

ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro

CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZAÇÃO

DISSERTAÇÃO DE DOUTORAMENTO
EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
PELA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA



LIVRARIA ALMEDINA
COIMBRA — 1990

SECÇÃO I

NOÇÕES PRELIMINARES E CARACTERIZAÇÃO GERAL

Sumário: 4 — Problemas que a cláusula penal visa resolver; 4.1. — Função indemnizatória; 4.2. — Função coercitiva ou compulsória; 4.3. — Função punitiva da cláusula penal?; 4.4. — Função disciplinar?; 5 — Estrutura; 5.1. — Sujeitos; 5.1.1. — O problema da determinação da pena; 5.2. — Objecto; 5.2.1. — O problema da patrimonialidade da pena; 5.2.2. — A pena enquanto perda ou preclusão de determinado direito (“Verfallklausel”); 5.3. — Consentimento; 5.3.1. — Medidas punitivas contra furtos em estabelecimentos comerciais (“Warenhausdiebstähle”/“Ladendiebstähle”); 5.3.1.1. — Prestação do consentimento em contratos de adesão; 5.3.2. — A chamada “cláusula penal testamentária”; 6 — Accessoriedade; 6.1. — Cláusula penal e obrigações naturais; 6.2. — A pena independente; 7 — Obrigação com faculdade alternativa “a parte creditoris”.

4. Problemas que a cláusula penal visa resolver

Em termos sistemáticos, a cláusula penal é tratada nos artigos 810.º a 812.º do Código Civil, normas compreendidas numa divisão respeitante à “fixação contratual dos direitos do credor”, integrada esta, por sua vez, na subsecção sobre a “falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor”.

De forma *positiva*, o legislador regulou aí apenas uma figura — a cláusula penal —, visto que a outra norma que integra a mesma divisão só em termos *negativos* abrangerá outras figuras: o art. 809.º, com efeito, limita-se a proibir a renúncia antecipada do credor a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores (ressalvando apenas o disposto no n.º 2 do art.º 800.º).

De entre esses direitos, abrangidos pela proibição do art. 809.º, destaca-se o direito à indemnização⁽⁶⁴⁾. Mas se o credor não pode,

⁽⁶⁴⁾ Os restantes direitos abrangidos pelo art. 809.º serão, conforme as circunstâncias, os de pedir o cumprimento da obrigação, a resolução do negócio e o

mediante convenção antecipada, renunciar a este direito⁽⁶⁵⁾, já nada obsta a que a determinação do seu montante seja objecto de uma cláusula penal: daí, precisamente, a adversativa (“porém”), que o legislador utilizou, ao redigir o art. 810.º, n.º 1, o que evidencia bem a ligação entre as duas normas⁽⁶⁶⁾.

Ou seja, e no que concerne ao ponto em análise: o art. 809.º veda ao credor a possibilidade de renúncia prévia à indemnização, mas não impede um acordo destinado a fixar antecipadamente o seu montante, isto é, a liquidar o dano futuro.

Sob este ponto de vista, as vantagens da cláusula penal são manifestas, atentos os problemas que, em regra, origina a determinação dos danos a reparar, a forma da sua reparação e o cálculo do respectivo montante, quando fixado em dinheiro.

4.1. Função indemnizatória

É sabido, na verdade, que a prática de um facto ilícito faz incorrer o seu autor em responsabilidade, preenchidos que estejam certos pressupostos. O lesante constitui-se na obrigação de ressarcir o lesado, devendo, nos termos da lei, reconstituir a situação que existia, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 562.º).

“commodum” de representação: assim, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, cit., anot. n.º 1 ao art. 809.º, p. 73. Mais ampla é, porém, a enumeração dos direitos que o art. 809.º abarca, na perspectiva de Pessoa Jorge (*A limitação convencional da responsabilidade civil*, in BMJ n.º 281, pp. 5, ss), observando este autor, além disso, que o direito de pedir o cumprimento da obrigação, pelo menos formalmente, não estará coberto pela proibição constante do art. 809.º (p. 12, n. (11)).

(65) O que não significa, a nosso ver, que a proibição da renúncia prévia à indemnização implique, necessariamente, uma proibição absoluta de cláusulas de exclusão de responsabilidade em caso de simples culpa leve: questão sobre a qual nos pronunciamos, há cinco anos atrás, no já mencionado *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, que constituiu a nossa dissertação de pós-graduação. Voltaremos a fazer uma breve referência ao problema, *infra*, na secção II deste capítulo, subsecção IV, n.º 28.

(66) Galvão Telles faz um reparo ao legislador, por este ter omitido, na noção de cláusula penal, constante do art. 810.º, n.º 1, “a nota de que se trata de uma fixação antecipada” (*Direito das Obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, 1989, p. 440,

O autor do facto *danoso*, desde que *responsável*, deve *indemnizar* a vítima pelos danos causados: indemnizar é, assim, reparar um dano, ou mediante a reconstituição natural, ou por equivalente, em dinheiro. Trata-se, como se sabe, de uma consequência ou efeito *comum* à responsabilidade contratual e à responsabilidade aquiliana.

Para determinar os *danos* que ficam a cargo do lesante, abrangidos pela indemnização, haverá que apurar, de entre aqueles que sobrevêm ao facto constitutivo da responsabilidade, os danos em relação aos quais o facto foi *causa adequada*, a que serão de deduzir as vantagens que o lesado não teria tido (art. 563.º). Questão que se prende, pois, com o delicado problema do nexo de causalidade⁽⁶⁷⁾.

Apurados *que* danos devem ser indemnizados⁽⁶⁸⁾, importará saber *como* se processa a sua reparação.

Consagra-se na lei (art. 566.º, n.º 1), para este efeito, como forma *prioritária*, a indemnização *natural* (em espécie), visto que com ela é o próprio dano que se faz desaparecer, através de um conjunto de medidas destinadas, justamente, a *afastar*, à custa do responsável, o *dano real*.

Medidas que, em bom rigor, parece não deverem confundir-se com outras que não actuam directamente sobre o dano, mas antes sobre a sua *causa*. Por outras palavras, nem sempre a reparação do dano, mesmo que *in natura*, coenvolverá a *supressão* do facto *ilícito*, gerador desse dano. As medidas destinadas a *suprimir a situação ilícita* — mesmo que tomadas no âmbito da indemnização —, não constituem, em rigor, formas de reparar um dano, traduzindo-se, antes, num meio de *eliminar a própria fonte* (ilícita) desse dano, pre-

n. (1)). Parece-nos, contudo, que a *ligação* entre as duas normas, bem vincada pela adversativa — *porém* — com que abre o art. 810.º, n.º 1, tornava dispensável a repetição do termo “antecipadamente”, já empregue na norma anterior (art. 809.º).

(67) Sobre o qual, por todos, Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações*, ed. policop., Coimbra, 1983, pp. 278, ss; para uma visão mais alargada do problema, mormente a respeito das várias doutrinas sobre o nexo de causalidade, cfr. Pereira Coelho, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, Coimbra, 1950, *passim*, esp. pp. 121, ss. Quanto ao problema da causa virtual, pode ver-se Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra, 1989, pp. 892, ss e, para maiores desenvolvimentos, Pereira Coelho, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra, 1955, *passim*.

(68) Os quais tanto podem ser danos emergentes como lucro cessante, patrimoniais e/ou morais (*rectius*, não patrimoniais): patrimoniais, note-se, porque susceptíveis de avaliação pecuniária, embora se fale também em danos patrimoniais com um

venindo a sua (futura) repetição, ou evitando, mesmo, a ocorrência de qualquer dano⁽⁶⁹⁾.

Apesar de a reintegração natural constituir, em princípio, a forma mais perfeita de indemnização, ela não é, como se sabe, a mais generalizada, pois nem sempre a mesma se afigura possível, suficiente ou razoavelmente adequada aos custos que implica. Quando tal acontece, a indemnização deve ser fixada em dinheiro (art. 566.º, n.º 1), sendo esta forma de ressarcimento — pecuniária ou por equivalente — a mais divulgada na prática, até pela natural aptidão do dinheiro para substituir, em regra, qualquer obrigação⁽⁷⁰⁾.

sentido diferente (onde cabem o dano emergente e o lucro cessante), por contraposição ao dano real (perda *in natura* que o lesado sofreu).

⁽⁶⁹⁾ Aspecto este por nós já antes sublinhado, no nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., pp. 87, ss; entretanto, no mesmo sentido veio pronunciar-se também CALVÃO DA SILVA (*Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 155-158). São exemplo de medidas de supressão do facto ilícito, entre outras (cfr. o nosso estudo, cit., p. 89, n.º (165)), as que são tomadas nos termos do n.º 2 do art. 70.º, visto que, entre as “providências adequadas às circunstâncias do caso”, de que fala esta norma, e que são independentes da responsabilidade civil a que haja lugar, podem caber: a apreensão de um folheto, a destruição de um negativo, a suspensão de obras, etc., ou seja, medidas que consistem em eliminar a causa ou fonte do dano (já a publicação da sentença de condenação do lesante, todavia, parece ser de enquadrar na reparação em forma específica). Também o n.º 4 do art. 40.º da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente), consagra essa distinção, ao prescrever que “os cidadãos directamente ameaçados ou lesados no seu direito a um ambiente de vida humana sadio e ecologicamente equilibrado podem pedir, nos termos gerais de direito, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização” (cfr. ainda o art. 42.º). Os conflitos gerados por relações de vizinhança poderão constituir, igualmente, terreno propício para a tomada de medidas de supressão do facto ilícito: cfr. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3.ª ed., Paris, 1982, pp. 329-330 (n.º 1024 a 1026). Também DESCHENAUX e TERCIER (*La responsabilité civile*, 2.ª ed., Berne, 1982, pp. 193-195) delimitam a acção de indemnização, quer em face de uma “action en prévention du trouble” (“die Unterlassungsklage”), quer perante a “action en cessation du trouble” (“die Beseitigungsklage”).

⁽⁷⁰⁾ O facto de a obrigação de indemnização ser fixada, a maioria das vezes, em dinheiro, poderá suscitar especiais dificuldades em épocas inflacionistas. Ela vem sendo apontada, no entanto, como *dívida de valor* — c, portanto, estará subtraída ao princípio nominalista. Cfr., sobre o ponto, que não cabe aqui desenvolver, os nossos *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., p. 90, n.º (166) e *Inflação e Direito Civil*, Coimbra, 1984 (separata dos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*), pp. 22, ss (n.º 10); BAPTISTA MACHADO, *Nominalismo e indexação*, in RDES, ano XXIV, 1977, pp. 49, ss; ALMEIDA COSTA, *Direito*

Para se calcular o *quantum respondeatur*, deve ter-se em conta a diferença entre a situação real e a situação hipotética *actual* do património do lesado, sendo decisivo, para este efeito, o último momento possível⁽⁷¹⁾, pois só se compensa o dano se o lesado receber uma soma com a qual, nas palavras de PEREIRA COELHO, “possa agora conseguir as mesmas utilidades que o facto constitutivo de responsabilidade lhe fez perder”⁽⁷²⁾.

O critério definido pela teoria da diferença⁽⁷³⁾ para o cálculo da indemnização em dinheiro, consagrado na lei (art. 566.º, n.º 2), pressupõe a inexistência de qualquer entendimento dos interessados sobre o montante da mesma e, por isso, a necessidade de ser o tribunal a proceder ao seu apuramento. Deixará, porém, de se recorrer ao referido critério, havendo acordo dos interessados sobre o *quantum respondeatur*. Assume especial importância, para este efeito, a convenção anterior à ocorrência do facto danoso⁽⁷⁴⁾.

Ora, de entre as modalidades que a liquidação antecipada e convencional do dano pode revestir⁽⁷⁵⁾, sobressai a cláusula penal,

das Obrigações, cit., pp. 501, ss; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, cit., anot. art. 806.º; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, cit., pp. 816, ss e 914; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. II, Porto, 1988, pp. 223, ss; MENEZES CORDEIRO, *Obrigações em moeda estrangeira e taxas de juros*, in Dir, anos 106.º-119.º (1974/1987), pp. 119, ss. Para maiores desenvolvimentos, é de referir, em especial: VAZ SERRA, *Obrigações pecuniárias*, separata do BMJ n.º 52, pp. 5, ss; MANUEL DE ANDRADE, *Obrigações pecuniárias*, in RLJ ano 77.º, pp. 17, ss; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile a cura di SCIALOJA e BRANCA*, Bologna/Roma, 1959, *passim*, esp. pp. 241, ss, 441, ss e 556, ss; PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie*, Paris, 1975, *passim*, esp. pp. 54, ss; BERND VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert (Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden)*, München, 1974, *passim*, esp. pp. 318, ss.

⁽⁷¹⁾ Ou seja, o momento do encerramento da discussão em 1.ª instância (art. 663.º, n.º I, do Código de Processo Civil), no caso de liquidação judicial.

⁽⁷²⁾ *O problema da causa virtual*, cit., p. 274.

⁽⁷³⁾ Sobre a qual, por todos, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 877, ss.

⁽⁷⁴⁾ As convenções sobre responsabilidade civil (*rectius*, sobre a indemnização) vêm sendo, por isso, normalmente apontadas como uma das excepções ou ressalvas ao critério definido pela teoria da diferença, ao lado de outras (sobre o ponto, pode ver-se o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão*, cit., pp. 91-98).

⁽⁷⁵⁾ Além da cláusula penal, objecto do presente trabalho, podem constituir formas de liquidação prévia do dano as declarações de valor e o sinal (cfr. DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, 3.ª ed., Milano, 1979, pp. 511, ss). Trata-se de uma espécie,

quando acordada a esse título. Por meio desta, previnem-se dificuldades e incertezas de vária ordem.

O credor fica dispensado de fazer a *prova* do dano⁽⁷⁶⁾ — da sua existência, extensão e montante —, com a vantagem de evitar, assim, um processo complexo e moroso, ao qual, além disso, é sempre inerente uma ineliminável margem de incerteza: quanto aos danos efectivamente sofridos (mormente na forma de lucro cessante), aos que podem considerar-se consequência adequada do facto ilícito, às eventuais vantagens a deduzir, à concretização prática do critério legal sobre o cálculo da indemnização (fundado num juízo de probabilidade), etc.

dentro de um género mais amplo — cláusulas de responsabilidade civil —, que engloba figuras destinadas não apenas a *fixar* a indemnização mas, igualmente, a afastá-la ou a limitar o seu montante máximo (cláusulas exoneratórias, no primeiro caso, e limitativas da responsabilidade, *rectius*, da indemnização, no segundo). Sobre o ponto, cfr. o nosso estudo, *cit.*, pp. 96-98.

(⁷⁶) A cláusula penal, com efeito, dispensa o credor de fazer a prova do dano sofrido, cabendo ao devedor, se pretender a redução equitativa da pena, com base no art. 812.º, provar a sua manifesta excessividade.

