proibitiva, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 515. Também assim, referindo-se especificadamente ao direito de propriedade e à suposta obrigação passiva universal como norma imperativa correspectiva, Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 354-356, nega que nestes casos de aquisição ou perda de direitos se esteja eminentemente perante uma imposição de um dever e que dessa forma se possa reduzir as respectivas normas a imperativos.

91 Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 44.

92 *The Language of Morals*.

93 Usando o exemplo de Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 354, que nos será útil neste estudo.

94 *The Language of Morals*, p. 17.

95 Assim, Ac. do TSI n.º 699/2013, de 25 de Junho de 2015.

esta ideia.

11. Alguns elementos de direito comparado. A referência positiva às normas imperativas

O principal aspecto de alguma divergência legislativa nos diversos ordenamentos de direito continental-europeu reside nos preceitos que determinam as consequências para os negócios jurídicos celebrados *contra legem*. Entre nós, são os arts. 273.º, n.º 1, e 287.º.

Esta distinção, entre negócio jurídico com objecto contrário à lei e negócio jurídico celebrado contra disposição legal de carácter imperativo, não vem traçada em todos os ordenamentos jurídicos. Assim, o direito francês é inequívoco no sentido de fazer associar a inderrogabilidade das normas legais à ordem pública e aos bons costumes (art. 6 do *Code Civil*), acrescentando-se nos arts. 1131 e 1133 que a ilicitude da causa da obrigação pode também decorrer de proibição legal. O art. 6 é visto por alguma doutrina como a melhor referência para a análise das normas imperativas no campo do direito privado⁹⁶. A ordem pública divide-se em clássica e económica no direito francês, sendo aquela atinente às disposições legais de protecção do interesse público *stricto sensu* no âmbito dos assuntos governamentais, diplomáticos, de defesa ou de política externa, e esta reservada para protecção das classes mais fracas, designadamente nos domínios do direito do trabalho, arrendamento, seguro e direito do consumidor⁹⁷.

Já no direito espanhol, distingue-se no art. 1.255 do Código Civil entre contrariedade do conteúdo contratual à lei, aos bons costumes e à ordem pública, e prevê-se no art. 1.275 que não produzem efeitos os contratos com causa ilícita por violação da lei ou dos bons costumes. De particular relevância é também o disposto no art. 6.º, n.º 3, segundo o qual são nulos de pleno direito os actos contrários a normas imperativas ou proibitivas, salvo se outra for o efeito nelas previsto.

No direito italiano, o art. 1418 do *Codice Civile* prevê, no seu 1.º parágrafo, que o contrato é nulo quando contrário a normas imperativas, salvo se a lei dispuser em sentido diverso, e, no 2.º parágrafo, para o que nos interessa, que conduz à nulidade do contrato cujo objecto não preencha os requisitos estabelecidos no art. 1346, onde se encontra nomeadamente a licitude. Perante semelhante

96 Referindo-se à “most fertile tree in the garden of mandatory law” e “statutory anchor for a discussion of mandatory rules in private law generally”, Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 13.

97 *Idem*, pp. 13-14.

enquadramento legal, a doutrina italiana tem-se dividido, uma no sentido de que a norma deste 2.º parágrafo diz apenas respeito à ilicitude do *objecto*, enquanto aquele 1.º parágrafo trata da contrariedade à lei dos *demais aspectos* do negócio jurídico⁹⁸, outra no sentido de que uma das duas normas é redundante⁹⁹.

12. Cont. O direito alemão em especial. As normas proibitivas

No direito alemão, embora apenas se disponha de uma norma semelhante à do nosso art. 287.º, prevendo que “Os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter proibitivo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei” (§ 134 do BGB), o conceito de norma imperativa não é de todo desconhecido¹⁰⁰, mas é tratado autonomamente, sem se assentar neste ou noutra preceito do BGB. Há, aliás, quem entenda que as normas imperativas, designadas *ius cogens*, uma vez violadas, dão igualmente lugar a aplicação do § 134 e, em caso de dúvida, geram nulidade total do contrato nos termos do § 139, que estabelece que a nulidade parcial do negócio jurídico implica a nulidade total do mesmo, a menos que se possa assumir que as partes o teriam querido sem a parte viciada¹⁰¹. Mas sobre o entendimento quanto às normas imperativas no direito alemão falaremos adiante.

Assim, entende-se, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vêm previstos ao abrigo de normas proibitivas no sentido do § 134 do BGB no âmbito contratual¹⁰², e que as normas penais constituem igualmente normas proibitivas para efeitos do mesmo preceito¹⁰³. Já as normas proibitivas aprovadas após a promulgação do BGB têm vindo a assumir principalmente funções de regulação

98 Enrico Gabrielli, *L'Oggetto del Contratto – Artt. 1346-1349*, p. 83, *apud* Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 144.

99 Rodolfo Sacco, “Le Invalidità”, in *Tratatto di Diritto Privato*, Vol. 10, Tomo 2, 2.ª edição, UTET, 1995, p. 560, e Fabrizio Di Marzio, “Norme Imperative”, in *I Contratti in Generale*, Vol. VI, UTET, 2000, pp. 153-179, *apud* Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 144.

100 Pois, segundo Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, pp. 42, as normas do BGB podem ser classificadas em normas imperativas (*ius cogens*) e normas dispositivas (*ius dispositivum*).

101 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 86.

102 Béatrice Schütte, “The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms”, p. 224.

103 Matthias Weller, “Who Gets the Bribe? – The German Perspective on Civil Law Consequences of Corruption in International Contracts”, p. 176.

económica¹⁰⁴. Por outro lado, incluem-se também no seu escopo os casos de indisponibilidade absoluta¹⁰⁵ e estipulações fraudulentas de evasão à lei¹⁰⁶, tal como também se defende no direito português em relação ao art. 294.^o¹⁰⁷, equivalente ao nosso art. 287.^o.

É entendimento mais ou menos pacífico que só quando a norma proíbe o resultado final de um determinado negócio, ou quando emprega termos imperativos como “não pode” é que se estará perante a alçada do § 134. Quando a norma se refira apenas a aspectos circunstanciais (como por exemplo as que restringem o horário de funcionamento de determinadas lojas), já não haverá lugar à aplicação da cominação deste preceito¹⁰⁸.

Por outro lado, apenas as normas de cuja violação tornam o negócio ilícito são proibitivas. Não estão, assim, incluídas as normas limitativas da constituição dos negócios jurídicos, como por exemplo as que exigem determinada autorização (v.g. do tribunal) para a sua constituição¹⁰⁹.

Sob o ponto de vista da estatuição da norma jurídica, Medicus explica que as normas perfeitas, como os §§ 1 e 15 da Lei contra as Restrições de Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), prevêem em si a consequência para a violação da norma, não havendo assim lugar à aplicação do § 134, e que, embora as normas imperativas vêm surgindo de forma cada vez mais abundante, em especial para protecção dos interesses da parte mais débil, há preceitos que prevêem situações que por lei são consideradas nulas *ab initio*, pelo que a nulidade dos respectivos actos não decorre igualmente do § 134. É assim que o Autor chega à conclusão de que o verdadeiro sentido do § 134 se dirige às normas proibitivas não pertencentes à esfera do direito civil e que estabelecem sanções de natureza não-civil (penais ou administrativas)¹¹⁰. Normas que, uma vez violadas, não estatuem nelas próprias a solução para a (in)validade jurídico-civil do acto,

104 Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 402.

105 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 45; e Paula Correia, *Teoria Geral do Facto Jurídico*, p. 119.

106 Bénédicte Fauvarque-Cosson e Denis Mazeaud, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, p. 430.

107 Cfr. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 521 e ss; Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 153; e o Ac. do TRL n.º 0000942, de 26 de Fevereiro de 1998.

108 Law Commission, *The Illegality Defence: A Consultative Report*, 2009, p. 38.

109 Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 404.

110 No mesmo sentido, Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 13, entende que o § 134 não se aplica às normas imperativas de direito privado, mas tão-só às de direito público.

carecendo assim da actuação do § 134. Com efeito, segundo confirma a Nota Justificativa do BGB, o § 134 “tem especialmente em vista as normas proibitivas de direito público respeitantes aos negócios jurídicos, designadamente as normas proibitivas do Código Penal”.

Também assim refere Larenz¹¹¹, no sentido de que as normas proibitivas se caracterizam pela associação de um determinado acto jurídico a uma sanção, ou medida análoga como a privação de um certo direito, encontrando-se cada vez menos previstas no BGB. Segundo o Autor, uma proibição legal tem por objecto, substancialmente, um negócio jurídico que por natureza genérica é perfeitamente susceptível de realizar à luz do sistema jurídico, mas que é proibido em determinadas circunstâncias consoante o seu conteúdo, as consequências da sua proibição ou as circunstâncias da sua realização. A maioria das normas proibitivas encontram-se em legislação especial, tendo presente os objectivos económicos, sociais e políticos, como meio jurídico ao serviço da conjuntura a cada momento histórico, o que foi particularmente visível durante e após as Guerras Mundiais, em que era frequente lançar-se mão de normas proibitivas.

Como exemplos de normas proibitivas têm-se apontado mais frequentemente os do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais¹¹² e o da proibição de contratação de trabalhadores ilegais e ainda o da cessão de créditos relativos a honorários forenses e médicos que implique violação do dever de sigilo profissional¹¹³.

13. Cont. O direito português e macaense

No direito português, onde a redacção dos preceitos relevantes é de todo idêntica à dos artigos do CCM, a solução é semelhante à do direito italiano, prevendo-se, por um lado, as consequências para os negócios jurídicos com objecto ou fim contrário à lei (nos arts. 273.º e 274.º do CCM) e, por outro, a nulidade, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei, dos negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo (art. 287.º do CCM).

A este respeito, rezava o preceito antecedente ao Código Civil português de 1966, do Código Civil de 1867, no art. 10.º, do Título I, Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral, do Livro Único da Parte I, Da capacidade civil, à

111 *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 50.

112 Embora, neste caso, como referido, se entenda que não se deva sancionar a nulidade para a violação desta norma proibitiva, quando se vendam produtos ou serviços fora dos limites legalmente estabelecidos para o horário de funcionamento.

113 *Medicus, Allgemeiner Teil des BGB*, §§ 645 e 646.

semelhança da sistematização do Código de Napoleão e do Código Civil espanhol, que “Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proibitiva, quer preceptiva, envolvem nullidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrário”, e que “Esta nullidade póde, comtudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem publica”. Por sua vez, estabelecia o art. 671.º, n.º 4, inserido sistematicamente no Capítulo relativo ao objecto dos contratos, do Título I, Dos contratos e obrigações em geral, do Livro II, Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente, que não podiam legalmente ser objecto de contrato os actos contrários às obrigações impostas por lei, sob pena de nulidade (art. 669.º). O Código actual manteve no essencial esta distinção que, não obstante não ter vindo a ser elaborada pela doutrina¹¹⁴ e pela jurisprudência, tem sido salientada por alguns Autores, uns no sentido de que a norma respeitante ao objecto negocial (do art. 273.º entre nós) constitui uma concretização da regra geral da nulidade dos negócios celebrados contra a lei (do art. 287.º)¹¹⁵, outros no sentido de que aquela apenas se refere ao objecto (imediate ou mediato¹¹⁶) do negócio jurídico, ao passo que esta se preocupa com outros elementos, como sejam as circunstâncias da sua celebração, distintos, portanto, quer do conteúdo do contrato, quer da coisa sobre a qual ele incide, razão pela qual a lei abriu expressamente a porta para a previsão de consequências diversas da nulidade como estatuição da norma¹¹⁷ 118. Esta última posição parece ser a mais defensável, atendendo aos trabalhos preparatórios, onde se justifica que a norma do art. 287.º cobre as situações que

114 Nem mesmo nos trabalhos preparatórios do Autor do Anteprojecto, Rui de Alarcão, “Invalidade dos Negócios Juridicos”, in BMJ, n.º 89, p. 202, que, lamentavelmente, acaba por não se referir também ao que se deva entender por objecto ilícito na nota justificativa que acompanhou o respectivo Anteprojecto. O Autor escrevia que “No que respeita à ilicitude, não cumpre, na presente sede, indicar os vários casos em que se verificará. Mas deve expressar-se que ela pode advir da ofensa, não de um preceito especial da lei, mas da ordem pública ou dos bons costumes (artigo 2.º), bem como regular a figura especial de negócio ilícito que é a dos negócios ditos usurários (artigos 3.º a 5.º)”, sem, no entanto, retomar o assunto na “sede” para onde remeteu. Cfr. “Objecto Negocial”, in BMJ, n.º 138, p. 120.

115 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 522.

116 Cfr. Paula Correia, *Teoria Geral do Facto Jurídico*, p. 119.

117 Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, p. 1229, em nota; e Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, pp. 147 e 150.

118 Se bem que a doutrina maioritária, tanto a portuguesa como a estrangeira, tem entendido que semelhante solução deve vigorar para a violação da norma do art. 273.º, não se justificando sem mais a cominação da nulidade indistintamente para todo e qualquer caso. Cfr. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II*, pp. 587 e ss. Sobre as consequências da violação de uma e outra norma, cfr. Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, pp. 164 e ss.

não caberiam no n.º 2 do art. 273.º, segundo o qual “É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”, o que parece indicar, com esta comparação com o n.º 2 e não com o n.º 1, que a diferença está entre o objecto do negócio (art. 273.º, n.º 1) e o negócio em si mesmo (arts. 273.º, n.º 2, e 287.º)¹¹⁹. Este preceito referente à licitude do objecto¹²⁰, cuja violação se traduz numa prestação que a lei proíbe por ofensiva de um dever, como furtar ou difamar¹²¹, não nos será essencial para a questão da imperatividade das normas legais plasmadas no Livro das Obrigações do Código Civil, uma vez que se refere ao objecto ou conteúdo do negócio, que, salvo algumas excepções, não está pré-determinado nos tipos contratuais ou nos demais institutos jurídico-obrigacionais e que deverá ser fixado pelas partes¹²².

De todo o modo, parte da doutrina portuguesa e estrangeira vê na nulidade dos negócios violadores de regras imperativas um princípio geral do direito civil¹²³ ou mesmo que a violação de tais normas implica sempre a nulidade do negócio jurídico em que se inserem, por uma questão de garantia da integridade e coerências normativas do sistema jurídico, sob pena de o sistema entrar em contradição e ruptura consigo próprio¹²⁴. Assim sendo, nesta perspectiva, as normas imperativas terão forçosamente de traduzir exigências fundamentais de princípios estruturantes¹²⁵.

119 Cfr. Rui de Alarcão, “Invalidade dos Negócios Jurídicos”, in BMJ, n.º 89, p. 202.

120 A redacção do Anteprojecto previa que “O objecto do negócio jurídico, deve ser possível, lícito e determinado ou determinável”.

121 Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, p. 46.

122 Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, pp. 349 e ss, faz um elenco exemplificativo das modalidades típicas que pode revestir a ilicitude do objecto ou conteúdo dos negócios jurídicos, de cujo controlo apenas depende do seu confronto casuístico com normas imperativas da parte geral do Código Civil. O Autor fala, assim, de negócios que têm por objecto mediato um comportamento ilícito de uma ou de ambas as partes, ou que por outra forma são dirigidos a um tal comportamento ou pelo menos são adequados a favorecê-lo; negócios que pretendem vincular a uma acção ou omissão lícita mas que, segundo as concepções jurídicas, deve permanecer espontânea, repugnando a toda a ideia de vinculação jurídica; negócios que vinculam ou prejudicam a liberdade pessoal ou económica dos indivíduos em proporção maior do que a reputada admissível, ou por meios considerados excessivos, ou em circunstâncias injustificáveis; e negócios pelos quais se promete um dado comportamento lícito em troca de qualquer vantagem patrimonial, quando o mesmo procedimento, segundo as concepções jurídicas dominantes, repugna a toda a ideia de retribuição económica.

123 Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I*, Coimbra Editora, 2003, pp. 86-88.

124 No sentido de que os negócios celebrados contra a lei são declarados nulos, assim se reconstituindo a situação previamente existente, Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 324.

125 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da*

Não obstante, do cotejo entre o art. 10.º do Código de Seabra e o art. 287.º do CCM (ou 294.º do CCP) ressalta uma diferença estruturante – outrora a imperatividade das normas jurídicas, mesmo que proibitivas ou preceptivas, estava directamente dependente do interesse público e da ordem pública, pois no demais a nulidade decorrente da violação de normas imperativas podia ser sanada por acordo dos interessados. É fácil ver que, no regime actual, para além das normas de interesse público e da ordem pública, que aliás vêm autonomizadas (v.g. arts. 165.º, n.º 1, al. a), 264.º, n.º 1, 273.º, n.º 2, 274.º, 459.º, al. a), 789.º, n.º 2, 961.º, 1350.º, n.º 1, al. a)), a imperatividade pode resultar directamente da lei. Parece, assim, não poder estabelecer-se uma relação imediata entre o art. 287.º do CCM e o art. 10.º do Código de Seabra, que revelava influências do Código Civil francês na associação da imperatividade à ordem pública.

O preceito vigente apresenta, pois, maiores semelhanças com o direito italiano e com o direito alemão¹²⁶. Em primeiro lugar, deve dizer-se que não se percebe muito bem a sistematização do bloco normativo referente às invalidades do negócio jurídico, sabendo que tanto no direito italiano como no alemão a norma correspondente ao art. 287.º vem prevista antes das outras, que, nomeadamente, se referem à nulidade parcial e à conversão dos negócios jurídicos. Isto porque, se atentarmos ao *Codice Civile* e ao BGB, e aliás como é boa técnica legislativa, a norma que sanciona a nulidade para os negócios celebrados contra normas imperativas ou proibitivas surge como princípio geral, com os desvios previstos nos artigos seguintes. Assim, no direito alemão estabelece-se, por exemplo, no § 135, n.º 1, que os actos de disposição de bens em violação de norma proibitiva são apenas ineficazes em relação às pessoas que aquela norma pretende proteger, assim como se prevê a nulidade parcial do negócio jurídico no § 139 como possibilidade de se salvar na parte válida o negócio que nos termos da regra do § 134 seria nulo. O mesmo sucede no direito italiano, que, na sequência da regra do art. 1418, prevê no n.º 1 do art. 1419 uma norma idêntica à do § 139 do BGB, e que no n.º 2 acrescenta que a nulidade de cláusulas singulares não importa a nulidade do contrato quando as mesmas são legalmente substituídas por normas imperativas, para além do art. 1424 que prevê a conversão do negócio jurídico. O CCP e o CCM, por sua vez, referem-se à redução e à conversão do negócio jurídico antes de prever a nulidade dos negócios *contra legem*, podendo dar a entender que a contrariedade a norma imperativa é de tal maneira grave que não dá em caso algum lugar a redução ou conversão do negócio, e só não determinará a nulidade se outro efeito resultar da lei. Não nos parece que assim seja.

Liberdade Contratual, p. 226.

¹²⁶ Embora nos trabalhos preparatórios se diga que o artigo teve por fonte o art. 10.º do Código de Seabra. Cfr. Rui de Alarcão, “Invalidade dos Negócios Jurídicos”, in BMJ, n.º 89, p. 202.

Com efeito, no direito italiano a violação de normas imperativas tanto pode gerar a nulidade total do negócio jurídico, como na doação de bens futuros (art. 936.º, n.º 1, no direito de Macau), ou a eliminação da cláusula do contrato, como sucede com as cláusulas de exclusão da responsabilidade civil nos casos em que é proibida¹²⁷. Outras, desempenham uma função positiva de integração contratual, substituindo-se às cláusulas contrastantes. É o caso, entre nós, do art. 973.º, que estabelece o prazo máximo de 30 anos para a locação, sendo reduzido¹²⁸ a esse limite quando excedente, e do art. 921.º, n.º 2¹²⁹. Em Itália existe consagrado no art. 1339 um princípio geral de inserção automática de cláusulas¹³⁰, segundo o qual “as cláusulas, os preços de bens ou de serviços impostos pela lei (...) são de direito inseridos no contrato, mesmo em substituição das cláusulas divergentes estabelecidas pelas partes”. Entre nós não existe semelhante preceito, mas é possível apontar-se exemplos da aplicação desse princípio¹³¹, como é o caso dos artigos acabados de mencionar, e os arts. 922.º, n.º 2¹³², e 1073.º, este último quanto à redução das taxas de juros¹³³. Entende-se que só desta forma se assegura a solução tida por mais adequada à composição dos interesses em causa, pois que a simples eliminação da cláusula nestes casos representaria uma solução lesiva da ordem geral ou injusta para alguma das partes, geralmente a parte débil, dado que a aniquilação do negócio apenas jogaria em favor do contraente mais forte, que só quis contratar naqueles termos, e é do interesse da parte mais fraca manter o negócio com o conteúdo imperativo da lei¹³⁴.

Isto para dizer que não pode fazer sentido que a contrariedade a norma imperativa seja insusceptível de gerar redução, conversão ou outras consequências para além da própria nulidade como regra, ainda que esta surja no final da

127 Enzo Roppo, *O Contrato*, pp. 192-193.

128 Note-se que não se trata da redução do regime geral do art. 285.º. Assim, Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, p. 546.

129 “É igualmente nula, quanto ao excesso, a cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda.”, no âmbito da disciplina da venda a retro.

130 Designada *eficácia mediata da norma imperativa* por Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 538-539, em nota, com crítica da expressão utilizada pela doutrina italiana.

131 Como o faz Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 540-541.

132 “Se as partes convencionarem prazo ou prorrogação de prazo que exceda o limite de 2 ou 5 anos a partir da venda, a convenção considera-se reduzida a esse preciso limite.”, ainda na venda a retro.

133 Para uma justificação da imperatividade destas normas, Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 543-545, em nota.

134 *Idem*, pp. 544-546.

Secção III, sobre a nulidade e anulabilidade do negócio jurídico do Capítulo sobre o negócio jurídico¹³⁵. Pelo exposto pretendemos também dizer que a regra fundamental da nulidade do negócio integral prevista no art. 287.º não tem, no direito dos contratos, uma aplicabilidade tão vasta como sugere a letra da lei, quando se trate de violação de normas imperativas constantes do Código Civil, na parte das obrigações. Com efeito, por um lado deve desde logo questionar-se se no direito dos contratos existem de facto normas imperativas que imponham uma acção e de cuja violação implique a nulidade, considerando que o preceito alemão apenas fala em normas proibitivas¹³⁶. A maioria dessas normas impositivas serão a previsão de obrigações para as partes – resta, contudo, saber se tais obrigações não podem ser mesmo derogadas e se, sendo imperativas, a derrogação de uma ou outra deve gerar a nulidade do contrato como regra. Por outro lado, mesmo nas normas em que se imponha uma omissão ou abstenção nos contratos puramente particulares, deve questionar-se se a nulidade é o efeito primariamente querido pelo legislador na composição dos interesses das partes, sabendo que, como foi dito, a protecção almejada com a norma imperativa não será em muitos casos a aniquilação do contrato, porque é do interesse das partes mantê-lo, mas antes o seu auto-ajuste às condições e nos moldes tolerados pela lei, e considerando ainda que no direito alemão se verifica uma tendência jurisprudencial no sentido da não cominação da nulidade para a violação de normas em que falte um forte fundamento ético (*starkes ethisches fundament fehlt*)¹³⁷. A resposta a estas questões implica uma análise ao conjunto dos preceitos do Código Civil no que aos contratos diz respeito, e é o que nos ocupará nas secções seguintes deste estudo.

De todo o modo, podemos desde já adiantar que, na jurisprudência local dos tribunais superiores, são contados os casos em que se discute a aplicabilidade das normas dos arts. 273.º, n.º 1, e 287.º. Num deles, o TUI, expondo vasta doutrina sobre a distinção entre causa, motivos e fins do negócio, e entre impossibilidade legal e contrariedade à lei do objecto negocial, decidiu que o arrendamento, para uso comercial, de fracções autónomas de prédio em regime

135 Também neste sentido, Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, p. 538, afirma poder a violação de norma imperativa gerar invalidade total ou parcial do negócio, circunscrevendo-se neste caso à cláusula violadora quando assim o determine a lei, ou por força do regime geral do art. 285.º do CCM.

136 Mário de Brito, *Código Civil Anotado, Vol. I*, pp. 344-345, refere, em anotação ao art. 280.º (273.º do CCM), sobre o objecto negocial, que contrário à lei é o objecto que viola uma proibição legal.

137 Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, §§ 656-657, concluindo pela inexistência de um critério uniforme para a determinação da concreta consequência para a violação de normas proibitivas, cabendo o desafio à jurisprudência.

de propriedade horizontal e cuja licença de utilização é apenas para escritórios, tem um objecto contrário à lei, sendo portanto nulo nos termos do art. 273.º, n.º 1, e dos arts. 5.º e 7.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 6/99/M, e que, tendo a autora a intenção de o arrendamento se destinar a exposição e venda de produtos, intenção essa do conhecimento da ré, também se pode afirmar que o fim do negócio era contrário à lei e, sendo o mesmo fim comum às duas partes, o negócio também é nulo nos termos do art. 274.º, sem ter avançado com qualquer contributo para a delimitação do âmbito de aplicação do art. 273.º em face do art. 287.º, nem para a concretização do que sejam normas imperativas¹³⁸. Noutro, o TSI, depois de levantar a questão sobre “O que é um negócio contrário à lei?”, cita doutrina sobre as *consequências* do negócio contrário à lei, bem como o excerto relevante daquele Ac. do TUI – que, recorde-se, citava doutrina – e decidiu que a falta de licença de utilização e de título constitutivo da propriedade horizontal para o exercício da actividade comercial gera a nulidade do contrato de arrendamento comercial, com fundamento em impossibilidade originária da prestação¹³⁹.

