

## **O duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão — Diálogos com a jurisprudência\***

1. Começo por dirigir a todos cumprimentos de muita estima, admiração e apreço pela V. presença nesta Sessão. É uma subida honra proferir uma conferência numa Casa de tantas tradições e prestígio, como é o Supremo Tribunal de Justiça.

Ao Senhor Presidente, Senhor Juiz Conselheiro António Henriques Gaspar, dirijo um agradecimento muito especial, por me ter distinguido com o convite para participar neste Colóquio. É um privilégio e uma honra! Muito obrigado.

Tendo em conta a Casa onde profiro esta conferência — o STJ — e o distinto auditório que me lisonjeia e orgulha com a sua presença — maioritariamente constituído por ilustres Magistrados —, optei por tratar de problemas relativos à cláusula penal *em diálogo* com a jurisprudência. O tempo é escasso, razão por que seleccionei *alguns* desses problemas, os que me pareceram mais importantes e, a título exemplificativo, *alguma* da jurisprudência que sobre eles já se pronunciou.

A questão central é aquela com que intitulei esta minha intervenção: *o duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão*. Mas o tratamento deste problema implica que aborde previamente

---

\* Conferência proferida no Supremo Tribunal de Justiça, em Lisboa, em 18 de Maio de 2017, no “II Colóquio sobre o Código Civil – Comemorações do Cinquentenário”.

outros temas, de algum modo convocados pela compreensão daquela questão central.

2. Começo por recordar que o Código Civil dá uma noção *acanhada* de cláusula penal, restringindo-a à fixação antecipada do montante da indemnização: art. 810º, nº 1. Trata-se, a meu ver (na tese que defendi já em 1990), de uma das possíveis *espécies* de cláusulas penais, da *cláusula de fixação antecipada da indemnização*, que não impede que as partes, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art. 405º), estipulem *outras espécies*, designadamente uma *cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita* e uma *cláusula penal puramente compulsória*<sup>1</sup>.

Esta possibilidade havia sido de algum modo já admitida pelo STJ, no seu Acórdão de 3 de Novembro de 1983 (Santos Silveira)<sup>2</sup>, e tenho-a visto entretanto reafirmada e desenvolvida — honrando-me a jurisprudência com a sua adesão à minha tese — em vários Acórdãos deste e de outros Tribunais, como, por exemplo, entre tantos outros, para só citar os mais recentes, os Acórdãos do STJ de 5 de Abril de 2004 (Fernando Pinto Monteiro)<sup>3</sup>, de 22 de Outubro de 2008 (Bravo Serra)<sup>4</sup>, de 27 de Setembro de 2011 (Nuno Cameira)<sup>5</sup>, de 24 de Abril de 2012 (Helder

---

<sup>1</sup> Cfr. ANTÓNIO PINTO Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, reimpressa em 1999 e em 2014. A este respeito, veja-se a recente e esclarecida exposição de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 442-503.

<sup>2</sup> BMJ, nº 331, pp. 489,ss.

<sup>3</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 04A504.

<sup>4</sup> Processo 08S2056

<sup>5</sup> Por mim anotado na RLJ ano 141º, nº 3972, 2012, pp. 177,ss, e 188,ss.

Roque)<sup>6</sup>, de 27 de Janeiro de 2015 (Maria Clara Sottomayor)<sup>7</sup> e de 3 de Novembro de 2015 (Júlio Gomes)<sup>8</sup>, bem como, do Tribunal da Relação de Lisboa, os Acórdãos de 6 de Fevereiro de 2005 (Olindo Geraldes)<sup>9</sup> e de 26 de Janeiro de 2009 (Sousa Pinto)<sup>10</sup>, e do Tribunal da Relação de Coimbra, os Acórdãos de 18 de Outubro de 2005 (Jorge Arcanjo)<sup>11</sup>, de 18 de Julho de 2006 (Jorge Arcanjo)<sup>12</sup> e de 7 de Setembro de 2010 (Alberto Ruço)<sup>13</sup>.

Com esta posição — atente-se bem —, admitindo-se *várias espécies de cláusulas penais*, consoante a intencionalidade das partes — como vem fazendo, e bem, a jurisprudência, nestes e em outros Acórdãos para lá dos que mencionei —, é o *modelo unitário* que se *abandona*, que era um dos *pilares* da construção tradicional. Vai assim o direito português *de par com outros direitos*, como o alemão e o francês<sup>14</sup>, além do direito dos países de *common law*, onde a distinção entre a *penalty clause* e a *liquidated damages clause* é já tradicional, ainda que com um regime diferente do que lhe atribuem os chamados direitos continentais<sup>15</sup>.

---

<sup>6</sup> Na CJ-Acs. STJ, XX, tomo II, 2012, pp. 73,ss.

<sup>7</sup> Proc. 3938/12. 9TBPRD.P1.S1

<sup>8</sup> Proc. 266/14. 9TBPRD-A.P1.S1

<sup>9</sup> Proc. 3857/2005-6

<sup>10</sup> Proc. 4009/05-2

<sup>11</sup> Proc. 1448/05

<sup>12</sup> Proc. 522/06

<sup>13</sup> Proc. 81/1998.C1

<sup>14</sup> “Clause pénale” e “clause de dommages-intérêts”, de algum modo mantida no art. 1231-5 do *Code Civil*, após a recente reforma deste código, operada pela Ordonnance n° 2016-131 de 10 de Fevereiro de 2016.

Também a distinção entre a “Vertragsstrafe” e a “Schadensersatzpauchalierung” se mantém no BGB (§§ 336-345 e 309, n° 5, respectivamente), após a reforma de 2001-2002.

<sup>15</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.*

Parece subsistir ainda, no entanto — pelo menos em alguma jurisprudência —, um outro dos pilares da perspectiva tradicional, que é a estafada *tese da dupla função* da cláusula penal ou da *essencialidade das duas funções*: a função indemnizatória e a função compulsória. Ainda recentemente a vi reafirmada no Acórdão do STJ de 23 de Março de 2017 (Jorge Roque Nogueira)<sup>16</sup>, assim como, anteriormente, nos Acórdãos do Supremo de 21 de Maio de 1998 (Garcia Marques)<sup>17</sup> e de 9 de Dezembro de 2014 (Martins de Sousa)<sup>18</sup>, do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de Novembro de 2008 (Ana Luísa Geraldes)<sup>19</sup> e do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Novembro de 2008 (João Proença)<sup>20</sup>. Segundo esta tese, a cláusula penal exerceria, *em simultâneo*, uma função indemnizatória e uma função compulsória, funções que seriam essenciais à cláusula penal.

