

OS MEIOS COMPULSÓRIOS AO CUMPRIMENTO PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL DE MACAU

Tou Wai Fong

*Coordenadora Adjunta do Gabinete para a Tradução Jurídica
Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*

1. INTRODUÇÃO

No âmbito das relações obrigacionais no direito privado, não oferece dúvida que o instituto da execução específica, operada através de substituição forçada do cumprimento voluntário pelo cumprimento judicial, é uma boa arma para o credor obter a satisfação perante um devedor faltoso, que ignore qualquer forma de interpelação feita pelo credor e/ou a própria condenação do tribunal. No entanto, este meio nem sempre consegue assegurar o interesse do credor visto que, por um lado, se a prestação devida for infungível, seja por natureza seja por determinação subjectiva, não poderá haver lugar a execução específica por não ser possível a substituição; por outro lado, mesmo sendo fungível a prestação, o processo de execução pode ser moroso e o recurso a um terceiro para efectuar a prestação devida nem sempre é fácil e satisfatório.

Portanto, a tutela concedida ao credor no sentido de lhe permitir obter o cumprimento possível não se esgota na execução específica, havendo ainda outros meios de coerção que actuam antes da execução específica, e mesmo na impossibilidade dela¹, com o objectivo de compelir o devedor ao cumprimento. Trata-se de formas de pressão exercidas sobre o devedor, normalmente através de um prejuízo patrimonial ou um mal não esperado, para que este, para evitar tal prejuízo, se decida a cumprir a obrigação.

¹ Como exemplo das obrigações que, desde o início, são insusceptíveis de execução específica, temos as prestações de facto infungível.



Entre os meios de pressão aos quais o credor pode recorrer para compelir o devedor a cumprir, a doutrina faz uma distinção entre a coerção ofensiva e a coerção defensiva². Diz-se coerção ofensiva, “aquela em que o credor actua activamente para prevenir o incumprimento, começando por fazer pressão sobre a vontade do devedor para o determinar a cumprir (compulsão) e podendo acabar por actuar e efectivar a sanção prevista na hipótese de ineficácia cominatória do meio de pressão”³. Como exemplos, temos a cláusula penal⁴, o sinal⁵ e a cláusula resolutiva expressa.

A coerção defensiva, por sua vez, “é aquela em que o credor actua passivamente, limitando-se a responder, por omissão ou recusa de cumprir por sua parte, ao não cumprimento pontual do devedor, para defesa e garantia do seu direito”⁶. Ao actuar passivamente, o credor recusa cumprir aquilo a que está adstrito sem o cumprimento simultâneo do devedor, facto esse que pode constituir pressão sobre o devedor e determiná-lo a cumprir. Como exemplos típicos desta coerção defensiva, temos o direito de retenção⁷ e a “*exceptio non adimpleti contractus*”⁸.

Não será de todos estes meios que vamos tratar neste trabalho, nem foi uma ou outra das modalidades de coerção que escolhemos como objecto desta intervenção. Antes nos limitaremos a abordar alguns meios coercivos ao cumprimento previstos agora no Código Civil de Macau, com determinadas inovações relativamente ao previsto no Código Civil português na versão vigente em Macau até à entrada em vigor do Código local.

A nossa apresentação abrange, por um lado, os institutos do sinal e da cláusula penal, já existentes no Código Civil português anteriormente vigente em Macau; e, por outro, o da sanção pecuniária compulsória, figura só agora inserida no sistema de Macau⁹.

² De acordo com a opinião de Calvão da Silva, em Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 2.ª edição, Coimbra, 1995, p. 243, o primeiro a utilizar a terminologia coerção ofensiva e coerção defensiva foi Demogue, depois retomada por Gerbay (cfr. Moyens de Pression Privés et Exécution du Contrat, Thèse, Dijon, 1979, p. 24).

³ Cfr. Calvão da Silva, ob. cit., p. 244.

⁴ V. artigos 799.º e ss. do Código Civil de Macau.

⁵ V. artigos 434.º e ss. do Código Civil de Macau.

⁶ Cfr. Calvão da Silva, ob. cit., p. 244.

⁷ V. artigos 744.º e ss. do Código Civil de Macau.

⁸ V. artigos 422.º e ss. do Código Civil de Macau.

⁹ Há também inovação no sistema de Macau no instituto do direito de retenção, que alarga os casos especialmente previstos para a concessão deste direito, fazendo abranger também no grupo especial de titulares do direito o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte. Para além disso, prevê também o direito de retenção do achador, já previsto expressamente em outro lugar. Porém, tendo em conta que esta inovação não implica qualquer alteração da própria natureza ou funcionamento do direito de retenção, tratando-se de uma mera adesão à opção legislativa portuguesa feita em 1986, sobre a mesma não incidirá este trabalho.