Na jurisprudência portuguesa, no que mais se associa ao âmbito deste nosso estudo, têm sido considerados como contrários à norma correspondente ao art. 287.º os casos de celebração de um contrato de prestação de serviços quando em causa está uma relação de trabalho sem termo (o que consubstancia uma contrariedade à lei na modalidade da fraude à lei)¹⁴⁰, de contrato com

138 Cfr. Proc. n.º 44/2015, de 30 de Julho de 2015. Aliás, o TUI refere que o art. 287.º “visa realidade semelhante à prevista no n.º 1 do artigo 273.º, na parte em que estatui sobre o objecto do negócio contrário à lei” e que “existe uma relação entre os artigos 273.º, n.º 1 e 287.º, na parte em que o primeiro dispõe sobre o objecto do negócio contrário à lei, sancionado também com a nulidade, por outra via, pelo segundo destes artigos”. Simplesmente, “começa” por “examinar” o art. 273.º, n.º 1 – mediante citação de doutrina –, mas não acaba por atribuir qual comentário ao art. 287.º...

139 Cfr. Proc. n.º 1080/2015, de 30 de Junho de 2016. Uma palavra de justiça deve ser dita – em ambos os casos citados a questão essencial não era, efectivamente, tanto a de saber se a proibição legal do n.º 1 do art. 7.º da Lei n.º 6/99/M (“É proibida qualquer utilização indevida de prédio urbano”) era norma imperativa ou não, porque a letra da lei não suscita grandes dúvidas, mas antes a de saber se neste caso deve operar a cominação da nulidade, e com base em que artigo. Estávamos, no entanto, expectantes que, após se desafiarem com questões ambiciosas, os Venerandos Tribunais formulassem alguns critérios sobre a imperatividade ou dispositividade das normas jurídicas...

140 Ac. do STJ n.º 04S1505, de 4 de Maio de 2005: “Os negócios jurídicos que permitem a intermediação de terceiras entidades, contrariando normas imperativas, são nulos nos termos do disposto no art. 294º do CC, o que sucede quando se procede ao desdobraimento dos vínculos contratuais que formalmente enquadram a prestação de actividade pelo trabalhador para excluir o seu enquadramento num vínculo contratual duradouro materialmente estabelecido entre dois sujeitos sem qualquer vínculo formal entre si, que perdurou entre 1992 e 2000”.

cláusula contratual geral abusiva¹⁴¹, de contrato com cláusula penal restritiva de direito fundamental¹⁴² ou cumulada com uma cláusula atributiva do direito a indemnização nos termos gerais¹⁴³, e de contrato de arrendamento com cláusula limitativa do exercício do direito de resolução por parte do arrendatário¹⁴⁴.

14. As normas imperativas como limitação da liberdade contratual

No direito dos contratos, o preceito verdadeiramente central para a questão da imperatividade das normas do Livro das Obrigações encontra-se previsto no art. 399.º, n.º 1, referente ao princípio da liberdade contratual. E começa por se referir aos seus limites¹⁴⁵: “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos

141 Ac. do STJ n.º 96B591, de 19 de Março de 1998: “A cláusula contratual geral inserta no verso do documento, segundo a qual a resolução por incumprimento implicaria a obrigação para o locatário do pagamento de todos os alugueres, incluídos os que se vencessem até ao final do prazo do contrato, será, por absoluta desproporcionalidade e por contrariar os princípios que regem o instituto da resolução, nula e de nenhum efeito, nos termos dos artigos 12 e 19, alínea c) do DL 446/85, de 25 de Outubro, e do artigo 294 do CC, com referência aos artigos 432 e 434 do mesmo Código”.

142 Ac. do STJ n.º 084387, de 12 de Janeiro de 1994: “Por força do disposto no artigo 294 do Código Civil, serão nulos os negócios jurídicos que contrariem o disposto na norma dos artigos 21, n.º 1, do Decreto-Lei 45968 e 226 do citado Regulamento [Regulamento de Inscrição Marítima, Matrícula e Lotação dos Navios da Marinha Mercante e da Pesca, aprovado pelo Decreto 45969, de 15 de Outubro de 1964], quando considerada esta na sua dimensão proibitiva, ou seja, nas restrições ao direito fundamental à liberdade de trabalho”.

143 Ac. do TRL n.º 11246/2005-7, de 15 de Dezembro de 2005: “refere-se ainda no despacho recorrido que no contrato em causa foi estipulada “uma cumulação de cláusula penal moratória com indemnização nos termos gerais, o que contraria abertamente a proibição legal”. E, como estamos perante uma norma imperativa, que não admite estipulação em contrário, o negócio seria nulo nos termos do artigo 294º do CC”. Note-se que este Ac. da Relação revogou o citado despacho recorrido, mas tão-apenas porque se entendeu não ter havido cumulação. Entre nós o regime é, aliás, diverso, apenas se verificando tal proibição para as cláusulas penais compensatórias (art. 800.º, n.º 2).

144 Ac. do TRC n.º 2991/05, de 22 de Novembro de 2005: “Conferindo a lei ao arrendatário, por razões evidentes de ordem pública de protecção social, o direito de revogar a todo o tempo o contrato mediante certa forma, ter-se-á de considerar nula a disposição negocial que sanciona com uma indemnização o exercício de tal direito, por violar norma legal imperativa (artigo 294.º do CC)”.

145 De resto, como dizia Leisner, *apud* Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 235, “a história da liberdade contratual é a história das suas limitações”.

previstos neste Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

Os “limites da lei” a que se refere o artigo reconduzem-se aos requisitos gerais do conteúdo da obrigação (arts. 391.º e ss) e do objecto negocial (arts. 273.º e ss), bem como ao princípio da boa fé, à ordem pública, aos bons costumes, e à não contrariedade a normas imperativas¹⁴⁶.

As normas imperativas constituem, de facto, juntamente com a ordem pública e os bons costumes, um dos instrumentos fundamentais para assegurar que os contratos celebrados ao abrigo da autonomia privada não conflituem com os valores, objectivos e interesses que o ordenamento jurídico pretende garantir. A diferença está no facto de, com a ordem pública e os bons costumes, o legislador ter delegado ao julgador a tarefa de individualizar as situações que em concreto representam uma colisão com esses valores protegidos, ao passo que, com as normas imperativas, o próprio legislador define *ex ante* as imposições e as proibições de forma precisa, deferindo assim ao juiz “tarefas puras e simples de aplicação mecânica do preceito legal”, na generalidade dos casos. Noutros, o simples confronto mecânico entre a norma legal e a cláusula contratual é insuficiente, pressupondo antes certa margem de apreciação do julgador conforme as circunstâncias do caso, quando a norma emprega termos valorativos e indeterminados como “adequado” ou “excessivo”¹⁴⁷, como é o caso da previsão do art. 338.º, n.º 1¹⁴⁸.

Enquanto limites legais à autonomia privada, tem sido apontado que os mesmos deverão ser estabelecidos com base em “decisões fundamentais de ordem ideológica, filosófica e económico-política”¹⁴⁹, pautada pelos quadros constitucionais. É, assim, neste entendimento, a própria “ordem jurídica que desaprova os negócios, tendo em conta o seu conteúdo, o seu fim ou as circunstâncias concretas em que são celebrados”¹⁵⁰, justificando desta forma a imperatividade da respectiva disciplina legal.

146 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 111, inclui igualmente os limites quanto aos negócios usurários (art. 275.º). Em sentido diverso, Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 459, em nota, entende que os limites da lei são apenas os que resultam de normas imperativas.

147 Enzo Roppo, *O Contrato*, pp. 190-191.

148 “É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne *excessivamente difícil* a uma das partes o exercício do direito” (itálico nosso).

149 “Aliás, é a própria autonomia privada que exige, para poder subsistir, medidas preventivas contra o seu uso ilimitado. Caso contrário, o princípio da autonomia privada fornece, ele próprio, os argumentos aos seus adversários que a pretendem eliminar”. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 519.

150 Idem, p. 520.

Efectivamente, há domínios em que já se verifica uma grande infiltração do direito público no direito privado, como é o caso da lei de terras. Outros tornaram-se um misto entre direito privado e direito público, como o direito do trabalho e o direito económico. No Direito das Obrigações, pelo menos no tocante ao direito dos contratos¹⁵¹, é entendimento pacífico que a generalidade das normas tende a ser dispositiva¹⁵², conclusão que, no direito português, se pode retirar a partir do preceito correspondente ao art. 399.^o¹⁵³. No direito alemão, na ausência de idêntica norma, a garantia do princípio da liberdade contratual decorre de exigências constitucionais, e qualquer restrição, que assume natureza necessariamente excepcional, terá de ser fundamentadamente justificada. Com efeito, o Direito das Obrigações deve pautar-se pelos direitos e liberdades fundamentais garantidos pela Lei Fundamental, designadamente os §§ 11 (sobre a liberdade de escolha de domicílio) e 14 (sobre a liberdade de disposição de direitos patrimoniais de natureza privada)¹⁵⁴, embora cada vez mais surjam normas imperativas ou unilateralmente imperativas, numa tendência de protecção da parte tipicamente mais fraca, como sucede no âmbito do mútuo e no arrendamento para habitação, designadamente pelo que diz respeito ao direito de denúncia do contrato¹⁵⁵.

“As excepções ao princípio da igualdade formal, as justificações e as limitações das mesmas, constituem um problema extremamente difícil para o direito privado, mas elas são inevitáveis. De um outro modo, uma autonomia privada, baseada numa igualdade formal sem limitações, conduziria, em etapas sucessivas, à eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e à eliminação da própria autonomia privada”¹⁵⁶.

A autonomia privada encontra a sua justificação moral no valor da

151 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 223.

152 Afirmando que o “*Direito das Obrigações tem em bloco e como regra, natureza supletiva*”, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 73.

153 Como o faz Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I*, pp. 954-956, referindo que “As limitações à autonomia privada não devem fazer esquecer que ela domina, por definição, o Direito Privado. Por isso e por extensas que se apresentem, elas nunca chegam a suprimi-la: as diversas situações civis relevantes repousam sempre na liberdade das pessoas. O próprio legislador deve ser sempre cauteloso, quando imponha limites, perguntando-se qual o sistema alternativo possível”.

154 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 71.

155 Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 179; e *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, §§ 46 e 70.

156 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 55.

liberdade individual¹⁵⁷ e o dilema coloca-se, com efeito, entre liberdade e protecção social. Costuma dizer-se que “o problema difícil para o direito privado consiste em encontrar soluções equilibradas, em saber quem são realmente os mais fracos¹⁵⁸”, apontando-se situações típicas do lesado perante o usurário, do consumidor, do trabalhador e do arrendatário. Na verdade, uma teoria normativa do contrato que justifique ou repudie limitações à liberdade contratual deverá resultar necessariamente da clarificação da complexa relação entre os valores da autonomia individual e os valores do bem-estar social (eficiência, utilidade, equidade e comunidade)¹⁵⁹. A opção entre a autonomia privada e a imposição normativa do legislador orientada por exigências de controlo social, permanentemente em tensão, deverá ser feita “consoante o peso atribuído ao que se ganha e ao que se perde com cada uma das alternativas” e determinada pela “razão político-ideológica do momento, em último termo, pela relação de forças entre os portadores dos interesses em jogo”. A “maior ou menor extensão reconhecida à liberdade contratual corresponde, grosso modo, à latitude com que os poderes públicos empreendem uma intervenção correctora da auto-regulação do mercado”¹⁶⁰.

Nas normas imperativas existe sempre um interesse de hierarquia superior aos dos autores do negócio, não podendo valer uma regulamentação contrária ao critério legal – as normas imperativas valem independentemente das estipulações negociais e apesar delas¹⁶¹. Há, no entanto, Autores que inclusivamente entendem que todas as normas imperativas são de ordem pública e regem sobre matérias de interesse público¹⁶². Esta visão só será defensável se se adoptar uma acepção ampla do conceito de interesse público, fazendo incluir também interesses particulares como interesses directamente protegidos pela norma imperativa. É o que faz, v.g., Cabral de Moncada¹⁶³, que distingue entre normas de interesse e ordem pública e normas de interesse privado, querendo

157 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 10.

158 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 56.

159 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 85.

160 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 236.

161 Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis*, Quid Juris – Sociedade Editora, 1993, p. 537, em nota.

162 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 347.

163 *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, pp. 40-41.

significar, com as primeiras, aquelas que, visando embora predominantemente interesses privados, não podem ser derogadas por estipulação contratual. Isto porque representam uma “invasão ou projecção dum interesse público superior, impondo limitações à vontade dos particulares” e manifestam uma preocupação do legislador com o interesse da colectividade ou do Estado. Já as normas de interesse privado, na acepção daquele Autor, são normas condicionalmente obrigatórias – são supletivas e obrigam as partes caso não as afastem.

15. As principais considerações de ordem económica

Sob um ponto de vista económico, tem sido apontada para as normas imperativas a função de standardização dos termos contratuais, simplificando as transacções e reduzindo os seus custos, pelo facto de ser inútil e escusado tentar negociar sobre termos que se sabe à partida que são imutáveis¹⁶⁴.

Como argumentos contra o intervencionismo estadual, refere-se, por um lado, que num ordenamento em que a economia de mercado e a concorrência sejam valores preponderantes, as situações de desigualdade posicional podem não justificar forçosamente uma intervenção restritiva da liberdade contratual. Primeiro, porque a posição prevalecente de uma das partes pode ter sido resultado de particular labor, e uma eventual igualação de posições poderá representar um incentivo à preguiça e inércia. Segundo, porque os particulares integrantes da parte mais fraca podem sempre coligar-se para formar uma força com maior poder de negociação, como sucede por exemplo com os sindicatos. Terceiro, porque, em princípio, a própria concorrência é susceptível de impedir a inclusão de cláusulas inadequadas nos contratos¹⁶⁵. É evidente que estes argumentos não são absolutos nem decisivos, até porque uma simples constatação empírica nos diz que, embora o primeiro argumento invocado tenha efectivamente a sua razão, isso não impede que haja abusos em virtude dessa posição prevalecente, ainda que não se negue o mérito dessa parte mais poderosa que deve ser reconhecido e protegido, mas sem que isso implique um desfavor aos demais, que pelas mais variadas razões não alcançaram um estatuto que lhes permita estar em pé de igualdade em toda e qualquer negociação contratual. Por outro lado, é manifesta a dificuldade de formação de agrupamentos consistentes que alcancem uma posição comparável à da parte mais forte, assim como não passam despercebidas as falhas da concorrência desregulamentada.

164 “It makes life easier”. Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 39.

165 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 73.

Por outro lado, cada disciplina imperativamente imposta pelo legislador poderá ter – como frequentemente tem – reflexos na desmotivação de contratação ou na modificação dos termos contratuais que poderão resultar de outra forma mais prejudiciais para a parte que o legislador pretendeu proteger com o controlo imperativo¹⁶⁶, de que pode ser exemplo a situação hipotética que serviu de crítica à última revisão da disciplina do contrato de arrendamento do Código Civil, segundo a qual a determinação de um coeficiente máximo de actualização das rendas teria como possível consequência a subida das rendas com a fixação de rendas mais altas *ab initio*, compensadoras da estimada diferença de rendimentos e fazendo a final o arrendatário suportar os custos acrescidos, ou em consequência da reluctância em dar em arrendamento que conduziria a uma maior escassez da oferta¹⁶⁷. No entanto, há muito que tem vindo a ser frisado que este tipo de consequências hipotéticas invocadas para travar a introdução de normas imperativas e restritivas da liberdade negocial é imprevisível *ex ante* e depende das condições concretas do mercado e da sua interacção com os mercados vizinhos¹⁶⁸.

Na verdade, a imposição de normas imperativas pode até promover o próprio fim da circulação de bens e serviços da autonomia privada, na medida em que a parte cujo interesse é protegido pela norma se escusa de negociar aquelas condições contratuais que, a serem negociadas, poderiam dissuadir a contraparte em contratar. A parte, assim, pode aceitar o contrato com todas as cláusulas *contra legem*, sabendo que as mesmas não terão validade e que poderá prevalecer-se do regime legal, em última análise, por via judicial.

16. O campo de actuação das normas imperativas em geral. Os critérios formal e substancial

Dissemos que, apesar de a lei alemã se referir tão-somente a normas proibitivas, a figura das normas imperativas não só não é desconhecida no direito alemão, como tem sido objecto de maior tratamento doutrinal do que tem sido dispensado pela doutrina portuguesa. Assim, com Larenz, são normas imperativas, de um modo genérico: 1) as que definem os pressupostos para o exercício da autonomia privada, como as normas respeitantes à capacidade de

166 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 224, em nota.

167 Esta proposta em concreto não foi, como se disse, aprovada pela Assembleia Legislativa.

168 Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, p. 604.

exercício, aos requisitos de validade da declaração negocial e à tipicidade dos actos jurídicos (onde vigore o princípio da tipicidade, portanto, no âmbito do Direito das Coisas, do Direito da Família e do Direito das Sucessões); 2) as que visam proteger a estabilidade do comércio jurídico e a confiança de terceiros; e 3) as que estabelecem restrições à autonomia privada como meio de prevenção da produção de resultados gravemente injustos ou de satisfação das exigências sociais¹⁶⁹, onde se pode incluir a outorga imperativa de uma faculdade com finalidade protectiva, de proibição de certo conteúdo ou de fixação de limites quantitativos para prazos, taxas de juro ou preços¹⁷⁰. Nas secções seguintes apenas desenvolveremos as duas últimas categorias indicadas, uma vez que a primeira não se refere a normas do Livro das Obrigações.

As normas imperativas podem decorrer de previsão expressa ou de dedução teleológica¹⁷¹, ou, o mesmo é dizer, segundo um critério formal ou um critério substantivo.

O primeiro critério apontado pela generalidade dos Autores é a própria letra expressa da lei. Não que a lei se refira necessariamente à imperatividade da norma de forma directa, porque, como vimos, o CCM apenas o faz em três ocasiões, mas através de outras expressões que a indicem com segurança. Trata-se de um critério formal ou explícito, e constitui um fundamento importante, embora nem sempre suficiente, para a aferição da imperatividade de uma norma jurídica, sendo disso exemplos estatuições que impõem a nulidade das cláusulas contrastantes com a norma imperativa¹⁷², através de fórmulas como “é nula qualquer convenção em contrário” ou “sob pena de nulidade”¹⁷³, de que resulta claramente a injuntividade da norma¹⁷⁴, ou expressões como “não deve” (no direito alemão, *soll nicht*), “não pode” (*kann nicht*) ou “apenas pode” (*soll nur*)¹⁷⁵ (já veremos que estas últimas expressões não são concludentes por si mesmas), ou ainda a expressa qualificação de inderrogabilidade ou de uma explícita indicação de que a norma deve valer “não

169 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 45.

170 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 225.

171 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 87.

172 Marcello Psaro, “L’Inserzione Automatica di Clausole”, p. 221, *apud* Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 175, considera que “um bom índice do carácter imperativo de uma disposição da lei é representado pela previsão da [...] invalidade para os actos em contraste com ela”.

173 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 191

174 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 371.

175 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 46.

obstante convenção em contrário”¹⁷⁶ (no domínio dos contratos apenas existem os seguintes exemplos: arts. 820.º, n.º 2¹⁷⁷, 927.º¹⁷⁸, 928.º, n.º 2¹⁷⁹, 982.º, n.º 1¹⁸⁰, 1073.º, n.º 3¹⁸¹, 1096.º, n.º 1¹⁸²).

As normas dispositivas, por sua vez, incluem frequentemente enunciados como “salvo convenção em contrário”, “se as partes não houverem disposto diferentemente”, “na falta de diversa determinação das partes”, “na falta de estipulação” (cfr. arts. 394.º, n.º 1, 414.º, 434.º, 436.º, n.º 4, 442.º, n.º 1, 447.º, n.º 1, 528.º, n.º 1, 532.º, 536.º, n.º 2, 543.º, 551.º, n.º 1, 576.º, n.º 1, 594.º, n.º 1, 593.º, 651.º, n.º 2, 674.º, n.º 4, 651.º, n.º 1, 668.º, n.ºs 1 e 2, 681.º, n.º 2, 689.º, n.º 2, 692.º, n.º 1, 761.º, n.º 1, 766.º, n.º 1, 774.º, n.º 2, 795.º, n.º 2, 800.º, n.º 2, 820.º, n.º 1, 852.º, n.º 1, 853.º, 868.º, 872.º, n.º 2, 876.º, 912.º, 914.º, n.º 2, 915.º, n.º 3, 922.º, n.º 1, 930.º, n.º 1, 932.º, n.º 1, 949.º, n.º 2, 974.º, n.º 1, 986.º, n.º 1, 986.º, n.ºs 5 e 6, 987.º, n.º 2, 995.º, 998.º, n.º 1, 1000.º, n.º 1, 1010.º, 1022.º, n.º 1, al.

176 O que, segundo Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 53-54, torna-as de “fácil identificação”.

177 “Para efeitos do número anterior, a simples existência de sinal prestado no contrato-promessa, ou a fixação de pena para o caso do não cumprimento deste, não é entendida como convenção em contrário e, ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato”.

178 “Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, não obstante convenção em contrário”. Segundo Galvão Telles, “Contratos Civis”, in *BMJ*, n.º 83, p. 139, “procurou-se evitar abusos e excessos de que os compradores por vezes são vítimas, mediante algumas limitações que parecem de justiça, decretadas em preceitos imperativos”.

179 “Quando se locar uma coisa, com a cláusula de que ela se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados, a resolução do contrato por o locatário o não cumprir tem efeito retroactivo, devendo o locador restituir as importâncias recebidas, sem possibilidade de convenção em contrário, salvo o montante correspondente ao valor da indemnização ou da cláusula penal, nos termos gerais”.

180 “Não obstante convenção em contrário, o locador não pode praticar actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, com excepção dos que a lei ou os usos facultem ou o próprio locatário consinta em cada caso, mas não tem obrigação de assegurar esse gozo contra actos de terceiro”.

181 “Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização ou sanção fixados exceder o máximo fixado nos números anteriores, considera-se reduzido a esse máximo, ainda que seja outra a vontade dos contraentes”.

182 “O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação”.

d), 1025.º, n.º 1, 1028.º, n.ºs 1 e 2, 1031.º, n.º 2, 1038.º, n.º 3, 1041.º, n.º 1, al. b), 1042.º, n.º 3, 1044.º, n.º 2, 1051.º, n.º 4, 1052.º, n.º 2, 1060.º, 1062.º, 1066.º, n.º 2, 1075.º, n.º 1, 1089.º, 1103.º, 1109.º, 1130.º, e 1136.º). O que, todavia, não é forçoso, pois o carácter derogável da norma pode resultar mesmo sem ser expressamente acompanhada por uma fórmula daquele tipo¹⁸³, como por exemplo sucede com as regras sobre o risco (art 785.º), cuja supletividade é pacificamente aceite na doutrina e na jurisprudência¹⁸⁴.

Muitos Autores afirmam ser “desejável” que o legislador esclarecesse com mais frequência a natureza das disposições, entendendo ser necessário indagar sobre a essencialidade da norma à fisionomia do instituto a que pertence, no sentido de a derrogação de uma norma dispositiva não dever levar ao rompimento do equilíbrio de interesses desenhado pelo legislador¹⁸⁵.

Com efeito, a falta, no texto da norma, de uma indicação expressa da imperatividade da norma não deve conduzir à conclusão automática de que se trata de uma norma dispositiva¹⁸⁶. A natureza imperativa ou dispositiva das normas, não resultando da própria lei, implica que se vá aos interesses tutelados pela norma buscar o critério de decisão, e, mesmo quando tal suceda, ao proceder à sua “auto-superiorização” em relação ao contrato a lei chama à colação considerações extra-legais¹⁸⁷.

Assim, não se nos afigura apropriado nem útil manter esta distinção entre critério formal e substancial, porquanto em muitos dos casos se exige uma confirmação do sentido da letra da lei pelo elemento teleológico, e noutros, onde o elemento literal é auto-concludente, nunca se deixa de traduzir uma orientação teleológica já incorporada no texto da norma. O critério substancial, por seu turno, tem de vir acompanhado de uma mínima correspondência de imperatividade na letra da lei (art. 8.º, n.º 2), embora na operação inversa a correspondência verbal de dispositividade deixe de ser necessária no texto da própria norma, por força do princípio fundamental da liberdade contratual, que de resto não deixa de fazer parte da lei (no art. 399.º). O que quer dizer que uma norma pode ser dispositiva mesmo que da letra do preceito resultem expressões que só indiciem a sua imperatividade – expressões como o “não pode” ou o “é obrigado a”, como haveremos de ver a seu tempo.

183 Enzo Roppo, *O Contrato*, pp. 187-188.

184 No direito português há algumas exceções que não existem no direito macaense. Cfr. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, pp. 484 e ss.

185 Por todos, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 522.

186 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 191.

187 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 337.

17. Um melhor ponto de partida. A imperatividade das normas nas suas diferentes classificações

Ficou dito¹⁸⁸ que actualmente já se não entende que todas as normas sejam imperativas e que as críticas às teses imperativistas partiram da diferente função e natureza das normas.

Importa, assim, recordar as diferentes classificações das normas jurídicas, bem como, antes do mais, as construções que se foram tecendo acerca da estrutura da norma jurídica. Muito sinteticamente, tem-se entendido que a norma jurídica completa inclui uma previsão e uma estatuição¹⁸⁹. Vêm, a este respeito, as normas autónomas (com previsão e estatuição), as não autónomas (faltando-lhes toda ou parte da hipótese ou da estatuição), as normas remissivas que tornam completas as normas não autónomas e as disposições normativas incompletas, que incluem as definições e as classificações legais¹⁹⁰, como a classificação das coisas¹⁹¹ (art. 194.º). Dentro das normas remissivas encontramos as ficções e as presunções absolutas, que fazem identificar-se mutuamente dois antecedentes contidos em diferentes preceitos mas não comportam nelas próprias o respectivo consequente¹⁹².