*Mas não é assim*, com o devido respeito.

Claro que a cláusula penal pode exercer *qualquer* destas funções. Mas não têm de estar ambas presentes: basta pensar na *cláusula penal*

---

*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, nº 1 – 2017, da *European Review of Private Law*, pp. 169-27 2, 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>16</sup> Ao qual tivemos acesso por amabilidade do Relator do Acórdão.

<sup>17</sup> BMJ nº 477 (pp. 489,ss), pp 501-502.

<sup>18</sup> Proc. 1004/12.6TJLSB.L1.S1

<sup>19</sup> Proc. 7458/2008-8

<sup>20</sup> JTRP00041875.

*puramente compulsória* para comprovar que a cláusula penal, por expressa vontade das partes, pode exercer *exclusivamente* a função compulsória: por exemplo, **A** acorda com **B** que se algum deles não cumprir, o credor poderá exigir, além da indemnização a que houver lugar nos termos gerais, determinada importância, com finalidade puramente compulsória.

Cláusula perfeitamente lícita, sujeita ao controlo judicial (ao art. 812º, designadamente), como as demais, e que a nossa jurisprudência — e muito bem! — tem admitido como válida: por exemplo, nos Acórdãos do STJ de 27 de Setembro de 2011 (Nuno Cameira)<sup>21</sup> e, já antes, de 29 de Abril de 1998 (Almeida e Silva)<sup>22</sup>, tal como no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Setembro de 2010 (Alberto Ruço)<sup>23</sup>.

Sirva de exemplo a cláusula sobre a qual se pronunciou o Acórdão do Supremo de 27 de Setembro de 2011 e que era do seguinte teor: “*Para além do legalmente previsto no caso de incumprimento do contrato, aquele que se negar ao cumprimento do mesmo ou [a] alguma das suas cláusulas terá de pagar ao outro o triplo do valor total do contrato, o que estabelecem e aceitam como cláusula penal*”<sup>24</sup>.

Conforme o Tribunal deu como provado, havia um interesse *justificativo e muito forte* para que o contrato fosse pontualmente cumprido. Se não fosse assim, dizemos nós, sempre a pena poderia ser reduzida, ao abrigo do disposto no art. 812º. Seja como for, o que importa aqui e agora sublinhar é que estamos perante uma cláusula penal que *não substitui a*

---

<sup>21</sup> Na RLJ ano 141º, nº 3972, 2012, pp. 177,ss.

<sup>22</sup> BMJ nº 476, pp. 400,ss (p. 422).

<sup>23</sup> Proc. 81/1998.C1.

<sup>24</sup> É nosso o destaque a itálico.

*indemnização nem visa compensar o interesse do credor* — visa tão somente, isso sim, *pressionar* o devedor a cumprir aquilo a que se obrigou. Se for abusiva, repete-se — *e não tem de o ser!* —, fica sujeita ao correspondente controlo<sup>25</sup>. Seria *irrealista e insensato* — “*afastando-se da realidade da vida*” como, a este propósito, enfatiza o STJ no seu Acórdão de 29 de Abril de 1998 (Almeida e Silva) — considerar que a cláusula penal puramente compulsória seria proibida só porque não coincide com a noção que dela dá o n.º 1 do art. 810.º!<sup>26</sup>

Poder-se-ia eventualmente objectar, contudo, argumentando que o *modelo legal* seria outro, abraçando esse modelo a tese da dupla função. Já vi Acórdãos nesse sentido, por exemplo, ainda muito recentemente, o referido Acórdão do STJ de 28 de Março de 2017 (Jorge Roque Nogueira): “Aquelas duas funções — ressarcidora e coercitiva— são essenciais à caracterização da cláusula penal, *tal como ela é legalmente disciplinada*”<sup>27</sup>.

Mas não é assim, com o devido respeito. Senhores Conselheiros, minhas Senhoras e meus Senhores, *onde é que está na lei a função compulsória da cláusula penal?* Em lado algum! O art. 810, n.º 1, é muito claro, *identificando* a cláusula penal com a *cláusula de fixação antecipada da indemnização*. O art. 811.º, por sua vez, como a jurisprudência tem salientado, é privativo desta espécie de cláusula penal (v., por ex., entre

---

<sup>25</sup> Num breve apontamento histórico, diria que já no direito romano ela era admitida: *rato manente pacto*: HERMOGENIANUS, *Digesto* 2, 15,16; PAPINIANUS, *Digesto* 45, 1, 115,2.

<sup>26</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre a validade da cláusula penal puramente compulsória, cfr. a nossa *Anotação* na RLJ ano 141.º, n.º 3972, pp. 177,ss e 188,ss, bem como a nossa tese sobre *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 601,ss, onde se rebatem argumentos contrários à validade da mesma.

<sup>27</sup> É nosso o destaque a itálico.

muitos, o Acórdão do STJ de 27 de Setembro de 2011: Nuno Cameira)<sup>28</sup>. Quanto ao art. 812º, finalmente, apesar de ser uma norma aplicável a todas as espécies de cláusulas penais (e não só!), dele não se retira o que quer que seja em abono de um modelo legal compulsório, pois o facto de a redução da pena ser uma medida de utilização excepcional deve-se ao respeito pelo carácter *forfaitaire*, isto é, *invariável*, da pena, e não, forçosamente, porque se tivesse querido respeitar a função compulsória. Até porque a excepcionalidade de recurso ao art. 812º mantém-se no caso de estar ausente da cláusula penal qualquer finalidade compulsória...

Exemplificando: se **A** e **B** celebram um contrato e fixam, desde logo, o montante indemnizatório em 100.000,00 euros, por ser esse o *dano previsível*, não estaremos perante uma cláusula penal? É óbvio que sim, em face da lei (art. 810º, nº 1) — e, no entanto, essa cláusula *não tem qualquer finalidade compulsória*. Suponhamos, agora, que o dano efectivo era de 110.000,000; poderia o tribunal *reduzi-la*? Em princípio, parece que *não*.<sup>29</sup> E isto porquê? Para respeitar alguma finalidade compulsória? Não, porque, como já vimos, essa finalidade estava ausente desta cláusula! O motivo por que não haveria que reduzir a pena deve-se, neste caso, isso sim, ao *respeito* pelo carácter de indemnização *invariável* que a pena tem.