2. O SINAL E A CLÁUSULA PENAL PREVISTOS NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS VIGENTE EM MACAU ATÉ À ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE MACAU

O sinal, um dos meios de coerção ofensiva previstos no Código, encontra-se regulado nos artigos 440.º e seguintes, funcionando como uma ameaça exercida sobre as duas partes do contrato, quer sobre a parte que entregou o sinal quer sobre a outra que o recebeu. Quando qualquer uma delas não cumpra o contrato¹⁰ ficará logo sujeita a um prejuízo equivalente ao sinal já que, se a parte que entregou o sinal não cumprir o contrato, perderá o sinal constituído, se a parte faltosa for aquela que recebeu o sinal, ficará obrigada a devolver à outra o sinal em dobro. Esta regra de funcionamento do sinal, dada a sua prévia determinação de uma consequência desfavorável para a parte que não cumpra o contrato, é sempre considerada como um meio coercivo, a “estimular” o cumprimento, independentemente de outra ou outras funções que o sinal desempenhe¹¹.

No entanto, para além do regime geral do sinal, existe ainda outro, especial, e o grau de coerção é diferente num e no outro.

¹⁰ Tendo em conta a não extensão a Macau das alterações introduzidas aos artigos 442.º e 830.º, a polémica existente em Portugal sobre a aplicabilidade da regra funcional do sinal no caso de mora não se verifica em Macau. Portanto, o não cumprimento previsto no artigo 442.º só deve ser interpretado como incumprimento definitivo, tal como a jurisprudência local reconhece, cfr., entre outros, Acs. do TSJ de 23/4/97, in TSJ Jurisprudência, 97, I, pp. 435 ss., e de 19/11/97, in TSJ Jurisprudência, 97, II, pp. 1284 ss. Sobre a referida polémica, consultar, como exemplos, as posições doutrinárias seguintes: Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 9.ª edição, Coimbra, 1996, p. 356; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição, Coimbra, 1986, p. 423, n.º 5 e n.º 6 ao art. 442.º (texto do D.L. n.º 379/86); Menezes Cordeiro, *A excepção do cumprimento do contrato-promessa* (art. 442.º, n.º 3, 2.ª parte, do Código Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro), na *Tribuna de Justiça*, n.º 27, Março de 1987, p. 5; Calvão da Silva, *Sinal e contrato-promessa* (do Decreto-Lei n.º 236/80 ao Decreto-Lei n.º 379/86), 4.ª edição, Coimbra, 1995, pp. 98 e 99; e ainda Brandão Proença, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral, a dualidade execução específica-resolução, Separata dos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia”*, 2.ª edição, Coimbra, 1996, p. 157.

¹¹ Entre as funções que o sinal desempenha, é normalmente referida a função confirmatória e a função penitencial. Enquanto a primeira implica que a constituição do sinal visa salientar a vontade decisiva das partes não só na celebração do contrato mas também no seu cumprimento, de maneira que a constituição do sinal nada afecta a possibilidade de execução específica quando as circunstâncias justifiquem o recurso a este meio, a função penitencial do sinal, embora mantendo a característica do sinal no sentido de compelir as partes a cumprir o contrato, traduz-se de facto num preço de arrependimento, já que a parte fiel, no caso de ocorrer incumprimento da outra parte, para além de ficar com o sinal ou exigir a sua devolução em dobro, conforme o caso, não pode exigir a execução específica. No âmbito do contrato-promessa, onde a constituição de sinal surge com mais frequência era esta função penitencial que vigorava em Macau, visto que o art. 830.º, na sua versão primitiva e anteriormente vigente em Macau afastava a execução específica quando houvesse sinal constituído, por via de uma presunção “*juris tantum*” estabelecida no seu n.º 2, facto esse que demonstra que a intenção do legislador foi atribuir uma função penitencial ao sinal, considerando-o como preço de arrependimento. Sobre este tema, cfr. Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990, pp. 173 ss.

No regime geral, o sinal tem uma função penitencial, por ser susceptível de servir de contrapartida ao direito de arrependimento, através da exclusão presuntiva da execução específica¹² e de qualquer indemnização pelo não cumprimento¹³. O grau de pressão exercida sobre o devedor através do sinal é naturalmente menos forte do que nos casos em que não haja afastamento da execução específica. Isto porque se a parte com pretensão de faltar ao cumprimento, depois de ter feito as contas, concluir que ainda poderá sair beneficiada da libertação do cumprimento através desta “compra” do direito ao arrependimento, a força coerciva do sinal será muito reduzida.

Em 1988, tendo em conta a necessidade de atribuir uma defesa especial ao promitente-comprador no âmbito de contratos-promessa sobre imóveis, a Lei n.º 20/88/M veio consagrar um regime especial, segundo o qual o direito à execução específica, mesmo sem tradição da coisa objecto do contrato, era conferido ao promitente-comprador desde que houvesse constituição do sinal, direito esse insusceptível de ser afastado, mesmo por acordo das partes através de uma declaração expressa¹⁴. Portanto, o sinal aqui é de natureza confirmatória para o promitente-comprador, mas assumindo natureza penitencial para o promitente-vendedor¹⁵. Ou seja, num mesmo contrato, relativamente ao mesmo sinal, o grau de coerção é completamente diferente conforme a parte sobre quem a pressão seja exercida.