De um modo genérico, pode afirmar-se que a imperatividade das normas varia consoante o tipo de norma. Assim, alguns Autores distinguem entre normas interpretativas, supletivas ou dispositivas, que apenas vinculam as partes na

188 *Supra*, 10., em especial nota 90.

189 Por todos, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 79 e ss.

190 Segundo Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 96. Já Oliveira Ascensão designa-as “proposições jurídicas não normativas”, que nem sequer chegam a ser regras, não estabelecendo um dever ser. Para nós, e essencialmente para efeitos deste estudo, é-nos indiferente se uma disposição consagra um dever ser ou não, porque nos interessa apurar também a imperatividade de outros tipos de normas. Nem tão-pouco nos importa entrar na discussão se estas disposições devem ser consideradas incompletas, não normativas ou regras jurídicas como quaisquer outras.

191 Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 360, explica que não se trata de um enunciado, mas da indicação vinculante para o aplicador da lei de entender o termo “coisa” naquele preciso sentido, sendo por isso uma proposição jurídica (incompleta) que é caracterizada por uma ordenação de vigência, quer se cumpra quer não, embora só se cubra significado prático em conjugação com outras proposições jurídicas. O mesmo é dizer que, para o Autor, este tipo de normas consubstancia um imperativo.

192 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, pp. 519-520.

falta de estipulação em contrário, e normas imperativas, proibitivas ou de ordem pública, que traduzem uma maior imperatividade¹⁹³. Outros sufragam que as regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos válidos não obrigam as pessoas a actuar de determinada maneira, sendo assim diferentes das normas baseadas em ameaças, que assumem uma função social diversa. Nesta lógica, tais regras não impõem deveres ou obrigações, antes facultando “dispositivos” ou poderes jurídicos aos particulares para realização dos seus desígnios. A consequência para a violação deste tipo de normas, que se podem agrupar em regras relativas à capacidade dos outorgantes, à maneira e forma pela qual o poder será exercido, e à variedade ou limites temporais da estrutura de direitos e deveres que se criam com os contratos, é a não produção dos efeitos jurídicos a que tenderiam, sem constituir violação de qualquer obrigação¹⁹⁴.

Não acompanhamos os Autores que sufragam só poderem ser imperativos regras de conduta¹⁹⁵. Há, com efeito, outros tipos de normas cuja derrogação seria, em teoria e na prática, do interesse das partes ou de alguma delas, mas que, pela sua natureza e função se devem considerar imperativas, atendendo ao amplo conceito que adoptámos para as normas imperativas, unicamente dependente da insusceptibilidade de afastamento por vontade das partes.

18. Normas interpretativas

Assim, as normas interpretativas tanto podem ser dispositivas como imperativas. Serão imperativas quando tiverem por objecto a *interpretação de fontes de direito* e *dispositivas* quando visarem a *interpretação de negócios particulares*. “No primeiro caso, porque fixam o entendimento das fontes, fixam-no objectivamente, sem atender à vontade das partes. No segundo caso, porque visam esclarecer os termos que os particulares usaram porque quiseram, fazem-no dispositivamente. Assim como podiam ter feito a declaração, também

193 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 324.

194 Hart, *O Conceito de Direito*, pp. 35-36.

195 Como entende, por exemplo, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 502; e Carneiro da Frada, *Contrato e Deveres de Protecção*, pp. 83-85, em nota, que entende que as disposições que estabelecem o enquadramento do contrato e o disciplinam, como as referentes à capacidade das partes, à formação do contrato e aos seus pressupostos de validade não são normas de conduta e por isso, rigorosamente, não são normas imperativas, mas as partes não podem dispor dos pressupostos de que depende a vinculatividade dos seus próprios compromissos. Ora, independentemente do rótulo, parece que as posições acabam por convergir no que à inderrogabilidade diz respeito.

os particulares podem fazê-la usando os termos em sentido diverso do que se prevê na norma interpretativa”¹⁹⁶. A diferença deste tipo de normas com as normas qualificativas reside no facto de estas últimas definirem tipos legais, quer fixando expressamente a sua noção legal, quer enunciando implicitamente os seus efeitos essenciais¹⁹⁷, ao passo que as normas interpretativas atribuem determinado sentido a palavras da lei ou estipulações das partes, ou ainda a negócios jurídicos¹⁹⁸, estando em jogo a configuração jurídica do negócio ou a exequibilidade dos seus efeitos¹⁹⁹. Exemplo de norma interpretativa dispositiva é a do art. 831.º, presumindo-se pela existência de uma dação *pro solvendo* no lugar de uma dação em cumprimento, e a do art. 919.º, presumindo-se, em caso de dúvida, pela adopção da primeira modalidade de venda a contento que as partes escolheram. Exemplo de norma interpretativa imperativa é a do art. 573.º, n.º 2, quando, ao interpretar a expressão “cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita (...) por interposta pessoa” do n.º 1, faz uma *interpretação autêntica* para efeitos daquele regime: *Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge ou unido de facto do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido.*

É certo que a distinção entre esta última categoria de normas interpretativas e as definições legais se mantém ténue, mas para efeitos de determinação da imperatividade das normas tal dificuldade poderá não ter repercussões práticas, como tentaremos argumentar.

19. Definições e tipos

Com efeito, as *definições legais* são também, em princípio, imperativas²⁰⁰.

196 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 525.

197 Em sentido diverso, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 55, entende que as definições legais (arts. 857.º, 874.º e 1022.º) e as enunciações legais (art. 1023.º) são normas interpretativas, que esclarecem o sentido de uma lei ou negócio jurídico.

198 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 515. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 47, refere que este tipo de normas interpretativas destina-se a fixar o sentido de expressões ambíguas dos particulares nos negócios celebrados, tratando-se de normas de interesse privado.

199 Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis*, p. 536, em nota.

200 Neste sentido, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 110-111; Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 46; e Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente do Negócio*, p. 158. Em sentido contrário, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 55, entende que as definições e enunciações legais são na maioria supletivas.

Em sentido contrário tem-se defendido que não cabe ao legislador mas à doutrina avançar com definições conceptuais e que, tendo-o feito, apenas se reduzem a um elemento de orientação não decisiva²⁰¹. Estamos, contudo, em crer que deve caber ao legislador a delimitação das hipóteses das normas onde se incluem as definições legais, bem como a determinação dos elementos constitutivos de um dado tipo contratual ou outra figura jurídica a que lhe é associado um regime ou efeito jurídico²⁰². É que, tais definições representam uma *opção legislativa em resposta a uma questão normativa*. Assim, como acertadamente refere Baptista Machado, a não se admitir uma certa definição legal, tal terá provavelmente repercussões na aplicação do respectivo regime jurídico, que foi desenhado tendo precisamente presente aquela definição e não outra²⁰³. São disso exemplos os arts. 536.º, n.º 1 (obrigações alternativas), 607.º, n.º 2 (má fé para efeitos de impugnação pauliana), 752.º, n.º 1 (cumprimento), 793.º, n.º 2 (mora do devedor), 802.º (mora do credor).

Em sentido próximo, Larenz²⁰⁴ fala em proposições jurídicas aclaratórias, onde inclui esclarecimentos de elementos de uma previsão normativa (como o conceito de boa fé), as pormenorizações do conteúdo das consequências jurídicas resultantes de outras proposições jurídicas (dando o exemplo dos direitos do comprador perante coisa defeituosa (§ 462 do BGB), em que as consequências aí mencionadas de anulação da compra e da redução do preço se encontram melhor descritas noutras normas complementadoras), bem como as delimitações dos tipos contratuais, mesmo quando surjam aparentemente como normas completas, no sentido de da própria definição resultar a consequência jurídica da vinculação das partes mediante a assunção das respectivas obrigações. A função deste tipo de disposições é, segundo explica o Autor, dar a conhecer o que a lei entende por cada tipo contratual, ao que quer ver aplicado o regime estabelecido nos artigos

201 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 517, referindo que “os legisladores não se enganam menos que as outras pessoas”. No entanto, o Autor admite casos, se bem que excepcionais, em que as definições legais são vinculativas e, como tal, imperativas para o intérprete, quando resultar dos seus próprios termos um regime jurídico com disciplina imediata para uma situação. Também J. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 169-170, entende que as definições legais não vinculam, por correrem o risco de se contradizerem com o regime jurídico que seguidamente é desenvolvido, que assim deve prevalecer por tratar de uma matéria específica, enquanto a definição tem carácter geral.

202 Neste sentido, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 60, em nota, refere terem as definições legais um efeito de qualificação – “se entre duas pessoas se transmitir a propriedade de uma coisa contra um preço, isso é uma compra e venda”.

203 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 110-111, usando o exemplo da mora do credor, referindo que o preceito correspondente ao n.º 1 do art. 803.º apenas deveria coerentemente ser aplicável no pressuposto de que a mora do credor seja, nos termos do art. 802.º, injustificada.

204 *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 360-362.

subsequentes, na falta de estipulação em contrário. E fá-lo através da indicação das *prestações contratuais típicas*. A obrigação das partes “decorre do contrato, que é típico no sentido da lei justamente porque as partes contratantes se obrigaram deste modo”. O Autor entende, assim, que as descrições dos *tipos legais* não têm forçosamente de ser definitivas, por vezes só podendo apreender as características fundamentais do tipo contratual em conjugação com os preceitos subsequentes e recorrendo à ideia reguladora neles expressada.

Ponto é saber se uma determinada norma descreve um conceito ou se antes caracteriza um tipo, pois *só naquele caso se fixa de modo concludente a definição da respectiva figura jurídica*. Assim, para Larenz²⁰⁵, decisiva é a “imagem global” do instituto que resulta do bloco normativo que a lei lhe destina. A onerosidade da locação e as obrigações de entregar a coisa e de pagar o preço na compra e venda são traços característicos irrenunciáveis. “A necessidade de uma certa flexibilidade ao fazer a classificação adentro dos tipos contratuais legais resulta do princípio da liberdade contratual, predominante no domínio dos contratos obrigacionais, o qual tem como consequência que o comércio jurídico nem sempre se atém ao modelo do contrato regulado por ele, mas produz constantemente desvios e novos tipos. Isto não exclui que os tribunais, naqueles contratos que se ajustam em todos os pontos à caracterização dada na lei e não mostram desvios em relação ao quadro normal, se contentem com a subsunção à descrição do tipo, entendida esta como definição. Mas, mal tais desvios sejam perceptíveis ou a definição falhe, porque as suas notas distintivas são imprecisas, o método tipológico tem que substituir o puramente conceptual”²⁰⁶.

Assim, por exemplo, a enumeração feita no art. 1081.º, sobre as modalidades do contrato de prestação de serviços, é puramente dispositiva, por não vigorar no Direito das Obrigações o princípio da tipicidade. Já as normas que consagram as noções dos contratos típicos, se bem que admitem variações ou desvios, são imperativas quanto aos seus elementos essenciais cuja verificação depende da aplicação das regras (imperativas ou supletivas) subsequentes.

20. Normas atributivas de legitimidade

São claramente imperativas as normas que atribuem legitimidade para a prática de certo facto jurídico, na medida em que todos os demais, em regra por não terem qualquer direito de crédito, ou direito de disposição ou de administração sobre certo bem, estão vedados de agir, na ausência de representação voluntária ou

205 Idem, p. 427.

206 Idem, pp. 428-429.

legal. Vejam-se, a este respeito, os arts. 413.º, n.º 1 (legitimidade para o exercício do direito de preferência, quando pertença simultaneamente a vários titulares, por todos em conjunto)²⁰⁷, 653.º, n.º 1 (legitimidade para constituição de consignação de rendimentos apenas por quem puder dispor dos rendimentos consignados), 663.º, n.º 1 (legitimidade para dar bens em penhor apenas por quem os puder alienar), 681.º, n.º 3 (legitimidade do credor cujo direito prefira aos demais para cobrar o crédito empenhado, se o mesmo crédito for objecto de vários penhores), 710.º (legitimidade para hipotecar apenas por quem puder alienar os respectivos bens), e 959.º (legitimidade, na doação modal, para exigir do donatário, ou dos seus herdeiros, o cumprimento dos encargos, por parte do doador, seus herdeiros, ou quaisquer interessados).

21. Normas éticas e normas técnicas

Segundo Castro Mendes²⁰⁸, a norma ética corresponde à norma *stricto sensu*, ou seja, às *normas de conduta* onde existe um *dever* e uma verdadeira *sanção* para o seu não cumprimento. Já as *normas técnicas* estabelecem uma *conduta necessária para determinado fim* que é *eticamente indiferente* ao direito ser ou não prosseguido, dando o exemplo da exigência de forma solene para a celebração da compra e venda de imóveis – não há um dever, mas um ónus. O acto contrário não é ilícito e acarreta apenas uma desvantagem. A nós parece-nos que este exemplo da forma, sem prejuízo de se tratar efectivamente de uma norma técnica eticamente neutra, não constitui nem sequer um ónus, antes um pressuposto da própria validade do negócio, antes do qual nem se pode falar com propriedade de ónus – ónus será, neste caso, a inscrição no registo predial.

Quanto à imperatividade, sê-lo-ão em princípio as normas técnicas, pois, se o seu acatamento visa determinado fim, é natural que com a sua derrogação se não alcancem os efeitos pretendidos. Exemplo de norma técnica é a que consta do art. 403.º, n.º 2 (oponibilidade a terceiros da cláusula de reserva de propriedade de imóveis ou moveis sujeitos a registo apenas após o registo). Quanto às regras sobre o ónus da prova trataremos adiante, por estarem sujeitas a um regime especial.

A imperatividade e dispositividade das normas éticas serão objecto de aprofundamento autónomo, *infra*, no Capítulo IV.

207 Cfr., neste sentido, o Ac. do TSI n.º 315/2004, de 11 de Setembro de 2014.

208 *Introdução ao Estudo do Direito*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, 1994, pp. 48-49.

22. Os efeitos jurídicos do negócio

A determinação dos efeitos jurídicos do negócio é da exclusiva competência da ordem jurídica²⁰⁹. Mesmos nos casos em que a lei ressalva a possibilidade de produção de outros efeitos na dependência da vontade das partes, não deixa de continuar a ser a própria lei a prever tais efeitos. Não é, assim, admissível, como princípio, a alteração da correspondência entre a causa e os efeitos do negócio (v.g. o efeito real da compra e venda e da doação; cfr. al. a) dos arts. 869.º e 948.º), o afastamento dos efeitos legais acessórios (v.g. através da cláusula *solve et repete*, na exclusão da excepção de não cumprimento; cfr. art. 422.º), o alargamento do alcance do negócio a terceiros (art. 400.º, n.º 2), a exclusão da responsabilidade contratual que repugne à sua função típica (arts. 798.º, n.º 2, 906.º, n.º 1, 907.º, n.º 1, e 914.º, n.º 1)²¹⁰.

A justificação para a imperatividade das normas de responsabilidade está no facto de, a ser excluída, se favorecer uma atitude de indiferença do devedor perante o interesse da contraparte – atentando contra o disposto no art. 392.º, n.º 2, 2.ª parte – em manifesta violação da boa fé (art. 752.º, n.º 2)²¹¹. Isto, sem prejuízo do que se dirá na secção seguinte sobre os moldes dentro dos quais se admite a limitação ou mesmo a exclusão da responsabilidade.

São inúmeros os exemplos de normas atinentes aos efeitos jurídicos dos negócios, que constituem uma parte substancial da disciplina de cada instituto jurídico previsto no Código. Vejam-se, entre outros, os arts. 712.º (extinção da hipoteca constituída por terceiro na medida em que este não possa ficar sub-rogado nos direitos do credor por facto positivo ou negativo deste), 857.º (eficácia em relação a terceiros, da remissão enquanto causa contratual de extinção das obrigações), 925.º (oponibilidade da cláusula a retro a terceiros, desde que a venda tenha por objecto coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registo, e tenha sido registada com aquela cláusula), 937.º (extinção, por morte do doador, da doação que tiver por objecto prestações periódicas, em homenagem à regra geral do art. 940.º, também ela imperativa, da inadmissibilidade de doações que produzam os seus efeitos depois da morte do doador²¹²), 1069.º (caducidade do comodato por morte do comodatário), e 1071.º (nos termos do qual as coisas mutuadas tornam-se propriedade do mutuário pelo facto da entrega).

209 Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, 1999, p. 71.

210 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, Coimbra Editora, 1969, pp. 205-207.

211 *Idem*, pp. 207-208.

212 Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, pp. 264-265.

23. Normas indenizatórias e sancionatórias

A indemnização e a sanção²¹³ no âmbito jurídico-civil não têm natureza necessariamente imperativa. Isso diz-nos, designadamente e com força de princípio geral de aplicação transversal à fixação dos direitos do credor, o n.º 2 do art. 798.º, nos termos do qual é admissível, salvo disposição legal imperativa em contrário (como a do art. 497.º, n.º 4), a limitação ou até a própria exclusão da responsabilidade civil pelo não cumprimento contratual *lato sensu*, em caso de culpa leve ou ausência de culpa. Naturalmente, em caso de dolo ou culpa grave, a possibilidade de *exclusão* da responsabilidade está totalmente arredada. Já a mera *limitação*, em moldes que não sejam irrisórios ou simbólicos, é, em princípio, admissível²¹⁴, de resto muito frequente na prática²¹⁵, na mesma lógica em que a lei permite a limitação convencional da garantia geral das obrigações nos termos do art. 597.º. Por outro lado, o regime da cláusula penal corrobora semelhante entendimento, na medida em que tanto a indemnização como a sanção devida nos casos de não cumprimento contratual estão na livre disponibilidade das partes (art. 799.º), tendo-se entendido que a cláusula penal de liquidação convencional do dano permite a limitação da indemnização em valor fixo e intencionalmente menor do que o do dano previsível²¹⁶.

Ao abrigo do regime traçado pelos referidos preceitos, deve entender-se válida a cláusula que, por exemplo, limite ou agrave a indemnização que no caso de mora o locatário é obrigado a pagar ao locador nos termos do art. 996.º. Não se vê, com efeito, como é que se poderia, sem excesso de artificialismo, autonomizar desta regra aplicável à locação em geral uma norma imperativa apenas aplicável ao arrendamento e apenas na parte em que considera inadmissível o agravamento do montante indenizatório ao abrigo do princípio do tratamento mais favorável ao arrendatário²¹⁷. Na verdade, este princípio justifica-se no interesse fundamental da garantia de casa para habitação e da estabilidade da habitação. Ora, estando em causa uma questão patrimonial em consequência de não cumprimento (mora) imputável ao próprio locatário, não parece que aquele interesse possa justificar o

213 À exceção da sanção pecuniária compulsória (art. 333.º).

214 Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, pp. 426 e ss; e Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 67.

215 Limitando-se normalmente a eventual indemnização ao valor do contrato.

216 Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, pp. 259-260.

217 Como entende Pereira Coelho, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, p. 142, no sentido de não se poder convencionar, “obviamente, indemnização superior”.

afastamento das regras gerais da fixação contratual dos direitos do credor, tanto mais que a lei não distingue naquele preceito entre a situação do arrendatário e a do locatário de coisa móvel, onde não existe aquele interesse tutelando. Parece-nos assim que, no quadro do actual regime, a sede de sindicância de qualquer abuso que possa eventualmente surgir deverá ser encontrada nos termos gerais da redução equitativa da pena (art. 801.º, n.º 1) – e deverá sê-lo, no caso do arrendamento para habitação, em termos mais permissivos, com base, precisamente, no poder-dever que a lei atribui ao juiz na decisão do caso segundo a equidade.

A temática das cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade reclama um estudo aprofundado e não será nesta sede que o faremos²¹⁸. Cumpre, no entanto, analisar uma norma sancionatória em particular, que surge no âmbito do sinal. A preocupação vem a propósito das abundantes cláusulas que no tráfico jurídico-imobiliário têm surgido na limitação da consequência do incumprimento do promitente-vendedor à restituição em singelo do sinal entregue e recebido.

A literatura jurídica – escassa neste aspecto – nem sempre é inequívoca e consistente quanto à derogabilidade deste regime. Assim, encontramos exposições que, num primeiro momento, começam por afirmar a imperatividade dos efeitos do não cumprimento do contrato-promessa imputável a quem recebeu o sinal como fixação da respectiva indemnização nos termos do n.º 2 do art. 436.º, e que, logo a seguir, se refere, considerando a norma do n.º 4, que “Nada obsta, no entanto, como também se vê desta disposição legal («salvo estipulação em contrário»), a que as partes estipulem indemnização superior ou inferior ao montante do sinal”²¹⁹. Também Pires de Lima e Antunes Varela parecem oscilar quanto a este aspecto, quando, em comentário à versão primitiva do preceito, referem que os efeitos da perda do sinal e da sua restituição em dobro têm-se imperativamente como fixação da indemnização pelos danos, e, em anotação à versão de 1980, indicam que o n.º 4 “ampliou o quadro das sanções *supletivamente* aplicáveis ao inadimplemento do contrato cujo cumprimento haja sido assegurado mediante sinal” (itálico nosso), querendo referir-se precisamente às sanções do n.º 2²²⁰.

Sobre as funções do sinal, têm sido apontadas a de confirmação e coerção ao cumprimento por um lado, e a de prévia fixação da indemnização, por outro, podendo igualmente assumir carácter sancionatório, atendendo a que o regime também se aplica mesmo que não haja dano efectivo²²¹. A função confirmatória

218 Ver Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil; Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 235 e ss; e “Avaliação convencional do dano”, pp. 121 e ss.

219 Abel Delgado, *Do Contrato-Promessa*, Livraria Petrony, 1978, pp. 318-319.

220 *Código Civil Anotado, Vol. I*, pp. 395-396.

221 Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 10.ª edição revista e aumentada, Almedina, pp. 137-138.

ou de garantia foi reforçada com a entrada em vigor do CCM, numa orientação de promoção do cumprimento pelas partes²²², podendo ler-se na Nota Justificativa que foi operada uma “mudança de perspectiva, na medida em que foi abandonada a ideia de que o sinal assume privilegiadamente um significado de direito ao arrependimento, a qual foi trocada pela concepção do contrato-promessa como um meio de vinculação não susceptível, salvo estipulação em contrário, de revogação unilateral”²²³. Nesta ordem de considerações, para haver algum fundamento para se concluir pela natureza imperativa do regime coercitivo do sinal, na medida em que existe um interesse geral para que os contratos sejam cumpridos, especialmente no âmbito do comércio imobiliário, que sempre constituiu o principal factor de consideração na modelação do regime jurídico do contrato-promessa e do sinal, e com a ameaça sancionatória bem se poderia prosseguir a referida função de garantia de forma mais eficaz.

A verdade, antes do mais, é que a lei continua a permitir o arrependimento, mesmo no âmbito da compra e venda de imóveis, pois, desde que não haja tradição da coisa, podem sempre as partes excluir o direito à execução específica (art. 820.º, n.ºs 1 e 2), e assim sucede amiúde na prática. Por outro lado, se a lei permite o afastamento em bloco do regime do sinal por via da (ilusão da) presunção do art. 435.º, não se vê como é que não haveria de permitir a exclusão desse mesmo regime só pelo facto de as partes terem rotulado de sinal a quantia entregue. É que, como se sabe, a qualificação jurídica dos factos feitos pelos particulares não vincula o juiz, da mesma forma que este pode e deve qualificar um contrato, por exemplo, como contrato-promessa, se for o caso, mesmo quando as partes o denominem de compra e venda. Depois, não deve esquecer-se que o regime do art. 436.º, designadamente dos seus n.ºs 2 e 4, não é exclusivo da promessa de compra e venda de imóveis, nem sequer do contrato-promessa em geral, sendo de aplicação transversal a qualquer contrato²²⁴, e, como tal, não podendo reflectir exclusivamente as preocupações em torno do mercado imobiliário – isso fê-lo o legislador, aí sim, na 2.ª parte do n.º 2 do art. 820.º, onde, em prossecução da referida função confirmatória, se prevê especificamente que “ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de *direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele*, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato” (itálico nosso). Por último, quer por via da regra geral da responsabilidade contratual do art.

222 Cfr. Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, pp. 131 e ss; e Tong Io Cheng, *O Regime Jurídico do Contrato-Promessa*, p. 255.

223 Miguel Urbano, *Breve Nota Justificativa, CCM*, versão portuguesa, p. XXII.

224 Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, pp. 93-94.

790.º, n.º 2, quando não haja sinal constituído e se exclua por completo o regime do sinal, quer por via do n.º 4 do art. 436.º, na parte em que se ressalva o direito à indemnização pelo dano excedente consideravelmente superior nos casos em que há sinal com exclusão do regime do n.º 2, a parte fiel terá sempre ao seu dispor os meios que lhe permitam obter uma indemnização para além do que tiver sido acordado, se estiverem provados os danos que sofreu, e sem prejuízo da verificação dos demais requisitos da responsabilidade civil. E nem se diga que esta indemnização, por qualquer das vias, está limitada precisamente à restituição em singelo ao promitente-comprador se o que estiver em causa é uma cláusula em que se convençione tal solução como consequência da frustração do negócio definitivo, porque, no primeiro caso, estando completamente afastado o regime do sinal, a restituição de tudo quanto foi pago não constitui qualquer indemnização, antes um direito e efeito legal *em acrescento à indemnização* (art. 790.º, n.º 2) e, no segundo, o direito à indemnização existe, nos termos do n.º 4 do art. 436.º, desde que haja dano consideravelmente superior ao dobro do sinal, e, por maioria de razão, ao pagamento em singelo, sendo qualquer limitação da indemnização à restituição em singelo nula por se tratar de uma autêntica cláusula de exclusão da responsabilidade, proibida em casos de dolo ou culpa grave nos termos gerais do art. 798.º.