Questão diversa é a de saber se, não tendo o credor que provar quaisquer danos, ou o seu montante, poderá o devedor, contudo, provar, ele próprio, a *inexistência* dos mesmos, a fim de se libertar do pagamento da pena (e não apenas de obter a sua redução). Corresponde à configuração tradicional do instituto que a pena é devida independentemente da existência de um prejuízo efectivo, o que torna irrelevante, para efeitos da sua exigibilidade, a prova, pelo devedor, da inexistência de danos (cfr. por ex., DE CUPIS, *Il danno*, *cit.*, pp. 523, ss; VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, tomo II, trad. espanhola, Madrid, 1934, pp. 240-241; CARBONNIER, *Droit Civil. 4. Les Obligations*, *cit.*, p. 322; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol I, 2.ª ed., Madrid, 1986 [1.ª reimp.], p. 583; na doutrina portuguesa, cfr. por todos, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, *cit.*, pp. 442-443 e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 544). Trata-se, porém

convém desde já sublinhá-lo —, de um ponto em relação ao qual há que fazer uma distinção fundamental: se a pena for estipulada a fim de facilitar a indemnização, predeterminando o seu montante, a prova, pelo devedor, da inexistência de qualquer prejuízo efectivo, liberta-lo-á do pagamento daquela; mas se a pena for acordada a título sancionatório, então, sim, de nada valerá ao devedor (a não ser para efeitos de uma eventual redução) alegar e provar a falta de danos. Trata-se de uma questão que analisaremos com particular destaque, uma vez que constitui uma das razões essenciais por que deve diferenciar-se a cláusula penal em sentido estrito da mera liquidação antecipada do *quantum* indemnizatório: ver, *infra*, n.ºs 51, 53 e 54.

Estas dificuldades — inerentes, em si mesmas, repete-se, ao apuramento judicial da indemnização — podem agravar-se ainda, consideravelmente, em certos casos, mercê da espécie de dano a reparar e/ou do tipo de prestação infringida.

Quanto ao primeiro ponto, haja em vista as naturais dificuldades que uma avaliação dos danos não patrimoniais sempre origina. Além de que não falta quem entenda não serem os mesmos susceptíveis de reparação no quadro da responsabilidade contratual⁽⁷⁷⁾.

(⁷⁷) LARENZ, na ed. anterior do seu *Lehrbuch des Schuldrechts*, I (13.ª, München, 1982), cita, como exemplo, uma associação que promove uma festa, reservada aos seus membros e convidados, e que contrata, para o efeito, um artista famoso. Faltando este, ser-lhe-ia difícil provar os danos sofridos, pelo que a associação terá interesse em assegurar a participação do artista por meio de uma cláusula penal (*op. cit.*, p. 347).

Quanto aos danos não patrimoniais, é efectivamente controvertida a questão de saber se a reparação dos mesmos se deve circunscrever ao domínio da responsabilidade extracontratual (neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, *cit.*, p. 575 e vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 1980, p. 103 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA, Coimbra, 1987, anot. n.º 8 ao art. 496.º, p. 501), ou se a reparação cobre, igualmente, os danos não patrimoniais de natureza contratual. Neste último sentido, a opinião dominante: cfr., p. ex., ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 396; VAZ SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, in BMJ n.º 83 (pp. 69, ss), pp. 102-104 e na *Anotação*, entre outras, ao Acórdão do STJ de 4 de Junho de 1974, in RLJ ano 108.º, p. 222; GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 383-385; PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, 1975/76, pp. 576-578. Mais hesitante se mostra RUI DE ALARCÃO (*Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 210), afirmando que “a pretensão a uma compensação por danos morais só pode, em princípio, ser feita valer no terreno delitual” — o que permite supôr, assim, que, *excepcionalmente*, ela poderá ser feita valer no terreno contratual —, bem como RIBEIRO DE FARIA (*Direito das Obrigações*, vol. I, Porto, 1987, p. 493), o qual acha, por seu lado, “duvidoso” que o art. 496.º, pelo local em que está inserido, se aplique à responsabilidade contratual. Também na jurisprudência predomina a tese da reparação dos danos contratuais não patrimoniais: cfr., entre outros, os Acórdãos do STJ de 4 de Junho de 1974, in BMJ n.º 238, p. 204; de 18 de Novembro de 1975, in BMJ n.º 251, p. 148; de 2 de Dezembro de 1976, in BMJ n.º 262, p. 142; e de 30 de Janeiro de 1981, in BMJ n.º 303, p. 212.

As razões que levam ANTUNES VARELA a pronunciar-se pela “não ressarcibilidade dos danos morais sofridos pelo credor” são, em síntese, as seguintes: por um lado, o facto de a indemnização dos danos não patrimoniais se achar prescrita apenas na área da responsabilidade fundada em factos ilícitos (extensiva, no entanto, à

No segundo caso, temos em vista prestações sem carácter patrimonial, as quais, não impedindo que a obrigação se constitua vali-

responsabilidade pelo risco, por força do art. 499.º); por outro lado, a preocupação de não introduzir no capítulo da responsabilidade contratual “um factor de séria perturbação da *certeza e segurança* do comércio jurídico”, o que justificaria a inaplicabilidade dos arts. 494.º e 496.º nesta esfera da responsabilidade.

Quanto à razão *sistemática* invocada, contudo, poderá dizer-se que o art. 496.º se aplicará *analogicamente* à responsabilidade contratual (como defende VAZ SERRA, in RLJ ano 108.º, p. 222 e a jurisprudência, por ex., no citado Acórdão do STJ de 30 de Janeiro de 1981). E, se for de entender que não existe entre a responsabilidade por factos ilícitos e a responsabilidade *ex contractu* “analogia que justifique a extensão do campo de aplicação do artigo 496.º” (ANTUNES VARELA, *op. cit.*, I vol., p. 575, n. (3)), sempre poderá dizer-se que ao art. 496.º está subjacente um *princípio* de alcance geral, princípio esse, ou cuja *ratio*, não vemos razões, *a priori*, para não *estender* à responsabilidade contratual. Ultrapassar-se-á, deste modo, a dificuldade oposta pelo elemento sistemático, o qual, *por si só*, não parece constituir obstáculo decisivo à ressarcibilidade dos danos contratuais não patrimoniais, ainda que outra pudesse ter sido, eventualmente, a “*mens legislatoris*”.

Já nos impressiona mais, contudo, a preocupação de evitar os *perigos* da extensão da indemnização e da *insegurança* do comércio jurídico (razões de peso também no direito comparado, onde a questão é igualmente discutida e controversa — cfr., para uma rápida visão de conjunto, TONY WEIR, *Complex Liabilities*, in IECL, vol. XI, Cap. 12, Tübingen/The Hague/Paris, 1976, pp. 13-14). Já anteriormente nos pronunciámos quanto a este problema (cfr. o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão*, *cit.*, p. 84, n. (164)); como então referimos, parece justificar-se uma importante distinção:

a) Assim, em primeiro lugar, sendo os danos não patrimoniais, sem dúvida, menos frequentes e de menor intensidade no domínio da responsabilidade contratual, eles podem verificar-se, no entanto, em resultado da *violação ou ofensa a bens de natureza não patrimonial inseridos no quadro contratual*. Embora a ofensa a bens não patrimoniais possa gerar apenas danos patrimoniais, como acontece, p. ex., com a perda da clientela de um advogado, ou dos doentes de um médico, causada pela ofensa à sua reputação — bem não patrimonial cuja lesão afecta a “*parte social* do património moral” (MAZEAUD/CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, tome II, I.º vol., *Obligations: théorie générale*, 7.ª ed., Paris, 1985, p. 406, n.º 417) e provoca danos susceptíveis de ser avaliados em dinheiro —, essa ofensa pode causar também, contudo, danos não patrimoniais, como acontece, v. g., com o sentimento de dor causado pela morte de um ser amado ou, no exemplo de há pouco, com os vexames sofridos pelo advogado e pelo médico pela ofensa à sua honra ou reputação — em que se lesa a “*parte afectiva* do património moral” (MAZEAUD/CHABAS, *op. e loc. citis*) —, o mesmo sucedendo, ainda, designadamente, no caso de um dano *estético*, em que, para além das suas possíveis consequências patrimoniais, esse dano poderá

damente (art. 398.º, n.º 2), não deixam, ainda assim, de levantar

igualmente reflectir-se na vida social e afectiva do lesado (cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 23.ª ed., Padova, 1978, p. 222, n. (1)).

Ora, quando isso acontece, isto é, quando há ofensa a bens *não patrimoniais*, mas ela ocorre no cumprimento de um *contrato*, parece-nos fora de dúvida que o credor/lesado poderá ter direito à reparação por danos não patrimoniais. Estes danos provêm da violação ilícita de um direito de personalidade (a vida, a integridade física, a honra, a reputação, em suma, qualquer aspecto da integridade física ou moral — cfr. art. 70.º), que gera responsabilidade extracontratual; contudo, ocorrendo essa violação na execução de um contrato, os danos daí resultantes assumem natureza contratual, pois o “*genérico dever de neminem laedere* é absorvido, sempre que estão em causa comportamentos ligados ao fim contratual, nos quadros da responsabilidade *ex contractu*” (MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970, p. 341, em nota). Trata-se, numa palavra, dos conhecidos *deveres laterais*, de protecção e cuidado para com a pessoa da outra parte (cuja violação implicará cumprimento defeituoso), sendo os danos causados pela violação desses deveres indemnizáveis em sede de responsabilidade contratual, por se tratar de deveres imprescindíveis para uma cabal realização do fim contratual. Imagine-se um cirurgião que omite culposamente os especiais deveres de cuidado que lhe competem, causando, por isso, danos não patrimoniais ao doente (cfr. o Acórdão do STJ de 26 de Novembro de 1980, in BMJ n.º 301, pp. 404, ss). Será de admitir que a ressarcibilidade desses danos dependa do facto de o doente não estar ligado ao médico por um contrato? Ou será razoável exigir-se do doente o recurso à responsabilidade extracontratual para obter a reparação dos danos morais, forçando-o, assim, a prescindir da tutela contratual, em princípio mais favorável? E, neste caso — além de se pressupor que o credor possa *optar* pela via delitual —, será justificável criar-se-lhe esse *onus*?

Parece-nos, em conclusão, que, nestes casos — e outros se poderiam apontar, no âmbito, por ex., do contrato de transporte, do contrato de trabalho, etc. —, estando em causa uma ofensa ilícita a direitos de personalidade, a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais é indiscutível, por se tratar de um facto ilícito extracontratual (violação de direitos absolutos). Ora, o facto de essa violação se verificar no cumprimento de um contrato — assumindo, assim, esses deveres também natureza contratual — não deve impedir a ressarcibilidade dos danos morais, nem deve obrigar o credor/lesado a socorrer-se da tutela extracontratual. À reparação destes danos *contratuais* não patrimoniais não constitui obstáculo o elemento sistemático, nem o argumento dos perigos da extensão da obrigação de indemnização por danos morais, visto que estes danos já seriam reparáveis em sede aquiliana, justificando-se, no entanto, a tutela contratual, por se tratar da violação de deveres laterais compreendidos na “*relação obrigacional complexa*”.

b) E fora destes casos? Justificar-se-á a reparação dos danos não patrimoniais sofridos pelo credor pela falta de cumprimento do contrato? Num ponto parece

especiais dificuldades, no que concerne à determinação do prejuízo que o seu inadimplemento acarreta⁽⁷⁸⁾.

dever assentar-se: não será a simples violação do contrato, “tout court”, que, de *per si*, justifica a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. No entanto, cremos que não é de excluir, *in limine*, a indemnização por danos morais, quando a natureza da prestação — que não necessita sequer de ter valor pecuniário (art. 398.º, n.º 2) — contende essencialmente com valores de ordem não patrimonial. Recorde-se o exemplo de escola da falta de entrega do vestido de noiva no dia do casamento; o não cumprimento de uma obrigação desta natureza é susceptível de gerar apenas danos não patrimoniais, os quais bem podem justificar a correspondente reparação, apesar de se tratar de responsabilidade contratual. Não se poderá, parece-nos, recear pela insegurança do comércio jurídico, pois a especial natureza da prestação — que até pode ter sido levada em conta na fixação de um preço mais elevado — faz com que o devedor deva ter em atenção os valores de natureza não patrimonial coenvolvidos no contrato. Assim, não sendo a falta de cumprimento do contrato que, *por si só*, justifica a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, essa reparação justificar-se-á, todavia, parece-nos, quando a especial natureza da prestação o exija, ou quando as circunstâncias que acompanharam a violação do contrato hajam contribuído decisivamente para uma grave lesão de bens ou valores não patrimoniais (de que são exemplo, entre outras, as situações visadas nos já citados Acs. do STJ de 4 de Junho de 1974 e de 30 de Janeiro de 1981).

Para concluir, cremos poder afirmar que, decisivo, para efeitos da correspondente ressarcibilidade, não será o facto de os danos não patrimoniais assumirem (ou não) natureza extracontratual, antes a gravidade destes danos (nos termos do art. 496.º, n.º 1), a qual bem poderá justificar a tutela — contratual ou extracontratual — do direito. Um critério assente na apreciação da gravidade dos danos não patrimoniais será, assim, o travão mais indicado para se combater, num e noutro caso, o perigo da extensão da obrigação de indemnização e para atenuar o inconveniente da perturbação do comércio jurídico.

(*) Daí, justamente, a importância da cláusula penal, também por estas razões: por um lado, as partes, na fixação do seu montante, podem tomar em consideração aspectos de ordem moral, eventualmente coenvolvidos, cujo quantitativo, em caso de violação do contrato, seria sempre difícil de apurar, ultrapassando-se assim, do mesmo modo, o problema da compensação dos danos não patrimoniais por violação do contrato (cfr. nota anterior; no mesmo sentido, ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in RDCom 1987, I [pp. 77, ss], pp. 87 e 91), por outro lado, apesar de a prestação não necessitar de ter valor pecuniário, nos termos do art. 398.º, n.º 2 (sobre o problema da patrimonialidade da prestação, cfr., por ex., RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 52, ss e ANTUNES VARELA, *op. cit.* vol. I, pp. 101, ss), existindo cláusula penal, todavia, superam-se as naturais dificuldades de avaliar o dano causado pelo incumprimento de uma prestação que, em si mesma, não possui carácter patrimonial. Não falta mesmo quem veja na estipulação de uma cláusula penal um importante índice para, em caso de dúvida, se

Por último — “the last but not the least” —, a cláusula penal evita o próprio custo de ter de se recorrer a tribunal, com os inevitáveis incómodos e demoras que, em regra, um processo judicial para apuramento da indemnização arrastaria. E, apesar de ela não impedir, de modo absoluto ou definitivo, uma apreciação judicial do problema⁽⁷⁹⁾, isso não contende com a importante vantagem de a pena substituir, em princípio, nos termos previamente acordados, a indemnização que seria devida, superando-se os problemas inerentes ao cálculo da mesma.