Outro meio coercivo ao cumprimento, por via convencional, consagrado no Código, é a cláusula penal¹⁶, através da qual as partes convencionam antecipadamente uma indemnização ou pena, que será devida¹⁷ no caso de ocorrer

¹² Artigo 830.º, n.º 2, do Código Civil português anteriormente vigente em Macau.

¹³ Artigo 442.º, n.º 3, do Código Civil português anteriormente vigente em Macau.

¹⁴ Artigo 3.º da Lei n.º 20/88/M, de 15 de Agosto.

¹⁵ Numa altura em que haja tendência para a subida dos preços dos imóveis, e partindo do princípio segundo o qual quem é o especulador é o promitente-vendedor, pode justificar-se uma tutela privilegiada para o promitente-comprador por ser muito possível que a outra parte prefira devolver o sinal em dobro para se libertar do cumprimento do contrato a vender o imóvel em causa por um preço mais elevado. No entanto, pode também verificar-se a situação oposta, em que a tendência seja para a baixa dos preços e o especulador seja o promitente-comprador. Neste caso a parte mais fraca, isto é, o promitente-vendedor, perante o arrependimento da outra parte, não pode pedir a execução específica nem mais indemnização, para além de ficar com o sinal entregue, perdendo assim a oportunidade de vender o imóvel por um preço mais elevado, relativamente ao preço de mercado, e convencionado na promessa. Portanto, este regime especial do sinal nada modificou a função penitencial geral do sinal, estando meramente a dar uma protecção cega ao promitente-comprador, independentemente de ser este o especulador ou estar numa posição mais forte.

¹⁶ Artigos 810.º e seguintes do Código Civil português anteriormente vigente em Macau.

¹⁷ Embora a noção de cláusula penal feita no art. 810.º se refira apenas à cláusula penal indemnizatória, nada impede as partes de estipular pena de outro tipo, dentro da sua liberdade contratual. Daí haver lugar a teorias de dupla espécie e de tripla espécie da cláusula penal, conforme se entenda que, para além de uma função exclusivamente compulsória que uma cláusula penal pode desempenhar, se admita a existência de uma dupla função contida numa só

determinada modalidade de incumprimento¹⁸. O sentido é de fazer a advertência a uma ou ambas as partes de que a verificação do incumprimento previsto na cláusula torna logo exigível a indemnização ou pena fixada na respectiva cláusula, sem necessidade de fazer prova de danos, e que para evitar o surgimento deste dever¹⁹ será imperioso o cumprimento do contrato.

Sob o ponto de vista abstracto, quando a cláusula penal é de natureza exclusivamente compulsória²⁰, funcionando como uma pena autónoma, sem compensar nenhum dano nem substituir a própria prestação devida, a função coerciva é mais evidente, pela certeza de exigibilidade da pena mesmo que se produza prova da inexistência de dano causado pelo incumprimento²¹. Para quem admita a existência autónoma de cláusula penal de natureza sancionatória, ou da chamada cláusula penal propriamente dita, a pena configura-se como uma faculdade alternativa em benefício do credor²²; a possibilidade de obtenção da indemnização pelo dano excedente da parte fiel está sempre assegurada pelo próprio funcionamento da cláusula, através da opção pelo não cumprimento da pena mas sim pela indemnização do dano nos termos gerais. O grau coercivo resultante da pena é aqui igualmente mais forte do que o de uma pena que seja meramente uma

pena, ou se considere que a função sancionatória da cláusula penal deve autonomizar-se da função indemnizatória da mesma. Para melhor desenvolvimento deste tema, cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., pp. 619 ss.