Assim sendo, e tendo presente que, como referido, o nosso regime permite quer a limitação da indemnização a um determinado *plafond*, quer a fixação de um montante invariável em valor inferior ao dano expectável, parece ser de entender que a norma do n.º 2 do art. 436.º não pode deixar de ter natureza supletiva, tal como, de resto, tem sido entendido pelo STJ²²⁵, e que se compagina com a *ratio* do surgimento deste regime, na altura com o nome de *arras*, que foi

225 Acs. do STJ, de 29 de Maio de 1980, in BMJ, n.º 293, p. 330, e de 4 de Janeiro de 1963, in BMJ, n.º 123, p. 547, no sentido de que é devida a restituição do sinal em singelo se assim tiver sido convencionado. Ver também o Ac. do TRL n.º 5439/12.6TBALM.L1-6, de 19 de Dezembro de 2013, que, não obstante o acerto na fundamentação da mesma solução com base no preceito correspondente ao art. 399.º sobre a liberdade contratual, acrescenta uma justificação duvidosa assente no n.º 4 do art. 436.º, na parte em que se refere à “ausência de estipulação em contrário”. Na verdade, o que o n.º 4 prescreve – parece-nos – é um limite máximo à indemnização em caso de incumprimento, que corresponde, na falta de convenção em contrário e salvo a indemnização pelo dano excedente, à perda do sinal ou ao pagamento do dobro deste, não se pretendendo prever a hipótese de derrogação do regime-regra do n.º 2. Se assim o quisesse, teria o legislador ressalvado a possibilidade de estipulação em contrário no próprio n.º 2. De resto, a redacção primitiva deste preceito, que apenas sofreu alterações formais juntamente com a previsão da indemnização pelo dano excedente, é inequívoca neste sentido: “Salvo estipulação em contrário, a existência de sinal impede os contraentes de exigirem *qualquer outra indemnização* pelo não cumprimento, *além* da fixada no número anterior” (itálico nosso). O fundamento da supletividade da norma do n.º 2 é, efectivamente, o princípio da liberdade contratual plasmado no art. 399.º e não qualquer outro.

a de consagrar a *possibilidade* de as partes manifestarem vontade em contrário à solução da indemnização nos termos gerais, no sentido de atribuírem às arras a função de cálculo prévio da indemnização, ou de permitirem a resolução do contrato mediante a perda das arras ou a sua restituição em dobro²²⁶.

24. Normas directas e indirectas

As normas directas têm como destinatários os intervenientes da vida social e visam resolver problemas da vida, enquanto as indirectas ou instrumentais destinam-se aos aplicadores do direito na resolução de problemas eminentemente técnico-jurídicos, de que é exemplo o n.º 3 do art. 8.º (“Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”)²²⁷. Entre as normas indirectas destacam-se as normas remissivas, as normas de aplicação da lei no tempo e no espaço. Apenas as primeiras nos interessam. As remissões legais são imperativas²²⁸ (v.g., quanto às remissões em bloco, para todo o regime com as devidas adaptações, os arts. 582.º, sobre a aplicação das regras da cessão de créditos a outras figuras, 928.º, n.º 1, que determina a extensão das regras da venda a prestações a todos os contratos pelos quais se pretenda obter resultado equivalente ao da venda a prestações, 933.º, que determina a aplicação das regras da compra e venda a outros contratos, e 1082.º, sobre a extensão das disposições do mandato às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente; e, quanto a remissões a determinados preceitos, os arts. 674.º, 1112.º e 1132.º, entre muitos outros).

Também devem ser consideradas indirectas e, portanto, imperativas as chamadas normas negativas ou proposições jurídicas restritivas²²⁹, cuja função é afastar a aplicação de certos preceitos a um determinado instituto jurídico²³⁰, e podem ser consideradas normas incompletas que devem ser lidas em conjunto com as normas cujo regime se quer afastar. Exemplo disso encontra-se no art. 895.º, que faz aplicar as normas da Secção da venda de bens alheios apenas e exclusivamente à venda de coisa alheia tida como própria, pretendendo-se, no fundo, dizer que se afasta da sua aplicabilidade a venda de coisa alheia tomada nessa qualidade pelas partes.

226 Conforme explica Vaz Serra, “Resolução do Contrato”, in BMJ, n.º 68, pp. 271-272.

227 Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 56-59.

228 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 378.

229 Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 362-364.

230 Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 60-61.

25. Normas de controlo do conteúdo contratual

Sempre que a lei se refira a um juízo ou decisão do tribunal no controlo do conteúdo dos contratos, não está na disponibilidade das partes excluir tais poderes atribuídos por lei ao juiz. Distinguem-se estas normas das indirectas, na medida em que se tem em vista aqui o controlo material do conteúdo e das soluções a dar às relações jurídicas, em busca da justiça do caso concreto.

Assim, quando se prescreve que a resolução do contrato de locação fundada na falta de cumprimento por parte do locatário tem de ser decretada pelo tribunal (art. 1017.º, n.º 2), será desprovido de valor jurídico o acordo pelo qual as partes estipulem, por exemplo, que não se pode levar o caso a juízo e que a resolução se faz mediante declaração extrajudicial. Está aqui em jogo, como é patente, a protecção do locatário contra caprichos do senhorio, que, na falta desta norma imperativa, poderia a seu critério e bel-prazer pôr em causa o direito do locatário com base no que ele entende ter sido falta de cumprimento.

Outros exemplos são os do n.º 2 do art. 999.º, segundo o qual as regras de actualização da renda ou aluguer firmadas aquando do contrato estão sujeitas a ser modificadas pelo tribunal, a requerimento do locatário, sempre que fixem critérios arbitrários ou manifestamente não razoáveis; do n.º 2 do art. 898.º, sobre a fixação do prazo pelo tribunal para a convalescência da venda de bens onerados; do art. 801.º, sobre a redução da pena convencional manifestamente excessiva²³¹.

É óbvio que, quando a intervenção do tribunal seja imposta apenas após a possibilidade de estipulação das partes, a norma é meramente dispositiva. É o caso do art. 873.º, segundo o qual as partes podem convencionar desde logo o modo de determinação do preço e, apenas na sua falta e na insuficiência das demais regras, compete ao tribunal fazê-lo.

26. A ineficácia e as invalidades

A ineficácia em sentido amplo inclui a inexistência jurídica, a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia em sentido estrito, e significa a não produção, no todo ou em parte, dos efeitos que um negócio tenderia a produzir, *por impedimento decorrente do ordenamento jurídico*²³². Independentemente da discutida questão

231 Pretendendo proteger-se o devedor que levemente acredita que tudo vai correr bem e que assim consente na cláusula penal. Cfr. Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 88.

232 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 615.

da admissibilidade da figura da inexistência jurídica, é seguro dizer que no direito dos contratos do Código Civil não existe qualquer preceito que se refira a esta modalidade de ineficácia *lato sensu*.

No Livro das Obrigações, o CCM comina expressamente a *nulidade*, tanto do próprio negócio como de determinadas cláusulas, nos seguintes preceitos, que por isso assumem carácter imperativo: 497.º, n.º 4 (nulidade da cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada), 504.º (indeterminabilidade da pessoa do credor da obrigação), 573.º (proibição da cessão de direitos litigiosos), 690.º (proibição do pacto comissório), 691.º (nulidade da cláusula de inalienabilidade dos bens hipotecados), 711.º, n.º 1 (nulidade das hipotecas voluntárias que incidam sobre todos os bens do devedor ou de terceiro sem os especificar), 798.º, n.º 1 (nulidade da cláusula de renúncia antecipada do credor aos seus direitos, de resto um princípio geral fundado na ordem pública), 799.º, n.º 4 (nulidade da cláusula penal por decorrência da nulidade da obrigação principal), 801.º, n.º 1 (nulidade da cláusula impeditiva da redução da pena convencional manifestamente excessiva), 867.º (proibição de venda de coisa ou direito litigioso), 921.º, n.ºs 1 e 2 (nulidade, na venda a retro, da estipulação de pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução, e da cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda, quanto ao excesso), 950.º, n.º 1 (nulidade da doação de bens alheios), e 1033.º, n.º 3 (nulidade da cláusula pela qual se convencie o pagamento da renda em moeda específica ou sem curso legal em Macau, para qualquer tipo de arrendamento). Também a regra do n.º 1 do art. 628.º é imperativa, ao prescrever a invalidade da fiança por “contaminação” da invalidade da obrigação principal, que tanto pode tratar-se de nulidade ou de anulabilidade.

O único desvio à imperatividade de norma cuja violação conduz à nulidade do negócio ou da cláusula é a que consta do art. 882.º, referente à nulidade da venda de bens alheios, que não pode considerar-se inteiramente imperativa, pois há que a conjugar com o preceito subsequente, que sujeita a venda de bens alheios ao regime da venda de bens futuros se as partes os considerarem nesta qualidade, o que equivale a dizer que está na disponibilidade das partes afastarem o regime do art. 882.º.

O outro grupo de normas cuja violação gera, em conjugação com a cominação do art. 212.º, a nulidade reconduz-se ao vício de forma *ad substantiam*. Todas estas normas são facilmente identificáveis: v.g. arts. 404.º, n.º 2 (contrato-promessa), 407.º (promessa com eficácia real, redutível contudo para uma promessa sem eficácia real), 409.º (pacto de preferência), 656.º (consignação voluntária de rendimentos), 709.º (hipoteca voluntária), 823.º (cessão de bens aos credores), 866.º (compra e venda de imóveis), 941.º (doação de imóveis, ou

móveis sem tradição da coisa), e 1032.º (arrendamento).

Quanto às normas que prevêm a *anulabilidade* dos negócios, há que recordar que a figura da confirmação do negócio, que acarreta a renúncia ao direito de anulação²³³, embora não dependa de forma e possa ser efectivada de modo tácito, sempre exige o conhecimento do vício e do direito à anulação por parte do seu titular e só é eficaz quando for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade, nos termos do art. 281.º. Por conseguinte, resulta da *ratio* do regime da anulabilidade e da sua confirmação que, não podendo haver confirmação relevante antes da cessação do vício e do seu efectivo conhecimento, estará vedada a prévia renúncia ao direito de anulação pelo seu titular, designadamente por estipulação no contrato inicial. Inversamente, será válida e eficaz a cláusula contratual²³⁴ pela qual se renuncie *ex post* a esse mesmo direito, por via e preenchidos os pressupostos do instituto da confirmação. Colocando a ênfase na possibilidade de derrogação prévia das normas legais, diremos que, à semelhança do que se referiu quanto à nulidade, as normas que cominam a anulabilidade dos negócios jurídicos são imperativas e inderrogáveis, por ser irrenunciável o próprio direito à anulação, mesmo com consentimento livre e informado de todos os seus intervenientes.

No Livro das Obrigações, encontramos os seguintes preceitos: 896.º e 904.º, n.º 2 (anulabilidade da venda de bens onerados por erro ou dolo), 952.º, n.º 2 (anulabilidade da doação onerada, limitada ou viciada, a requerimento do donatário de boa fé), 972.º, n.º 2 (anulabilidade do contrato de locação de bem indiviso sem o acordo legalmente exigido) e 981.º, n.º 1 (anulabilidade do contrato de locação por erro ou dolo).

Por último, a *ineficácia*, diferentemente da anulabilidade, que é estabelecida no interesse de uma das partes do negócio, protege geralmente terceiros, assim se designando ineficácia relativa ou inoponibilidade, podendo também actuar automaticamente e *erga omnes*, caso em que toma a forma de ineficácia absoluta²³⁵. Daqui resulta também que as normas sancionadoras da ineficácia não podem senão ser imperativas, porque estabelecidas no interesse, ou também no interesse, de terceiros. É certo que, com o consentimento destes, sempre é possível afastar-se a ineficácia, mas tal só apenas ocorrerá num momento posterior ao próprio negócio, à fase estipulativa portanto. Assim, e até porque o terceiro não saberá nem poderá intervir na negociação das cláusulas contratuais, é por natureza inadmissível a prévia derrogação deste tipo de normas legais.

233 Rui de Alarcão, “Efeito da Confirmação dos Negócios Anuláveis”, p. 72.

234 Que será estipulada necessariamente na forma de uma adenda ou de um acordo à parte.

235 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 616.

No direito dos contratos são normas que prevêem a ineficácia as constantes dos arts. 418.º, n.º 2 (ineficácia em relação ao devedor cedido da cessão da posição contratual antes da sua notificação ou reconhecimento), 447.º, n.º 2 (ineficácia da declaração de nomeação não acompanhada do instrumento de ratificação do contrato ou de procuração anterior à celebração deste, no contrato para pessoa a nomear)²³⁶, 677.º, n.º 2 (ineficácia absoluta do penhor de crédito sem notificação ou aceitação pelo respectivo devedor, que é terceiro na relação credor pignoratício-autor do penhor/credor daquele devedor, ou do penhor de crédito sujeito a registo antes do registo), 809.º (ineficácia em relação ao exequente dos actos de disposição ou oneração dos bens penhorados), 810.º (ineficácia em relação ao exequente da extinção do crédito do devedor por causa dependente da vontade do executado ou do seu devedor, verificada depois da penhora), 1009.º, n.º 1 (ineficácia da sublocação em relação ao locador ou a terceiros antes do seu reconhecimento pelo locador ou da sua comunicação no prazo de 15 dias), 1030.º, n.º 2 (ineficácia da cessão da utilização do prédio decorrente da locação da empresa comercial não comunicada ao senhorio no prazo de 15 dias).

Sobre a ineficácia da novação para os casos em que a primeira obrigação estava extinta ao tempo em que a segunda foi contraída, ou vier a ser declarada nula ou anulada, conforme estabelecido no art. 851.º, n.º 1, parece-nos que não se trata de uma ineficácia em sentido estrito, no sentido de faltar ao negócio um elemento extrínseco para a produção dos efeitos a que tenderia, mas um verdadeiro elemento interno e essencial, na medida em que, não havendo obrigação válida não é possível a sua substituição por uma nova. De todo o modo, a norma é de considerar imperativa, pois não pode haver novação sem a existência de um objecto válido, embora se deva admitir a validade da constituição da nova obrigação, já não em substituição da primeira mas apesar e independentemente desta, se do acordo de novação resultar a vontade do devedor nesse sentido. Simplesmente, nestes casos já não está perante a figura da novação, pelo que não há hipótese que permita afastar a norma do art. 851.º, n.º 1.

236 Fique claro que a ineficácia estabelecida neste artigo não é de modo algum derogável pela norma do n.º 2 do art. 449.º, segundo a qual, não sendo feita a declaração de nomeação nos termos legais, o contrato produz os seus efeitos relativamente ao contraente originário, *desde que não haja estipulação em contrário*, pois o que se pode afastar é a produção de efeitos relativamente ao contraente originário, sem que disso implique a produção de efeitos em relação ao terceiro, dando lugar, neste caso, a um negócio sob condição, que continua ineficaz em qualquer caso se a pessoa a nomear não o ratificar. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, pp. 436-437.

27. Normas sobre a distribuição do ónus da prova, prescrição e caducidade

As normas de distribuição do ónus da prova, como a que decorre v.g. do art. 788.º, n.º 1, são derogáveis por inversão convencional (art. 337.º, n.º 1), contanto que se trate de direito disponível e que a inversão não torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito (art. 338.º, n.º 1, *a contrario*)²³⁷.

De modo semelhante, as normas sobre caducidade são dispositivas em matéria de direitos disponíveis e desde que não se trate de fraude às regras legais da prescrição (art. 322.º). São exemplos os arts. 410.º, n.º 2 (exercício do direito de preferência no prazo de 8 dias), 881.º, n.º 2 (exercício do direito à resolução da venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição no prazo de 3 meses), 909.º, n.ºs 2 e 3, e 910.º (denúncia do defeito na compra de coisa defeituosa e propositura da respectiva acção) e 1146.º e 1150.º (denúncia do defeito na empreitada e propositura da respectiva acção). Em todo o caso, a modificação dos prazos de caducidade tem de se pautar por critérios de razoabilidade e de boa fé, não sendo admissível a sua redução a ponto de tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício dos respectivos direitos²³⁸. Assim, por exemplo, será válida a cláusula que limitar a 7 dias o prazo de denúncia de defeitos em produtos alimentares frescos, mas já não para o caso de se tratar, por exemplo, de electrodomésticos.

Diferentemente, a prescrição, que é de ordem pública²³⁹, está fora da disponibilidade das partes e, como tal, reveste a forma de normas imperativas²⁴⁰.

28. Revogação unilateral, denúncia e renúncia

Na falta de permissão legal²⁴¹, as partes estão vedadas de estabelecer proibições incompatíveis com o livre exercício da autonomia privada através da *prévia* imposição de restrições à revogabilidade, denunciabilidade ou

237 Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 111.

238 Neste sentido, Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, pp. 445 e ss.

239 Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 392.

240 Apesar das críticas que têm sido dirigidas a esta diferença de regime. Cfr. Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, pp. 112-113.

241 Como a que decorre do art. 442.º, n.º 1 (*Salvo estipulação em contrário, a promessa é revogável enquanto o terceiro não a aceitar...*).

renunciabilidade do negócio²⁴², porquanto a consagração legal destas faculdades se prende com motivos especiais de protecção do respectivo titular, nomeadamente para garantir a liberdade de desvinculação nos contratos duradouros ou por virtude de alteração superveniente das circunstâncias²⁴³. São, assim, imperativas as normas dos arts. 591.º, n.º 1 (revogabilidade do contrato de transmissão singular de dívidas entre as partes enquanto não for ratificado pelo credor), 625.º, n.º 2 (revogabilidade, pelo autor do encargo, do mandato de crédito enquanto o crédito não for concedido, e denunciabilidade a todo o tempo), 964.º, n.º 1 (revogabilidade da doação por ingratidão do donatário, quando este se torne incapaz, por indignidade, de suceder ao doador, ou quando se verifique alguma das ocorrências que justificam a deserdação, salvo nos casos previstos no n.º 2; a imperatividade da norma é confirmada pelo art. 966.º, que proíbe o doador de renunciar previamente a esse direito de revogação), 1024.º, n.º 1 (revogabilidade unilateral do contrato de locação por parte do locatário), 1024.º, n.º 3, e 1044.º, n.º 1 (revogabilidade unilateral do contrato de arrendamento por parte do arrendatário), 1038.º, n.º 1 (denúncia do contrato de arrendamento por parte do arrendatário, e por parte do senhorio ao fim de 2 anos sobre o início do arrendamento), 1043.º, n.º 4 (renunciabilidade do direito à transmissão do arrendamento para habitação por parte dos beneficiários), 1046.º, n.º 1 (renunciabilidade do direito à transmissão do arrendamento comercial por parte dos sucessores), 1096.º, n.º 1 (revogabilidade do mandato a todo o tempo por qualquer das partes), e 1141.º, n.º 2 (denunciabilidade do contrato pelo empreiteiro se, em consequência de alterações necessárias, o preço for elevado em mais de vinte por cento).

Capítulo IV

Imperatividade e dispositividade das normas de conduta em especial

29. Generalidades

A maior dificuldade na distinção entre imperatividade e dispositividade concentra-se nas normas de conduta, também chamadas primárias²⁴⁴, e que se

242 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, p. 202.

243 Sem esquecer a faculdade geral de resolução ou modificação do contrato neste último caso, nos termos, mais exigentes, do art. 431.º.

244 Hart, *O Conceito de Direito*, pp. 89 e ss. Como é sabido, o Autor distingue as regras em primárias e secundárias. Aquelas impõem deveres. Estas atribuem poderes para que as pessoas possam

dividem em normas preceptivas e normas proibitivas, consoante imponham a prática ou a abstenção de uma conduta positiva, ou, o mesmo é dizer, consoante imponham uma conduta positiva ou uma conduta negativa. Tradicionalmente, as normas de conduta, sendo injuntivas, têm sido classificadas entre *normas mais que perfeitas*, como as que incorporam tanto a invalidade do acto como uma pena para o seu incumprimento; *normas perfeitas*, como as que acarretam apenas sanções civis para o seu incumprimento; *normas menos que perfeitas*, como as que prevêm sanções penais sem, no entanto, afectar o negócio jurídico; e *normas imperfeitas*, como as que não estabelecem qualquer sanção para o incumprimento²⁴⁵, entendendo-se tradicionalmente, para uma parte da doutrina, que estas últimas não são verdadeiras normas jurídicas por lhes faltar o elemento essencial da sanção²⁴⁶. Segundo a concepção adoptada para as normas imperativas nesta exposição, a supramencionada classificação não nos é relevante nem útil para a delimitação das normas imperativas face às dispositivas.

Por outro lado, normas permissivas ou facultativas são as que permitem às partes decidir sobre a realização ou não de um certo comportamento. Estas normas tanto podem ser dispositivas como imperativas²⁴⁷. É o caso, por exemplo, de a lei atribuir a uma das partes um direito no âmbito de um contrato. Parece evidente que o facto de este tipo de normas assumir carácter permissivo não poder levar *per se* à conclusão sobre a sua imperatividade ou dispositividade²⁴⁸, dependendo antes da possibilidade ou não de afastamento *a priori* desse mesmo direito no respectivo acordo de vontades, o que terá que ver, neste caso, com a (ir)renunciabilidade do direito em causa²⁴⁹.

criar novas regras primárias, ou seja, criar ou alterar deveres ou obrigações (p. 91).

245 Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 95-96.

246 Sendo uma “*contradictio in adjecto*” e “máximas ou preceitos morais, exprimindo, quando muito, um desejo do legislador que deve abster-se de as formular” para Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 48.

247 Adoptando uma terminologia diversa, Baptista Machado (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 93-94) faz coincidir estas normas que também apelida de concessivas com as normas dispositivas, dando os exemplos dos preceitos correspondentes aos arts. 791.º e 1039.º, que respectivamente concedem as facultades de resolver o negócio nos casos de impossibilidade parcial da prestação e de denunciar o contrato de arrendamento. Devemos antecipar que ambas as normas são das que mais frequentemente vêm apontadas pelos Autores como sendo exemplos de normas imperativas, como iremos ver a seu tempo. A questão vem tratada nestes moldes apenas porque o Autor denomina de supletivas as normas que neste estudo designamos por dispositivas para significar as que são derogáveis por vontade das partes.

248 Como alguns Autores o sugerem. Cfr., neste sentido, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 524, que refere que “as regras permissivas são por natureza regras dispositivas”.

249 No mesmo sentido, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, pp. 171-172; e Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da*

Muitas das normas de conduta surgem na parte especial do Livro das Obrigações e dúvidas não deve haver que todos os tipos contratuais prevêm normas imperativas, designadamente no que diz respeito aos requisitos de forma, quando os houver²⁵⁰, ou no que respeita aos pressupostos ou efeitos do negócio, como vimos no Capítulo anterior. Mais difícil é determinar se o uso do “dever” consubstancia um imperativo. Segundo uma concepção tradicional, para as regras de dever ser (*sollen*, em alemão), o “tu deves” tem carácter imperativo, e os exemplos são os deveres de entregar a coisa e de pagar o preço no contrato de compra e venda, e do dever de indemnizar pelos danos causados a outrem. Os deveres (obrigações) são o correlato dos imperativos jurídicos, que exprimem uma vontade da comunidade jurídica, do Estado ou do legislador, e são os “verdadeiros portadores do sentido da ordem jurídica”, elaborados a partir das proposições gramaticais contidas na lei, pois as definições legais e as permissões não são regras autónomas e carecem de combinação com proibições ou prescrições (comandos)²⁵¹. Mas o uso deste tipo de expressões não deve ser considerado decisivo *per se*, como veremos.

30. O critério dos interesses tutelados

Se dermos por assente, como damos, que o art. 399.º positiva um autêntico princípio do Direito das Obrigações, então as limitações à liberdade contratual terão necessariamente de ser justificadas por interesses considerados mais relevantes, interesses que o ordenamento, na sua valoração soberana, considera infringíveis²⁵². Não estando em causa nenhuma valoração de justiça, devem considerar-se, por princípio, dispositivas as normas deste sector do direito²⁵³.

Os interesses gerais ou de terceiros identificados expressa ou tacitamente no texto da norma, mais do que os interesses das partes, são fortemente indiciadores do seu carácter imperativo. No Direito das Obrigações não são, no entanto, frequentes as normas de manutenção da ordem social ou de prevenção de resultados gravemente injustos. As normas de protecção social, neste ramo do direito, concentram-se no arrendamento para habitação e na compra e venda

Liberdade Contratual, p. 223, em nota.

250 Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 14.

251 Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pp. 27-29.

252 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 224.

253 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 88, e Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 74.

a prestações²⁵⁴.

De importância para a averiguação dos interesses inerentes às normas são, para além dos trabalhos preparatórios, as declarações de intenção legislativa (*les déclarations d'intention*), os preâmbulos e os próprios artigos das leis declaram os motivos que determinaram a emanação da lei e os princípios por que se deve orientar a interpretação das suas normas. O exemplo paradigmático no campo das obrigações no direito francês é a lei do arrendamento, de 6 de Julho de 1989²⁵⁵, cuja declaração tem sido interpretada como sendo de sentido político e filosófico mais do que jurídico²⁵⁶. No âmbito do CCM, pode ver-se a Nota de Abertura, já referida, em especial quanto às considerações que estiveram por detrás das alterações ao regime do sinal no CCP em 1988 e ao CCM em 1999²⁵⁷.

31. Cont. Interesse geral

Em primeiro lugar, tem sido apontado o interesse geral, como um interesse de um universo indeterminado e indeterminável de pessoas, que em abstracto pode vir a ser afectado directa ou indirectamente pela derrogação de determinada norma, que assim será imperativa por incorporar um interesse que escapa à disponibilidade das partes. Sendo geral e abstracto, só com uma interpretação casuística de cada acordo se poderá concluir pela existência de um prejuízo

254 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 49.

255 *Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986*, com as alterações posteriores, que, no seu art. 1.º prevê o seguinte: “*Le droit au logement est un droit fondamental; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales. (...) Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives.*”

256 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 318.

