

A LIBERDADE CONTRATUAL E AS NORMAS IMPERATIVAS*

Júlio Miguel dos Anjos

Docente a Tempo Parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Num contexto em que é inteiramente pacífico afirmar-se que o princípio da liberdade contratual vigora amplamente no direito dos contratos, cumpre saber qual é essa amplitude em concreto e descortinar ou estabelecer critérios que permitam delimitar o campo de actuação dessa liberdade através de uma disciplina dispositiva ou mesmo na ausência de regulamentação, em contraposição com o campo reservado das normas imperativas, onde a autonomia privada das partes sofre fortes restrições.

A questão da imperatividade ou dispositividade das normas do direito das obrigações continua a ser um problema em aberto na literatura jurídica existente, sempre se apelando à “interpretação casuística” de cada norma em cada caso concreto. Julga-se, no entanto, ser do interesse do comércio jurídico haver maior certeza e segurança jurídica quanto à validade das cláusulas contratuais que vão proliferando num contexto de crescente sensibilidade jurídica e acessibilidade ao direito.

Não tendo o legislador adoptado técnicas legísticas consistentes em todo o

* O presente artigo corresponde, com alterações editoriais, à dissertação de mestrado apresentada em Novembro de 2017 para a obtenção do grau de mestre em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau, sob a orientação do Professor Augusto Teixeira Garcia.

Livro das Obrigações do Código Civil, mesmo assim é possível deduzir tendências de imperatividade a partir do tipo e função das normas, do uso de expressões *per se* concludentes, dos princípios gerais e da essencialidade das normas face ao instituto jurídico em que se inserem.

A aposição de cláusulas contrárias a normas imperativas do direito dos contratos não deve conduzir à nulidade total do respectivo negócio jurídico como regra, mas apenas da própria cláusula *contra legem*.

Palavras-chave: autonomia privada; liberdade contratual; boa fé; normas imperativas; normas dispositivas; Código Civil; direito das obrigações; cláusulas contratuais.

Capítulo I Introdução

1. O problema. Crescente interesse e importância do estudo da questão – uma possível mudança de paradigma

Muito se tem escrito sobre a liberdade contratual. Pouco se tem escrito sobre a imperatividade das normas jurídicas no direito dos contratos¹⁻².

O Código Civil de Macau³ contém uma norma importante no seu art. 287.º, segundo a qual “Os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”, mas o legislador não curou de determinar quais e o que sejam essas disposições de

1 Sobre o direito dos contratos no ordenamento jurídico de Macau, ver, em geral, Tong Io Cheng, *Macau Contract Law – International Encyclopaedia of Law*, Kluwer Law International, 2009; e Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*. Sobre o direito civil de Macau em geral, ver Manuel Trigo, “O Direito Civil de Macau”.

2 Neste sentido, Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 12: “Analyses of mandatory rules in contract law are rare, if they exist at all”, que de seguida se refere autonomamente ao (escasso) tratamento doutrinal das normas imperativas (e dispositivas) no direito anglo-saxónico e no direito de matriz romano-germânica.

3 Todas as referências a preceitos sem indicação da respectiva proveniência reportam-se ao Código Civil de Macau em vigor.

carácter imperativo, fazendo apenas referência a semelhante imperatividade em três outros tantos preceitos do Código⁴. Cabe, pois, à doutrina desvendar o mistério.

A prática do comércio jurídico tem mostrado que, mais do que sempre, e de forma cada vez mais intensiva, o fenómeno do contrato tem vindo a transitar do paradigma da estipulação lacunosa – de forma deliberada ou não – para um modelo de previsão tendencialmente exaustiva, nem que seja com recurso a cláusulas mais ou menos uniformes retiradas facilmente das plataformas cibernéticas com a globalização informática. De forma igualmente inédita, tanto o número de licenciados e de profissionais em direito como a sensibilidade jurídica das pessoas na defesa dos seus direitos vêm atingindo níveis cada vez mais altos, o que tem permitido um maior acesso à consultadoria jurídica no processo de negociação e formação dos contratos. É assim que se impõe estudar a validade das cláusulas contratuais que vão proliferando neste contexto de crescente sensibilidade jurídica e acessibilidade ao direito, quando durante a maior parte do tempo a doutrina se preocupava antes com a determinação do conteúdo dos contratos na falta de estipulação das partes⁵.

Na literatura jurídica existente, a questão parece manter-se ainda muito em aberto, estando altamente difundida a ideia de que a imperatividade das normas resulta necessariamente de um processo de interpretação casuística. Não desmentindo a propriedade de tal asserção, cumprirá no entanto indagar sobre a possibilidade de se deduzir do conjunto normativo tendências mais ou menos consistentes para a determinação da natureza imperativa ou dispositiva das normas jurídicas.

2. Delimitação do âmbito

Neste contexto, o presente artigo visa enunciar, com um acento crítico, os critérios⁶ que têm vindo a ser propostos para a qualificação das normas em

4 Cfr. arts. 21.º (sobre as normas de aplicação imediata no âmbito do conflito de leis), 1013.º, n.º 3 (que se refere expressamente à imperatividade das normas sobre a resolução, a caducidade, a revogação unilateral e a denúncia no âmbito da cessação do contrato de locação), e 1922.º (sobre a não imperatividade de algumas das normas relativas à administração da herança no direito das sucessões). Referimo-nos tão-apesar às menções expressas com emprego do termo *imperativo* tal como o legislador o fez no princípio estabelecido no referido art. 287.º.

5 Cfr. o artigo altamente influenciador, no direito anglo-saxónico, de Richard Craswell, “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”, pp. 489-529, e Jody Kraus, “Philosophy of Contract Law”, pp. 687-750; e, no direito português, Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente do Negócio*.

6 No plural, porque as diferentes razões e circunstâncias que levam a que uma norma seja imperativa não são reconduzíveis a um só princípio ou critério. Também neste sentido, Anthony Kronman,

imperativas ou dispositivas, procurando depois fazer um esforço de identificá-las, de forma individualizada mas sistemática, em determinados blocos normativos do Livro das Obrigações do Código Civil de Macau (doravante, CCM), onde a liberdade contratual encontra aplicação na sua máxima extensão⁷. Não nos referiremos, pela sua natureza tipicamente não-contratual, a institutos como a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa, os negócios unilaterais, a impugnação pauliana, a compensação, o direito de retenção⁸ ou a responsabilidade civil extracontratual⁹, ainda que teoricamente se possa conceber a hipótese de haver estipulação contratual que de antemão procure afastar a sua aplicação ou modificar o seu regime, e que, de resto, acontece amiúde na prática. Com efeito, estão fora do âmbito da autonomia privada os domínios “em que cabe ao direito civil uma função de protecção ou defesa dos direitos constituídos ao abrigo da sua função modeladora” da vida social, como seja a responsabilidade civil ou, mais genericamente, a garantia da relação de direito civil, pois, tratando-se de deveres com carácter sancionatório e de uma “implicação do carácter jurídico da relação violada”, não depende da vontade do infractor sujeitar-se ou não, neste exemplo, à obrigação de indemnizar¹⁰.

Capítulo II

A liberdade contratual. Breve referência de interesse para o estudo

Não é nosso objectivo tecer particulares considerações sobre a liberdade contratual, mas apenas focar a atenção nos seus limites, ou melhor, num desses limites, o das normas imperativas. A referência à liberdade contratual no título do presente artigo apenas tem por função e objectivo delimitar o âmbito deste

“Paternalism and the Law of Contracts”, p. 797.

7 Ver, por todos, Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 117 e ss; Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 42; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I*, p. 954; e Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, § 32.

8 Em todo o caso, o direito de retenção é conferido por norma imperativa. Cfr. Ac. do TUI n.º 41/2008, de 5 de Dezembro de 2008.

9 Sobre a exclusão ou limitação da responsabilidade, contratual ou extracontratual, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*; e Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*; e, no direito anglo-saxónico, Richard Stone e Ralph Cunningham, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, pp. 454-549; e Ewan McKendrick, *Contract Law – Text, Cases, and Materials*, pp. 443-501.

10 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 104.

estudo às normas que surgem como imperativas no domínio do direito civil em que por excelência vigora o princípio da liberdade contratual, que é o Direito das Obrigações, como já referido.

3. A autonomia privada. Breve caracterização

A liberdade contratual integra-se no mais amplo princípio da autonomia privada, que, não tendo assento directo na Lei Básica de Macau, encontra alguma guarida no conjunto dos valores da liberdade, igualdade e propriedade privada tutelados nos arts. 4.º a 7.º da LB¹¹, radicando na dignidade da pessoa humana e na liberdade pessoa (arts. 30.º e 28.º da LB) e desenvolvendo-se na liberdade de escolha de profissão e emprego, na liberdade de empresa e na liberdade de transmissão da propriedade privada entre vivos e por morte (arts. 35.º, 114.º e 103.º da LB)¹².

A autonomia privada constitui reconhecidamente um dos princípios estruturantes do direito português e, por extensão até 19 de Dezembro de 1999 e manutenção a partir de 20 de Dezembro de 1999¹³, também do direito da Região Administrativa Especial de Macau, e é o princípio segundo o qual os sujeitos estabelecem relações jurídicas entre si de acordo com a sua livre vontade¹⁴, ou o reconhecimento jurídico da possibilidade de produção ou extinção de efeitos jurídicos de acordo com a vontade dos particulares¹⁵, e visa a *realização pessoal* através da atribuição de um poder jurídico ou uma liberdade juridicamente protegida de autodeterminação. Compreende, por um lado, a possibilidade de livre conformação de relações jurídicas através da celebração de negócios jurídicos, e, por outro, o poder de livre exercício de direitos¹⁶.

Entre os méritos e deméritos da autonomia privada tem-se apontado, do lado positivo, que as regras da experiência mostram que a autodeterminação é

11 Neste sentido, Tou Wai Fong, “Princípio da Autonomia Privada”, p. 390.

12 Cfr. Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, pp. 90-91.

13 Cfr. arts. 5.º e 8.º da LB e art. 2.º, n.º 4, da Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a Questão de Macau, sobre a manutenção do sistema social e económico e da maneira de viver e a tendencial continuidade do sistema jurídico.

14 Flume, *apud* Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 174.

15 Bydlinski, *apud* Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 174.

16 É esta uma noção ampla de autonomia privada, segundo Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 103. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 21, por exemplo, sufraga uma acepção restrita, colocando de parte a segunda faculdade apontada, do exercício de direitos subjectivos, por entender que a noção ampla se confunde com a ideia genérica de liberdade.

um meio altamente eficiente de regulação económica, mais do que a intervenção estadual, e que, do lado negativo, a atribuição deste poder às pessoas superiores às outras apenas contribui para vincar as discrepâncias sociais, sendo insusceptível de se alcançar a justiça social através da autonomia privada¹⁷. Com efeito, é frequente dizer-se que a autonomia privada, ao fundar e legitimar a possibilidade de imposição unilateral de cláusulas mais favoráveis à parte com maior poder de negociação e, como tal, derrogar a solução intermédia do legislador, surge em duas vestes – como “meio de superação dos inevitáveis desajustamentos legislativos e de adequação das relações, ao evoluir da praxe sócio-económica”, sendo assim um *veículo de progresso*, e como possível *instrumento de opressão* e de injustiça substancial¹⁸. É assim que se impõe ao Estado limitar o exercício da autonomia privada, numa tarefa deveras delicada, cujas soluções carregam “um pesado ónus de legitimação, nunca inteiramente satisfeito, nunca inteiramente cumprido sem que fique o travo amargo de uma perda não compensada”, e que dependerão de decisões de política legislativa, condicionadas por factores históricos e por razões circunstanciais, por opções a nível da constituição político-económica e pelos mutáveis objectivos que o poder público pretenda atingir a dado momento espaço-temporal, não havendo assim uma fórmula única que sirva de critério¹⁹.

4. A liberdade contratual. O problema do alcance da liberdade de estipulação em especial

Enquanto a principal manifestação da autonomia privada²⁰, a liberdade contratual²¹ pode ser definida como a possibilidade conferida pela ordem jurídica aos particulares de autorregular, por acordo mútuo vinculativo, as suas relações para com outros²², e abrange as faculdades de livremente celebrar ou não celebrar

17 Cfr. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, §§ 176-177.

18 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 149.

19 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 234 e 240.

20 A autonomia privada é muitas vezes tida como sinónimo de liberdade contratual. Isto, segundo explica Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 13, deve-se ao facto de o contrato ser a principal forma de constituição de direitos ao abrigo da autonomia privada.

21 Ver, sobre a liberdade contratual, Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, pp. 91 e ss, Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 107 e ss, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a edição, Almedina, 2000, pp. 230 e ss, e Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 21 e ss.

22 Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 24.

um determinado contrato, de fixar o conteúdo dos contratos e de celebrar contratos diferentes dos previstos na lei²³. Para este estudo só nos interessa analisar a segunda das faculdades apontadas.

A liberdade de estipulação ou de fixação do conteúdo dos contratos está, de resto, expressamente prevista no primeiro artigo das disposições gerais da Secção dos Contratos, segundo o qual “(...) as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos (...) ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (art. 399.º, n.º 1), bem como no art. 392.º, nos termos do qual “As partes podem fixar livremente (...) o conteúdo positivo ou negativo da prestação”²⁴. Ora, se perante o elemento literal não há grandes dúvidas de que esta faculdade permite o aditamento a um contrato típico de cláusulas legalmente atípicas, desde que lícitas, já o mesmo não se pode afirmar com o mesmo grau de certeza quanto à possibilidade de substituição ou afastamento de normas do regime contratual típico²⁵. Na verdade, não se pode perder de vista que, na sua redacção primitiva do Anteprojecto, o preceito dispunha que “As partes podem, quando a isso não oponham a ordem pública ou os bons costumes, juntar aos seus contratos as cláusulas, que bem lhes parecerem, ou celebrar contratos diferentes dos previstos na lei. (...)”²⁶, apenas se referindo, pois, à *faculdade de aditamento* de cláusulas contratuais, sem menção à *faculdade de afastamento* de normas legais. É disto que nos vamos ocupar ao longo deste estudo.

5. Breve referência histórica²⁷

O Direito das Obrigações moderno foi reconstruído após a Revolução

23 Sobre os contratos atípicos, ver Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*.

24 No que se pode designar, com Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 13, por *liberdade contratual obrigacional* ou em sentido estrito, que consiste na faculdade de as partes determinarem o conteúdo da prestação a que se vinculam.

25 No sentido de que esta faculdade se integra de forma genérica no conteúdo da liberdade contratual, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 26. Também Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, p. 138, refere que “As partes são, em princípio, livres de predispor, a seu mútuo contento, o regulamento negocial, nada as impedindo pois de definirem um conjunto de obrigações mais limitado que aquele que a lei (ou a prática negocial) associa a um dado tipo contratual, do mesmo modo que nada as proíbe, em princípio, de caracterizar restritivamente o conteúdo de uma ou várias das obrigações contratuais”.

26 Vaz Serra, “Direito das Obrigações”, in BMJ, n.º 101, pp. 15 e ss.

27 Ver, sobre a evolução do princípio da autonomia privada, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, pp. 44 e ss, e Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp. 32 e ss.

Francesa. Nas sociedades arcaicas e feudais, havia poucos contratos e a liberdade de disposição dos bens dos particulares era limitada. No entanto, a influência do direito romano foi ainda assim relevante aquando do seu renascimento na Baixa Idade Média, por ocasião da expansão do comércio e da indústria na Europa Ocidental. O actual Direito das Obrigações é, assim, essencialmente fruto de uma fusão de normas do direito romano com os costumes medievais²⁸.

O princípio da liberdade contratual moderno encontra as suas primeiras manifestações com o advento do Humanismo no séc. XVI. A vontade é soberana e as pessoas tornam-se livres de celebrar contratos, tendo como única limitação a ordem pública, com conteúdo essencialmente político e moral, não económico ou social, sendo por isso bastante diminuto²⁹.

Pufendorf dizia que o homem é a origem da autoridade e do direito, não podendo ser comandado por nenhuma autoridade superior³⁰. A época dominada pelo “*laissez faire, laissez passer*” é a “idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos”³¹, ao abrigo do entendimento de que todo o compromisso livremente querido era justo.

As principais orientações da Revolução Francesa foram incorporadas no Código de Napoleão de 1804. O contrato foi instrumentalizado – e regulado autonomamente, diversamente do que sucede no BGB e no CCM, em que integra uma categoria mais ampla, a do negócio jurídico – para circulação da riqueza ou da propriedade, sendo “o fruto da procura de um equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, de defesa da propriedade. O princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade”³². O princípio da liberdade contratual foi assim reafirmado, designadamente com expressão no art. 1134, que estabelece que os acordos legalmente celebrados têm força de lei entre os contraentes, estando no entanto sujeito a compatibilização com os princípios da justiça contratual, boa fé e segurança³³. Segundo Gilissen, porém,

28 Cfr. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, p. 730.

29 Cfr. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 135.

30 *Apud* John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, p. 738.

31 Cfr. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, pp. 738-739.

32 Galgano, *apud* Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 46.

33 Cfr. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 146.

esta norma, “mal redigida”, consagra a autonomia da vontade sem desenvolver a sua teoria, porque, designadamente, os juristas franceses do séc. XVIII estariam atrasados em relação aos filósofos, sendo apenas desenvolvida no séc. XIX pela Escola da Exegese³⁴.

Na segunda metade do séc. XIX e durante o séc. XX surgem reacções contra uma tal teoria dos contratos assente no individualismo e liberalismo, sobretudo potenciadas pelos abusos da liberdade contratual que foram surgindo. Emergem assim, essencialmente sob uma posição socialista, as teses da protecção dos mais fracos perante imposições contratuais, principalmente, como é sabido, no campo do proletariado operário, mas também nos contratos de adesão³⁵.

Em princípios do séc. XX, o princípio da liberdade contratual foi, assim, sofrendo mitigações com o evoluir da concepção da ordem pública económica e social. Em especial, as restrições à liberdade contratual acentuaram-se durante as Guerras Mundiais e continuam a exercer influência nos dias de hoje, particularmente no âmbito da protecção da concorrência leal. Um dos principais objectivos da intervenção do Estado residia na limitação e correcção dos problemas decorrentes da excessiva desigualdade de facto entre as partes contratuais. As principais áreas de incidência foram, para além do direito do trabalho, os contratos de transporte e de seguro, entre outros contratos permeáveis à imposição de cláusulas por parte de grandes empresas aos particulares³⁶. Assim, com o ordoliberalismo alemão, a liberdade contratual passou do liberalismo clássico para adquirir uma dimensão institucional, enquanto princípio de ordenação da economia de mercado, na linha de um pensamento teórico de relação sistemática dos sistemas político, jurídico e económico³⁷. Posteriormente, para se impor mais restrições à liberdade contratual, no direito alemão instrumentalizaram-se os bons costumes para ajuizar da admissibilidade de práticas comerciais, e nos ordenamentos de tradição napoleónica prosseguiu-se no desenvolvimento da ordem pública económica³⁸.

6. Os desenvolvimentos em torno das cláusulas contratuais gerais e seus contributos para a evolução do princípio da liberdade contratual

A evolução do sentido e alcance da liberdade contratual no século passado

34 *Introdução Histórica ao Direito*, p. 738.

35 John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, p. 739.

36 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 164.

37 Sousa Ribeiro, “Direito dos Contratos e Regulação do Mercado”, p. 58.

38 *Idem*, p. 59.

deveu-se essencialmente à crescente imposição de condições contratuais por parte de empresas que foram ganhando grandes poderes de negociação. É este o campo próprio das cláusulas contratuais gerais, que, embora extravasem o âmbito do presente estudo³⁹, não deixam de nos trazer algo de útil para a questão da imperatividade do regime legal, seja por semelhança de fundamentos, seja por exclusão de partes para a delimitação do campo de actuação das normas imperativas no Direito das Obrigações.

A individualização de um domínio próprio das cláusulas contratuais gerais partiu de um acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*)⁴⁰, que veio estabelecer uma importante regra orientadora a partir de um caso em que se discutia a admissibilidade de exclusão da garantia de qualidade e da consequente responsabilidade pelos vícios na venda de imobiliário novo, tendo o Tribunal entendido que tal seria apenas possível nos contratos individualizados, mas já não por via de cláusulas contratuais gerais. A partir daí, começou a poder afirmar-se a existência de duas categorias de normas imperativas, limitadoras da liberdade de modelação do conteúdo dos contratos – umas aplicáveis aos contratos individualizados, outras às cláusulas contratuais gerais⁴¹.

Quando dois sujeitos celebram um contrato, reconhecem-se mutuamente numa posição paritária, como titulares de esferas de competência igualmente dignas de respeito. A liberdade contratual, neste sentido, é entendida como dependente da actuação da contraparte, que também é livre de contratar ou não⁴². Este pressuposto, a ser válido, configura apenas uma situação pura e purificada da realidade, pois desde cedo se tem reconhecido que não há paridade absoluta onde quer que seja.

Consequentemente, um primeiro limite à liberdade contratual funda-se na disparidade factual dos poderes de negociação entre as partes contratuais. Com efeito, a desigual repartição de poderes constitui o “eterno dilema da autonomia privada”, susceptível de transformar a *autodeterminação bilateral* numa

39 E que, de resto, já foram objecto de investigação em muitas obras, como Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Ana Prata, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*; e, no direito de Macau, Augusto Teixeira Garcia, “A propósito dos controlos de inclusão e de validade das cláusulas contratuais gerais: breves considerações sobre os arts. 10.º, 15.º e 16.º da Lei 17/92/M, de 28 de Setembro”, e Sousa Ribeiro, “Regulations on Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: a comparative analysis”.

40 Citado em Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 86.

41 Cfr. Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 86.

42 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 58 e ss.

*heterodeterminação unilateral*⁴³. Não é, no entanto, toda e qualquer desigualdade posicional que deve conduzir a um desvio à liberdade contratual.

No direito alemão, Hönn defendia, ao abrigo de uma posição positivista, que os critérios de aferição de situações de inferioridade não podiam senão decorrer da própria regulamentação legal, refutando qualquer critério suprapositivo dada a impossibilidade de identificação precisa. Esta posição foi criticada por Joaquim de Sousa Ribeiro, sugerindo antes dever partir-se da Constituição, que estabelece a protecção dos direitos fundamentais, mas que tal por si só é insuficiente, pois “Nenhuma questão de direito privado, e, em especial, a dos limites da liberdade contratual, se resolve automaticamente pela teoria da função de tutela dos direitos fundamentais”, pela vaguidade e não-exaustividade das suas normas, não sendo assim possível deduzir imediatamente os critérios para a identificação das situações que requerem uma intervenção tuteladora.

De importância para a questão são as decisões do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que vem entendendo⁴⁴ que a autonomia privada protegida pela Lei Fundamental não conduz a uma liberdade contratual ilimitada e que, pelo contrário, as jurisdições cíveis devem controlar o conteúdo dos contratos indevidamente desequilibrados em detrimento de alguma das partes em resultado de uma desigualdade de armas no âmbito dos poderes de negociação⁴⁵. Numa outra decisão de 1993⁴⁶, o Tribunal veio reafirmar que os tribunais devem obstar a que os contratos sejam utilizados como meio de heterodeterminação, em face, designadamente, dos §§ 138 e 242 do BGB, correspondentes entre nós, *grosso modo*, aos arts. 273.º, n.º 2, e 752.º, n.º 2, respeitantes à ordem pública e à boa fé, respectivamente. Da decisão se pode retirar que todo o conteúdo contratual anormalmente gravoso para uma das partes é motivo para averiguar da existência de uma disparidade de poder negocial. O inovador desta decisão foi o facto de se ter justificado os limites à liberdade contratual com a própria garantia constitucional da autonomia privada⁴⁷, o que só se entende se se tiver presente que esta só se alcança com a efectiva autodeterminação dos interesses próprios e que, caindo esta premissa, haverá que limitar a liberdade contratual. É certo que

43 Flume, *apud* Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 128.

44 Cfr. BverfGE89, 214 ff.

45 Sobre a questão no direito anglo-saxónico, Ewan McKendrick, *Contract Law – Text, Cases, and Materials*, pp. 792 e ss.

46 Referida em Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, pp. 144 e ss.

47 Ínsita, na Lei Fundamental, no § 2, I, no âmbito do reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas.

a decisão incidia sobre cláusulas contratuais gerais e o seu contributo essencial foi o de proporcionar coordenadas para um controlo de validade casuístico e aposteriorístico, pelos tribunais, tendo em conta as concretas circunstâncias de cada caso, e comparando as condições contratuais designadamente com os padrões praticados no mercado a cada momento. O que nos preocupa neste estudo, contudo, é a derogabilidade de normas legais que deve ser consistente em todo e qualquer negócio jurídico, independentemente das condições concretas, e susceptível de um juízo apriorístico. De todo o modo, alguma coisa de útil se pode retirar dela para a questão que nos interessa. Com efeito, de acordo com aquela orientação, necessário seria determinar se o equilíbrio de interesses num dado contrato estaria anormalmente afastado dos padrões legais, na eventualidade de, por livre acordo das partes, virem afastados determinados direitos ou obrigações previstos na lei para aquele tipo contratual. Ponto é saber se esses padrões legais correspondem a uma concepção legislativa de justiça e de equilíbrio de interesses inatacável ou se para o legislador é indiferente que no âmbito obrigacional as partes celebrem contratos legalmente típicos mas se afastem de tudo o demais em busca do seu próprio esquema contratual, mesmo que injusto ou menos justo para uma das partes. Voltaremos a este ponto adiante.

Por outro lado, um segundo pressuposto de intervenção limitativa extraído a partir da referida decisão⁴⁸ reconduz-se à inferioridade de uma das partes contratuais, devendo a disparidade resultar de *razões estruturais generalizáveis*⁴⁹.

A tese da disparidade de poder é criticada por Sousa Ribeiro por não contribuir para a concretização de critérios que permitam distinguir os tratamentos que devem ser dados a cada caso concreto. Segundo o Autor, “o único ponto de apoio seguro para critério de intervenção é a constatação empírica de que, em certas áreas ou processos da contratação, o conteúdo do acordo se desvia, *de forma típica e sistemática*, de uma conformação equilibrada de interesses, *sempre em prejuízo da mesma categoria de contraentes*”⁵⁰, concluindo que o que justifica uma reacção normativa imperativa são, por um lado, finalidades de natureza jurídico-política, e, por outro, razões imanentes à própria ordem jurídica, ou seja, a inexistência de

48 Que, aliás, não foi algo de inovador desta decisão. Cfr. Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 153.

49 “Quando uma das partes tem uma superioridade tão manifesta que pode impor unilateralmente as regras contratuais, isso actua para a outra como heterodeterminação. Onde falta uma igualdade aproximada na relação das forças, não está garantida somente com os meios do direito dos contratos uma equilibrada conformação de interesses”, excerto de um acórdão de 1990, traduzido para a língua portuguesa em Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 154, em nota.

50 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 171 (itálico nosso).

condições mínimas para o exercício efectivo de uma autodeterminação bilateral, inferida da generalizada produção de resultados gravosamente inequitativos e ofensivos dos interesses de uma das partes, porquanto a autonomia privada deixa, nestes casos, de cumprir a sua função de autodeterminação individual, de ordenação e de garantia de justiça, devendo ser objecto de controlo ou mesmo substituída por mecanismos de regulação heterónomos. Com efeito, “quando a típica desprotecção de certas posições jurídico-negociais conduz, de forma usual, a resultados significativamente desproporcionados, nenhum fundamento sustenta o exercício irrestrito da autonomia privada”⁵¹.

Ora, a grande diferença do que ficou exposto quanto às cláusulas contratuais gerais com os contratos individualmente negociados é que, tipicamente, as normas obrigacionais do Código Civil assentam num ideal de igualdade jurídica dos particulares, não obstante as suas diferenças pessoais e sociais⁵², e os desvios típicos e estruturais factualmente verificados são corrigidos ou por via dos mecanismos gerais da falta e vícios da vontade (arts. 232.º e ss) ou do abuso do direito (art. 326.º) ou da boa fé em geral (arts. 219.º, n.º 1, e 752.º, n.º 2), num controlo casuístico, ou então, alternativamente, através da directa incorporação dessas correcções de antemão no respectivo regime legal, na veste de normas imperativas, de que é exemplo típico parte da disciplina legal da relação contratual de arrendamento. Já as cláusulas contratuais gerais, por sua vez, partem de um pressuposto de rigidez e imposição unilateral de cláusulas a quem pretenda contratar⁵³, daí resultando uma desigualdade posicional estrutural entre as partes. É também por este motivo que o seu regime, embora de extrema importância nas sociedades hodiernas e não obstante o seu carácter de aplicação geral e transversal pelo menos no Direito das Obrigações, não deve estar incorporado no Código Civil, mas em legislação extravagante⁵⁴.

É assim que se deve concluir que a protecção contra a disparidade de posição negocial – designadamente através do controlo do conteúdo contratual

51 Idem, pp. 171-174.

52 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 52. Conforme refere Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Vol. I*, p. 26, “As razões para o facto de uma tutela da parte mais fraca não surgir nos quadros do Direito Civil clássico prendem-se essencialmente com o ideário liberal individualista, em que se basearam os Códigos Civis, avessos à protecção do contraente débil”.