- 18 Diferentemente do que se passa com o regime do sinal, cfr. supra, nota (5), no regime da cláusula penal é de comum conhecimento que a pena pode ser estabelecida tanto para o caso de incumprimento definitivo como para a mora em cumprimento ou cumprimento defeituoso.
- 19 O carácter coercivo da cláusula penal tanto pode ser operado numa cláusula penal meramente indemnizatória, através da fixação de uma indemnização de carácter "forfaitaire" de valor superior ao do dano previsível, como na cláusula penal exclusivamente compulsória, mediante uma pena autónoma de valor bastante elevado que acrescerá sempre ao próprio cumprimento ou a outras consequências de incumprimento determinadas nos termos gerais, e na cláusula penal propriamente dita, através da fixação de uma prestação mais onerosa para substituir a obrigação inicial no caso de não cumprimento. No entanto, não nos esqueçamos que qualquer tipo de cláusula penal, se se mostrar ser manifestamente excessiva, será susceptível de ser judicialmente reduzida nos termos do art. 812.º.
- 20 Quanto às posições a favor da admissibilidade da cláusula penal exclusivamente compulsória, temos, entre outros, Vaz Serra, autor que já no tempo do projecto do Código de 1966 manifestou a sua posição favorável em Pena convencional, BMJ, n.º 67, p. 186, n. (3), p. 205, n. (51) e p. 209; Almeida Costa, Direito das Obrigações, 6.ª edição, Coimbra, 1994, pp. 683 e 684; Pinto Monteiro, ob. cit., pp. 453 e 454. Posição oposta tem Calvão da Silva, Cumprimento e sanção pecuniária, cit., p. 259, n. (471).
- 21 Com efeito, para a teoria da dupla função da cláusula penal indemnizatória, a exigibilidade da pena não depende da existência de dano; quer dizer, a pena fixada nos termos do artigo 810.º é exigível mesmo que o devedor consiga fazer prova da inexistência de dano, cfr. Antunes Varela, Das Obrigações em geral, Vol. II, 6.ª edição, Coimbra, 1995, p. 137; Calvão da Silva, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., pp. 248, 251 e 252; Galvão Telles, Direito das Obrigações, 6.ª edição revista e actualizada, 1989, pp. 440 ss.
- 22 Sobre esta teoria, cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., pp. 100 ss.

indenização antecipadamente fixada. Por outro lado, o volume da pena é também um factor determinante da respectiva coerção perante o devedor, sendo evidente que, dentro da mesma modalidade, uma pena de maior valor constituirá certamente maior pressão para o seu destinatário. Quando se trate de penas de diferentes modalidades e de valores diferenciados, será mais difícil determinar qual delas é mais apta a produzir maior pressão sobre o devedor, sendo para este efeito necessário analisar outros factores, como por exemplo o dano previsível do incumprimento e a possibilidade de obter procedência no pedido de redução judicial nos termos do artigo 812.º.

No entanto, tendo em conta a existência da mesma exclusão presuntiva da execução específica²³ e o impedimento da exigência de indenização pelo dano excedente, se a cláusula penal estabelecida for compensatória e exigível no caso de incumprimento definitivo²⁴, quando não haja outra declaração das partes²⁵, a função coerciva da cláusula penal poderá ser também muito reduzida para quem conseguir tirar vantagem da libertação do cumprimento.

3. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO CIVIL DE MACAU

Tal como dissemos na parte introdutória, os institutos do sinal e da cláusula penal sofreram algumas alterações no Código Civil de Macau, o qual, estamos certos foi elaborado, não por mera razão de localização formal, isto é, para permitir que fosse aprovado por um órgão legislativo local, antes pela necessidade da sua localização substancial, recodificação e actualização, no sentido de responder às exigências essenciais de modernização do sistema e da sua adaptação à características da sociedade de Macau neste virar do milénio²⁶. Nestes termos, a razão de ser das alterações destes dois institutos, que apresentamos já a seguir, têm que ser justificadas pelos motivos que acabamos de referir.

Em relação ao regime do sinal, o legislador de Macau não pretendeu seguir cegamente as soluções consagradas no Código vigente em Portugal, partin-

²³ Artigo 830.º, n.º 2, do Código Civil português anteriormente vigente em Macau.

²⁴ É lógico entendermos que esta presunção de exclusão só se aplica à cláusula penal compensatória e exigível no caso de incumprimento definitivo porque em outros casos (tais como pena compensatória mas em vista do cumprimento em mora ou cumprimento defeituoso, pena exclusivamente compulsória e cláusula penal propriamente dita para aqueles que não aderem à tese da função mista da cláusula penal mas sim à tese de autonomia da função sancionatória face à compensatória da pena) a própria razão de ser da cláusula penal permite perfeitamente o cúmulo da pena com a execução específica. Para mais desenvolvimentos, cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., pp. 619 ss.

²⁵ Artigo 811.º do Código Civil português anteriormente vigente em Macau.

²⁶ Prefácio do Decreto-Lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto, que aprova o Código Civil de Macau.

do antes da preocupação de re-sistematizar o regime em sede de contrato-promessa, onde o sinal tem a sua aplicação mais frequente.

Assim, abandona primeiro a função penitencial do sinal em geral, de maneira que, independentemente da constituição ou não de sinal, o contrato-promessa se sujeita sempre a execução específica, salvo havendo acordo das partes em outro sentido²⁷. Nos casos de contrato-promessa de transmissão ou constituição onerosa de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, o regime actualmente consagrado no Código já é um pouco diferente do constante da Lei n.º 20/88/M, de 15 de Agosto, visto que, se no regime geral do contrato-promessa, a execução específica é sempre possível e o sinal deixa de lhe constituir obstáculo, não faria sentido manter a disposição constante do referido diploma avulso²⁸, no sentido de fazer do sinal um dos requisitos para haver lugar à execução específica. Por outro lado, para atribuir uma certeza não renunciável à promessa, no sentido de não admitir convenção das partes para afastar a execução específica, o requisito mais adequado é, face à realidade social, a tradição da coisa objecto do contrato, por o acto de tradição da coisa traduzir ainda mais a vontade decisiva de efectuar o negócio.