257 P. XXI: “A reforma do regime do contrato-promessa operada em 1988, preocupada como estava com a defesa do consumidor numa época de elevadíssima especulação imobiliária, veio, no âmbito dos contratos-promessa relativos a imóveis, alterar radicalmente o significado jurídico atribuído ao sinal para o promitente-comprador, já que, em oposição com o regime anterior, estipulou que, havendo sinal, este não continuasse a ter um significado penitencial, mas antes, e pelo contrário, passasse a assumir um significado confirmativo absoluto. Pelo que, nesses casos e a partir de então, o direito à execução específica passou a ficar necessariamente atribuído ao promitente-comprador, mesmo quando as partes tivessem acordado o seu afastamento por meio de declaração expressa”, o que justifica a imperatividade da respectiva norma ao abrigo do regime então em vigor.

concreto para o interesse geral²⁵⁸.

O exemplo que é avançado com relevância para este nosso estudo é o da exigência de forma solene para a materialização do contrato de compra e venda de imóveis (art. 866.º), que, conforme tem sido referido, visa proteger designadamente o interesse geral da segurança do comércio jurídico e o da garantia de pagamento dos devidos impostos²⁵⁹.

Também se fala, a este respeito e em sentido similar, do atendimento do interesse público, como um interesse concreto da colectividade, ou dos interesses públicos, como verdadeiros e próprios interesses da vida real²⁶⁰. Há, por outro lado, o espaço do público (*öffentlichkeit*), que se refere a interesses supra-individuais mas não públicos. Por isso se prefere pela expressão *interesses gerais*, que se reconduzem aos da conservação da estrutura jurídico-política e aos da consecução de objectivos económico-sociais. Nestes últimos se inclui a defesa dos pressupostos institucionais do sistema, como a disciplina da concorrência²⁶¹.

32. Cont. Interesse de terceiros

Aqui a norma imperativa destina-se a proteger um determinado terceiro²⁶² ou um grupo de sujeitos determinável, sendo igualmente necessário interpretar o próprio acordo, para além da norma, para se poder concluir pela lesão desse interesse. A imperatividade desta categoria de normas é indiscutível em face do princípio da relatividade dos contratos, dado apenas os terceiros poderem pactuar sobre o que a lei lhes reserva²⁶³.

Nesta categoria surgem as normas sobre o direito de preferência, que visam proteger o terceiro-titular do direito, bem como as da cessão da posição contratual.

Surgem também as normas contra a externalização de custos para terceiros, pois se as mesmas revestissem natureza supletiva seriam sempre objecto de derrogação pelas partes contratuais²⁶⁴.

São muitos os exemplos que se pode dar no âmbito do Direito das

258 Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 181.

259 *Idem*, p. 182.

260 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 259.

261 *Idem*, pp. 260-261.

262 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I*, p. 205.

263 Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 75.

264 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 17.

Obrigações. Veja-se, entre outros, os arts. 403.º, n.º 2, *a contrario* (inoponibilidade a terceiros de cláusula de reserva de propriedade não registada, quando incida sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo), 429.º, n.º 1 (ressalva dos direitos adquiridos por terceiros na sequência de resolução do contrato, ainda que expressamente convencionada, sem prejuízo do disposto no número seguinte), 438.º, n.º 1 (aquisição do direito à prestação, independentemente de aceitação, pelo terceiro a favor de quem foi convencionada uma promessa) e 687.º, al. c) (ressalva dos direitos de terceiros na hipoteca inclusiva de benfeitorias).

33. Cont. Interesse de ambas as partes

A intervenção paternalista deve ser reduzida ao mínimo nestes casos. Aqui é essencial saber se o acordo foi livremente alcançado por ambas partes ou se foi imposto por uma à outra, e “se as partes tiveram em conta, na estipulação, as preocupações que levaram a que o regime consagrado na lei fosse especialmente protegido”²⁶⁵.

O exemplo pode ser o mesmo da forma da compra e venda de imóveis, neste caso pretendendo a norma assegurar uma decisão ponderada das partes e facilitar a prova da celebração do contrato²⁶⁶. O mesmo é dizer que, neste exemplo, coexistem o interesse geral e o interesse das partes.

Sob uma perspectiva jurídico-económica, tem-se apontado também finalidades de eficiência como motivo justificador de uma intervenção imperativa no interesse de ambas as partes. Aqui o legislador terá que questionar-se sobre “o que as partes teriam feito” se não fosse o regime actual em vigor mas um outro que removesse os custos de transacção que terão impedido as partes de negociar. Difere-se das finalidades paternalísticas pelo facto de aqui se partir do pressuposto de que as partes preferirão o novo regime, não estando o legislador a procurar decidir pelas partes e para as partes a solução “ideal” sem ter em conta os seus pontos de vista²⁶⁷.

265 Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 185, embora o Autor prefira o uso da expressão “interesses gerais”.

266 Cfr., por todos, Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 428-429; e Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 444.

267 Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, p. 572 e ss. O Autor, citando Posner, dá o seguinte exemplo para elucidar a ideia (pp. 597-598): Ao consumidor pode muitas vezes faltar conhecimentos sobre segurança dos produtos. Ora, a empresa que publicite que os seus produtos oferecem maior segurança comparativamente com produtos dos seus concorrentes

34. Cont. Interesse de uma das partes

Mais frequente é a norma imperativa visar a protecção do interesse de uma das partes face à outra. Coloca-se aqui, no entanto, a velha questão do paternalismo excessivo, nos casos em que a parte supostamente mais fraca está perfeitamente esclarecida quanto às razões da protecção da lei e, ainda assim, quer mesmo aquele efeito decorrente do afastamento da norma imperativa em causa. Certo é que, estando ultrapassada a concepção da soberania total das partes nas convenções, segundo a qual “nenhuma injustiça é possível quando se decide por si próprio” ou “toda a justiça é contratual, quem diz contratual diz justo”²⁶⁸, a lei não pode deixar de fixar limites à liberdade de vinculação que de outro modo seria ilimitada, nem que seja para permitir o posterior arrependimento do particular²⁶⁹. Com efeito, as normas que são imperativas com fundamento nesta ordem pública de protecção são inderrogáveis apenas numa direcção, no sentido desfavorável aos interesses tutelados pela lei, permitindo estipulações mais vantajosas²⁷⁰. O problema está, como é bom de ver, não tanto na possibilidade de derrogação da disciplina imperativa no momento da execução ou cumprimento do contrato – porque aqui o visado já não tem receio da não celebração do contrato pela contraparte, nem se encontra perante a necessidade de ter de abdicar de direitos *ex ante*, para além de poder socorrer-se das vias judiciais quando confrontado pelo incumprimento contratual da contraparte –, mas na necessidade de o proteger em momento anterior ao cumprimento das obrigações, *maxime* aquando da negociação e conclusão do contrato, em moldes que lhe permitam “consentir” nas cláusulas “derrogadoras” de normas imperativas para, só assim, poder concluir o negócio e depois prevalecer-se dessas mesmas normas imperativas no momento da execução do contrato.

Como se deixa ver, nestes moldes, este tipo de normas imperativas devem

poderá criar receios na consciência dos consumidores que dantes não existiam, por os malefícios serem de pequena monta ou mesmo significativos mas que por alguma razão está fora do alcance do público (v.g. os cigarros, durante muito tempo). Neste tipo de circunstâncias o vendedor é dissuadido de fazer publicidade das melhores condições de segurança dos seus produtos, só o fazendo se concluir que com isso ganhará mais clientela dos concorrentes que os clientes que perde por deixarem de consumir o produto. Assim, impondo legislativamente uma obrigação de indemnizar pelos danos decorrentes do consumo do produto, os vendedores farão o razoavelmente possível para minimizar a sua potencial responsabilidade perante os consumidores.

268 Fórmulas de Kant e Fouillée, respectivamente, citadas em Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 26.

269 Em sentido próximo, Leslie Green, “Law and Obligations”, pp. 525-526: “Precisely because law has a wide scope and is morally fallible, the promise to obey may seem fatally open-ended and, if irrevocable, hazardous”.

270 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 192.

ser excepcionais no direito dos contratos do Código Civil, que, como vimos, assenta na igualdade das partes. Por um lado, a protecção contra este tipo de situações é, e deve ser, dispensada em primeira linha pelo regime das cláusulas contratuais gerais e no âmbito do direito do trabalho. Por outro, corre-se sempre o risco de se exceder os limites da boa fé, porque o visado não deixa efectivamente de contrariar, num momento posterior, o que disse e assumiu num momento anterior. A imperatividade nestes casos deve, pois, ser fundamentamente justificada.

Sob um ponto de vista económico neoclássico, se duas partes celebram um contrato de livre vontade, presume-se que ambos sentem que venham a beneficiar dele, pois, caso contrário, não o fariam. Esta presunção apenas se afasta, segundo esta perspectiva, em virtude de falhas de contrato ou de falhas de mercado. Estas são, assim, as razões legitimadoras da limitação à liberdade contratual²⁷¹.

O carácter bilateral da imperatividade, mesmo contra a real vontade da parte a quem a lei pretende proteger justifica-se²⁷² efectivamente pelo paternalismo²⁷³, pela ficção de que a parte mais fraca não terá em caso algum poder de negociação que lhe permita alcançar um resultado melhor do que a que resulta da solução que lhe foi atribuída – leia-se, imposta – pelo legislador²⁷⁴. A absolutização desta teoria tem vindo a ser criticada pela doutrina moderna, cada vez mais tendente a defender uma protecção material ou efectiva da parte mais débil, no sentido de se dever realizar o fim último pretendido pela lei, qual seja o de favorecer a parte mais fraca. A ser assim, na ausência de qualquer protecção de terceiros ou

271 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 84.

272 Para uma possível justificação em prol do paternalismo legal, Douglas Husak, “Paternalism”, pp. 475 e ss.

273 Maria Rosaria Marella, “The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe”, p. 263, num tom crítico, refere que, segundo o paternalismo, a pessoa torna-se incapaz, em certas circunstâncias, de identificar os seus próprios interesses. No citado estudo de Maria Rosaria Marella, p. 263, refere-se um caso clássico decidido pelos tribunais norte-americanos, *Hill v. Missouri Pacific Ry Co*, em que a Autora parece criticar a decisão que julgou nulo o contrato de trabalho celebrado para vigorar até à idade de reforma do trabalhador-autor da acção, equivalente a cerca de 9 anos, por violação de uma norma imperativa que estabelecia um termo máximo de 5 anos, quando era do interesse do trabalhador permanecer empregado na empresa em virtude de um acidente de trabalho que o deixara lesionado. Ora, segundo a Autora, a dita norma da lei do trabalho foi evidentemente adoptada para protecção do trabalhador contra explorações do empregador, e resultou na proibição de celebração de contratos favoráveis ao próprio trabalhador.

274 O que nos leva a uma questão interessantíssima e desafiante, a de saber se, provada a real vontade da parte supostamente mais fraca e o efectivo interesse dela na derrogação de uma norma imperativa, lhe será ainda legítimo invocar, num momento posterior, a violação desta mesma norma por estipulação contratual. Questão que teremos de relegar para um futuro estudo, com a devida profundidade.

do interesse geral pela mesma norma imperativa – pois nestes casos já há que chamar à colação todos estes interesses –, esta nova teoria defende que a norma deve considerar-se dispositiva para a parte mais débil, limitando-se apenas a liberdade contratual da contraparte²⁷⁵.

O paternalismo contratual pode resumir-se *grosso modo* na seguinte ideia: o particular é obrigado ou proibido de actuar duma determinada maneira para o seu próprio bem-estar físico, moral ou patrimonial²⁷⁶. Todas as restrições paternalistas levantam questões de um ponto de vista moral²⁷⁷. Um dos problemas centrais do paternalismo está precisamente em justificar a admissibilidade moral em proibir certas condutas e a inadmissibilidade da intervenção legislativa nos restantes casos. Toda a restrição paternalista à liberdade contratual deve guiar-se por um princípio ou padrão que a justifique moralmente e que assim delimite os seus contornos. As medidas limitativas carregam “um pesado ónus de legitimação, nunca inteiramente satisfeito, nunca inteiramente cumprido sem que fique o travo amargo de uma perda não compensada”²⁷⁸.

Numa última evolução, o novo paternalismo, apelidado heterogeneamente por paternalismo libertário, assimétrico ou estruturado, tem surgido como o conjunto de ideias regulatórias inspiradas pela economia comportamental, e baseadas em estudos empíricos sobre os comprovados erros da racionalidade humana, tudo com o objectivo de ajudar os particulares a realizarem melhor as suas preferências individuais, ao invés de os guiar em direcção a um ideal determinado pelo colectivo²⁷⁹.

Para justificação do paternalismo, haverá razões de eficiência económica²⁸⁰

275 Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 179. Segundo Guilherme Machado Dray, “Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente Mais Débil”, p. 77, “está em causa a busca de soluções justas e equilibradas e a tutela, em última instância, dos contraentes mais débeis” e que “para além deste propósito, as ingerências externas no domínio contratual pecam por excesso e tendem a tornar-se contraproducentes”.

276 Douglas Husak, “Paternalism”, p. 467. Em sentido próximo, Gerald Dworkin, *apud* Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, pp. 19-20, define-o da seguinte forma: “the interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare of the person being coerced”.

277 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, p. 764.

278 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 240.

279 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 139.

280 John Stuart Mill foi defensor da ideia de que toda a lei paternalista não passaria o teste do utilitarismo, embora tal tese tenha vindo a ser criticada por basear-se em conclusões apriorísticas sem suporte empírico. Cfr. Douglas Husak, “Paternalism”, p. 472.

e justiça distributiva, como haverá fundamentos de integridade pessoal. Sobre a eficiência económica, tem-se dado no direito comparado o exemplo da garantia de habitabilidade no âmbito do arrendamento para habitação, sugerindo-se que será economicamente mais eficiente a imposição de uma tal garantia inderrogável do que remediar a situação em caso de fraude do senhorio no arrendamento de um apartamento defeituoso, se se puder dar por assente a existência, neste tipo de situações, de uma grande assimetria de informação em desfavor do inquilino, pois a maioria dos defeitos apenas são detectáveis após certo período de uso, o que dificulta a prova da fraude para protecção dos interesses do inquilino²⁸¹. Em moldes semelhantes, um outro exemplo ilustrativo da necessidade de normas imperativas perante situações de generalizada assimetria informacional sob um ponto de vista económico é o da venda de produtos de segunda mão, em que a incerteza sobre a qualidade dos produtos reduz a qualidade e os preços a um nível que deixa de satisfazer os interesses de ambas as partes, impondo-se assim um dever imperativo de informação da parte melhor posicionada, ou uma obrigação de garantia de qualidade²⁸².

No momento da celebração do contrato, a parte não pode renunciar aos direitos que a lei lhe confere para exercício eventual num momento posterior (art. 798.º, n.º 1). A razão de ser desta norma prende-se com o facto de o legislador considerar que a parte supostamente mais fraca se encontra numa posição inferior que lhe pode vir a precluir a celebração de contratos se não aceitar a cláusula de renúncia antecipada dos seus direitos legais. Já em momento posterior à celebração do contrato, a lei permite que a mesma parte abdique de os exercer, pois aqui a norma imperativa perde a sua razão de ser com o incremento da capacidade de intervenção da mesma.

Entram aqui também os bens constitutivos da personalidade e do núcleo da liberdade individual, subtraídos ao comércio jurídico e à autonomia das pessoas²⁸³.

Bem assim, as normas que pretendem garantir a tomada de decisões racionais no processo de formação do contrato. Entram aqui as normas sobre a incapacidade, sobre os vícios da vontade e algumas sobre a exigência de forma

281 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, pp. 766-770. O Autor entende, por esta ordem de ideias, que a garantia de qualidade dos produtos vendidos por pessoa diversa da do produtor não pode ser *economicamente* justificada como imperativa, pois não existe semelhante assimetria de informação entre vendedor e comprador, uma vez que os defeitos decorrentes do processo de produção não são pelos mesmos detectáveis antes do efectivo uso da coisa.

282 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 18.

283 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 261.

especial para determinado negócio jurídico²⁸⁴.

É aqui que também jogam considerações de equivalência de prestações, por excessivo prejuízo dos interesses patrimoniais de uma das partes, como é o caso da proibição do pacto comissório²⁸⁵ (art. 690.º), a fixação de limites máximos para as taxas de juro (art. 1073.º), a estipulação de contrapartidas ou restituição de um preço superior ao fixado para a venda (art. 921.º), a redução de pena excessiva (art. 801.º) ou a possibilidade de resolução ou modificação do contrato tornado demasiado oneroso (art. 431.º)²⁸⁶.

Motivo para protecção de uma das partes é também a não verificação das condições de autodeterminação por constatada inferioridade e incapacidade de uma das partes defender adequadamente os seus interesses. Dispensa-se assim, com o quadro legal imperativo, da “(improvável) obtenção do acordo da contraparte para o ponto imperativamente regulado”²⁸⁷. O fundamento para este tipo de intervenção legislativa é, precisamente, a preservação da autodeterminação, e não o inverso, a sua limitação. Esta construção baseia-se na pressuposição de que, sem a imposição legal, a liberdade de decisão da parte mais fraca perderia a sua substância²⁸⁸. Esta é, contudo, a área que por excelência actua o regime das cláusulas contratuais gerais, sem prejuízo da disciplina jurídica do arrendamento, em que se entende ser o arrendatário protegido mesmo “*contra* ele próprio, contra a sua irreflexão e principalmente contra a sua fraqueza, sobretudo económica, que poderiam levá-lo a aceitar estipulações ruinosas”²⁸⁹.

Um outro fundamento de diversa ordem é o que podemos designar por integridade pessoal. Entram aqui os limites para a vinculação contratual em restrição da liberdade individual, como sucede por exemplo no direito do trabalho, em que se proíbe a escravatura e se permite em todos os casos a desvinculação por iniciativa do trabalhador, ou, no campo das obrigações, quando se garante a faculdade de substituição de prestações pessoais por equivalente em dinheiro – excluindo, o mesmo é dizer, a execução específica nestes casos, mas já não quanto aos actos impessoais ou fungíveis, em que não se colocam questões de integridade ou dignidade pessoal. A justificação para todos estes casos é a mesma – a de que

284 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, pp. 17-18.

285 Ver, sobre os fundamentos da proibição do pacto comissório, Isabel Andrade de Mato, *O Pacto Comissório, Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, pp. 56 e ss.

286 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 262.

287 Idem, p. 263.

288 Idem, p. 263.

289 Pereira Coelho, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, p. 145.

toda a pessoa que abdique muita da sua liberdade deverá ser protegida por essa mesma conduta, independentemente de quão racional seja a sua decisão ou de quão forçoso se torne a tomada de semelhante decisão em virtude das circunstâncias exteriores²⁹⁰. De todo o modo, o Direito das Obrigações é uma área que cura eminentemente de questões de natureza patrimonial e não contende em regra com questões de dignidade humana, que aqui é considerada motivo de limitação da liberdade contratual, pois, enquanto qualidade ontológica ou metafísica, está fora da disponibilidade dos particulares, numa concepção moralista do direito²⁹¹.

Por último, sob uma perspectiva jurídico-económica, podem visar-se finalidades redistributivas em benefício de uma das partes a custo da outra²⁹², o que, quando os outros meios se afiguram mais dispendiosos ou intrusivos, é legítimo realizar-se através de normas de direito privado²⁹³. O exemplo pode ser o mesmo da garantia de habitabilidade que, ao ser inderrogável, redistribui riqueza ou poder da parte dos senhorios para os arrendatários.

35. As normas proibitivas

Vistos os interesses que podem legitimar a consagração de normas imperativas no domínio contratual em geral, concentremo-nos agora no primeiro grande grupo de normas imperativas de conduta – as normas proibitivas.

Ao longo do CCM é possível deparar-se com inúmeras referências ao “não pode”. A expressão não é, contudo, necessariamente concludente para efeitos de aferição da imperatividade da norma.

Assim, por exemplo, a regra do art. 537.º, sobre a indivisibilidade das prestações nas obrigações alternativas, por não proteger qualquer interesse em especial, é meramente supletiva²⁹⁴, ainda que se prescreva que “O devedor não pode escolher parte de uma prestação e parte de outra ou outras, nem ao credor ou a terceiro é lícito fazê-lo quando a escolha lhes pertencer”. Com efeito, se a escolha de parte de uma e parte de outra obrigação for do interesse de todas as partes, não se vê como é que de um ponto de vista ético-jurídico se possa reprovar a solução por eventual injustiça ou lesão grave dos interesses de uma das partes

290 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, pp. 774 e ss.

291 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 84.

292 Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, pp. 571-572.

293 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, p. 770.

294 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. I*, p. 554.

ou de terceiros, suposto, é óbvio, que preenchidos estejam os demais requisitos de que depende a validade daquelas obrigações e prestações. De facto, só no caso inverso, quando a escolha é contra a vontade do outro é que a mesma se tem por proibida²⁹⁵.

No âmbito da fiança, o art. 636.º prevê, na sua al. b), que o fiador *não pode* invocar o benefício da excussão se o devedor ou o dono dos bens onerados com a garantia não puder, em virtude de facto posterior à constituição da fiança, ser demandado ou executado em Macau. Ora, por mais imperativa que possa parecer, esta norma deve considerar-se dispositiva. Na verdade, antes do mais, não se vê como é que o devedor ou o dono dos bens não possa ser demandado em Macau, ainda que fosse necessário recorrer à citação edital e mesmo que o julgamento ocorra à sua revelia²⁹⁶. É assim que se chega à interpretação de que a norma visa proteger o credor contra graves incómodos e consideráveis aumentos de despesas por decorrência de uma demanda que se tornou substancialmente dificultada²⁹⁷. Por outro lado, a razão pela qual a lei prevê a exclusão do benefício da excussão apenas para os casos em que a dificuldade substancial de demanda decorra de facto superveniente prende-se com a circunstância de, apenas nestes casos, não ter sido possível ao credor contar com semelhante situação no momento da constituição da fiança, pois, se tal dificuldade já existia *ab initio*, não se poderia falar em qualquer protecção da confiança do credor²⁹⁸. Ora, se assim é, nada impede que, tendo as partes previsto a situação, se estipulasse que o credor assumiria os custos acrescidos para, ainda assim, obter sentença que condene o devedor no pagamento a título principal, mantendo-se o fiador como devedor subsidiário mediante invocação do benefício da excussão, designadamente para efeitos do disposto no art. 712.º, n.ºs 1 e 2, do CPC²⁹⁹. Isto sem prejuízo de se reconhecer que, não havendo bens penhoráveis e executáveis em Macau (cfr. art. 718.º, n.º 1,

295 Vaz Serra, “Exposição de Motivos”, in BMJ, n.º 55, p. 88, quando diz que o devedor “não pode forçar o credor a receber parte de uma e parte de outra prestação” (itálico nosso).

296 O texto da lei é, com efeito, criticado por alguma doutrina. Cfr. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, p. 1145, em nota, e os Autores aí citados.

297 Idem, pp. 1145-1146.

298 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. I*, p. 626.

299 Que prevêem o seguinte: “1. Na execução movida contra devedor subsidiário, não podem penhorar-se os bens deste enquanto não estiverem excutidos todos os bens do devedor principal, desde que o devedor subsidiário fundamentadamente invoque o benefício da excussão, no prazo a que se refere o n.º 2 do artigo 696.º.

2. Instaurada a execução apenas contra o devedor subsidiário e invocando este o benefício da excussão prévia, pode o exequente requerer, no próprio processo, execução contra o devedor principal, que é citado para integral pagamento.”

do CPC), o benefício da excussão acaba por não cumprir a sua utilidade essencial, especialmente tendo em conta que, mesmo que a execução seja movida apenas contra o devedor principal, se os bens deste se revelarem insuficientes, pode sempre o exequente requerer, no mesmo processo, execução contra o devedor subsidiário (n.º 3 do art. 712.º do CPC).

Um outro exemplo encontramos-lo no art. 757.º, n.º 2, nos termos do qual o credor *não pode* ser constrangido a receber de terceiro a prestação, quando se tenha acordado expressamente em que esta deve ser feita pelo devedor, ou quando a substituição o prejudique. A possível derrogação desta norma decorre, bem entendido, não de convenção entre o credor e o terceiro no momento da prestação, pois nesse momento se o credor quiser aceitar a prestação pode fazê-lo livremente sem que haja qualquer outro interesse a proteger – pois, tendo já concluído o negócio e perante o não cumprimento nos termos estipulados, pode sempre socorrer-se das vias judiciais se não quiser aceitar a prestação feita por terceiro –, mas antes entre o credor e o devedor, em momento anterior à realização da prestação, mediante fórmulas como “a prestação pode ser realizada pelo devedor ou por terceiro”. Ora, a presença deste tipo de cláusulas pressupõe obviamente que não há estipulação pela qual se determine a infungibilidade convencional (1.ª parte do n.º 2 do art. 757.º), e implica, em nosso entender, o afastamento da infungibilidade natural (2.ª parte)³⁰⁰. Na verdade, embora possa parecer tratar-se aqui de uma norma imperativa de protecção do credor (para não sair prejudicado, como a lei o diz), o certo é que a norma visa apenas as situações em que, *nada havendo estipulado* de antemão entre credor e devedor, aquele vê-se surpreendido, *no momento do cumprimento*, por uma prestação realizada por terceiro. Pois, bem se entende que, sendo o conteúdo da prestação livremente fixado pelas partes (art. 392.º, n.º 1), nada impede que o credor aceite como tendo igual valor, por exemplo, uma pintura de um discípulo do devedor-pintor de renome³⁰¹, desde que nisso consinta expressa e livremente no próprio contrato.