Assim, além de se ficarem a conhecer, de antemão, as consequências da falta de cumprimento (“lato sensu”), subtraem-se ambas as partes às incertezas, custos e delongas de uma discussão judicial sobre o montante do dano, e previnem-se contra valores inesperados, ao mesmo tempo que, por seu intermédio, o credor ladeia as dificuldades inerentes ao exercício do ónus da prova. Nisto consiste, numa palavra, a chamada função indemnizatória da cláusula penal, cuja verificação, em concreto, dependerá de as partes a haverem estipulado a tal título, ou seja, a fim de liquidarem antecipadamente o montante do dano⁽⁸⁰⁾.

concluir pela existência de um vínculo jurídico obrigatório (cfr. RESCIGNO, na *Apresentação* à obra de MARINI, *La clausola penale*, cit., p. XI), embora nos pareça que tal afirmação merece algumas reservas (*infra*, sobre a pena independente ou imprópria, n.º 6.2); ou até quem entenda que, na falta de uma medida coercitiva privada, como a cláusula penal, se deveria concluir pela inexistência de uma vontade juridicamente eficaz, sempre que a prestação acordada fosse de natureza a excluir, em caso de inadimplemento, um dano económico, pois faltaria o elemento coercitivo inerente à obrigação jurídica (cfr. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in RDC 1968, I, pp. 197, ss, p. 255) — trata-se, porém, de uma manifestação da doutrina tradicional sobre a patrimonialidade da prestação, de que o legislador português (art. 398.º, n.º 2) se afastou, ao contrário do italiano (art. 1174 do *Codice*), que exige que a prestação deve ser susceptível de avaliação económica.

(79) A fim de se apurar, por ex., em caso de litígio, quer a causa do inadimplemento, visto que a pena só será devida se o não cumprimento da obrigação for imputável ao devedor (sobre o ponto, *infra*, cap. III, secção I, n.º 58; e, já antes, a propósito da cláusula de garantia, neste cap., secção II, subsecção V), quer a sua manifesta excessividade, caso o devedor, instado a pagar, solicite ao tribunal a sua redução por equidade, conforme dispõe o art. 812.º (cfr., *infra*, cap. III, secção II, n.º 65).

(80) Para a doutrina dominante (entre nós, designadamente), a função indemnizatória é uma constante da cláusula penal, ao invés do que sucede com a função coercitiva, remetida a um plano meramente eventual. Sobre o ponto, *infra*, cap. II, esp. n.ºs 36, 49, 50 e 51, ss.

4.2. Função coercitiva ou compulsória

Há, porém, um outro aspecto a considerar, até agora omitido, que se prende com a função compulsória da cláusula penal.

A indemnização, pese embora a sua importância, no quadro das medidas de reacção contra a prática de um facto ilícito danoso, poderá não constituir, muitas vezes, a melhor forma de tutela do credor. Visa, como se sabe, a reparação do prejuízo sofrido, seja em espécie ou por equivalente. Trata-se, porém, de um sucedâneo e último recurso (*un pis aller*)⁽⁸¹⁾, na impossibilidade de o credor obter exactamente aquilo que pretendia e o levou a contratar: o cumprimento.

No domínio contratual, não se dispendo o devedor a cumprir *sponte sua*, o credor pode forçá-lo a isso, se necessário *manu militari*. Na esfera extracontratual, todavia, já a situação é diferente. Aqui, antes da ocorrência do dano, não existe uma obrigação em sentido técnico, que possa executar-se. O crédito surge *após* a verificação do dano, ao contrário do que sucede no domínio contratual, em que o crédito surgirá, via de regra, com a celebração do contrato⁽⁸²⁾. E é a violação do *dever de prestar* que desencadeia o *dever de indemnizar*, dever secundário, *sucedâneo* daquele dever principal de prestação⁽⁸³⁾.

Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, o credor tem o direito, nos termos da lei (art. 817.º), de exigir judicialmente o seu cumprimento. Recorre, para o efeito, à acção creditória, no desenvolvimento da qual poderá obter a *prestação a que tem direito*⁽⁸⁴⁾: trata-se, como se sabe, da *execução específica*, meio que permite ao

⁽⁸¹⁾ *Sic*: HENRI DE PAGE, *Les Obligations*, cit., p. 121; cfr. também WEILL/TERRÉ, *Droit Civil. Les Obligations*, 3.ª ed., Paris, 1980, p. 918.

⁽⁸²⁾ Cfr. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, p. 8.

⁽⁸³⁾ O que não significa, todavia, que não possa haver uma identidade normativa entre o direito de crédito e o direito à indemnização subsequente à sua violação (por todos, cfr. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., pp. 426, ss; em sentido contrário, por todos, cfr. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, vol. 1, Lisboa, 1944, pp. 352, ss), apesar de não poder afirmar-se uma identidade substancial e material do (primário) dever de prestar e do dever de indemnizar (CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 146, ss).

⁽⁸⁴⁾ Cfr. MOTA PINTO, *Direito das Obrigações*, ed. policop., Coimbra, 1973, pp. 124, ss.

credor alcançar o mesmo resultado prático, a mesma utilidade que o cumprimento voluntário lhe teria proporcionado.

Não se trata, portanto, de uma medida destinada a facultar ao credor uma indemnização em espécie⁽⁸⁵⁾: na verdade, enquanto esta última se destina a *reparar um dano*, com vista à *restituição natural*, a execução específica permite que o credor obtenha o *próprio objecto da prestação*⁽⁸⁶⁾, ou o *próprio resultado da prestação*⁽⁸⁷⁾. Note-se, por outro lado, que não é de excluir a hipótese de o incumprimento não desencadear responsabilidade e, conseqüentemente, não dar lugar à obrigação de indemnização, em espécie ou por equivalente, como sucede se não tiver havido danos. Mas a execução de uma obrigação contratual é susceptível de ser exigida judicialmente, independentemente de um eventual inadimplemento definitivo vir ou não a causar danos ao credor.

Conclui-se do exposto que, antes de recorrer à indemnização, pode o credor socorrer-se da execução específica, através da qual obtém a realização do próprio direito e não a mera reparação do dano⁽⁸⁸⁾. Esta, como dissemos, é um último recurso e um sucedâneo da prestação originária, que substitui. A execução específica, deste modo, revela-se uma tutela mais adequada e eficaz, satisfazendo melhor os interesses do credor, na medida em que o processo executivo actua e garante o próprio *cumprimento*⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. também ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 848 e PEREIRA COELHO, *O nexo de causalidade*, cit., p. 102.

⁽⁸⁶⁾ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, p. 181; DE CUPIS, *op. cit.*, p. 314; F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, 1964, p. 99.

⁽⁸⁷⁾ VAZ SERRA, *Realização coactiva da prestação (Execução. Regime civil)*, in BMJ n.º 73 (pp. 31, ss), p. 345; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, 1972 (reedição), p. 420; *Idem*, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 405, ss; CUNHA DE SÁ, *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*, sep. da RDES, Coimbra, 1973, pp. 162, ss; CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 153, ss; e o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão*, cit., pp. 84 e 190, ss.

⁽⁸⁸⁾ O que não obsta, evidentemente, que à execução específica acresça, sendo caso disso, uma indemnização por danos moratórios. Sobre o ponto, pode ainda ver-se BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 3.ª ed., vol. II, Torino, 1951, pp. 70-71.

⁽⁸⁹⁾ Afirma, por isso, DIEZ-PICAZO (*op. cit.*, p. 745), que "a primeira e mais lógica medida de reacção é a que se dirige a obter o cumprimento omitido, e a obtê-lo em forma específica, quer dizer, na mesma forma em que devia ter sido, e

Apesar disso, a execução específica não constitui uma panaceia capaz de resolver todos os problemas. O cumprimento, por via coactiva, só é possível em face de situações de simples mora; não já, porém, em caso de incumprimento definitivo, ou por impossibilidade superveniente da prestação, ou pelo desaparecimento do interesse do credor no cumprimento retardado.

Por outro lado, há um importante leque de obrigações — aquelas em que a prestação é infungível — em que a execução específica poderia atentar contra direitos fundamentais, cujo respeito impede que se exerçam medidas coactivas sobre a pessoa do devedor, em ordem a salvaguardar a liberdade e a dignidade do homem: *nemo potest praecise cogi ad factum*⁽⁹⁰⁾.

Finalmente, a execução específica, actuada através do processo executivo, não isenta o credor de vários custos, ónus e incómodos.

Para obstar a alguns destes inconvenientes — ou seja, àqueles que, inviabilizando a execução específica, colocariam a indemnização como alternativa possível⁽⁹¹⁾, meio sucedâneo e residual, porém, que não constitui a melhor forma de tutela do credor —, desenvolveram-se, em vários sistemas jurídicos, *meios de constrangimento indirecto*,

não foi, realizado pelo credor” (sublinhado nosso); no mesmo sentido, cfr. ainda LARROUMET, *Droit Civil*, vol. III, *Les Obligations*, première partie, Paris, 1986, pp. 541, ss. Note-se que ao primado da execução específica, no sistema romanista (e, igualmente, no sistema socialista, atenta a importância capital de que se reveste o cumprimento rigoroso do plano — por todos, cfr. IONASCO, *Les contrats économiques dans les pays socialistes*, in RIDC, 1968 [pp. 531, ss], p. 537), se contrapõe, na família do “common law”, o primado da execução por equivalente, só a título excepcional se admitindo a *specific performance* (sobre o ponto, *infra*, cap. II, secção II, n.º 49.1; mas cfr., desde já, ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, 3.ª ed., Oxford, 1981, pp. 323, ss).

⁽⁹⁰⁾ Sobre o alcance deste princípio, cfr., especialmente: GENICON, *De la règle nemo praecise potest cogi ad factum*, Bordeaux, 1910, *passim*; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, pp. 54, ss.

⁽⁹¹⁾ Possível, mas não única, pois também o direito de resolução é uma das medidas a que o credor pode recorrer, como se sabe, acompanhado ou não da indemnização pelo interesse negativo (art. 801.º, n.º 2). Para uma extensa visão de conjunto, cfr. o tomo XVII (1964) dos *Travaux de L'Association Henri Capitant*, Paris, 1968, integralmente dedicado a *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, *passim*, esp. pp. 7-138 (no que concerne, especificamente, aos direitos civil e comercial).

com destaque, nesta sede, para a *astreinte* francesa e, actualmente, na sua esteira, para a sanção pecuniária compulsória, consagrada, entre nós, no art. 829.º-A.

Trata-se de uma medida intimidativa, de pressão sobre o devedor, em ordem a provocar o cumprimento da obrigação, assegurando-se, ao mesmo tempo, o respeito e o acatamento das decisões judiciais e reforçando-se, assim, o prestígio da justiça. Não constitui um meio de execução, apenas uma forma indirecta de coerção sobre o devedor, acreditando-se que a ameaça de uma quantia suplementar — que *acrescerá* à indemnização — facilitará o cumprimento, pela função *dissuasora* que, em regra, exercerá⁽⁹²⁾.

Surge, pois, como medida *compulsória*, de coerção ao cumprimento, num campo em que a alternativa mais generalizada à execução específica — a execução por equivalente, ou seja, a indemnização — redundará, frequentes vezes, em detrimento do credor. Limita-se ao domínio das prestações de facto infungível (art. 829.º-A, n.º 1), procurando vencer a resistência do devedor relapso, sendo certo, todavia, que nem sempre tal objectivo será conseguido: como reza o provérbio inglês, *one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink!*⁽⁹³⁾.

Mas este tipo de medidas compulsórias, apesar da sua comprovada eficácia (mormente em França, onde a “astreinte” beneficia já de uma longa tradição), tem um raio de acção limitado e deixa persistir alguns inconvenientes.

Assim, além de não se dispensar o recurso a tribunal — quer para ser decretada a sanção compulsória, quer, de novo, a fim de ser executado o respectivo direito de crédito, se o devedor não tiver acatado a condenação ao cumprimento —, só é viável o estabelecimento da sanção compulsória se ela puder ter efeito útil, que o mesmo é dizer, só enquanto a possibilidade de cumprimento se mantiver.

Tais inconvenientes podem ser consideravelmente atenuados, porém, através de medidas *compulsórias* preventivas, de natureza *privada*, estipuladas logo que se contrata (ou posteriormente, mas antes de infringida a obrigação) e que não resultam de qualquer

⁽⁹²⁾ Sobre o ponto, *infra*, secção II, subsecção I.

⁽⁹³⁾ A que já anteriormente fizemos referência: cfr. o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão*, cit., p. 207.

imposição exterior, antes se fundam no próprio *acordo* das partes: obedece a estes requisitos a cláusula penal⁽⁹⁴⁾.

Concluído este percurso, dele sobressaem algumas notas, que importará reter: antes de tudo, convém sublinhar a insuficiência da indemnização, no quadro das medidas de tutela do credor, e, bem assim, a importância que a execução específica assume, enquanto lhe permite obter aquilo a que tem direito, ainda que por via coactiva; a impossibilidade, em certos casos, de actuação deste meio, aliada aos custos que ele implica, faz emergir a sanção pecuniária compulsória, destinada a pressionar o devedor ao cumprimento; mostrámos, porém, que também esta deixa persistir alguns inconvenientes e insuficiências. O sentido de todo este percurso teve, assim, uma finalidade, de resto, já antes evidenciada: *assegurar o cumprimento* deve constituir a *prioridade* fundamental dos meios de tutela, pois é ele que melhor conduzirá à satisfação do interesse do credor, não representando este, afinal, mais do que o próprio escopo da obrigação. Daí a importância que revestem tanto a execução específica como o estabelecimento de medidas coercitivas ou compulsórias.

É neste contexto que a cláusula penal emerge como importante medida coercitiva de natureza privada, reforçando o cumprimento e

⁽⁹⁴⁾ Por outro lado, nas palavras de DUBISCHAR, a via que, por meio da cláusula penal, exorta o devedor ao cumprimento rigoroso do contrato, “é mais simples, mais barata e mais rápida do que o processo executivo” (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Reihe Alternativkommentare*, Band 2, *Allgemeines Schuldrecht*, Luchterhand, 1980, p. 443). No mesmo sentido, LINDACHER, que acrescenta constituir a cláusula penal um caminho “mais eficiente” do que o processo executivo (*Phänomenologie der “Vertragsstrafe”*, cit., p. 70).

