

## SOBRE A MODIFICAÇÃO JUDICIAL DE PENAS CONTRATUAIS «MANIFESTAMENTE EXCESSIVAS» – A PROPOSTA ESPANHOLA DE 2023

*António Pinto Monteiro*

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra

---

TITLE: *On the judicial modification of 'manifestly excessive' contractual penalties - the 2023 spanish proposal*

RESUMEN: El trabajo se centra en el estudio de las reglas que la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos de 2023 dedica a la figura tradicionalmente conocida como cláusula penal. Más en concreto, trata del control judicial específico, más allá del general que deriva de los límites a la libertad contractual, de aquellas cláusulas que sean manifiestamente excesivas o aquellas indemnizatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente causado por el incumplimiento contractual. Tras enmarcar el tema en el ámbito comparado, el autor muestra las líneas maestras de la figura de la cláusula penal, compulsoria o sancionatoria, y de estimación del daño o sustitutiva de la indemnización, según haya sido la voluntad de las partes. A continuación el autor analiza la norma de la Propuesta de 2023 que contempla la moderación judicial (en realidad, reducción) de estas cláusulas. Se pregunta con qué presupuestos y criterios debe el juez proceder a la modificación equitativa de las penas manifiestamente excesivas, y si se justifica o no un presupuesto diferente para las indemnizaciones convencionales que han sido pactadas como estimación anticipada del daño, a lo que da una respuesta negativa concorde con su concepción de la figura analizada.

ABSTRACT: *This paper examines the provisions of the 2023 Proposal for the Modernisation of the Spanish Civil Code concerning obligations and contracts, specifically focusing on the figure traditionally known as the penalty clause. More precisely, it addresses specific judicial control—beyond the general limits on contractual freedom—of clauses that are manifestly excessive or indemnity clauses that are notably disproportionate to the damage actually caused by contractual non-performance. After situating the topic in a comparative context, the author outlines the main characteristics of the penalty clause, which, depending on the parties' intent, may be strictly obligatory, punitive, or serve as a clause for the pre-estimation of damages, substituting for compensation. The author analyzes the provision in the 2023 Proposal that allows for judicial moderation (reduction) of such clauses. He examines the conditions and criteria under which a judge may equitably modify manifestly excessive penalties and questions whether a different approach is justified for clauses intended as an early estimation of damage. His answer in the negative aligns with his interpretation of the figure under study.*

PALABRAS CLAVE: Clausula penal, prestação indemnizatória, prestação sancionatoria, cláusula manifiestamente excesiva, moderación judicial.

KEY WORDS: *Penalty clause, liquidated damages clause, conventional penalties, grossly excessive clause, judicial reduction.*

SUMARIO: 1. O PROBLEMA. 2. AS VÁRIAS ESPÉCIES DE CLÁUSULAS PENAS. 3. BREVE NOTA DE DIREITO COMPARADO. 4. CONTROLO DA CLÁUSULA PENAL.

---

## 1. O PROBLEMA

I – A cláusula penal é uma figura de enorme importância prática e que beneficia de uma larga tradição<sup>1</sup>. Isso deve-se, fundamentalmente, às funções que está vocacionada a exercer, especialmente tanto a *função indemnizatória* como a *função compulsória*.

Mas a cláusula penal pode tornar-se um instrumento *abusivo* nas mãos do credor. Daí que se imponha *controlar* a cláusula penal, desde logo ao ser estipulada, através dos mecanismos gerais de controlo da autonomia privada/liberdade contratual. Mas para além desse controlo *geral*, justifica-se um controlo *específico*, para fazer face a penas abusivas, designadamente quando se revelem *manifestamente excessivas*.

A tendência actual e dominante no direito comparado vai neste sentido. Mas o direito espanhol não acompanha por completo essa tendência, pois só no caso de a obrigação principal ter sido «*em parte ou irregularmente cumprida pelo devedor*» é que o juiz poderá modificar equitativamente a pena (art. 1154 do Código Civil espanhol)<sup>2</sup>.

Compreende-se, por isso, que no movimento reformista do Código Civil espanhol se procure acompanhar a posição claramente dominante no direito comparado da actualidade. Nesse sentido vai a «*Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*», apresentada pelo Ministério da Justiça em 2023, prescrevendo que o juiz, a pedido do devedor, «*modificará equitativamente as penas convencionais manifestamente excessivas e as indemnizações convencionadas cuja quantia seja notoriamente desproporcionada em relação ao dano efectivamente sofrido*» (n.º 1 do art. 1197 da referida «Propuesta»).

A este respeito, uma questão se pode desde já suscitar: as «indemnizações convencionadas», a que se refere a Proposta, não serão, também elas, afinal, cláusulas penais? Não será a cláusula penal, precisamente, uma cláusula através da qual se fixa

<sup>1</sup> Sobre o ponto, KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln/Wien, 1976, p. 13, 20, 25, ss. e *passim*; KASER, Max, *Das römische Privatrecht I — Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2.ª ed., München, 1971, pp. 519, ss; MARUANI, *La clause pénale*, Thèse Paris, Tunis, 1935, pp. 17, ss.; GIRARD, G., *De la stipulatio poenae en droit romain. De la clause pénale en droit français*, Paris, 1877, pp. 5 e ss. e *passim*; BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in SDSD, ano XV, Roma, 1894, pp. 91, ss.

<sup>2</sup> Cfr., por exemplo, ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria*, in ADC, tomo LXII, 2009, fasc. IV (pp. 1579, ss.), pp. 1610, ss., e DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, e outros, *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1281, ss. (comentários ao art. 1154).

por acordo antecipado o montante da indemnização exigível?<sup>3</sup> Mas se forem figuras distintas será de lhes aplicar, ainda assim, o mesmo regime jurídico?

Estamos em crer que a Proposta não terá sido indiferente ao debate que se vem travando em várias ordens jurídicas sobre a distinção entre a *cláusula penal propriamente dita* e a *cláusula de fixação antecipada da indemnização*, outrora identificadas e confundidas, mas actualmente a exigirem a sua *diferenciação*. Veremos porquê.

Podemos desde já adiantar que estamos de acordo com a solução da Proposta espanhola. A dúvida que pode suscitar-se é quanto ao diferente pressuposto por que opera a modificação judicial: num caso, é para as penas «*manifestamente excessivas*», no outro é para as indemnizações convencionadas cuja quantia seja «*notoriamente desproporcionada*». Justifica-se este diferente pressuposto que condiciona a modificação da pena?

II – Exposto, em termos sucintos, o problema que nos propomos aqui tratar, começamos por recordar as funções que a cláusula penal está apta a desempenhar, para, num segundo momento, darmos conta do movimento que levou a separar a cláusula penal propriamente dita da cláusula de fixação antecipada da indemnização e do relevo que essa separação tem para efeitos do combate contra penas contratuais abusivas.

Veremos, a concluir, em que termos, com que pressupostos e mediante que critérios deve o juiz proceder à «modificação equitativa» de penas «manifestamente excessivas» e se se justificará um diferente pressuposto ou requisito para as indemnizações convencionadas cuja quantia seja «notoriamente desproporcionada».

## 2. AS VÁRIAS ESPÉCIES DE CLÁUSULAS PENAIIS

I – Começo por fazer uma pergunta: afinal será correcto continuar a falar da cláusula penal, como tradicionalmente se tem feito nos direitos continentais? Ou, pelo contrário, haverá que *distinguir*, para efeitos de *qualificação* e de *regime* e em conformidade com a *vontade* das partes, *várias espécies de cláusulas penais*? Ou, pelo menos, será de separar a *cláusula penal propriamente dita* de uma *cláusula de fixação antecipada da indemnização*?

<sup>3</sup> Nestes precisos termos a define a lei portuguesa: art. 810.º, n.º 1, do Código Civil: «As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal».