O n.º 3 do art. 726.º versa sobre a proibição de renúncia, por parte dos administradores de patrimónios alheios, às hipotecas constituídas em benefício das pessoas cujos patrimónios administram, o que facilmente se compreende, por estar em causa a protecção de terceiros, que constituem, na verdade, o credor hipotecário. No entanto, a ser assim, nada impede que, devidamente acautelados os interesses dessas pessoas, possa o administrador renunciar à hipoteca, através de uma autorização ou convenção com o devedor, no caso de se tratar de hipoteca

300 Aparentemente em sentido contrário, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 134.

301 Para dar o exemplo clássico. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 13, e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 134.

constituída por via contratual³⁰².

Também é claramente dispositiva a norma do n.º 2 do art. 772.^{º303}, segundo a qual o devedor *não pode* designar *contra a vontade do credor* uma dívida que ainda não esteja vencida, se o prazo tiver sido estabelecido em benefício do credor, nem designar *contra a vontade do credor* uma dívida de montante superior ao da prestação efectuada, desde que o credor tenha o direito de recusar a prestação parcial.

No âmbito do não cumprimento dos contratos, embora se estabeleça que o credor *não pode* resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância (art. 791.º, n.º 2), a verdade é que a resolução pode ter origem convencional (art. 426.º, n.º 1), e as partes podem muito bem, antevendo a possível ocorrência deste tipo de situações, atribuir ao credor o direito de resolução, o que, de resto, exterioriza o interesse do credor no que diz respeito à importância que tem o não cumprimento parcial.

Sobre os preceitos que verdadeiramente empregam a expressão “não pode” ou “não é permitido” como fórmula imperativa e que relevam no contexto de um acordo de vontades temos os arts. 554.º, n.º 2, 1.ª parte (proibição de estipulação de períodos de capitalização de juros inferiores a 30 dias, tendo em conta que o n.º 1 permite a convenção do anatocismo³⁰⁴, mas em todo o caso “observando-se o disposto no número seguinte”), 627.º (redução *ope legis* da fiança na parte em que exceder a dívida principal ou for contraída em condições mais onerosas, cuja imperatividade se justifica pela característica da acessoriedade integrante da noção da fiança (art. 623.º), em si inderrogável), 636.º, al. a) (exclusão do benefício da excussão do fiador se houver renunciado ao benefício da excussão e, em especial, se tiver assumido a obrigação de principal pagador – neste caso não é concebível que possa haver convenção derogadora desta norma para se atribuir (de novo) ao fiador o direito de excussão prévia, que já lhe tinha sido atribuído por lei por força das normas supletivas dos arts. 634.º e 635.º e que só foi excluído precisamente por

302 Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, p. 721, chamando à atenção de que a norma apenas é dispositiva no caso da administração voluntária, já sendo imperativa se se tratar de administração legal.

303 Conjuntamente com os arts. 773.º e 774.º. Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 97.

304 O que, de resto, já constitui uma evolução importante em relação aos regimes de direito europeu-continental, em especial o português (art. 560.º do CCP), em que continua a proibir-se o anatocismo como regra, “uma vez que essa cobrança poderia ser uma forma de indirectamente violar a proibição da cobrança de juros usurários”, apenas o admitindo quando a convenção seja posterior ao vencimento, através de notificação judicial ao devedor para capitalização dos juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização. Cfr. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 163.

ter havido convenção nesse sentido), 686.º (proibição de hipoteca da meação dos bens comuns do casal – porque estão afectados a um fim, que seria comprometido se fosse admissível aquela hipoteca, e porque a meação é inalienável por vontade exclusiva de um dos cônjuges antes da dissolução do casamento – e da quota de herança indivisa – por decorrência da nulidade das hipotecas gerais e da necessidade de serem certas e determinadas as coisas hipotecadas³⁰⁵), 936.º, n.º 1 (proibição da doação de bens futuros, determinada por razões de política legislativa e de certo interesse público, embora primacialmente direccionada à protecção do próprio doador, por se entender ser susceptível de incentivar a prodigalidade, pelo facto de um tal acto poder ser praticado mais levemente do que a doação de bens presentes³⁰⁶), 943.º (proibição do mandato para designação do donatário ou determinação do objecto da doação, pelo carácter pessoal e espontâneo que caracteriza as liberalidades, bem como da doação efectuada pelos representantes legais em nome dos incapazes, em protecção destes), 945.º, n.º 1 (proibição da aceitação de doações modais por incapazes sem intermediação dos seus representantes legais, igualmente para protecção daqueles), 966.º (proibição de denúncia antecipada ao direito de revogar a doação por ingratidão do donatário, por contrariedade à ordem pública ou à moral³⁰⁷, na linha do princípio geral vertido no art. 798.º, n.º 1, o que contudo não impede a mesma renúncia feita *a posteriori*), 973.º (proibição da celebração de locação por mais de 30 anos, considerando-se reduzida automaticamente a esse limite quando superior), 982.º, n.º 1 (proibição da cláusula, por abusiva, que permita ao locador praticar actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, com excepção dos que a lei ou os usos facultem ou o próprio locatário consinta em cada caso), 994.º, n.º 1 (proibição de estipulação de pagamento antecipado de mais do que uma renda ou aluguer, ou de antecipação por tempo superior ao período a que respeita a renda ou aluguer, ficando a antecipação reduzida a esses limites, sempre que os exceda), 1058.º, n.º 1 (proibição da celebração de comodato por tempo superior à duração do direito com base no qual se empresta a coisa, considerando-se reduzido ao limite de duração desse direito quando superior), 1073.º (proibição da usura), 1118.º, n.º 1 (proibição da recusa, mesmo que prevista contratualmente, da restituição ao depositante com o fundamento de que este não é proprietário da coisa nem tem sobre ela outro direito, como decorrência da própria noção e conteúdo do depósito – art. 1111.º), e 1173.º (proibição de transacção sobre direitos indisponíveis ou sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos).

305 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, p. 681.

306 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 264.

307 Idem, p. 304.

36. A imperatividade da disciplina legal dos contratos típicos

Segundo Larenz, as normas imperativas no direito dos contratos têm como função impor restrições à livre circulação de bens, e foram, em geral, pensadas para 3 tipos de situações: 1) Imperatividade em relação a ambas as partes, cujos exemplos vêm previstos no Código Penal, como seja a corrupção, e na lei do trabalho. A consequência nestes casos deve ser a nulidade total do negócio proibido, pois em causa estão interesses de toda a ordem sócio-económica. 2) O segundo grupo tem como exemplos a proibição de venda de produtos fora das horas de funcionamento, não fazendo sentido cominar a nulidade para estes casos. 3) O terceiro grupo reconduz-se praticamente à proibição de usura no arrendamento, reduzindo-se a renda até aos máximos permitidos por lei e não se sancionando a nulidade por tal ser contrário aos fins pretendidos pelo legislador com a previsão da proibição. Isto também se aplica à compra e venda de produtos, com origem numa tentativa de controlar a inflação durante a transição do pós-guerra à economia de livre mercado. No demais, o legislador apenas estabeleceu uma disciplina legal para os contratos tipificados para fazer face à insegurança jurídica que resultaria da omissão de estipulação contratual das partes em relação a aspectos importantes do contrato. Larenz é assim categórico a afirmar que a disciplina dos contratos típicos é supletiva e dispositiva, sendo livremente derogável pelas partes, desde que o façam através de contratos individualizados e não por via de cláusulas contratuais gerais³⁰⁸. Tais normas são estabelecidas pelo legislador de acordo com o princípio do justo equilíbrio de interesses e segundo o que é factualmente típico surgir naquele tipo contratual, num quadro considerado como justo para ambas as partes³⁰⁹. E o exemplo que se dá, no âmbito da livre modelação do conteúdo de contrato típico, é o da assunção dos encargos pelo adquirente no contrato de compra e venda de terrenos, em derrogação da norma do § 434 do BGB³¹⁰, correspondente entre nós ao art. 868.º.

É certo, contudo, que tal liberdade não é absoluta e, neste domínio em particular, tem especial valor observar a evolução da redacção do texto da lei, desde a sua versão primitiva do respectivo Anteprojecto à versão aprovada e em vigor. É o que faremos de seguida, na tentativa de descortinar se as normas impositivas de obrigações foram concebidas pelo legislador como sendo dispositivas ou se

308 Também assim, Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 324, entendem que é dispositiva a disciplina do Código Civil (francês) para os contratos típicos, como a compra e venda, o mútuo e o arrendamento.

309 *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II*, § 547.

310 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 67.

a liberdade de modelação do conteúdo contratual não integra a faculdade de afastamento de normas preceptivas.

37. As normas preceptivas

O grande problema da eventual derogabilidade das normas preceptivas centra-se nas obrigações que a lei prevê para as partes contratuais, que, tirando contadas excepções³¹¹, impõem uma conduta positiva. Questão esta que apresenta algumas similitudes com as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, na medida em que se impõe encontrar “um ponto de *equilíbrio* entre a liberdade individual e as necessidades sociais de protecção do lesado, entre a autonomia privada e a ordem pública”³¹², pois se nestas apenas se exclui a responsabilidade civil, naquelas exclui-se todos os demais direitos que a lei faz associar às obrigações assumidas, parecendo dever impor-se, por maioria de razão, um controlo mais apertado na garantia desse ponto de equilíbrio.

A dificuldade, como se disse, está no facto de a lei permitir, no art. 399.º, n.º 1, a celebração de contratos atípicos, de tal modo que, se se quiser, por exemplo, fugir à disciplina imperativa das garantias edilícias da compra e venda, poderia celebrar-se um contrato de compra e venda atípico, ou mesmo, se se quiser afastar a obrigação de guarda e a consequente responsabilidade pelo não cumprimento contratual, estaria sempre ao dispor das partes a celebração de um contrato diverso, de prestação de serviços de disponibilização de espaço, como sucede na generalidade dos contratos de estacionamento de veículos.

Há Autores que dão uma resposta afirmativa, ao abrigo do princípio estabelecido no art. 399.º, n.º 1. Neste sentido, entende-se, por exemplo, que no contrato de empreitada as partes são livres de clausularem antecipadamente limitações aos direitos do dono da obra, bem como estabelecer consequências diferentes das legalmente previstas para a realização de obra defeituosa, configurar de modo diferente o conteúdo dos direitos atribuídos pela ordem jurídica ou regular a articulação do seu exercício³¹³. Não parece, no entanto, que se possa afirmar

311 *V.g.*, arts. 982.º, n.º 1, e 1061.º, n.º 1, 1.ª parte, em que se exige uma conduta negativa de abstenção.

312 Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 69, que delimita claramente as fronteiras entre uma e outra figura.

313 João Cura Mariano, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, pp. 92-95, 110, referindo-se a um Ac. do TRP (sem referência ao número do processo pelo que não nos foi possível certificar o conteúdo do mesmo), que considerou válida uma estipulação que permitia que o dono da obra se substituísse ao empreiteiro na tarefa de eliminação dos defeitos, se este a não efectivasse no prazo que lhe fosse fixado, ficando o empreiteiro obrigado a pagar

semelhante entendimento de forma categórica.

A resposta deve ser encontrada, em primeiro lugar, no princípio da boa fé, que, por ser ele próprio um princípio injuntivo e, de resto, decorrer de norma imperativa³¹⁴ (art. 752.º, n.º 2), implica forçosamente a natureza imperativa dos seus afloramentos³¹⁵.

Não devendo olvidar que a boa fé, como regra de conduta, assume natureza *tendencialmente* supletiva, não funcionando em regra contra previsões legais ou convencionais³¹⁶, a verdade é que ela não deixa de impor um mínimo de necessidade de colaboração entre as partes contratuais, especialmente norteadada pelo fim da obrigação assumida, que em *ultima ratio* se reconduzirá à efectiva satisfação dos interesses do credor³¹⁷. Daqui decorre a imperatividade de determinados deveres, que se apelidam de secundários, e que estão por vezes positivados nos diversos tipos contratuais, ou mesmo na parte geral das obrigações³¹⁸.

Incluem-se³¹⁹ aqui, em primeiro lugar, os deveres secundários com prestação autónoma, como o da indemnização em caso de não cumprimento culposo em sentido amplo, designadamente nos casos de mora (arts. 793.º e 795.º), cumprimento defeituoso (art. 791.º) e incumprimento definitivo (art. 790.º) (tudo, aliás, em consonância com a regra do art. 798.º, n.º 1, observando-se a excepção do n.º 2) ou do *commodum subrogationis* (arts. 783.º e 792.º). Cremos poder igualmente enquadrar nesta sede os demais direitos a que se refere o n.º 1 do art. 798.º, incluindo o direito à resolução do contrato³²⁰ e à restituição do que foi pago (art. 790.º, n.º 2).

Em segundo lugar surgem os deveres acessórios, que compreendem, v.g., os de informação ou de cuidado, impostos por um sentido de justiça comutativa,

ao dono da obra todas as despesas e prejuízos resultantes dessa intervenção.

314 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II*, p. 587, referindo-se ao preceito equivalente do BGB (§ 242).

315 Cfr., neste sentido, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 76; e Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp. 38-39.

316 Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 649.

317 Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, pp. 143 e 148-149, dando o exemplo da obrigatoriedade de previsão de esgotos no âmbito da obrigação de construção de uma casa para habitação.

318 Embora se possa dizer, nestes casos, como o faz Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 648, que não há que falar em boa fé, porque as próprias normas impõem restrições à liberdade contratual.

319 Seguindo Carlos Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982, pp. 337 e ss.

320 No sentido de que a cláusula de exclusão da responsabilidade não implica renúncia ao direito de resolver o contrato, que, de resto, estaria sempre vedada pelo artigo em análise, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 208.

pois a sua violação resulta em “conjunturas de injustiça objectiva a que se tenha chagado”³²¹.

Por outro lado, como manifestação da boa fé, a *exceptio doli*, enquanto poder de repelir a pretensão do autor por este ter incorrido em dolo, implica, por exemplo, que seja imperativa a norma do art. 634.º, n.º 2, que atribui ao fiador o direito de recusar o cumprimento quando, não obstante a excussão de todos os bens do devedor, se provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor³²².

Uma outra manifestação relevante da boa fé para as normas imperativas é o chamado *tu quoque*, segundo o qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribuía³²³. São exemplos as normas dos arts. 518.º, n.º 2 (o condevedor solidário não pode opor ao devedor, que satisfaz o crédito por inteiro, os meios de defesa que este não tenha usado contra o credor, quando lhe seja imputável essa não oposição, embora não seja fácil imaginar a prévia estipulação deste aspecto num acordo que eventualmente exista entre os condevedores), 519.º, n.º 2 (o benefício da repartição do prejuízo por todos os devedores solidários, quando um deles fique insolvente, não aproveita ao credor de regresso que só por negligência não tenha cobrado a parte do condevedor na obrigação solidária), 643.º (o devedor que consinta no cumprimento pelo fiador ou que, injustificadamente, não lhe dê conhecimento dos meios de defesa que poderia opor ao credor, não pode opô-los depois contra o fiador), e 979.º, al. c) (o locador não responde por vício da coisa se o defeito for da responsabilidade do locatário).

Simplesmente, não obstante o acima exposto, tanto as obrigações previstas na lei, como os deveres acessórios da prestação principal ou do fim contratual, não são todos eles imperativos ou supletivos. Tudo depende de quais sejam essas obrigações ou deveres.

É a este respeito que Pinto Monteiro³²⁴ fala nas cláusulas limitativas do objecto do contrato, que deverão respeitar as normas imperativas e as exigências de ordem pública e que não poderão excluir obrigações que constituam elementos essenciais do tipo negocial, que integram o dever principal de prestação enquanto causa e função económico-social do contrato, sob pena de total descaracterização do mesmo. São, por outro lado, inderrogáveis as normas que prevejam obrigações essenciais de tal modo que, atento o escopo prosseguido pelas partes, o seu afastamento obste à obtenção do resultado ou fim contratual.

É certo que o Autor, quando se referia a estas últimas situações de

321 Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 651.

322 Ver, sobre a *exceptio doli*, Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pp. 719 e ss.

323 *Idem*, pp. 837 e ss.

324 *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, pp. 116 e ss.

inderrogabilidade estava a pensar na ordem pública contratual e não nas normas imperativas, que em si e por si constituem uma limitação autónoma à admissibilidade deste tipo de cláusulas. Cremos, contudo, que semelhante inderrogabilidade está insita no próprio regime legal, na medida em que o legislador apenas quis atribuir os efeitos legalmente previstos a um determinado tipo contratual sob a condição de concorrerem determinadas obrigações que lhe são essenciais. Neste sentido fala Cabral de Moncada em “elementos naturais” integradores de cada tipo particular, “sem os quais poderá talvez existir um outro acto jurídico, mas nunca aquele que se tem precisamente em vista”³²⁵. Com efeito, estão excluídos da disponibilidade privada os pressupostos particulares de cada tipo contratual, conforme a sua estrutura própria, como é o caso dos arts. 977.º (obrigações do locador). Trata-se de limites mais de índole lógica e técnica do que jurídica e ética³²⁶. Por outro lado, também o próprio conteúdo do negócio tem os seus limites e contornos fixados pela lei, estando as partes vedadas de excluir os elementos indefectíveis que pela sua função constituem parte integrante dele³²⁷.

Um exemplo que se pode dar para corroborar a posição defendida – a de que a essencialidade de determinadas normas atributivas de direitos ou impositiva de obrigações está de algum modo manifestada no texto da lei – é o do direito de fiscalização do dono da obra no âmbito da empreitada (art. 1135.º), cuja exclusão deverá determinar a nulidade da respectiva cláusula, “por ser contrária à natureza da relação. Ela seria muitas vezes imposta pelo empreiteiro a comitentes inexperientes e poderia ser contrária ao interesse público na solidez da obra”³²⁸.

Também o mesmo se deve entender para as regras de fundo dos contratos de garantia, como o penhor e a hipoteca³²⁹, designadamente a norma do art. 667.º (deveres do credor pignoratício)³³⁰.

Exemplos de obrigações essenciais no contrato de compra e venda, para além da obrigação de pagar o preço e de entregar a coisa (art. 869.º), são as de garantia contra os defeitos da coisa, designadamente as de reparar ou de substituir a coisa (n.º 1 dos arts. 906.º e 907.º), pois se trata de vício que a desvaloriza ou impede a realização do fim a que é destinada (art. 905.º)³³¹, embora apenas nas

325 *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 712.

326 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I*, p. 203.

327 *Idem*, p. 210.

328 São palavras do Autor do Anteprojecto da disciplina do contrato de empreitada, Pires de Lima, “Empreitada”, in *BMJ*, n.º 145, p. 130.

329 Vaz Serra, “Direito das Obrigações”, in *BMJ*, n.º 101, p. 151.

330 Sendo normas preceptivas as constantes das als. a) e c), e proibitiva a da al. b), segundo Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 51.

331 Cfr. Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 319.

situações em que o comprador não conheça o defeito no momento da aquisição, pois no caso contrário nem há lugar a aplicação do regime da venda de coisa defeituosa, por ser atentatório da boa fé o facto de o comprador receber a coisa conhecendo do defeito e depois vir a reclamar junto do vendedor³³². No entanto, ambas as normas devem considerar-se dispositivas por força da norma especial do art. 904.º, *ex vi* do art. 905.º, que atribui expressamente natureza supletiva à norma do n.º 1 do art. 898.º, sobre a obrigação de expurgação do ónus ou limitações existentes na coisa vendida, preceito este que corresponde, *mutatis mutandis*, às regras dos artigos sobre a reparação e substituição de coisa defeituosa³³³. Assim, do mesmo modo que o vendedor pode, por acordo, excluir a obrigação de expurgar os ónus ou limitações da coisa, por igualdade de razão também o poderá fazer em relação à obrigação de reparação ou substituição da coisa, desde que não haja dolo da sua parte³³⁴. Podendo transparecer alguma injustiça desta solução, recorde-se que o comprador terá sempre o direito, irrenunciável e atribuído por norma imperativa, de obter a anulação do contrato por erro, nos termos gerais, por força do art. 896.º *ex vi* do art. 905.º³³⁵.

Nesta matéria, é especialmente relevante a posição de Galvão Telles, a quem foi incumbida a tarefa de redacção dos Anteprojectos dos contratos em especial, à excepção da doação e da empreitada. O Autor confirma que as obrigações que a lei faz derivar do contrato “podem ser afastadas, no todo ou em parte, pela vontade dos contraentes, desde que não constem de preceitos imperativos”³³⁶.

Parece, assim, dever entender-se, também em conjugação com o princípio geral do art. 798.º, n.º 1, de aplicação transversal aos direitos previstos nos diferentes tipos negociais, à luz da unidade e coerência interna do sistema jurídico³³⁷, que, por regra, as obrigações previstas nos contratos tipificados são derogáveis, com excepção das que são essenciais à caracterização do tipo ou à

332 Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, pp. 435 e ss. Segundo o Autor, as proliferadas cláusulas do estilo “mercadoria vendida no estado em que se encontra” não são por si suficientes para excluir as garantias, exigindo-se antes que, não se tratando de defeitos aparentes, se manifeste de forma evidente a intenção de exclusão das garantias, nomeadamente, acrescentamos nós, através da advertência de que o produto padece de certos vícios.

333 Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, p. 209.

334 Também neste sentido, Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, p. 450.

335 Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, pp. 209-210.

336 *Direito das Obrigações*, pp. 431-432.

337 Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 211; e, Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, p. 449, referindo-se especificamente ao cumprimento defeituoso.

realização do fim negocial, e de outras normas imperativas que surgem apenas pontualmente e que iremos tentar identificar nas secções seguintes.

No entanto, da leitura dos Anteprojectos dos contratos em especial daquele Autor parece resultar que a maioria das obrigações especificadamente previstas são obrigações essenciais, na medida em que o Autor teve o cuidado de agrupá-las num único artigo intitulado “Obrigações essenciais”, cuja redacção se mantém no essencial no CCM, com a singela diferença de que, nas posteriores revisões ministeriais se retirou da epígrafe e do corpo do texto o qualificativo “essenciais”. Vejamos o exemplo do comodato: “Artigo 7.º, *Obrigações essenciais do comodatário*. São obrigações essenciais do comodatário: 1.ª Guardar a coisa emprestada; 2.ª Não a aplicar nem consentir que outrem aplique a fim diverso daquele ou daqueles a que a se destina; 3.ª Não fazer dela, nem consentir que outrem faça, uma utilização imprudente; 4.ª Tolerar quaisquer benfeitorias que o comodante queira realizar na coisa; 5.ª Avisar imediatamente o comodante todas as vezes que descubra vícios na coisa ou saiba que a ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação a ela, se esses vícios, perigo ou pretensões não forem do conhecimento do comodante; 6.ª Restituir a coisa, findo o contrato”³³⁸. Ora, desconsiderando os retoques linguísticos, as obrigações *essenciais* correspondem às previstas no art. 1063.º do CCM, onde vêm mais duas outras, a de facultar ao comodante o exame da coisa e a de não proporcionar a terceiro o uso da coisa, excepto se o comodante autorizar. Parece, assim, e tendo presente o que se disse sobre os deveres imperativos decorrentes da boa fé, que todas as obrigações contidas neste preceito são inderrogáveis por regra, na medida em que a guarda, a não utilização imprudente ou para fim diverso³³⁹, a permissão de exame pelo comodante, a comunicação de vícios ou perigos, a restituição da coisa constituem todas elas obrigações imediatamente derivadas da noção de comodato – gozo da coisa, com a obrigação de restituir (art. 1057.º) – e também decorrentes do dever de cuidado de coisa alheia imposto pela boa fé, enquanto a obrigação de tolerar benfeitorias decorre da natureza gratuita, de favor ou de cortesia do contrato e do facto de que a coisa continua a pertencer ao comodante³⁴⁰. Apenas a última das obrigações apontadas tem natureza facultativa, mas é-o por força de previsão expressa da admissibilidade de autorização do comodante. Fora deste

338 Galvão Telles, “Contratos Civis”, in BMJ, n.º 83, p. 247.

339 Esta obrigação nunca será derogável porquanto, embora as partes possam estipular no contrato outros fins do uso da coisa, nestas situações nunca haverá utilização para fins diversos.

340 Embora, por força da boa fé, o comodante não possa impedir o uso normal da coisa, prejudicando a finalidade do contrato, à semelhança do que sucede com o direito de exame da coisa de que goza o comodante. Em ambos os casos a conduta do comodante é sindicável pelo instituto do abuso de direito. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, pp. 752 e 370.

artigo, as demais obrigações do comodatário reconduzem-se à responsabilidade em caso de perda ou deterioração da coisa (art. 1064.º), à qual se aplica o regime geral do art. 798.º, à restituição num certo momento, cuja determinação está na livre disponibilidade das partes por força do preceituado no art. 1065.º, e às despesas de alimentação dos animais, quando for o caso, que também constitui matéria dispositiva nos termos do art. 1066.º, n.º 2.

E o mesmo se verifica, quanto à previsão das *obrigações essenciais*, noutros contratos segundo aquele Anteprojecto³⁴¹. Em especial, no âmbito da locação, pela complexidade da relação obrigacional, o Autor propôs um preceito para em específico regular “Outras obrigações do locatário”, para além das essenciais. E são elas “1.ª Não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, excepto se a lei o permitir ou o locador o autorizar por escrito; 2.ª Comunicar por escrito ao locador, dentro de quinze dias, a cedência do gozo da coisa por alguma das aludidas formas, quando permitida ou autorizada; 3.ª Não cobrar do sublocatário renda ou aluguer superior ou proporcionalmente superior à que é devida pelo contrato de locação, aumentada de cinquenta por cento, salvo se no dito contrato se tiver convencionado outra coisa”³⁴², que correspondem, com pequenas alterações, às obrigações previstas nas als. f), g) e h) do art. 983.º, ao lado das “obrigações essenciais” segundo aquele Anteprojecto. Significará isto que, atenta a intenção legislativa inicial, tais obrigações sejam derogáveis? Sim, parcialmente, mas, uma vez mais, por força de indicação da própria lei, no caso da al. f) (*excepto se o locador o autorizar*) e no caso da al. h), que, remetendo para o art. 1010.º, permite, aí, derogar aquela obrigação negativa “se outra coisa tiver sido convencionada com o locador”. Resta a al. g), que é imperativa por ter de ser lida em conjunto com a norma, já referida, do n.º 1 do 1009.º a propósito da ineficácia da sublocação em relação ao locador ou a terceiros antes do seu reconhecimento pelo locador ou da sua comunicação no prazo de 15 dias, que, como vimos, é injuntiva (salvo o caso previsto no n.º 2, em que é por determinação da lei dispensada a comunicação).