Além desta, outras formas de coerção privada poderão apontar-se, seja de sentido *ofensivo* (como o sinal e a cláusula resolutiva expressa, aqui se incluindo também a cláusula penal), seja de índole *defensiva* (de que constituem exemplos o direito de retenção e a “*exceptio non adimpleti contractus*”): neste sentido, GERBAY, *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, tese dact., Dijon, 1979, pp. 41, ss e 203, ss e CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 227, ss. Também BAPTISTA MACHADO refere a cláusula penal como possível medida compulsiva, de tipo privado, no quadro dos meios de tutela jurídica preventiva: *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, p. 127. ANTUNES VARELA (*Direito das Obrigações*, vol. 2, Rio de Janeiro, cit., p. 170) e FERRER CORREIA / RUI DE ALARCÃO (*Acerca da taxa-limite do montante da cláusula penal fixada pelo Dec. 21.730*, in RDES, ano IX, 1956 [pp. 167, ss], p. 176, n. (18a)) conferem também especial relevo à função coercitiva da cláusula penal.

tutelando a confiança das partes. Ao mesmo tempo que zela pela satisfação do interesse do credor, esta relevante medida de autotutela contribui para o próprio fortalecimento do mecanismo contratual. É a própria *confiança* gerada pelo contrato (*die Vertragstreue*) que a cláusula penal visa, assim, tutelar⁽⁹⁵⁾.

Evidentemente que a função compulsória, para que esta figura está especialmente vocacionada, dependerá, na circunstância concreta, de uma opção dos contraentes. Estes poderão recorrer efectivamente à cláusula penal a fim de pressionar o devedor ao cumprimento; nada impede, todavia, que o escopo das partes se circunscreva a uma liquidação prévia do dano, sem especiais intuitos compulsórios. Em ambos os casos, infringida a obrigação, a pena terá por efeito substituir a indemnização que, sem ela, seria devida. Daí a tradicional *dupla função* atribuída à cláusula penal, concebida esta segundo um modelo *unitário* e em conformidade com a doutrina da *natureza mista*⁽⁹⁶⁾: a função compulsória será exercida através do *quantum* indemnizatório antecipadamente fixado, pelo que a pena será sempre uma indemnização predeterminada. A nosso ver, porém, a cada uma destas funções deve corresponder espécie diferente de cláusula penal, cujo tratamento não é inteiramente coincidente⁽⁹⁷⁾.

4.3. Função punitiva da cláusula penal?

Discutida é, actualmente, a questão de saber se a cláusula penal é meio juridicamente idóneo para enfrentar certo tipo de problemas, que o fornecimento massificado de bens propicia, designadamente em supermercados de grande dimensão e em outros estabelecimentos

⁽⁹⁵⁾ A expressão é de BÖTTICHER, *Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, cit., p. 6.

⁽⁹⁶⁾ Trata-se, como temos dito, de uma questão que vai ser objecto de particular análise: *infra*, cap. II, sobre problemas de construção.

⁽⁹⁷⁾ Como veremos, pode considerar-se que o tradicional modelo unitário está hoje em crise, com a distinção, em vários direitos, entre a cláusula penal propriamente dita, em que a função compulsória é indispensável, e a cláusula de fixação antecipada da indemnização, cujo objectivo é a mera liquidação prévia do dano. Ainda assim, contudo, se continua a atribuir à primeira uma dupla função, tese esta que está a merecer, igualmente, porém, uma crescente e forte objecção: cfr. *infra*, n.º 49 e 50.

de “self-service”, onde, com frequência, se verificam inúmeros furtos (*Warenhausdiebstahle*).

Para os combater, recorrem esses estabelecimentos a medidas preventivas de vária ordem, que incluem o emprego de meios cada vez mais sofisticados e dispendiosos, medidas essas que acarretam, por conseguinte, custos elevados. Daí que sejam afixados avisos, dispersos pelo estabelecimento, segundo os quais os autores do furto, que forem descobertos, terão de pagar somas avultadas, que excedem largamente, em regra, o valor do bem furtado. Pretende-se, desta forma, custear as despesas que os referidos meios de detecção envolvem e, sobretudo, prevenir outras tentativas do género, punindo os infractores.

Não parece, contudo, que a cláusula penal possa legitimar este procedimento. Por um lado, ela é um instituto de direito privado, destina-se a assegurar o respeito de prestações de natureza privada. E embora a cláusula penal possa ser igualmente estipulada para reforçar o cumprimento de obrigações que estão também sob a alçada do direito penal, torna-se indispensável, para o efeito, e em qualquer dos casos, a existência de um acordo.

Ora, não parece adequado, nem sequer pela via de um “comportamento social típico”, ver na atitude de uma pessoa que entra num desses estabelecimentos (ainda que, eventualmente, aí compre algo) uma aceitação, implícita, de uma pena, ou seja, o indispensável elemento que integraria o acordo, e que legitimaria, portanto, a sua qualificação como cláusula penal⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁸⁾ Esta interessante questão, de “grande actualidade” na doutrina germânica (STAUDINGER/KADUK, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., vor § 339, n.º 89a, p. 189), foi objecto de particular análise por CANARIS, que pretende enquadrar as referidas medidas na *Vertragsstrafe* e na *Schadensersatzpauschalierung* (quanto a esta última, porém, além do que se disse em texto, note-se que as somas com que são “punidos” os autores do furto excedem largamente o valor do respectivo bem, o que obsta à sua qualificação como “cláusula de liquidação” ou de “indemnização global”, embora se pudesse contrapor que elas se destinam a cobrir também as despesas com os sofisticados e dispendiosos meios de detecção), o que, deste modo, legitimaria a atitude dos mencionados estabelecimentos: cfr. CANARIS, *Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls*, in NJW 1974, pp. 521, ss, esp. 526, s. A doutrina alemã dominante, porém, tem-se pronunciado contra esta via, fundamentalmente com base nos argumentos expostos em texto: cfr., por ex., SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., vor § 339, n.º 43 e 44, p. 1511; SÖLLNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,

4.4. Função disciplinar?

Igualmente discutida é a questão de saber se poderão qualificar-se como cláusulas penais as sanções estabelecidas nos estatutos de uma associação contra o associado que infrinja deveres associativos. Problema idêntico se põe a respeito das sanções previstas no regulamento interno de empresa contra o trabalhador que não observe o comportamento aí prescrito.

Parece-nos, como teremos ocasião de analisar, que se tratará, em ambos os casos, de sanções disciplinares, razão por que as mesmas se devem distinguir da cláusula penal⁽⁹⁹⁾.

5. Estrutura

Desenhados, assim, em termos gerais, os problemas que a cláusula penal pode, em grande medida, ajudar a resolver — e, daí, a importância de que ela se reveste —⁽¹⁰⁰⁾, passamos a analisar agora a sua estrutura.

Band 2, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 2.ª ed., München, 1985, vor § 339, n.º 17, p. 1077; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, 1, cit., p. 237, n. (52); por todos, quanto ao estado da questão, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., pp. 385-387. Sobre o ponto, de novo, *infra*, n.º 5.3.

A doutrina do “comportamento social típico”, a que CANARIS recorre (*op. cit.*, p. 528) para justificar a formação do acordo que legitimaria a imposição da pena (convencional, por isso), enquadra-se numa outra, de âmbito mais vasto: a doutrina das *relações contratuais de facto*, que surgiu na Alemanha, mercê da obra de HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941. Sobre a mesma, na doutrina portuguesa, cfr. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., pp. 256, ss, n. (3); RUI DE ALARCÃO, *A confirmação dos negócios anuláveis*, cit., p. 82, n. (111); ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, 1, cit., pp. 226, ss; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 160, ss; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, vol. I, Coimbra, 1984, pp. 555, ss e 641, ss; sobre o ponto, ver ainda o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão*, cit., p. 51, n. (86). Note-se, entretanto, que LARENZ acaba de abandonar, na sua última posição sobre o problema, a doutrina do “comportamento social típico”: cfr., do autor, o seu recente *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., München, 1989, pp. 534-536; cfr. ainda a recensão a esta obra, por PAWLOWSKI, in NJW 1989, p. 1981.

⁽⁹⁹⁾ Esta questão será objecto de tratamento autónomo, no âmbito da delimitação da cláusula penal perante outras figuras: cfr., *infra*, secção II, subsecção II.

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre o ponto, de novo, *infra*, n.º 37.

Como o seu nome o indica, trata-se de uma estipulação negocial em que qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga antecipadamente, perante a outra, a efectuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (*maxime*, em tempo), de determinada obrigação. Deve o seu nome à *stipulatio poenae* do direito romano⁽¹⁰¹⁾.

Em regra, a cláusula penal é estipulada no próprio momento em que se celebra o contrato. Mas nada obsta a que a mesma só seja acordada posteriormente, desde que antes de violada a obrigação a que se reporta, melhor, desde que o estabelecimento da pena preceda a ocorrência do facto (mora, não cumprimento) que ela pretende sancionar: trata-se, de qualquer modo, de uma convenção antecipada⁽¹⁰²⁾.

Neste último caso, a cláusula penal será estipulada através de instrumento próprio, formalmente separado do contrato, sem que isso prejudique, todavia, a sua ligação e dependência da obrigação a que se reporta⁽¹⁰³⁾.

Por outro lado, a sua designação sugere tratar-se de elemento acessório de um contrato, como sucede, de facto, na generalidade dos casos. Pode, contudo, reportar-se a uma obrigação de outra proveniência, designadamente de fonte legal⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰¹⁾ De que falaremos mais à frente: cap. II, secção I, n.º 42.

⁽¹⁰²⁾ Cfr., por ex., MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO, *Fixação contratual dos direitos do credor*, in MOTA PINTO, *Direito Civil*, ed. policop., Coimbra, 1980 (pp. 157, ss), p. 204. Com este sentido deve compreender-se o disposto no art. 916 do Código Civil brasileiro: "A cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior".

⁽¹⁰³⁾ Essa ligação e dependência exprimem uma característica muito importante, que trataremos dentro em pouco (*infra*, n.º 6): a *accessoriedade*.

⁽¹⁰⁴⁾ É largamente maioritária a doutrina que aceita poderem os interessados, através de convenção prévia, sancionar, com a ameaça de uma pena, o dever de respeito de uma obrigação de fonte legal. Neste sentido, por ex., quanto ao direito alemão: BÖTTICHER, *op. cit.*, p. 6; STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, vor § 339, n.º 20 a), p. 174; *Münchener Kommentar/SÖLLNER, cit.*, § 339, n.º 7, p. 1080; PALANDT/HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 47.ª ed., München, 1988, vor § 339, n.º I, b), p. 409. Quanto ao direito italiano, cfr., por ex., TRIMARCHI, *La clausola penale, cit.*, pp. 32-33 e 42-43; MAGAZZÙ, *op. cit.*, p. 190; DE CUPIS, *op. cit.*, p. 520; em sentido contrário, porém, MARINI, *op. cit.*, pp. 71-73. No direito suíço, ver, por ex., VON TUHR, *op. cit.*, p. 236. No direito francês, todavia, predomina, na jurisprudência, a tese da nulidade da cláusula penal e de outras convenções sobre responsabilidade

A obrigação, cujo respeito pretende assegurar-se com o estabelecimento de uma pena, toma o nome de obrigação principal, podendo consistir tanto numa acção como numa omissão, sendo particularmente significativa, neste último caso, a cláusula penal respeitante a obrigações de não concorrência.

A cláusula penal, via de regra, resulta de um acordo entre os sujeitos da obrigação principal e tem por objecto, como referimos, o estabelecimento de uma pena, que o devedor promete satisfazer, em certas condições. Vejamos melhor cada um destes pontos, analisando-os separadamente.

5.1. Sujeitos

A cláusula penal, conforme se disse, pressupõe a existência de uma obrigação, havendo identidade entre os sujeitos de ambas.

Na verdade, não pode conceber-se uma cláusula penal que não seja subscrita pelo devedor da obrigação que pretende assegurar-se.

extracontratual (exoneratórias e limitativas), com o argumento — que julgamos infundado — de que esta é de ordem pública; mas a doutrina francesa mais qualificada tem-se mostrado contrária à posição assumida pela jurisprudência: cfr., por ex., GHESTIN/VINEY, *op. cit.*, pp. 297-299 e 323; MAZEAUD/CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome III, vol. 2.º, 6.ª ed., Paris, 1983, pp. 102-104 e 181.

Já antes tivemos oportunidade de rebater os argumentos que costumam erguer-se contra a validade das convenções sobre responsabilidade extracontratual (cfr. o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão, cit.*, pp. 387, ss), assentes, basicamente, em duas ordens de razões: por um lado, dificuldades práticas em concebê-las, atenta a natureza desta forma de responsabilidade; por outro lado, o seu carácter de ordem pública, que impediria a autonomia privada de intervir neste domínio. Quanto ao primeiro ponto, contudo, note-se que a pessoa que receia vir a ser vítima de qualquer lesão poderá estar em condições de determinar os seus presumíveis autores, dada, sobretudo, a relação de proximidade ou de vizinhança entre si; quanto ao argumento da ordem pública, ele não poderá afirmar-se de plano, tudo dependendo, fundamentalmente, da natureza do bem em causa, susceptível de lesão. Convenções deste tipo podem, aliás, constituir importante factor de regulamentação pacífica de problemas emergentes das relações de vizinhança. Acresce, pelo que concerne especificamente à cláusula penal, que esta, dada a sua vocação tipicamente compulsória, reforça a tutela dos direitos *ex lege*. Também VAZ SERRA (*Pena convencional, separata do BMJ n.º 67, p. 7*) refere expressamente que a obrigação principal pode ser contratual ou de outra natureza.

Por outro lado, a promessa deve ser feita ao credor dessa obrigação.

Quanto ao primeiro ponto, não estaríamos em face de uma cláusula penal se não houvesse coincidência entre os sujeitos do lado passivo, antes perante uma garantia, pela qual alguém se comprometeria a satisfazer obrigação alheia⁽¹⁰⁵⁾.

Seria, igualmente, de rejeitar a qualificação de cláusula penal a um acordo mediante o qual o devedor da obrigação principal promettesse a terceiro satisfazer-lhe determinada prestação, em caso de não cumprimento daquela⁽¹⁰⁶⁾.

Numa palavra, a promessa tem de ser feita ao credor da obrigação principal, e pelo devedor desta, não podendo dirigir-se a — ou ser feita por — terceiro.

O que acaba de dizer-se não prejudica, todavia, que a pena, a que a cláusula penal dá vida, possa consistir numa prestação a terceiro: neste caso, o destinatário da prestação será terceiro, mas o compromisso é assumido perante o credor⁽¹⁰⁷⁾.