Ainda em sede do regime do sinal, entende-se que a operação das suas regras funcionais se deve manter dependente da verificação de incumprimento definitivo, e não de mera constituição em mora, opção esta revelada pela não transcrição da 2.ª parte do n.º 3 do art. 442.º do Código vigente em Portugal²⁹, e que nos parece mais correcta³⁰.

A possibilidade de haver dano de valor muito superior ao do sinal constituído é também uma das preocupações do legislador de Macau porque, na falta de convenção de salvaguarda do direito à indemnização, se o dano que uma das partes prevê como possível de ser causado pelo incumprimento da outra parte for muito superior ao sinal, será provável que o sinal acabe por estimular o não cum-

²⁷ Artigo 820.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau. Julgamos ter interesse mencionar aqui que, segundo a determinação deste n.º 2, no caso de contrato-promessa de transmissão ou constituição onerosa de direito real sobre prédio ou fracção autónoma dele, o direito à execução específica não só é insusceptível de ser afastado pela constituição do sinal, como nem sequer por convenção em contrário das partes, desde que haja tradição da coisa objecto do contrato.

²⁸ Artigo 3.º da Lei n.º 20/88/M, de 15 de Agosto.

²⁹ Foi esta parte do preceito que determinou o surgimento da polémica em Portugal sobre a aplicabilidade da regra funcional do sinal no caso de mora em cumprimento, quer na área doutrinal quer na área judicial — cfr. supra, nota (10).

³⁰ Como as regras funcionais do sinal são legalmente previstas, não tendo conteúdo estabelecido pelas próprias partes como no caso de cláusula penal, sendo que a mora de uma das partes permite logo à outra ficar com o sinal entregue ou exigir o sinal em dobro, o regime do sinal e a resolução do contrato que acompanha a operação das regras funcionais do sinal, acabam por constituir uma pena destinada a sancionar a mora, fazendo com que o contrato seja frágil e inseguro, fácil de ser resolvido, facto esse que não nos parece que se harmonize com a realidade de Macau, nomeadamente no âmbito de vida jurídica civil.



primento, nomeadamente nos casos em que a execução específica seja impossível, situação essa naturalmente anómala porque proveniente de um meio compulsório ao cumprimento. Nestes termos, o legislador permite ainda uma indemnização suplementar quando o dano verificado seja consideravelmente superior ao valor do sinal.

Se o legislador previu a possibilidade de haver dano manifestamente superior ao valor do sinal, não lhe escapou também uma outra hipótese, em que a perda do sinal ou a sua restituição em dobro seja uma pena demasiado pesada para a parte faltosa, nomeadamente em situações em que não haja dano ou o haja mas seja de valor insignificante face ao valor do sinal, de maneira que se possa criar uma situação de injustiça. Neste caso, uma boa solução será, obviamente, tal como alguns sectores da doutrina entendem³¹, admitir uma redução judicial, a pedido do devedor, de acordo com a equidade, desde que o valor do sinal seja manifestamente excessivo³².

Em relação ao regime da cláusula penal, o legislador de Macau manifestou claramente a sua posição liberal, no sentido de permitir expressamente às partes a possibilidade de consagrarem uma ou mais cláusulas penais, quer de natureza compensatória quer compulsória, para várias situações de incumprimento³³, facto esse que não nos parece uma alteração mas sim um esclarecimento, pois entendemos que, ainda no regime anterior, o princípio da liberdade contratual permitia este tipo de convenção por falta de proibição legal.

Havendo dúvida na determinação do tipo da cláusula penal estabelecida, a lei presume que a mesma seja compensatória. Esta presunção é compreensível porque, por um lado, é preciso arranjar uma saída quando, esgotados já os meios de interpretação, não tenha sido possível descobrir qual a verdadeira vontade das partes; e, por outro, sendo o tipo compensatório o único expressamente consagrado no regime anterior e entendido também como o mais utilizado, naturalmente que neste tipo iria cair a presunção.

Outra presunção estabelecida no Código refere-se ao âmbito da cláusula penal. Diz a lei que, se houver uma só cláusula penal estabelecida para o não cumprimento, presume-se que esta cobre todos os danos, caso seja compensatória, e toda a sanção aplicável, quando seja compulsória. Entendemos também esta presunção como uma solução legal adequada, que torna o regime mais claro e previsível e confere aos seus utentes maior segurança jurídica.

Em sede de funcionamento da cláusula penal compensatória, tendo em conta que a questão do cúmulo tem sido objecto de preocupação doutrinária³⁴, o

³¹ Como exemplo, cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., pp. 195 ss.