38. O caso especial da compra e venda

O regime jurídico da compra e venda vem acompanhado de uma curiosa e singular regulamentação das normas imperativas e dispositivas, nos arts. 894.º e

341 Cfr. Galvão Telles, “Contratos Civis”, in BMJ, n.º 83, pp. 260 e 270, quanto às obrigações do mandatário e do depositário.

342 Idem, p. 225.

904.º, relativamente à venda de bens alheios e de bens onerados, respectivamente. Assim, por força de previsão expressa, são derogáveis, na venda de bens alheios, os preceitos respeitantes à restituição do preço (art. 884.º), à obrigação do vendedor de sanar a nulidade (art. 888.º, n.º 1), à obrigação de ele indemnizar o comprador, quer pela venda de coisa alheia (art. 890.º), quer pelo não cumprimento da obrigação de sanar a nulidade (art. 891.º, n.º 1), e à garantia do pagamento de benfeitorias (art. 892.º). Contrariamente, é imperativa a norma do art. 889.º, que impõe a indemnização em caso de dolo, em consonância com o princípio geral do art. 798.º e com o previsto na última parte do art. 894.º, n.º 1, que torna imperativa as disposições acima mencionadas nos casos em que o contraente a quem a convenção aproveitaria houver agido com dolo, e o outro estipulante estiver de boa fé³⁴³.

Deste bloco normativo é possível tirar duas observações. A primeira, a de que, em toda esta Secção IV, o legislador absteve-se de empregar qualquer expressão do género “salvo convenção em contrário”. A segunda, a de que se confirma o acima exposto quanto à imperatividade, por regra, das normas sobre as *invalidades* (art. 882.º: nulidade da venda), sobre as *remissões* (art. 883.º: aplicação do regime da venda de bens futuros à venda de bens alheios), sobre *interesses de terceiros* (art. 885.º: obrigação de restituição do preço pago pelo terceiro adquirente de coisa comprada a comerciante que negoceie coisa do mesmo género), sobre os *efeitos jurídicos* e a relação causa-efeito (art. 886.º: convalidação do contrato e transferência da propriedade ao comprador logo que o vendedor adquira a propriedade; e art. 887.º: não convalidação nos casos aí indicados), e das *normas negativas* (art. 895.º: aplicabilidade exclusiva das normas da presente Secção à venda de coisa alheia tida como própria, o que equivale a dizer que se afasta da sua aplicabilidade a venda de coisa alheia tomada nessa qualidade pelas partes).

De modo semelhante, o art. 904.º especifica as normas que são, ou podem ser³⁴⁴, supletivas no âmbito da venda de coisa onerada. São elas as dos arts. 898.º, n.º 1 (obrigação de fazer convalescer o contrato), 899.º (cancelamento dos registos), 901.º (indemnização em caso de simples erro) e 902.º, n.º 1 (responsabilidade por não sanção do contrato). Inversamente, são imperativas as normas sobre a anulabilidade da venda fundada no erro ou no dolo (art. 896.º), sobre a convalescença do contrato (art. 897.º), sobre a fixação do prazo pelo tribunal para a expurgação dos ónus ou limitações (art. 898.º, n.º 2), sobre a responsabilidade do vendedor em caso de dolo (arts. 900.º e 902.º, n.º 2), e sobre

343 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 195.

344 Não o sendo se o vendedor tiver procedido com dolo e as cláusulas contrárias àquelas normas visarem beneficiá-lo.

a redução do preço, no caso de erro não essencial (art. 903.º)³⁴⁵. Destaca-se aqui, a confirmação da *regra* da imperatividade das *normas de controlo do conteúdo contratual* pelo juiz, na regra do art. 898.º, n.º 2, segundo a qual o prazo para a expurgação é fixado pelo tribunal, a requerimento do comprador.

O regime da venda de bens onerados, incluindo o art. 904.º que determina a supletividade de algumas das suas normas, é aplicável à venda de coisa defeituosa com as devidas adaptações, nos termos do disposto no art. 905.º.

O facto de este regime especial se aplicar apenas a três dos sub-regimes da compra e venda não implica que as demais normas contidas neste Capítulo sejam imperativas³⁴⁶. Não obstante, não é difícil constatar, no seguimento da análise feita quanto às normas que por definição e natureza são imperativas, que a remanescente disciplina da compra e venda é, na verdade, inderrogável, a menos quando tal possibilidade seja ressalvada com recurso a expressões concludentes. Senão vejamos. Os arts. 865.º e 866.º referem-se, respectivamente, à noção da compra e venda e à forma solene para os imóveis. O art. 867.º proscree a venda de coisa ou direito litigioso com a nulidade. O art. 868.º, sobre as despesas do contrato, é dispositivo, mas por força da expressão “na falta de convenção em contrário”. O art. 869.º define os efeitos essenciais. Os arts. 870.º e 871.º permitem a modelação do conteúdo contratual, mediante as expressões “segundo o que for estipulado”, “Se as partes atribuírem ao contrato carácter aleatório” e “Se as partes atribuírem ao contrato carácter aleatório”. O n.º 1 do art. 872.º pode levantar algumas dúvidas ao prever que a coisa deve ser entregue no estado em que se encontrava ao tempo da venda. No entanto, estando inserido na secção relativa aos efeitos da compra e venda, e sendo certo que “o vendedor só cumpre a obrigação mediante a efectiva entrega ao comprador da coisa adquirida, com as características e qualidades consideradas na conclusão do contrato, isto é, procedendo ao exacto cumprimento da prestação de entrega que é elemento essencial do negócio”³⁴⁷, parece poder afirmar-se também a natureza imperativa deste preceito. Os arts. 873.º a 876.º

345 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, p. 204.

346 Como, aliás, decorre da exposição de motivos do Autor do Anteprojecto, Galvão Telles, “Contratos Cívicos”, in *BMJ*, n.º 83, pp. 121 e ss, onde o Autor, para além de partir da regra da supletividade das normas na parte especial das Obrigações como se viu, se refere ocasionalmente à imperatividade de certas normas, o que seria escusado se se entendesse que todas elas fossem imperativas.

347 Cfr. Ac. do STJ, n.º 388-E/2001.L1.S1, de 17 de Junho de 2014, acrescentando que “Isso mesmo reflecte expressamente o art. 822º-1 C. Civil ao estabelecer que a coisa deve ser entregue no estado em que se encontrava ao tempo da venda, fazendo impender sobre o vendedor “um dever específico relativamente à custódia da coisa que ele deve executar com a diligência de um bom pai de família, nos termos gerais (arts. 799º-2 e 487º-2).” (L. MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, vol. III, 2ª ed. 30)”.

são dispositivos, por força das expressões “se (...) as partes o não determinarem [o preço] nem convencionarem o modo de ele ser determinado”, “se houver sido discriminado como parcela do preço global”, “se por estipulação das partes (...) o preço não tiver de ser pago no momento da entrega” e “salvo convenção em contrário”. O exercício poderia repetir-se quanto ao demais. Ou seja, denota-se uma preocupação do legislador (e, essencialmente, do Autor do Anteprojecto) na exteriorização da natureza supletiva ou imperativa das normas da compra e venda, através, essencialmente, da inclusão de expressões indicativas da supletividade, deixando os restantes preceitos como imperativos, quer pela sua natureza, quer mediante expressões como “o comprador deve o preço declarado, *mesmo que no contrato se indique* o número, peso ou medida das coisas vendidas e a indicação não corresponda à realidade” (art. 878.º, n.º 1) e “não obstante convenção em contrário” (art. 927.º).

39. O caso especial do arrendamento

O outro dos contratos que tem sido muito associado à rigidez do regime legal é o arrendamento³⁴⁸. Dado o grande número de normas imperativas que predominam neste tipo contratual, faremos uma breve referência aos interesses que em particular justificam as soluções imperativas ora consagradas, bem como a algumas dessas manifestações no texto da lei³⁴⁹, sem prejuízo dos exemplos que já fomos avançando ao longo da presente exposição.

Assim, tem-se apontado, no âmbito de um *princípio do melhor tratamento do arrendatário, primeiro*, o interesse geral do melhor aproveitamento dos bens no contexto do desenvolvimento económico, atento o grande número de bens imóveis que são objecto de arrendamento; *segundo*, o interesse fundamental e abstracto de que as pessoas tenham casa para habitação; *terceiro*, o interesse concreto do arrendatário na estabilidade da habitação, alicerçado na concepção de que a estabilidade da casa (e do emprego) constitui uma das principais condições exteriores de que depende o sentimento de segurança das pessoas; *quarto*, o interesse da continuidade da exploração comercial ou industrial ou da profissão liberal exercida em prédio arrendado, atento o valor económico ou

348 Sobre o regime jurídico do arrendamento anterior a 1999, bem como as razões que estiveram na base das respectivas soluções legais, ver Augusto Teixeira Garcia, “Do enquadramento do arrendamento: Apontamentos para os alunos”, em vias de publicação no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*.

349 Seguindo, de perto, Pereira Coelho, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, pp. 134 e ss.

social que tais actividades revestem; e *quinto*, o interesse das pessoas que com o arrendatário vivem em economia comum, de não se verem privados da habitação em consequência da morte deste.

Assim, são designadamente imperativas, em consonância com e por decorrência da necessidade de tutela dos interesses acima mencionados, as normas relativas aos prazos do contrato (art. 973.º, que fixa em 30 anos o prazo máximo da locação), ao dever do locador em assegurar ao locatário o gozo da coisa para os fins a que se destina (art. 977.º, al. b)) e de não praticar actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, como a execução de toda e qualquer obra que o senhorio quisesse, com excepção dos que a lei ou os usos facultem ou o locatário consinta em cada caso (art. 982.º, n.º 1), à actualização de rendas por obras, cujo aumento não pode exceder, por mês, na falta de acordo, um duodécimo do produto resultante da aplicação da taxa de juro legal ao custo total delas (arts. 1000.º, 1001.º, n.º 1, e 1002.º), à antecipação de rendas (art. 994.º, n.º 1), à transmissão da posição do locador sem prejuízo da manutenção do contrato (art. 1004.º), à transmissão da posição do arrendatário sem implicar caducidade do contrato de arrendamento para habitação e rural (arts. 1043.º e 1056.º), à incomunicabilidade do arrendamento e transmissão da posição de arrendatário ao ex-cônjuge (art. 1042.º), ao trespasse de estabelecimento comercial instalado em prédio arrendado ou cessão da posição de arrendatário no âmbito do arrendamento para exercício de profissão liberal (arts. 1047.º e 1049.º), à renovação obrigatória até aos 2 anos e denúncia do arrendamento do lado do senhorio (art. 1038.º, n.ºs 1 e 2), aos prazos mínimos do pré-aviso para a denúncia do contrato (art. 1039.º), à resolução do contrato de arrendamento, onde vigora o *numerus clausus* em relação ao senhorio (art. 1034.º), que também não pode validamente convencionar com o arrendatário o afastamento de qualquer dos fundamentos legais de resolução (por força e nos termos do art. 798.º, n.º 1), e à natureza judicial da resolução do contrato de locação (art. 1017.º, n.º 2).

Capítulo V

Conclusão

Foram duas as questões que nos colocámos no início do presente estudo: a primeira, a de saber quais são, se os houver, os critérios de aferição da imperatividade das normas jurídicas inseridas no Livro das Obrigações; a segunda, a de determinar a relação entre as normas imperativas do direito dos

contratos e os princípios gerais estabelecidos nos arts. 273.º, n.º 1, e 287.º, que se referem especificadamente aos negócios com objecto *contra legem* e aos negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo.

40. A efectiva falta de consistência do legislador e as linhas orientadoras de imperatividade

Procurou-se deduzir das normas imperativas do direito dos contratos critérios consistentes que porventura tivessem guiado o legislador na redacção dos preceitos, na presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 8.º, n.º 3), no sentido de (1) ou ter incluído expressões do tipo “salvo convenção em contrário” em todas as normas de determinada categoria que quisesse atribuir natureza supletiva, com o efeito de todas as restantes se considerarem imperativas; (2) ou ter empreendido a operação inversa, a de empregar expressões concludentes da natureza imperativa das normas, como “não obstante convenção em contrário”.

Simplesmente, pela análise de uma parte substancial das normas do Livro das Obrigações, conclui-se que, provavelmente por razões de diversidade das fontes dos preceitos e dos Autores dos Anteprojectos, o legislador não adoptou um critério uniforme na escolha das expressões tendentes à exteriorização da natureza imperativa ou supletiva das normas, tendo inclusivamente empregue uma técnica singular na indicação das normas supletivas no âmbito de duas secções da compra e venda, não pretendendo todavia inverter o princípio da liberdade de modelação contratual para todos os demais artigos de outras secções, que continuam a ser dispositivos por princípio, embora com muitas excepções, em moldes que permitem dizer que, na falta de indicação de supletividade, são mais as normas imperativas do que as dispositivas. De igual modo, num preceito singular, o legislador viu-se na necessidade ou conveniência de prescrever, no art. 1013.º, n.º 3, a imperatividade das regras sobre a resolução, a caducidade, a revogação unilateral e a denúncia do contrato de locação, não significando contudo que no demais se deva concluir pela dispositividade das normas deste tipo contratual, muito pelo contrário.

Não obstante, é possível deduzir algumas tendências de imperatividade e dispositividade a partir de uma *observação empírica* das normas do direito dos contratos. Assim:

a) O uso de expressões do género “é proibido” ou “não pode” expressa, na generalidade dos casos, uma norma imperativa proibitiva, salvo determinação em contrário ou quando de uma interpretação sistemática e teleológica resultar o contrário, como sucede nos casos analisados *supra*;

b) As previsões de invalidade e de ineficácia são imperativas;

c) O uso de expressões como “não obstante convenção em contrário” confere necessariamente imperatividade à norma;

d) A imposição de redução até aos limites legais decorre de norma imperativa;

e) As normas técnico-jurídicas, ou atinentes aos pressupostos e efeitos dos institutos jurídicos são imperativas;

f) A imperatividade das normas atributivas de direitos depende da renunciabilidade dos mesmos, que, embora geralmente disponíveis no âmbito obrigacional, estão sujeitos ao regime geral do art. 798.º;

g) As obrigações previstas na lei são em princípio derogáveis, embora com o limite da boa fé e da essencialidade face ao instituto donde nascem;

h) As normas de exclusão ou limitação da responsabilidade regem-se pelo princípio geral do art. 798.º, n.º 2; e

i) Fora dos casos auto-concludentes, os critérios acima referidos não dispensam um esforço hermenêutico do intérprete.

Do exposto resulta, por um lado, que a liberdade de modelação do conteúdo contratual integra efectivamente a faculdade de afastamento de normas legais, e, por outro, que, mesmo no domínio onde por excelência vigora o princípio da liberdade contratual, as normas imperativas contam-se em números bastante elevados.

41. A solução da nulidade da cláusula *contra legem* e redução do negócio como regra

Tradicionalmente entende-se, com razão, que, na presença de uma imposição legal, o não acatamento da lei não se pode dizer ilícito, porque não viola qualquer valor merecedor de tutela jurídica que se traduz numa proibição legal³⁵⁰, mas é inidóneo para atingir o limiar do direito e obter protecção da lei, sendo disso exemplo a exigência de formalidade *ad substantiam*³⁵¹.

Da análise feita resulta que as normas preceptivas em sentido amplo se podem agrupar em (1) normas sobre os pressupostos do negócio, incluindo os de forma; (2) normas impositivas de deveres ou obrigações, incluindo as normas de responsabilidade.

Ora, a considerar as normas do primeiro grupo como preceptivas na acepção

350 Ao abrigo do Código de Seabra, ensinava Manuel Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, p. 331, que a ilicitude por ilegalidade significa a contrariedade do negócio à ordem jurídica, por *proibição* decorrente da própria lei, não se referindo às imposições.

351 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, p. 228.

do legislador (do Código de Seabra, que se referia expressamente às normas preceptivas, ou do Código actual, que as considera como disposições de carácter imperativo), haveria lugar à aplicação da cominação do art. 287.º. No entanto, quanto à preterição de forma, a solução da nulidade decorre directamente do art. 212.º, e, quanto à falta dos pressupostos previstos no Código para o respectivo instituto, parece-nos que a consequência é antes a do não preenchimento do tipo, para cair numa outra figura, tipificada ou não. Ou se preenche, ou se não preenche. Em qualquer caso, não há que aplicar o art. 287.º.

Quanto às normas preceptivas do segundo grupo, e em relação às normas de irresponsabilidade em especial, impõe-se a solução da redução do negócio, considerando-se nula apenas a cláusula derogadora da responsabilidade e fazendo impender sobre a parte responsável a obrigação de indemnizar, na lógica de que a proibição desse tipo de cláusulas é no interesse da parte lesada, e esta em nada beneficiária da nulidade total do negócio por invalidade da cláusula³⁵².

Quanto à exclusão de outras obrigações, se forem essenciais ao tipo, cairemos em princípio no que se disse acima – não se preenche o tipo e existirá um outro tipo de negócio. Se forem essenciais ao fim ou impostas pela boa fé, parece dever aplicar-se por analogia a solução da redução que se tem defendido para as cláusulas de irresponsabilidade nulas. E nem se diga que uma tal solução possa ser atentatória da boa fé ou injusta para a parte que, por virtude da nulidade da cláusula, vê renascidas as obrigações excluídas, pois a redução não é forçosa, estando-lhe sempre assegurada a possibilidade de provar que não teria concluído o negócio sem a parte viciada (art. 285.º)³⁵³.

No que respeita às normas proibitivas, uma boa parte delas prevê no próprio preceito a consequência para a sua violação, que se reconduz ou à nulidade da cláusula, ou à redução *ope legis* da mesma (não se aplicando o regime da redução do art. 285.º). As outras, quando atinentes ao objecto do negócio, como a do art. 686.º (“Não pode ser hipotecada a meação dos bens comuns do casal, nem tão-pouco a quota de herança indivisa”), geram, quando violadas, a nulidade do negócio por ilicitude do objecto nos termos do art. 273.º, n.º 1, e, no caso contrário, como a norma do 636.º, al. a) (que determina que o fiador não pode

352 Cfr. Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Cap. V, § 2.º.

353 O que, aliás, se prevê também no âmbito das cláusulas contratuais gerais (art. 16.º da Lei n.º 17/92/M, de 28 de Setembro), mas aqui apenas aplicável a título subsidiário, numa lógica de maior protecção da parte mais débil, permitindo-lhe derogar o regime da redução, desde que a manutenção do contrato sem a cláusula abusiva não conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé. Ver, sobre a questão, o artigo já citado de Augusto Teixeira Garcia, “A propósito dos controlos de inclusão e de validade das cláusulas contratuais gerais: breves considerações sobre os arts. 10.º, 15.º e 16.º da Lei 17/92/M, de 28 de Setembro”.

invocar o benefício da excussão se a ele houver renunciado ou se tiver assumido a obrigação de principal pagador), parece dever também determinar apenas a nulidade da própria cláusula e não de todo o negócio.

Pelo exposto pretendemos dizer, a concluir, que, tal como tem sido entendimento maioritário da doutrina alemã, o princípio geral do art. 287.º tem uma aplicabilidade limitada no domínio obrigacional, onde, à semelhança do regime expresso no Código Civil italiano, deve prevalecer a solução da substituição da cláusula *contra legem* pela norma derogada, ao abrigo do princípio da manutenção e aproveitamento dos contratos, na medida em que a solução do art. 287.º foi primariamente pensada para os casos de violação de normas preceptivas ou proibitivas de legislação extravagante, designadamente de direito penal ou administrativo.

Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de,
 “Efeito da Confirmação dos Negócios Anuláveis”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. IV, 1978
 “Invalidade dos Negócios Jurídicos”, in *BMJ*, n.º 89
 “Objecto Negocial”, in *BMJ*, n.º 138
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de,
Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Vol. I, Almedina, 1992
Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Vol. II, Almedina, 1992
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II, 2.ª* reimpressão, Livraria Almedina, 1966
- Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, in *The Yale Law Journal*, Vol. 92, n.º 5, 1983
- ASCENSÃO, Oliveira,
Direito Civil – Teoria Geral, Vol. II, Coimbra Editora, 1999
O Direito – Introdução e Teoria Geral, 13.ª edição, Almedina, 2005
- AURELIANO, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Almedina, 2009
- BETTI, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I*, Coimbra Editora, 1969
- BRITO, Mário de, *Código Civil Anotado, Vol. I*, edição do Autor, 1968
- CARVALHO, Jorge Morais, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Almedina, 2016
- COELHO, Pereira, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n.º 1, 1982

COMMISSION, Law, *The Illegality Defence: A Consultative Report*, 2009

CORDEIRO, Menezes,

Da Boa Fé no Direito Civil, 6.^a reimpressão, Almedina, 2015

Direito das Obrigações, 1.^o Vol., AAFDL, 1988

Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral, 4.^a edição reformulada e actualizada, Almedina, 2012

CORREIA, Paula, *Teoria Geral do Facto Jurídico*, apontamentos policopiados, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2011/2012

COSTA, Salvador da, *O Concurso de Credores: Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.^a edição actualizada e ampliada, Almedina, 2009

CRASWELL, Richard, “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”, in *Michigan Law Review*, Vol. 88, n.º 3, 1989

CSERNE, Péter, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, Palgrave Macmillan, 2012

DELGADO, Abel, *Do Contrato-Promessa*, Livraria Petrony, 1978

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de Baptista Machado, 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, e MAZEAUD, Denis, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier European Law Publishers, 2008

FERNANDES, Luís Carvalho, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Quid Juris – Sociedade Editora, 1993

FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, 4.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2013

FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994

GARCIA, Augusto Teixeira,

“A propósito dos controlos de inclusão e de validade das cláusulas contratuais gerais: breves considerações sobre os arts. 10.º, 15.º e 16.º da Lei 17/92/M, de 28 de Setembro”, in *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo VI*, versão portuguesa, Centro de Formação Jurídica e Judiciária

“Do enquadramento do arrendamento: Apontamentos para os alunos”, em vias de publicação no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*

Ghestin, Jacques, Goubeaux, Gilles, e Fabre-Magnan, Muriel, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, 4.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2004

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução portuguesa,

- 4.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003
- GOMES, Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, 2000
- GREEN, Leslie, “Law and Obligations”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, coord. Jules Coleman e Scott Shapiro, Oxford University Press, 2002
- HARE, R. M., *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*, tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1992
- HUSAK, Douglas, “Paternalism”, in Andrei Marmor (coord.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012
- KELSEN, Hans, e KLUG, Ulrich, *Normas Jurídicas y Analisis Logico*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988
- KENNEDY, Duncan, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, in *Maryland Law Review*, Vol. 41, 1982
- KRAUS, Jody, “Philosophy of Contract Law”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, coord. Jules Coleman e Scott Shapiro, Oxford University Press, 2002
- LARENZ, Karl,
Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, tradução chinesa, Law Press China, 2003
Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, tradução chinesa, Law Press China, 2003
- Metodologia da Ciência do Direito*, 4.^a edição, tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005
- LEITÃO, Menezes,
Direito das Obrigações, Vol. I, 6.^a edição, Almedina, 2007
Direito das Obrigações, Vol. II, 6.^a edição, Almedina, 2007
Direito das Obrigações, Vol. III, 6.^a edição, Almedina, 2007
Garantia das Obrigações, 3.^a edição, Almedina, 2012
- LIMA, Pires de, “Empreitada”, in *BMJ*, n.º 145
- LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes,
Código Civil Anotado, Vol. I, reimpressão da 4.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1997
Código Civil Anotado, Vol. II, 3.^a edição revista e actualizada, 1986
- MACHADO, Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1996

MARELLA, Maria Rosaria, “The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe”, in *European Review of Contract Law*, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920

MARIANO, João Cura, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.^a edição revista e aumentada, Almedina, 2015

MARQUES, J. Dias, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a edição, Lisboa, 1994

MARTINEZ, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, 2001

Da Cessação do Contrato, 2.^a edição, Almedina, 2006

MATO, Isabel Andrade de, *O Pacto Comissório, Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006

MCKENDRICK, Ewan, *Contract Law – Text, Cases, and Materials*, 2.^a edição, Oxford University Press, 2005

MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2001

Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 12.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2004

MENDES, Castro, *Introdução ao Estudo do Direito*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, 1994

MONCADA, Cabral de, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4.^a edição revista, Livraria Almedina, 1995

MONTEIRO, Pinto, “Avaliação convencional do dano”, in *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo IX*, versão portuguesa, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013

Cláusula Penal e Indemnização, Almedina, 1990

Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, Separata do volume XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1985

NEVES, Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica* 1, Coimbra Editora, 1993

PINTO, Carlos Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982
Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005

PINTO, Paulo Mota,

- Declaração Tácita e Comportamento Concludente do Negócio*, Almedina, 1995
- Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. I*, Coimbra Editora, 2008
- Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. II*, Coimbra Editora, 2008
- PONTE, Pdero Fuzeta da, e MARTINEZ, Pedro Romano, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a edição, Almedina, 2006
- PRATA, Ana,
Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual, Almedina, 2005
- Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, 2010
- QUENTAL, Miguel, *Manual de Formação de Direito do Trabalho em Macau – Novo Regime das Relações de Trabalho*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, Almedina, 1982
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa,
“Direito dos Contratos e Regulação do Mercado”, in *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007
- O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999
- “Regulations on Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: a comparative analysis”, in *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, Jorge Godinho (Editor), University of Macau e LexisNexis, 2010
- ROPPO, Enzo, *O Contrato*, tradução de Ana Coimbra e Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 1988
- Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, reimpressão da 2.^a edição revista e aumentada, Almedina, 2005
- SCHÜTTE, Béatrice, “The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms”, in Luca Siliquini-Cinelli e Andrew Hutchinson, *The Constitutional Dimension of Contract Law – A Comparative Perspective*, Springer, 2017
- SERRA, Vaz,
“Direito das Obrigações”, in *BMJ*, n.º 101
“Exposição de Motivos”, in *BMJ*, n.º 55
“Resolução do Contrato”, in *BMJ*, n.º 68
- SILVA, Calvão da,
Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Separata do volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de

Coimbra, 1987

Sinal e Contrato-Promessa, 10.^a edição revista e aumentada, Almedina, 2003

SILVA, Germano Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a edição, Universidade Católica, 2015

STONE, Richard, e CUNNINGTON, Ralph, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, Routledge-Cavendish, 2007

TELLES, Galvão,

“Contratos Civis”, in *BMJ*, n.º 83

Direito das Obrigações, 7.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1997

TONG, Io Cheng,

Macau Contract Law – International Encyclopaedia of Law, Kluwer Law International, 2009

O Regime Jurídico do Contrato-Promessa, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004 (versão chinesa)

TOU, Wai Fong, “Princípio da Autonomia Privada”, in *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007

TRIGO, Manuel,

“O Direito Civil de Macau”, in *Perspectivas de Direito*, n.º 2, Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, 1997.

