

# 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-promessa<sup>1</sup>, 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 matéria<sup>2</sup>, 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 contexto<sup>3</sup>.

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*<sup>4</sup>, começando por se destacar, precisamente, *as mudanças efectuadas no regime do contrato-promessa e na protecção dos direitos do credor*<sup>5</sup>.

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)]<sup>6</sup>, 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)<sup>7</sup> 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*<sup>8</sup>, 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 contrário<sup>9</sup>, 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 dele<sup>10</sup>, 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*<sup>11</sup>.

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 indemnizável<sup>12</sup>.

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*<sup>13</sup>, 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.<sup>a</sup> Edição, 2000, pp. 335 e ss, e II, 7.<sup>a</sup> Edição, 2006, pp. 139 e ss (edições que se estarão a citar salvo indicação diversa), ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.<sup>a</sup> Edição, 2000, pp. 427 e ss e pp. 784 e ss, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 2020 (7.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 houver<sup>14</sup>.

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 coisa<sup>15</sup>, 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 contrato<sup>16</sup>.

Pese embora as afinidades, deve distinguir-se quer da *indenização pelo valor da coisa*, se admissível<sup>17</sup>, 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 culposo, 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 doutrinal<sup>18</sup>, 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 Macau<sup>19</sup>.

---

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)<sup>20</sup> 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 imputável<sup>21</sup>, 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 errónea 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 CCP<sup>22</sup>, 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 coisa<sup>23</sup>.

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)]<sup>24</sup>;

(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 CCP<sup>25</sup>);

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 partes<sup>26</sup>;

(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)]<sup>27</sup>;

---

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*<sup>28</sup>, 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)]<sup>29</sup>;

---

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 predeterminado<sup>30</sup>. 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-promessa<sup>31</sup>, 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)<sup>32</sup>;

(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*<sup>33</sup>, compreendendo o pedido subsidiário implícito de indemnização pelo sinal ou pelo dobro deste (n.º 4 do art. 436.º)<sup>34</sup>;

(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 ressalvar 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)]*<sup>35</sup>;

(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)<sup>36</sup>, 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 liquidação<sup>37</sup>;

---

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*<sup>38</sup>, 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)<sup>39</sup>.

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)<sup>40</sup>.

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 reputação<sup>41</sup>.

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 despende 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 lei<sup>42</sup>. 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 coisa<sup>43</sup>.

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 indemnização<sup>44</sup>.

*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.”<sup>45</sup>.

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 equitativa<sup>46</sup>.

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 excedente<sup>47</sup>, tendo sido preterida a alternativa do aumento equitativo<sup>48</sup> em favor da indemnização do dano excedente<sup>49</sup>. 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 1966<sup>50</sup>.

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 lei<sup>51</sup>.

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 exclui 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)*<sup>52</sup>, 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 normas<sup>53</sup>.

---

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*<sup>54</sup>, 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 ressarcibilidade<sup>55</sup>.

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*<sup>56</sup>.

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 sentido<sup>57</sup>, 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*<sup>58</sup>, 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 2011<sup>59</sup>.

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 recorrido<sup>60</sup>, 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.”<sup>61</sup>.

---

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*<sup>62</sup> nem é o *aumento do valor da coisa*<sup>63</sup>, 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*”<sup>64</sup>.

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 expedito, 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 excedente<sup>65</sup>, 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 excedente<sup>66</sup>.

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 anteriormente<sup>67</sup>, 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 sinal<sup>68</sup>. 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 credores<sup>69</sup>.

### **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*<sup>70</sup>, 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*<sup>71</sup>. 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.

Começamos 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.<sup>a</sup> 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.<sup>o</sup> Ré E da instância, por ilegitimidade passiva e julgou improcedente a acção, absolvendo a 1.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>o</sup>) 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.<sup>a</sup> 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.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4 e 560.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 5, do Código Civil, já que valor da fracção a considerar para o dano excedente deve ser, não a data do incumprimento da 1.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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<sup>72</sup>.

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 anteriormente<sup>73</sup>.

---

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 (...<sup>74</sup>).

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.