Portanto, para concluir este ponto, a cláusula penal não passa, perante a lei, de uma indemnização invariável previamente acordada entre as partes (art. 810º, nº 1), o que não obsta, todavia, a que estas, ao abrigo do

---

<sup>28</sup> Na RLJ ano 141º, nº 3972, 2012, cit., pp. 177-178 e 186.

<sup>29</sup> Dizemos em princípio, porque a diferença entre o montante da pena e o valor do dano efectivo não é o único factor a considerar para saber se a pena é “manifestamente excessiva” (art. 812º).

princípio da liberdade contratual (art. 405º), possam estipular espécies diferentes, com função compulsória e, até, exclusivamente compulsória.

3. Como o tempo corre ligeiro, passo de imediato à questão central da minha intervenção, que tem a ver com o *controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão*. O ponto de partida é este: estarão tais penas sujeitas, *tão somente*, ao controlo estabelecido no art. 19º, al. c), do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro<sup>30</sup>, ou estarão elas *também* sujeitas ao controlo previsto no art. 812º do Código Civil?

Como se sabe, estas normas têm *diferentes campos de aplicação*: o art. 812º aplica-se a penas incluídas em *contratos negociados*, ao passo que o referido art. 19º, al. c), trata de penas incluídas em *contratos de adesão*, sob o regime jurídico do Decreto-Lei nº 446/85.

E consagram, também, *diferentes critérios*: o art. 812º faz depender a intervenção do tribunal do pressuposto de serem penas “*manifestamente excessivas*”, enquanto que nos contratos de adesão o critério legal é o de as penas serem “*desproporcionadas aos danos a ressarcir*”.

---

<sup>30</sup> Com as alterações que lhe foram introduzidas, designadamente, pelos Decretos-Leis nº 220/95, de 31 de Agosto, e 249/99, de 7 de Julho. Quanto ao Decreto-Lei nº 323/2001, de 17 de Dezembro, que procedeu à *conversão em euros* de valores expressos em escudos, e aos *lapsos* cometidos ao alterar, erradamente, os arts. 28º e 32º do Decreto-Lei nº 446/85, quando devia tê-lo feito apenas no nº 2 do art. 29º, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei*, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster”, coord. Luís Couto Gonçalves *et alii*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 141,ss. Note-se, por outro lado, que danos aqui por adquirido que o Decreto-Lei nº 446/85 se aplica a todos os contratos de adesão (salvo as disposições relativas à acção inibitória) e não apenas aos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais (a este respeito, entre outros trabalhos nossos, cfr. o que intitulamos *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, ROA, ano 62, Lisboa, 2002).

Finalmente, também a *sanção* não é a mesma: o art. 812º prevê a *redução equitativa* das penas; o Decreto-Lei nº 446/85, por sua vez, determina a *nulidade* dessas cláusulas, por força da conjugação dos seus arts. 12º e 19º.

Tratando-se de uma cláusula penal que faça parte de um contrato de adesão, o preceito que, à partida, se deve convocar é, pois, sem dúvida, a al. c) do art. 19º do referido Decreto-Lei nº 446/85. Haverá que apurar, por conseguinte, se a pena é ou não *desproporcionada* aos danos a ressarcir.

A este respeito, a jurisprudência revela que se tem decidido, e bem, que é um juízo *objectivo e abstracto* que se deve fazer, pois é em face do “*quadro negocial padronizado*” que há que decidir. Não há aqui que ter em conta as circunstâncias concretas, antes os interesses típicos do círculo de contraentes que habitualmente participam na espécie de negócio em causa, naquele especial sector de actividade negocial<sup>31</sup>.

E é assim que os tribunais vêm decidindo, repito, nos muitos casos que têm estado sob a sua apreciação e nos mais variados domínios: registo, entre outros, os contratos de manutenção e assistência de ascensores (Acórdãos do STJ de 14 de Dezembro de 2016: Fonseca Ramos<sup>32</sup>; de 5 de

---

<sup>31</sup> Cfr. a nossa *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 593, nota 1409, bem como, entre outros, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA/ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 46, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia”, IV, nº especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1997, pp. 241,ss, 283,ss, nº 9, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas contratuais gerais. DL nº 446/85 – Anotado. Recolha jurisprudencial*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 177,ss, 225,ss, e 230,ss, e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais. Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 294,ss.

<sup>32</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 20054/10.0T2SNT.L2.S1.

Maio de 2016: Salazar Casanova<sup>33</sup>; de 9 de Dezembro de 2014: Martins de Sousa<sup>34</sup>; da Relação de Coimbra de 28 de Outubro de 2014: Maria Inês Moura<sup>35</sup>; e de 17 de Abril de 2012: Barateiro Martins<sup>36</sup>; e da Relação de Lisboa de 1 de Março de 2012: Jerónimo Freitas<sup>37</sup>); os contratos de telecomunicações móveis (por ex., o Acórdão da Relação de Guimarães de 11 de Setembro de 2012: Araújo de Barros<sup>38</sup>); os contratos de locação financeira (entre muitos, os Acórdãos do STJ de 10 de Outubro de 2013: Sousa Inês<sup>39</sup>; e de 21 de Maio de 1998: Garcia Marques<sup>40</sup>); os contratos relativos à prestação de serviços de segurança (Acórdão da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 2007: Rosa Ribeiro Coelho<sup>41</sup>); e os contratos de fornecimento de bebidas (Acórdãos do STJ de 28 de Março de 2017: Jorge Roque Nogueira<sup>42</sup>, de 16 de Março de 2017: Nunes Ribeiro<sup>43</sup>, e de 10 de Outubro de 2013: Orlando Afonso<sup>44</sup>).

A cláusula que os tribunais têm declarado nula, por se entender que é desproporcionada aos danos a ressarcir, é a cláusula que, em caso de resolução do contrato por incumprimento, obriga o locatário, num contrato de locação financeira, a restituir o bem locado e a pagar todas as rendas, vencidas e vincendas, e ainda o valor residual; ou, num contrato de

---

<sup>33</sup> CJ-Acs. STJ, XXIV, II, 2016, pp. 57,ss.