³² Artigo 436.º, n.º 5, e artigo 801.º, do Código Civil de Macau.

³³ Artigo 799.º do Código Civil de Macau.

³⁴ Cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., pp. 424 ss.

legislador de Macau resolveu fazer um esclarecimento na própria lei³⁵, consagrando que o credor não pode exigir o cumprimento da pena cumulativamente com a realização coactiva da prestação a que a cláusula diga respeito ou com a indemnização pelo dano que pela mesma esteja coberto. Portanto, nada obsta ao credor exigir o cumprimento da pena destinada à situação de mora em cumprimento ou cumprimento defeituoso, em conjunto com o cumprimento da própria obrigação principal do contrato, pois o que está em causa é a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objecto”.

No entanto, para salientar ser ainda a função promotora do cumprimento que a cláusula penal compensatória desempenha, o Código prevê, tal como no caso do sinal, a salvaguarda do direito à indemnização pelo dano excedente, caso este seja consideravelmente superior³⁶. O que o legislador pretendeu evitar foi tornar a estipulação de cláusula penal um meio de estímulo ao incumprimento.

Por último, parece-nos que a única verdadeira inovação de regime no Código de Macau foi a abertura de uma excepção quanto ao requisito de imputabilidade da parte faltosa para exigir o cumprimento da cláusula penal, permitindo às partes, através de uma estipulação expressa, afastar este requisito³⁷. Embora entendamos que esta opção legislativa corre o risco de induzir os intérpretes em erro, no sentido de confundir a cláusula de garantia com a cláusula penal³⁸, preferimos fazer outra interpretação do preceito, julgando não ter sido intenção do legislador fazer uma nova qualificação da cláusula penal, antes permitir às partes, por um lado, estipular uma cláusula de garantia com função penal³⁹ através da fixação prévia de uma soma exigível no caso de não se verificar determinado resultado, para evitar as dificuldades e incertezas inerentes à ulterior prova de danos; e, por outro lado, prever a aplicação do regime da cláusula penal na parte aplicável à cláusula de garantia. Como exemplo, temos a permissão de redução judicial quando a soma acordada seja manifestamente excessiva face às circunstâncias vigentes no momento da não obtenção do resultado garantido.

³⁵ Artigo 800.º, n.º 2, 1.ª parte, do Código Civil de Macau.

³⁶ Artigo 800.º, n.º 2, 2.ª parte, do Código Civil de Macau. É de salientar que, sobre a questão do reforço de pena, a ponderação teve lugar em Portugal já em 1980, altura em que se introduziram alterações nos artigos 811.º e 812.º. No entanto, devido à opção de aproximar a solução do sistema português à adoptada pelo Conselho da Europa na Resolução (78) 3, de 20 de Janeiro de 1978, foi afastada a possibilidade do reforço, não obstante ser esta consagrada nos direitos alemão e suíço. Esta solução final levantou, na doutrina, a questão da sua justeza, cfr. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., p. 446.

³⁷ Artigo 800.º n.º 1, do Código Civil do Macau.

³⁸ Segundo ensina a doutrina, a cláusula de garantia, distinta da cláusula penal, visa obrigar uma das partes a assegurar determinado resultado à outra, de maneira que torne o montante fixado na cláusula exigível caso não se verifique o resultado garantido, cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., pp. 274 ss.

³⁹ Cfr. Pinto Monteiro, ob. cit., p. 278.

4. A SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE EM PORTUGAL

Os meios que acabámos de mencionar são todos susceptíveis de operar por via extrajudicial, isto é, são todos invocáveis por uma das partes perante a outra quando as respectivas circunstâncias se verifiquem, sem necessidade de submeter previamente a relação contratual em causa à apreciação judicial. No entanto, se com os meios compulsórios extrajudiciais o credor não conseguir obter o cumprimento da obrigação em falta que ainda seja possível, ou não conseguir a respectiva compensação, submeterá naturalmente a questão ao tribunal a fim de obter o cumprimento ou resolver a questão por via indemnizatória. Esta intervenção judicial pode ter lugar numa só vez e resolve a questão caso o devedor acate o que a sentença determine. No entanto, se o devedor ignorou a condenação e o credor veio a interpor acção de execução, o tribunal tentará nesta acção de execução específica resolver definitivamente a questão, satisfazendo o interesse do credor à custa do próprio devedor faltoso, entregando a coisa devida ao credor, destruindo uma obra indevidamente feita, permitindo ao credor recorrer no mercado a um terceiro para realizar a prestação de facto em falta quando esta seja fungível, ou realizando uma execução por equivalente, atribuindo ao credor uma indemnização por conta do património do devedor para compensar a falta do cumprimento, caso a prestação de facto seja infungível.