53 No que se pode traduzir na expressão “pegar ou largar” ou, na língua inglesa, “take it or leave it”. Cfr., no nosso direito, o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 17/92/M, de 28 de Setembro, que estabelece o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

54 O Código Civil italiano é dos poucos exemplos que faz menção às cláusulas contratuais gerais. Cfr. arts. 1341 (*Condizioni generali di contratto*) e 1342 (*Contratto concluso mediante moduli o formulari*).

como se decidiu nos referidos acórdãos do Tribunal Constitucional alemão – deve ser primordialmente dispensada pelo regime das cláusulas contratuais gerais quando verificados os pressupostos da sua aplicação. Não estando preenchidos os requisitos da sua aplicação, não se pode afirmar a existência de uma falha estrutural do sistema sempre que sejam celebrados contratos desequilibrados, pois esta realidade faz parte e decorre da própria natureza do sistema capitalista e de duas uma – ou é automaticamente regularizada pelo funcionamento do mercado, ou é objecto de intervenção normativa (imperativa) quando politicamente assim se entender necessário, designadamente quando se trate de situações generalizadas ou se contenda com bens essenciais ou com a dignidade da pessoa humana, como sucede no âmbito do direito do trabalho⁵⁵ e no contrato de arrendamento para habitação, mas deverá sê-lo naturalmente com um mínimo de correspondência na letra da lei (art. 8.º, n.º 2; cfr. também o n.º 1)⁵⁶, embora sem esquecer que a interpretação jurídica deve ter por objecto a “norma da norma”, não o texto-expressão mas o objecto intencionalmente normativo-jurídico⁵⁷. Com efeito, a autonomia da vontade acarreta consigo uma ideia de autorregulação (*auto nomos*, o estabelecer leis por si mesmo), mas simultaneamente de justiça, pelo que terá de ser a própria lei a estabelecer os limites a essa mesma autonomia⁵⁸, e em moldes que não sejam variáveis no tempo na ausência de revisão legal⁵⁹, sob pena de se ter de considerar imperativa, por exemplo, a disciplina protectora do arrendatário ou do promitente-comprador de imóvel em períodos de excesso

55 Sobre a prevalência de normas imperativas mínimas em protecção da parte trabalhadora, ver Miguel Quental, *Manual de Formação de Direito do Trabalho em Macau – Novo Regime das Relações de Trabalho*, CFJJ, 2012, p. 64.

56 Um exemplo que se pode dar é a recente iniciativa legislativa de se fixar um coeficiente máximo para actualização das rendas no âmbito do contrato de arrendamento urbano, que no entanto não foi aprovada pela Assembleia Legislativa no diploma que viria a ser a Lei n.º 13/2017 (Alteração do regime jurídico de arrendamento previsto no Código Civil). Na versão inicialmente proposta podia ler-se o seguinte:

“Artigo 999.º (Casos de actualização)

1. As rendas ou alugueres são actualizáveis:

a) Nos termos e condições que resultem do contrato ou por acordo posterior das partes, e tratando-se de arrendamento urbano, *sempre dentro do coeficiente de actualização* aprovado pelo Chefe do Executivo (...)” (itálico nosso).

57 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, pp. 143-144.

58 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 52 e ss.

59 Não concordamos, pois, com a ideia de que “é através das pesquisas dos juristas e das decisões judiciais que as regras, nos limites de sua expressão verbal, vão mudando o seu sentido segundo novas exigências factuais e valorativas para que possam corresponder às contingências sociais e económicas”, de Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, p. 133.

de procura, levando à relativa fraqueza destes sujeitos em relação ao senhorio e ao promitente-vendedor, e dispositiva em tempos de escassez de procura, o que tornaria o sistema legal extremamente incerto, dada a rapidez com que se pode alterar a conjuntura económica e social, vagueando ao sabor das concepções dominantes a cada momento⁶⁰. Fora destes casos, dizíamos, o contratante mais débil (apenas) tem ao seu dispor os meios gerais de reacção casuísticos acima indicados.

Capítulo III Imperatividade e dispositividade das normas jurídicas

7. Noção e terminologia

Os conceitos de imperatividade e dispositividade tal como vêm configurados nos escritos disponíveis não oferecem grandes dificuldades ou reparos, no seguimento de alguma refinação por parte de alguma doutrina.

A imperatividade como característica das normas jurídicas tem sido questão há muito debatida na doutrina portuguesa⁶¹ e estrangeira⁶², mas não se trata da mesma imperatividade no sentido de que nos ocupamos nesta sede, querendo antes referir-se à vigência imperativa das normas em geral e em abstracto no mundo jurídico, independentemente de uma decisão concreta das pessoas⁶³. É por isso que há quem prefira falar antes em normas injuntivas para designar a realidade que tratamos neste estudo⁶⁴.

O direito imperativo é muitas vezes apelidado de *ius cogens*, com isso querendo significar que as respectivas normas estão subtraídas a qualquer alteração por vontade das partes e traduzem a existência de um interesse público ou legítimos interesses de terceiros, ou ainda a protecção da parte tipicamente considerada mais fraca. “Normas imperativas são, de certa maneira, corpos estranhos no direito privado na medida em que limitam a vontade autónomo-privada”⁶⁵.

60 O que aconteceu, precisamente, no mercado imobiliário de Macau, que conheceu uma subida de preços galopante entre 2005 e 2015, tendo depois percorrido um período de falta de procura.

61 Ver, por todos, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 91-92.

62 Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 353 e ss.

63 Assim, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 168.

64 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 522.

65 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito*

Esta realidade, seja ela denominada injuntiva, imperativa, cogente ou necessária, entre outras denominações, contrapõe-se às normas dispositivas, também designadas facultativas, permissivas ou supletivas, e corresponde, na sua definição mais acertada, às normas que se aplicam independentemente de declaração ou estipulação em contrário. Em matéria contratual, significa toda a *norma insusceptível de ser objecto de derrogação por vontade das partes na disposição de determinada situação jurídica*⁶⁶.

Esta definição afasta as que sugerem necessariamente a existência de uma imposição ou proibição de uma conduta, como durante muito tempo se vinha defendendo⁶⁷. E fã-lo pela simples razão de que variadas normas não têm por função a definição de regras de conduta, mas, por exemplo, estabelecer um efeito ou conceito jurídico, ou condição de eficácia jurídica⁶⁸.

As normas dispositivas, por seu lado, são *aquelas que se aplicam na falta de estipulação em contrário e que, inversamente, não se aplicam por força de acordo das partes*. São, portanto, normas que podem ser afastadas por convenção das partes⁶⁹. Assim, apenas as cláusulas contratuais que derroguem normas dispositivas ou que reproduzam normas imperativas ou dispositivas são regras vinculantes e imperativas entre as partes, no sentido de serem judicialmente exigíveis e coercíveis⁷⁰.

8. Função das normas dispositivas

As normas dispositivas, sendo caracterizadas pela sua livre derogabilidade por estipulação das partes, assumem primordialmente uma *função de direito supletivo* na regulamentação das soluções consideradas mais adequadas, justas

Civil, pp. 41-42.

66 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 523, avança com uma curiosa “categoria particular” representada pelas regras imperativas dentro das regras injuntivas, sendo aquelas de aplicação mais exigente por terem a nulidade como consequência da sua violação por força do art. 294.º (art. 287.º entre nós), e não a anulabilidade (que, ao que parece, é a consequência para a violação das restantes regras injuntivas na terminologia e dentro desta lógica do Autor). Na ausência de ulterior desenvolvimento desta ideia na referida obra, não estamos em condições de tecer quaisquer comentários em relação a esta posição.

67 Cfr. Germano Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 193.

68 Assim, Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 42, nota 61.

69 *Idem*, p. 42.

70 Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 91.

e equilibradas a determinada situação jurídica⁷¹. Função que se decompõe numa vertente de *facilitação do comércio jurídico*⁷², liberando os particulares do ónus de estabelecer a disciplina completa em cada e qualquer contrato que celebrem, e noutra de *pré-fixação da regulamentação-modelo* de um dado negócio jurídico⁷³. As soluções consagradas por este tipo de normas baseiam-se em critérios de razoabilidade e de tendencial equilíbrio entre as posições das partes, constituindo a “justa regra do caso médio”⁷⁴, e decorrem muitas vezes de regras praticadas no comércio jurídico⁷⁵.

Sob uma perspectiva puramente económica, as normas dispositivas contribuem para o aumento do número de negócios celebrados numa dada economia e reduzem os custos de transacção, sendo o benefício daí resultante partilhado pelas partes.

Do ponto de vista jurídico, hoje cada vez menos se entende que a supletividade tenha por fundamento a vontade comum e conjectural das partes, no sentido de que o regime legal seja o que o comum dos contraentes normalmente quereria⁷⁶, mas continua a aceitar-se o fundamento da maior justiça da solução, embora menos intensa quando comparada com as soluções imperativas. A justificação que se tem dado às normas dispositivas é, de facto, a de que, embora na generalidade dos casos as partes consigam chegar a acordo quanto à regulação de todos os aspectos considerados relevantes para a boa execução dos contratos, a verdade é que tal fica apenas limitado àquilo que as partes conseguiram antever, podendo haver algo que fique de fora e que precise de complementação legal⁷⁷.

Não obstante, nem todas as normas dispositivas têm por função fechar lacunas contratuais⁷⁸, pois muitas delas não dizem respeito à *fase estipulativa* nem às suas carências, mas a certos parâmetros a que se sujeita a *implementação* do acordo. São disposições que definem uma disciplina ou estatuto objectivo

71 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 526; Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 188; e Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 173.

72 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 43.

73 Tratando-se, assim, de normas orientadas por um pensamento de justiça contratual comutativa. Cfr. Larenz, *apud* Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 459.

74 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 148.

75 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 91.

76 Como entendia, entre outros, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 54.

77 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 44, e Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 72.

78 Em sentido contrário, Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 148.

do negócio, a que se subordina a actuação do contrato, e têm que ver com “valorações autónomas do ordenamento jurídico em relação ao negócio tomado como facto objectivo”⁷⁹, pautadas por critérios de razoabilidade e justiça. Disso são exemplos as normas dos arts. 1088.º (Inexecução do mandato ou inobservância das instruções)⁸⁰ e 1142.º (Alterações exigidas pelo dono da obra)⁸¹. Estas normas continuam a ser dispositivas e podem ser evitadas pelas partes.

9. Principais classificações das normas imperativas

As normas imperativas têm sido comumente classificadas em *absolutamente imperativas* e *relativamente imperativas*. Naquelas, a proibição é de aplicação transversal a toda e qualquer cláusula contrária à norma. Nestas, apenas as cláusulas que derroguem a norma num certo sentido se têm por proibidas. Exemplos das primeiras são as dos arts. 690.º (proibição do pacto comissório, sendo nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor faz sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir) e 573.º (proibição de cessão de direitos litigiosos), e, das segundas, as dos arts. 552.º, 553.º, 795.º, n.º 2, e 1073.º (onde se proíbe a estipulação de juros a taxa superior aos limites máximos, permitindo-se contudo a derrogação da taxa legal dentro daqueles limites).

Por outro lado, têm-se distinguido as normas *unilateralmente imperativas* das *bilateralmente imperativas*, embora em termos nem sempre consistentes. Por vezes, fala-se nesta dicotomia para significar, no segundo caso, a inderrogabilidade da norma mesmo com acordo de ambas as partes, e, no primeiro, a inderrogabilidade apenas pela parte contra quem a norma é estabelecida, permitindo-se o seu afastamento com a anuência da parte cujo interesse é objecto

79 Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e Deveres de Protecção*, pp. 83-85, em nota.

80 “O mandatário pode deixar de executar o mandato ou afastar-se das instruções recebidas, quando seja razoável supor que o mandante aprovaria a sua conduta, se conhecesse certas circunstâncias que não foi possível comunicar-lhe em tempo útil.”

81 “1. O dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra.

2. O empreiteiro tem direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho, e a um prolongamento do prazo para a execução da obra.

3. Se das alterações introduzidas resultar uma diminuição de custo ou de trabalho, o empreiteiro tem direito ao preço estipulado, com dedução do que, em consequência das alterações, poupar em despesas ou adquirir por outras aplicações da sua actividade.”

de protecção⁸². Noutras vezes, emprega-se os termos para designar as normas que visam a tutela do interesse de uma ou de ambas as partes, consoante seja unilateral ou bilateralmente imperativa⁸³.

Devemos dizer que na primeira das concepções não se cumpre integralmente a principal função das normas imperativas que é a de admitir a inclusão de cláusulas *contra legem* nos contratos em prol da promoção e facilitação do comércio jurídico⁸⁴ e permitir à parte protegida pela norma prevalecer-se do regime imperativo aquando da execução do contrato, pois a grande preocupação das normas imperativas está, para além das considerações de ordem pública – caso em que é indiscutível a sua imperatividade para todos –, no entrave que a recusa de aceitação daquelas cláusulas representa para a parte mais débil e para o tráfico jurídico e a economia em geral, tipicamente traduzindo-se na frustração das negociações e na conseqüente não celebração do negócio. Assim, só as normas que são inderrogáveis mesmo com o consentimento da parte considerada mais fraca estão em condições de prosseguir os fins para que as mesmas foram concebidas. Um exemplo de normas unilateralmente imperativas ao abrigo desta aceção é a do art. 714.º (“A redução voluntária só pode ser consentida por quem puder dispor da hipoteca, sendo aplicável à redução o regime estabelecido para a renúncia à garantia”). Ora, como nos parece óbvio, não pode legitimamente falar-se de normas imperativas *stricto sensu* nestes casos, pois que, imperativa ou dispositiva, o consenso implicaria sempre a anuência de ambas as partes, e dizer que a norma é imperativa apenas quando a parte visada não aceitar a cláusula é pouco mais que dizer que todo o contrato ou posterior modificação é fruto de uma convergência de declarações de vontade. No exemplo dado, o que está efectivamente em causa é a *legitimidade* para se renunciar parcialmente à hipoteca, o que obviamente não poderia deixar de depender do poder de disposição da mesma.

A segunda concepção foca-se nos interesses tutelados pela norma e as conseqüências da distinção empreendida vêm já reflectidas no regime da norma imperativa. São inúmeros os exemplos de normas tuteladoras do interesse de uma das partes. Veja-se o preceito do art. 1038.º, n.ºs 1 e 2, que prescreve a renovação obrigatória do contrato de arrendamento até perfazerem 2 anos sobre o início do

82 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 11. O Autor refere que a legislação comunitária-europeia no domínio do direito dos contratos de consumo é composta quase exclusivamente por normas unilateralmente imperativas – portanto apenas inderrogáveis se o consumidor não consentir – que definem aspectos desde a formação dos contratos ao conteúdo material de acordos comerciais.

83 Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7.ª edição, tradução chinesa de 2001, Law Press China, § 179; e *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, §§ 46 e 70.

84 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 88.

arrendamento⁸⁵, através da proibição de denúncia por parte do senhorio durante esse período de tempo, permitindo-se contudo essa mesma denúncia quando feita pelo arrendatário. O que significa que será nula a cláusula que atribua ao senhorio o direito de denunciar o contrato antes daquele prazo, mas já válida a que atribua esse direito ao arrendatário, que de resto opera por força da lei e não depende de estipulação contratual. Pelo contrário, é exemplo de norma bilateralmente imperativa a do preceito seguinte, que prevê prazos mínimos de antecedência da comunicação da denúncia, iguais para ambas as partes, visando atribuir-lhes tempo necessário para a organização dos seus planos após a cessação do contrato.

10. As teses imperativistas. Sua superação e irrelevância para a problemática

Na sequência de variadas críticas construídas no século passado⁸⁶, é hoje pacífico dizer-se que estão ultrapassadas as teses que sufragavam a imperatividade de todas as normas jurídicas.

De um modo muito sintético, aquelas teses viam imperativos não só nos comandos dirigidos às condutas humanas, mas também nas normas atributivas de direitos subjectivos, como por exemplo nas determinações sobre a propriedade no direito civil, de tal forma que, com Enneccerus, “toda a regra jurídica perfeita (completa) contém uma prescrição (comando); muitas, porém, a mais disso, e mesmo em primeira linha, contém uma concessão”, colocando assim tais normas ao lado das prescrições e proibições⁸⁷, o que se faz através da seguinte construção: a concessão, por exemplo, do direito de propriedade, implica a proibição universal de se impedir por qualquer forma o gozo da coisa pelo proprietário, bem como o comando de restituição da coisa ao proprietário por parte de pessoa que esteja na sua posse sem particular título jurídico⁸⁸. Desta forma, toda a norma permissiva estaria coligada com uma norma imperativa, na medida em que, tendo uma parte um direito, como seja o direito de o credor exigir o pagamento do seu crédito, a contraparte estará sujeita a um comando preceptivo, neste caso o de cumprir o dever de pagar, sendo sempre possível encontrar uma norma preceptiva ou

85 Na última revisão legal alterou-se para 3 anos, embora ainda não tenha entrado em vigor.

86 Ver, em geral, Hart, *O Conceito de Direito*, e Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 353 e ss.

87 Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 31.

88 Idem, p. 33. O Autor, no entanto, critica esta teoria imperativista como “uma espécie de pessimismo filosófico-jurídico” (p. 35).

proibitiva nos preceitos legais permissivos⁸⁹.

A verdade, porém, é que nem sempre assim é, e mesmo quando o seja não se pode daí retirar a conclusão automática de que aquele direito e a correspectiva prescrição ou proibição sejam inderrogáveis⁹⁰. Em todo o caso, toda esta construção não nos é útil para o efeito de distinguir as normas imperativas das dispositivas, pois o que se quer dizer com estas teses não é que todas as normas sejam imperativas, mas que, se quisermos alcançar determinados fins através da celebração de um contrato, teremos de nos obrigar a uma contraprestação através das correspondentes declarações de vontade. Pois, mesmo para os adeptos desta teoria, não se deixa de reconhecer a autonomia privada, que permite aos particulares “dispor dos imperativos jurídicos”⁹¹.

No direito anglo-saxónico, R. M. Hare⁹² foi um dos principais Autores que tentou explicar que de todos os imperativos universais – *v.g.*, todos os locadores hão-de conservar a coisa locada em estado adequado ao uso⁹³ – se podem extrair imperativos individuais – o locador A está obrigado a conservar a coisa locada a B. O Autor dá ainda o exemplo de que, tanto a expressão “fecha a porta” ou a formulação “tu vais fechar a porta” querem significar o mesmo comando imperativo⁹⁴. Esta construção demasiado baseada na letra da lei e no elemento gramatical de pouco nos vai servir, especialmente no âmbito das obrigações em que vigora o princípio da liberdade contratual. Com efeito, se a lei pode prescrever que o contraente “deve” ou “é obrigado”, a verdade é que os particulares são livres de criar contratos atípicos e dest’arte fugir àquele regime legal na sua integralidade. Disso é exemplo a cedência de espaço em centros comerciais, vulgo *grant of right of use*, ao que se não aplica o regime jurídico do arrendamento⁹⁵. Assim sendo, pode não fazer sentido que todo e qualquer “dever ser” no âmbito do direito dos contratos seja um imperativo no sentido tradicional. Adiante desenvolveremos

89 J. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 2.^a edição, 1994, pp. 166-167.

90 Neste sentido, e sufragando a independência da regra permissiva em relação à regra proibitiva, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 515. Também assim, referindo-se especificadamente ao direito de propriedade e à suposta obrigação passiva universal como norma imperativa correspectiva, Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 354-356, nega que nestes casos de aquisição ou perda de direitos se esteja eminentemente perante uma imposição de um dever e que dessa forma se possa reduzir as respectivas normas a imperativos.

91 Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 44.

92 *The Language of Morals*.

93 Usando o exemplo de Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 354, que nos será útil neste estudo.

94 *The Language of Morals*, p. 17.

95 Assim, Ac. do TSI n.º 699/2013, de 25 de Junho de 2015.

esta ideia.

11. Alguns elementos de direito comparado. A referência positiva às normas imperativas

O principal aspecto de alguma divergência legislativa nos diversos ordenamentos de direito continental-europeu reside nos preceitos que determinam as consequências para os negócios jurídicos celebrados *contra legem*. Entre nós, são os arts. 273.º, n.º 1, e 287.º.

Esta distinção, entre negócio jurídico com objecto contrário à lei e negócio jurídico celebrado contra disposição legal de carácter imperativo, não vem traçada em todos os ordenamentos jurídicos. Assim, o direito francês é inequívoco no sentido de fazer associar a inderrogabilidade das normas legais à ordem pública e aos bons costumes (art. 6 do *Code Civil*), acrescentando-se nos arts. 1131 e 1133 que a ilicitude da causa da obrigação pode também decorrer de proibição legal. O art. 6 é visto por alguma doutrina como a melhor referência para a análise das normas imperativas no campo do direito privado⁹⁶. A ordem pública divide-se em clássica e económica no direito francês, sendo aquela atinente às disposições legais de protecção do interesse público *stricto sensu* no âmbito dos assuntos governamentais, diplomáticos, de defesa ou de política externa, e esta reservada para protecção das classes mais fracas, designadamente nos domínios do direito do trabalho, arrendamento, seguro e direito do consumidor⁹⁷.

Já no direito espanhol, distingue-se no art. 1.255 do Código Civil entre contrariedade do conteúdo contratual à lei, aos bons costumes e à ordem pública, e prevê-se no art. 1.275 que não produzem efeitos os contratos com causa ilícita por violação da lei ou dos bons costumes. De particular relevância é também o disposto no art. 6.º, n.º 3, segundo o qual são nulos de pleno direito os actos contrários a normas imperativas ou proibitivas, salvo se outra for o efeito nelas previsto.

No direito italiano, o art. 1418 do *Codice Civile* prevê, no seu 1.º parágrafo, que o contrato é nulo quando contrário a normas imperativas, salvo se a lei dispuser em sentido diverso, e, no 2.º parágrafo, para o que nos interessa, que conduz à nulidade do contrato cujo objecto não preencha os requisitos estabelecidos no art. 1346, onde se encontra nomeadamente a licitude. Perante semelhante

96 Referindo-se à “most fertile tree in the garden of mandatory law” e “statutory anchor for a discussion of mandatory rules in private law generally”, Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 13.

97 *Idem*, pp. 13-14.

enquadramento legal, a doutrina italiana tem-se dividido, uma no sentido de que a norma deste 2.º parágrafo diz apenas respeito à ilicitude do *objecto*, enquanto aquele 1.º parágrafo trata da contrariedade à lei dos *demais aspectos* do negócio jurídico⁹⁸, outra no sentido de que uma das duas normas é redundante⁹⁹.

12. Cont. O direito alemão em especial. As normas proibitivas

No direito alemão, embora apenas se disponha de uma norma semelhante à do nosso art. 287.º, prevendo que “Os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter proibitivo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei” (§ 134 do BGB), o conceito de norma imperativa não é de todo desconhecido¹⁰⁰, mas é tratado autonomamente, sem se assentar neste ou noutra preceito do BGB. Há, aliás, quem entenda que as normas imperativas, designadas *ius cogens*, uma vez violadas, dão igualmente lugar a aplicação do § 134 e, em caso de dúvida, geram nulidade total do contrato nos termos do § 139, que estabelece que a nulidade parcial do negócio jurídico implica a nulidade total do mesmo, a menos que se possa assumir que as partes o teriam querido sem a parte viciada¹⁰¹. Mas sobre o entendimento quanto às normas imperativas no direito alemão falaremos adiante.

Assim, entende-se, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vêm previstos ao abrigo de normas proibitivas no sentido do § 134 do BGB no âmbito contratual¹⁰², e que as normas penais constituem igualmente normas proibitivas para efeitos do mesmo preceito¹⁰³. Já as normas proibitivas aprovadas após a promulgação do BGB têm vindo a assumir principalmente funções de regulação

98 Enrico Gabrielli, *L'Oggetto del Contratto – Artt. 1346-1349*, p. 83, *apud* Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 144.

99 Rodolfo Sacco, “Le Invalidità”, in *Tratatto di Diritto Privato*, Vol. 10, Tomo 2, 2.ª edição, UTET, 1995, p. 560, e Fabrizio Di Marzio, “Norme Imperative”, in *I Contratti in Generale*, Vol. VI, UTET, 2000, pp. 153-179, *apud* Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 144.

100 Pois, segundo Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, pp. 42, as normas do BGB podem ser classificadas em normas imperativas (*ius cogens*) e normas dispositivas (*ius dispositivum*).

101 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 86.

102 Béatrice Schütte, “The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms”, p. 224.

103 Matthias Weller, “Who Gets the Bribe? – The German Perspective on Civil Law Consequences of Corruption in International Contracts”, p. 176.

económica¹⁰⁴. Por outro lado, incluem-se também no seu escopo os casos de indisponibilidade absoluta¹⁰⁵ e estipulações fraudulentas de evasão à lei¹⁰⁶, tal como também se defende no direito português em relação ao art. 294.^o¹⁰⁷, equivalente ao nosso art. 287.^o.

É entendimento mais ou menos pacífico que só quando a norma proíbe o resultado final de um determinado negócio, ou quando emprega termos imperativos como “não pode” é que se estará perante a alçada do § 134. Quando a norma se refira apenas a aspectos circunstanciais (como por exemplo as que restringem o horário de funcionamento de determinadas lojas), já não haverá lugar à aplicação da cominação deste preceito¹⁰⁸.

Por outro lado, apenas as normas de cuja violação tornam o negócio ilícito são proibitivas. Não estão, assim, incluídas as normas limitativas da constituição dos negócios jurídicos, como por exemplo as que exigem determinada autorização (v.g. do tribunal) para a sua constituição¹⁰⁹.

Sob o ponto de vista da estatuição da norma jurídica, Medicus explica que as normas perfeitas, como os §§ 1 e 15 da Lei contra as Restrições de Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), prevêem em si a consequência para a violação da norma, não havendo assim lugar à aplicação do § 134, e que, embora as normas imperativas vêm surgindo de forma cada vez mais abundante, em especial para protecção dos interesses da parte mais débil, há preceitos que prevêem situações que por lei são consideradas nulas *ab initio*, pelo que a nulidade dos respectivos actos não decorre igualmente do § 134. É assim que o Autor chega à conclusão de que o verdadeiro sentido do § 134 se dirige às normas proibitivas não pertencentes à esfera do direito civil e que estabelecem sanções de natureza não-civil (penais ou administrativas)¹¹⁰. Normas que, uma vez violadas, não estatuem nelas próprias a solução para a (in)validade jurídico-civil do acto,

104 Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 402.

105 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 45; e Paula Correia, *Teoria Geral do Facto Jurídico*, p. 119.

106 Bénédicte Fauvarque-Cosson e Denis Mazeaud, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, p. 430.

107 Cfr. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 521 e ss; Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 153; e o Ac. do TRL n.º 0000942, de 26 de Fevereiro de 1998.

108 Law Commission, *The Illegality Defence: A Consultative Report*, 2009, p. 38.

109 Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 404.

110 No mesmo sentido, Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 13, entende que o § 134 não se aplica às normas imperativas de direito privado, mas tão-só às de direito público.

carecendo assim da actuação do § 134. Com efeito, segundo confirma a Nota Justificativa do BGB, o § 134 “tem especialmente em vista as normas proibitivas de direito público respeitantes aos negócios jurídicos, designadamente as normas proibitivas do Código Penal”.

Também assim refere Larenz¹¹¹, no sentido de que as normas proibitivas se caracterizam pela associação de um determinado acto jurídico a uma sanção, ou medida análoga como a privação de um certo direito, encontrando-se cada vez menos previstas no BGB. Segundo o Autor, uma proibição legal tem por objecto, substancialmente, um negócio jurídico que por natureza genérica é perfeitamente susceptível de realizar à luz do sistema jurídico, mas que é proibido em determinadas circunstâncias consoante o seu conteúdo, as consequências da sua proibição ou as circunstâncias da sua realização. A maioria das normas proibitivas encontram-se em legislação especial, tendo presente os objectivos económicos, sociais e políticos, como meio jurídico ao serviço da conjuntura a cada momento histórico, o que foi particularmente visível durante e após as Guerras Mundiais, em que era frequente lançar-se mão de normas proibitivas.

Como exemplos de normas proibitivas têm-se apontado mais frequentemente os do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais¹¹² e o da proibição de contratação de trabalhadores ilegais e ainda o da cessão de créditos relativos a honorários forenses e médicos que implique violação do dever de sigilo profissional¹¹³.

13. Cont. O direito português e macaense

No direito português, onde a redacção dos preceitos relevantes é de todo idêntica à dos artigos do CCM, a solução é semelhante à do direito italiano, prevendo-se, por um lado, as consequências para os negócios jurídicos com objecto ou fim contrário à lei (nos arts. 273.º e 274.º do CCM) e, por outro, a nulidade, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei, dos negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo (art. 287.º do CCM).

A este respeito, rezava o preceito antecedente ao Código Civil português de 1966, do Código Civil de 1867, no art. 10.º, do Título I, Da capacidade civil, e da lei que a regula em geral, do Livro Único da Parte I, Da capacidade civil, à

111 *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 50.