Não me refiro, note-se, à distinção — ela própria, uma distinção clássica — que a doutrina espanhola vem fazendo, em conformidade com a lei (arts. 1152 e 1153 do Código Civil), entre a pena *substitutiva* e a pena *cumulativa*<sup>4</sup>. É que dentro da própria pena substitutiva haverá que proceder a distinções: a pena será substitutiva porque *constitui*, ela própria, a *indemnização* a que o credor tem direito — *substituindo*, portanto, a indemnização a que, de outro modo, haveria lugar? Ou a pena será substitutiva porque constitui uma *outra prestação* que o credor poderá exigir *em vez* da prestação inicialmente devida, a qual se destina a *satisfazer o seu interesse* — pelo que, cumprida essa prestação, *não haverá danos a reparar* e, portanto, *não há lugar à indemnização*? No primeiro caso, estaremos perante a *cláusula de fixação antecipada da indemnização*; no segundo, em face da *cláusula penal propriamente dita* ou em *sentido estrito*. Em ambos os casos se pode afirmar que a pena é *substitutiva*, mas uma tem natureza *indemnizatória* e a outra natureza *sancionatória (compulsivo-sancionatória)*. E isso *releva* para vários efeitos, designadamente para efeitos da modificação judicial da pena.

II - A cláusula penal é uma figura vocacionada para servir de meio de *compulsão* ao cumprimento. O princípio da autonomia privada, *maxime* na sua vertente da liberdade contratual, permite às partes a criação de mecanismos de defesa, fundados no seu próprio acordo, destinados a fiscalizar o cumprimento das obrigações livremente assumidas. Nada obsta, assim, em princípio, a que qualquer dos contraentes prometa efectuar *uma outra prestação*, mais gravosa, caso não cumpra aquela a que inicialmente se obriga. O receio de vir a incorrer na pena constitui um *incentivo* ao cumprimento da obrigação dita principal, isto é, da obrigação cujo cumprimento a cláusula penal visa assegurar. Incorrendo o devedor na pena, ela será devida a título de *sanção*.

É este o sentido histórico da figura, *maxime* no direito romano. Mais tarde, porém, mercê de várias circunstâncias e vicissitudes (que seria ocioso estar aqui a repetir), a cláusula penal foi sendo confundida pela doutrina com um acordo das partes destinado a fixar antecipadamente o montante da indemnização. E acabaram por *identificar-se*: a pena, objecto da cláusula penal, não seria mais do que a *indemnização* devida ao credor, cujo montante é previamente fixado por acordo das partes<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr., por ex., ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil Español*, II, *Derecho de Obligaciones*, 3.ª ed., Libreria Bosch, Barcelona, 1984, pp. 136, ss.; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las Relaciones Obligatorias*, 4.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1993, pp. 397, ss.; e ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *La pena convencional y su modificación judicial*, cit., pp. 1595, ss.

<sup>5</sup> Sobre a evolução histórica da cláusula penal, desde o direito romano até à actualidade, pode ver-se PINTO MONTEIRO, António, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990 (4.ª reimpressão 2019), pp. 349-418.

Essa identificação é particularmente nítida no Código Civilportuguês, tendo em conta a noção consagrada no art. 810.º, n.º 1: «As partes podem, porém, fixar por acordo o *montante da indemnização* exigível: é o que se chama cláusula penal». Outra foi, por ex., a posição dos Códigos italiano, alemão, francês e holandês, onde a pena é designada, de modo genérico, por uma outra «*prestação*», «*soma de dinheiro*» ou «*qualquer coisa*» a que o credor passa a ter direito caso o devedor não cumpra. Apesar disso, também nestes sistemas jurídicos a doutrina dominante procedeu a essa identificação: a pena seria uma *indemnização predeterminada*, por acordo das partes.

Evidentemente que nada obsta a que os contraentes procedam, mediante acordo prévio, à *liquidação do dano*. Furtam-se, assim, a inconvenientes vários, designadamente aos custos, riscos, incertezas e à demora de um processo judicial destinado a avaliar a indemnização. Mas o que está em causa é o problema de saber se *esta cláusula* há-de ter o *mesmo* tratamento jurídico da cláusula penal propriamente dita.

A doutrina tradicional entendia que sim. Melhor: o problema nem se levantaria, pois as duas figuras eram reduzidas a uma só, à cláusula penal, precisamente. Fosse intenção das partes a criação de uma sanção compulsória ou, tão-só, a liquidação prévia do dano previsível, isso seria *juridicamente irrelevante*, pois essa *diferente intencionalidade das partes não conduziria a uma diversa qualificação da figura nem teria implicações no seu regime*. Daí que *afinalidade* visada pelos contraentes não carecesse, sequer, de ser indagada.

A cláusula penal passou a ser perspectivada como um instituto que poderia exercer, *em simultâneo*, uma *dupla função*: coercitiva e indemnizatória. Mas enquanto a primeira seria meramente *secundária* e *eventual*, já a função indemnizatória estaria sempre presente. Mesmo que os contraentes houvessem recorrido à cláusula penal a fim de pressionarem o devedor ao cumprimento, a pena seria, ainda, uma indemnização. Uma indemnização *através da qual* se prosseguiria a finalidade compulsiva — ela seria, por isso, uma «indemnização sancionatória». À cláusula penal atribuiu-se, em conformidade, natureza *indemnizatória* ou, quando muito, natureza *mista* (de sanção e de indemnização).

III - Não parece que esta perspectiva seja de manter. A concepção da pena — sempre e necessariamente — como *indemnização predeterminada*, além de ignorar a *intencionalidade das partes*, afigura-se juridicamente incorrecta. Porque é que se há-de considerar a pena, caso ela haja sido estipulada a título *compulsivo-sancionatório*, como uma *indemnização*? Esse será o caso, sem dúvida, se os contraentes tiverem pretendido

*liquidar* antecipadamente o dano previsível. Mas a situação será diferente se as partes tiverem atribuído à pena o carácter de uma *sanção civil*. Esta *diversa intencionalidade* dos contraentes não pode deixar de ter *consequências jurídicas distintas*.

O problema está em saber, como disse atrás, se a cláusula destinada a fixar antecipadamente o montante da indemnização terá de ficar sujeita ao *mesmo tratamento jurídico* da cláusula penal propriamente dita, isto é, da cláusula através da qual as partes estabelecem uma sanção compulsória. A nossa resposta é *negativa*. Razão por que se impõe distingui-las. Vejamos, muito sucintamente, porquê.

A questão decisiva — ainda que não a única — tem a ver com a *relevância* ou *irrelevância*, quanto à *exigibilidade da pena*, da *inexistência de danos*.

A cláusula penal, seja ela acordada como simples predeterminação do seu montante ou a fim de pressionar o devedor, *liberta* o credor do ónus da prova, quanto à existência de danos e do seu montante. Até aqui, não há objecções à doutrina tradicional. Assim como continua a não haver, no que concerne à distinção entre a cláusula penal e o simples acordo sobre a *inversão do ónus da prova dos prejuízos*: enquanto este último permitiria que o devedor, mediante a prova por si produzida, conseguisse a redução da soma previamente acordada até ao *exacto* montante do dano efectivo, o mesmo não sucede com a cláusula penal. E isto porque, sendo ela estipulada a título de liquidação antecipada do dano, aquela solução apresentar-se-ia contrária à sua índole de indemnização *forfaitaire, ne varietur*; sendo acordada a fim de pressionar o devedor, a referida solução impediria que esta finalidade actuasse.

O problema surge quando se pergunta se a pena é devida *independentemente* do dano. É certo que o credor não tem de fazer esta prova — mas estará o devedor impedido de fazer a prova da *inexistência* de danos? Melhor: a prova, pelo devedor, de que não há danos a reparar, terá somente relevância em sede de *redução* da pena ou impedirá, mesmo, a sua *exigibilidade*?