Saber se o terceiro adquire o direito de exigir o cumprimento da pena, ou se o mesmo deve considerar-se reservado ao credor, será, fundamentalmente, um problema de interpretação da respectiva cláusula⁽¹⁰⁸⁾. Mas se aquele, por via de um contrato a favor de terceiro,

⁽¹⁰⁵⁾ Figure-se o seguinte exemplo: *A* e *B* celebram determinado contrato; entretanto, *C* acorda com *B* satisfazer a este determinada prestação, no caso de *A* não cumprir aquilo a que se obrigara perante *B*. A falta de identidade entre os sujeitos do lado passivo impede a qualificação do acordo entre *B* e *C* como cláusula penal. Neste sentido, por ex., SECRETAN, *Étude sur la clause pénale en droit suisse*, Lausanne, 1917, p. 74; STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, vor § 339, n.º 4, p. 171; ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. I do *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, trad. esp., Barcelona, 1954, p. 187 e n.º(1); VAZ SERRA, *Pena convencional*, cit., p. 5 e n.º (1).

⁽¹⁰⁶⁾ Além dos autores referidos na nota anterior, cfr. ainda ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, vol. 2, cit., Rio de Janeiro, p. 169 e n.º (77).

⁽¹⁰⁷⁾ Por exemplo, *A* e *B* celebram determinado contrato, nele inserindo uma cláusula penal em que se estipula que, no caso de *B* não cumprir a sua obrigação, pagará determinada importância a *C* (que pode ser uma instituição de caridade). A promessa é feita a *A*, credor da obrigação principal, embora o beneficiário da pena possa vir a ser terceiro: a hipótese é diversa, pois, daquela em que é a própria promessa que é feita a terceiro.

⁽¹⁰⁸⁾ Em caso de dúvida, será de partir do princípio de que fica reservado ao credor da obrigação principal o direito de exigir o cumprimento da pena: neste sentido, cfr., por ex., KNÜTEL, *Verfallsvereinigung, nachträglicher Verfall und Unmög-*

adquiriu o direito à prestação principal, caber-lhe-á então, igualmente, o direito de exigir o cumprimento de uma eventual pena acordada entre os promitentes⁽¹⁰⁹⁾.

O direito de estipular uma cláusula penal é manifestação do princípio da autonomia privada. Daí que deva caber às partes a liberdade de acordarem uma cláusula desta natureza, como igualmente a elas pertence a faculdade de definir o seu conteúdo e objecto.

Todavia, é a lei, por vezes, que estabelece a necessidade de ser subscrita uma cláusula penal, enquanto condição para alguém se poder opor ao exercício de determinado direito⁽¹¹⁰⁾. Outras vezes, a lei fixa limites máximos ao montante da pena⁽¹¹¹⁾. Finalmente — e de uma forma, no mínimo, pouco ortodoxa! —, a lei chega a retirar totalmente às partes a liberdade de fixação do seu montante, confiando essa tarefa, em absoluto, a terceiro⁽¹¹²⁾.

lichkeit bei der Vertragsstrafe, in AcP 175, 1975 (pp. 44, ss.), p. 45, n.º (4); SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. cit.*, § 339, n.º 6, p. 1513; STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, vor § 339, n.º 3, p. 171; ENNECCERUS/LEHMANN, *op. e loc. cit.*

⁽¹⁰⁹⁾ Neste sentido, SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. e loc. cit.* e BALHAUS, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar* (RGRK), Band II, 1. Teil, §§ 241-432, 12.ª ed., Berlin/New York, 1976, § 339, n.º 1, p. 55. Sobre o ponto, cfr. ainda TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 90-91 e MARINI, *op. cit.*, pp. 84, ss. Note-se que a cláusula penal, no direito romano, entre outras funções, possibilitava contornar a proibição dos contratos a favor de terceiro: ver, *infra*, n.º 42.

⁽¹¹⁰⁾ Está nestas condições, por ex., o art. 18.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 293/77, de 20 de Julho (cfr., a seguir, n.º (112)).

⁽¹¹¹⁾ É o que sucede na venda a prestações (art. 935.º), no mútuo (art. 1146.º, n.º 2 e 3) e em outros casos, nos termos do art. 559.º-A. Limite idêntico era formulado pelo art. 3.º do Dec. 21 730, de 14 de Outubro de 1932 (sobre o ponto, FERRER CORREIA / RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 167, ss). Haja ainda em vista o limite que indirectamente resulta do art. 1591.º, em caso de ineficácia da promessa de casamento.

⁽¹¹²⁾ Na verdade, a propósito da caducidade do direito de resolução do arrendamento por cessação da causa, estabelece o art. 18.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 293/77, de 20 de Julho: “Nos casos previstos nas alíneas *d*) a *g*) do n.º 1 do artigo 1093.º do Código Civil, o réu pode pedir a declaração de caducidade do direito à resolução do arrendamento se, cumulativamente, provar que cessou a situação que deu causa ao pedido do autor e se dispuser a *caucionar cláusula penal a fixar pelo juiz para obstar à repetição da mesma causa de resolução do contrato*”. Compreende-se a intenção do legislador: *compelir* o réu ao cumprimento das suas obrigações de arrendatário (daquelas cuja violação daria lugar à resolução do contrato, nos termos

Quanto à capacidade e à legitimidade dos sujeitos que estipulam, entre si, a cláusula penal, sejam eles pessoas singulares ou pessoas colectivas, não há especialidades a assinalar. Neste, como em outros pontos, será de observar o regime geral⁽¹¹³⁾.

das als. d) a g) do art. 1093.º, n.º 1), através da ameaça que sobre si passa a impende, caso se repita a mesma causa de resolução do contrato. Eis um exemplo bem frisante da função compulsória da cláusula penal.

Simplesmente, na medida em que a mesma, segundo a referida norma (art. 18.º, n.º 1), será *fixada pelo juiz*, ela parece assemelhar-se, de certo modo, a uma sanção pecuniária compulsória — *avant la lettre* —, figura que viria a ser criada pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho e inserida no Código Civil: art. 829.º-A. Por outro lado, “caucionar cláusula penal” é algo que não se entende bem: ou se trata de uma caução, a prestar no presente, ou de uma cláusula penal, mera promessa de uma prestação a cumprir no futuro; acresce serem figuras diversas, também quanto ao seu modo de actuação e finalidades próprias: *infra*, n.º 5.2 e n. (145). Terá sido intenção do legislador obrigar o réu a comprometer-se, perante o autor, ao pagamento de determinada importância, caso volte a repetir a mesma causa de resolução do contrato de arrendamento. Mas, em vez de deixar ao livre critério das partes a fixação do montante adequado para tal efeito — que sempre teria a particularidade de ser uma cláusula penal de certo modo *imposta por lei* —, optou-se por atribuir ao juiz esse papel. E poderia ainda levantar-se a hipótese de a expressão “caucionar cláusula penal a fixar pelo juiz” ser de entender como o estabelecimento, pelas partes, de uma pena, cujo montante só mais tarde seria determinado pelo juiz. Ou seja: tratar-se-ia de uma pena cuja determinação, nos termos do art. 400.º, caberia ao juiz (sobre o ponto, a seguir, em texto e n. (119)).

Parece, no entanto, que o legislador terá querido, no fundo, obrigar o réu a prestar, desde logo, uma *caução*, que será fixada pelo tribunal, sendo imprópria, por isso, a referência a “cláusula penal”. Tal expressão pretenderá significar que a caução é prestada também a título de pena, ou seja, terá o legislador pretendido sublinhar a índole *compulsória* da mesma, através de uma figura híbrida, que levará à perda automática da caução, ainda que os danos venham a ser inferiores à quantia prestada. Refira-se, para concluir, e a propósito das dúvidas suscitadas pela deficiente redacção do art. 18.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 293/77, que também GALVÃO TELLES acentua, a respeito da mesma norma, que “a abundante legislação avulsa ultimamente publicada sobre arrendamento é, duma maneira geral, tecnicamente muito mal elaborada” (*Acção de despejo*, Parecer publicado na CJ, ano VII, 1982, tomo I [pp. 15, ss], p. 22, n. (5)).

⁽¹¹³⁾ Apesar de alguns Códigos, como o francês (arts. 1232 e 1233) e o brasileiro (arts. 925 e 926), contemplarem expressamente a hipótese de o objecto da obrigação principal ser indivisível e haver pluralidade de devedores, não parece justificar-se uma regulamentação específica sobre o ponto: é de seguir o regime geral respeitante às obrigações divisíveis e indivisíveis (por todos, cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, cit, pp. 776, ss; quanto ao direito romano, pode ver-se ROBERTO

5.1.1. O problema da determinação da pena

Questão de particular melindre surge quando as partes, ao estipularem a cláusula penal, definem o seu objecto — isto é, a pena —, mas não o concretizam desde logo, preferindo deixar para mais tarde a sua determinação.

As partes limitam-se, por exemplo, a indicar os critérios a ter em conta, a fixar o limite máximo da pena, a estabelecer o quadro de referências a tomar em consideração, confiando a uma delas, ou a terceiro, a tarefa de concretizar, posteriormente, o montante exacto. A pena constitui, neste caso, uma prestação não determinada, embora determinável, que pode validamente estipular-se, conforme resulta da conjugação do disposto nos arts. 280.º, n.º 1 e 400.º do Código Civil.

A lei permite, em termos gerais, que a determinação possa ser deixada a uma ou outra das partes ou a terceiro (art. 400.º, n.º 1). A cláusula penal reveste-se, contudo, de algumas particularidades, que podem originar problemas delicados.

Na verdade, a prestação, que ela cria, destina-se a sancionar o inadimplemento, a fixar as consequências deste. Ora, permitir ao credor, que beneficia da pena, vir a fixar, unilateralmente, o seu montante, será um convite ao exercício, por parte deste, nas palavras de LARENZ, de um *Strafdiktat*, contrário aos bons costumes, tendo em conta o conflito de interesses existente entre si e o devedor, no tocante à determinação da pena⁽¹¹⁴⁾.

Dir-se-á, todavia, com LINDACHER, que o credor não pode agir a seu arbítrio, por duas razões: por um lado, as partes terão fixado, na cláusula penal, os critérios a ter em conta para a determinação da pena; por outro lado, a sua concretização, na falta desses critérios,

BONINI, *Obligazioni indivisibili e clausola penale*, in *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, vol. XXX, 1961, pp. 108, ss). No mesmo sentido se pronunciou, igualmente, VAZ SERRA, no respectivo anteprojecto, considerando dispensável (à semelhança do que sucede na generalidade dos direitos) qualquer norma específica sobre o ponto (*Pena convencional*, cit., pp. 56-59). Note-se, apenas, que o facto de o objecto da obrigação principal ser indivisível não implica que o seja também a pena convencional; sendo-o, todavia, não difere do comum das obrigações indivisíveis, no tocante ao seu regime.

⁽¹¹⁴⁾ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit, p. 377. No mesmo sentido, cfr. STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, vor § 339, n.º 45, pp. 178-179.

terá de ser feita segundo juízos de equidade (art. 400.º, n.º 1), cabendo recurso judicial contra uma determinação abusiva pelo credor. Daí que sejam infundados os receios que se opõem a que a pena possa vir a ser determinada por si⁽¹¹⁵⁾.

A questão é delicada e a resposta não é simples. Mas, apesar da justiça material em que se louva a solução preconizada por LARENZ, inclinamo-nos para aceitar a segunda posição, subscrita, de resto, pela larga maioria da doutrina germânica⁽¹¹⁶⁾.

Na verdade, os perigos de uma actuação arbitrária por parte do credor, ao determinar a pena, serão reduzidos, se tivermos em consideração que as partes, ao estipularem a cláusula penal, devem, desde logo, estabelecer uma pena que seja pelo menos determinável, quer dizer, susceptível de vir a ser concretizada. Indicando, elas próprias,

⁽¹¹⁵⁾ LINDACHER, *Phänomenologie der "Vertragsstrafe"*, cit., pp. 77, ss, esp. 81-83.

⁽¹¹⁶⁾ Com efeito, além de LINDACHER (o qual, aliás, reafirma a sua posição em SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. cit.*, § 339, n.º 5, p. 1513), subscrevem a tese de que a pena pode ser determinada por qualquer das partes, incluindo o credor, entre outros: WEITNAUER, *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, cit., pp. 181-182; HORSCHITZ, *Atypische Vertragsstrafen*, in NJW 1973 (pp. 1958, ss), p. 1960; JAUERNIG/VOLLKOMMER, in JAUERNIG/SCHLECHTRIEM/STÜRNER/TEICHMANN/VOLLKOMMER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 4.ª ed., München, 1987, § 339, n.º 3, p. 359; *Münchener Kommentar/SÖLLNER*, cit., § 339, n.º 11, p. 1081; PALANDT/HEINRICH, *op. cit.*, vor § 339, n.º 1, c) e § 339, n.º 4, pp. 410 e 411; ERMAN/WESTERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Band, 7.ª ed., Münster, 1981, § 339, n.º 3, p. 826, § 342, n.º 1 e § 343, n.º 2, p. 830; *BGB-RGRK/BALLHAUS*, cit., § 339, n.º 6, p. 57 (implicitamente, na medida em que recorre ao § 315 do BGB, onde se consagra a possibilidade de a determinação da prestação ser feita por uma das partes, sem que o autor daí exclua o credor).

Também no direito italiano se afirma a possibilidade de a pena vir a ser determinada posteriormente, nos termos gerais (art. 1346 do *Codice Civile*), sem que a doutrina exclua a possibilidade de essa tarefa competir ao credor (embora, é certo, também sem levantar esta questão): cfr. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 93 e MAGAZZÙ, *op. cit.*, n.º 4, pp. 191-192. E o mesmo se diga a respeito do direito espanhol: cfr. LOBATO, *La clausula penal en el derecho español*, Pamplona, 1974, pp. 133-134, que segue MAGAZZÙ e, portanto, perspectiva o problema em termos gerais, sem questionar a determinação da pena pelo credor. Singular é a posição de MARINI (*op. cit.*, pp. 133-134), o qual, contra a opinião da restante doutrina italiana, defende não bastar a simples determinabilidade da pena, tendo em conta o "perfil funcional" desta, a sua "especial eficácia intimidativa".

os critérios a seguir, o credor terá de respeitá-los; na ausência dos mesmos, a pena será fixada segundo juízos de equidade.

E se é certo que o autor da determinação — principalmente na segunda hipótese — poderá sempre beneficiar de alguma margem de liberdade, a situação não é, todavia, específica da cláusula penal. Daí que a melhor doutrina, para evitar que os critérios de equidade, a utilizar supletivamente, "se convertam em puro arbítrio", considere essencial haver na convenção das partes "o mínimo de determinação necessária"⁽¹¹⁷⁾.

Acresce, por outro lado, apesar de a lei o não referir expressamente⁽¹¹⁸⁾, parecer-nos haver lugar a recurso judicial destinado a controlar o modo de determinação da prestação, ou seja, da pena. O devedor poderá, assim, reagir contra uma determinação abusiva, seja do credor ou de terceiro, em desrespeito dos critérios convencionados ou dos juízos de equidade que a lei referencia (art. 400.º, n.º 1).