112 Embora, neste caso, como referido, se entenda que não se deva sancionar a nulidade para a violação desta norma proibitiva, quando se vendam produtos ou serviços fora dos limites legalmente estabelecidos para o horário de funcionamento.

113 *Medicus, Allgemeiner Teil des BGB*, §§ 645 e 646.

semelhança da sistematização do Código de Napoleão e do Código Civil espanhol, que “Os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proibitiva, quer preceptiva, envolvem nullidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrário”, e que “Esta nullidade póde, comtudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem publica”. Por sua vez, estabelecia o art. 671.º, n.º 4, inserido sistematicamente no Capítulo relativo ao objecto dos contratos, do Título I, Dos contratos e obrigações em geral, do Livro II, Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente, que não podiam legalmente ser objecto de contrato os actos contrários às obrigações impostas por lei, sob pena de nulidade (art. 669.º). O Código actual manteve no essencial esta distinção que, não obstante não ter vindo a ser elaborada pela doutrina¹¹⁴ e pela jurisprudência, tem sido salientada por alguns Autores, uns no sentido de que a norma respeitante ao objecto negocial (do art. 273.º entre nós) constitui uma concretização da regra geral da nulidade dos negócios celebrados contra a lei (do art. 287.º)¹¹⁵, outros no sentido de que aquela apenas se refere ao objecto (imediate ou mediato¹¹⁶) do negócio jurídico, ao passo que esta se preocupa com outros elementos, como sejam as circunstâncias da sua celebração, distintos, portanto, quer do conteúdo do contrato, quer da coisa sobre a qual ele incide, razão pela qual a lei abriu expressamente a porta para a previsão de consequências diversas da nulidade como estatuição da norma¹¹⁷ 118. Esta última posição parece ser a mais defensável, atendendo aos trabalhos preparatórios, onde se justifica que a norma do art. 287.º cobre as situações que

114 Nem mesmo nos trabalhos preparatórios do Autor do Anteprojecto, Rui de Alarcão, “Invalidade dos Negócios Juridicos”, in BMJ, n.º 89, p. 202, que, lamentavelmente, acaba por não se referir também ao que se deva entender por objecto ilícito na nota justificativa que acompanhou o respectivo Anteprojecto. O Autor escrevia que “No que respeita à ilicitude, não cumpre, na presente sede, indicar os vários casos em que se verificará. Mas deve expressar-se que ela pode advir da ofensa, não de um preceito especial da lei, mas da ordem pública ou dos bons costumes (artigo 2.º), bem como regular a figura especial de negócio ilícito que é a dos negócios ditos usurários (artigos 3.º a 5.º)”, sem, no entanto, retomar o assunto na “sede” para onde remeteu. Cfr. “Objecto Negocial”, in BMJ, n.º 138, p. 120.

115 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 522.

116 Cfr. Paula Correia, *Teoria Geral do Facto Jurídico*, p. 119.

117 Paulo Mota Pinto, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, p. 1229, em nota; e Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, pp. 147 e 150.

118 Se bem que a doutrina maioritária, tanto a portuguesa como a estrangeira, tem entendido que semelhante solução deve vigorar para a violação da norma do art. 273.º, não se justificando sem mais a cominação da nulidade indistintamente para todo e qualquer caso. Cfr. Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II*, pp. 587 e ss. Sobre as consequências da violação de uma e outra norma, cfr. Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, pp. 164 e ss.

não caberiam no n.º 2 do art. 273.º, segundo o qual “É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”, o que parece indicar, com esta comparação com o n.º 2 e não com o n.º 1, que a diferença está entre o objecto do negócio (art. 273.º, n.º 1) e o negócio em si mesmo (arts. 273.º, n.º 2, e 287.º)¹¹⁹. Este preceito referente à licitude do objecto¹²⁰, cuja violação se traduz numa prestação que a lei proíbe por ofensiva de um dever, como furtar ou difamar¹²¹, não nos será essencial para a questão da imperatividade das normas legais plasmadas no Livro das Obrigações do Código Civil, uma vez que se refere ao objecto ou conteúdo do negócio, que, salvo algumas excepções, não está pré-determinado nos tipos contratuais ou nos demais institutos jurídico-obrigacionais e que deverá ser fixado pelas partes¹²².

De todo o modo, parte da doutrina portuguesa e estrangeira vê na nulidade dos negócios violadores de regras imperativas um princípio geral do direito civil¹²³ ou mesmo que a violação de tais normas implica sempre a nulidade do negócio jurídico em que se inserem, por uma questão de garantia da integridade e coerências normativas do sistema jurídico, sob pena de o sistema entrar em contradição e ruptura consigo próprio¹²⁴. Assim sendo, nesta perspectiva, as normas imperativas terão forçosamente de traduzir exigências fundamentais de princípios estruturantes¹²⁵.

119 Cfr. Rui de Alarcão, “Invalidade dos Negócios Jurídicos”, in BMJ, n.º 89, p. 202.

120 A redacção do Anteprojecto previa que “O objecto do negócio jurídico, deve ser possível, lícito e determinado ou determinável”.

121 Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, p. 46.

122 Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, pp. 349 e ss, faz um elenco exemplificativo das modalidades típicas que pode revestir a ilicitude do objecto ou conteúdo dos negócios jurídicos, de cujo controlo apenas depende do seu confronto casuístico com normas imperativas da parte geral do Código Civil. O Autor fala, assim, de negócios que têm por objecto mediato um comportamento ilícito de uma ou de ambas as partes, ou que por outra forma são dirigidos a um tal comportamento ou pelo menos são adequados a favorecê-lo; negócios que pretendem vincular a uma acção ou omissão lícita mas que, segundo as concepções jurídicas, deve permanecer espontânea, repugnando a toda a ideia de vinculação jurídica; negócios que vinculam ou prejudicam a liberdade pessoal ou económica dos indivíduos em proporção maior do que a reputada admissível, ou por meios considerados excessivos, ou em circunstâncias injustificáveis; e negócios pelos quais se promete um dado comportamento lícito em troca de qualquer vantagem patrimonial, quando o mesmo procedimento, segundo as concepções jurídicas dominantes, repugna a toda a ideia de retribuição económica.

123 Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I*, Coimbra Editora, 2003, pp. 86-88.

124 No sentido de que os negócios celebrados contra a lei são declarados nulos, assim se reconstituindo a situação previamente existente, Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 324.

125 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da*

Não obstante, do cotejo entre o art. 10.º do Código de Seabra e o art. 287.º do CCM (ou 294.º do CCP) ressalta uma diferença estruturante – outrora a imperatividade das normas jurídicas, mesmo que proibitivas ou preceptivas, estava directamente dependente do interesse público e da ordem pública, pois no demais a nulidade decorrente da violação de normas imperativas podia ser sanada por acordo dos interessados. É fácil ver que, no regime actual, para além das normas de interesse público e da ordem pública, que aliás vêm autonomizadas (v.g. arts. 165.º, n.º 1, al. a), 264.º, n.º 1, 273.º, n.º 2, 274.º, 459.º, al. a), 789.º, n.º 2, 961.º, 1350.º, n.º 1, al. a)), a imperatividade pode resultar directamente da lei. Parece, assim, não poder estabelecer-se uma relação imediata entre o art. 287.º do CCM e o art. 10.º do Código de Seabra, que revelava influências do Código Civil francês na associação da imperatividade à ordem pública.

O preceito vigente apresenta, pois, maiores semelhanças com o direito italiano e com o direito alemão¹²⁶. Em primeiro lugar, deve dizer-se que não se percebe muito bem a sistematização do bloco normativo referente às invalidades do negócio jurídico, sabendo que tanto no direito italiano como no alemão a norma correspondente ao art. 287.º vem prevista antes das outras, que, nomeadamente, se referem à nulidade parcial e à conversão dos negócios jurídicos. Isto porque, se atentarmos ao *Codice Civile* e ao BGB, e aliás como é boa técnica legislativa, a norma que sanciona a nulidade para os negócios celebrados contra normas imperativas ou proibitivas surge como princípio geral, com os desvios previstos nos artigos seguintes. Assim, no direito alemão estabelece-se, por exemplo, no § 135, n.º 1, que os actos de disposição de bens em violação de norma proibitiva são apenas ineficazes em relação às pessoas que aquela norma pretende proteger, assim como se prevê a nulidade parcial do negócio jurídico no § 139 como possibilidade de se salvar na parte válida o negócio que nos termos da regra do § 134 seria nulo. O mesmo sucede no direito italiano, que, na sequência da regra do art. 1418, prevê no n.º 1 do art. 1419 uma norma idêntica à do § 139 do BGB, e que no n.º 2 acrescenta que a nulidade de cláusulas singulares não importa a nulidade do contrato quando as mesmas são legalmente substituídas por normas imperativas, para além do art. 1424 que prevê a conversão do negócio jurídico. O CCP e o CCM, por sua vez, referem-se à redução e à conversão do negócio jurídico antes de prever a nulidade dos negócios *contra legem*, podendo dar a entender que a contrariedade a norma imperativa é de tal maneira grave que não dá em caso algum lugar a redução ou conversão do negócio, e só não determinará a nulidade se outro efeito resultar da lei. Não nos parece que assim seja.

Liberdade Contratual, p. 226.

¹²⁶ Embora nos trabalhos preparatórios se diga que o artigo teve por fonte o art. 10.º do Código de Seabra. Cfr. Rui de Alarcão, “Invalidade dos Negócios Jurídicos”, in BMJ, n.º 89, p. 202.

Com efeito, no direito italiano a violação de normas imperativas tanto pode gerar a nulidade total do negócio jurídico, como na doação de bens futuros (art. 936.º, n.º 1, no direito de Macau), ou a eliminação da cláusula do contrato, como sucede com as cláusulas de exclusão da responsabilidade civil nos casos em que é proibida¹²⁷. Outras, desempenham uma função positiva de integração contratual, substituindo-se às cláusulas contrastantes. É o caso, entre nós, do art. 973.º, que estabelece o prazo máximo de 30 anos para a locação, sendo reduzido¹²⁸ a esse limite quando excedente, e do art. 921.º, n.º 2¹²⁹. Em Itália existe consagrado no art. 1339 um princípio geral de inserção automática de cláusulas¹³⁰, segundo o qual “as cláusulas, os preços de bens ou de serviços impostos pela lei (...) são de direito inseridos no contrato, mesmo em substituição das cláusulas divergentes estabelecidas pelas partes”. Entre nós não existe semelhante preceito, mas é possível apontar-se exemplos da aplicação desse princípio¹³¹, como é o caso dos artigos acabados de mencionar, e os arts. 922.º, n.º 2¹³², e 1073.º, este último quanto à redução das taxas de juros¹³³. Entende-se que só desta forma se assegura a solução tida por mais adequada à composição dos interesses em causa, pois que a simples eliminação da cláusula nestes casos representaria uma solução lesiva da ordem geral ou injusta para alguma das partes, geralmente a parte débil, dado que a aniquilação do negócio apenas jogaria em favor do contraente mais forte, que só quis contratar naqueles termos, e é do interesse da parte mais fraca manter o negócio com o conteúdo imperativo da lei¹³⁴.

Isto para dizer que não pode fazer sentido que a contrariedade a norma imperativa seja insusceptível de gerar redução, conversão ou outras consequências para além da própria nulidade como regra, ainda que esta surja no final da

127 Enzo Roppo, *O Contrato*, pp. 192-193.

128 Note-se que não se trata da redução do regime geral do art. 285.º. Assim, Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, p. 546.

129 “É igualmente nula, quanto ao excesso, a cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda.”, no âmbito da disciplina da venda a retro.

130 Designada *eficácia mediata da norma imperativa* por Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 538-539, em nota, com crítica da expressão utilizada pela doutrina italiana.

131 Como o faz Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 540-541.

132 “Se as partes convencionarem prazo ou prorrogação de prazo que exceda o limite de 2 ou 5 anos a partir da venda, a convenção considera-se reduzida a esse preciso limite.”, ainda na venda a retro.

133 Para uma justificação da imperatividade destas normas, Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 543-545, em nota.

134 *Idem*, pp. 544-546.

Secção III, sobre a nulidade e anulabilidade do negócio jurídico do Capítulo sobre o negócio jurídico¹³⁵. Pelo exposto pretendemos também dizer que a regra fundamental da nulidade do negócio integral prevista no art. 287.º não tem, no direito dos contratos, uma aplicabilidade tão vasta como sugere a letra da lei, quando se trate de violação de normas imperativas constantes do Código Civil, na parte das obrigações. Com efeito, por um lado deve desde logo questionar-se se no direito dos contratos existem de facto normas imperativas que imponham uma acção e de cuja violação implique a nulidade, considerando que o preceito alemão apenas fala em normas proibitivas¹³⁶. A maioria dessas normas impositivas serão a previsão de obrigações para as partes – resta, contudo, saber se tais obrigações não podem ser mesmo derogadas e se, sendo imperativas, a derrogação de uma ou outra deve gerar a nulidade do contrato como regra. Por outro lado, mesmo nas normas em que se imponha uma omissão ou abstenção nos contratos puramente particulares, deve questionar-se se a nulidade é o efeito primariamente querido pelo legislador na composição dos interesses das partes, sabendo que, como foi dito, a protecção almejada com a norma imperativa não será em muitos casos a aniquilação do contrato, porque é do interesse das partes mantê-lo, mas antes o seu auto-ajuste às condições e nos moldes tolerados pela lei, e considerando ainda que no direito alemão se verifica uma tendência jurisprudencial no sentido da não cominação da nulidade para a violação de normas em que falte um forte fundamento ético (*starkes ethisches fundament fehlt*)¹³⁷. A resposta a estas questões implica uma análise ao conjunto dos preceitos do Código Civil no que aos contratos diz respeito, e é o que nos ocupará nas secções seguintes deste estudo.

De todo o modo, podemos desde já adiantar que, na jurisprudência local dos tribunais superiores, são contados os casos em que se discute a aplicabilidade das normas dos arts. 273.º, n.º 1, e 287.º. Num deles, o TUI, expondo vasta doutrina sobre a distinção entre causa, motivos e fins do negócio, e entre impossibilidade legal e contrariedade à lei do objecto negocial, decidiu que o arrendamento, para uso comercial, de fracções autónomas de prédio em regime

135 Também neste sentido, Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, p. 538, afirma poder a violação de norma imperativa gerar invalidade total ou parcial do negócio, circunscrevendo-se neste caso à cláusula violadora quando assim o determine a lei, ou por força do regime geral do art. 285.º do CCM.

136 Mário de Brito, *Código Civil Anotado, Vol. I*, pp. 344-345, refere, em anotação ao art. 280.º (273.º do CCM), sobre o objecto negocial, que contrário à lei é o objecto que viola uma proibição legal.

137 Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, §§ 656-657, concluindo pela inexistência de um critério uniforme para a determinação da concreta consequência para a violação de normas proibitivas, cabendo o desafio à jurisprudência.

de propriedade horizontal e cuja licença de utilização é apenas para escritórios, tem um objecto contrário à lei, sendo portanto nulo nos termos do art. 273.º, n.º 1, e dos arts. 5.º e 7.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 6/99/M, e que, tendo a autora a intenção de o arrendamento se destinar a exposição e venda de produtos, intenção essa do conhecimento da ré, também se pode afirmar que o fim do negócio era contrário à lei e, sendo o mesmo fim comum às duas partes, o negócio também é nulo nos termos do art. 274.º, sem ter avançado com qualquer contributo para a delimitação do âmbito de aplicação do art. 273.º em face do art. 287.º, nem para a concretização do que sejam normas imperativas¹³⁸. Noutro, o TSI, depois de levantar a questão sobre “O que é um negócio contrário à lei?”, cita doutrina sobre as *consequências* do negócio contrário à lei, bem como o excerto relevante daquele Ac. do TUI – que, recorde-se, citava doutrina – e decidiu que a falta de licença de utilização e de título constitutivo da propriedade horizontal para o exercício da actividade comercial gera a nulidade do contrato de arrendamento comercial, com fundamento em impossibilidade originária da prestação¹³⁹.

Na jurisprudência portuguesa, no que mais se associa ao âmbito deste nosso estudo, têm sido considerados como contrários à norma correspondente ao art. 287.º os casos de celebração de um contrato de prestação de serviços quando em causa está uma relação de trabalho sem termo (o que consubstancia uma contrariedade à lei na modalidade da fraude à lei)¹⁴⁰, de contrato com

138 Cfr. Proc. n.º 44/2015, de 30 de Julho de 2015. Aliás, o TUI refere que o art. 287.º “visa realidade semelhante à prevista no n.º 1 do artigo 273.º, na parte em que estatui sobre o objecto do negócio contrário à lei” e que “existe uma relação entre os artigos 273.º, n.º 1 e 287.º, na parte em que o primeiro dispõe sobre o objecto do negócio contrário à lei, sancionado também com a nulidade, por outra via, pelo segundo destes artigos”. Simplesmente, “começa” por “examinar” o art. 273.º, n.º 1 – mediante citação de doutrina –, mas não acaba por atribuir qual comentário ao art. 287.º...

139 Cfr. Proc. n.º 1080/2015, de 30 de Junho de 2016. Uma palavra de justiça deve ser dita – em ambos os casos citados a questão essencial não era, efectivamente, tanto a de saber se a proibição legal do n.º 1 do art. 7.º da Lei n.º 6/99/M (“É proibida qualquer utilização indevida de prédio urbano”) era norma imperativa ou não, porque a letra da lei não suscita grandes dúvidas, mas antes a de saber se neste caso deve operar a cominação da nulidade, e com base em que artigo. Estávamos, no entanto, expectantes que, após se desafiarem com questões ambiciosas, os Venerandos Tribunais formulassem alguns critérios sobre a imperatividade ou dispositividade das normas jurídicas...

140 Ac. do STJ n.º 04S1505, de 4 de Maio de 2005: “Os negócios jurídicos que permitem a intermediação de terceiras entidades, contrariando normas imperativas, são nulos nos termos do disposto no art. 294º do CC, o que sucede quando se procede ao desdobraimento dos vínculos contratuais que formalmente enquadram a prestação de actividade pelo trabalhador para excluir o seu enquadramento num vínculo contratual duradouro materialmente estabelecido entre dois sujeitos sem qualquer vínculo formal entre si, que perdurou entre 1992 e 2000”.

cláusula contratual geral abusiva¹⁴¹, de contrato com cláusula penal restritiva de direito fundamental¹⁴² ou cumulada com uma cláusula atributiva do direito a indemnização nos termos gerais¹⁴³, e de contrato de arrendamento com cláusula limitativa do exercício do direito de resolução por parte do arrendatário¹⁴⁴.

14. As normas imperativas como limitação da liberdade contratual

No direito dos contratos, o preceito verdadeiramente central para a questão da imperatividade das normas do Livro das Obrigações encontra-se previsto no art. 399.º, n.º 1, referente ao princípio da liberdade contratual. E começa por se referir aos seus limites¹⁴⁵: “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos

141 Ac. do STJ n.º 96B591, de 19 de Março de 1998: “A cláusula contratual geral inserta no verso do documento, segundo a qual a resolução por incumprimento implicaria a obrigação para o locatário do pagamento de todos os alugueres, incluídos os que se vencessem até ao final do prazo do contrato, será, por absoluta desproporcionalidade e por contrariar os princípios que regem o instituto da resolução, nula e de nenhum efeito, nos termos dos artigos 12 e 19, alínea c) do DL 446/85, de 25 de Outubro, e do artigo 294 do CC, com referência aos artigos 432 e 434 do mesmo Código”.

142 Ac. do STJ n.º 084387, de 12 de Janeiro de 1994: “Por força do disposto no artigo 294 do Código Civil, serão nulos os negócios jurídicos que contrariem o disposto na norma dos artigos 21, n.º 1, do Decreto-Lei 45968 e 226 do citado Regulamento [Regulamento de Inscrição Marítima, Matrícula e Lotação dos Navios da Marinha Mercante e da Pesca, aprovado pelo Decreto 45969, de 15 de Outubro de 1964], quando considerada esta na sua dimensão proibitiva, ou seja, nas restrições ao direito fundamental à liberdade de trabalho”.

143 Ac. do TRL n.º 11246/2005-7, de 15 de Dezembro de 2005: “refere-se ainda no despacho recorrido que no contrato em causa foi estipulada “uma cumulação de cláusula penal moratória com indemnização nos termos gerais, o que contraria abertamente a proibição legal”. E, como estamos perante uma norma imperativa, que não admite estipulação em contrário, o negócio seria nulo nos termos do artigo 294º do CC”. Note-se que este Ac. da Relação revogou o citado despacho recorrido, mas tão-apenas porque se entendeu não ter havido cumulação. Entre nós o regime é, aliás, diverso, apenas se verificando tal proibição para as cláusulas penais compensatórias (art. 800.º, n.º 2).

144 Ac. do TRC n.º 2991/05, de 22 de Novembro de 2005: “Conferindo a lei ao arrendatário, por razões evidentes de ordem pública de protecção social, o direito de revogar a todo o tempo o contrato mediante certa forma, ter-se-á de considerar nula a disposição negocial que sanciona com uma indemnização o exercício de tal direito, por violar norma legal imperativa (artigo 294.º do CC)”.

145 De resto, como dizia Leisner, *apud* Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 235, “a história da liberdade contratual é a história das suas limitações”.

previstos neste Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

Os “limites da lei” a que se refere o artigo reconduzem-se aos requisitos gerais do conteúdo da obrigação (arts. 391.º e ss) e do objecto negocial (arts. 273.º e ss), bem como ao princípio da boa fé, à ordem pública, aos bons costumes, e à não contrariedade a normas imperativas¹⁴⁶.

As normas imperativas constituem, de facto, juntamente com a ordem pública e os bons costumes, um dos instrumentos fundamentais para assegurar que os contratos celebrados ao abrigo da autonomia privada não conflituem com os valores, objectivos e interesses que o ordenamento jurídico pretende garantir. A diferença está no facto de, com a ordem pública e os bons costumes, o legislador ter delegado ao julgador a tarefa de individualizar as situações que em concreto representam uma colisão com esses valores protegidos, ao passo que, com as normas imperativas, o próprio legislador define *ex ante* as imposições e as proibições de forma precisa, deferindo assim ao juiz “tarefas puras e simples de aplicação mecânica do preceito legal”, na generalidade dos casos. Noutros, o simples confronto mecânico entre a norma legal e a cláusula contratual é insuficiente, pressupondo antes certa margem de apreciação do julgador conforme as circunstâncias do caso, quando a norma emprega termos valorativos e indeterminados como “adequado” ou “excessivo”¹⁴⁷, como é o caso da previsão do art. 338.º, n.º 1¹⁴⁸.

Enquanto limites legais à autonomia privada, tem sido apontado que os mesmos deverão ser estabelecidos com base em “decisões fundamentais de ordem ideológica, filosófica e económico-política”¹⁴⁹, pautada pelos quadros constitucionais. É, assim, neste entendimento, a própria “ordem jurídica que desaprova os negócios, tendo em conta o seu conteúdo, o seu fim ou as circunstâncias concretas em que são celebrados”¹⁵⁰, justificando desta forma a imperatividade da respectiva disciplina legal.

146 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 111, inclui igualmente os limites quanto aos negócios usurários (art. 275.º). Em sentido diverso, Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 459, em nota, entende que os limites da lei são apenas os que resultam de normas imperativas.

147 Enzo Roppo, *O Contrato*, pp. 190-191.

148 “É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne *excessivamente difícil* a uma das partes o exercício do direito” (itálico nosso).

149 “Aliás, é a própria autonomia privada que exige, para poder subsistir, medidas preventivas contra o seu uso ilimitado. Caso contrário, o princípio da autonomia privada fornece, ele próprio, os argumentos aos seus adversários que a pretendem eliminar”. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 519.

150 Idem, p. 520.

Efectivamente, há domínios em que já se verifica uma grande infiltração do direito público no direito privado, como é o caso da lei de terras. Outros tornaram-se um misto entre direito privado e direito público, como o direito do trabalho e o direito económico. No Direito das Obrigações, pelo menos no tocante ao direito dos contratos¹⁵¹, é entendimento pacífico que a generalidade das normas tende a ser dispositiva¹⁵², conclusão que, no direito português, se pode retirar a partir do preceito correspondente ao art. 399.^o¹⁵³. No direito alemão, na ausência de idêntica norma, a garantia do princípio da liberdade contratual decorre de exigências constitucionais, e qualquer restrição, que assume natureza necessariamente excepcional, terá de ser fundamentadamente justificada. Com efeito, o Direito das Obrigações deve pautar-se pelos direitos e liberdades fundamentais garantidos pela Lei Fundamental, designadamente os §§ 11 (sobre a liberdade de escolha de domicílio) e 14 (sobre a liberdade de disposição de direitos patrimoniais de natureza privada)¹⁵⁴, embora cada vez mais surjam normas imperativas ou unilateralmente imperativas, numa tendência de protecção da parte tipicamente mais fraca, como sucede no âmbito do mútuo e no arrendamento para habitação, designadamente pelo que diz respeito ao direito de denúncia do contrato¹⁵⁵.

“As excepções ao princípio da igualdade formal, as justificações e as limitações das mesmas, constituem um problema extremamente difícil para o direito privado, mas elas são inevitáveis. De um outro modo, uma autonomia privada, baseada numa igualdade formal sem limitações, conduziria, em etapas sucessivas, à eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e à eliminação da própria autonomia privada”¹⁵⁶.

A autonomia privada encontra a sua justificação moral no valor da

151 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 223.

152 Afirmando que o “*Direito das Obrigações tem em bloco e como regra, natureza supletiva*”, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 73.

153 Como o faz Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I*, pp. 954-956, referindo que “As limitações à autonomia privada não devem fazer esquecer que ela domina, por definição, o Direito Privado. Por isso e por extensas que se apresentem, elas nunca chegam a suprimi-la: as diversas situações civis relevantes repousam sempre na liberdade das pessoas. O próprio legislador deve ser sempre cauteloso, quando imponha limites, perguntando-se qual o sistema alternativo possível”.

154 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 71.

155 Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 179; e *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, §§ 46 e 70.

156 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 55.

liberdade individual¹⁵⁷ e o dilema coloca-se, com efeito, entre liberdade e protecção social. Costuma dizer-se que “o problema difícil para o direito privado consiste em encontrar soluções equilibradas, em saber quem são realmente os mais fracos¹⁵⁸”, apontando-se situações típicas do lesado perante o usurário, do consumidor, do trabalhador e do arrendatário. Na verdade, uma teoria normativa do contrato que justifique ou repudie limitações à liberdade contratual deverá resultar necessariamente da clarificação da complexa relação entre os valores da autonomia individual e os valores do bem-estar social (eficiência, utilidade, equidade e comunidade)¹⁵⁹. A opção entre a autonomia privada e a imposição normativa do legislador orientada por exigências de controlo social, permanentemente em tensão, deverá ser feita “consoante o peso atribuído ao que se ganha e ao que se perde com cada uma das alternativas” e determinada pela “razão político-ideológica do momento, em último termo, pela relação de forças entre os portadores dos interesses em jogo”. A “maior ou menor extensão reconhecida à liberdade contratual corresponde, grosso modo, à latitude com que os poderes públicos empreendem uma intervenção correctora da auto-regulação do mercado”¹⁶⁰.

Nas normas imperativas existe sempre um interesse de hierarquia superior aos dos autores do negócio, não podendo valer uma regulamentação contrária ao critério legal – as normas imperativas valem independentemente das estipulações negociais e apesar delas¹⁶¹. Há, no entanto, Autores que inclusivamente entendem que todas as normas imperativas são de ordem pública e regem sobre matérias de interesse público¹⁶². Esta visão só será defensável se se adoptar uma acepção ampla do conceito de interesse público, fazendo incluir também interesses particulares como interesses directamente protegidos pela norma imperativa. É o que faz, v.g., Cabral de Moncada¹⁶³, que distingue entre normas de interesse e ordem pública e normas de interesse privado, querendo

157 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 10.

158 Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 56.

159 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 85.

160 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 236.

161 Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis*, Quid Juris – Sociedade Editora, 1993, p. 537, em nota.

162 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 347.

163 *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, pp. 40-41.

significar, com as primeiras, aquelas que, visando embora predominantemente interesses privados, não podem ser derogadas por estipulação contratual. Isto porque representam uma “invasão ou projecção dum interesse público superior, impondo limitações à vontade dos particulares” e manifestam uma preocupação do legislador com o interesse da colectividade ou do Estado. Já as normas de interesse privado, na acepção daquele Autor, são normas condicionalmente obrigatórias – são supletivas e obrigam as partes caso não as afastem.

15. As principais considerações de ordem económica

Sob um ponto de vista económico, tem sido apontada para as normas imperativas a função de standardização dos termos contratuais, simplificando as transacções e reduzindo os seus custos, pelo facto de ser inútil e escusado tentar negociar sobre termos que se sabe à partida que são imutáveis¹⁶⁴.