Com efeito, quer haja ou não execução específica propriamente dita, a obtenção de condenação judicial significa sempre que o direito do credor e a correlativa obrigação do devedor já se encontram judicialmente confirmados, e implica que não haja razão judicialmente atendível do devedor para insistir em não cumprir a obrigação a que está adstrito. No entanto, uma prestação infungível é insubstituível por terceiro, quer dizer, a prestação é por natureza inexecutável, a não ser por equivalente, facto esse que coloca o credor, embora com direito judicialmente confirmado, na mesma situação passiva, continuando o devedor, não obstante ter sido condenado pelo tribunal, com a plena liberdade de decidir se vai ou não cumprir a sentença, situação esta que é claramente injusta para o credor.

Nestes termos, o Código Civil vigente em Portugal, a partir de 1983, veio consagrar um outro meio compulsório, previsto no art. 829.º-A, para pressionar o devedor ao cumprimento de prestação insusceptível de execução específica, designado por sanção pecuniária compulsória. Através deste meio o tribunal pode, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária fixada segundo critérios de razoabilidade, por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.

No entanto, se o que preocupava o legislador português foi a impossibilidade de execução sub-rogatória das prestações infungíveis, sendo a inidoneidade estrutural da execução específica para assegurar a realização específica destas

obrigações que está na origem e razão de ser da sanção pecuniária compulsória, a mesma lógica já não ocorre no número 4 do mesmo artigo. Nele fixou o legislador o adicional de juros de 5% nas obrigações pecuniárias, quer voluntariamente estipuladas quer judicialmente determinadas, tratando-se de uma sanção pecuniária compulsória legal⁴⁰ aplicada não a uma prestação infungível, tal como nos números anteriores deste artigo, antes a uma prestação fungível, por ter uma natureza de realização fácil e, em geral, sempre possível⁴¹, através da execução para pagamento de quantia certa⁴². Portanto, será certamente outra preocupação, a de desvalorização da moeda em épocas inflacionistas, que está subjacente a esta sanção pecuniária compulsória, que todavia o não é “*tout court*”⁴³.

Quanto ao destino desta quantia, a lei manda dividi-la em duas partes iguais, uma para o próprio credor e a outra para o Estado⁴⁴, revelando por esta via a dupla finalidade da sanção: estimular, por um lado, o cumprimento das obrigações e promover, pelo outro, o respeito pela autoridade judicial⁴⁵.

5. A SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA CONSAGRADA NO CÓDIGO CIVIL DE MACAU

Tal como referimos acima, o regime da sanção pecuniária compulsória vigente em Portugal nunca chegou a ser estendido a Macau. Mas não foi o mesmo regime que o legislador do território, introduziu agora pela primeira vez, no sistema de Macau. Antes um outro, bem diferente, com uma função compulsória mais saliente⁴⁶.

40 Esta sanção legal tem como origem um estudo sobre correcção monetária dos pedidos deduzidos em juízo, elaborado por Mota Pinto e Pinto Monteiro, a pedido do Ministério da Justiça, cfr. Pinto Monteiro, Inflação e direito civil, separata dos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia”, Coimbra, 1984, pp. 26 ss.

41 Cfr. Calvão da Silva, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., p. 452.

42 Nos termos dos artigos 811.º e seguintes do Código de Processo Civil português.

43 Cfr. Pinto Monteiro, Inflação e direito civil, cit., pp. 26 ss. Sobre o sentido desta solução consagrada na lei, bem como a crítica à sua localização, cfr. Calvão da Silva, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, p. 452; Pires de Lima/Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 1986, n.º 7 ao art. 829.º-A, p. 107. Sobre a inexistência de influência exercida sobre a localização desta sanção, cfr. ainda Pinto Monteiro, Cláusula penal e indemnização, cit., pp. 127 e 128, nota (238).

44 Existem ainda outros destinos dados ao montante da sanção pecuniária no direito comparado: a atribuição exclusiva ao credor e a atribuição exclusiva ao Estado. Para mais desenvolvimentos deste tema, cfr. Calvão da Silva, ob. cit., pp. 443 ss.

45 Na doutrina, a favor desta solução híbrida do legislador português, temos Calvão da Silva, ob. cit., pp. 445-447; com posição oposta, temos Pires de Lima/Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. II, cit., n.º 6 ao artigo 829.º-A, p. 107.

46 Tal como o próprio coordenador do Projecto (do Código Civil de Macau) reconhece, a solução consagrada no sistema de Macau contém “riscos que podem resultar de uma utilização abusiva deste mecanismo”, cfr. Luís Miguel Urbano, Breve nota justificativa do Código Civil de Macau, 1999.

Uma inovação que o legislador de Macau fez foi o alargamento do âmbito do instituto da sanção compulsória, justificado pela simplicidade, maleabilidade e eficácia⁴⁷ deste meio coercivo, na dispensa do processo executivo, o que não só interessa aos credores de prestações infungíveis, insusceptíveis de execução “*in natura*”, mas também aos de prestações fungíveis, pois a interposição de mais uma acção implica sempre perda de tempo, encargos financeiros e perturbação psicológica⁴⁸.