A adoptar-se a posição de LARENZ — fundada, todavia, em razões ponderosas —, assente na conflitualidade de interesses entre credor e devedor, ter-se-ia de impedir, por igualdade de razão, que a determinação da pena pudesse ser confiada ao devedor, aspecto este que o mesmo autor, no entanto, silencia. Além disso, o facto de a determinação da pena ser confiada a terceiro poderá também não oferecer uma garantia plena de isenção e neutralidade absolutas⁽¹¹⁹⁾. Pensamos, em suma, que a possibilidade de recurso judicial consti-

⁽¹¹⁷⁾ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 775; em sentido próximo, PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 63-64 (n.º 26). Quanto ao problema da determinação da prestação, desenvolvadamente, VAZ SERRA, *Objecto da obrigação. A prestação — suas espécies, conteúdos e requisitos*, in BMJ n.º 74 (pp. 15, ss), pp. 206, ss; sobre o ponto, cfr, ainda, HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, pp. 157-158.

⁽¹¹⁸⁾ Ao contrário do BGB, que tanto quando a prestação é para ser determinada por uma das partes como quando essa tarefa é cometida a terceiro, consagra a possibilidade de recurso judicial em face de determinações contrárias à equidade (cfr. os §§ 315, 317 e 319). Apesar de o art. 400.º silenciar esta possibilidade (pois só contempla, no seu n.º 2, que a determinação caberá ao tribunal quando ela "não puder ser feita ou não tiver sido feita no tempo devido"), parece-nos evidente, nos termos gerais, o acesso a tribunal, como forma de fazer cumprir o disposto no art. 400.º do Código Civil.

⁽¹¹⁹⁾ Excepto se esse terceiro for um tribunal arbitral, a que as partes tenham remetido a determinação da prestação. Esta possibilidade é unanimemente reconhecida. Dúvidas existem, porém, a respeito da questão de saber se um tribunal estadual, no exercício das suas funções normais, é de considerar como terceiro, a quem

terá de ser feita segundo juízos de equidade (art. 400.º, n.º 1), cabendo recurso judicial contra uma determinação abusiva pelo credor. Daí que sejam infundados os receios que se opõem a que a pena possa vir a ser determinada por si⁽¹¹⁵⁾.

A questão é delicada e a resposta não é simples. Mas, apesar da justiça material em que se louva a solução preconizada por LARENZ, inclinamo-nos para aceitar a segunda posição, subscrita, de resto, pela larga maioria da doutrina germânica⁽¹¹⁶⁾.

Na verdade, os perigos de uma actuação arbitrária por parte do credor, ao determinar a pena, serão reduzidos, se tivermos em consideração que as partes, ao estipularem a cláusula penal, devem, desde logo, estabelecer uma pena que seja pelo menos determinável, quer dizer, susceptível de vir a ser concretizada. Indicando, elas próprias,

⁽¹¹⁵⁾ LINDACHER, *Phänomenologie der "Vertragsstrafe"*, cit., pp. 77, ss, esp. 81-83.

⁽¹¹⁶⁾ Com efeito, além de LINDACHER (o qual, aliás, reafirma a sua posição em SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. cit.*, § 339, n.º 5, p. 1513), subscrevem a tese de que a pena pode ser determinada por qualquer das partes, incluindo o credor, entre outros: WEITNAUER, *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, cit., pp. 181-182; HORSCHITZ, *Atypische Vertragsstrafen*, in NJW 1973 (pp. 1958, ss), p. 1960; JAUERNIG/VOLLKOMMER, in JAUERNIG/SCHLECHTRIEM/STÜRNER/TEICHMANN/VOLLKOMMER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 4.ª ed., München, 1987, § 339, n.º 3, p. 359; *Münchener Kommentar/SÖLLNER*, cit., § 339, n.º 11, p. 1081; PALANDT/HEINRICHS, *op. cit.*, vor § 339, n.º 1, c) e § 339, n.º 4, pp. 410 e 411; ERMANN/WESTERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Band, 7.ª ed., Münster, 1981, § 339, n.º 3, p. 826, § 342, n.º 1 e § 343, n.º 2, p. 830; *BGB-RGRK/BALLHAUS*, cit., § 339, n.º 6, p. 57 (implicitamente, na medida em que recorre ao § 315 do BGB, onde se consagra a possibilidade de a determinação da prestação ser feita por uma das partes, sem que o autor daí exclua o credor).

Também no direito italiano se afirma a possibilidade de a pena vir a ser determinada posteriormente, nos termos gerais (art. 1346 do *Codice Civile*), sem que a doutrina exclua a possibilidade de essa tarefa competir ao credor (embora, é certo, também sem levantar esta questão): cfr. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 93 e MAGAZZÙ, *op. cit.*, n.º 4, pp. 191-192. E o mesmo se diga a respeito do direito espanhol: cfr. LOBATO, *La clausula penal en el derecho español*, Pamplona, 1974, pp. 133-134, que segue MAGAZZÙ e, portanto, perspectiva o problema em termos gerais, sem questionar a determinação da pena pelo credor. Singular é a posição de MARINI (*op. cit.*, pp. 133-134), o qual, contra a opinião da restante doutrina italiana, defende não bastar a simples determinabilidade da pena, tendo em conta o "perfil funcional" desta, a sua "especial eficácia intimidativa".

os critérios a seguir, o credor terá de respeitá-los; na ausência dos mesmos, a pena será fixada segundo juízos de equidade.

E se é certo que o autor da determinação — principalmente na segunda hipótese — poderá sempre beneficiar de alguma margem de liberdade, a situação não é, todavia, específica da cláusula penal. Daí que a melhor doutrina, para evitar que os critérios de equidade, a utilizar supletivamente, "se convertam em puro arbítrio", considere essencial haver na convenção das partes "o mínimo de determinação necessária"⁽¹¹⁷⁾.

Acresce, por outro lado, apesar de a lei o não referir expressamente⁽¹¹⁸⁾, parecer-nos haver lugar a recurso judicial destinado a controlar o modo de determinação da prestação, ou seja, da pena. O devedor poderá, assim, reagir contra uma determinação abusiva, seja do credor ou de terceiro, em desrespeito dos critérios convencionados ou dos juízos de equidade que a lei referencia (art. 400.º, n.º 1).

A adoptar-se a posição de LARENZ — fundada, todavia, em razões ponderosas —, assente na conflitualidade de interesses entre credor e devedor, ter-se-ia de impedir, por igualdade de razão, que a determinação da pena pudesse ser confiada ao devedor, aspecto este que o mesmo autor, no entanto, silencia. Além disso, o facto de a determinação da pena ser confiada a terceiro poderá também não oferecer uma garantia plena de isenção e neutralidade absolutas⁽¹¹⁹⁾. Pensamos, em suma, que a possibilidade de recurso judicial consti-

⁽¹¹⁷⁾ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 775; em sentido próximo, PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 63-64 (n.º 26). Quanto ao problema da determinação da prestação, desenvolvadamente, VAZ SERRA, *Objecto da obrigação. A prestação — suas espécies, conteúdos e requisitos*, in BMJ n.º 74 (pp. 15, ss), pp. 206, ss; sobre o ponto, cfr, ainda, HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, pp. 157-158.

⁽¹¹⁸⁾ Ao contrário do BGB, que tanto quando a prestação é para ser determinada por uma das partes como quando essa tarefa é cometida a terceiro, consagra a possibilidade de recurso judicial em face de determinações contrárias à equidade (cfr. os §§ 315, 317 e 319). Apesar de o art. 400.º silenciar esta possibilidade (pois só contempla, no seu n.º 2, que a determinação caberá ao tribunal quando ela "não puder ser feita ou não tiver sido feita no tempo devido"), parece-nos evidente, nos termos gerais, o acesso a tribunal, como forma de fazer cumprir o disposto no art. 400.º do Código Civil.

⁽¹¹⁹⁾ Excepto se esse terceiro for um tribunal arbitral, a que as partes tenham remetido a determinação da prestação. Esta possibilidade é unanimemente reconhecida. Dúvidas existem, porém, a respeito da questão de saber se um tribunal estadual, no exercício das suas funções normais, é de considerar como terceiro, a quem

tuirá a melhor forma de tutela contra uma determinação abusiva da pena.

Note-se, a este propósito, que, havendo lugar a um controlo judicial com esse fundamento — mormente se a pena foi determinada sem respeito pelos parâmetros estipulados ou por critérios de equidade —, o mesmo será feito em termos diversos daquele que conduz à redução equitativa da pena: com efeito, esta só poderá reduzir-se quando se mostrar “manifestamente excessiva” (art. 812.º), pressuposto este, contudo, que não se verifica em relação ao controlo judicial respeitante à determinação da pena⁽¹²⁰⁾.

Compreende-se a razão: uma coisa é reagir contra a fixação unilateral de uma pena, feita por uma das partes ou por terceiro, em virtude de a mesma não obedecer aos critérios estipulados ou não respeitar juízos de equidade; outra, diversa, é reduzir uma pena fixada previamente por ambas as partes, cujo exacto montante resulta, assim, do seu acordo. No primeiro caso, fiscaliza-se o processo que levou à determinação ulterior da pena; no segundo, procura-se, fundamentalmente, impedir actuações abusivas do credor, ao exercer o seu direito à pena.

Decorre do exposto que, tendo havido lugar a um controlo judicial prévio, sobre a fixação do montante da pena, deixará de fazer sentido, em princípio, a redução da mesma, nos termos do art. 812.º, pois aquela sindicância impedirá que se verifique o pressuposto de que esta depende: pena “manifestamente excessiva”. Contudo, se o controlo do tribunal se tiver limitado a fiscalizar o estrito cumprimento dos critérios estipulados pelos contraentes, já não parece de excluir a ulterior possibilidade de redução judicial, nos termos daquela norma: é que os referidos critérios podem conduzir à fixação

as partes possam confiar a tarefa de determinar a prestação. Em sentido afirmativo: LINDACHER, *op. cit.*, pp. 77-81; SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. e loc. cit.*; ERMAN/WESTERMANN, *op. cit.*, § 339, n.º 3, p. 826 (embora em termos dubitativos); JAUERNIG/VOLKOMMER, *op. cit.*, § 339, n.º 3, p. 359 (hesitante). Em sentido contrário, porém, entendendo que as partes não podem, por estipulação negocial, remeter para o tribunal a tarefa de ser este a completar o contrato, cfr. *Münchener Kommentar/SÖLLNER, cit.*, § 339, n.º 13, pp. 1081-1082; PALANDT/HEINRICH, *op. cit.*, § 339, n.º 4, p. 411; *BGB-RGRK/BALLHAUS, cit.*, § 339, n.º 6, p. 57; e, sobretudo, BÖTTICHER, *op. cit.*, pp. 31, ss; esta última é, também, a posição subscreta pelo BGH (in BB, 1978, p. 12) e pelo BAG (in NJW, 1981, p. 1799), contrariamente à sentença do OLG de Hamburgo (in JZ 1963, p. 172).

⁽¹²⁰⁾ Sobre a redução da pena, cfr., *infra*, cap. III, secção II, n.º 65.

de uma pena que venha a revelar-se manifestamente excessiva, circunstância esta a provar pelo devedor. O mesmo poderá suceder, aliás, ainda que a sua determinação haja sido feita segundo juízos de equidade, por força de factores supervenientes.

Note-se, por outro lado, que poderá ser o credor a reagir judicialmente contra a determinação da pena, feita pelo devedor ou por terceiro, por não terem sido observados os critérios estabelecidos ou os juízos de equidade pertinentes. Também esta hipótese é diversa da que é referida no art. 811.º, n.º 2, sobre a reparação do dano excedente⁽¹²¹⁾.

5.2. Objecto

Como já tivemos oportunidade de esclarecer, a cláusula penal é uma estipulação que tem por objecto o estabelecimento de uma pena, é a fonte desta. A chamada *pena convencional* — porque se funda em convenção ou acordo da partes — é a *prestação* que, por força da cláusula penal, o devedor terá de satisfazer.

Daí, a incorrecção, a nível terminológico, da emenda feita pelo legislador de 80 (mantida pelo legislador de 83) aos artigos 811.º e 812.º, substituindo o vocábulo “pena”, correctamente utilizado pelo legislador de 1966, pelo de “cláusula penal”. O que verdadeiramente está em causa, nessas normas, é o tratamento jurídico que deve merecer a prestação acordada, ou seja, a pena, objecto da cláusula penal, e não esta⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ Problema de que trataremos *infra*, cap. III, secção II, n.º 61.

⁽¹²²⁾ No mesmo sentido, cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, *cit.*, anot. n.º 2 ao art. 811.º, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho (mantida, neste ponto, pelo Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho), e ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 540, n. (2). Evidentemente que não estamos em presença de uma verdadeira pena, determinada por finalidades repressivas (como acentua GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações, cit.*, pp. 441-442). O termo “pena”, contudo, além de necessário — a fim de se distinguir a cláusula penal da prestação que ela cria —, não deixa, por outro lado, de evocar a finalidade compulsória, típica da figura, conforme, aliás, a sua origem histórica. O anteprojecto, da autoria de VAZ SERRA, intitulava-se, justamente, *Penas convencionais*, sendo esta também, a designação da figura no direito germânico: “Vertragsstrafe” = *pena contratual*. E é pacífico que esta “pena contratual”, apesar do seu *nomen iuris* e da sua finalidade compulsória, nada tem a ver com as penas criminais:

Também a respeito do objecto da cláusula penal será de observar o regime geral. Assim, nos termos do art. 280.º, a pena deve ser lícita, possível e determinável, não podendo ser contrária à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes⁽¹²³⁾.

São os sujeitos da obrigação principal que estipulam a cláusula e a eles cabe, em princípio, definir a pena e as condições de que depende a sua exigibilidade. Sendo esta apenas determinável, caber-lhes-á, igualmente, estipular os critérios a ter em conta para a sua determinação ulterior, bem como indicar a pessoa a quem confiam essa tarefa, não parecendo que se justifique qualquer excepção ao regime geral⁽¹²⁴⁾.

Via de regra, a pena é fixada em dinheiro. Mas nada obsta a que ela consista numa prestação de outra natureza: compete às partes definir o conteúdo da prestação, não existindo razões para deixar de se seguir o princípio consagrado no art. 398.º, n.º 1. Em função dos interesses que visam acautelar, a elas cabe decidir que tipo de pena será mais idóneo e, sendo em dinheiro, qual o seu montante⁽¹²⁵⁾.

por todos, cfr. *BGB-RGRK/BALLHAUS, cit.*, vor § 339, n.º 9, pp. 54-55; para maiores desenvolvimentos, LINDACHER, *Phänomenologie der "Vertragsstrafe"*, cit., pp. 63, ss.