Como argumentos contra o intervencionismo estadual, refere-se, por um lado, que num ordenamento em que a economia de mercado e a concorrência sejam valores preponderantes, as situações de desigualdade posicional podem não justificar forçosamente uma intervenção restritiva da liberdade contratual. Primeiro, porque a posição prevalecente de uma das partes pode ter sido resultado de particular labor, e uma eventual igualação de posições poderá representar um incentivo à preguiça e inércia. Segundo, porque os particulares integrantes da parte mais fraca podem sempre coligar-se para formar uma força com maior poder de negociação, como sucede por exemplo com os sindicatos. Terceiro, porque, em princípio, a própria concorrência é susceptível de impedir a inclusão de cláusulas inadequadas nos contratos¹⁶⁵. É evidente que estes argumentos não são absolutos nem decisivos, até porque uma simples constatação empírica nos diz que, embora o primeiro argumento invocado tenha efectivamente a sua razão, isso não impede que haja abusos em virtude dessa posição prevalecente, ainda que não se negue o mérito dessa parte mais poderosa que deve ser reconhecido e protegido, mas sem que isso implique um desfavor aos demais, que pelas mais variadas razões não alcançaram um estatuto que lhes permita estar em pé de igualdade em toda e qualquer negociação contratual. Por outro lado, é manifesta a dificuldade de formação de agrupamentos consistentes que alcancem uma posição comparável à da parte mais forte, assim como não passam despercebidas as falhas da concorrência desregulamentada.

164 “It makes life easier”. Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 39.

165 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 73.

Por outro lado, cada disciplina imperativamente imposta pelo legislador poderá ter – como frequentemente tem – reflexos na desmotivação de contratação ou na modificação dos termos contratuais que poderão resultar de outra forma mais prejudiciais para a parte que o legislador pretendeu proteger com o controlo imperativo¹⁶⁶, de que pode ser exemplo a situação hipotética que serviu de crítica à última revisão da disciplina do contrato de arrendamento do Código Civil, segundo a qual a determinação de um coeficiente máximo de actualização das rendas teria como possível consequência a subida das rendas com a fixação de rendas mais altas *ab initio*, compensadoras da estimada diferença de rendimentos e fazendo a final o arrendatário suportar os custos acrescidos, ou em consequência da relutância em dar em arrendamento que conduziria a uma maior escassez da oferta¹⁶⁷. No entanto, há muito que tem vindo a ser frisado que este tipo de consequências hipotéticas invocadas para travar a introdução de normas imperativas e restritivas da liberdade negocial é imprevisível *ex ante* e depende das condições concretas do mercado e da sua interacção com os mercados vizinhos¹⁶⁸.

Na verdade, a imposição de normas imperativas pode até promover o próprio fim da circulação de bens e serviços da autonomia privada, na medida em que a parte cujo interesse é protegido pela norma se escusa de negociar aquelas condições contratuais que, a serem negociadas, poderiam dissuadir a contraparte em contratar. A parte, assim, pode aceitar o contrato com todas as cláusulas *contra legem*, sabendo que as mesmas não terão validade e que poderá prevalecer-se do regime legal, em última análise, por via judicial.

16. O campo de actuação das normas imperativas em geral. Os critérios formal e substancial

Dissemos que, apesar de a lei alemã se referir tão-somente a normas proibitivas, a figura das normas imperativas não só não é desconhecida no direito alemão, como tem sido objecto de maior tratamento doutrinal do que tem sido dispensado pela doutrina portuguesa. Assim, com Larenz, são normas imperativas, de um modo genérico: 1) as que definem os pressupostos para o exercício da autonomia privada, como as normas respeitantes à capacidade de

166 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 224, em nota.

167 Esta proposta em concreto não foi, como se disse, aprovada pela Assembleia Legislativa.

168 Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, p. 604.

exercício, aos requisitos de validade da declaração negocial e à tipicidade dos actos jurídicos (onde vigore o princípio da tipicidade, portanto, no âmbito do Direito das Coisas, do Direito da Família e do Direito das Sucessões); 2) as que visam proteger a estabilidade do comércio jurídico e a confiança de terceiros; e 3) as que estabelecem restrições à autonomia privada como meio de prevenção da produção de resultados gravemente injustos ou de satisfação das exigências sociais¹⁶⁹, onde se pode incluir a outorga imperativa de uma faculdade com finalidade protectiva, de proibição de certo conteúdo ou de fixação de limites quantitativos para prazos, taxas de juro ou preços¹⁷⁰. Nas secções seguintes apenas desenvolveremos as duas últimas categorias indicadas, uma vez que a primeira não se refere a normas do Livro das Obrigações.

As normas imperativas podem decorrer de previsão expressa ou de dedução teleológica¹⁷¹, ou, o mesmo é dizer, segundo um critério formal ou um critério substantivo.

O primeiro critério apontado pela generalidade dos Autores é a própria letra expressa da lei. Não que a lei se refira necessariamente à imperatividade da norma de forma directa, porque, como vimos, o CCM apenas o faz em três ocasiões, mas através de outras expressões que a indiciem com segurança. Trata-se de um critério formal ou explícito, e constitui um fundamento importante, embora nem sempre suficiente, para a aferição da imperatividade de uma norma jurídica, sendo disso exemplos estatuições que impõem a nulidade das cláusulas contrastantes com a norma imperativa¹⁷², através de fórmulas como “é nula qualquer convenção em contrário” ou “sob pena de nulidade”¹⁷³, de que resulta claramente a injuntividade da norma¹⁷⁴, ou expressões como “não deve” (no direito alemão, *soll nicht*), “não pode” (*kann nicht*) ou “apenas pode” (*soll nur*)¹⁷⁵ (já veremos que estas últimas expressões não são concludentes por si mesmas), ou ainda a expressa qualificação de inderrogabilidade ou de uma explícita indicação de que a norma deve valer “não

169 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 45.

170 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 225.

171 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 87.

172 Marcello Psaro, “L’Inserzione Automatica di Clausole”, p. 221, *apud* Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 175, considera que “um bom índice do carácter imperativo de uma disposição da lei é representado pela previsão da [...] invalidade para os actos em contraste com ela”.

173 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 191

174 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 371.

175 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 46.

obstante convenção em contrário”¹⁷⁶ (no domínio dos contratos apenas existem os seguintes exemplos: arts. 820.º, n.º 2¹⁷⁷, 927.º¹⁷⁸, 928.º, n.º 2¹⁷⁹, 982.º, n.º 1¹⁸⁰, 1073.º, n.º 3¹⁸¹, 1096.º, n.º 1¹⁸²).

As normas dispositivas, por sua vez, incluem frequentemente enunciados como “salvo convenção em contrário”, “se as partes não houverem disposto diferentemente”, “na falta de diversa determinação das partes”, “na falta de estipulação” (cfr. arts. 394.º, n.º 1, 414.º, 434.º, 436.º, n.º 4, 442.º, n.º 1, 447.º, n.º 1, 528.º, n.º 1, 532.º, 536.º, n.º 2, 543.º, 551.º, n.º 1, 576.º, n.º 1, 594.º, n.º 1, 593.º, 651.º, n.º 2, 674.º, n.º 4, 651.º, n.º 1, 668.º, n.ºs 1 e 2, 681.º, n.º 2, 689.º, n.º 2, 692.º, n.º 1, 761.º, n.º 1, 766.º, n.º 1, 774.º, n.º 2, 795.º, n.º 2, 800.º, n.º 2, 820.º, n.º 1, 852.º, n.º 1, 853.º, 868.º, 872.º, n.º 2, 876.º, 912.º, 914.º, n.º 2, 915.º, n.º 3, 922.º, n.º 1, 930.º, n.º 1, 932.º, n.º 1, 949.º, n.º 2, 974.º, n.º 1, 986.º, n.º 1, 986.º, n.ºs 5 e 6, 987.º, n.º 2, 995.º, 998.º, n.º 1, 1000.º, n.º 1, 1010.º, 1022.º, n.º 1, al.

176 O que, segundo Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 53-54, torna-as de “fácil identificação”.

177 “Para efeitos do número anterior, a simples existência de sinal prestado no contrato-promessa, ou a fixação de pena para o caso do não cumprimento deste, não é entendida como convenção em contrário e, ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato”.

178 “Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, não obstante convenção em contrário”. Segundo Galvão Telles, “Contratos Civis”, in *BMJ*, n.º 83, p. 139, “procurou-se evitar abusos e excessos de que os compradores por vezes são vítimas, mediante algumas limitações que parecem de justiça, decretadas em preceitos imperativos”.

179 “Quando se locar uma coisa, com a cláusula de que ela se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados, a resolução do contrato por o locatário o não cumprir tem efeito retroactivo, devendo o locador restituir as importâncias recebidas, sem possibilidade de convenção em contrário, salvo o montante correspondente ao valor da indemnização ou da cláusula penal, nos termos gerais”.

180 “Não obstante convenção em contrário, o locador não pode praticar actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, com excepção dos que a lei ou os usos facultem ou o próprio locatário consinta em cada caso, mas não tem obrigação de assegurar esse gozo contra actos de terceiro”.

181 “Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização ou sanção fixados exceder o máximo fixado nos números anteriores, considera-se reduzido a esse máximo, ainda que seja outra a vontade dos contraentes”.

182 “O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação”.

d), 1025.º, n.º 1, 1028.º, n.ºs 1 e 2, 1031.º, n.º 2, 1038.º, n.º 3, 1041.º, n.º 1, al. b), 1042.º, n.º 3, 1044.º, n.º 2, 1051.º, n.º 4, 1052.º, n.º 2, 1060.º, 1062.º, 1066.º, n.º 2, 1075.º, n.º 1, 1089.º, 1103.º, 1109.º, 1130.º, e 1136.º). O que, todavia, não é forçoso, pois o carácter derogável da norma pode resultar mesmo sem ser expressamente acompanhada por uma fórmula daquele tipo¹⁸³, como por exemplo sucede com as regras sobre o risco (art 785.º), cuja supletividade é pacificamente aceite na doutrina e na jurisprudência¹⁸⁴.

Muitos Autores afirmam ser “desejável” que o legislador esclarecesse com mais frequência a natureza das disposições, entendendo ser necessário indagar sobre a essencialidade da norma à fisionomia do instituto a que pertence, no sentido de a derrogação de uma norma dispositiva não dever levar ao rompimento do equilíbrio de interesses desenhado pelo legislador¹⁸⁵.

Com efeito, a falta, no texto da norma, de uma indicação expressa da imperatividade da norma não deve conduzir à conclusão automática de que se trata de uma norma dispositiva¹⁸⁶. A natureza imperativa ou dispositiva das normas, não resultando da própria lei, implica que se vá aos interesses tutelados pela norma buscar o critério de decisão, e, mesmo quando tal suceda, ao proceder à sua “auto-superiorização” em relação ao contrato a lei chama à colação considerações extra-legais¹⁸⁷.

Assim, não se nos afigura apropriado nem útil manter esta distinção entre critério formal e substancial, porquanto em muitos dos casos se exige uma confirmação do sentido da letra da lei pelo elemento teleológico, e noutros, onde o elemento literal é auto-concludente, nunca se deixa de traduzir uma orientação teleológica já incorporada no texto da norma. O critério substancial, por seu turno, tem de vir acompanhado de uma mínima correspondência de imperatividade na letra da lei (art. 8.º, n.º 2), embora na operação inversa a correspondência verbal de dispositividade deixe de ser necessária no texto da própria norma, por força do princípio fundamental da liberdade contratual, que de resto não deixa de fazer parte da lei (no art. 399.º). O que quer dizer que uma norma pode ser dispositiva mesmo que da letra do preceito resultem expressões que só indiciem a sua imperatividade – expressões como o “não pode” ou o “é obrigado a”, como haveremos de ver a seu tempo.

183 Enzo Roppo, *O Contrato*, pp. 187-188.

184 No direito português há algumas exceções que não existem no direito macaense. Cfr. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, pp. 484 e ss.

185 Por todos, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 522.

186 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 191.

187 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 337.

17. Um melhor ponto de partida. A imperatividade das normas nas suas diferentes classificações

Ficou dito¹⁸⁸ que actualmente já se não entende que todas as normas sejam imperativas e que as críticas às teses imperativistas partiram da diferente função e natureza das normas.

Importa, assim, recordar as diferentes classificações das normas jurídicas, bem como, antes do mais, as construções que se foram tecendo acerca da estrutura da norma jurídica. Muito sinteticamente, tem-se entendido que a norma jurídica completa inclui uma previsão e uma estatuição¹⁸⁹. Vêm, a este respeito, as normas autónomas (com previsão e estatuição), as não autónomas (faltando-lhes toda ou parte da hipótese ou da estatuição), as normas remissivas que tornam completas as normas não autónomas e as disposições normativas incompletas, que incluem as definições e as classificações legais¹⁹⁰, como a classificação das coisas¹⁹¹ (art. 194.º). Dentro das normas remissivas encontramos as ficções e as presunções absolutas, que fazem identificar-se mutuamente dois antecedentes contidos em diferentes preceitos mas não comportam nelas próprias o respectivo consequente¹⁹².

De um modo genérico, pode afirmar-se que a imperatividade das normas varia consoante o tipo de norma. Assim, alguns Autores distinguem entre normas interpretativas, supletivas ou dispositivas, que apenas vinculam as partes na

188 *Supra*, 10., em especial nota 90.

189 Por todos, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 79 e ss.

190 Segundo Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 96. Já Oliveira Ascensão designa-as “proposições jurídicas não normativas”, que nem sequer chegam a ser regras, não estabelecendo um dever ser. Para nós, e essencialmente para efeitos deste estudo, é-nos indiferente se uma disposição consagra um dever ser ou não, porque nos interessa apurar também a imperatividade de outros tipos de normas. Nem tão-pouco nos importa entrar na discussão se estas disposições devem ser consideradas incompletas, não normativas ou regras jurídicas como quaisquer outras.

191 Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 360, explica que não se trata de um enunciado, mas da indicação vinculante para o aplicador da lei de entender o termo “coisa” naquele preciso sentido, sendo por isso uma proposição jurídica (incompleta) que é caracterizada por uma ordenação de vigência, quer se cumpra quer não, embora só se cubra significado prático em conjugação com outras proposições jurídicas. O mesmo é dizer que, para o Autor, este tipo de normas consubstancia um imperativo.

192 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, pp. 519-520.

falta de estipulação em contrário, e normas imperativas, proibitivas ou de ordem pública, que traduzem uma maior imperatividade¹⁹³. Outros sufragam que as regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos válidos não obrigam as pessoas a actuar de determinada maneira, sendo assim diferentes das normas baseadas em ameaças, que assumem uma função social diversa. Nesta lógica, tais regras não impõem deveres ou obrigações, antes facultando “dispositivos” ou poderes jurídicos aos particulares para realização dos seus desígnios. A consequência para a violação deste tipo de normas, que se podem agrupar em regras relativas à capacidade dos outorgantes, à maneira e forma pela qual o poder será exercido, e à variedade ou limites temporais da estrutura de direitos e deveres que se criam com os contratos, é a não produção dos efeitos jurídicos a que tenderiam, sem constituir violação de qualquer obrigação¹⁹⁴.

Não acompanhamos os Autores que sufragam só poderem ser imperativos regras de conduta¹⁹⁵. Há, com efeito, outros tipos de normas cuja derrogação seria, em teoria e na prática, do interesse das partes ou de alguma delas, mas que, pela sua natureza e função se devem considerar imperativas, atendendo ao amplo conceito que adoptámos para as normas imperativas, unicamente dependente da insusceptibilidade de afastamento por vontade das partes.

18. Normas interpretativas

Assim, as normas interpretativas tanto podem ser dispositivas como imperativas. Serão imperativas quando tiverem por objecto a *interpretação de fontes de direito* e *dispositivas* quando visarem a *interpretação de negócios particulares*. “No primeiro caso, porque fixam o entendimento das fontes, fixam-no objectivamente, sem atender à vontade das partes. No segundo caso, porque visam esclarecer os termos que os particulares usaram porque quiseram, fazem-no dispositivamente. Assim como podiam ter feito a declaração, também

193 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 324.

194 Hart, *O Conceito de Direito*, pp. 35-36.

195 Como entende, por exemplo, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 502; e Carneiro da Frada, *Contrato e Deveres de Protecção*, pp. 83-85, em nota, que entende que as disposições que estabelecem o enquadramento do contrato e o disciplinam, como as referentes à capacidade das partes, à formação do contrato e aos seus pressupostos de validade não são normas de conduta e por isso, rigorosamente, não são normas imperativas, mas as partes não podem dispor dos pressupostos de que depende a vinculatividade dos seus próprios compromissos. Ora, independentemente do rótulo, parece que as posições acabam por convergir no que à inderrogabilidade diz respeito.

os particulares podem fazê-la usando os termos em sentido diverso do que se prevê na norma interpretativa”¹⁹⁶. A diferença deste tipo de normas com as normas qualificativas reside no facto de estas últimas definirem tipos legais, quer fixando expressamente a sua noção legal, quer enunciando implicitamente os seus efeitos essenciais¹⁹⁷, ao passo que as normas interpretativas atribuem determinado sentido a palavras da lei ou estipulações das partes, ou ainda a negócios jurídicos¹⁹⁸, estando em jogo a configuração jurídica do negócio ou a exequibilidade dos seus efeitos¹⁹⁹. Exemplo de norma interpretativa dispositiva é a do art. 831.º, presumindo-se pela existência de uma dação *pro solvendo* no lugar de uma dação em cumprimento, e a do art. 919.º, presumindo-se, em caso de dúvida, pela adopção da primeira modalidade de venda a contento que as partes escolheram. Exemplo de norma interpretativa imperativa é a do art. 573.º, n.º 2, quando, ao interpretar a expressão “cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita (...) por interposta pessoa” do n.º 1, faz uma *interpretação autêntica* para efeitos daquele regime: *Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge ou unido de facto do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido.*

É certo que a distinção entre esta última categoria de normas interpretativas e as definições legais se mantém ténue, mas para efeitos de determinação da imperatividade das normas tal dificuldade poderá não ter repercussões práticas, como tentaremos argumentar.

19. Definições e tipos

Com efeito, as *definições legais* são também, em princípio, imperativas²⁰⁰.

196 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 525.

197 Em sentido diverso, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 55, entende que as definições legais (arts. 857.º, 874.º e 1022.º) e as enunciações legais (art. 1023.º) são normas interpretativas, que esclarecem o sentido de uma lei ou negócio jurídico.

198 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 515. Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 47, refere que este tipo de normas interpretativas destina-se a fixar o sentido de expressões ambíguas dos particulares nos negócios celebrados, tratando-se de normas de interesse privado.

199 Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis*, p. 536, em nota.

200 Neste sentido, Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 110-111; Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 46; e Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente do Negócio*, p. 158. Em sentido contrário, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 55, entende que as definições e enunciações legais são na maioria supletivas.

Em sentido contrário tem-se defendido que não cabe ao legislador mas à doutrina avançar com definições conceptuais e que, tendo-o feito, apenas se reduzem a um elemento de orientação não decisiva²⁰¹. Estamos, contudo, em crer que deve caber ao legislador a delimitação das hipóteses das normas onde se incluem as definições legais, bem como a determinação dos elementos constitutivos de um dado tipo contratual ou outra figura jurídica a que lhe é associado um regime ou efeito jurídico²⁰². É que, tais definições representam uma *opção legislativa em resposta a uma questão normativa*. Assim, como acertadamente refere Baptista Machado, a não se admitir uma certa definição legal, tal terá provavelmente repercussões na aplicação do respectivo regime jurídico, que foi desenhado tendo precisamente presente aquela definição e não outra²⁰³. São disso exemplos os arts. 536.º, n.º 1 (obrigações alternativas), 607.º, n.º 2 (má fé para efeitos de impugnação pauliana), 752.º, n.º 1 (cumprimento), 793.º, n.º 2 (mora do devedor), 802.º (mora do credor).

Em sentido próximo, Larenz²⁰⁴ fala em proposições jurídicas aclaratórias, onde inclui esclarecimentos de elementos de uma previsão normativa (como o conceito de boa fé), as pormenorizações do conteúdo das consequências jurídicas resultantes de outras proposições jurídicas (dando o exemplo dos direitos do comprador perante coisa defeituosa (§ 462 do BGB), em que as consequências aí mencionadas de anulação da compra e da redução do preço se encontram melhor descritas noutras normas complementadoras), bem como as delimitações dos tipos contratuais, mesmo quando surjam aparentemente como normas completas, no sentido de da própria definição resultar a consequência jurídica da vinculação das partes mediante a assunção das respectivas obrigações. A função deste tipo de disposições é, segundo explica o Autor, dar a conhecer o que a lei entende por cada tipo contratual, ao que quer ver aplicado o regime estabelecido nos artigos

201 Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 517, referindo que “os legisladores não se enganam menos que as outras pessoas”. No entanto, o Autor admite casos, se bem que excepcionais, em que as definições legais são vinculativas e, como tal, imperativas para o intérprete, quando resultar dos seus próprios termos um regime jurídico com disciplina imediata para uma situação. Também J. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 169-170, entende que as definições legais não vinculam, por correrem o risco de se contradizerem com o regime jurídico que seguidamente é desenvolvido, que assim deve prevalecer por tratar de uma matéria específica, enquanto a definição tem carácter geral.

202 Neste sentido, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 60, em nota, refere terem as definições legais um efeito de qualificação – “se entre duas pessoas se transmitir a propriedade de uma coisa contra um preço, isso é uma compra e venda”.

203 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 110-111, usando o exemplo da mora do credor, referindo que o preceito correspondente ao n.º 1 do art. 803.º apenas deveria coerentemente ser aplicável no pressuposto de que a mora do credor seja, nos termos do art. 802.º, injustificada.

204 *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 360-362.

subsequentes, na falta de estipulação em contrário. E fá-lo através da indicação das *prestações contratuais típicas*. A obrigação das partes “decorre do contrato, que é típico no sentido da lei justamente porque as partes contratantes se obrigaram deste modo”. O Autor entende, assim, que as descrições dos *tipos legais* não têm forçosamente de ser definitivas, por vezes só podendo apreender as características fundamentais do tipo contratual em conjugação com os preceitos subsequentes e recorrendo à ideia reguladora neles expressada.

Ponto é saber se uma determinada norma descreve um conceito ou se antes caracteriza um tipo, pois *só naquele caso se fixa de modo concludente a definição da respectiva figura jurídica*. Assim, para Larenz²⁰⁵, decisiva é a “imagem global” do instituto que resulta do bloco normativo que a lei lhe destina. A onerosidade da locação e as obrigações de entregar a coisa e de pagar o preço na compra e venda são traços característicos irrenunciáveis. “A necessidade de uma certa flexibilidade ao fazer a classificação adentro dos tipos contratuais legais resulta do princípio da liberdade contratual, predominante no domínio dos contratos obrigacionais, o qual tem como consequência que o comércio jurídico nem sempre se atém ao modelo do contrato regulado por ele, mas produz constantemente desvios e novos tipos. Isto não exclui que os tribunais, naqueles contratos que se ajustam em todos os pontos à caracterização dada na lei e não mostram desvios em relação ao quadro normal, se contentem com a subsunção à descrição do tipo, entendida esta como definição. Mas, mal tais desvios sejam perceptíveis ou a definição falhe, porque as suas notas distintivas são imprecisas, o método tipológico tem que substituir o puramente conceptual”²⁰⁶.

Assim, por exemplo, a enumeração feita no art. 1081.º, sobre as modalidades do contrato de prestação de serviços, é puramente dispositiva, por não vigorar no Direito das Obrigações o princípio da tipicidade. Já as normas que consagram as noções dos contratos típicos, se bem que admitem variações ou desvios, são imperativas quanto aos seus elementos essenciais cuja verificação depende da aplicação das regras (imperativas ou supletivas) subsequentes.

20. Normas atributivas de legitimidade

São claramente imperativas as normas que atribuem legitimidade para a prática de certo facto jurídico, na medida em que todos os demais, em regra por não terem qualquer direito de crédito, ou direito de disposição ou de administração sobre certo bem, estão vedados de agir, na ausência de representação voluntária ou

205 Idem, p. 427.

206 Idem, pp. 428-429.

legal. Vejam-se, a este respeito, os arts. 413.º, n.º 1 (legitimidade para o exercício do direito de preferência, quando pertença simultaneamente a vários titulares, por todos em conjunto)²⁰⁷, 653.º, n.º 1 (legitimidade para constituição de consignação de rendimentos apenas por quem puder dispor dos rendimentos consignados), 663.º, n.º 1 (legitimidade para dar bens em penhor apenas por quem os puder alienar), 681.º, n.º 3 (legitimidade do credor cujo direito prefira aos demais para cobrar o crédito empenhado, se o mesmo crédito for objecto de vários penhores), 710.º (legitimidade para hipotecar apenas por quem puder alienar os respectivos bens), e 959.º (legitimidade, na doação modal, para exigir do donatário, ou dos seus herdeiros, o cumprimento dos encargos, por parte do doador, seus herdeiros, ou quaisquer interessados).

21. Normas éticas e normas técnicas

Segundo Castro Mendes²⁰⁸, a norma ética corresponde à norma *stricto sensu*, ou seja, às *normas de conduta* onde existe um *dever* e uma verdadeira *sanção* para o seu não cumprimento. Já as *normas técnicas* estabelecem uma *conduta necessária para determinado fim* que é *eticamente indiferente* ao direito ser ou não prosseguido, dando o exemplo da exigência de forma solene para a celebração da compra e venda de imóveis – não há um dever, mas um ónus. O acto contrário não é ilícito e acarreta apenas uma desvantagem. A nós parece-nos que este exemplo da forma, sem prejuízo de se tratar efectivamente de uma norma técnica eticamente neutra, não constitui nem sequer um ónus, antes um pressuposto da própria validade do negócio, antes do qual nem se pode falar com propriedade de ónus – ónus será, neste caso, a inscrição no registo predial.

Quanto à imperatividade, sê-lo-ão em princípio as normas técnicas, pois, se o seu acatamento visa determinado fim, é natural que com a sua derrogação se não alcancem os efeitos pretendidos. Exemplo de norma técnica é a que consta do art. 403.º, n.º 2 (oponibilidade a terceiros da cláusula de reserva de propriedade de imóveis ou moveis sujeitos a registo apenas após o registo). Quanto às regras sobre o ónus da prova trataremos adiante, por estarem sujeitas a um regime especial.

A imperatividade e dispositividade das normas éticas serão objecto de aprofundamento autónomo, *infra*, no Capítulo IV.

207 Cfr., neste sentido, o Ac. do TSI n.º 315/2004, de 11 de Setembro de 2014.

208 *Introdução ao Estudo do Direito*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, 1994, pp. 48-49.

22. Os efeitos jurídicos do negócio

A determinação dos efeitos jurídicos do negócio é da exclusiva competência da ordem jurídica²⁰⁹. Mesmos nos casos em que a lei ressalva a possibilidade de produção de outros efeitos na dependência da vontade das partes, não deixa de continuar a ser a própria lei a prever tais efeitos. Não é, assim, admissível, como princípio, a alteração da correspondência entre a causa e os efeitos do negócio (v.g. o efeito real da compra e venda e da doação; cfr. al. a) dos arts. 869.º e 948.º), o afastamento dos efeitos legais acessórios (v.g. através da cláusula *solve et repete*, na exclusão da excepção de não cumprimento; cfr. art. 422.º), o alargamento do alcance do negócio a terceiros (art. 400.º, n.º 2), a exclusão da responsabilidade contratual que repugne à sua função típica (arts. 798.º, n.º 2, 906.º, n.º 1, 907.º, n.º 1, e 914.º, n.º 1)²¹⁰.

A justificação para a imperatividade das normas de responsabilidade está no facto de, a ser excluída, se favorecer uma atitude de indiferença do devedor perante o interesse da contraparte – atentando contra o disposto no art. 392.º, n.º 2, 2.ª parte – em manifesta violação da boa fé (art. 752.º, n.º 2)²¹¹. Isto, sem prejuízo do que se dirá na secção seguinte sobre os moldes dentro dos quais se admite a limitação ou mesmo a exclusão da responsabilidade.

São inúmeros os exemplos de normas atinentes aos efeitos jurídicos dos negócios, que constituem uma parte substancial da disciplina de cada instituto jurídico previsto no Código. Vejam-se, entre outros, os arts. 712.º (extinção da hipoteca constituída por terceiro na medida em que este não possa ficar sub-rogado nos direitos do credor por facto positivo ou negativo deste), 857.º (eficácia em relação a terceiros, da remissão enquanto causa contratual de extinção das obrigações), 925.º (oponibilidade da cláusula a retro a terceiros, desde que a venda tenha por objecto coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registo, e tenha sido registada com aquela cláusula), 937.º (extinção, por morte do doador, da doação que tiver por objecto prestações periódicas, em homenagem à regra geral do art. 940.º, também ela imperativa, da inadmissibilidade de doações que produzam os seus efeitos depois da morte do doador²¹²), 1069.º (caducidade do comodato por morte do comodatário), e 1071.º (nos termos do qual as coisas mutuadas tornam-se propriedade do mutuário pelo facto da entrega).

209 Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, 1999, p. 71.

210 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, Coimbra Editora, 1969, pp. 205-207.

211 Idem, pp. 207-208.

212 Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, pp. 264-265.