Corresponde ao figurino histórico da figura, desde o direito romano, que a pena é devida *ainda que não haja danos a reparar*. Mas essa era uma solução coerente com os pressupostos em que se baseava. A partir do momento, porém, em que pena e indemnização se identificaram, não podia deixar de suscitar-se o seguinte problema: se a primeira for estipulada a fim de *reparar* o credor, se ela, por conseguinte, for devida a título de *compensação das perdas e danos* por este sofridos, *quid iuris* caso não haja *danos* a reparar?

A resposta só pode ser esta: provando o devedor não haver danos a indemnizar, a pena não será exigível caso ela haja sido estipulada a título de fixação antecipada do *montante da* indemnização; se, na circunstância, faltar o próprio *quid* que dá sentido a essa liquidação prévia, *careceria de fundamento* qualquer pretensão do credor à pena.

Esta é a única solução que respeita a *intencionalidade* das partes. É também aquela que está em conformidade com a índole *indemnizatória* desta figura, pois é sabido que o *dano* é pressuposto da obrigação de indemnização.

Mas podemos ter de concluir ter sido outro o escopo das partes, se for de concluir, por exemplo, que elas estipularam, por acordo prévio, uma *sanção compulsória*. É o que acontece, por exemplo, se os contraentes tiverem acordado que a pena será devida *mesmo que não haja danos a reparar*.

Não parece que seja conforme à intenção das partes considerar a pena, neste último caso, como indemnização. Mas, sobretudo, não seria *juridicamente* correcto qualificá-la nestes termos. E não há, sequer, necessidade de reconduzir a cláusula penal, nesta hipótese, a um acordo de cariz indemnizatório. Pelo contrário, ela é, neste caso, uma *sanção*, o que explica que a pena seja devida independentemente do dano.

É certo que em qualquer destas hipóteses a pena *dispensa* o recurso à indemnização<sup>6</sup>. No primeiro caso, porque é, *ela própria*, a indemnização previamente convencionada — que se *substitui*, por isso mesmo, à indemnização a calcular nos termos gerais. No segundo caso, porque a pena constitui uma *outra prestação*, mais gravosa para o devedor, que, uma vez cumprida, satisfaz o interesse do credor e, por isso, extingue a obrigação. Mas isto não significa que a pena seja, também nesta última hipótese, uma indemnização: a pena *substitui* a obrigação de indemnizar, *não porque seja ela própria a indemnização predeterminada entre as partes*, antes porque constitui *uma outra prestação*, que o credor *poderá* exigir, em certas condições, *em vez* daquela que inicialmente era devida. Assim, ao exigir essa outra prestação — *a pena* —, esta passa a *ocupar o lugar* da prestação inicial, que substitui.

<sup>6</sup> A situação é diferente quando se estipula a pena como um *plus*, como algo (em regra, determinada quantia em dinheiro) que *acresce* à indemnização. A pena será devida, neste caso, *além* da indemnização a que houver lugar nos termos gerais. Trata-se da cláusula penal a que chamamos *pura* ou *exclusivamente compulsória*, para traduzir a ideia de que ela não visa substituir a indemnização. Figura, esta, que já existia no direito romano e com tradições, igualmente, no direito português. Ela é também admitida no direito espanhol, tendo em conta o disposto nos arts. 1152 e 1153 do Código Civil.



Por outras palavras, ao ser celebrado o acordo, o credor estipula uma *sanção* destinada a *pressionar* o devedor a cumprir, e que este aceita, nos termos da qual aquele fica legitimado a exigir-lhe uma prestação mais gravosa, *em alternativa* à prestação inicial, uma vez não satisfeita esta. Trata-se, portanto, de uma ameaça exercida através de uma forma de *satisfação alternativa do interesse do credor*, sem que a mesma passe pela via indemnizatória, visto que ela é prosseguida por uma outra prestação — que nem tem de ser pecuniária, embora normalmente revista esta índole —, ao lado da que é inicialmente devida.

Não estou a pretender, com isto, que a cláusula penal configure uma obrigação alternativa, mas, sim, uma obrigação *com faculdade alternativa do credor* («*a parte creditoris*»). Na verdade, a prestação devida é só uma, sendo esta a única que o credor pode exigir; todavia, recusando-se o devedor a cumpri-la, o credor está legitimado, mercê do acordo prévio, a reclamar, *em vez* daquela, uma outra prestação: *a pena*.

Assim se explica, sem recorrer a ficções ou a artifícios, que a cláusula penal funcione como *meio de pressão* ao cumprimento e, simultaneamente, como forma de o credor, através dessa outra prestação — isto é, repete-se, da pena —, *satisfazer o interesse* que o levava a contratar. O que permite, igualmente, compreender que a pena seja devida *ainda que não haja danos*, pois ela não é uma indemnização. Assim como se percebe, de igual modo, que, satisfeita a pena, a pedido do credor, este não possa exigir indemnização pelo não cumprimento da prestação inicialmente devida, uma vez que esta foi já substituída por outra prestação.

IV- Já por aqui se vê, em conclusão, ser necessário distinguir a cláusula penal propriamente dita da cláusula de fixação antecipada da indemnização. Importa, para o efeito, determinar o *escopo* ou *finalidade* das partes ao estipularem a cláusula penal. A qualificação da figura é um problema de *interpretação negocial*. Mas essa distinção releva ainda para outros efeitos, designadamente para efeitos de *modificação judicial* da pena quando ela for «*manifestamente excessiva*».

Na verdade, embora entendamos que todas as espécies de penas<sup>7</sup> estão sujeitas a modificação judicial quando forem «manifestamente excessivas», parece-nos que *o grau* dessa intervenção variará consoante se trate de uma cláusula penal *indemnizatória* ou

<sup>7</sup> E não só, pois temos defendido que o art. 812.º do Código Civil português, que prevê a redução de penas «manifestamente excessivas», é aplicável, por analogia, designadamente, também ao sinal e às sanções associativas, disciplinares e laborais: cfr. PINTO MONTEIRO, António, *Sobre o poder de redução judicial de sanções compulsórias*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (RLJ), ano 150.º, n.º 4029, 2021 (pp. 302, ss.), pp. 309-313.



*sancionatória*. Como veremos mais adiante<sup>8</sup>, o tribunal não pode deixar de ter em conta a *finalidade* prosseguida com a estipulação da cláusula penal, para averiguar se existe uma *adequação* entre o montante da pena e o escopo visado pelos contraentes. Pode acontecer que determinada pena não seja manifestamente excessiva, tratando-se de uma cláusula penal *sancionatória*, mas já o será se se estiver perante uma cláusula penal de índole *indemnizatória*, que se orientou, ao ser acordada, pela extensão do dano previsível.

### 3. BREVE NOTA DE DIREITO COMPARADO

I – O modelo tradicional, assente numa figura *unitária* — a cláusula penal, «tout court» —, nas teses da *dupla função* e da natureza *indemnizatória* ou, quando muito, da *natureza mista* da cláusula penal, está hoje seriamente posto em causa. É particularmente nítida a superação do modelo unitário, separando da cláusula penal uma cláusula que seja puramente indemnizatória, outrora confundida com a cláusula penal<sup>9</sup>.

A este respeito, distingue-se, efectivamente, no direito alemão, entre a *Vertragsstrafe*, que é a cláusula penal prevista no BGB, e a *Schadensersatzpauschalierung* ou *pauschalierter Schadensersatz*, cláusula simplesmente indemnizatória, anteriormente abrangida pela primeira mas que a jurisprudência alemã acabou por distinguir, distinção que obteve depois consagração legislativa (designadamente logo na *AGB-Gesetz* de 9 de Dezembro de 1976)<sup>10</sup>.