⁽¹²³⁾ Sobre o objecto negocial, cfr. por ex., MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1985, pp. 547, ss; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1972, pp. 327, ss; RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial*, in *BMJ* n.º 138 (pp. 71, ss), pp. 120-122. Adiante veremos que, além de um controlo específico, assente no art. 812.º, a pena está sujeita a um controlo geral: *infra*, n.º 64.

⁽¹²⁴⁾ Se bem que se trate de questão controversa e duvidosa, como mostrámos: cfr., *supra*, n.º 5.1.1.

⁽¹²⁵⁾ Sobre o ponto, por todos, numa visão de conjunto, cfr. TREITEL, *Remedies for breach of contract*, in *IECL*, vol. VII, cap. 16, p. 91. Em alguns direitos, é a própria lei que expressamente refere tal possibilidade: assim, por ex., o art. 1382 do Código Civil italiano (cláusula pela qual "um dos contraentes é obrigado a uma determinada prestação") e o art. 1226 do Código Civil francês (cláusula através da qual uma pessoa "se obriga a qualquer coisa em caso de inexecução"); também o Código Civil alemão, apesar de no § 339 mencionar, tão-só, o "pagamento de uma soma pecuniária", admite expressamente, porém, no § 342, a possibilidade de ser convencionalmente, como pena, "uma outra prestação, diferente do pagamento de uma soma pecuniária".

Igualmente entre nós, apesar de o art. 810.º, n.º 1 só ter directamente em vista a pena em dinheiro ("o montante da indemnização exigível"), se admite que ela pode consistir numa prestação de outra natureza: entrega de determinado número de

5.2.1. O problema da patrimonialidade da pena

Dúvidas haverá, porém, quanto ao problema de saber se a prestação acordada, não tendo que consistir, desde logo, numa quantia em dinheiro, deverá, ainda assim, revestir carácter patrimonial.

Note-se que a questão agora suscitada não é a de saber se a prestação principal necessita de ter valor pecuniário. Já vimos que não, conforme preceitua o art. 398.º, n.º 2⁽¹²⁶⁾. O problema concerne à prestação que a pena envolve, não à obrigação principal⁽¹²⁷⁾.

acções ou de qualquer outro bem, v. g., neste sentido, por ex., PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, anot. n.º 2 ao art. 810.º, p. 74 e MOTA PINTO, *Teoria Geral, cit.*, p. 585. Era já esta a doutrina vigente no domínio do Código anterior: cfr. art. 673.º e, por todos, GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II, *Das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, 1925, p. 615.

Também a já mencionada Resolução (78)3 do Conselho da Europa só considera, de uma forma directa, a prestação consistente no "pagamento de uma soma de dinheiro" (art. 1). Fê-lo, no entanto, como se explica na respectiva "exposição de motivos" (que acompanha aquela Resolução), "por razões de clareza e de simplicidade", uma vez que constitui "a forma mais comum" (n.º 11); mas, reconhecendo que existem outras cláusulas "que podem ter o mesmo efeito ou o mesmo objectivo", admite expressamente "que as partes são evidentemente livres de convencionar que se o devedor não executar a obrigação principal ele será obrigado a outra coisa diferente do pagamento de uma soma de dinheiro" (n.º 14 da referida "exposição de motivos"). Voltaremos a este assunto, *infra*, cap. II, secção III, n.º 53.

⁽¹²⁶⁾ Apesar de a cláusula penal constituir um meio de fácil avaliação da mesma: cfr., *supra*, n.º 4 e n. (78).

⁽¹²⁷⁾ A atenção para este problema foi despertada por STAUDINGER/KADUK (*op. cit.*, vor § 339, n.º 42 e 43, p. 178 e § 342, n.º 2, p. 222), segundo os quais a pena deve consistir numa prestação patrimonial ("Vermögensleistung"), apesar de não fornecerem qualquer explicação. Exceptuando SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER (*op. cit.*, § 339, n.º 5, p. 1513), que igualmente referem poder a pena consistir numa quantia em dinheiro ou numa outra "vermögenswerte Leistung" — mas sem explicitarem esta exigência ou fornecerem para ela qualquer explicação —, o ponto é omitido na generalidade da doutrina, a qual, por um lado, só trata da questão da patrimonialidade da obrigação principal, não da patrimonialidade da pena, e, por outro lado, limita-se a sublinhar que esta não tem de consistir numa quantia em dinheiro, podendo tratar-se de uma prestação de outra natureza — sem questionar, todavia, se ela pode deixar de revestir valor patrimonial. MARINI (*op. cit.*, pp. 126, ss), no entanto, sem abordar expressamente este problema, assume uma posição mais radical, que implicaria uma resposta negativa à mencionada questão: segundo este autor, a pena convencional deve consistir numa quantia em dinheiro, de outro modo ela será ilícita. E isto porque, segundo o mesmo autor, só assim poderá a pena cumprir

As razões desta dúvida prendem-se com as funções que a cláusula penal exerce.

Suponhamos, como caso-limite, que se estipula, a título de pena, uma prestação de *facere* infungível, sem conteúdo patrimonial. Neste caso, ficaria prejudicada, aparentemente, qualquer das funções que a cláusula penal se destina a exercer.

Na verdade, parece que desapareceria a função compulsória, uma vez que a pena não constituiria qualquer estímulo especial: não cumprindo o devedor a prestação principal, ficaria na dependência da sua boa vontade o cumprimento da pena, visto que a natureza infungível desta obsta à execução específica da mesma. Por outro lado, prejudicada ficaria também a função indemnizatória da cláusula penal: não tendo a pena valor pecuniário, e sendo insusceptível de execução específica, seria nula a sua eficácia, pois não substituiria a indemnização. O credor teria necessidade de socorrer-se, numa palavra, dos direitos que a lei lhe faculta, em termos gerais, exactamente nos mesmos termos como se não existisse cláusula penal.

Note-se, contudo, que o facto de a pena, em si mesma, ser destituída de valor pecuniário, não obsta, de modo decisivo, a uma indemnização por equivalente, *destinada esta a reparar os danos causados pelo seu não cumprimento*: é que não há perfeita identidade entre a prestação devida (ainda que só a título de pena) e o dano provocado pelo seu inadimplemento⁽¹²⁸⁾. O facto de a pena não ter valor patrimonial não impede que os danos causados pelo seu não cumprimento revistam outra natureza. Além disso, poderá haver lugar a uma compensação, tratando-se de danos não patrimoniais⁽¹²⁹⁾.

Deste modo, apesar de a pena não ter valor patrimonial (e ainda que seja insusceptível de execução específica), ela poderá revestir-se de alguma importância: em vez de pedir uma indemnização, nos

as suas funções, mormente a de substituto da indemnização, além de se facilitar a tarefa do juiz na redução de pena excessiva. Trata-se, porém, de uma opinião perfeitamente isolada, que não vemos razões para subscrever.

⁽¹²⁸⁾ Neste sentido, ANTUNES VARELA (*op. cit.*, vol. I, p. 104), acerca do problema da patrimonialidade da prestação.

⁽¹²⁹⁾ E o facto de os mesmos resultarem do incumprimento de uma prestação a que se estava vinculado por contrato não deve obstar à sua reparação: cfr., *supra*, n.º 4 e n. (77). Aliás, neste ponto específico, também ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 105, apesar de o mesmo autor considerar, em termos gerais, não haver lugar a uma reparação por danos não patrimoniais na esfera contratual.

termos gerais, pelo não cumprimento da obrigação, o credor gozará da faculdade de exigir o cumprimento da pena e, perante a recusa do devedor, terá o direito de exigir uma indemnização pelos danos causados pelo *não cumprimento desta*.

Ficará prejudicada, de algum modo, uma das finalidades possíveis da cláusula penal: dispensar o recurso à indemnização, evitar as incertezas e os litígios acerca desta. Mas, na medida em que o não cumprimento da pena, dada a especial importância desta, conduza a uma indemnização superior àquela a que, de outro modo, o credor teria direito, nos termos gerais, a cláusula penal continua a desempenhar uma função compulsória. E ela pode ter sido estipulada exactamente com esse escopo.

É certo que a estipulação de uma pena sem valor patrimonial⁽¹³⁰⁾ foge ao modelo directamente previsto na lei: uma prestação desse tipo não poderá considerar-se como a fixação antecipada do montante da indemnização (art. 810.º, n.º 1). O que significa, assim, que uma pena nessas condições deixa de ser vista como *liquidação* prévia do *quantum* indemnizatório.

Simplemente, esta última não é a cláusula penal — *tout court* —, antes uma das modalidades ou espécies que a figura poderá revestir⁽¹³¹⁾. Os contraentes são livres de acordarem, a título sancionatório, uma prestação de maior vulto do que a originária, a exigir, em certas condições, em alternativa a esta. E podem, até, acordar, a título exclusivamente compulsivo-sancionatório, uma prestação, que *acrescerá* à indemnização pelo não cumprimento⁽¹³²⁾. Poderá a função compulsória da pena evidenciar-se melhor, é certo, quando esta revestir carácter patrimonial, *maxime* quando consistir, logo à partida, numa soma pecuniária. Mas isso não quer dizer, parece-nos, que a pena não possa consistir numa prestação de carácter não patrimonial. O seu não cumprimento — da pena — faculta ao credor o pedido da respectiva indemnização, em alternativa à que resultaria do inadimplemento da prestação principal — que ela, assim, substitui —, ou a juntar a essa indemnização, consoante o acordo

⁽¹³⁰⁾ Hipótese que, convenhamos, será rara, na prática.

⁽¹³¹⁾ Trata-se, repetimo-lo, de uma questão central, a analisar neste trabalho: cfr., *infra*, n.ºs 53 e 54.

⁽¹³²⁾ Deparamo-nos, neste caso, com a figura que alguma doutrina italiana designa como *pena pura*, a qual não vemos razões para proibir: sobre o ponto, cfr. *infra*, n.ºs 47 e 48.

firmado. Julgamos, pois, que não haverá motivos que justifiquem qualquer desvio ao regime consagrado no art. 398, n.º 2, sobre a desnecessidade de a prestação ter valor patrimonial, ainda que esta seja devida, acessoriamente, a título de pena convencional⁽¹³³⁾.

Repare-se, aliás, que também quando a pena estipulada for redutível a uma expressão pecuniária o seu inadimplemento não dispensará, muitas vezes, o recurso a uma avaliação, a fim de ser concretizado o montante exacto que passa a ser devido: é o que sucederá, em regra, quando não for viável a execução específica da pena. Por conseguinte, também neste caso se mostra prejudicada a importante vantagem de simplificação, sem que tal facto suscite reacções contra uma pena que não seja já, em si mesma, um montante predeterminado⁽¹³⁴⁾.

5.2.2. A pena enquanto perda ou preclusão de determinado direito (“Verfallklausel”)

Posto isto, passemos a analisar agora dificuldades de outro tipo, mas ainda relacionadas com o objecto da cláusula penal, e com implicações imediatas sobre a qualificação da figura.

O problema pode formular-se nos seguintes termos: quando é que determinada desvantagem, prevista pelas partes como consequência de um eventual inadimplemento, será, verdadeiramente, uma pena convencional?

Concretizando o problema, poderá exemplificar-se a sua importância prática através das seguintes interrogações, cuja resposta nem sempre se afigura fácil: a elevação da taxa de juros, acordada pelos contraentes para o caso de o devedor não cumprir atempadamente, é uma pena convencional? E a redução da contraprestação a receber pelo devedor? Será uma pena convencional a retenção das quantias recebidas, como pagamento fraccionado do preço, no caso de o vendedor resolver o contrato por facto imputável ao comprador? Tendo sido acordado que a falta de pagamento de uma ou algumas prestações daria lugar ao vencimento imediato das restantes, estar-se-á, igualmente, perante uma pena convencional? A quantia entregue, a título de depósito, na aquisição de determinado bem, a qual só será

⁽¹³³⁾ Como dissemos, somente a concepção da pena enquanto liquidação *forfaitaire* da indemnização ficará prejudicada.

⁽¹³⁴⁾ Outra é, todavia, a posição de MARINI: cfr., *supra*, n. (127).

restituída se e quando for devolvido o recipiente do mesmo, será também uma pena deste tipo?

Trata-se, como se vê, de um conjunto heterogéneo de situações, a pedir uma resposta que é, por vezes, delicada. Algumas delas relacionam-se com outro problema, que pode formular-se do seguinte modo: será de qualificar como cláusula penal aquela em que se estipula que, no caso de um contraente não observar determinado dever, ou se não cumprir ou cumprir mal a sua obrigação, ele perderá um direito ou uma posição jurídica que o mesmo contrato lhe conferia?

Cláusulas deste teor, implicando a perda ou preclusão de um direito (*Verfallklauseln* ou *Verwirkungsklauseln*)⁽¹³⁵⁾, no caso de o seu titular não agir em plena conformidade com o preceituado no contrato, encontram terreno fértil no contrato de seguro, bem como no âmbito da prestação de garantia (na venda de determinada coisa, por exemplo)⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁵⁾ Preferimos designá-las por cláusulas de perda ou de preclusão, porque a tradução literal de *Verfall-* ou de *Verwirkungsklausel* (= cláusula de caducidade) poderia levar a confusões com qualquer estipulação respeitante aos prazos de prescrição e de caducidade. Sobre estas últimas, cfr. o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, cit., pp. 111-112 e n. (227).

⁽¹³⁶⁾ Haverá que distinguir, porém, a convenção segundo a qual em caso de determinada infracção o devedor perderá *todos* os direitos que o contrato lhe proporcionava, daquela em que essa infracção acarretará apenas a privação de certo direito, mantendo-se o contrato em vigor. Para a primeira hipótese, o BGB prevê, no § 360, que a conclusão de um contrato com a reserva de que o devedor será privado dos direitos resultantes do mesmo, se não cumprir a sua obrigação, legitima o credor, em tal caso, a resolver o contrato. O que significa que o devedor, em princípio, poderá repetir, nos termos gerais, qualquer prestação já eventualmente feita. Mas se as partes tiverem acordado a *perda* dessa prestação, coloca-se, então, o problema do tratamento jurídico desta “*Verfallklausel*”. O ponto é sublinhado, pela doutrina e jurisprudência alemãs, nos seguintes termos: o § 360 do BGB atribui a estipulações sobre a perda de todos os direitos de uma parte, em caso de dúvida, apenas a eficácia de uma reserva de resolução do contrato, o que significa que o devedor não perde o direito de reaver prestações já efectuadas; todavia, se as partes tiverem acordado que o devedor perderá as prestações já realizadas, ou se tiver sido estipulado que o devedor será apenas privado de determinado direito, não havendo lugar à resolução, a *Verfallklausel* será de equiparar à cláusula penal: cfr., por ex., HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, cit., p. 156 (§ 52, n.º 8, al. a)) e, sobretudo, SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. cit.*, vor § 339, n.º 17, p. 1503.