23. Normas indenizatórias e sancionatórias

A indemnização e a sanção²¹³ no âmbito jurídico-civil não têm natureza necessariamente imperativa. Isso diz-nos, designadamente e com força de princípio geral de aplicação transversal à fixação dos direitos do credor, o n.º 2 do art. 798.º, nos termos do qual é admissível, salvo disposição legal imperativa em contrário (como a do art. 497.º, n.º 4), a limitação ou até a própria exclusão da responsabilidade civil pelo não cumprimento contratual *lato sensu*, em caso de culpa leve ou ausência de culpa. Naturalmente, em caso de dolo ou culpa grave, a possibilidade de *exclusão* da responsabilidade está totalmente arredada. Já a mera *limitação*, em moldes que não sejam irrisórios ou simbólicos, é, em princípio, admissível²¹⁴, de resto muito frequente na prática²¹⁵, na mesma lógica em que a lei permite a limitação convencional da garantia geral das obrigações nos termos do art. 597.º. Por outro lado, o regime da cláusula penal corrobora semelhante entendimento, na medida em que tanto a indemnização como a sanção devida nos casos de não cumprimento contratual estão na livre disponibilidade das partes (art. 799.º), tendo-se entendido que a cláusula penal de liquidação convencional do dano permite a limitação da indemnização em valor fixo e intencionalmente menor do que o do dano previsível²¹⁶.

Ao abrigo do regime traçado pelos referidos preceitos, deve entender-se válida a cláusula que, por exemplo, limite ou agrave a indemnização que no caso de mora o locatário é obrigado a pagar ao locador nos termos do art. 996.º. Não se vê, com efeito, como é que se poderia, sem excesso de artificialismo, autonomizar desta regra aplicável à locação em geral uma norma imperativa apenas aplicável ao arrendamento e apenas na parte em que considera inadmissível o agravamento do montante indenizatório ao abrigo do princípio do tratamento mais favorável ao arrendatário²¹⁷. Na verdade, este princípio justifica-se no interesse fundamental da garantia de casa para habitação e da estabilidade da habitação. Ora, estando em causa uma questão patrimonial em consequência de não cumprimento (mora) imputável ao próprio locatário, não parece que aquele interesse possa justificar o

213 À exceção da sanção pecuniária compulsória (art. 333.º).

214 Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, pp. 426 e ss; e Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 67.

215 Limitando-se normalmente a eventual indemnização ao valor do contrato.

216 Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, pp. 259-260.

217 Como entende Pereira Coelho, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, p. 142, no sentido de não se poder convencionar, “obviamente, indemnização superior”.

afastamento das regras gerais da fixação contratual dos direitos do credor, tanto mais que a lei não distingue naquele preceito entre a situação do arrendatário e a do locatário de coisa móvel, onde não existe aquele interesse tutelando. Parece-nos assim que, no quadro do actual regime, a sede de sindicância de qualquer abuso que possa eventualmente surgir deverá ser encontrada nos termos gerais da redução equitativa da pena (art. 801.º, n.º 1) – e deverá sê-lo, no caso do arrendamento para habitação, em termos mais permissivos, com base, precisamente, no poder-dever que a lei atribui ao juiz na decisão do caso segundo a equidade.

A temática das cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade reclama um estudo aprofundado e não será nesta sede que o faremos²¹⁸. Cumpre, no entanto, analisar uma norma sancionatória em particular, que surge no âmbito do sinal. A preocupação vem a propósito das abundantes cláusulas que no tráfico jurídico-imobiliário têm surgido na limitação da consequência do incumprimento do promitente-vendedor à restituição em singelo do sinal entregue e recebido.

A literatura jurídica – escassa neste aspecto – nem sempre é inequívoca e consistente quanto à derogabilidade deste regime. Assim, encontramos exposições que, num primeiro momento, começam por afirmar a imperatividade dos efeitos do não cumprimento do contrato-promessa imputável a quem recebeu o sinal como fixação da respectiva indemnização nos termos do n.º 2 do art. 436.º, e que, logo a seguir, se refere, considerando a norma do n.º 4, que “Nada obsta, no entanto, como também se vê desta disposição legal («salvo estipulação em contrário»), a que as partes estipulem indemnização superior ou inferior ao montante do sinal”²¹⁹. Também Pires de Lima e Antunes Varela parecem oscilar quanto a este aspecto, quando, em comentário à versão primitiva do preceito, referem que os efeitos da perda do sinal e da sua restituição em dobro têm-se imperativamente como fixação da indemnização pelos danos, e, em anotação à versão de 1980, indicam que o n.º 4 “ampliou o quadro das sanções *supletivamente* aplicáveis ao inadimplemento do contrato cujo cumprimento haja sido assegurado mediante sinal” (itálico nosso), querendo referir-se precisamente às sanções do n.º 2²²⁰.

Sobre as funções do sinal, têm sido apontadas a de confirmação e coerção ao cumprimento por um lado, e a de prévia fixação da indemnização, por outro, podendo igualmente assumir carácter sancionatório, atendendo a que o regime também se aplica mesmo que não haja dano efectivo²²¹. A função confirmatória

218 Ver Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil; Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 235 e ss; e “Avaliação convencional do dano”, pp. 121 e ss.

219 Abel Delgado, *Do Contrato-Promessa*, Livraria Petrony, 1978, pp. 318-319.

220 *Código Civil Anotado*, Vol. I, pp. 395-396.

221 Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 10.ª edição revista e aumentada, Almedina, pp. 137-138.

ou de garantia foi reforçada com a entrada em vigor do CCM, numa orientação de promoção do cumprimento pelas partes²²², podendo ler-se na Nota Justificativa que foi operada uma “mudança de perspectiva, na medida em que foi abandonada a ideia de que o sinal assume privilegiadamente um significado de direito ao arrependimento, a qual foi trocada pela concepção do contrato-promessa como um meio de vinculação não susceptível, salvo estipulação em contrário, de revogação unilateral”²²³. Nesta ordem de considerações, para haver algum fundamento para se concluir pela natureza imperativa do regime coercitivo do sinal, na medida em que existe um interesse geral para que os contratos sejam cumpridos, especialmente no âmbito do comércio imobiliário, que sempre constituiu o principal factor de consideração na modelação do regime jurídico do contrato-promessa e do sinal, e com a ameaça sancionatória bem se poderia prosseguir a referida função de garantia de forma mais eficaz.

A verdade, antes do mais, é que a lei continua a permitir o arrependimento, mesmo no âmbito da compra e venda de imóveis, pois, desde que não haja tradição da coisa, podem sempre as partes excluir o direito à execução específica (art. 820.º, n.ºs 1 e 2), e assim sucede amiúde na prática. Por outro lado, se a lei permite o afastamento em bloco do regime do sinal por via da (ilusão da) presunção do art. 435.º, não se vê como é que não haveria de permitir a exclusão desse mesmo regime só pelo facto de as partes terem rotulado de sinal a quantia entregue. É que, como se sabe, a qualificação jurídica dos factos feitos pelos particulares não vincula o juiz, da mesma forma que este pode e deve qualificar um contrato, por exemplo, como contrato-promessa, se for o caso, mesmo quando as partes o denominem de compra e venda. Depois, não deve esquecer-se que o regime do art. 436.º, designadamente dos seus n.ºs 2 e 4, não é exclusivo da promessa de compra e venda de imóveis, nem sequer do contrato-promessa em geral, sendo de aplicação transversal a qualquer contrato²²⁴, e, como tal, não podendo reflectir exclusivamente as preocupações em torno do mercado imobiliário – isso fê-lo o legislador, aí sim, na 2.ª parte do n.º 2 do art. 820.º, onde, em prossecução da referida função confirmatória, se prevê especificamente que “ainda que tenha havido convenção em contrário, o promitente-adquirente, relativamente a promessa de transmissão ou constituição onerosas de *direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele*, goza do direito à execução específica, contanto que tenha havido a seu favor tradição da coisa objecto do contrato” (itálico nosso). Por último, quer por via da regra geral da responsabilidade contratual do art.

222 Cfr. Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, pp. 131 e ss; e Tong Io Cheng, *O Regime Jurídico do Contrato-Promessa*, p. 255.

223 Miguel Urbano, *Breve Nota Justificativa, CCM*, versão portuguesa, p. XXII.

224 Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, pp. 93-94.

790.º, n.º 2, quando não haja sinal constituído e se exclua por completo o regime do sinal, quer por via do n.º 4 do art. 436.º, na parte em que se ressalva o direito à indemnização pelo dano excedente consideravelmente superior nos casos em que há sinal com exclusão do regime do n.º 2, a parte fiel terá sempre ao seu dispor os meios que lhe permitam obter uma indemnização para além do que tiver sido acordado, se estiverem provados os danos que sofreu, e sem prejuízo da verificação dos demais requisitos da responsabilidade civil. E nem se diga que esta indemnização, por qualquer das vias, está limitada precisamente à restituição em singelo ao promitente-comprador se o que estiver em causa é uma cláusula em que se convençione tal solução como consequência da frustração do negócio definitivo, porque, no primeiro caso, estando completamente afastado o regime do sinal, a restituição de tudo quanto foi pago não constitui qualquer indemnização, antes um direito e efeito legal *em acrescento à indemnização* (art. 790.º, n.º 2) e, no segundo, o direito à indemnização existe, nos termos do n.º 4 do art. 436.º, desde que haja dano consideravelmente superior ao dobro do sinal, e, por maioria de razão, ao pagamento em singelo, sendo qualquer limitação da indemnização à restituição em singelo nula por se tratar de uma autêntica cláusula de exclusão da responsabilidade, proibida em casos de dolo ou culpa grave nos termos gerais do art. 798.º.

Assim sendo, e tendo presente que, como referido, o nosso regime permite quer a limitação da indemnização a um determinado *plafond*, quer a fixação de um montante invariável em valor inferior ao dano expectável, parece ser de entender que a norma do n.º 2 do art. 436.º não pode deixar de ter natureza supletiva, tal como, de resto, tem sido entendido pelo STJ²²⁵, e que se compagina com a *ratio* do surgimento deste regime, na altura com o nome de *arras*, que foi

225 Acs. do STJ, de 29 de Maio de 1980, in BMJ, n.º 293, p. 330, e de 4 de Janeiro de 1963, in BMJ, n.º 123, p. 547, no sentido de que é devida a restituição do sinal em singelo se assim tiver sido convencionado. Ver também o Ac. do TRL n.º 5439/12.6TBALM.L1-6, de 19 de Dezembro de 2013, que, não obstante o acerto na fundamentação da mesma solução com base no preceito correspondente ao art. 399.º sobre a liberdade contratual, acrescenta uma justificação duvidosa assente no n.º 4 do art. 436.º, na parte em que se refere à “ausência de estipulação em contrário”. Na verdade, o que o n.º 4 prescreve – parece-nos – é um limite máximo à indemnização em caso de incumprimento, que corresponde, na falta de convenção em contrário e salvo a indemnização pelo dano excedente, à perda do sinal ou ao pagamento do dobro deste, não se pretendendo prever a hipótese de derrogação do regime-regra do n.º 2. Se assim o quisesse, teria o legislador ressalvado a possibilidade de estipulação em contrário no próprio n.º 2. De resto, a redacção primitiva deste preceito, que apenas sofreu alterações formais juntamente com a previsão da indemnização pelo dano excedente, é inequívoca neste sentido: “Salvo estipulação em contrário, a existência de sinal impede os contraentes de exigirem *qualquer outra indemnização* pelo não cumprimento, *além* da fixada no número anterior” (itálico nosso). O fundamento da supletividade da norma do n.º 2 é, efectivamente, o princípio da liberdade contratual plasmado no art. 399.º e não qualquer outro.

a de consagrar a *possibilidade* de as partes manifestarem vontade em contrário à solução da indemnização nos termos gerais, no sentido de atribuírem às arras a função de cálculo prévio da indemnização, ou de permitirem a resolução do contrato mediante a perda das arras ou a sua restituição em dobro²²⁶.

24. Normas directas e indirectas

As normas directas têm como destinatários os intervenientes da vida social e visam resolver problemas da vida, enquanto as indirectas ou instrumentais destinam-se aos aplicadores do direito na resolução de problemas eminentemente técnico-jurídicos, de que é exemplo o n.º 3 do art. 8.º (“Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”)²²⁷. Entre as normas indirectas destacam-se as normas remissivas, as normas de aplicação da lei no tempo e no espaço. Apenas as primeiras nos interessam. As remissões legais são imperativas²²⁸ (v.g., quanto às remissões em bloco, para todo o regime com as devidas adaptações, os arts. 582.º, sobre a aplicação das regras da cessão de créditos a outras figuras, 928.º, n.º 1, que determina a extensão das regras da venda a prestações a todos os contratos pelos quais se pretenda obter resultado equivalente ao da venda a prestações, 933.º, que determina a aplicação das regras da compra e venda a outros contratos, e 1082.º, sobre a extensão das disposições do mandato às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente; e, quanto a remissões a determinados preceitos, os arts. 674.º, 1112.º e 1132.º, entre muitos outros).

Também devem ser consideradas indirectas e, portanto, imperativas as chamadas normas negativas ou proposições jurídicas restritivas²²⁹, cuja função é afastar a aplicação de certos preceitos a um determinado instituto jurídico²³⁰, e podem ser consideradas normas incompletas que devem ser lidas em conjunto com as normas cujo regime se quer afastar. Exemplo disso encontra-se no art. 895.º, que faz aplicar as normas da Secção da venda de bens alheios apenas e exclusivamente à venda de coisa alheia tida como própria, pretendendo-se, no fundo, dizer que se afasta da sua aplicabilidade a venda de coisa alheia tomada nessa qualidade pelas partes.

226 Conforme explica Vaz Serra, “Resolução do Contrato”, in BMJ, n.º 68, pp. 271-272.

227 Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 56-59.

228 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, p. 378.

229 Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 362-364.

230 Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 60-61.

25. Normas de controlo do conteúdo contratual

Sempre que a lei se refira a um juízo ou decisão do tribunal no controlo do conteúdo dos contratos, não está na disponibilidade das partes excluir tais poderes atribuídos por lei ao juiz. Distinguem-se estas normas das indirectas, na medida em que se tem em vista aqui o controlo material do conteúdo e das soluções a dar às relações jurídicas, em busca da justiça do caso concreto.

Assim, quando se prescreve que a resolução do contrato de locação fundada na falta de cumprimento por parte do locatário tem de ser decretada pelo tribunal (art. 1017.º, n.º 2), será desprovido de valor jurídico o acordo pelo qual as partes estipulem, por exemplo, que não se pode levar o caso a juízo e que a resolução se faz mediante declaração extrajudicial. Está aqui em jogo, como é patente, a protecção do locatário contra caprichos do senhorio, que, na falta desta norma imperativa, poderia a seu critério e bel-prazer pôr em causa o direito do locatário com base no que ele entende ter sido falta de cumprimento.

Outros exemplos são os do n.º 2 do art. 999.º, segundo o qual as regras de actualização da renda ou aluguer firmadas aquando do contrato estão sujeitas a ser modificadas pelo tribunal, a requerimento do locatário, sempre que fixem critérios arbitrários ou manifestamente não razoáveis; do n.º 2 do art. 898.º, sobre a fixação do prazo pelo tribunal para a convalescência da venda de bens onerados; do art. 801.º, sobre a redução da pena convencional manifestamente excessiva²³¹.

É óbvio que, quando a intervenção do tribunal seja imposta apenas após a possibilidade de estipulação das partes, a norma é meramente dispositiva. É o caso do art. 873.º, segundo o qual as partes podem convencionar desde logo o modo de determinação do preço e, apenas na sua falta e na insuficiência das demais regras, compete ao tribunal fazê-lo.

26. A ineficácia e as invalidades

A ineficácia em sentido amplo inclui a inexistência jurídica, a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia em sentido estrito, e significa a não produção, no todo ou em parte, dos efeitos que um negócio tenderia a produzir, *por impedimento decorrente do ordenamento jurídico*²³². Independentemente da discutida questão

231 Pretendendo proteger-se o devedor que levemente acredita que tudo vai correr bem e que assim consente na cláusula penal. Cfr. Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 88.

232 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 615.

da admissibilidade da figura da inexistência jurídica, é seguro dizer que no direito dos contratos do Código Civil não existe qualquer preceito que se refira a esta modalidade de ineficácia *lato sensu*.

No Livro das Obrigações, o CCM comina expressamente a *nulidade*, tanto do próprio negócio como de determinadas cláusulas, nos seguintes preceitos, que por isso assumem carácter imperativo: 497.º, n.º 4 (nulidade da cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada), 504.º (indeterminabilidade da pessoa do credor da obrigação), 573.º (proibição da cessão de direitos litigiosos), 690.º (proibição do pacto comissório), 691.º (nulidade da cláusula de inalienabilidade dos bens hipotecados), 711.º, n.º 1 (nulidade das hipotecas voluntárias que incidam sobre todos os bens do devedor ou de terceiro sem os especificar), 798.º, n.º 1 (nulidade da cláusula de renúncia antecipada do credor aos seus direitos, de resto um princípio geral fundado na ordem pública), 799.º, n.º 4 (nulidade da cláusula penal por decorrência da nulidade da obrigação principal), 801.º, n.º 1 (nulidade da cláusula impeditiva da redução da pena convencional manifestamente excessiva), 867.º (proibição de venda de coisa ou direito litigioso), 921.º, n.ºs 1 e 2 (nulidade, na venda a retro, da estipulação de pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução, e da cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda, quanto ao excesso), 950.º, n.º 1 (nulidade da doação de bens alheios), e 1033.º, n.º 3 (nulidade da cláusula pela qual se convence o pagamento da renda em moeda específica ou sem curso legal em Macau, para qualquer tipo de arrendamento). Também a regra do n.º 1 do art. 628.º é imperativa, ao prescrever a invalidade da fiança por “contaminação” da invalidade da obrigação principal, que tanto pode tratar-se de nulidade ou de anulabilidade.

O único desvio à imperatividade de norma cuja violação conduz à nulidade do negócio ou da cláusula é a que consta do art. 882.º, referente à nulidade da venda de bens alheios, que não pode considerar-se inteiramente imperativa, pois há que a conjugar com o preceito subsequente, que sujeita a venda de bens alheios ao regime da venda de bens futuros se as partes os considerarem nesta qualidade, o que equivale a dizer que está na disponibilidade das partes afastarem o regime do art. 882.º.

O outro grupo de normas cuja violação gera, em conjugação com a cominação do art. 212.º, a nulidade reconduz-se ao vício de forma *ad substantiam*. Todas estas normas são facilmente identificáveis: v.g. arts. 404.º, n.º 2 (contrato-promessa), 407.º (promessa com eficácia real, redutível contudo para uma promessa sem eficácia real), 409.º (pacto de preferência), 656.º (consignação voluntária de rendimentos), 709.º (hipoteca voluntária), 823.º (cessão de bens aos credores), 866.º (compra e venda de imóveis), 941.º (doação de imóveis, ou

móveis sem tradição da coisa), e 1032.º (arrendamento).

Quanto às normas que prevêm a *anulabilidade* dos negócios, há que recordar que a figura da confirmação do negócio, que acarreta a renúncia ao direito de anulação²³³, embora não dependa de forma e possa ser efectivada de modo tácito, sempre exige o conhecimento do vício e do direito à anulação por parte do seu titular e só é eficaz quando for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade, nos termos do art. 281.º. Por conseguinte, resulta da *ratio* do regime da anulabilidade e da sua confirmação que, não podendo haver confirmação relevante antes da cessação do vício e do seu efectivo conhecimento, estará vedada a prévia renúncia ao direito de anulação pelo seu titular, designadamente por estipulação no contrato inicial. Inversamente, será válida e eficaz a cláusula contratual²³⁴ pela qual se renuncie *ex post* a esse mesmo direito, por via e preenchidos os pressupostos do instituto da confirmação. Colocando a ênfase na possibilidade de derrogação prévia das normas legais, diremos que, à semelhança do que se referiu quanto à nulidade, as normas que cominam a anulabilidade dos negócios jurídicos são imperativas e inderrogáveis, por ser irrenunciável o próprio direito à anulação, mesmo com consentimento livre e informado de todos os seus intervenientes.

No Livro das Obrigações, encontramos os seguintes preceitos: 896.º e 904.º, n.º 2 (anulabilidade da venda de bens onerados por erro ou dolo), 952.º, n.º 2 (anulabilidade da doação onerada, limitada ou viciada, a requerimento do donatário de boa fé), 972.º, n.º 2 (anulabilidade do contrato de locação de bem indiviso sem o acordo legalmente exigido) e 981.º, n.º 1 (anulabilidade do contrato de locação por erro ou dolo).

Por último, a *ineficácia*, diferentemente da anulabilidade, que é estabelecida no interesse de uma das partes do negócio, protege geralmente terceiros, assim se designando ineficácia relativa ou inoponibilidade, podendo também actuar automaticamente e *erga omnes*, caso em que toma a forma de ineficácia absoluta²³⁵. Daqui resulta também que as normas sancionadoras da ineficácia não podem senão ser imperativas, porque estabelecidas no interesse, ou também no interesse, de terceiros. É certo que, com o consentimento destes, sempre é possível afastar-se a ineficácia, mas tal só apenas ocorrerá num momento posterior ao próprio negócio, à fase estipulativa portanto. Assim, e até porque o terceiro não saberá nem poderá intervir na negociação das cláusulas contratuais, é por natureza inadmissível a prévia derrogação deste tipo de normas legais.

233 Rui de Alarcão, “Efeito da Confirmação dos Negócios Anuláveis”, p. 72.

234 Que será estipulada necessariamente na forma de uma adenda ou de um acordo à parte.

235 Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 616.

No direito dos contratos são normas que prevêm a ineficácia as constantes dos arts. 418.º, n.º 2 (ineficácia em relação ao devedor cedido da cessão da posição contratual antes da sua notificação ou reconhecimento), 447.º, n.º 2 (ineficácia da declaração de nomeação não acompanhada do instrumento de ratificação do contrato ou de procuração anterior à celebração deste, no contrato para pessoa a nomear)²³⁶, 677.º, n.º 2 (ineficácia absoluta do penhor de crédito sem notificação ou aceitação pelo respectivo devedor, que é terceiro na relação credor pignoratício-autor do penhor/credor daquele devedor, ou do penhor de crédito sujeito a registo antes do registo), 809.º (ineficácia em relação ao exequente dos actos de disposição ou oneração dos bens penhorados), 810.º (ineficácia em relação ao exequente da extinção do crédito do devedor por causa dependente da vontade do executado ou do seu devedor, verificada depois da penhora), 1009.º, n.º 1 (ineficácia da sublocação em relação ao locador ou a terceiros antes do seu reconhecimento pelo locador ou da sua comunicação no prazo de 15 dias), 1030.º, n.º 2 (ineficácia da cessão da utilização do prédio decorrente da locação da empresa comercial não comunicada ao senhorio no prazo de 15 dias).

Sobre a ineficácia da novação para os casos em que a primeira obrigação estava extinta ao tempo em que a segunda foi contraída, ou vier a ser declarada nula ou anulada, conforme estabelecido no art. 851.º, n.º 1, parece-nos que não se trata de uma ineficácia em sentido estrito, no sentido de faltar ao negócio um elemento extrínseco para a produção dos efeitos a que tenderia, mas um verdadeiro elemento interno e essencial, na medida em que, não havendo obrigação válida não é possível a sua substituição por uma nova. De todo o modo, a norma é de considerar imperativa, pois não pode haver novação sem a existência de um objecto válido, embora se deva admitir a validade da constituição da nova obrigação, já não em substituição da primeira mas apesar e independentemente desta, se do acordo de novação resultar a vontade do devedor nesse sentido. Simplesmente, nestes casos já não está perante a figura da novação, pelo que não há hipótese que permita afastar a norma do art. 851.º, n.º 1.

236 Fique claro que a ineficácia estabelecida neste artigo não é de modo algum derogável pela norma do n.º 2 do art. 449.º, segundo a qual, não sendo feita a declaração de nomeação nos termos legais, o contrato produz os seus efeitos relativamente ao contraente originário, *desde que não haja estipulação em contrário*, pois o que se pode afastar é a produção de efeitos relativamente ao contraente originário, sem que disso implique a produção de efeitos em relação ao terceiro, dando lugar, neste caso, a um negócio sob condição, que continua ineficaz em qualquer caso se a pessoa a nomear não o ratificar. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, pp. 436-437.

27. Normas sobre a distribuição do ónus da prova, prescrição e caducidade

As normas de distribuição do ónus da prova, como a que decorre v.g. do art. 788.º, n.º 1, são derogáveis por inversão convencional (art. 337.º, n.º 1), contanto que se trate de direito disponível e que a inversão não torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito (art. 338.º, n.º 1, *a contrario*)²³⁷.

De modo semelhante, as normas sobre caducidade são dispositivas em matéria de direitos disponíveis e desde que não se trate de fraude às regras legais da prescrição (art. 322.º). São exemplos os arts. 410.º, n.º 2 (exercício do direito de preferência no prazo de 8 dias), 881.º, n.º 2 (exercício do direito à resolução da venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem ou medição no prazo de 3 meses), 909.º, n.ºs 2 e 3, e 910.º (denúncia do defeito na compra de coisa defeituosa e propositura da respectiva acção) e 1146.º e 1150.º (denúncia do defeito na empreitada e propositura da respectiva acção). Em todo o caso, a modificação dos prazos de caducidade tem de se pautar por critérios de razoabilidade e de boa fé, não sendo admissível a sua redução a ponto de tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício dos respectivos direitos²³⁸. Assim, por exemplo, será válida a cláusula que limitar a 7 dias o prazo de denúncia de defeitos em produtos alimentares frescos, mas já não para o caso de se tratar, por exemplo, de electrodomésticos.

Diferentemente, a prescrição, que é de ordem pública²³⁹, está fora da disponibilidade das partes e, como tal, reveste a forma de normas imperativas²⁴⁰.

28. Revogação unilateral, denúncia e renúncia

Na falta de permissão legal²⁴¹, as partes estão vedadas de estabelecer proibições incompatíveis com o livre exercício da autonomia privada através da *prévia* imposição de restrições à revogabilidade, denunciabilidade ou

237 Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 111.

238 Neste sentido, Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, pp. 445 e ss.

239 Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 392.

240 Apesar das críticas que têm sido dirigidas a esta diferença de regime. Cfr. Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, pp. 112-113.

241 Como a que decorre do art. 442.º, n.º 1 (*Salvo estipulação em contrário, a promessa é revogável enquanto o terceiro não a aceitar...*).

renunciabilidade do negócio²⁴², porquanto a consagração legal destas faculdades se prende com motivos especiais de protecção do respectivo titular, nomeadamente para garantir a liberdade de desvinculação nos contratos duradouros ou por virtude de alteração superveniente das circunstâncias²⁴³. São, assim, imperativas as normas dos arts. 591.º, n.º 1 (revogabilidade do contrato de transmissão singular de dívidas entre as partes enquanto não for ratificado pelo credor), 625.º, n.º 2 (revogabilidade, pelo autor do encargo, do mandato de crédito enquanto o crédito não for concedido, e denunciabilidade a todo o tempo), 964.º, n.º 1 (revogabilidade da doação por ingratidão do donatário, quando este se torne incapaz, por indignidade, de suceder ao doador, ou quando se verifique alguma das ocorrências que justificam a deserdação, salvo nos casos previstos no n.º 2; a imperatividade da norma é confirmada pelo art. 966.º, que proíbe o doador de renunciar previamente a esse direito de revogação), 1024.º, n.º 1 (revogabilidade unilateral do contrato de locação por parte do locatário), 1024.º, n.º 3, e 1044.º, n.º 1 (revogabilidade unilateral do contrato de arrendamento por parte do arrendatário), 1038.º, n.º 1 (denúncia do contrato de arrendamento por parte do arrendatário, e por parte do senhorio ao fim de 2 anos sobre o início do arrendamento), 1043.º, n.º 4 (renunciabilidade do direito à transmissão do arrendamento para habitação por parte dos beneficiários), 1046.º, n.º 1 (renunciabilidade do direito à transmissão do arrendamento comercial por parte dos sucessores), 1096.º, n.º 1 (revogabilidade do mandato a todo o tempo por qualquer das partes), e 1141.º, n.º 2 (denunciabilidade do contrato pelo empreiteiro se, em consequência de alterações necessárias, o preço for elevado em mais de vinte por cento).

Capítulo IV

Imperatividade e dispositividade das normas de conduta em especial

29. Generalidades

A maior dificuldade na distinção entre imperatividade e dispositividade concentra-se nas normas de conduta, também chamadas primárias²⁴⁴, e que se

242 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, p. 202.

243 Sem esquecer a faculdade geral de resolução ou modificação do contrato neste último caso, nos termos, mais exigentes, do art. 431.º.