<sup>34</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 1004/12.6TJLSB.L1.S1.

<sup>35</sup> *Idem*, Processo 3516/13.5TJCBR.C.1

<sup>36</sup> CJ, 2012, II, pp. 27,ss.

<sup>37</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 26396/09.0T2SNT.L1-6.

<sup>38</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 34394/10.5YIPRT.G1.

<sup>39</sup> *Idem*, Processo 02B1133.

<sup>40</sup> BMJ nº 477, 1998, pp. 489,ss.

<sup>41</sup> CJ, 2007, III, pp. 86,ss.

<sup>42</sup> Por amabilidade do Relator.

<sup>43</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 2042/13. 7TVLSB.L1.S1.

<sup>44</sup> *Idem*, 1303/11.4TBGRD.C1.S1.

manutenção e assistência a elevadores, em caso de denúncia do contrato pelo cliente, obriga este a pagar à empresa que lhe presta assistência as prestações previstas até ao termo do contrato; ou, ainda, em contratos de fornecimento de bebidas, obriga o revendedor, no termo do contrato, se não tiver adquirido a quantidade de bebidas contratualmente prevista, a pagar uma indemnização igual ao valor das bebidas não adquiridas.

De um modo geral — há excepções: por ex., o Acórdão do STJ de 16 de Março de 2017 (Nunes Ribeiro)<sup>45</sup> —, os tribunais têm entendido que tais cláusulas são *desproporcionadas* aos danos a ressarcir e, por isso, *nulas*, pois o credor obtém a prestação do devedor, na íntegra, apesar de deixar de prestar os seus serviços, e, ainda, fica com os benefícios acrescidos de, por um lado, receber as prestações do devedor de uma só vez e em antecipação ao que estava previsto e, por outro lado, sem ter de descontar, sequer, os gastos que poupou.

A este respeito, *independentemente do acerto da decisão*, aquilo com que não concordo é com uma afirmação com que por vezes se depara, no contexto argumentativo de reacção contra penas elevadas, seja no juízo sobre a desproporção da pena (art. 19º, alínea c)), seja na ponderação sobre a sua manifesta excessividade (art. 812º), aquilo com que não concordo, dizia, é com os *obiter dicta* segundo os quais se a pena fosse devida (art. 19º, alínea c)), ou fosse devida na totalidade, sem redução (art. 812º),

---

<sup>45</sup> Cfr., *supra* nota 43.

poderia acontecer ter o credor “*mais a ganhar com o incumprimento do contrato do que com o cumprimento do mesmo, o que não é admissível*”<sup>46</sup>.

Não posso concordar com esta afirmação, pese embora a “simpatia” que ela possa aparentemente despertar, na sua singeleza! E não posso concordar com esta afirmação porque ela *choca frontalmente* contra a *essência* da cláusula penal — e contra a própria *lei*: art. 812º, precisamente.

É contrária, desde logo, à índole *invariável* da cláusula penal, pois desde sempre se admitiu, *urbi et orbi*, residir no carácter *forfaitaire* da cláusula penal a essência da mesma.

Mas é sobretudo a *função coercitiva* ou *compulsória* da cláusula penal que uma tal afirmação põe decisivamente em causa, pois sempre essa função pressuporá que a pena deva constituir um *incentivo* ao cumprimento do contrato, o que *deixará de suceder* se o devedor souber, à partida, que nunca lhe pode ser exigido mais do que o valor da indemnização pelos danos sofridos pelo credor!

Sim, digo eu, *o credor poderá vir a receber mais pelo incumprimento do que receberia pelo cumprimento do contrato*. Mas isso é *imputável* ao devedor: porque *acordou* uma cláusula penal e porque *culposamente* não cumpriu!<sup>47</sup> São os princípios da *autodeterminação* e da

---

<sup>46</sup> Acórdão da Relação de Coimbra de 21 de Abril de 2009: Isabel Fonseca, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 255/2002. C1. Mas cfr. também, no mesmo sentido, os Acórdãos do STJ de 28 de Março de 2017 (Roque Nogueira), de 2 de Maio de 2002 (Sousa Inês: Processo 02B1133) e de 26 de Janeiro de 1999 (Garcia Marques: CJ-Acs. STJ, VII, I, pp. 61,ss, p. 66), bem como o Acórdão da Relação de Lisboa de 22 de Maio de 2007 (Rosa Ribeiro Coelho: CJ, III, 2007, pp. 86,ss, p. 90).

<sup>47</sup> É que se o devedor provar que *não teve culpa* fica *afastado* o direito do credor à pena: cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 683,ss. Por outro lado,

*liberdade contratual* a funcionar! Claro que parto do princípio de que a cláusula penal foi *validamente estipulada* e o incumprimento do contrato é *imputável ao devedor*. Assim sendo, só em casos *excepcionais*, para evitar *abusos*, é que se permite a redução de penas, desde que “*manifestamente excessivas*”: daí, justamente, o art. 812º, entre nós, tal como outros preceitos idênticos, em várias ordens jurídicas, designadamente alemã, italiana, francesa e brasileira.

Afinal, partilhando desta compreensão do problema, também o Supremo Tribunal de Justiça, ao referir que o montante da pena “deve ser, em regra, *de valor superior aos danos a ressarcir*, sob pena de frustrar a finalidade compulsória referida”<sup>48</sup>.

É importante que estas palavras sejam ponderadas, é importante que se entendam as razões por que se recorre à estipulação de cláusulas penais, é importante que se atenda à própria lei, para que, afinal, se possa compreender que o credor poderá ter *mais a ganhar com o incumprimento do contrato do que com o cumprimento do mesmo*, sem que isso tenha algo de *abusivo*, de *ilícito* ou, sequer, de *estranho*!<sup>49</sup>

---

evidentemente que a própria cláusula penal pode ser *inválida*, nos termos gerais, se tiver havido, por ex., erro, dolo, coacção moral ou qualquer outro vício da vontade (arts. 251º e ss): cfr., de novo, a nossa dissertação, cit., pp. 718,ss.