Lições de Direito das Obrigações, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014

URBANO, Miguel, *Breve Nota Justificativa*, CCM, versão portuguesa, 1999

VARELA, Antunes,

Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10.^a edição, Almedina, 2000

Das Obrigações em Geral, Vol. II, 4.^a edição revista e actualizada, Livraria Almedina, 1990

VASCONCELOS, Pedro Pais de,

Contratos Atípicos, 2.^a edição, Almedina, 2009

Teoria Geral do Direito Civil, 5.^a edição, Almedina, 2008

WAGNER, Gerhard, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, in Anthony Ogus e Willem H van Boom (coord.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Hart Publishing, 2011

WELLER, Matthias, “Who Gets the Bribe? – The German Perspective on Civil Law Consequences of Corruption in International Contracts”, in Michael Joachim Bonell e Olaf Meyer, *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Springer, 2015

VIDA DA FACULDADE

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(Janeiro — Junho 2021)



Notícias dos Mestrados e Doutoramentos

Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Ge Junjun	International Commercial Law	Leong Cheng Hang	Establishing a Joint Arbitration Platform Reflection of a Dispute Settlement Mechanism for Arbitration Conflicts Between the Mainland And Hong Kong	05-01-2021
Chang Luxi	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Kong Wa	Study on the Regional Legislative Model of Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area	11-01-2021
Bai Xin	Comparative Civil Law	Fan Jianhong	Research on The Boundary Between Autonomy and Legal Enforcement of Anti-Takeover Clauses in Chinese Listed Companies' Articles From the Perspective of the Investment Service Center V. Hile Biology	21-01-2021

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Shi Yuanyuan	International Commercial Law	Fan Jianhong	Marital Debts in Light of the Chinese Law: Subsidies to Overcome Perceived Difficulties in the Real World	21-01-2021
Kuok Iat Fong	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	Legal Research on the Dismissal System of Public Servants	28-01-2021
Ng Sou Cheng	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	The Study of Supervision Legal System of Association of Macau	30-03-2021
Lo Cheok In	Civil Law And Intellectual Property Law	Iau Teng Pio	Legal Issues of Reconstruction of the “Iao Hon Estate” in Macao	06-05-2021
Lu Ling	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	The Right to be Forgotten of Personal Information	07-05-2021
Kong Seng Hin	Civil Law And Intellectual Property Law	Sou Kin Fong	The “Exception of Contract Non-Performance” Institute of the Civil Code of Macao	11-05-2021
Lou Seng Fai	International Commercial Law	Wei Dan	The Study on the Nature of ICO and its Systematization Under Chinese Law	11-05-2021
Lam Ka Iao	Civil Law And Intellectual Property Law	Ng Kei Kei	Challenges for Recovery of Macau Credit for Gaming in Mainland China	11-05-2021
Lei Ka Lam	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	The Legal Protection Conferred to Personal Financial Information and the Hidden Dangers in Macau	12-05-2021

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Chen Xinda	International Business Law	Leong Cheng Hang	The Enlightenment of GDPR And The “ EU-U.S. Privacy Shield “ on the Personal Data Protection Legislation in Mainland China	12-05-2021
Jiang Lei	Civil Law And Intellectual Property Law	Ho Heng Man	The Compulsory License of Patent in Chinese Law and Enlightenment to Macao	12-05-2021
He Nan	International Business Law	Zhai Xiaobo	Nonexistence of the Claim-Right to do Wrong	13-05-2021
Chong Weng I	International Business Law	Leong Cheng Hang	Research on Transparency of International Investment Arbitration	14-05-2021
Li Rui	International Business Law	Leong Cheng Hang	The Research on the System of Fundamental Breach of CISG	14-05-2021
Lok Iat Fai	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Lok Wai Kin	Legal Research on “Basic Law of Macau S.A.R. , Legislation Law and Administrative Regulation”	17-05-2021
Song Wei	Civil Law And Intellectual Property Law	Ho Heng Man	Research on the Judicial Supervision System of Macao Arbitration	17-05-2021
Liang Chi Iao	International Business Law	Leong Cheng Hang	The Enlightenment of “Singapore Mediation Convention” to Macao International Commercial Mediation	17-05-2021
Wu I Teng	Civil Law And Intellectual Property Law	Jiang Chaoyang	Preliminary Investigation of the Civil Liability Regime For Carriers And Air Operators in Macau	18-05-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Deng Qi	International Business Law	Ho Heng Man	On the Connection Between the Singapore Convention on Mediation and China's Mediation System from the Perspective of Enforcement of Settlement Agreement	18-05-2021
Leong Ioi Kei	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Kong Wa	The Enlightenment of the Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region to Macau	18-05-2021
Che Cam Hong	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Kong Wa	Improvement on the Establishment of the Hong Kong Special Administrative Region of Safeguarding the National Security System – Discussion on the Legislative Background and Basis of the “The Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in The Hong Kong Special Administrative Region”	18-05-2021
Tang Chan Wai	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	Discussion on the Suspension of Administrative Action's Effect in Macau	18-05-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Chao Man Kit	Comparative Criminal Law	Zhao Guoqiang	Research on the Conflict of Criminal Jurisdiction Between the Three Law Systems-from the Perspective of Problem of the Surrender of Fugitive Offenders in the China, Hong Kong and Macau	18-05-2021
Lei Weng Teng	Comparative Civil Law	Leong Cheng Hang	The Enforceability of Gambling Debts Arisen from Credit for Gaming in Macau	18-05-2021
Leong Ioi Tong	Comparative Criminal Law	Wang Chao	Analysis Macau Criminal Code the Environmental Pollution Crime	18-05-2021
Deng Qianyi	Civil Law And Intellectual Property Law	Ho Heng Man	Research on Network Video Copyright Protection Under Intellectual Property Law	20-05-2021
Paulo Leong	Comparative Criminal Law	Li Zhe	Research on the Protection of Victims Under the Half-Public Crime System	21-05-2021
Iong I Teng	Comparative Criminal Law	Li Zhe	Discussion on Introducing A New Criminal Mandatory Measure to Macau - Residential Surveillance	21-05-2021
Chen Kun	Comparative Criminal Law	Li Zhe	Study on Criminal Law Regulation of Refusing to Execute Judgments or Orders	21-05-2021
Wang Rongrong	International Business Law	Fan Jianhong	Research on Transparency of International Investment Arbitration	21-05-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Yu Shangqing	International Business Law	Fan Jianhong	The Construction, Predicament and Improvement of the Bankruptcy Setoff Right Under the Context of China Law — Discussion Based on Article 40 of the Bankruptcy Law	21-05-2021
Zhang Tianyu	International Business Law	Fan Jianhong	Exploration and Construction of Pre-Reorganization in China	21-05-2021
Pan Wang	International Business Law	Fan Jianhong	Research on The Exemption Situation of Article 79 of The “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”	21-05-2021
He Wenjing	International Business Law	Fan Jianhong	Identification of Precontracts and Liability for Breach of Contract in Mainland China	21-05-2021
Huang Xiaofeng	Civil Law And Intellectual Property Law	Fan Jianhong	Research on the Legal Attribute and Validity of Blockchain Smart Contract	24-05-2021
Guo Jianing	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	The Right of Habitation in Civil Code of People’s Republic of China	24-05-2021
Yu Hui	International Business Law	Fan Jianhong	Comments on Deficiency and Improvement of the Right of Habitation and It’s System	24-05-2021
Gao Xueqi	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	On The Perfection of the Remedy Way of Company Deadlock	24-05-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Lou Yun	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	Reflection on the “Right of Habitation” System	24-05-2021
Ho Chon Un	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Internet Gambling Crime Situation and Legal System Discussion in Macau	25-05-2021
Li Jianqi	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Comparative Study on the Right of Appeal for Defendants in the Plea-Bargained Leniency System	25-05-2021
Chen Xiaoxin	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	On the Exclusion of Repeated Confession in the Exclusionary Rule of Illegal Evidence	25-05-2021
Chen Chen	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Research on the Protection of Privacy in the Current Mainland’s Electronic Data Collection: Taking Criminal Procedure Investigation as an Example	25-05-2021
Zhu Xinyi	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	The Feasibility of Documentary Trial for Speedy Trial Procedure in China: Takes Extraterritorial Penalty Order Procedure as a Reference	25-05-2021
Chan Hio Wai	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	An Empirical Study on the Application of the Rule of Exclusionary of Illegal Evidence in Acquittal Judgment—Taking the Acquittal Judgment of China From 2000 to 2020 as a Sample	25-05-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Tong Wai Kit	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	The Possibility of Macau Jury Trial	25-05-2021
Zhong Ling	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Kong Wa	Study on the Legal System of Population Management in the Greater Bay Area of Guangdong, Hong Kong and Macao— From The Perspective of the Conflict Between the Resident Status of Hong Kong and Macao and the Resident Status of Mainland China	25-05-2021
He Zhiquan	International Business Law	Du Li	Analysis on the Legal Issues of Encrypted Digital Currency	26-05-2021
Lei Ruirui	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	Legal Research on Stem Cell Therapy- Stem Cell Therapy for Diabetes in China as an Example	26-05-2021
He Yulin	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	Personal Information Protection Mode— China's Choice in the Big Data Era	26-05-2021
Lu Bingchen	International Business Law	Wei Dan	Risk Transfer Rules of Goods Sold in Transit in Cisg and Its Application in International Goods Sale	26-05-2021
Dai Zhicheng	International Business Law	Du Li	Research on the Trial Thinking of Trademark Infringement Cases Involving Foreign-Related OEM Based on Relevant Cases from 2019 to 2021	26-05-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Kou Lai San	Macau Law and Practice	Sou Kin Fong	A Study of the Conflict Between Public Interest and Private Interest in Urban Renewal	26-05-2021
Li Yuxiao	International Business Law	Du Li	Legal Regulations on The Cross-Border Flow of Personal Data in the Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area: From the Perspective of the Principle of Adequate Protection	26-05-2021
Yang Siqi	International Business Law	Wei Dan	Research on Legal Countermeasure of Digital Currency Risk Prevention	26-05-2021
Liang Xiao	Civil Law And Intellectual Property Law	Shui Bing	Registrability of Generic Name Trademark	27-05-2021
Song Jiahao	International Commercial Law	Leong Cheng Hang	The Class Action Framework in Force in China's Securities Market: Insights From A Comparative Law Standpoint	27-05-2021
Zhang Piaoyu	Comparative Civil Law	Ho Heng Man	Research on the Private Law Protection Mode of Enterprise Data Rights	02-06-2021
Wang Wenting	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	Study on the Role of The Enactment and Implementation of the National Security Law in Hong Kong and Macau in Maintaining Political Security	03-06-2021
Gou Jianying	Comparative Civil Law	Tong Io Cheng	On The Protection of Possession—Comments on Art. 462 of the Civil Code of China	08-06-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zou Chenxu	Comparative Civil Law	Shui Bing	Research on the Legal Status of Surrogate Children	10-06-2021
Chao Kueng Chio	Comparative Criminal Law	Chin Chio Keong	Research on Some Problems of Telecom Fraud Crime	17-06-2021

Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Ieong Sio Lan	Ciências Jurídicas	Augusto Teixeira Garcia	O direito da exclusão dos sócios nas sociedades comerciais	18-02-2021
Wang Huating	Ciências Jurídicas	Augusto Teixeira Garcia	A Responsabilidade Civil dos Administradores de Facto nas Sociedades Anónimas	25-02-2021
Wong Ka Meng	Ciências Jurídicas	Vera Lúcia Raposo	Direitos reprodutivos das mulheres	10-05-2021
Katia Da Costa D'assunção Dos Ramos	Ciências Jurídicas	Vera Lúcia Raposo	O Consentimento dos Pacientes para Intervenção e Tratamento Médico-cirúrgico: Responsabilidade Criminal Médica no Ordenamento Jurídico São-tomense	10-05-2021
Ofélia Manuel Coutinho	Ciências Jurídicas	Teresa Robalo	Rapto Parental Internacional e o superior interesse da criança, no contexto de pais separados ou divorciados	24-05-2021



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Helena Gertrudes Lopes Vera Cruz	Ciências Jurídicas	João Loreto Ilhão Moreira	A resolução de Litígios no Modelo de Contrato de Partilha de Produção Petrolífera São-Tomense	28-05-2021
Ivan Dario Mause	Ciências Jurídicas	João Loreto Ilhão Moreira	Da intervenção dos tribunais judiciais na arbitragem em matéria cautelar, sentenças e recursos na ordem jurídica moçambicana	28-05-2021
Chan Chong In	Ciências Jurídicas	Manuel Trigo	Sub-rogação ex lege na posição contratual do locador e os remédios para o adquirente do bem	31-05-2021
Chu Kuan Pou	Ciências Jurídicas	Vera Lúcia Raposo	O Ónus da Prova de Culpa na Actividade Médica: O Sistema Fundado em Culpa e O Sistema NO-FAULT –UMA Abordagem crítica à luz dos Interesses dos Pacientes e dos Profissionais de Saúde	31-05-2021

Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito Internacional dos Negócios



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Niu Yuxiang	Wei Dan	Legal Supervision and Regulation in China Concerning Foreign Investment By Virtue of Offshore Companies	23-02-2021



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Xu Haoran	Vera Lúcia Raposo	Research on the Determination and Recognition of Legal Parentage in Transnational Surrogacy	08-03-2021
Wong Si Hon	Rostam Neuwirth	When Video Gaming Meets Gambling: Where is the Boundary? The Legal Status of Loot Box and the Need for Regulation in a Global Context	11-03-2021
Wong Chou Ian	Alexandr Svetlicinii	Regulation and Money Laundering Challenges in Mobile Payments. A Comparative Study Between Macau and Hong Kong	18-03-2021
Lam Chi San	Vera Lúcia Raposo	The Impact of Mutual Legal Assistance (MLA) on Cross Border Economic Crime in Macao	10-05-2021
Lai Zhizhong	Vera Lúcia Raposo	The Impact of Food Safety on Consumer Health In International Trade: From the Perspective of Consumer Law	11-05-2021
Lin Chi Nga	Muruga Perumal Ramaswamy	The Feasibility of Using Arbitration to Resolve Domestic Tax Disputes in the Macau SAR	11-05-2021
Yu Huici	Muruga Perumal Ramaswamy	Research on Taking Evidence Abroad in International Commercial Arbitration	11-05-2021
Wang Yuening	Du Li	Research on the Intellectual Property of Vaccines and International Public Health	11-05-2021
Ng Teng Fong	Muruga Perumal Ramaswamy	Sustainable Development of Music Law: From the Perspective of Macau Law	11-05-2021
Laila Cremildo Mondlane	Alexandr Svetlicinii	Big Data and Market Power: The Data Sharing Remedy	11-05-2021
Yang Xiqi	Rostam. Neuwirth	The Compliance Risks of Chinese Enterprises Arising from U.S. Economic Sanctions	11-05-2021
Wei Ziyue	Du Li	Research on Drug Patent Term Extension System	11-05-2021



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Lucia Paulo Mandlate	Muruga Perumal Ramaswamy	The Crisis of the Investor State Dispute Settlement (ISDS): A Comparative and Critical Study of the Multilateral Investment Court Proposed By the European Union and the Position of Africa and China in The Reform Process	11-05-2021
Hong Chi Ieng	Tu Guangjian	Piercing the Corporate Veil: An Exception Against the Doctrine of Separate Legal Personality, and Its Application in International Business Law	14-05-2021
Sun Yifan	Alexandr Svetlicinii	Study on Corporate Governance of Chinese State-Owned Enterprises: In The Context of Reform Since 2013	14-05-2021
Niu Jiaxin	Iau Teng Pio	Taxation of Casino Games of Chance in Macau	14-05-2021
Jia Siying	Muruga Perumal Ramaswamy	Enhancing Protection of Indigenous Peoples' Human Rights in The Context of Host State's Obligations and International Investment Arbitration	18-05-2021
Chan Ho Ieng	Rostam Neuwirth	A Legal Analysis of Proxy Betting – Interactions Between China, Macau and the Philippines	20-05-2021
Yu Yue	Wei Dan	A New Resolution to Solve the Commercial Dispute Under the Belt and Road – Combination of the Mediation and Arbitration	24-05-2021
Li Jing	Wei Dan	Role of Foreign Investment Law in the Investment Legal System in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area	25-05-2021



Curso de Mestrado em SCIENCE em Língua Inglesa — DATA SCIENCE



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Li Wanshan	João Loreto Ilhão Moreira	Artificial Intelligence as a Tool to Enhance Consumer Protection in China	20-05-2021
Long Long	Muruga Perumal Ramaswamy	Legal Research Surrounding the Application of Blockchain Technology in Smart Manufacturing in China	20-05-2021
Niu Yunlu	Muruga Perumal Ramaswamy	Regulating Blockchain Technology in Fintech Market of China: The Role of Legal Supervision and Regchain	18-06-2021
Wang Zhe	Hsiao I-Hsuan	The Need for Legislation on the Development of Big Data Transactions in China	25-06-2021

Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito da União Europeia



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Shen Siqin	Paulo Canelas de Castro	The European Union and Human Rights: The Development of a Legal Field	28-05-2021
Xu Tianjun	Paulo Canelas de Castro	The Power of the European Union in Enforcing the Principle of Judicial Independence	28-05-2021



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito Internacional e Direito Comparado



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Elton John Baptista Rocha	Muruga Perumal Ramaswamy	The Development of Legal Regulation on the Use of Artificial Intelligence in E-Commerce: Regulatory Needs and Approaches in Lusophone African Countries	07-06-2021

Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito da União Europeia, Direito Internacional e Direito Comparado



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Miao Lu	Paulo Canelas de Castro	Study on Balance Horizontal Obligations of Article 7 and 8 of the Charter with Fundamental Rights	28-05-2021
Gan Yiting	Muruga Perumal Ramaswamy	A Study on the Protection of The Rights of Women in the Convention on Violence and Harassment with a Specific Focus on Protection Against Workplace Sexual	28-05-2021
Xie Ying	Muruga Perumal Ramaswamy	A Study on the Balance Between Animal Welfare and Free Trade Under the WTO Framework	28-05-2021



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Jiawei	Muruga Perumal Ramaswamy	Research on Legal Issues in Fishing Rights Disputes of Northeast Asia	28-05-2021
Zhu Yigang	Paulo Canelas de Castro	Compatibility of a Digital Service Tax in Europe with Fundamental Freedoms: Implications from the Tesco and Vodafone Cases	28-05-2021

Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa - Tradução Jurídica



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Fan Choi Hong	Ng Kei Kei	The Influence of Ancient and Modern Chinese and Foreign Legal Terms on Legal Translation in Macao	20-05-2021
Lam Ka Man	Sou Kin Fong	Personal Data Protection in Big Data Applications: From General Data Protection Regulation (EU) to Macau Personal Data Protection Act	26-05-2021
Lao Ka Ut	Leong Cheng Hang	An Essay About the Marital Debts to be Borne by the Spouses Against the Background of Macau Civil Code of 1999	15-06-2021



Curso de Doutorado em Língua Chinesa



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Lai Kuan Ju	Wang Chao	Local Norms and Macao's Regulatory System on Election: A Selective Adaptation Perspective	22-01-2021
Chen Xueer	Wang Chao	The Study of Online Arbitration Supervision and Assistance Mechanism	22-01-2021
Wong Weng Kuok	Lok Wai Kin	Issue of Legitimacy of Judicial Review: A Genetic Perspective	29-01-2021
Yu Ze'	Tu Guangjian	The Taking And Legalizing of Extraterritorial Evidence in Cross-Boarder Civil and Commercial Adjudications in Mainland China	19-03-2021
Guo Yinghua	Tu Guangjian	On Law Applicable to Cross-Border Individual Employment Contract in PRC	22-03-2021
Gao Bin	Shui Bing	Research on Legal Regulation of Privacy Infringement by We-Media	13-05-2021
Yang Manman	Shui Bing	Research on Loss of Chance Doctrine in Medical Dispute	13-05-2021

Curso de Doutorado em Língua Inglesa



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Tang Yanyan	Wei Dan	Regulating Investor Protection Under Brazilian Domestic Law: A Chinese Investor's Perspective Focusing on Corporate Governance, Securities Market Supervision, Law Enforcement and Legal Remedy	18-01-2021



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Hugo Miguel da Luz dos Santos	Wang Chao	Towards A New Four-Tiered Model of Mediation (Against the Background of A Narrative of Social Sub-Systems in Constant Cross-Fertilization)	09-04-2021
Ina Virtosu	Alexandr Svetlicinii	The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Law: The Case of Misuse of Patent Rights in The European Union Pharmaceutical Sector	24-05-2021



ACTIVIDADES DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS



Publicações

Boletim

- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º 40, em Língua Chinesa
- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º 42, em Língua Chinesa
- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º 44, em Língua Portuguesa
- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º 46, em Língua Portuguesa

Clássicos de Direito Português traduzidos para Língua Chinesa

- Das Obrigações em Geral, Volume I
 債法總論 (第一卷)
 Autor: João de Matos Antunes Varela
 作者: 若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉
 Tradução de Tong Io Cheng
 中文譯者: 唐曉晴
 Publicado em 2020
 2020年出版
 Editora: Social Sciences Academic Press (China)
 社會科學文獻出版社
 Das Obrigações em Geral, Volume I, 10.^a Edição, Livraria Almedina,
 Coimbra, 2000
- Das Obrigações em Geral, Volume II
 債法總論 (第二卷)
 Autor: João de Matos Antunes Varela
 作者: 若昂·德·馬圖斯·安圖內斯·瓦雷拉
 Tradução de Ma Zhe, Chan Kam Tim, Ng Kei Kei e Tong Io Cheng
 中文譯者: 馬哲 / 陳淦添 / 吳奇琦 / 唐曉晴
 Publicado em 2020



2020年出版

Editora: Social Sciences Academic Press (China)

社會科學文獻出版社

Das Obrigações em Geral, Volume II, reimpressão da 7.^a Edição,
Livraria Almedina, Coimbra, 2003

- Lições de Direito Internacional Público

國際公法

Autor: Albino de Azevedo Soares

作者：歐天奴·蘇亞雷斯

Tradução de Fong Man Chong

中文譯者：馮文莊

Publicado em 2020

2020年出版

Editora: Faculdade de Direito da Universidade de Macau

澳門大學法學院

*Lições de Direito Internacional Público, 4.^a Edição, Reimpressão,
Coimbra Editora, 1996*



ACTIVIDADES DO INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS AVANÇADOS



- 15/01/2021 Seminar: Research and Commercialization of Synthetic Biotechnology: Opportunities and Legal Challenges, Prof. Li Du
- 19/01/2021 Seminar: Arbitrators Vis-à-vis Other Professions: A Sociology of Professions' Account of International Commercial Arbitrators, Prof. João Loreto Ilhão Moreira
- 22/01/2021 Jean Monnet Seminar: The EU's early agenda in 2021 under the Portuguese presidency, Prof. Paulo Canelas de Castro, Prof. Sten Verhoeven
- 25/01/2021 Jean Monnet Seminar: China-EU comprehensive agreement on investment: preliminary thoughts, Prof. Paulo Canelas de Castro, Prof. Sten Verhoeven
- 05/02/2021 Seminar: Legal Synaesthesia: On Law and the Senses, Prof. Rostam Joseph Neuwirth
- 26/02/2021 Seminar: How is a Right Without a Sense of Good and Just Possible? Prof. Tong Io Cheng
- 30/03/2021 Seminar: Chinese State Owned Enterprises and EU Merger Control, Prof. Alexandr Svetlicinii
- 21/04/2021 Seminar: Heidegger and Human Rights to "Good Death", Prof. Wang Qingjie
- 29/04/2021 Seminar: Criminalization of General Duty to Rescue, Prof. Fang Quan

- 07/05/2021 Seminar: Window Dressing Matters: Text Mining the Role of Constitutional Citation in China's Civil Litigations, Prof. Shui Bing
- 10/05/2021 Jean Monnet Webinar: Europe Day 2021 European Union Law in The Global Context
- 17/06/2021 Seminar: The People's "Greatest Misfortune" and "Only Chance": Bentham on the Separation of Powers, Prof. Zhai Xiaobo

PUBLICAÇÕES

- Macau Law Review, Number 45