244 Hart, *O Conceito de Direito*, pp. 89 e ss. Como é sabido, o Autor distingue as regras em primárias e secundárias. Aquelas impõem deveres. Estas atribuem poderes para que as pessoas possam

dividem em normas preceptivas e normas proibitivas, consoante imponham a prática ou a abstenção de uma conduta positiva, ou, o mesmo é dizer, consoante imponham uma conduta positiva ou uma conduta negativa. Tradicionalmente, as normas de conduta, sendo injuntivas, têm sido classificadas entre *normas mais que perfeitas*, como as que incorporam tanto a invalidade do acto como uma pena para o seu incumprimento; *normas perfeitas*, como as que acarretam apenas sanções civis para o seu incumprimento; *normas menos que perfeitas*, como as que prevêm sanções penais sem, no entanto, afectar o negócio jurídico; e *normas imperfeitas*, como as que não estabelecem qualquer sanção para o incumprimento²⁴⁵, entendendo-se tradicionalmente, para uma parte da doutrina, que estas últimas não são verdadeiras normas jurídicas por lhes faltar o elemento essencial da sanção²⁴⁶. Segundo a concepção adoptada para as normas imperativas nesta exposição, a supramencionada classificação não nos é relevante nem útil para a delimitação das normas imperativas face às dispositivas.

Por outro lado, normas permissivas ou facultativas são as que permitem às partes decidir sobre a realização ou não de um certo comportamento. Estas normas tanto podem ser dispositivas como imperativas²⁴⁷. É o caso, por exemplo, de a lei atribuir a uma das partes um direito no âmbito de um contrato. Parece evidente que o facto de este tipo de normas assumir carácter permissivo não poder levar *per se* à conclusão sobre a sua imperatividade ou dispositividade²⁴⁸, dependendo antes da possibilidade ou não de afastamento *a priori* desse mesmo direito no respectivo acordo de vontades, o que terá que ver, neste caso, com a (ir)renunciabilidade do direito em causa²⁴⁹.

criar novas regras primárias, ou seja, criar ou alterar deveres ou obrigações (p. 91).

245 Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 95-96.

246 Sendo uma “*contradictio in adjecto*” e “máximas ou preceitos morais, exprimindo, quando muito, um desejo do legislador que deve abster-se de as formular” para Cabral de Moncada, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 48.

247 Adoptando uma terminologia diversa, Baptista Machado (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 93-94) faz coincidir estas normas que também apelida de concessivas com as normas dispositivas, dando os exemplos dos preceitos correspondentes aos arts. 791.º e 1039.º, que respectivamente concedem as faculdades de resolver o negócio nos casos de impossibilidade parcial da prestação e de denunciar o contrato de arrendamento. Devemos antecipar que ambas as normas são das que mais frequentemente vêm apontadas pelos Autores como sendo exemplos de normas imperativas, como iremos ver a seu tempo. A questão vem tratada nestes moldes apenas porque o Autor denomina de supletivas as normas que neste estudo designamos por dispositivas para significar as que são derogáveis por vontade das partes.

248 Como alguns Autores o sugerem. Cfr., neste sentido, Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 524, que refere que “as regras permissivas são por natureza regras dispositivas”.

249 No mesmo sentido, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, pp. 171-172; e Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da*

Muitas das normas de conduta surgem na parte especial do Livro das Obrigações e dúvidas não deve haver que todos os tipos contratuais prevêm normas imperativas, designadamente no que diz respeito aos requisitos de forma, quando os houver²⁵⁰, ou no que respeita aos pressupostos ou efeitos do negócio, como vimos no Capítulo anterior. Mais difícil é determinar se o uso do “dever” consubstancia um imperativo. Segundo uma concepção tradicional, para as regras de dever ser (*sollen*, em alemão), o “tu deves” tem carácter imperativo, e os exemplos são os deveres de entregar a coisa e de pagar o preço no contrato de compra e venda, e do dever de indemnizar pelos danos causados a outrem. Os deveres (obrigações) são o correlato dos imperativos jurídicos, que exprimem uma vontade da comunidade jurídica, do Estado ou do legislador, e são os “verdadeiros portadores do sentido da ordem jurídica”, elaborados a partir das proposições gramaticais contidas na lei, pois as definições legais e as permissões não são regras autónomas e carecem de combinação com proibições ou prescrições (comandos)²⁵¹. Mas o uso deste tipo de expressões não deve ser considerado decisivo *per se*, como veremos.

30. O critério dos interesses tutelados

Se dermos por assente, como damos, que o art. 399.º positiva um autêntico princípio do Direito das Obrigações, então as limitações à liberdade contratual terão necessariamente de ser justificadas por interesses considerados mais relevantes, interesses que o ordenamento, na sua valoração soberana, considera infringíveis²⁵². Não estando em causa nenhuma valoração de justiça, devem considerar-se, por princípio, dispositivas as normas deste sector do direito²⁵³.

Os interesses gerais ou de terceiros identificados expressa ou tacitamente no texto da norma, mais do que os interesses das partes, são fortemente indiciadores do seu carácter imperativo. No Direito das Obrigações não são, no entanto, frequentes as normas de manutenção da ordem social ou de prevenção de resultados gravemente injustos. As normas de protecção social, neste ramo do direito, concentram-se no arrendamento para habitação e na compra e venda

Liberdade Contratual, p. 223, em nota.

250 Flume, *Das Rechtsgeschäft*, p. 14.

251 Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pp. 27-29.

252 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 224.

253 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 88, e Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 74.

a prestações²⁵⁴.

De importância para a averiguação dos interesses inerentes às normas são, para além dos trabalhos preparatórios, as declarações de intenção legislativa (*les déclarations d'intention*), os preâmbulos e os próprios artigos das leis declaram os motivos que determinaram a emanação da lei e os princípios por que se deve orientar a interpretação das suas normas. O exemplo paradigmático no campo das obrigações no direito francês é a lei do arrendamento, de 6 de Julho de 1989²⁵⁵, cuja declaração tem sido interpretada como sendo de sentido político e filosófico mais do que jurídico²⁵⁶. No âmbito do CCM, pode ver-se a Nota de Abertura, já referida, em especial quanto às considerações que estiveram por detrás das alterações ao regime do sinal no CCP em 1988 e ao CCM em 1999²⁵⁷.

31. Cont. Interesse geral

Em primeiro lugar, tem sido apontado o interesse geral, como um interesse de um universo indeterminado e indeterminável de pessoas, que em abstracto pode vir a ser afectado directa ou indirectamente pela derrogação de determinada norma, que assim será imperativa por incorporar um interesse que escapa à disponibilidade das partes. Sendo geral e abstracto, só com uma interpretação casuística de cada acordo se poderá concluir pela existência de um prejuízo

254 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, p. 49.

255 *Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986*, com as alterações posteriores, que, no seu art. 1.º prevê o seguinte: “*Le droit au logement est un droit fondamental; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales. (...) Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives.*”

256 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 318.

257 P. XXI: “A reforma do regime do contrato-promessa operada em 1988, preocupada como estava com a defesa do consumidor numa época de elevadíssima especulação imobiliária, veio, no âmbito dos contratos-promessa relativos a imóveis, alterar radicalmente o significado jurídico atribuído ao sinal para o promitente-comprador, já que, em oposição com o regime anterior, estipulou que, havendo sinal, este não continuasse a ter um significado penitencial, mas antes, e pelo contrário, passasse a assumir um significado confirmativo absoluto. Pelo que, nesses casos e a partir de então, o direito à execução específica passou a ficar necessariamente atribuído ao promitente-comprador, mesmo quando as partes tivessem acordado o seu afastamento por meio de declaração expressa”, o que justifica a imperatividade da respectiva norma ao abrigo do regime então em vigor.

concreto para o interesse geral²⁵⁸.

O exemplo que é avançado com relevância para este nosso estudo é o da exigência de forma solene para a materialização do contrato de compra e venda de imóveis (art. 866.º), que, conforme tem sido referido, visa proteger designadamente o interesse geral da segurança do comércio jurídico e o da garantia de pagamento dos devidos impostos²⁵⁹.

Também se fala, a este respeito e em sentido similar, do atendimento do interesse público, como um interesse concreto da colectividade, ou dos interesses públicos, como verdadeiros e próprios interesses da vida real²⁶⁰. Há, por outro lado, o espaço do público (*öffentlichkeit*), que se refere a interesses supra-individuais mas não públicos. Por isso se prefere pela expressão *interesses gerais*, que se reconduzem aos da conservação da estrutura jurídico-política e aos da consecução de objectivos económico-sociais. Nestes últimos se inclui a defesa dos pressupostos institucionais do sistema, como a disciplina da concorrência²⁶¹.

32. Cont. Interesse de terceiros

Aqui a norma imperativa destina-se a proteger um determinado terceiro²⁶² ou um grupo de sujeitos determinável, sendo igualmente necessário interpretar o próprio acordo, para além da norma, para se poder concluir pela lesão desse interesse. A imperatividade desta categoria de normas é indiscutível em face do princípio da relatividade dos contratos, dado apenas os terceiros poderem pactuar sobre o que a lei lhes reserva²⁶³.

Nesta categoria surgem as normas sobre o direito de preferência, que visam proteger o terceiro-titular do direito, bem como as da cessão da posição contratual.

Surgem também as normas contra a externalização de custos para terceiros, pois se as mesmas revestissem natureza supletiva seriam sempre objecto de derrogação pelas partes contratuais²⁶⁴.

São muitos os exemplos que se pode dar no âmbito do Direito das

258 Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 181.

259 *Idem*, p. 182.

260 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 259.

261 *Idem*, pp. 260-261.

262 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I*, p. 205.

263 Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 75.

264 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 17.

Obrigações. Veja-se, entre outros, os arts. 403.º, n.º 2, *a contrario* (inoponibilidade a terceiros de cláusula de reserva de propriedade não registada, quando incida sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo), 429.º, n.º 1 (ressalva dos direitos adquiridos por terceiros na sequência de resolução do contrato, ainda que expressamente convencionada, sem prejuízo do disposto no número seguinte), 438.º, n.º 1 (aquisição do direito à prestação, independentemente de aceitação, pelo terceiro a favor de quem foi convencionada uma promessa) e 687.º, al. c) (ressalva dos direitos de terceiros na hipoteca inclusiva de benfeitorias).

33. Cont. Interesse de ambas as partes

A intervenção paternalista deve ser reduzida ao mínimo nestes casos. Aqui é essencial saber se o acordo foi livremente alcançado por ambas as partes ou se foi imposto por uma à outra, e “se as partes tiveram em conta, na estipulação, as preocupações que levaram a que o regime consagrado na lei fosse especialmente protegido”²⁶⁵.

O exemplo pode ser o mesmo da forma da compra e venda de imóveis, neste caso pretendendo a norma assegurar uma decisão ponderada das partes e facilitar a prova da celebração do contrato²⁶⁶. O mesmo é dizer que, neste exemplo, coexistem o interesse geral e o interesse das partes.

Sob uma perspectiva jurídico-económica, tem-se apontado também finalidades de eficiência como motivo justificador de uma intervenção imperativa no interesse de ambas as partes. Aqui o legislador terá que questionar-se sobre “o que as partes teriam feito” se não fosse o regime actual em vigor mas um outro que removesse os custos de transacção que terão impedido as partes de negociar. Difere-se das finalidades paternalísticas pelo facto de aqui se partir do pressuposto de que as partes preferirão o novo regime, não estando o legislador a procurar decidir pelas partes e para as partes a solução “ideal” sem ter em conta os seus pontos de vista²⁶⁷.

265 Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 185, embora o Autor prefira o uso da expressão “interesses gerais”.

266 Cfr., por todos, Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 428-429; e Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 444.

267 Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, p. 572 e ss. O Autor, citando Posner, dá o seguinte exemplo para elucidar a ideia (pp. 597-598): Ao consumidor pode muitas vezes faltar conhecimentos sobre segurança dos produtos. Ora, a empresa que publicite que os seus produtos oferecem maior segurança comparativamente com produtos dos seus concorrentes

34. Cont. Interesse de uma das partes

Mais frequente é a norma imperativa visar a protecção do interesse de uma das partes face à outra. Coloca-se aqui, no entanto, a velha questão do paternalismo excessivo, nos casos em que a parte supostamente mais fraca está perfeitamente esclarecida quanto às razões da protecção da lei e, ainda assim, quer mesmo aquele efeito decorrente do afastamento da norma imperativa em causa. Certo é que, estando ultrapassada a concepção da soberania total das partes nas convenções, segundo a qual “nenhuma injustiça é possível quando se decide por si próprio” ou “toda a justiça é contratual, quem diz contratual diz justo”²⁶⁸, a lei não pode deixar de fixar limites à liberdade de vinculação que de outro modo seria ilimitada, nem que seja para permitir o posterior arrependimento do particular²⁶⁹. Com efeito, as normas que são imperativas com fundamento nesta ordem pública de protecção são inderrogáveis apenas numa direcção, no sentido desfavorável aos interesses tutelados pela lei, permitindo estipulações mais vantajosas²⁷⁰. O problema está, como é bom de ver, não tanto na possibilidade de derrogação da disciplina imperativa no momento da execução ou cumprimento do contrato – porque aqui o visado já não tem receio da não celebração do contrato pela contraparte, nem se encontra perante a necessidade de ter de abdicar de direitos *ex ante*, para além de poder socorrer-se das vias judiciais quando confrontado pelo incumprimento contratual da contraparte –, mas na necessidade de o proteger em momento anterior ao cumprimento das obrigações, *maxime* aquando da negociação e conclusão do contrato, em moldes que lhe permitam “consentir” nas cláusulas “derrogadoras” de normas imperativas para, só assim, poder concluir o negócio e depois prevalecer-se dessas mesmas normas imperativas no momento da execução do contrato.

Como se deixa ver, nestes moldes, este tipo de normas imperativas devem

poderá criar receios na consciência dos consumidores que dantes não existiam, por os malefícios serem de pequena monta ou mesmo significativos mas que por alguma razão está fora do alcance do público (v.g. os cigarros, durante muito tempo). Neste tipo de circunstâncias o vendedor é dissuadido de fazer publicidade das melhores condições de segurança dos seus produtos, só o fazendo se concluir que com isso ganhará mais clientela dos concorrentes que os clientes que perde por deixarem de consumir o produto. Assim, impondo legislativamente uma obrigação de indemnizar pelos danos decorrentes do consumo do produto, os vendedores farão o razoavelmente possível para minimizar a sua potencial responsabilidade perante os consumidores.

268 Fórmulas de Kant e Fouillée, respectivamente, citadas em Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 26.

269 Em sentido próximo, Leslie Green, “Law and Obligations”, pp. 525-526: “Precisely because law has a wide scope and is morally fallible, the promise to obey may seem fatally open-ended and, if irrevocable, hazardous”.

270 Enzo Roppo, *O Contrato*, p. 192.

ser excepcionais no direito dos contratos do Código Civil, que, como vimos, assenta na igualdade das partes. Por um lado, a protecção contra este tipo de situações é, e deve ser, dispensada em primeira linha pelo regime das cláusulas contratuais gerais e no âmbito do direito do trabalho. Por outro, corre-se sempre o risco de se exceder os limites da boa fé, porque o visado não deixa efectivamente de contrariar, num momento posterior, o que disse e assumiu num momento anterior. A imperatividade nestes casos deve, pois, ser fundamentamente justificada.

Sob um ponto de vista económico neoclássico, se duas partes celebram um contrato de livre vontade, presume-se que ambos sentem que venham a beneficiar dele, pois, caso contrário, não o fariam. Esta presunção apenas se afasta, segundo esta perspectiva, em virtude de falhas de contrato ou de falhas de mercado. Estas são, assim, as razões legitimadoras da limitação à liberdade contratual²⁷¹.

O carácter bilateral da imperatividade, mesmo contra a real vontade da parte a quem a lei pretende proteger justifica-se²⁷² efectivamente pelo paternalismo²⁷³, pela ficção de que a parte mais fraca não terá em caso algum poder de negociação que lhe permita alcançar um resultado melhor do que a que resulta da solução que lhe foi atribuída – leia-se, imposta – pelo legislador²⁷⁴. A absolutização desta teoria tem vindo a ser criticada pela doutrina moderna, cada vez mais tendente a defender uma protecção material ou efectiva da parte mais débil, no sentido de se dever realizar o fim último pretendido pela lei, qual seja o de favorecer a parte mais fraca. A ser assim, na ausência de qualquer protecção de terceiros ou

271 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 84.

272 Para uma possível justificação em prol do paternalismo legal, Douglas Husak, “Paternalism”, pp. 475 e ss.

273 Maria Rosaria Marella, “The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe”, p. 263, num tom crítico, refere que, segundo o paternalismo, a pessoa torna-se incapaz, em certas circunstâncias, de identificar os seus próprios interesses. No citado estudo de Maria Rosaria Marella, p. 263, refere-se um caso clássico decidido pelos tribunais norte-americanos, *Hill v. Missouri Pacific Ry Co*, em que a Autora parece criticar a decisão que julgou nulo o contrato de trabalho celebrado para vigorar até à idade de reforma do trabalhador-autor da acção, equivalente a cerca de 9 anos, por violação de uma norma imperativa que estabelecia um termo máximo de 5 anos, quando era do interesse do trabalhador permanecer empregado na empresa em virtude de um acidente de trabalho que o deixara lesionado. Ora, segundo a Autora, a dita norma da lei do trabalho foi evidentemente adoptada para protecção do trabalhador contra explorações do empregador, e resultou na proibição de celebração de contratos favoráveis ao próprio trabalhador.

274 O que nos leva a uma questão interessantíssima e desafiante, a de saber se, provada a real vontade da parte supostamente mais fraca e o efectivo interesse dela na derrogação de uma norma imperativa, lhe será ainda legítimo invocar, num momento posterior, a violação desta mesma norma por estipulação contratual. Questão que teremos de relegar para um futuro estudo, com a devida profundidade.

do interesse geral pela mesma norma imperativa – pois nestes casos já há que chamar à colação todos estes interesses –, esta nova teoria defende que a norma deve considerar-se dispositiva para a parte mais débil, limitando-se apenas a liberdade contratual da contraparte²⁷⁵.

O paternalismo contratual pode resumir-se *grosso modo* na seguinte ideia: o particular é obrigado ou proibido de actuar duma determinada maneira para o seu próprio bem-estar físico, moral ou patrimonial²⁷⁶. Todas as restrições paternalistas levantam questões de um ponto de vista moral²⁷⁷. Um dos problemas centrais do paternalismo está precisamente em justificar a admissibilidade moral em proibir certas condutas e a inadmissibilidade da intervenção legislativa nos restantes casos. Toda a restrição paternalista à liberdade contratual deve guiar-se por um princípio ou padrão que a justifique moralmente e que assim delimite os seus contornos. As medidas limitativas carregam “um pesado ónus de legitimação, nunca inteiramente satisfeito, nunca inteiramente cumprido sem que fique o travo amargo de uma perda não compensada”²⁷⁸.

Numa última evolução, o novo paternalismo, apelidado heterogeneamente por paternalismo libertário, assimétrico ou estruturado, tem surgido como o conjunto de ideias regulatórias inspiradas pela economia comportamental, e baseadas em estudos empíricos sobre os comprovados erros da racionalidade humana, tudo com o objectivo de ajudar os particulares a realizarem melhor as suas preferências individuais, ao invés de os guiar em direcção a um ideal determinado pelo colectivo²⁷⁹.

Para justificação do paternalismo, haverá razões de eficiência económica²⁸⁰

275 Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, p. 179. Segundo Guilherme Machado Dray, “Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente Mais Débil”, p. 77, “está em causa a busca de soluções justas e equilibradas e a tutela, em última instância, dos contraentes mais débeis” e que “para além deste propósito, as ingerências externas no domínio contratual pecam por excesso e tendem a tornar-se contraproducentes”.

276 Douglas Husak, “Paternalism”, p. 467. Em sentido próximo, Gerald Dworkin, *apud* Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, pp. 19-20, define-o da seguinte forma: “the interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare of the person being coerced”.

277 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, p. 764.

278 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 240.

279 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 139.

280 John Stuart Mill foi defensor da ideia de que toda a lei paternalista não passaria o teste do utilitarismo, embora tal tese tenha vindo a ser criticada por basear-se em conclusões apriorísticas sem suporte empírico. Cfr. Douglas Husak, “Paternalism”, p. 472.

e justiça distributiva, como haverá fundamentos de integridade pessoal. Sobre a eficiência económica, tem-se dado no direito comparado o exemplo da garantia de habitabilidade no âmbito do arrendamento para habitação, sugerindo-se que será economicamente mais eficiente a imposição de uma tal garantia inderrogável do que remediar a situação em caso de fraude do senhorio no arrendamento de um apartamento defeituoso, se se puder dar por assente a existência, neste tipo de situações, de uma grande assimetria de informação em desfavor do inquilino, pois a maioria dos defeitos apenas são detectáveis após certo período de uso, o que dificulta a prova da fraude para protecção dos interesses do inquilino²⁸¹. Em moldes semelhantes, um outro exemplo ilustrativo da necessidade de normas imperativas perante situações de generalizada assimetria informacional sob um ponto de vista económico é o da venda de produtos de segunda mão, em que a incerteza sobre a qualidade dos produtos reduz a qualidade e os preços a um nível que deixa de satisfazer os interesses de ambas as partes, impondo-se assim um dever imperativo de informação da parte melhor posicionada, ou uma obrigação de garantia de qualidade²⁸².

No momento da celebração do contrato, a parte não pode renunciar aos direitos que a lei lhe confere para exercício eventual num momento posterior (art. 798.º, n.º 1). A razão de ser desta norma prende-se com o facto de o legislador considerar que a parte supostamente mais fraca se encontra numa posição inferior que lhe pode vir a precluir a celebração de contratos se não aceitar a cláusula de renúncia antecipada dos seus direitos legais. Já em momento posterior à celebração do contrato, a lei permite que a mesma parte abdique de os exercer, pois aqui a norma imperativa perde a sua razão de ser com o incremento da capacidade de intervenção da mesma.

Entram aqui também os bens constitutivos da personalidade e do núcleo da liberdade individual, subtraídos ao comércio jurídico e à autonomia das pessoas²⁸³.

Bem assim, as normas que pretendem garantir a tomada de decisões racionais no processo de formação do contrato. Entram aqui as normas sobre a incapacidade, sobre os vícios da vontade e algumas sobre a exigência de forma

281 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, pp. 766-770. O Autor entende, por esta ordem de ideias, que a garantia de qualidade dos produtos vendidos por pessoa diversa da do produtor não pode ser *economicamente* justificada como imperativa, pois não existe semelhante assimetria de informação entre vendedor e comprador, uma vez que os defeitos decorrentes do processo de produção não são pelos mesmos detectáveis antes do efectivo uso da coisa.

282 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, p. 18.

283 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 261.

especial para determinado negócio jurídico²⁸⁴.

É aqui que também jogam considerações de equivalência de prestações, por excessivo prejuízo dos interesses patrimoniais de uma das partes, como é o caso da proibição do pacto comissório²⁸⁵ (art. 690.º), a fixação de limites máximos para as taxas de juro (art. 1073.º), a estipulação de contrapartidas ou restituição de um preço superior ao fixado para a venda (art. 921.º), a redução de pena excessiva (art. 801.º) ou a possibilidade de resolução ou modificação do contrato tornado demasiado oneroso (art. 431.º)²⁸⁶.

Motivo para protecção de uma das partes é também a não verificação das condições de autodeterminação por constatada inferioridade e incapacidade de uma das partes defender adequadamente os seus interesses. Dispensa-se assim, com o quadro legal imperativo, da “(improvável) obtenção do acordo da contraparte para o ponto imperativamente regulado”²⁸⁷. O fundamento para este tipo de intervenção legislativa é, precisamente, a preservação da autodeterminação, e não o inverso, a sua limitação. Esta construção baseia-se na pressuposição de que, sem a imposição legal, a liberdade de decisão da parte mais fraca perderia a sua substância²⁸⁸. Esta é, contudo, a área que por excelência actua o regime das cláusulas contratuais gerais, sem prejuízo da disciplina jurídica do arrendamento, em que se entende ser o arrendatário protegido mesmo “*contra* ele próprio, contra a sua irreflexão e principalmente contra a sua fraqueza, sobretudo económica, que poderiam levá-lo a aceitar estipulações ruinosas”²⁸⁹.

Um outro fundamento de diversa ordem é o que podemos designar por integridade pessoal. Entram aqui os limites para a vinculação contratual em restrição da liberdade individual, como sucede por exemplo no direito do trabalho, em que se proíbe a escravatura e se permite em todos os casos a desvinculação por iniciativa do trabalhador, ou, no campo das obrigações, quando se garante a faculdade de substituição de prestações pessoais por equivalente em dinheiro – excluindo, o mesmo é dizer, a execução específica nestes casos, mas já não quanto aos actos impessoais ou fungíveis, em que não se colocam questões de integridade ou dignidade pessoal. A justificação para todos estes casos é a mesma – a de que

284 Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, pp. 17-18.

285 Ver, sobre os fundamentos da proibição do pacto comissório, Isabel Andrade de Mato, *O Pacto Comissório, Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, pp. 56 e ss.

286 Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, p. 262.

287 Idem, p. 263.

288 Idem, p. 263.

289 Pereira Coelho, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, p. 145.

toda a pessoa que abdique muita da sua liberdade deverá ser protegida por essa mesma conduta, independentemente de quão racional seja a sua decisão ou de quão forçoso se torne a tomada de semelhante decisão em virtude das circunstâncias exteriores²⁹⁰. De todo o modo, o Direito das Obrigações é uma área que cura eminentemente de questões de natureza patrimonial e não contende em regra com questões de dignidade humana, que aqui é considerada motivo de limitação da liberdade contratual, pois, enquanto qualidade ontológica ou metafísica, está fora da disponibilidade dos particulares, numa concepção moralista do direito²⁹¹.

Por último, sob uma perspectiva jurídico-económica, podem visar-se finalidades redistributivas em benefício de uma das partes a custo da outra²⁹², o que, quando os outros meios se afiguram mais dispendiosos ou intrusivos, é legítimo realizar-se através de normas de direito privado²⁹³. O exemplo pode ser o mesmo da garantia de habitabilidade que, ao ser inderrogável, redistribui riqueza ou poder da parte dos senhorios para os arrendatários.

35. As normas proibitivas

Vistos os interesses que podem legitimar a consagração de normas imperativas no domínio contratual em geral, concentremo-nos agora no primeiro grande grupo de normas imperativas de conduta – as normas proibitivas.

Ao longo do CCM é possível deparar-se com inúmeras referências ao “não pode”. A expressão não é, contudo, necessariamente concludente para efeitos de aferição da imperatividade da norma.

Assim, por exemplo, a regra do art. 537.º, sobre a indivisibilidade das prestações nas obrigações alternativas, por não proteger qualquer interesse em especial, é meramente supletiva²⁹⁴, ainda que se prescreva que “O devedor não pode escolher parte de uma prestação e parte de outra ou outras, nem ao credor ou a terceiro é lícito fazê-lo quando a escolha lhes pertencer”. Com efeito, se a escolha de parte de uma e parte de outra obrigação for do interesse de todas as partes, não se vê como é que de um ponto de vista ético-jurídico se possa reprovar a solução por eventual injustiça ou lesão grave dos interesses de uma das partes

290 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, pp. 774 e ss.

291 Péter Cserne, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, p. 84.

292 Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, pp. 571-572.

293 Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, p. 770.

294 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. I*, p. 554.

ou de terceiros, suposto, é óbvio, que preenchidos estejam os demais requisitos de que depende a validade daquelas obrigações e prestações. De facto, só no caso inverso, quando a escolha é contra a vontade do outro é que a mesma se tem por proibida²⁹⁵.

No âmbito da fiança, o art. 636.º prevê, na sua al. b), que o fiador *não pode* invocar o benefício da excussão se o devedor ou o dono dos bens onerados com a garantia não puder, em virtude de facto posterior à constituição da fiança, ser demandado ou executado em Macau. Ora, por mais imperativa que possa parecer, esta norma deve considerar-se dispositiva. Na verdade, antes do mais, não se vê como é que o devedor ou o dono dos bens não possa ser demandado em Macau, ainda que fosse necessário recorrer à citação edital e mesmo que o julgamento ocorra à sua revelia²⁹⁶. É assim que se chega à interpretação de que a norma visa proteger o credor contra graves incómodos e consideráveis aumentos de despesas por decorrência de uma demanda que se tornou substancialmente dificultada²⁹⁷. Por outro lado, a razão pela qual a lei prevê a exclusão do benefício da excussão apenas para os casos em que a dificuldade substancial de demanda decorra de facto superveniente prende-se com a circunstância de, apenas nestes casos, não ter sido possível ao credor contar com semelhante situação no momento da constituição da fiança, pois, se tal dificuldade já existia *ab initio*, não se poderia falar em qualquer protecção da confiança do credor²⁹⁸. Ora, se assim é, nada impede que, tendo as partes previsto a situação, se estipulasse que o credor assumiria os custos acrescidos para, ainda assim, obter sentença que condene o devedor no pagamento a título principal, mantendo-se o fiador como devedor subsidiário mediante invocação do benefício da excussão, designadamente para efeitos do disposto no art. 712.º, n.ºs 1 e 2, do CPC²⁹⁹. Isto sem prejuízo de se reconhecer que, não havendo bens penhoráveis e executáveis em Macau (cfr. art. 718.º, n.º 1,

295 Vaz Serra, “Exposição de Motivos”, in BMJ, n.º 55, p. 88, quando diz que o devedor “não pode forçar o credor a receber parte de uma e parte de outra prestação” (itálico nosso).