<sup>48</sup> Acórdão do STJ de 12 de Junho de 2007 (Relator: Conselheiro João Moreira Camilo), in CJ-Acs.STJ, ano XV, tomo II, pp. 107,ss, p. 108 (itálico nosso); no mesmo sentido, afirmando que a cláusula penal pode constituir “poderoso meio de pressão” para o devedor cumprir “desde que o montante da pena seja fixado numa cifra elevada, relativamente ao dano efectivo”, o Acórdão do STJ de 2 de Março de 2004 (Relator: Conselheiro Afonso Correia), in CJ-Acs.STJ, ano XII, tomo I, pp. 93,ss, p. 98.

<sup>49</sup> Cfr., a propósito, também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4ª ed., com a colab. de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 670-671 (ponto V).

Esclarecido este ponto, reafirmo que concordo com a jurisprudência no tocante ao juízo *objectivo*, consoante o “*quadro negocial padronizado*” e, portanto, *independente das circunstâncias do caso concreto*, quando se trata de decidir se a cláusula penal em contratos de adesão é desproporcionada aos danos a ressarcir. Se for este o caso, repito, a cláusula penal é *nula* (art. 19º, alínea c), conjugado com o art. 12º do mesmo Decreto-Lei).

Admitamos, porém, que — segundo esse juízo *abstracto e a priori* — o tribunal decide que a cláusula penal *não é nula*, por não ser desproporcionada aos danos a ressarcir (como sucedeu, recentemente, no citado Acórdão do STJ de 16 de Março de 2017: Nunes Ribeiro)<sup>50</sup>. Pergunta-se: poderá ela, a pena, num segundo momento, vir a ser *reduzida*, por aplicação do disposto no art. 812º, apesar de o contrato ser de adesão?

Entendemos que sim e já há tempos aludimos a isso<sup>51</sup>. É que, como temos dito, o juízo sobre a desproporção da pena deve fazer-se *em abstracto* e, por isso, reportar-se ao momento em que a cláusula penal é estabelecida, devendo considerar-se, para esse efeito, a *desproporção entre a pena estipulada e os danos previsíveis*. Sendo a pena desproporcionada a esses danos, *é nula*; caso contrário, *é válida*.

Mas isso não significa que, sendo a cláusula penal válida, não possa a pena vir depois a ser *reduzida*, por aplicação do disposto no art. 812º, se ela vier a revelar-se “manifestamente excessiva”, *em concreto*, em face do

---

<sup>50</sup> Cfr., *supra*, nota 43.

<sup>51</sup> Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A pena e o dano*, nos “Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles”, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012 (pp. 659,ss), pp. 670-671.

incumprimento, tendo em conta, para este efeito, não só os danos efectivamente causados como também os demais factores a ter em consideração para apurar se a pena é “manifestamente excessiva” e no respeito pela equidade (que neste segundo momento já será de ter em conta)<sup>52</sup>.

É que o juízo sobre a *manifesta excessividade* da pena deve fazer-se, não relativamente ao momento em que ela foi estipulada — *diversamente* do que sucede com o juízo sobre a *desproporção* da pena —, *mas ao ter de cumprir-se*. E não é o dano *previsível* que conta, antes o *prejuízo efectivo*<sup>53</sup>.

E conforta-nos sobremaneira vermos dois recentes Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça a sufragarem esta nossa posição: os Acórdãos de 16 de Março de 2017 (Nunes Ribeiro) e de 28 de Março de 2017 (Jorge Roque Nogueira).

No primeiro destes arestos entendeu o Tribunal, num contrato de adesão, que a cláusula penal não era nula, por não ser desproporcionada aos danos a ressarcir, mas que isso não significa que “a aludida cláusula não possa ou não deva ser considerada *manifestamente excessiva*, nos termos do n.º 1 do art. 812.º do C. Civil e, conseqüentemente, passível de redução equitativa”. No segundo, decidiu o Supremo que a cláusula penal era nula, por ser desproporcionada, tendo, porém, acrescentado: “Caso se considerasse que a referida cláusula não era, em abstracto, desproporcionada e que, por isso, era válida, então é que poderia colocar-se

---

<sup>52</sup> Em sentido próximo, também NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 173,ss.

<sup>53</sup> Assim, já a minha tese sobre *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 732.

a questão da sua redução, se, em concreto, se revelasse excessiva”. Em ambos os Acórdãos, honra-nos o Supremo com a citação expressa da nossa posição<sup>54</sup>.

Para concluir este ponto, encontrámos um outro Acórdão do STJ, mais antigo, de 21 de Maio de 1998 (Garcia Marques)<sup>55</sup>, em que, num contrato de locação financeira com cláusula penal de indemnização correspondente a 20% das rendas vincendas a mesma não foi julgada desproporcionada, num juízo formulado em abstracto. E acrescentou o Tribunal: “podê-lo-ia ser, todavia, em concreto”, se se tivesse feito a prova da desproporção entre o dano causado e o valor da cláusula penal, em termos de se concluir pela ofensa dos arts. 12º e 19º do Decreto-Lei nº 446/85.

Neste último ponto permitimo-nos discordar, com o devido respeito. Estamos de acordo em que o juízo de *validade* por a pena não ser desproporcionada, em abstracto, não impede que sobre ela incida um *segundo controlo*, em concreto, se ela for manifestamente excessiva: mas esse segundo controlo terá de ser feito pelo art. 812º.

Finalmente, permitimo-nos discordar também de Acórdãos em que, para se decidir se a pena é desproporcionada aos danos a ressarcir, nos termos da citada alínea c) do art. 19º do Decreto-Lei nº 446/85, se convoca o art. 812º do Código Civil. São preceitos que, como já dissemos, têm pressupostos, âmbito de aplicação e sanções diferentes, pelo que não pode recorrer-se indistintamente a ambos nem identificar o critério da

---

<sup>54</sup> Os referidos Acórdãos do STJ são identificados *supra*, notas 42 e 43.

<sup>55</sup> No BMJ nº 477, pp. 489,ss, p. 504.

desproporção com o do excesso manifesto, como parece fazer o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de Novembro de 2008 (Ana Luísa Geraldes)<sup>56</sup>.

Em conformidade com o exposto, o art. 812º tem, assim, *um vasto campo de aplicação*, uma vez que abrange não só cláusulas penais incluídas em *contratos negociados* como, ainda, cláusulas penais que façam parte de *contratos de adesão* desde que, neste último caso, *elas escapem ao controlo prévio exercido através do art. 19º, alínea c), do Decreto-Lei nº 446/85*, por se decidir que, *em abstracto* e segundo o “*quadro negocial padronizado*”, elas não são *desproporcionadas* aos danos a ressarcir. Haverá então que ponderar se, *em concreto*, nos termos referidos, não serão tais penais “*manifestamente excessivas*” e, portanto, susceptíveis de serem *reduzidas*, ao abrigo do disposto *no art. 812º*. Aqui está, por conseguinte, o *duplo controlo de penas manifestamente excessivas em contratos de adesão*.