Daqui resulta que a aplicação geral da sanção pecuniária compulsória tem também a vantagem de diminuir o volume de processos de execução específica e de execução por equivalente acumulados no tribunal, acelerando o andamento de outros processos e contribuindo afinal para a eficácia dos tribunais.

Por outro lado, o legislador teve também em conta a possibilidade de abuso do instituto. E por isso, ao introduzi-lo no Código, optou por uma faculdade (“o tribunal pode”) e não por uma obrigatoriedade (“o tribunal deve”) como no regime português, determinando a não aplicação da sanção nos casos em que tenha sido estabelecida uma cláusula penal compulsória com os mesmo fins⁴⁹. Por outro lado, para decidir o “quando” e o “quanto” da sanção e obter uma boa aplicação deste instituto, apelou sobretudo aos seus aplicadores⁵⁰, embora tenha, dentro do critério da equidade, consagrado na lei alguns elementos para a determinação da sanção, tais como a condição económica do devedor, a gravidade da infracção e a adequação da sanção às finalidades de compulsão ao cumprimento⁵¹.

Quanto à ressalva de aplicação do instituto, não será de estranhar que o legislador de Macau tenha determinado não haver lugar a sanção pecuniária compulsória nas prestações de facto infungível, positivo ou negativo, que exijam especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado⁵², pois tanto no regime português como no direito comparado, por exemplo no sistema francês, se reco-

⁴⁷ Calvão da Silva, ob. cit., p. 504.

⁴⁸ Tal como a citação feita por Calvão da Silva, na ob. cit., p. 504, daquilo que foi dito por Starck em *Droit Civil, Obligations*, Paris, 1972, p. 769: “é sempre psicologicamente irritante, tanto para o credor como para o devedor”.

⁴⁹ Artigo 333.º, n.º 4, 1ª parte, do Código Civil de Macau, proibição essa que nos parece correcta visto que, por exemplo, se numa cláusula penal as partes já tinham fixado uma sanção estritamente compulsória no sentido de obrigar o devedor a pagar determinada quantia por cada dia de atraso em cumprimento da sua obrigação, para além da indemnização devida pela mora, a aplicabilidade desta sanção não acaba com a sentença de condenação, mas sim com o próprio cumprimento da obrigação, a execução específica ou a execução por equivalente. Portanto, permitir mais uma sanção pecuniária compulsória, implicaria uma dupla sanção da mesma natureza.

⁵⁰ Utilizamos as palavras do coordenador do Projecto: “os seus méritos práticos vão depender em grande medida da ponderação e equidade com que o tribunal venha a utilizar este instituto”, cfr. Luís Miguel Urbano, Breve nota justificativa do Código Civil de Macau, 1999.

⁵¹ Artigo 333.º, n.º 3, do Código Civil de Macau.

⁵² Artigo 333.º, n.º 4, do Código Civil de Macau.

nhece que este tipo de prestações, dada a sua ligação intrínseca com a inspiração, ideias e criação do devedor e o facto da impossibilidade de promover ou acelerar “criações do espírito e do génio”⁵³ com a pressão exercida por uma sanção pecuniária compulsória, não é susceptível de se ser coagido por este meio compulsório para obter o cumprimento.

Por fim, é de salientar que, de acordo com a justificação dada pelo coordenador do Projecto, a aplicação geral deste instituto justifica uma colocação sistemática distinta em relação ao regime vigente português, a fim de obter uma melhor sistematização; isto é, em vez de ser inserido no Livro II, Direito das Obrigações, foi introduzido no Livro I, Parte Geral, como um preceito dentro do Subtítulo “Do exercício e tutela dos direitos”⁵⁴.

6. NOTAS FINAIS

Depois de termos apresentado, de uma forma sucinta, alguns meios compulsórios ao cumprimento consagrados no Código Civil de Macau, não podemos deixar de mencionar que, como elementos da comunidade jurídica de Macau, precisamos não só de divulgar os institutos para sensibilizar a população em geral, mas também de acompanhar a sua evolução no âmbito do direito comparado e a aplicação local em todos os níveis, quer por via judiciária quer extrajudiciária, tanto no âmbito contratual como extracontratual⁵⁵, com vista a promover uma correcta aplicação dos institutos e nos prepararmos para estar aptos a ser operadores construtivos do direito de Macau.

⁵³ Calvão da Silva, ob. cit., p. 430.

⁵⁴ Luís Miguel Urbano, Breve nota justificativa do Código Civil de Macau, 1999.

⁵⁵ Enquanto os institutos do sinal e da cláusula penal só têm aplicabilidade nas relações contratuais, a sanção pecuniária compulsória é aplicável também às relações extracontratuais, por exemplo, no caso de uma condenação do lesante a pagar uma indemnização ao lesado.