296 O texto da lei é, com efeito, criticado por alguma doutrina. Cfr. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, p. 1145, em nota, e os Autores aí citados.

297 Idem, pp. 1145-1146.

298 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. I*, p. 626.

299 Que prevêem o seguinte: “1. Na execução movida contra devedor subsidiário, não podem penhorar-se os bens deste enquanto não estiverem excutidos todos os bens do devedor principal, desde que o devedor subsidiário fundamentadamente invoque o benefício da excussão, no prazo a que se refere o n.º 2 do artigo 696.º.

2. Instaurada a execução apenas contra o devedor subsidiário e invocando este o benefício da excussão prévia, pode o exequente requerer, no próprio processo, execução contra o devedor principal, que é citado para integral pagamento.”

do CPC), o benefício da excussão acaba por não cumprir a sua utilidade essencial, especialmente tendo em conta que, mesmo que a execução seja movida apenas contra o devedor principal, se os bens deste se revelarem insuficientes, pode sempre o exequente requerer, no mesmo processo, execução contra o devedor subsidiário (n.º 3 do art. 712.º do CPC).

Um outro exemplo encontramos-lo no art. 757.º, n.º 2, nos termos do qual o credor *não pode* ser constrangido a receber de terceiro a prestação, quando se tenha acordado expressamente em que esta deve ser feita pelo devedor, ou quando a substituição o prejudique. A possível derrogação desta norma decorre, bem entendido, não de convenção entre o credor e o terceiro no momento da prestação, pois nesse momento se o credor quiser aceitar a prestação pode fazê-lo livremente sem que haja qualquer outro interesse a proteger – pois, tendo já concluído o negócio e perante o não cumprimento nos termos estipulados, pode sempre socorrer-se das vias judiciais se não quiser aceitar a prestação feita por terceiro –, mas antes entre o credor e o devedor, em momento anterior à realização da prestação, mediante fórmulas como “a prestação pode ser realizada pelo devedor ou por terceiro”. Ora, a presença deste tipo de cláusulas pressupõe obviamente que não há estipulação pela qual se determine a infungibilidade convencional (1.ª parte do n.º 2 do art. 757.º), e implica, em nosso entender, o afastamento da infungibilidade natural (2.ª parte)³⁰⁰. Na verdade, embora possa parecer tratar-se aqui de uma norma imperativa de protecção do credor (para não sair prejudicado, como a lei o diz), o certo é que a norma visa apenas as situações em que, *nada havendo estipulado* de antemão entre credor e devedor, aquele vê-se surpreendido, *no momento do cumprimento*, por uma prestação realizada por terceiro. Pois, bem se entende que, sendo o conteúdo da prestação livremente fixado pelas partes (art. 392.º, n.º 1), nada impede que o credor aceite como tendo igual valor, por exemplo, uma pintura de um discípulo do devedor-pintor de renome³⁰¹, desde que nisso consinta expressa e livremente no próprio contrato.

O n.º 3 do art. 726.º versa sobre a proibição de renúncia, por parte dos administradores de patrimónios alheios, às hipotecas constituídas em benefício das pessoas cujos patrimónios administram, o que facilmente se compreende, por estar em causa a protecção de terceiros, que constituem, na verdade, o credor hipotecário. No entanto, a ser assim, nada impede que, devidamente acautelados os interesses dessas pessoas, possa o administrador renunciar à hipoteca, através de uma autorização ou convenção com o devedor, no caso de se tratar de hipoteca

300 Aparentemente em sentido contrário, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 134.

301 Para dar o exemplo clássico. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 13, e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 134.

constituída por via contratual³⁰².

Também é claramente dispositiva a norma do n.º 2 do art. 772.^º³⁰³, segundo a qual o devedor *não pode* designar *contra a vontade do credor* uma dívida que ainda não esteja vencida, se o prazo tiver sido estabelecido em benefício do credor, nem designar *contra a vontade do credor* uma dívida de montante superior ao da prestação efectuada, desde que o credor tenha o direito de recusar a prestação parcial.

No âmbito do não cumprimento dos contratos, embora se estabeleça que o credor *não pode* resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância (art. 791.º, n.º 2), a verdade é que a resolução pode ter origem convencional (art. 426.º, n.º 1), e as partes podem muito bem, antevendo a possível ocorrência deste tipo de situações, atribuir ao credor o direito de resolução, o que, de resto, exterioriza o interesse do credor no que diz respeito à importância que tem o não cumprimento parcial.

Sobre os preceitos que verdadeiramente empregam a expressão “não pode” ou “não é permitido” como fórmula imperativa e que relevam no contexto de um acordo de vontades temos os arts. 554.º, n.º 2, 1.ª parte (proibição de estipulação de períodos de capitalização de juros inferiores a 30 dias, tendo em conta que o n.º 1 permite a convenção do anatocismo³⁰⁴, mas em todo o caso “observando-se o disposto no número seguinte”), 627.º (redução *ope legis* da fiança na parte em que exceder a dívida principal ou for contraída em condições mais onerosas, cuja imperatividade se justifica pela característica da acessoriedade integrante da noção da fiança (art. 623.º), em si inderrogável), 636.º, al. a) (exclusão do benefício da excussão do fiador se houver renunciado ao benefício da excussão e, em especial, se tiver assumido a obrigação de principal pagador – neste caso não é concebível que possa haver convenção derogadora desta norma para se atribuir (de novo) ao fiador o direito de excussão prévia, que já lhe tinha sido atribuído por lei por força das normas supletivas dos arts. 634.º e 635.º e que só foi excluído precisamente por

302 Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, p. 721, chamando à atenção de que a norma apenas é dispositiva no caso da administração voluntária, já sendo imperativa se se tratar de administração legal.

303 Conjuntamente com os arts. 773.º e 774.º. Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 97.

304 O que, de resto, já constitui uma evolução importante em relação aos regimes de direito europeu-continental, em especial o português (art. 560.º do CCP), em que continua a proibir-se o anatocismo como regra, “uma vez que essa cobrança poderia ser uma forma de indirectamente violar a proibição da cobrança de juros usurários”, apenas o admitindo quando a convenção seja posterior ao vencimento, através de notificação judicial ao devedor para capitalização dos juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização. Cfr. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 163.

ter havido convenção nesse sentido), 686.º (proibição de hipoteca da meação dos bens comuns do casal – porque estão afectados a um fim, que seria comprometido se fosse admissível aquela hipoteca, e porque a meação é inalienável por vontade exclusiva de um dos cônjuges antes da dissolução do casamento – e da quota de herança indivisa – por decorrência da nulidade das hipotecas gerais e da necessidade de serem certas e determinadas as coisas hipotecadas³⁰⁵), 936.º, n.º 1 (proibição da doação de bens futuros, determinada por razões de política legislativa e de certo interesse público, embora primacialmente direccionada à protecção do próprio doador, por se entender ser susceptível de incentivar a prodigalidade, pelo facto de um tal acto poder ser praticado mais levemente do que a doação de bens presentes³⁰⁶), 943.º (proibição do mandato para designação do donatário ou determinação do objecto da doação, pelo carácter pessoal e espontâneo que caracteriza as liberalidades, bem como da doação efectuada pelos representantes legais em nome dos incapazes, em protecção destes), 945.º, n.º 1 (proibição da aceitação de doações modais por incapazes sem intermediação dos seus representantes legais, igualmente para protecção daqueles), 966.º (proibição de denúncia antecipada ao direito de revogar a doação por ingratidão do donatário, por contrariedade à ordem pública ou à moral³⁰⁷, na linha do princípio geral vertido no art. 798.º, n.º 1, o que contudo não impede a mesma renúncia feita *a posteriori*), 973.º (proibição da celebração de locação por mais de 30 anos, considerando-se reduzida automaticamente a esse limite quando superior), 982.º, n.º 1 (proibição da cláusula, por abusiva, que permita ao locador praticar actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, com excepção dos que a lei ou os usos facultem ou o próprio locatário consinta em cada caso), 994.º, n.º 1 (proibição de estipulação de pagamento antecipado de mais do que uma renda ou aluguer, ou de antecipação por tempo superior ao período a que respeita a renda ou aluguer, ficando a antecipação reduzida a esses limites, sempre que os exceda), 1058.º, n.º 1 (proibição da celebração de comodato por tempo superior à duração do direito com base no qual se empresta a coisa, considerando-se reduzido ao limite de duração desse direito quando superior), 1073.º (proibição da usura), 1118.º, n.º 1 (proibição da recusa, mesmo que prevista contratualmente, da restituição ao depositante com o fundamento de que este não é proprietário da coisa nem tem sobre ela outro direito, como decorrência da própria noção e conteúdo do depósito – art. 1111.º), e 1173.º (proibição de transacção sobre direitos indisponíveis ou sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos).

305 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, p. 681.

306 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 264.

307 Idem, p. 304.

36. A imperatividade da disciplina legal dos contratos típicos

Segundo Larenz, as normas imperativas no direito dos contratos têm como função impor restrições à livre circulação de bens, e foram, em geral, pensadas para 3 tipos de situações: 1) Imperatividade em relação a ambas as partes, cujos exemplos vêm previstos no Código Penal, como seja a corrupção, e na lei do trabalho. A consequência nestes casos deve ser a nulidade total do negócio proibido, pois em causa estão interesses de toda a ordem sócio-económica. 2) O segundo grupo tem como exemplos a proibição de venda de produtos fora das horas de funcionamento, não fazendo sentido cominar a nulidade para estes casos. 3) O terceiro grupo reconduz-se praticamente à proibição de usura no arrendamento, reduzindo-se a renda até aos máximos permitidos por lei e não se sancionando a nulidade por tal ser contrário aos fins pretendidos pelo legislador com a previsão da proibição. Isto também se aplica à compra e venda de produtos, com origem numa tentativa de controlar a inflação durante a transição do pós-guerra à economia de livre mercado. No demais, o legislador apenas estabeleceu uma disciplina legal para os contratos tipificados para fazer face à insegurança jurídica que resultaria da omissão de estipulação contratual das partes em relação a aspectos importantes do contrato. Larenz é assim categórico a afirmar que a disciplina dos contratos típicos é supletiva e dispositiva, sendo livremente derogável pelas partes, desde que o façam através de contratos individualizados e não por via de cláusulas contratuais gerais³⁰⁸. Tais normas são estabelecidas pelo legislador de acordo com o princípio do justo equilíbrio de interesses e segundo o que é factualmente típico surgir naquele tipo contratual, num quadro considerado como justo para ambas as partes³⁰⁹. E o exemplo que se dá, no âmbito da livre modelação do conteúdo de contrato típico, é o da assunção dos encargos pelo adquirente no contrato de compra e venda de terrenos, em derrogação da norma do § 434 do BGB³¹⁰, correspondente entre nós ao art. 868.º.

É certo, contudo, que tal liberdade não é absoluta e, neste domínio em particular, tem especial valor observar a evolução da redacção do texto da lei, desde a sua versão primitiva do respectivo Anteprojecto à versão aprovada e em vigor. É o que faremos de seguida, na tentativa de descortinar se as normas impositivas de obrigações foram concebidas pelo legislador como sendo dispositivas ou se

308 Também assim, Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux e Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, § 324, entendem que é dispositiva a disciplina do Código Civil (francês) para os contratos típicos, como a compra e venda, o mútuo e o arrendamento.

309 *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II*, § 547.

310 Medicus, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, § 67.

a liberdade de modelação do conteúdo contratual não integra a faculdade de afastamento de normas preceptivas.

37. As normas preceptivas

O grande problema da eventual derogabilidade das normas preceptivas centra-se nas obrigações que a lei prevê para as partes contratuais, que, tirando contadas excepções³¹¹, impõem uma conduta positiva. Questão esta que apresenta algumas similitudes com as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, na medida em que se impõe encontrar “um ponto de *equilíbrio* entre a liberdade individual e as necessidades sociais de protecção do lesado, entre a autonomia privada e a ordem pública”³¹², pois se nestas apenas se exclui a responsabilidade civil, naquelas exclui-se todos os demais direitos que a lei faz associar às obrigações assumidas, parecendo dever impor-se, por maioria de razão, um controlo mais apertado na garantia desse ponto de equilíbrio.

A dificuldade, como se disse, está no facto de a lei permitir, no art. 399.º, n.º 1, a celebração de contratos atípicos, de tal modo que, se se quiser, por exemplo, fugir à disciplina imperativa das garantias edilícias da compra e venda, poderia celebrar-se um contrato de compra e venda atípico, ou mesmo, se se quiser afastar a obrigação de guarda e a consequente responsabilidade pelo não cumprimento contratual, estaria sempre ao dispor das partes a celebração de um contrato diverso, de prestação de serviços de disponibilização de espaço, como sucede na generalidade dos contratos de estacionamento de veículos.

Há Autores que dão uma resposta afirmativa, ao abrigo do princípio estabelecido no art. 399.º, n.º 1. Neste sentido, entende-se, por exemplo, que no contrato de empreitada as partes são livres de clausularem antecipadamente limitações aos direitos do dono da obra, bem como estabelecer consequências diferentes das legalmente previstas para a realização de obra defeituosa, configurar de modo diferente o conteúdo dos direitos atribuídos pela ordem jurídica ou regular a articulação do seu exercício³¹³. Não parece, no entanto, que se possa afirmar

311 *V.g.*, arts. 982.º, n.º 1, e 1061.º, n.º 1, 1.ª parte, em que se exige uma conduta negativa de abstenção.

312 Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 69, que delimita claramente as fronteiras entre uma e outra figura.

313 João Cura Mariano, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, pp. 92-95, 110, referindo-se a um Ac. do TRP (sem referência ao número do processo pelo que não nos foi possível certificar o conteúdo do mesmo), que considerou válida uma estipulação que permitia que o dono da obra se substituísse ao empreiteiro na tarefa de eliminação dos defeitos, se este a não efectivasse no prazo que lhe fosse fixado, ficando o empreiteiro obrigado a pagar

semelhante entendimento de forma categórica.

A resposta deve ser encontrada, em primeiro lugar, no princípio da boa fé, que, por ser ele próprio um princípio injuntivo e, de resto, decorrer de norma imperativa³¹⁴ (art. 752.º, n.º 2), implica forçosamente a natureza imperativa dos seus afloramentos³¹⁵.

Não devendo olvidar que a boa fé, como regra de conduta, assume natureza *tendencialmente* supletiva, não funcionando em regra contra previsões legais ou convencionais³¹⁶, a verdade é que ela não deixa de impor um mínimo de necessidade de colaboração entre as partes contratuais, especialmente norteadas pelo fim da obrigação assumida, que em *ultima ratio* se reconduzirá à efectiva satisfação dos interesses do credor³¹⁷. Daqui decorre a imperatividade de determinados deveres, que se apelidam de secundários, e que estão por vezes positivados nos diversos tipos contratuais, ou mesmo na parte geral das obrigações³¹⁸.

Incluem-se³¹⁹ aqui, em primeiro lugar, os deveres secundários com prestação autónoma, como o da indemnização em caso de não cumprimento culposo em sentido amplo, designadamente nos casos de mora (arts. 793.º e 795.º), cumprimento defeituoso (art. 791.º) e incumprimento definitivo (art. 790.º) (tudo, aliás, em consonância com a regra do art. 798.º, n.º 1, observando-se a excepção do n.º 2) ou do *commodum subrogationis* (arts. 783.º e 792.º). Cremos poder igualmente enquadrar nesta sede os demais direitos a que se refere o n.º 1 do art. 798.º, incluindo o direito à resolução do contrato³²⁰ e à restituição do que foi pago (art. 790.º, n.º 2).

Em segundo lugar surgem os deveres acessórios, que compreendem, v.g., os de informação ou de cuidado, impostos por um sentido de justiça comutativa,

ao dono da obra todas as despesas e prejuízos resultantes dessa intervenção.

314 Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II*, p. 587, referindo-se ao preceito equivalente do BGB (§ 242).

315 Cfr., neste sentido, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, p. 76; e Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, pp. 38-39.

316 Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 649.

317 Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, pp. 143 e 148-149, dando o exemplo da obrigatoriedade de previsão de esgotos no âmbito da obrigação de construção de uma casa para habitação.

318 Embora se possa dizer, nestes casos, como o faz Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 648, que não há que falar em boa fé, porque as próprias normas impõem restrições à liberdade contratual.

319 Seguindo Carlos Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982, pp. 337 e ss.

320 No sentido de que a cláusula de exclusão da responsabilidade não implica renúncia ao direito de resolver o contrato, que, de resto, estaria sempre vedada pelo artigo em análise, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 208.

pois a sua violação resulta em “conjunturas de injustiça objectiva a que se tenha chagado”³²¹.

Por outro lado, como manifestação da boa fé, a *exceptio doli*, enquanto poder de repelir a pretensão do autor por este ter incorrido em dolo, implica, por exemplo, que seja imperativa a norma do art. 634.º, n.º 2, que atribui ao fiador o direito de recusar o cumprimento quando, não obstante a excussão de todos os bens do devedor, se provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor³²².

Uma outra manifestação relevante da boa fé para as normas imperativas é o chamado *tu quoque*, segundo o qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe atribuía³²³. São exemplos as normas dos arts. 518.º, n.º 2 (o condevedor solidário não pode opor ao devedor, que satisfaz o crédito por inteiro, os meios de defesa que este não tenha usado contra o credor, quando lhe seja imputável essa não oposição, embora não seja fácil imaginar a prévia estipulação deste aspecto num acordo que eventualmente exista entre os condevedores), 519.º, n.º 2 (o benefício da repartição do prejuízo por todos os devedores solidários, quando um deles fique insolvente, não aproveita ao credor de regresso que só por negligência não tenha cobrado a parte do condevedor na obrigação solidária), 643.º (o devedor que consinta no cumprimento pelo fiador ou que, injustificadamente, não lhe dê conhecimento dos meios de defesa que poderia opor ao credor, não pode opô-los depois contra o fiador), e 979.º, al. c) (o locador não responde por vício da coisa se o defeito for da responsabilidade do locatário).

Simplesmente, não obstante o acima exposto, tanto as obrigações previstas na lei, como os deveres acessórios da prestação principal ou do fim contratual, não são todos eles imperativos ou supletivos. Tudo depende de quais sejam essas obrigações ou deveres.

É a este respeito que Pinto Monteiro³²⁴ fala nas cláusulas limitativas do objecto do contrato, que deverão respeitar as normas imperativas e as exigências de ordem pública e que não poderão excluir obrigações que constituam elementos essenciais do tipo negocial, que integram o dever principal de prestação enquanto causa e função económico-social do contrato, sob pena de total descaracterização do mesmo. São, por outro lado, inderrogáveis as normas que prevejam obrigações essenciais de tal modo que, atento o escopo prosseguido pelas partes, o seu afastamento obste à obtenção do resultado ou fim contratual.

É certo que o Autor, quando se referia a estas últimas situações de

321 Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 651.

322 Ver, sobre a *exceptio doli*, Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pp. 719 e ss.

323 *Idem*, pp. 837 e ss.

324 *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, pp. 116 e ss.

inderrogabilidade estava a pensar na ordem pública contratual e não nas normas imperativas, que em si e por si constituem uma limitação autónoma à admissibilidade deste tipo de cláusulas. Cremos, contudo, que semelhante inderrogabilidade está insita no próprio regime legal, na medida em que o legislador apenas quis atribuir os efeitos legalmente previstos a um determinado tipo contratual sob a condição de concorrerem determinadas obrigações que lhe são essenciais. Neste sentido fala Cabral de Moncada em “elementos naturais” integradores de cada tipo particular, “sem os quais poderá talvez existir um outro acto jurídico, mas nunca aquele que se tem precisamente em vista”³²⁵. Com efeito, estão excluídos da disponibilidade privada os pressupostos particulares de cada tipo contratual, conforme a sua estrutura própria, como é o caso dos arts. 977.º (obrigações do locador). Trata-se de limites mais de índole lógica e técnica do que jurídica e ética³²⁶. Por outro lado, também o próprio conteúdo do negócio tem os seus limites e contornos fixados pela lei, estando as partes vedadas de excluir os elementos indefectíveis que pela sua função constituem parte integrante dele³²⁷.

Um exemplo que se pode dar para corroborar a posição defendida – a de que a essencialidade de determinadas normas atributivas de direitos ou impositiva de obrigações está de algum modo manifestada no texto da lei – é o do direito de fiscalização do dono da obra no âmbito da empreitada (art. 1135.º), cuja exclusão deverá determinar a nulidade da respectiva cláusula, “por ser contrária à natureza da relação. Ela seria muitas vezes imposta pelo empreiteiro a comitentes inexperientes e poderia ser contrária ao interesse público na solidez da obra”³²⁸.

Também o mesmo se deve entender para as regras de fundo dos contratos de garantia, como o penhor e a hipoteca³²⁹, designadamente a norma do art. 667.º (deveres do credor pignoratício)³³⁰.

Exemplos de obrigações essenciais no contrato de compra e venda, para além da obrigação de pagar o preço e de entregar a coisa (art. 869.º), são as de garantia contra os defeitos da coisa, designadamente as de reparar ou de substituir a coisa (n.º 1 dos arts. 906.º e 907.º), pois se trata de vício que a desvaloriza ou impede a realização do fim a que é destinada (art. 905.º)³³¹, embora apenas nas

325 *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, p. 712.

326 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I*, p. 203.

327 *Idem*, p. 210.

328 São palavras do Autor do Anteprojecto da disciplina do contrato de empreitada, Pires de Lima, “Empreitada”, in *BMJ*, n.º 145, p. 130.

329 Vaz Serra, “Direito das Obrigações”, in *BMJ*, n.º 101, p. 151.

330 Sendo normas preceptivas as constantes das als. a) e c), e proibitiva a da al. b), segundo Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 51.

331 Cfr. Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 319.

situações em que o comprador não conheça o defeito no momento da aquisição, pois no caso contrário nem há lugar a aplicação do regime da venda de coisa defeituosa, por ser atentatório da boa fé o facto de o comprador receber a coisa conhecendo do defeito e depois vir a reclamar junto do vendedor³³². No entanto, ambas as normas devem considerar-se dispositivas por força da norma especial do art. 904.º, *ex vi* do art. 905.º, que atribui expressamente natureza supletiva à norma do n.º 1 do art. 898.º, sobre a obrigação de expurgação do ónus ou limitações existentes na coisa vendida, preceito este que corresponde, *mutatis mutandis*, às regras dos artigos sobre a reparação e substituição de coisa defeituosa³³³. Assim, do mesmo modo que o vendedor pode, por acordo, excluir a obrigação de expurgar os ónus ou limitações da coisa, por igualdade de razão também o poderá fazer em relação à obrigação de reparação ou substituição da coisa, desde que não haja dolo da sua parte³³⁴. Podendo transparecer alguma injustiça desta solução, recorde-se que o comprador terá sempre o direito, irrenunciável e atribuído por norma imperativa, de obter a anulação do contrato por erro, nos termos gerais, por força do art. 896.º *ex vi* do art. 905.º³³⁵.

Nesta matéria, é especialmente relevante a posição de Galvão Telles, a quem foi incumbida a tarefa de redacção dos Anteprojectos dos contratos em especial, à excepção da doação e da empreitada. O Autor confirma que as obrigações que a lei faz derivar do contrato “podem ser afastadas, no todo ou em parte, pela vontade dos contraentes, desde que não constem de preceitos imperativos”³³⁶.

Parece, assim, dever entender-se, também em conjugação com o princípio geral do art. 798.º, n.º 1, de aplicação transversal aos direitos previstos nos diferentes tipos negociais, à luz da unidade e coerência interna do sistema jurídico³³⁷, que, por regra, as obrigações previstas nos contratos tipificados são derogáveis, com excepção das que são essenciais à caracterização do tipo ou à

332 Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, pp. 435 e ss. Segundo o Autor, as proliferadas cláusulas do estilo “mercadoria vendida no estado em que se encontra” não são por si suficientes para excluir as garantias, exigindo-se antes que, não se tratando de defeitos aparentes, se manifeste de forma evidente a intenção de exclusão das garantias, nomeadamente, acrescentamos nós, através da advertência de que o produto padece de certos vícios.

333 Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, p. 209.

334 Também neste sentido, Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, p. 450.

335 Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, pp. 209-210.

336 *Direito das Obrigações*, pp. 431-432.

337 Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, p. 211; e, Pedro Romano Martinez, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, p. 449, referindo-se especificamente ao cumprimento defeituoso.

realização do fim negocial, e de outras normas imperativas que surgem apenas pontualmente e que iremos tentar identificar nas secções seguintes.

No entanto, da leitura dos Anteprojectos dos contratos em especial daquele Autor parece resultar que a maioria das obrigações especificadamente previstas são obrigações essenciais, na medida em que o Autor teve o cuidado de agrupá-las num único artigo intitulado “Obrigações essenciais”, cuja redacção se mantém no essencial no CCM, com a singela diferença de que, nas posteriores revisões ministeriais se retirou da epígrafe e do corpo do texto o qualificativo “essenciais”. Vejamos o exemplo do comodato: “Artigo 7.º, *Obrigações essenciais do comodatário*. São obrigações essenciais do comodatário: 1.ª Guardar a coisa emprestada; 2.ª Não a aplicar nem consentir que outrem aplique a fim diverso daquele ou daqueles a que a se destina; 3.ª Não fazer dela, nem consentir que outrem faça, uma utilização imprudente; 4.ª Tolerar quaisquer benfeitorias que o comodante queira realizar na coisa; 5.ª Avisar imediatamente o comodante todas as vezes que descubra vícios na coisa ou saiba que a ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação a ela, se esses vícios, perigo ou pretensões não forem do conhecimento do comodante; 6.ª Restituir a coisa, findo o contrato”³³⁸. Ora, desconsiderando os retoques linguísticos, as obrigações *essenciais* correspondem às previstas no art. 1063.º do CCM, onde vêm mais duas outras, a de facultar ao comodante o exame da coisa e a de não proporcionar a terceiro o uso da coisa, excepto se o comodante autorizar. Parece, assim, e tendo presente o que se disse sobre os deveres imperativos decorrentes da boa fé, que todas as obrigações contidas neste preceito são inderrogáveis por regra, na medida em que a guarda, a não utilização imprudente ou para fim diverso³³⁹, a permissão de exame pelo comodante, a comunicação de vícios ou perigos, a restituição da coisa constituem todas elas obrigações imediatamente derivadas da noção de comodato – gozo da coisa, com a obrigação de restituir (art. 1057.º) – e também decorrentes do dever de cuidado de coisa alheia imposto pela boa fé, enquanto a obrigação de tolerar benfeitorias decorre da natureza gratuita, de favor ou de cortesia do contrato e do facto de que a coisa continua a pertencer ao comodante³⁴⁰. Apenas a última das obrigações apontadas tem natureza facultativa, mas é-o por força de previsão expressa da admissibilidade de autorização do comodante. Fora deste

338 Galvão Telles, “Contratos Civis”, in BMJ, n.º 83, p. 247.

339 Esta obrigação nunca será derogável porquanto, embora as partes possam estipular no contrato outros fins do uso da coisa, nestas situações nunca haverá utilização para fins diversos.

340 Embora, por força da boa fé, o comodante não possa impedir o uso normal da coisa, prejudicando a finalidade do contrato, à semelhança do que sucede com o direito de exame da coisa de que goza o comodante. Em ambos os casos a conduta do comodante é sindicável pelo instituto do abuso de direito. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Vol. II*, pp. 752 e 370.

artigo, as demais obrigações do comodatário reconduzem-se à responsabilidade em caso de perda ou deterioração da coisa (art. 1064.º), à qual se aplica o regime geral do art. 798.º, à restituição num certo momento, cuja determinação está na livre disponibilidade das partes por força do preceituado no art. 1065.º, e às despesas de alimentação dos animais, quando for o caso, que também constitui matéria dispositiva nos termos do art. 1066.º, n.º 2.

E o mesmo se verifica, quanto à previsão das *obrigações essenciais*, noutros contratos segundo aquele Anteprojecto³⁴¹. Em especial, no âmbito da locação, pela complexidade da relação obrigacional, o Autor propôs um preceito para em específico regular “Outras obrigações do locatário”, para além das essenciais. E são elas “1.ª Não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, excepto se a lei o permitir ou o locador o autorizar por escrito; 2.ª Comunicar por escrito ao locador, dentro de quinze dias, a cedência do gozo da coisa por alguma das aludidas formas, quando permitida ou autorizada; 3.ª Não cobrar do sublocatário renda ou aluguer superior ou proporcionalmente superior à que é devida pelo contrato de locação, aumentada de cinquenta por cento, salvo se no dito contrato se tiver convencionado outra coisa”³⁴², que correspondem, com pequenas alterações, às obrigações previstas nas als. f), g) e h) do art. 983.º, ao lado das “obrigações essenciais” segundo aquele Anteprojecto. Significará isto que, atenta a intenção legislativa inicial, tais obrigações sejam derogáveis? Sim, parcialmente, mas, uma vez mais, por força de indicação da própria lei, no caso da al. f) (*excepto se o locador o autorizar*) e no caso da al. h), que, remetendo para o art. 1010.º, permite, aí, derogar aquela obrigação negativa “se outra coisa tiver sido convencionada com o locador”. Resta a al. g), que é imperativa por ter de ser lida em conjunto com a norma, já referida, do n.º 1 do 1009.º a propósito da ineficácia da sublocação em relação ao locador ou a terceiros antes do seu reconhecimento pelo locador ou da sua comunicação no prazo de 15 dias, que, como vimos, é injuntiva (salvo o caso previsto no n.º 2, em que é por determinação da lei dispensada a comunicação).