Foi muito rico o processo que levou a jurisprudência alemã a distinguir as duas figuras, *retirando* do seio da cláusula penal aquela em que o objectivo das partes seja, apenas, o da *liquidação* antecipada do dano: a cláusula penal destina-se, *em primeira linha*, a *reforçar* o cumprimento, através de uma pressão acrescida sobre o devedor; a cláusula de fixação antecipada da indemnização destina-se, tão-só, a *facilitar* a obtenção deste direito, no *pressuposto* de que ele surja, mediante uma avaliação prévia do seu

<sup>8</sup> *Infra*, n.º 4-V e 4-VI.

<sup>9</sup> Cfr. a nossa tese de doutoramento sobre *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 499, ss., onde expomos desenvolvidamente a posição dos direitos anglo-americano, alemão, francês e italiano quanto às distinções entre várias figuras ou espécies de cláusulas penais.

<sup>10</sup> Cfr., entre muitos, por ex., LINDACHER, *Phänomenologie der Vertragsstrafe (Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag)*, Frankfurt/Main, 1972, FISCHER, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung (Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung)*, Frankfurt am Main, 1981, BEUTHIEN, *Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe*, in FS Karl LARENZ 70, München, 1973, pp. 495, ss. e Claus HESS, *Die Vertragsstrafe*, Berlin, 1993.

*montante*. A esmagadora maioria da doutrina, onde se incluem os autores de maior reputação (com o consagrado LARENZ à cabeça), concordou com a distinção<sup>11</sup>. Mas importa que se diga que alguns autores, como LINDACHER, FIKENTSCHER, ESSER/SCHMIDT e BEUTHIEN, aceitando a mesma distinção e partindo dela, foram mais longe do que a maioria da doutrina, rompendo não apenas com a construção unitária da cláusula penal, mas, igualmente, com a tese da dupla função.

Entretanto, com a reforma do BGB de 2001, a distinção entre a *Vertragsstrafe* e a *Schadensersatzpauschalierung* passou a figurar no próprio BGB (§309, n.ºs 5 e 6), devido à inclusão da *AGB-Gesetz* no BGB, continuando a cláusula penal a constar dos §§339 a 345.

Esta distinção é, afinal, muito antiga no direito anglo-americano, contrapondo-se, de há muito, a *penalty clause* à *liquidated damages clause*, apesar de tal distinção não ter o mesmo sentido e alcance que apresenta nos direitos continentais<sup>12</sup>.

Efectivamente, a distinção entre a cláusula penal propriamente dita (ou em sentido estrito) e a cláusula de fixação antecipada da indemnização corresponde à posição clássica do direito anglo-americano. Na verdade, de há muito se distingue, no *common law*, a «*penalty clause*» da «*liquidated damages clause*», consoante a intenção das partes. A primeira é proibida, ao passo que a segunda, com finalidades meramente indemnizatórias, é permitida, não sendo esta, sequer, susceptível de revisão judicial.

Segundo a definição clássica de Lord DUNEDIN, «the essence of a penalty is a payment of money stipulated as *in terrarem* of the offending party», enquanto «the essence of liquidated damages is a *genuine pre-estimate of damage*». A posição singular do «*common law*», ao proibir a «*penalty clause*» e ao não permitir às partes, por isso, mais do que acordos meramente indemnizatórios, ou seja, *sem intenção coercitiva*, tem a ver

<sup>11</sup> Cf., por exemplo, LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, Beck, München, 1987, pp. 376, ss., §24, II; LOOSCHELDERS, Dirk, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Vahlen, München, 2014, pp. 278, ss., §38, I e II, 2.; GRÜNEBERG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 82. Auflage, Beck, München, 2023, pp. 589 e 374, §§ 339, 1 e 276, 26; aludindo às duas funções da *Vertragsstrafe*, também NEUNER, Jörg, in *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage, Beck, München, 2020, pp. 203-204, §17, n.º 101.

<sup>12</sup> Entre muitos, v., por ex., BENJAMIN, P., «Penalties, liquidated damages and penal clauses in commercial contracts: a comparative study of english and continental law», in *ICLQ* (1960), vol. 9, pp. 600, ss, THOMPSON, «Penalties and liquidated damages», in *Central LJ* (1898), vol. 46, pp. 5,ss, e FERRIS, Susan, «Liquidated damages recovery under the restatement (second) of contracts», in *Cornell LR* (1982), vol. 67, pp. 862,ss.

com particularidades deste sistema, designadamente com a *prioridade* atribuída à *indemnização*, em detrimento da *execução específica*<sup>13</sup>.

No direito francês, pelo seu lado, a doutrina despertou para uma distinção que, verdadeiramente, estava já no *Code Civil*, desde o início, mas a que só se deu verdadeiro relevo após a reforma de 1975, tendo-se a partir daí procurado fixar o regime jurídico de uma e outra figura, da *clause pénale* e da *clause de dommages-intérêts*<sup>14</sup>.

Por último, num breve aceno ao direito italiano, é de referir que distinção paralela se vai aí fazendo, entre a *clausola penale* e a *liquidazione convenzionale del danno*<sup>15</sup>.

II – Pelo nosso lado e tendo agora em conta o direito português, temos defendido, a este propósito, que é de distinguir entre várias *espécies* de cláusulas penais. Essa foi a tese que subscrevemos, logo em 1990, relativamente ao direito português, e para a qual o Supremo Tribunal de Justiça, já antes, ainda que porventura só intuitivamente, de algum modo já apontava, ao confrontar a cláusula penal dos autos com a que o Código Civil define no art. 810º (Acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983). Limitamo-nos, aqui e agora, a um breve registo<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> A este respeito, aproveita-se para fazer uma breve nota de actualização. Regista-se uma *recente* mudança na perspectiva tradicional do sistema de «common law», traduzida numa *aproximação* ao sistema dos direitos continentais. Com efeito, duas decisões do Supremo Tribunal do Reino Unido, em 4 de Novembro de 2015 (UK Supreme Court in *Cavendish v. Makdessi* e *ParkingEye v. Beavis*), abandonaram o critério definido no caso *Dunlop* por Lord Dunedin, em 1 de Julho de 1914, para distinguir a *liquidated damages clause* da *penalty clause* (só permitindo a primeira, desde que constituísse, à data da celebração do contrato, uma *genuína pré-avaliação do dano previsível*), por um outro critério, que distingue agora a obrigação principal da obrigação secundária contida na cláusula penal, só proibindo esta quando se manifestar claramente desproporcionada perante qualquer *interesse legítimo* do credor no cumprimento da obrigação principal (cfr. as várias anotações incluídas no vol. 25, n.º 1 – 2017, da *European Review of Private Law*, pp. 169-272, em comentário a estas decisões, designadamente as de HARRIET N. SCHELHAAS, *Penalty clauses and the recente decisions by the UK Supreme Court in Cavendish v. Markessi & Parking Eye v. Beavis*, pp. 169, ss., e *Concluding comparative remarks in relation to UK Supreme Court Cases on penalty clauses*, pp. 267, ss.).

<sup>14</sup> Também aqui, entre muitos, ver, por ex., MESTRE, Jacques, «De la notion de clause pénale et de ses limites», in *RTDC* (1985), pp. 372, ss., PAISANT, Giles, «Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code Civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975)», in *RTDC* (1985), pp. 647 ss., e VINEY, Genevieve, «Les obligations. La responsabilité: effets», *Traité de Droit Civil, tomo V*, sob a direcção de J. GHESTIN, Paris, 1988, pp. 318, ss. e MAZEAUD, Denis, *La notion de clause pénale*, Paris, 1992.

<sup>15</sup> Cfr., a título exemplificativo, TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, MARINI, *La clausola penale*, Milano, 1984, e MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in ED., VII, pp. 186, ss. e ZOPPINI, Andrea, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

<sup>16</sup> Para uma fundamentação das nossas teses, v., desenvolvidamente, PINTO MONTEIRO, A., *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 577, ss, 601,ss, 619,ss e *passim*.