4. Relativamente ao art. 812º, já por várias vezes temos sublinhado tratar-se de uma norma da maior importância, em sede de controlo de manifestações excessivas ou abusivas da liberdade contratual, ao nível da fixação das consequências do inadimplemento das obrigações. Temos defendido que o art. 812º tem um *largo âmbito de aplicação*, abrangendo não só *todas as*

---

<sup>56</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 7458/2008-8.

*espécies de cláusulas penais*<sup>57</sup>, como ainda o *sinale*<sup>58</sup> e outras figuras *afins* ou *similares*<sup>59</sup>.

E isto, numa palavra, porque nos parece que esta norma encerra um *princípio de alcance geral* destinado a *corrigir* excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação contratual dos direitos do credor.

Mas não basta que a pena venha a revelar-se superior ao dano para que ela possa ser reduzida. Se assim fosse, anular-se-ia a principal característica da cláusula penal, que é a sua natureza *invariável*. A possibilidade de redução da pena é excepcional<sup>60</sup>, *depende de pedido do*

---

<sup>57</sup> Ou seja, o art. 812º é suscetível de ser aplicado, uma vez verificados os seus pressupostos, à cláusula de fixação antecipada da indemnização, à cláusula penal em sentido estrito e à cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória: cfr., a este respeito, a nossa *Cláusula penal e indemnização, cit.*, pp. 730,ss. Daí termos discordado da decisão tomada pelo STJ no seu Acórdão de 3 de Novembro de 1983 (Relator: Conselheiro Santos Silveira), pese embora a importância do mesmo do ponto de vista da aceitação de outras cláusulas penais para lá da que a lei define no art. 810º (cfr. a nossa dissertação, cit., pp. 474,ss). No bom sentido, recentemente, o Acórdão do STJ de 27 de Setembro de 2011 (Relator: Conselheiro Nuno Cameira), por nós anotado na RLJ, ano 141º, nº 3972, assim como, já antes, por exemplo, o Acórdão do mesmo Tribunal de 12 de Outubro de 1999 (Relator: Conselheiro Afonso Melo), in <http://www.dgsi.pt>

<sup>58</sup> Cfr. o nosso *Cláusula penal e indemnização, cit.*, pp. 195,ss, e, na jurisprudência, por ex., os Acórdãos do STJ de 8 de Março de 1977 (in BMJ nº 265, pp. 210,ss, Relator: Conselheiro Rodrigues Bastos), de 1 de Fevereiro de 1983 (in BMJ nº 324, pp. 552,ss, Relator: Conselheiro Manuel dos Santos Carvalho), e de 27 de Setembro de 2011 (in RLJ ano 141º, cit., pp. 177,ss, Relator: Conselheiro Nuno Cameira).

<sup>59</sup> Como as denominadas “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol: cfr., a propósito, o nosso artigo *Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita”, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2009 (pp. 227,ss), pp. 259-260.

<sup>60</sup> Cfr., na jurisprudência, entre muitos, os Acórdãos do STJ de 4 de Maio de 2004 (in <http://www.dgsi.pt>, Relator: Conselheiro Fernando Pinto Monteiro) e de 23 de Abril de 2008 (*idem*, Relator: Conselheiro Mário Pereira), bem como os Acórdãos da Relação de Lisboa de 12

*devedor*<sup>61</sup> e está condicionada a apertados limites: efectivamente, 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 *objetiva*, quer de fatores de ordem *subjetiva*. 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, atualmente, o art. 413º do (novo) Código Civil brasileiro, ao consagrar a redução equitativa da pena,

---

de Outubro de 2010 (*idem*, Relator: Desembargador Rosário Gonçalves) e da Relação de Coimbra de 27 de Abril de 2004 (*idem*, Relator: Desembargador Rui Barreiros).

<sup>61</sup> Ainda que esse pedido não tenha de ser expresso ou explícito, bastando que o devedor dê a entender, pelo seu comportamento, que reputa a pena manifestamente excessiva ou abusiva.

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”<sup>62</sup>.

Ao decidir que a pena é manifestamente excessiva, o tribunal dá por verificado o *pressuposto* de que depende o exercício da sua atividade sindicante, o qual já constitui, porém, ao mesmo tempo, o *resultado* de uma ponderação equilibrada de todos esses fatores 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.

Ora, qual será o critério que deve pautar a atuação 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, repete-se, 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

---

<sup>62</sup> Cfr., a propósito, JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, tomo II, *Do Inadimplemento das Obrigações*, 2ª ed. (Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira), Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 683,ss, esp. pp. 702,ss.

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>63</sup>.

Nem 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.

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 fatores, à luz do *caso concreto*, que um julgamento por *equidade* requer. Assim, a gravidade da infração, 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, fatores que o juiz deve ponderar para tomar uma decisão. É um *juízo de valor* que o tribunal deve formular.

Julgamos importante acentuar, porém, de novo, um aspeto, 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

---

<sup>63</sup> Cfr. JEAN CARBONNIER, *Droit Civil. 4/Les Obligations*, 13<sup>a</sup> ed., Paris, 1988, p. 323.

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, consoante a *espécie* de pena acordada<sup>64</sup>.

A jurisprudência vem, de um modo geral, seguindo este rumo, quer no tocante ao carácter *excepcional* de redução da pena, quer a respeito dos *critérios* a seguir na aplicação do art. 812<sup>a</sup> (vejam-se, por todos, os Acórdãos do STJ de 24 de Abril de 2012: Hélder Roque, e de 3 de Novembro de 2015: Júlio Gomes<sup>65</sup>).

E se tiver havido cumprimento parcial da obrigação? Proceder-se-á também à redução da pena? Em que termos?

Ao contrário do Código de Seabra, que permitia (e só neste caso) a modificação da pena na parte proporcional (art. 675<sup>o</sup>), o Código de 1966 optou por critério diverso: conforme dispõe o n<sup>o</sup> 2 do art. 812<sup>o</sup>, a redução far-se-á nas mesmas circunstâncias, ou seja, nos termos do n<sup>o</sup> 1 e, portanto, de acordo com a equidade.