38. O caso especial da compra e venda

O regime jurídico da compra e venda vem acompanhado de uma curiosa e singular regulamentação das normas imperativas e dispositivas, nos arts. 894.º e

341 Cfr. Galvão Telles, “Contratos Civis”, in BMJ, n.º 83, pp. 260 e 270, quanto às obrigações do mandatário e do depositário.

342 Idem, p. 225.

904.º, relativamente à venda de bens alheios e de bens onerados, respectivamente. Assim, por força de previsão expressa, são derogáveis, na venda de bens alheios, os preceitos respeitantes à restituição do preço (art. 884.º), à obrigação do vendedor de sanar a nulidade (art. 888.º, n.º 1), à obrigação de ele indemnizar o comprador, quer pela venda de coisa alheia (art. 890.º), quer pelo não cumprimento da obrigação de sanar a nulidade (art. 891.º, n.º 1), e à garantia do pagamento de benfeitorias (art. 892.º). Contrariamente, é imperativa a norma do art. 889.º, que impõe a indemnização em caso de dolo, em consonância com o princípio geral do art. 798.º e com o previsto na última parte do art. 894.º, n.º 1, que torna imperativa as disposições acima mencionadas nos casos em que o contraente a quem a convenção aproveitaria houver agido com dolo, e o outro estipulante estiver de boa fé³⁴³.

Deste bloco normativo é possível tirar duas observações. A primeira, a de que, em toda esta Secção IV, o legislador absteve-se de empregar qualquer expressão do género “salvo convenção em contrário”. A segunda, a de que se confirma o acima exposto quanto à imperatividade, por regra, das normas sobre as *invalidades* (art. 882.º: nulidade da venda), sobre as *remissões* (art. 883.º: aplicação do regime da venda de bens futuros à venda de bens alheios), sobre *interesses de terceiros* (art. 885.º: obrigação de restituição do preço pago pelo terceiro adquirente de coisa comprada a comerciante que negoceie coisa do mesmo género), sobre os *efeitos jurídicos* e a relação causa-efeito (art. 886.º: convalidação do contrato e transferência da propriedade ao comprador logo que o vendedor adquira a propriedade; e art. 887.º: não convalidação nos casos aí indicados), e das *normas negativas* (art. 895.º: aplicabilidade exclusiva das normas da presente Secção à venda de coisa alheia tida como própria, o que equivale a dizer que se afasta da sua aplicabilidade a venda de coisa alheia tomada nessa qualidade pelas partes).

De modo semelhante, o art. 904.º especifica as normas que são, ou podem ser³⁴⁴, supletivas no âmbito da venda de coisa onerada. São elas as dos arts. 898.º, n.º 1 (obrigação de fazer convalescer o contrato), 899.º (cancelamento dos registos), 901.º (indemnização em caso de simples erro) e 902.º, n.º 1 (responsabilidade por não sanção do contrato). Inversamente, são imperativas as normas sobre a anulabilidade da venda fundada no erro ou no dolo (art. 896.º), sobre a convalescença do contrato (art. 897.º), sobre a fixação do prazo pelo tribunal para a expurgação dos ónus ou limitações (art. 898.º, n.º 2), sobre a responsabilidade do vendedor em caso de dolo (arts. 900.º e 902.º, n.º 2), e sobre

343 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 195.

344 Não o sendo se o vendedor tiver procedido com dolo e as cláusulas contrárias àquelas normas visarem beneficiá-lo.

a redução do preço, no caso de erro não essencial (art. 903.º)³⁴⁵. Destaca-se aqui, a confirmação da *regra* da imperatividade das *normas de controlo do conteúdo contratual* pelo juiz, na regra do art. 898.º, n.º 2, segundo a qual o prazo para a expurgação é fixado pelo tribunal, a requerimento do comprador.

O regime da venda de bens onerados, incluindo o art. 904.º que determina a supletividade de algumas das suas normas, é aplicável à venda de coisa defeituosa com as devidas adaptações, nos termos do disposto no art. 905.º.

O facto de este regime especial se aplicar apenas a três dos sub-regimes da compra e venda não implica que as demais normas contidas neste Capítulo sejam imperativas³⁴⁶. Não obstante, não é difícil constatar, no seguimento da análise feita quanto às normas que por definição e natureza são imperativas, que a remanescente disciplina da compra e venda é, na verdade, inderrogável, a menos quando tal possibilidade seja ressalvada com recurso a expressões concludentes. Senão vejamos. Os arts. 865.º e 866.º referem-se, respectivamente, à noção da compra e venda e à forma solene para os imóveis. O art. 867.º proscribe a venda de coisa ou direito litigioso com a nulidade. O art. 868.º, sobre as despesas do contrato, é dispositivo, mas por força da expressão “na falta de convenção em contrário”. O art. 869.º define os efeitos essenciais. Os arts. 870.º e 871.º permitem a modelação do conteúdo contratual, mediante as expressões “segundo o que for estipulado”, “Se as partes atribuírem ao contrato carácter aleatório” e “Se as partes atribuírem ao contrato carácter aleatório”. O n.º 1 do art. 872.º pode levantar algumas dúvidas ao prever que a coisa deve ser entregue no estado em que se encontrava ao tempo da venda. No entanto, estando inserido na secção relativa aos efeitos da compra e venda, e sendo certo que “o vendedor só cumpre a obrigação mediante a efectiva entrega ao comprador da coisa adquirida, com as características e qualidades consideradas na conclusão do contrato, isto é, procedendo ao exacto cumprimento da prestação de entrega que é elemento essencial do negócio”³⁴⁷, parece poder afirmar-se também a natureza imperativa deste preceito. Os arts. 873.º a 876.º

345 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 204.

346 Como, aliás, decorre da exposição de motivos do Autor do Anteprojecto, Galvão Telles, “Contratos Cívicos”, in BMJ, n.º 83, pp. 121 e ss, onde o Autor, para além de partir da regra da supletividade das normas na parte especial das Obrigações como se viu, se refere ocasionalmente à imperatividade de certas normas, o que seria escusado se se entendesse que todas elas fossem imperativas.

347 Cfr. Ac. do STJ, n.º 388-E/2001.L1.S1, de 17 de Junho de 2014, acrescentando que “Isso mesmo reflecte expressamente o art. 822º-1 C. Civil ao estabelecer que a coisa deve ser entregue no estado em que se encontrava ao tempo da venda, fazendo impender sobre o vendedor “um dever específico relativamente à custódia da coisa que ele deve executar com a diligência de um bom pai de família, nos termos gerais (arts. 799º-2 e 487º-2).” (L. MENEZES LEITÃO, “Direito das Obrigações”, vol. III, 2ª ed. 30)”.

são dispositivos, por força das expressões “se (...) as partes o não determinarem [o preço] nem convencionarem o modo de ele ser determinado”, “se houver sido discriminado como parcela do preço global”, “se por estipulação das partes (...) o preço não tiver de ser pago no momento da entrega” e “salvo convenção em contrário”. O exercício poderia repetir-se quanto ao demais. Ou seja, denota-se uma preocupação do legislador (e, essencialmente, do Autor do Anteprojecto) na exteriorização da natureza supletiva ou imperativa das normas da compra e venda, através, essencialmente, da inclusão de expressões indicativas da supletividade, deixando os restantes preceitos como imperativos, quer pela sua natureza, quer mediante expressões como “o comprador deve o preço declarado, *mesmo que no contrato se indique* o número, peso ou medida das coisas vendidas e a indicação não corresponda à realidade” (art. 878.º, n.º 1) e “não obstante convenção em contrário” (art. 927.º).

39. O caso especial do arrendamento

O outro dos contratos que tem sido muito associado à rigidez do regime legal é o arrendamento³⁴⁸. Dado o grande número de normas imperativas que predominam neste tipo contratual, faremos uma breve referência aos interesses que em particular justificam as soluções imperativas ora consagradas, bem como a algumas dessas manifestações no texto da lei³⁴⁹, sem prejuízo dos exemplos que já fomos avançando ao longo da presente exposição.

Assim, tem-se apontado, no âmbito de um *princípio do melhor tratamento do arrendatário, primeiro*, o interesse geral do melhor aproveitamento dos bens no contexto do desenvolvimento económico, atento o grande número de bens imóveis que são objecto de arrendamento; *segundo*, o interesse fundamental e abstracto de que as pessoas tenham casa para habitação; *terceiro*, o interesse concreto do arrendatário na estabilidade da habitação, alicerçado na concepção de que a estabilidade da casa (e do emprego) constitui uma das principais condições exteriores de que depende o sentimento de segurança das pessoas; *quarto*, o interesse da continuidade da exploração comercial ou industrial ou da profissão liberal exercida em prédio arrendado, atento o valor económico ou

348 Sobre o regime jurídico do arrendamento anterior a 1999, bem como as razões que estiveram na base das respectivas soluções legais, ver Augusto Teixeira Garcia, “Do enquadramento do arrendamento: Apontamentos para os alunos”, em vias de publicação no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*.

349 Seguindo, de perto, Pereira Coelho, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, pp. 134 e ss.

social que tais actividades revestem; e *quinto*, o interesse das pessoas que com o arrendatário vivem em economia comum, de não se verem privados da habitação em consequência da morte deste.

Assim, são designadamente imperativas, em consonância com e por decorrência da necessidade de tutela dos interesses acima mencionados, as normas relativas aos prazos do contrato (art. 973.º, que fixa em 30 anos o prazo máximo da locação), ao dever do locador em assegurar ao locatário o gozo da coisa para os fins a que se destina (art. 977.º, al. b)) e de não praticar actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa pelo locatário, como a execução de toda e qualquer obra que o senhorio quisesse, com excepção dos que a lei ou os usos facultem ou o locatário consinta em cada caso (art. 982.º, n.º 1), à actualização de rendas por obras, cujo aumento não pode exceder, por mês, na falta de acordo, um duodécimo do produto resultante da aplicação da taxa de juro legal ao custo total delas (arts. 1000.º, 1001.º, n.º 1, e 1002.º), à antecipação de rendas (art. 994.º, n.º 1), à transmissão da posição do locador sem prejuízo da manutenção do contrato (art. 1004.º), à transmissão da posição do arrendatário sem implicar caducidade do contrato de arrendamento para habitação e rural (arts. 1043.º e 1056.º), à incomunicabilidade do arrendamento e transmissão da posição de arrendatário ao ex-cônjuge (art. 1042.º), ao trespasse de estabelecimento comercial instalado em prédio arrendado ou cessão da posição de arrendatário no âmbito do arrendamento para exercício de profissão liberal (arts. 1047.º e 1049.º), à renovação obrigatória até aos 2 anos e denúncia do arrendamento do lado do senhorio (art. 1038.º, n.ºs 1 e 2), aos prazos mínimos do pré-aviso para a denúncia do contrato (art. 1039.º), à resolução do contrato de arrendamento, onde vigora o *numerus clausus* em relação ao senhorio (art. 1034.º), que também não pode validamente convencionar com o arrendatário o afastamento de qualquer dos fundamentos legais de resolução (por força e nos termos do art. 798.º, n.º 1), e à natureza judicial da resolução do contrato de locação (art. 1017.º, n.º 2).

Capítulo V Conclusão

Foram duas as questões que nos colocámos no início do presente estudo: a primeira, a de saber quais são, se os houver, os critérios de aferição da imperatividade das normas jurídicas inseridas no Livro das Obrigações; a segunda, a de determinar a relação entre as normas imperativas do direito dos

contratos e os princípios gerais estabelecidos nos arts. 273.º, n.º 1, e 287.º, que se referem especificadamente aos negócios com objecto *contra legem* e aos negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo.

40. A efectiva falta de consistência do legislador e as linhas orientadoras de imperatividade

Procurou-se deduzir das normas imperativas do direito dos contratos critérios consistentes que porventura tivessem guiado o legislador na redacção dos preceitos, na presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 8.º, n.º 3), no sentido de (1) ou ter incluído expressões do tipo “salvo convenção em contrário” em todas as normas de determinada categoria que quisesse atribuir natureza supletiva, com o efeito de todas as restantes se considerarem imperativas; (2) ou ter empreendido a operação inversa, a de empregar expressões concludentes da natureza imperativa das normas, como “não obstante convenção em contrário”.

Simplesmente, pela análise de uma parte substancial das normas do Livro das Obrigações, conclui-se que, provavelmente por razões de diversidade das fontes dos preceitos e dos Autores dos Anteprojectos, o legislador não adoptou um critério uniforme na escolha das expressões tendentes à exteriorização da natureza imperativa ou supletiva das normas, tendo inclusivamente empregue uma técnica singular na indicação das normas supletivas no âmbito de duas secções da compra e venda, não pretendendo todavia inverter o princípio da liberdade de modelação contratual para todos os demais artigos de outras secções, que continuam a ser dispositivos por princípio, embora com muitas excepções, em moldes que permitem dizer que, na falta de indicação de supletividade, são mais as normas imperativas do que as dispositivas. De igual modo, num preceito singular, o legislador viu-se na necessidade ou conveniência de prescrever, no art. 1013.º, n.º 3, a imperatividade das regras sobre a resolução, a caducidade, a revogação unilateral e a denúncia do contrato de locação, não significando contudo que no demais se deva concluir pela dispositividade das normas deste tipo contratual, muito pelo contrário.

Não obstante, é possível deduzir algumas tendências de imperatividade e dispositividade a partir de uma *observação empírica* das normas do direito dos contratos. Assim:

a) O uso de expressões do género “é proibido” ou “não pode” expressa, na generalidade dos casos, uma norma imperativa proibitiva, salvo determinação em contrário ou quando de uma interpretação sistemática e teleológica resultar o contrário, como sucede nos casos analisados *supra*;

b) As previsões de invalidade e de ineficácia são imperativas;

c) O uso de expressões como “não obstante convenção em contrário” confere necessariamente imperatividade à norma;

d) A imposição de redução até aos limites legais decorre de norma imperativa;

e) As normas técnico-jurídicas, ou atinentes aos pressupostos e efeitos dos institutos jurídicos são imperativas;

f) A imperatividade das normas atributivas de direitos depende da renunciabilidade dos mesmos, que, embora geralmente disponíveis no âmbito obrigacional, estão sujeitos ao regime geral do art. 798.º;

g) As obrigações previstas na lei são em princípio derogáveis, embora com o limite da boa fé e da essencialidade face ao instituto donde nascem;

h) As normas de exclusão ou limitação da responsabilidade regem-se pelo princípio geral do art. 798.º, n.º 2; e

i) Fora dos casos auto-concludentes, os critérios acima referidos não dispensam um esforço hermenêutico do intérprete.

Do exposto resulta, por um lado, que a liberdade de modelação do conteúdo contratual integra efectivamente a faculdade de afastamento de normas legais, e, por outro, que, mesmo no domínio onde por excelência vigora o princípio da liberdade contratual, as normas imperativas contam-se em números bastante elevados.

41. A solução da nulidade da cláusula *contra legem* e redução do negócio como regra

Tradicionalmente entende-se, com razão, que, na presença de uma imposição legal, o não acatamento da lei não se pode dizer ilícito, porque não viola qualquer valor merecedor de tutela jurídica que se traduz numa proibição legal³⁵⁰, mas é inidóneo para atingir o limiar do direito e obter protecção da lei, sendo disso exemplo a exigência de formalidade *ad substantiam*³⁵¹.

Da análise feita resulta que as normas preceptivas em sentido amplo se podem agrupar em (1) normas sobre os pressupostos do negócio, incluindo os de forma; (2) normas impositivas de deveres ou obrigações, incluindo as normas de responsabilidade.

Ora, a considerar as normas do primeiro grupo como preceptivas na acepção

350 Ao abrigo do Código de Seabra, ensinava Manuel Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, p. 331, que a ilicitude por ilegalidade significa a contrariedade do negócio à ordem jurídica, por *proibição* decorrente da própria lei, não se referindo às imposições.

351 Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, p. 228.

do legislador (do Código de Seabra, que se referia expressamente às normas preceptivas, ou do Código actual, que as considera como disposições de carácter imperativo), haveria lugar à aplicação da cominação do art. 287.º. No entanto, quanto à preterição de forma, a solução da nulidade decorre directamente do art. 212.º, e, quanto à falta dos pressupostos previstos no Código para o respectivo instituto, parece-nos que a consequência é antes a do não preenchimento do tipo, para cair numa outra figura, tipificada ou não. Ou se preenche, ou se não preenche. Em qualquer caso, não há que aplicar o art. 287.º.

Quanto às normas preceptivas do segundo grupo, e em relação às normas de irresponsabilidade em especial, impõe-se a solução da redução do negócio, considerando-se nula apenas a cláusula derogadora da responsabilidade e fazendo impender sobre a parte responsável a obrigação de indemnizar, na lógica de que a proibição desse tipo de cláusulas é no interesse da parte lesada, e esta em nada beneficiária da nulidade total do negócio por invalidade da cláusula³⁵².

Quanto à exclusão de outras obrigações, se forem essenciais ao tipo, cairemos em princípio no que se disse acima – não se preenche o tipo e existirá um outro tipo de negócio. Se forem essenciais ao fim ou impostas pela boa fé, parece dever aplicar-se por analogia a solução da redução que se tem defendido para as cláusulas de irresponsabilidade nulas. E nem se diga que uma tal solução possa ser atentatória da boa fé ou injusta para a parte que, por virtude da nulidade da cláusula, vê renascidas as obrigações excluídas, pois a redução não é forçosa, estando-lhe sempre assegurada a possibilidade de provar que não teria concluído o negócio sem a parte viciada (art. 285.º)³⁵³.

No que respeita às normas proibitivas, uma boa parte delas prevê no próprio preceito a consequência para a sua violação, que se reconduz ou à nulidade da cláusula, ou à redução *ope legis* da mesma (não se aplicando o regime da redução do art. 285.º). As outras, quando atinentes ao objecto do negócio, como a do art. 686.º (“Não pode ser hipotecada a meação dos bens comuns do casal, nem tão-pouco a quota de herança indivisa”), geram, quando violadas, a nulidade do negócio por ilicitude do objecto nos termos do art. 273.º, n.º 1, e, no caso contrário, como a norma do 636.º, al. a) (que determina que o fiador não pode

352 Cfr. Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Cap. V, § 2.º.

353 O que, aliás, se prevê também no âmbito das cláusulas contratuais gerais (art. 16.º da Lei n.º 17/92/M, de 28 de Setembro), mas aqui apenas aplicável a título subsidiário, numa lógica de maior protecção da parte mais débil, permitindo-lhe derrogar o regime da redução, desde que a manutenção do contrato sem a cláusula abusiva não conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé. Ver, sobre a questão, o artigo já citado de Augusto Teixeira Garcia, “A propósito dos controlos de inclusão e de validade das cláusulas contratuais gerais: breves considerações sobre os arts. 10.º, 15.º e 16.º da Lei 17/92/M, de 28 de Setembro”.

invocar o benefício da excussão se a ele houver renunciado ou se tiver assumido a obrigação de principal pagador), parece dever também determinar apenas a nulidade da própria cláusula e não de todo o negócio.

Pelo exposto pretendemos dizer, a concluir, que, tal como tem sido entendimento maioritário da doutrina alemã, o princípio geral do art. 287.º tem uma aplicabilidade limitada no domínio obrigacional, onde, à semelhança do regime expresso no Código Civil italiano, deve prevalecer a solução da substituição da cláusula *contra legem* pela norma derogada, ao abrigo do princípio da manutenção e aproveitamento dos contratos, na medida em que a solução do art. 287.º foi primariamente pensada para os casos de violação de normas preceptivas ou proibitivas de legislação extravagante, designadamente de direito penal ou administrativo.

Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de,
 “Efeito da Confirmação dos Negócios Anuláveis”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. IV, 1978
 “Invalidade dos Negócios Jurídicos”, in *BMJ*, n.º 89
 “Objecto Negocial”, in *BMJ*, n.º 138
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de,
Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Vol. I, Almedina, 1992
Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Vol. II, Almedina, 1992
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II, 2.ª* reimpressão, Livraria Almedina, 1966
- Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, in *The Yale Law Journal*, Vol. 92, n.º 5, 1983
- ASCENSÃO, Oliveira,
Direito Civil – Teoria Geral, Vol. II, Coimbra Editora, 1999
O Direito – Introdução e Teoria Geral, 13.ª edição, Almedina, 2005
- AURELIANO, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo do Direito Privado Português*, Almedina, 2009
- BETTI, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I*, Coimbra Editora, 1969
- BRITO, Mário de, *Código Civil Anotado, Vol. I*, edição do Autor, 1968
- CARVALHO, Jorge Morais, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Almedina, 2016
- COELHO, Pereira, “Regulamentação Imperativa do Contrato de Arrendamento”, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n.º 1, 1982

COMMISSION, Law, *The Illegality Defence: A Consultative Report*, 2009

CORDEIRO, Menezes,

Da Boa Fé no Direito Civil, 6.^a reimpressão, Almedina, 2015

Direito das Obrigações, 1.^o Vol., AAFDL, 1988

Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral, 4.^a edição reformulada e actualizada, Almedina, 2012

CORREIA, Paula, *Teoria Geral do Facto Jurídico*, apontamentos policopiados, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2011/2012

COSTA, Salvador da, *O Concurso de Credores: Sobre as Várias Espécies de Concurso de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.^a edição actualizada e ampliada, Almedina, 2009

CRASWELL, Richard, “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”, in *Michigan Law Review*, Vol. 88, n.º 3, 1989

CSERNE, Péter, *Freedom of Contract and Paternalism – Prospects and Limits of an Economic Approach*, Palgrave Macmillan, 2012

DELGADO, Abel, *Do Contrato-Promessa*, Livraria Petrony, 1978

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução de Baptista Machado, 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, e MAZEAUD, Denis, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier European Law Publishers, 2008

FERNANDES, Luís Carvalho, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Quid Juris – Sociedade Editora, 1993

FLUME, Werner, *Das Rechtsgeschäft*, 4.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2013

FRADA, Manuel Carneiro da, *Contrato e Deveres de Protecção*, Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994

GARCIA, Augusto Teixeira,

“A propósito dos controlos de inclusão e de validade das cláusulas contratuais gerais: breves considerações sobre os arts. 10.º, 15.º e 16.º da Lei 17/92/M, de 28 de Setembro”, in *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo VI*, versão portuguesa, Centro de Formação Jurídica e Judiciária

“Do enquadramento do arrendamento: Apontamentos para os alunos”, em vias de publicação no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*

Ghestin, Jacques, Goubeaux, Gilles, e Fabre-Magnan, Muriel, *Traité de Droit Civil. Introduction Générale*, 4.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2004

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, tradução portuguesa,

- 4.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003
- GOMES, Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, 2000
- GREEN, Leslie, “Law and Obligations”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, coord. Jules Coleman e Scott Shapiro, Oxford University Press, 2002
- HARE, R. M., *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1952
- HART, Herbert, *O Conceito de Direito*, tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1992
- HUSAK, Douglas, “Paternalism”, in Andrei Marmor (coord.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, 2012
- KELSEN, Hans, e KLUG, Ulrich, *Normas Jurídicas y Analisis Logico*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988
- KENNEDY, Duncan, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, in *Maryland Law Review*, Vol. 41, 1982
- KRAUS, Jody, “Philosophy of Contract Law”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, coord. Jules Coleman e Scott Shapiro, Oxford University Press, 2002
- LARENZ, Karl,
Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, tradução chinesa, Law Press China, 2003
Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, tradução chinesa, Law Press China, 2003
- Metodologia da Ciência do Direito*, 4.^a edição, tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005
- LEITÃO, Menezes,
Direito das Obrigações, Vol. I, 6.^a edição, Almedina, 2007
Direito das Obrigações, Vol. II, 6.^a edição, Almedina, 2007
Direito das Obrigações, Vol. III, 6.^a edição, Almedina, 2007
Garantia das Obrigações, 3.^a edição, Almedina, 2012
- LIMA, Pires de, “Empreitada”, in *BMJ*, n.º 145
- LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes,
Código Civil Anotado, Vol. I, reimpressão da 4.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1997
Código Civil Anotado, Vol. II, 3.^a edição revista e actualizada, 1986
- MACHADO, Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1996

MARELLA, Maria Rosaria, “The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe”, in *European Review of Contract Law*, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920

MARIANO, João Cura, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.^a edição revista e aumentada, Almedina, 2015

MARQUES, J. Dias, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a edição, Lisboa, 1994

MARTINEZ, Pedro Romano, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, 2001

Da Cessação do Contrato, 2.^a edição, Almedina, 2006

MATO, Isabel Andrade de, *O Pacto Comissório, Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006

MCKENDRICK, Ewan, *Contract Law – Text, Cases, and Materials*, 2.^a edição, Oxford University Press, 2005

MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2001

Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 12.^a edição, tradução chinesa, Law Press China, 2004

MENDES, Castro, *Introdução ao Estudo do Direito*, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, 1994

MONCADA, Cabral de, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4.^a edição revista, Livraria Almedina, 1995

MONTEIRO, Pinto, “Avaliação convencional do dano”, in *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo IX*, versão portuguesa, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013

Cláusula Penal e Indemnização, Almedina, 1990

Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, Separata do volume XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1985

NEVES, Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica* 1, Coimbra Editora, 1993

PINTO, Carlos Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, 1982

Teoria Geral do Direito Civil, 4.^a edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005

PINTO, Paulo Mota,

- Declaração Tácita e Comportamento Concludente do Negócio*, Almedina, 1995
- Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. I*, Coimbra Editora, 2008
- Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. II*, Coimbra Editora, 2008
- PONTE, Pdero Fuzeta da, e MARTINEZ, Pedro Romano, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a edição, Almedina, 2006
- PRATA, Ana,
Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual, Almedina, 2005
- Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, 2010
- QUENTAL, Miguel, *Manual de Formação de Direito do Trabalho em Macau – Novo Regime das Relações de Trabalho*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, Almedina, 1982
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa,
“Direito dos Contratos e Regulação do Mercado”, in *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, 2007
- O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999
- “Regulations on Unfair Contract Terms in Macanese and Portuguese Law: a comparative analysis”, in *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, Jorge Godinho (Editor), University of Macau e LexisNexis, 2010
- ROPPO, Enzo, *O Contrato*, tradução de Ana Coimbra e Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 1988
- Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, reimpressão da 2.^a edição revista e aumentada, Almedina, 2005
- SCHÜTTE, Béatrice, “The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms”, in Luca Siliquini-Cinelli e Andrew Hutchinson, *The Constitutional Dimension of Contract Law – A Comparative Perspective*, Springer, 2017
- SERRA, Vaz,
“Direito das Obrigações”, in *BMJ*, n.º 101
“Exposição de Motivos”, in *BMJ*, n.º 55
“Resolução do Contrato”, in *BMJ*, n.º 68
- SILVA, Calvão da,
Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Separata do volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de

Coimbra, 1987

Sinal e Contrato-Promessa, 10.^a edição revista e aumentada, Almedina, 2003

SILVA, Germano Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a edição, Universidade Católica, 2015

STONE, Richard, e CUNNINGTON, Ralph, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, Routledge-Cavendish, 2007

TELLES, Galvão,

“Contratos Civis”, in *BMJ*, n.º 83

Direito das Obrigações, 7.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1997

TONG, Io Cheng,

Macau Contract Law – International Encyclopaedia of Law, Kluwer Law International, 2009

O Regime Jurídico do Contrato-Promessa, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004 (versão chinesa)

TOU, Wai Fong, “Princípio da Autonomia Privada”, in *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007

TRIGO, Manuel,

“O Direito Civil de Macau”, in *Perspectivas de Direito*, n.º 2, Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, 1997.

Lições de Direito das Obrigações, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014

URBANO, Miguel, *Breve Nota Justificativa*, CCM, versão portuguesa, 1999

VARELA, Antunes,

Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10.^a edição, Almedina, 2000

Das Obrigações em Geral, Vol. II, 4.^a edição revista e actualizada, Livraria Almedina, 1990

VASCONCELOS, Pedro Pais de,

Contratos Atípicos, 2.^a edição, Almedina, 2009

Teoria Geral do Direito Civil, 5.^a edição, Almedina, 2008

WAGNER, Gerhard, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights”, in Anthony Ogus e Willem H van Boom (coord.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Hart Publishing, 2011

WELLER, Matthias, “Who Gets the Bribe? – The German Perspective on Civil Law Consequences of Corruption in International Contracts”, in Michael Joachim Bonell e Olaf Meyer, *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Springer, 2015