A nosso ver, será de distinguir, designadamente, entre a *cláusula de fixação antecipada da indemnização*, a *cláusula penal puramente compulsória* e a *cláusula penal propriamente dita* ou em *sentido estrito*. Tudo depende, no que respeita à *qualificação* da figura, da *intencionalidade* das partes ao estipularem-na, do *interesse prático* que visam acautelar, da *finalidade*, em suma, que desejam prosseguir. E o seu *regime jurídico* não é inteiramente coincidente, no que respeita às diferentes espécies que acabamos de assinalar, como já vimos, quer no tocante ao direito à pena na *ausência de danos*, quer no tocante ao *grau* por que se exerce o poder de modificação judicial de penas manifestamente excessivas.

O Código Civil português identificou a cláusula penal, como já mostrámos, com uma cláusula indemnizatória, com a *cláusula de fixação antecipada da indemnização* (n.º 1 do art. 810.º). Mas isso não impede que as partes acordem *outras espécies* de cláusulas penais, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art. 405.º)<sup>17</sup>. A questão que se coloca, de seguida, é a de saber se o regime fixado nas normas do Código Civil sobre a cláusula penal se aplica também às outras espécies de cláusulas penais. Tem-se entendido que não, em princípio, uma vez que a noção de cláusula penal fixada pelo n.º 1 do art. 810.º delimita o campo de aplicação das normas seguintes. O art. 811.º, particularmente, só faz sentido para uma cláusula indemnizatória, ou seja, para a

<sup>17</sup> A jurisprudência, tal como a doutrina dominante, têm aceiteado essa possibilidade, seguindo a tese que eu defendi já em 1990. Cfr., por exemplo, na doutrina, em conformidade com as minhas posições, DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 794-795; MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 472, 477, 486 e 498, ss.; PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 73, ss.; *Idem*, *Ensaio sobre o sinal*, Coimbra Editora, 2008, pp. 73, ss.; *Idem*, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 921, ss.; GRAVATO MORAIS, Fernando, *Contrato-promessa em geral — Contratos-promessa em especial*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 154; BRANDÃO PROENÇA, José Carlos, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, 2011, pp. 389, ss., esp. p. 395; MOTA PINTO, Carlos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pp. 589, ss. Mas cfr. igualmente, adoptando, no essencial, as (ou parte das) mesmas distinções, MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito das Obrigações, vol. II*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 294, ss.; MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, tomo I*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 738; MOTA PINTO, Paulo, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, vol. II*, Coimbra Editora, 2008, p. 1599, nota 4594. No Brasil, seguindo a nossa posição, cfr. também, por exemplo, MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil, vol. V, tomo II, Do inadimplemento das obrigações*, 2.ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 606, ss. Na jurisprudência, cfr., por exemplo, os Acórdãos do STJ de 3 de Novembro de 1983 (Santos Silveira), de 5 de Abril de 2004 (Fernando Pinto Monteiro), de 22 de Outubro de 2008 (Bravo Serra), de 27 de Setembro de 2011 (Nuno Cameira), de 24 de Abril de 2012 (Hélder Roque), de 27 de Janeiro de 2015 (Maria Clara Sotto-Mayor) e de 3 de Novembro de 2015 (Júlio Gomes), bem como, do Tribunal da Relação de Lisboa, os Acórdãos de 6 de Fevereiro de 2005 (Olindo Geraldês) e de 26 de Janeiro de 2009 (Sousa Pinto), e do Tribunal da Relação de Coimbra, os Acórdãos de 18 de Outubro de 2005 (Jorge Arcanjo), de 18 de Julho de 2006 (Jorge Arcanjo) e de 7 de Setembro de 2010 (Alberto Ruço).

cláusula de fixação antecipada da indemnização<sup>18</sup>. Mas já o art. 812.º, sobre a redução de penas manifestamente excessivas<sup>19</sup>, é de aplicar a todas as espécies de cláusulas penais<sup>20</sup>.

Andou bem, por isso, a Proposta do Ministério da Justiça espanhol, ao incluir no poder de modificação judicial tanto *as penas convencionais* como *as indemnizações convencionadas* — diria eu, andou bem a Proposta ao incluir no poder de modificação judicial tanto as cláusulas penais (compulsórias) como as cláusulas de fixação antecipada da indemnização (art. 1197, n.º 1, da «Propuesta» de 2023).

Dito isto, passamos a analisar agora os termos em que se deve exercer o *controlo* das cláusulas penais, quer o controlo *geral* quer o controlo *específico*, perante penas «manifestamente excessivas».

#### 4. CONTROLO DA CLÁUSULA PENAL

I - A cláusula penal, já o dissemos, é uma figura que se reveste da maior importância. Estipulada como meio de *compulsão* ao cumprimento, ela constitui um eficaz mecanismo *dissuasor*, destinado a fazer respeitar os compromissos assumidos e, assim, a zelar pelo bom funcionamento do próprio mecanismo contratual, tutelando a *confiança* das partes de que serão honradas as obrigações contraídas. Como meio de reforço suplementar, ao lado das medidas de tutela que a ordem jurídica põe à disposição do credor, a cláusula penal colmata as lacunas e insuficiências daquelas, ao mesmo tempo que contribui para uma *moralização das relações contratuais*, não através de uma imposição exterior, antes mercê da própria autonomia das partes, concretizada no acordo a que chegam entre si. Mas também quando a cláusula penal é estipulada a fim de *fixar antecipadamente o*

<sup>18</sup> «Artigo 811.º (Funcionamento da cláusula penal)

1 - O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário. 2 - O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes. 3 - O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal.»

<sup>19</sup> «Artigo 812.º (Redução equitativa da cláusula penal)

1 - A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.»

<sup>20</sup> Assim, por exemplo, o STJ, Acórdão de 27 de Setembro de 2011, in RLJ n.º 3972, ano 141.º, 2012, cit., p. 186 (citando ainda outros Acórdãos anteriores, já no mesmo sentido, do STJ: Acórdãos de 12 de Outubro de 1999 e de 5 de Julho de 2001); cfr. ainda os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Setembro de 2010 e de 18 de Outubro de 2005 (in www.dgsi.pt, Relator Alberto Ruço, Proc. 81/1998 C1, e 1448/05).

*montante da indemnização*, a sua importância não é menor. Através desta liquidação antecipada do dano, ficam ambos os contraentes a conhecer, de antemão, o montante indemnizatório com que haverá que contar, *prevenindo* litígios posteriores e subtraindo-se, assim, aos inconvenientes, custos e incertezas de uma avaliação judicial.

Mas as prestimosas *vantagens* da cláusula penal, seja qual for a espécie concretamente acordada, consoante a finalidade visada pelas partes ao estipulá-la, não devem levar a esquecer os sérios *perigos* e *riscos* que ela propicia.

Tratando-se de *simples promessa a cumprir no futuro*, facilmente se será tentado a aceitar qualquer pena, ainda que se afigure excessiva, pois a possibilidade de se vir a incorrer nela surge como hipótese distante e remota. A natural inclinação para aceder, de forma *ligeira*, a uma cláusula penal que se destina a actuar somente no futuro — cuja aplicação efectiva não passa de mera *eventualidade*, e que, na maioria dos casos, quem se lhe submete o faz na ilusão de não vir a incorrer nela —, favorece a outra parte na definição de sanções que podem mostrar-se especialmente *gravosas e abusivas*. Iguamente uma *avaliação exagerada* do dano previsível pode levar a que a liquidação antecipada se revele de todo inadequada a um fim indemnizatório.