É acertada esta opção legislativa. Pode ter havido cumprimento parcial e, todavia, não se justificar, sequer, a redução da pena, quer em razão do escasso ou nulo interesse, para o credor, desse cumprimento, quer em razão, ainda assim, do reduzido valor daquela. Por outro lado, havendo motivos para modificar a pena, a redução não terá de ser proporcional ao

---

<sup>64</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 717,ss, esp. pp. 724,ss.

<sup>65</sup> In, respectivamente, CJ-Acs.STJ, XX, 2012, II, pp. 73,ss, e [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 266/14.9TBPRD-A. P1.S1

cumprimento ocorrido, antes à luz da utilidade que o credor daí retira. O decisivo, em qualquer dos casos, é que a pena se mostre *manifestamente excessiva*, justificando-se a sua redução por razões de *equidade*, podendo esse carácter advir-lhe da circunstância de ter ocorrido o cumprimento parcial da obrigação, mas sem que isso seja forçoso.

O mesmo valerá, caso as partes tenham, elas próprias, previsto os termos em que a redução se deve efectuar, havendo cumprimento parcial: se, respeitado o critério previamente estabelecido entre si, a redução *judicial*, ainda assim, se justificar, em face do disposto no art. 812º, a redução *convencional* não poderá impedi-la<sup>66</sup>.

Não nos parece adequado dizer, por conseguinte, ainda que a decisão acabe por ser correcta, como sucede no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12 de Novembro de 2008 (João Proença), que “quando haja cumprimento parcial, isso implica o recurso a um critério de *proporcionalidade* para determinar se e em que medida deve o montante da cláusula penal ser reduzido (...)”<sup>67</sup>. Como dissemos, a remissão, pelo nº 2 do art. 812º, para o nº 1 da mesma norma, implica que os pressupostos e o critério de redução sejam os mesmos, isto é, haverá que apurar se a pena, designadamente por via desse incumprimento parcial, se mostra *manifestamente excessiva* em termos de justificar a sua redução por razões de *equidade*.

---

<sup>66</sup> Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 724,ss, 746-747.

<sup>67</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo 0823794 (o destaque a itálico é nosso).

5. Resta, para concluir, chamar a atenção para um último ponto, o qual nem sempre tem merecido a devida atenção da jurisprudência, e que é este: afinal, para controlar penas de valor exagerado, às quais se aplique o controlo definido no Código Civil, recorre-se ao art. 812º ou ao nº 3 do art. 811º?

Reza assim o nº 3 do art. 811º:

“O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que *exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal*”.

E o nº 1 do art. 812º dispõe, por sua vez, o seguinte:

“A cláusula penal<sup>68</sup> 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”<sup>69</sup>.

Pode assim acontecer que nos confrontemos com uma pena que não seja “*manifestamente excessiva*” — razão por que, ao abrigo do art. 812º, *não será susceptível de ser reduzida*, mantendo o credor, por isso, o direito

---

<sup>68</sup> É claro que não é a *cláusula* penal que pode ser reduzida, ao abrigo do art. 812º, antes a *pena* — objecto daquela cláusula —, como estava, e bem, na redacção inicial da norma, de 1966, antes das *infelizes alterações* introduzidas em 1980 e em 1983, pelos Decretos-Leis nº 200-C/80, de 24 de Junho, e nº 262/83, de 16 de Junho. A *cláusula* penal, como qualquer outra cláusula, poderá ser *reduzida*, isso sim, em caso de *invalidade parcial* e ao abrigo do art. 292º (pode ver-se, a este propósito, C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 632,ss), mas *não é desse tipo de redução* que trata o art. 812º, como é evidente, tanto nos seus pressupostos como nos seus efeitos e razão de ser.

<sup>69</sup> Evidentemente que é nosso o destaque a *itálico*, em ambos os preceitos legais.

de exigir o seu pagamento *na íntegra* —, mas, em todo o caso, constitua uma indemnização *que excede “o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal”*, o que *contraria* o disposto no nº 3 do art. 811º, ficando o credor *impedido* de exigir o seu pagamento.

Numa situação destas, *quid iuris?* Terá o credor *direito à pena*, em conformidade com a solução consagrada no nº 1 do art. 812º — ou *deixará o credor de ter esse direito*, por força do nº 3 do art. 811º?

Perante uma situação destas, há que fazer *opções*: desde logo, ou se recorre a uma ou se recorre a outra das referidas normas; o que não pode é recorrer-se a ambas, *em simultâneo*, como se uma e outra conduzissem ao mesmo *resultado* e como se uma e outra comungassem dos mesmos *pressupostos*. O que não acontece, em qualquer dos casos!

Apesar disso, vai-se assistindo, na jurisprudência, a uma generalizada *confusão*, apelando-se, umas vezes, ao nº 3 do art. 811º, outras vezes, ao art. 812º, e, muitas vezes, tanto a uma como a outra destas normas, indiscriminadamente, em abono da decisão que se toma em face de penas de montante exagerado.

Efectivamente, chega-se muitas vezes ao ponto de citar as duas normas *em simultâneo*, o nº 3 do art. 811º e o nº 1 do art. 812º, em apoio da decisão que se toma, como se uma e outra consagrassem os mesmos pressupostos e conduzissem a solução idêntica! Haja em vista, por exemplo, o Acórdão do STJ de 5 de Novembro de 1997,<sup>70</sup> bem como os

---

<sup>70</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo: 97607, Relator: Conselheiro Miranda Gusmão.

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 1 de Março de 2012<sup>71</sup> e de 1 de Abril de 2004<sup>72</sup>, do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Janeiro de 2012<sup>73</sup> e de 3 de Fevereiro de 2009<sup>74</sup>, do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Abril de 2009<sup>75</sup> e do Tribunal da Relação de Évora de 22 de Janeiro de 2009<sup>76</sup>.

Em alguns destes arestos (no último, por exemplo) acaba por se decidir em conformidade com o disposto no n° 3 do art. 811º, *pese embora* as judiciosas considerações que se tecem a propósito do “*valor coercitivo*” da cláusula penal, do “*legítimo e salutar valor cominatório da cláusula penal*”, que explicam a solução acolhida pelo n° 1 do art. 812º!<sup>77</sup>

Mas não pode ser assim, com o devido respeito. Como de há muito venho defendendo, o n° 3 do art. 811º só se aplica quando estivermos perante uma *cláusula de fixação antecipada da indemnização com convenção sobre o dano excedente*, nos termos do n° 2 da mesma norma, e aí se convencie “uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal” (n°3).