Mas ainda quando assim não seja, isto é, mesmo que as partes, ao estipularem a cláusula penal, se determinem por valores razoáveis, *circunstâncias posteriores*, imprevisíveis ou não, podem vir a tornar a pena *manifestamente excessiva*, o que favoreceria injustificadamente o credor, em prejuízo do devedor, para além do que é admissível, à luz de um juízo equilibrado, que pondere todas as circunstâncias do caso concreto e se determine por opções de justiça material.

*Proteger o devedor* tornou-se, assim, nas palavras de MEDICUS, «a mais importante tarefa de disciplina jurídica da pena convencional»<sup>21</sup>. Protecção essa que, como acabamos de dizer, se justificará mesmo quando, ao ser estipulada a cláusula, não tenha havido qualquer intuito abusivo do credor. O que importa, no fundo, é que, ao ser exigida a pena, se mostre contrário à *equidade* o seu integral cumprimento, em razão do seu valor *manifestamente excessivo*.

Mas o controlo da pena não se esgota no plano da sua redução. Antes deste tipo de sindicância, outros há, que o *precedem*, e cujo relevo não é menor. É o que vamos analisar de seguida<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 4 ed., München, 1988, p. 205 (§39, II).

<sup>22</sup> Acompanhamos a nossa obra *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 718, ss.

II - Para que o credor tenha direito à pena, torna-se indispensável, antes de mais, que ela haja sido *aceite* pela outra parte: a cláusula penal, cujo objecto é a pena, não pode ser imposta unilateralmente, carecendo, ao invés, do *consentimento* prévio de ambas as partes.

Daí que a primeira forma de controlo seja a que se refere à própria *formação do acordo*, a que incide sobre a própria convenção onde se estipula a pena, isto é, sobre a *cláusula penal* propriamente dita. Como qualquer outra estipulação negocial, também ela está sujeita, assim, a um *controlo geral*, havendo que apurar, designadamente, se o consentimento foi prestado na forma devida, se não há qualquer vício da vontade, como o erro, o dolo, a coacção moral, a incapacidade acidental ou a usura, e se foi aceite por quem tinha capacidade negocial, de gozo e de exercício de direitos. A cláusula penal poderá, assim, ser *inválida*, por aplicação das *regras gerais*.

Por outro lado, há que contar com os casos em que a lei *vede* o emprego de cláusulas penais (ou esvazie o alcance das mesmas), seja expressamente, seja de modo implícito, em razão da *tutela especial* que, em determinados domínios, confere a certos contraentes, por motivos de *ordem pública de protecção social* (como sucede com a protecção do consumidor).

Assim como há que ter em conta as situações em que a pena se mostre *ofensiva dos bons costumes*, sendo, portanto, nula (art. 280º, nº 2), designadamente quando o contrato imponha uma multiplicidade de deveres e preveja uma pena elevada por qualquer pequena falta, em termos tais que ele deva configurar-se, no seu conjunto, como um contrato opressivo ou de sujeição (*Knebelungsvertrag*)<sup>23</sup>.

Não se trata de atender, somente, ao montante excessivo da pena — circunstância esta que, de per si, relevará apenas para efeitos de redução, nos termos do art. 812º do Código Civil português —, mas de enquadrar a pena no contrato como um todo, o qual, por força desta, tendo em conta as obrigações que impõe e as demais circunstâncias que o rodeiam, atentaria contra os bons costumes, em virtude de a pena, nessas condições, lhe conferir um carácter draconiano e opressivo.

<sup>23</sup> Cfr. LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 14ª ed., München, 1987, p. 378, MEDICUS, *op. cit.*, p. 206, e HAGER, *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*, München, 1983, pp. 62-63.



Além desta forma de controlo, sobre a própria cláusula em que se estipula a pena — que mais não traduz, afinal, do que uma aplicação das regras gerais que *limitam* a liberdade das partes —, e que pode determinar a sua *invalidade*, outras restrições há, no que toca ao *exercício*, pelo credor, do direito à pena. O poder de redução judicial, conferido pelo art. 812.º, insere-se neste segundo tipo de controlo, o qual não prejudica, também neste caso, uma sindicância com base em princípios de alcance geral, como o da *boa fé* e o da *proibição do abuso de direito*, que pode levar a ter de se concluir, na circunstância concreta, pela ilegitimidade do exercício do direito à pena, nos termos do art. 334º<sup>24</sup>.

III - Posto isto, analisemos agora a forma de controlo *específico* da pena convencional, traduzida no poder conferido ao juiz, preenchidos que estejam certos pressupostos, de a *reduzir* a um montante que repute conforme à *equidade*<sup>25</sup>. As considerações que se seguem, embora tenham por base a lei portuguesa (art. 812.º), valem também, no essencial, para o direito espanhol *in fieri*, tendo em conta o poder de modificação judicial de penas «*manifestamente excessivas*» concedido pelo art. 1197 da Proposta de 2023.

Pois bem, sendo o principal perigo da cláusula penal o de ela propiciar *abusos* por parte do credor, em razão do *montante excessivo* da pena, o poder de *fiscalização judicial*, nos termos em que a lei o consagra, surge como uma forma adequada de enfrentar a situação. Em vez de, pura e simplesmente, invalidar a pena, o tribunal limitar-se-á a *reduzi-la* a um montante equitativo; em vez de, pura e simplesmente, corrigir a pena sempre que superior ao dano efectivo, o tribunal fá-lo-á, *tão-só*, quando ela se mostre manifestamente excessiva, seja por que razão for, e tenha ou não havido cumprimento parcial.

O poder conferido pelo art. 812º do Código Civil português (e, hoje, também pelo art. 1197 da Proposta espanhola) constitui, a nosso ver, uma forma de controlar o *exercício* do direito à pena, impedindo actuações *abusivas* do credor. Ainda que ela haja sido estipulada em termos razoáveis, será abusivo, porque contrário à boa fé, exigir o cumprimento integral de uma pena que as circunstâncias presentes mostram ser

<sup>24</sup> Cfr. especialmente BÖTTICHER, *Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, in ZfA1970, pp. 3, ss e 24,ss.

<sup>25</sup> Note-se que as soluções que vamos analisar são as que o Código Civil consagra, relativamente aos contratos negociados. Mas se estivermos perante contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais e, portanto, se for aplicável o diploma legal em vigor (o Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, com as modificações posteriores), há *particularidades* a assinalar, no regime fixado para a cláusula penal pelo art. 19º, nº 1, al. c) desse diploma. Pode ver-se, a propósito, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 753-754 e, em geral, sobre a redução da pena, as pp. 724 ss, que seguimos de perto; *idem*, *O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão — diálogos com a jurisprudência*, in RLJ ano 146.º, n.º 4004, 2017, pp. 308, ss.

*manifestamente excessiva*, em termos de ofender a *equidade*. Se for este o único motivo por que se revela o abuso do credor, a sanção ditada pela lei não se traduz na ilegitimidade do exercício do direito à pena — nos termos gerais, prescritos no art. 334º —, antes consiste numa solução mais simples, menos grave e mais ajustada à particularidade da situação: ao reduzir a pena, o tribunal *corrige* o excesso, procurando, assim, eliminar, *tão-só*, a causa ou fonte do abuso.

Trata-se, portanto, de *conciliar* o respeito devido à autonomia das partes — hajam elas, através da cláusula penal, procedido a uma liquidação antecipada do *quantum* indemnizatório<sup>26</sup> ou, antes, estabelecido uma *sanção* compulsória — com superiores ditames de *justiça material*, com o princípio da *boa fé* (art. 762º, nº 2), designadamente. O legislador não deixou de ter na devida conta ambos os valores, procurando, na medida adequada, um *justo equilíbrio* entre as exigências decorrentes do poder de *autodeterminação* dos contraentes e as que se fundam na dimensão material ou *ético-jurídica* do direito. Daí, precisamente, que o poder de redução judicial — ele próprio, repete-se, uma medida de *correção* — esteja dependente de pressupostos rigorosos, em termos de só actuar em circunstâncias *excepcionais*, por forma a impedir actuações abusivas do credor.

Ao proceder deste modo, o legislador português de 1966 tomou o partido que outros direitos já haviam igualmente abraçado, contrário ao princípio da estrita *imutabilidade* da pena convencional. Entre esses direitos assumem especial importância o alemão (§ 343 do BGB), o italiano (art. 1384 do Codice Civile) e o suíço (art. 163,3 do Código das Obrigações suíço). Posteriormente, também o direito francês, em 1975, acabaria por dar o mesmo passo, na sequência de uma prolongada e acesa querela sobre essa velha *forteresse juridique*, que a *Cour de Cassation*, estritamente apegada à letra do art. 1152 do *Code* (redacção originária), ia protegendo dos ataques que a doutrina insistentemente lhe lançava. Com a reforma de 2016, o poder de moderação judicial de penas manifestamente excessivas consta hoje do art. 1231-5, alínea 2, do *Code Civil*.

No direito brasileiro, o novo Código Civil de 2002 consagrou, no art. 413º, a mesma possibilidade de redução judicial equitativa de penas manifestamente excessivas, tendo em conta a natureza e finalidade do negócio, e já não apenas no caso de cumprimento parcial do contrato<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Recorde-se, porém, que na Proposta espanhola, tratando-se de cláusulas indemnizatórias, o pressuposto da modificação judicial é que seja uma quantia «*notoriamente desproporcionada*» perante o dano efectivamente sofrido.

<sup>27</sup> V., a propósito, MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo II, Rio de Janeiro, 2003, pp. 457,ss.

Finalmente<sup>28</sup>, também o Código Civil de Macau (China) de 1999 (em vigor) consagrou o poder de redução judicial de penas manifestamente excessivas (art. 801.º), nos mesmos termos em que o faz o art. 812.º do Código Civil português<sup>29</sup>.

**IV** - O fundamento que acabamos de atribuir à doutrina consagrada na lei (designadamente, no art. 812º do Código Civil português) permite, ao mesmo tempo, justificar a nossa posição relativamente ao âmbito desta norma.

A nosso ver, trata-se de um preceito que é de aplicar *a todas as espécies de penas convencionais*, e não só à que o Código Civil português expressamente prevê, no art. 810º, nº 1. Haja a pena sido estipulada a título *indemnizatório* ou como *sanção compulsória*, ela será abrangida pelo poder conferido ao juiz, nos termos do art. 812º. Assim como entendemos que esta norma é igualmente aplicável, ainda que indirectamente ou por analogia, como já dissemos, ao *signal* e a outras figuras *afins* ou *similares*, sem pôr de parte certo tipo de sanções, no âmbito *associativo, desportivo* e do foro *laboral*. E isto, porque nos parece que o art. 812º encerra um *princípio de alcance geral*, destinado a *corrigir* excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação das consequências do não cumprimento das obrigações. Daí, precisamente, como temos dito, que o critério decisivo, que *legitima e pauta* a redução pelo juiz, seja a equidade.

**V** - A primeira condição a preencher para que o tribunal possa ajuizar sobre o montante excessivo da pena é que o devedor *solicite* a sua redução, ainda que tão-só de forma indirecta ou mediata, contestando o seu elevado valor. O que pressupõe, por sua vez, que o credor *haja exigido* o cumprimento da pena.

Em relação a este último ponto, a sua justificação parece-nos clara. Em primeiro lugar, antes de o devedor incorrer na pena, ela não é sequer exigível, nem poderá apurar-se a sua excessividade, uma vez que o prejuízo a ter em conta, para efeitos de redução, é o prejuízo efectivo, ainda não verificado; acresce que outros factores relevantes, a ter igualmente em conta pelo tribunal, visto que se trata de um julgamento por equidade, serão a gravidade da infracção — ainda não ocorrida — e o grau de culpa do devedor, factores estes que só poderão ser considerados após a infracção que a pena se destina a

<sup>28</sup> Para além da Resolução do Conselho da Europa de 20 de Janeiro de 1978, dos Princípios Unidroit, dos PECL e do importante *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), todos consignando semelhante poder de redução judicial de somas (penas) manifestamente excessivas.

<sup>29</sup> Pode ver-se, a propósito, TRIGO, Manuel, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, 2014, pp. 621, ss.

prevenir. Em segundo lugar, se o tribunal pudesse reduzir a pena antes da infracção, estaria, com isso, não a controlar o exercício abusivo de pena manifestamente excessiva, antes a modificar o conteúdo do contrato, o que não se afigura possível com base no art. 812º. Por último, antes de exigida a pena pelo credor, não poderá a outra parte oferecer sequer o seu pagamento, pois aquele é livre de promover a execução específica, pelo que poderia revelar-se inútil a fiscalização judicial do montante acordado.

Mas, pergunta-se, terá o devedor, uma vez exigida a satisfação da pena, de *requerer ao tribunal* a sua redução, ou poderá este fazê-lo, *mesmo por sua iniciativa*? A favor desta última solução, dir-se-á que o poder de reduzir *oficiosamente* uma pena manifestamente excessiva é a atitude que mais se coaduna com a natureza de *ordem pública* do art. 812º. Não nos parece, todavia, que haja uma necessária correspondência entre uma coisa e outra. Ser aquela norma de ordem pública significa não ser permitida convenção das partes que afaste esse poder de redução judicial. Mas daí não se retira, *ipso facto*, que o tribunal possa intervir oficiosamente. Trata-se de uma norma de protecção do devedor, é certo, mas — *et pour cause* — é a este que competirá decidir sobre a atitude a tomar. A proibição de uma renúncia antecipada ao pedido de redução judicial destina-se a tutelá-lo contra a sua própria fraqueza e precipitação. Mas, se, exigida a pena, o devedor não solicitar a sua redução, nem reclamar ou reagir de algum modo contra a sua manifesta excessividade, isso significará que ele não acha abusiva a atitude do credor, pese embora o eventual montante elevado da mesma, circunstância esta que não basta, de per si, para legitimar a intervenção do juiz. É a posição que julgamos mais consentânea com a *ratio* do art. 812º.

O direito alemão resolve expressamente este problema no mesmo sentido para que nós nos inclinamos: a pedido do devedor (*auf Antrag des Schuldners*: §343, 1, do BGB). A Proposta do Ministério da Justiça de Espanha tem a mesma posição: «*a petición del deudor*» (art. 1197, n.º 1). Já o direito francês assume a atitude oposta: o tribunal pode reduzir a pena oficiosamente (*même d’office*: após a reforma, por lei de 1985, dos arts. 1152,2, e 1231 do *Code Civil*). Os Códigos português, italiano e brasileiro, por sua vez, silenciam esta questão.

Posto isto, passamos a analisar os *requisitos* que condicionam a redução propriamente dita: o tribunal só poderá reduzir a pena, de acordo com a *equidade*, caso ela seja *manifestamente excessiva*, ainda que por causa superveniente, tenha a obrigação sido ou não parcialmente cumprida.

O que significa, a nosso ver, que lei faz depender a redução, quer de requisitos de ordem *objectiva*, quer de factores de ordem *subjectiva*. Além da expressa referência à *equidade*

— que reputamos constituir o pressuposto decisivo —, a própria fórmula por que optou o legislador — pena «manifestamente *excessiva*» — mostra que não bastará a sua mera superioridade, maior ou menor, em face do dano efectivo, para legitimar, de *per se*, a redução, antes terá o tribunal de ponderar *outro tipo de factores*, entre os quais alguns que revestem uma índole subjectiva, para saber se, e em que medida, a pena constitui um excesso e traduz um exercício abusivo, pelo credor, do direito à pena. O que implica, ao mesmo tempo, que o tribunal tenha de apurar a *finalidade* com que a pena foi estipulada, ou seja, a *espécie* prevista pelos contraentes, uma vez que a pena poderá não ser «manifestamente excessiva», se houver sido determinada por um intuito compulsório, mas já poderá sê-lo, todavia, se ela tiver sido acordada a título de mera liquidação prévia do *quantum respondeatur*.