Em todos os outros casos em que seja estipulada uma cláusula penal sem convenção sobre o dano excedente é o art. 812º — *esta e apenas esta*

---

<sup>71</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo: 26396/09. 0T2SNT.L 1-6, Relator: Desembargador Jerónimo Freitas, ainda que, neste Acórdão, depois de invocado o n° 3 do art. 811º e o n° 1 do art. 812º, se considerasse que o problema que estava aí em causa se colocava em face do disposto na al. c) do art. 19º do Decreto-Lei n° 446/85, e que era o de saber se a pena seria desproporcionada aos danos a ressarcir.

<sup>72</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo: 2530/2004-6, Relator: Desembargador Pereira Rodrigues.

<sup>73</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo: 671/09.2TBSTS-B. P2, Relator: Desembargadora Anabela Lima de Carvalho.

<sup>74</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo: 0822319, Relator: Desembargador Canela Brás.

<sup>75</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo: 255/2002.C1, Relator: Desembargadora Isabel Fonseca.

<sup>76</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Processo: 2662/98-3, Relator: Desembargador Fernando Bento.

<sup>77</sup> O realce a itálico é nosso.

— a norma adequada para reagir contra penas “manifestamente excessivas”, seja qual for a espécie de cláusula penal acordada.

É indispensável que à (aparente) *falta de senso* do legislador de 1983 o intérprete faça apelo ao *postulado metodológico do legislador razoável* — que a lei expressamente acolhe: art. 9º, nº 3 — para conciliar o nº 3 do art. 811º com o art. 812º. É que, se não for assim, uma interpretação mais chegada à *letra da lei* concluirá que o nº 3 do art. 811º *impede que o credor exija e obtenha “uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal”*.

Mas se é assim, se fosse de acolher esta interpretação *irrestrita* do nº 3 do art. 811º, então seria de concluir:

1º - O art.812º *deixa de fazer sentido* e teria sido, até, porventura, *revogado*;

2º - A cláusula penal teria sido *erradicada* da ordem jurídica portuguesa!

Em relação ao primeiro ponto, é fácil concluir que *deixaria de haver espaço* para a aplicação do art. 812º, *a não ser* para as espécies de cláusulas penais não abrangidas pelo nº 3 do art. 811º, cujo âmbito de aplicação circunscrevemos à *cláusula de fixação antecipada da indemnização*<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Temos defendido, efectivamente, que este preceito é privativo da cláusula de fixação antecipada da indemnização. No mesmo sentido, recentemente, também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações*, cit., 2017, p. 492.

Quanto ao segundo ponto, é igualmente fácil de concluir que se o credor não pode exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo efectivo, é a própria concepção da cláusula penal como *indemnização invariável* — “à forfait” — que fica irremediavelmente comprometida. Basta que a pena *exceda* o valor do dano efectivo *em apenas 1 euro* para que o devedor possa reagir! A cláusula penal converte-se em mero *acordo sobre a inversão do ónus da prova*: em vez de ser o credor a provar o montante do dano, é o devedor quem terá de alegar e provar que o dano sofrido pelo credor é menor do que aquele que está a exigir a título de pena. Feita esta prova, o credor será indemnizado *em função do prejuízo efectivo*.

Mas se é assim, “*requiem*” pela cláusula penal — melhor, *requiem* pela cláusula penal *indemnizatória*<sup>79</sup>. Apesar da sua longevidade, apesar do enorme interesse prático de que se reveste, apesar das funções que está apta a desempenhar, apesar de tudo isso, deixaria de ser possível às partes, na ordem jurídica portuguesa, convencionarem cláusulas penais indemnizatórias, estando limitadas a meros *acordos de inversão do ónus da prova sobre o prejuízo a reparar*.

Mas não pode ser assim! Como referi atrás, o n.º 3 do art. 811.º só tem aplicação quando se trate de uma cláusula penal indemnizatória com convenção sobre o dano excedente e nesta convenção se estipule “uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal”.

---

<sup>79</sup> Já fizemos esse reparo: cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Artigo 811.º, n.º 3, do Código Civil: “requiem” pela cláusula penal indemnizatória?*, Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de Abril de 2002 (Eduardo Baptista), in RLJ ano 142.º, n.º 3976, 2012, pp. 60,ss e 67,ss.

Como sempre tenho dito — e hoje aqui reafirmo, nesta Casa da Justiça —, confio que o Juiz actue, afinal, como verdadeiro *auxiliar pensante* do legislador<sup>80</sup>, na nobre tarefa da *realização do direito*<sup>81</sup>.

Para concluir, estando nós a comemorar o Cinquentenário do Código Civil de 1966, gostaria de registar que *todas as soluções que defendi estão dentro do quadro legal em vigor*. Não propus nem sugeri qualquer alteração ao Código Civil, apesar de há muito me ter distanciado da perspectiva tradicional da cláusula penal. Mas o Código não obriga a uma leitura estática, fechada — pelo contrário, o Código vai-se *enriquecendo e actualizando* pelo esforço conjunto de doutrina e jurisprudência, pela *dogmática jurídica*. É esta a nossa tarefa. É este “*cunho actualista e prospectivo*”, nas palavras de Rui de Alarcão<sup>82</sup>, que deve presidir às Comemorações do Código Civil. E esta *resposta* do Código de 1966 aos *desafios do presente e do futuro* é a melhor Homenagem que lhe podemos prestar!

António Pinto Monteiro

---

<sup>80</sup> De “*obediência pensante*”, ao serviço da lei, escreveu MANUEL DE ANDRADE, mas num sentido em que a actividade jurisprudencial “atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal jurídico — do nosso sentido do Direito que em cada momento *deve ser*” (*Sentido e Valor da Jurisprudência*, oração de sapiência, separata do vol. XLVIII, 1972, do BFDUC, Coimbra, 1973, p. 40).

<sup>81</sup> CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 11,ss.

<sup>82</sup> In “*Vida Judiciária*”, n.º 196, Julho/Agosto 2016, pp. 6,ss.