Muito interessante, a este respeito, é, actualmente, o art. 413º do (novo) Código Civil brasileiro, ao consagrar a redução equitativa da pena, quer em caso de cumprimento parcial, quer no caso de ela ser manifestamente excessiva, «tendo-se em vista a *natureza* e a *finalidade* do negócio».

Ao decidir que a pena é manifestamente excessiva, o tribunal dá por verificado o *pressuposto* de que depende o exercício da sua actividade sindicante, o qual já constitui, porém, ao mesmo tempo, o *resultado* de uma ponderação equilibrada de todos esses factores que devem intervir na formação do seu juízo. O que significa, assim, que, decidindo reduzir a pena, por se acharem preenchidas as respectivas condições, o tribunal decide, de igual forma, sobre a *medida* em que a redução se justifica. O *critério* que deve nortear o tribunal é, portanto, o mesmo.

**VI** - Ora, qual será o critério que deve pautar a actuação do juiz, quer para decidir se *pode* reduzir a pena, quer para determinar, simultaneamente, em caso afirmativo, a *medida* dessa redução?

Naturalmente que a diferença entre o valor do prejuízo efectivo e o montante da pena é, desde logo, o primeiro factor, de cariz objectivo, a considerar.

Não basta, porém, uma mera superioridade da pena em relação ao prejuízo. Sendo ela estipulada a título indemnizatório, a sua índole de liquidação *forfaitaire* justifica que pequenas variações não dêem lugar à redução; sendo acordada como sanção compulsória, a *eficácia* da mesma pressupõe, igualmente, que só em casos de evidente

e flagrante desproporção haja lugar a um controlo judicial. É necessário, no dizer de CARBONNIER, que essa desproporção *saute aux yeux*<sup>30</sup>.

Mas poderá, a este respeito, estabelecer-se qualquer critério, capaz de *quantificar* a medida dessa superioridade ou o *limiar* a partir do qual se verifica o excesso que legitima a redução? A doutrina francesa, na sequência da reforma legislativa de 1975, preocupou-se em definir critérios desse tipo. A *Cassation*, todavia, não tem manifestado especial preferência por qualquer deles, recorrendo a múltiplos factores e assentando, unicamente, em que a redução não poderá levar a pena a descer abaixo do prejuízo real.

Trata-se, com efeito, de uma questão que dificilmente se compadecerá com o estabelecimento de critérios ou índices de índole *quantitativa*. Perante a superioridade de determinada pena, o juiz só poderá concluir pelo seu carácter «manifestamente excessivo» após *ponderar* uma série de outros factores, à luz do *caso concreto*, que um julgamento por *equidade* requer. Assim, a gravidade da infracção, o grau de culpa do devedor, as vantagens que, para este, resultem do incumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambas as partes, a sua boa ou má fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e, designadamente, eventuais contrapartidas de que haja beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal, são, entre outros, factores que o juiz deve ponderar para tomar uma decisão.

Julgamos importante acentuar, porém, de novo, um aspecto, o qual requer particular atenção: o tribunal não pode deixar de ter em conta a *finalidade* prosseguida com a estipulação da cláusula penal, para averiguar, a essa luz, se existe uma *adequação* entre o montante da pena e o escopo visado pelos contraentes. Significa isto, por conseguinte, que os mencionados factores, ou outros, terão uma importância relativamente *diferente*, consoante o escopo das partes, ou seja, a *espécie* de pena acordada.

Assim, enquanto na pena estipulada a título indemnizatório o grau de divergência entre o *dano efectivo* e o montante prefixado assume importância *decisiva*, o mesmo não sucederá quando se trate de uma pena convencionalizada como sanção compulsória.

Neste último caso, com efeito, não será o prejuízo real o factor mais importante a considerar, antes o *interesse do credor ao cumprimento*. Do que se trata, então, fundamentalmente, é de perguntar pelo montante necessário para *estimular* o devedor a cumprir e, assim, em último termo, de uma *ponderação de interesses* que, partindo do

<sup>30</sup> Cfr. CARBONNIER, Jean, *Droit Civil. 4/Les Obligations*, 13ª ed., Paris, 1988, p. 323.

*prioritário* interesse do credor ao cumprimento, para o *reforço* e *protecção* do qual a cláusula foi estipulada, se preocupe em averiguar se o montante que se convencionou era adequado, segundo um juízo de razoabilidade, à *eficácia* da ameaça, que a pena consubstancia. Sendo este o caso, tal não significa, porém, de imediato e por si só, que a pena não seja, ainda assim, redutível, uma vez que *factores supervenientes*, igualmente atendíveis em sede de redução judicial, podem tê-la tornado manifestamente excessiva. Por outro lado, mesmo que a adequação do montante estabelecido — à luz do interesse do credor ao cumprimento, da natureza do contrato ou de outros factores — se mantivesse à data da violação, em face do intuito compulsório que determinou a pena convencional, ela será, apesar disso, susceptível de redução, se o comportamento do devedor o justificar, mormente quando o seu grau de culpa for atenuado ou diminuto, perante as circunstâncias em que ocorreu a violação. É que a *equidade* afigura-se-nos constituir, como temos referido, um factor decisivo a considerar. E se a estipulação da pena, à luz daqueles factores, poderá não ter sido abusiva, o seu *exercício*, porém, no *caso concreto*, como acabamos de dizer, pode apresentar-se como tal. Só que, para concluir este ponto, o juízo equitativo não poderá deixar de *valorar*, entre os vários factores a ter em conta, a *finalidade* visada pelos contraentes, à luz da qual esses mesmos factores assumirão uma importância diferenciada.

**VII** – Uma nota final para saudarmos, de novo, a solução consagrada no art. 1197 da «*Proposta de Modernização do Código Civil em matéria de obrigações e contratos*», apresentada pelo Ministério da Justiça de Espanha em 2023. Solução que vai ao encontro da posição assumida pela generalidade das legislações europeias (e não só!) no combate a penas contratuais «manifestamente excessivas». Três observações finais a este respeito.

Merece o nosso aplauso, já o dissemos, fazer depender a intervenção do juiz de *pedido do devedor*.

A segunda nota tem que ver com o papel que a lei atribui ao juiz: modificar equitativamente as penas convencionais manifestamente excessivas. Essa «modificação» consiste numa *redução*, na generalidade das legislações que consagram idêntica medida. E cremos que outra não poderá ser a «modificação» a que se reporta o art. 1197 da Proposta.

Finalmente, cremos que teria sido melhor fazer depender a modificação judicial *do mesmo pressuposto*, tanto em face de penas convencionais como em face de indemnizações convencionais, pressuposto esse que seria o da sua *manifesta excessividade*. É que, nos termos em que está redigido o art. 1197, se já não é fácil apurar



quando é que a pena é «manifestamente excessiva», a dificuldade duplica quando se terá de encontrar também o critério para decidir quando é que as cláusulas indemnizatórias são «*notoriamente desproporcionadas*»!

Pelo nosso lado, teríamos preferido fazer depender a intervenção do juiz, num caso e no outro, do mesmo pressuposto: *penas ou indemnizações convencionais manifestamente excessivas*. Penso que ninguém duvidaria que uma indemnização previamente convencionalizada que viesse a revelar-se *desproporcionada* aos danos efectivamente sofridos seria tida como «*manifestamente excessiva*» para efeitos da sua modificação/redução judicial!