Como exemplos de cláusulas de perda de direitos, além dos que se referem a seguir, em texto, podem mencionar-se: no âmbito do contrato de seguro de respon-

Para sair do labirinto de dificuldades, que os exemplos apontados indiciam⁽¹³⁷⁾, sem nos remetermos a uma análise puramente casuística, há que encontrar um critério que nos auxilie nesta tarefa de qualificação jurídica.

Evidentemente que a solução do problema não pode ficar prisioneira do *nomen iuris* escolhido pelas partes⁽¹³⁸⁾, antes terá de passar por uma análise atenta de cada situação, confrontando os objectivos concretamente visados pelos contraentes com as funções que tipicamente cabem à cláusula penal, e, além disso, analisando a respectiva estrutura. Discutir se determinada desvantagem ou efeito negativo é uma pena, significará, ao mesmo tempo, interrogarmo-nos se a estipulação que a prevê pode considerar-se uma cláusula penal.

Convém ter presente, para o efeito, que a cláusula penal, em rigor, é fonte de uma simples *promessa* a cumprir no futuro, tendo por objectivo compelir o devedor ao cumprimento ou fixar antecipadamente o montante da indemnização. Além disso, a pena convencional, gerada por aquela cláusula, consiste numa outra prestação, estipulada ao lado da prestação principal, traduzindo-se, via de regra, numa quantia em dinheiro, mas sem que isso seja forçoso.

sabilidade, aquela que determina a perda do direito à reparação dos danos por qualquer sinistro ocorrido durante a situação de mora do segurado no pagamento do respectivo prémio, ou no caso de este se declarar logo como responsável, sem ouvir primeiro o segurador (cláusula esta que atenta, porém, contra a ordem pública); a privação do direito a utilizar o telefone (o chamado “corte do telefone”) em caso de mora do assinante no pagamento do recibo (a situação é idêntica quando o “corte” respeita ao fornecimento de energia eléctrica, água ou gás); a perda da garantia do comprador de determinada coisa, caso não acate as prescrições ditadas pelo vendedor; no âmbito do direito real de habitação periódica, a perda, por parte do seu titular, do direito a utilizar a respectiva fracção, no período de tempo que lhe pertence, caso não satisfaça as despesas do condomínio e outras.

⁽¹³⁷⁾ Para outros exemplos, cfr. DUBISCHAR, *Reihe Alternativkommentare*, cit., § 339, n.º 3 e 7 a 10, pp. 445 e 448-450.

⁽¹³⁸⁾ No mesmo sentido, embora a respeito de outro problema (distinção entre a “*Vertragsstrafe*” e a “*pauschalierter Schadenserzatz*”), se bem que paralelo a este, LARENZ, *op. cit.*, p. 384 e LINDACHER, *Phänomenologie der “Vertragsstrafe”*, cit., p. 179. É claro que, nos termos gerais, o tribunal não está vinculado à qualificação das partes, que podem, inclusivamente, ter-se equivocado: cfr., por ex., LOBATO, *La clausula penal en el derecho español*, cit., p. 140.

Posto isto, dois aspectos há a realçar. O primeiro, é que *a função compulsória não é privativa da cláusula penal*; outras figuras exercem, directa ou indirectamente, aquela função, sem deverem confundir-se com ela. É o que sucede, designadamente, com o sinal e a caução.

O segundo aspecto a destacar é que também *a função indemnizatória não é exclusiva da cláusula penal*: o sinal e a cláusula limitativa são exemplos de outras figuras relacionadas ou com reflexos na obrigação de indemnizar⁽¹³⁹⁾.

Haverá, assim, que apurar, em cada caso concreto, se a configuração ajustada pelos contraentes se adequa melhor a um ou a outro instituto. Parece-nos decisivo, em primeiro lugar, para que determinada figura possa qualificar-se como cláusula penal, que a “pena” *dispense ou substitua a indemnização que seria devida, nos termos gerais, pelo não cumprimento da obrigação*⁽¹⁴⁰⁾: é o que sucede com a cláusula penal “*stricto sensu*” e com a cláusula de liquidação prévia do dano. Mas as partes podem estipular uma pena com escopo puramente compulsório, que *acresce* à execução específica ou à indemnização a que houver lugar: também neste caso se tratará de uma cláusula penal⁽¹⁴¹⁾. Decisivo será, por conseguinte, que a pena *substitua* a indemnização ou *lhe acresça*⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁹⁾ E até, por vezes, a prestação de caução, quando ela signifique, ao mesmo tempo, o limite máximo a que a indemnização poderá ascender, ou traduzir, de modo invariável, a indemnização do credor. A sua eficácia compulsória, por outro lado, resulta do facto de o desapossamento de determinado bem ou quantia patentear melhor, a quem a prestou, a necessidade de respeitar a obrigação que ela garante.

⁽¹⁴⁰⁾ O que acaba de dizer-se não contraria a posição assumida quanto à pena de índole não patrimonial: é que também esta, como se explicou (*supra*, neste mesmo número, e n. (131)), *substitui* a indemnização pelo não cumprimento da obrigação principal, ou *acrescer-lhe-á*, só não dispensando, eventualmente, o recurso à indemnização pelos danos causados pelo inadimplemento *da pena*.

⁽¹⁴¹⁾ Trata-se, como temos dito, de modalidades que a cláusula penal, em sentido amplo, poderá comportar, consoante o acordo das partes (cfr., *supra*, n.º 2 e, especialmente, *infra*, cap. II, secção III, n.º 53 e 54, onde o ponto será devidamente esclarecido e analisado).

⁽¹⁴²⁾ Outro é o problema de saber se a cláusula penal com finalidade puramente compulsória, que acresce à execução específica ou à indemnização pelo não cumprimento, será de permitir, mormente se ela não é prejudicada pela proibição do cúmulo, prevista no art. 811.º, n.º 1: sobre o ponto, *infra*, n.º 47.1, 47.2, 47.4 e 48.

A esta luz, serão, desde logo, de afastar daquele conceito a cláusula limitativa e a figura da caução⁽¹⁴³⁾.

A primeira, porque é um simples *plafond*, limita-se a estabelecer o máximo a que o credor poderá aspirar como indemnização⁽¹⁴⁴⁾; a segunda, porque mais não representa, em princípio, do que uma garantia, para o credor, de que a indemnização, a que ele eventualmente tenha direito, lhe será efectivamente paga⁽¹⁴⁵⁾. Em ambos os casos, não se dispensa o recurso ao cálculo da indemnização, nos termos gerais, nem se lhe acrescenta qualquer outra quantia, para além da que se mostrar necessária, em face dos danos provados.

Mas já será de considerar como cláusula penal, nos termos do referido critério, o acordo respeitante à elevação da taxa de

⁽¹⁴³⁾ No que concerne a esta última, no mesmo sentido, cfr. ESSER/SCHMIDT, *op. cit.*, p. 239.

⁽¹⁴⁴⁾ Adiante trataremos, especificamente, da distinção entre a cláusula penal e a cláusula limitativa da indemnização: *infra*, secção II, subsecção IV.

⁽¹⁴⁵⁾ Por outras palavras: a prestação de caução assegura o cumprimento de uma eventual obrigação de indemnizar (cfr., no mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, *Noções de Direito Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 213), mas não substitui nem acresce, em princípio, à mesma obrigação. Haja em vista, por exemplo, num contrato de arrendamento, a possibilidade de ser prestada uma caução (depósito de uma certa quantia, v.g.), pelas deteriorações no prédio que o arrendatário venha ilícitamente a causar e/ou, sendo este mobilado, como garantia contra o desaparecimento e/ou os estragos provocados nos bens do senhorio. Não parece que as fortes restrições à liberdade contratual, em matéria do contrato de arrendamento, sejam obstáculo a que as partes acordem numa prestação de caução, mormente para garantia das obrigações do arrendatário consignadas nos arts. 1038.º, 1043.º e 1044.º (sobre o alcance destas obrigações, cfr. PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, ed. policop., Coimbra, 1987, pp. 191, ss); aliás, embora de uma forma equívoca, este parece ser o sentido que o legislador terá querido dar à expressão “caucionar cláusula penal a fixar pelo juiz”, utilizada no art. 18.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 293/77, de 20 de Julho (sobre o ponto, *supra*, n. (112)). Em regra, no termo do contrato, o arrendatário terá o direito de reaver a quantia depositada, incluindo os juros que ela tenha vencido. Tendo ocorrido, porém, quaisquer danos, por que a caução responda, o valor dos mesmos ser-lhe-á deduzido; em contrapartida, se aqueles forem de montante superior à quantia prestada, o senhorio terá direito a uma indemnização integral. Deixará de ser assim, todavia, se as partes atribuírem à caução, além da sua função própria (que acaba de ser exposta), também uma função limitativa da indemnização (*supra*, n. (139)), ou, ao invés, uma função penal (*supra*, n. (112) e *infra*, n. (150)), convertendo-a, portanto, numa figura híbrida ou mista.

juros⁽¹⁴⁶⁾. E parece-nos que o mesmo valerá no que concerne à redução da contraprestação a receber pelo devedor, desde que essa redução não possa ser tida como mera fixação móvel do preço⁽¹⁴⁷⁾. Não haverá, em princípio, que distinguir, pois em ambos os casos se sanciona uma falta do devedor, onerando-o com um certo encargo, que substitui a indemnização⁽¹⁴⁸⁾.

É certo que a pena convencional, como foi dito, consiste na promessa de uma outra prestação, diferente da prestação principal. Ora, a redução da contraprestação, à primeira vista, parece não obedecer integralmente a este requisito⁽¹⁴⁹⁾. Mas não é assim: a sanção, neste caso, traduz uma *prestação de facto negativo*, o devedor obriga-se a consentir ou tolerar (*pati*) que o credor reduza a contraprestação acordada; por outro lado, obtendo aquele uma contraprestação inferior à que receberia se tivesse respeitado integralmente o contrato, esta falta é sancionada com uma desvantagem que substitui a indemnização (ou que poderá, mesmo, acrescer-lhe).

⁽¹⁴⁶⁾ No mesmo sentido, VAZ SERRA, *Pena convencional*, *cit.*, p. 7, bem como, de certo modo, o Acórdão do STJ de 26 de Novembro de 1986, in BMJ n.º 361, p. 544. Cfr., a propósito, no domínio do mútuo, os limites legais estabelecidos pelo art. 1146.º.

⁽¹⁴⁷⁾ É o que sucederá, por exemplo, quando se sanciona uma ligeira incorrecção ou desvio da prestação programada com uma desproporcionada redução do preço acordado. Um tratamento similar deve receber, parece-nos, a determinação, constante dos estatutos de uma sociedade comercial, de que o desrespeito pelos deveres sociais implicará, para o sócio faltoso, que a amortização das suas quotas se faça pelo valor nominal e não pelo valor real, mais elevado. Estipulação válida, se for de entender, como nos parece, que o art. 231.º do Código das Sociedades Comerciais não é imperativo.

⁽¹⁴⁸⁾ No mesmo sentido, VAZ SERRA, *op. cit.*, pp. 7-8, n. (8), parte final; BGB-RGRK/BALLHAUS, *op. cit.*, vor § 339, n.º 1, p. 51, indicando jurisprudência alemã que sufraga a mesma opinião; ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 579; SECRETAN, *op. cit.*, p. 70; TREITEL, *op. cit.*, p. 92. Em sentido contrário, todavia, não qualificando a redução da contraprestação como cláusula penal, cfr. STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, vor § 339, n.º 84, p. 187 e § 342, n.º 2, p. 222 e VON TUHR, *op. cit.*, p. 237.

⁽¹⁴⁹⁾ É a objecção erguida por STAUDINGER/KADUK, *op. e loc. cit.*, autores que, além disso, justificam a sua posição restritiva (também perante a “Verfallklausel”, considerando não dever aplicar-se-lhe o regime da cláusula penal — *infra*, n. (155)) pelo receio de que, de outro modo, aumentasse o poder de intervenção do tribunal, em detrimento do princípio da autonomia privada (*op. cit.*, p. 222).

Seria igualmente de considerar como cláusula penal, por aplicação do mesmo critério, o depósito, pelo adquirente, de certa quantia, a qual será *integralmente perdida* caso não devolva o recipiente: não haverá então que recorrer ao apuramento do dano causado, a quantia depositada substitui a indemnização. Todavia, na medida em que a cláusula penal envolve uma promessa a cumprir no futuro e, na hipótese considerada, a “pena” é antecipadamente entregue, propendemos a considerar aquele depósito como prestação de uma caução (arts. 623.º, n.º 1 e 666.º, n.º 2). Parece, contudo, que esta caução coenvolve uma função *penal*, tendo em conta o seu carácter fixo, invariável, que abstrai do dano efectivo, bem como uma função de *garantia*, na medida em que, como é vulgar, a não restituição do recipiente implica, independentemente de qualquer culpa do adquirente, a perda da quantia depositada⁽¹⁵⁰⁾.

Idêntico obstáculo, isto é, a circunstância de a cláusula penal gerar uma simples promessa a cumprir no futuro, impedirá que seja qualificado nestes termos o acordo sobre a não restituição, pelo vendedor, das quantias já entregues pelo comprador, em caso de resolução do contrato.

Tendo as mesmas sido entregues a título de sinal, a perda deste, por parte do *tradens*, é o efeito típico desta figura (art. 442.º, n.º 2),

⁽¹⁵⁰⁾ A jurisprudência e a doutrina alemãs consideram esta hipótese como cláusula penal: cfr., por ex., BGB-RGRK/BALLHAUS, *cit.*, § 339, n.º 10, p. 58; STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, § 339, n.º 2, p. 192; JAUERNIG/VOLLMÖMMER, *op. cit.*, § 339, n.º 3, a), p. 359. Tal como nós, porém, entende igualmente RUBINO que as somas entregues pelos recipientes constituem o depósito de uma caução, ou seja, um penhor irregular, a fim de garantir a indemnização, no caso de aqueles não serem restituídos; contudo, acrescenta o autor, àquele depósito “junta-se, ainda que seja apenas tacitamente, uma cláusula penal, que fixa a indemnização na soma depositada (...)”, pelo que, não sendo restituídos os mencionados recipientes, “o vendedor não pode pretender uma ulterior indemnização, nem o comprador pode pretender o reembolso de uma parte da soma prestada como caução”: RUBINO, *La compravendita*, 2.ª ed., Milano, 1962, p. 487, n. (44-*quater*).

Simplemente, como referimos em texto, parece-nos que o sentido usual da prestação deste depósito (na compra de cervejas ou de qualquer refrigerante, por ex.) é de ele ser automaticamente perdido, caso se não devolvam os recipientes (as garrafas, no exemplo dado), independentemente de qualquer culpa do adquirente. O simples facto objectivo da não restituição do recipiente implica, de imediato, e por si só, a perda da quantia entregue; o que aproxima, nessa medida, tal convenção da cláusula de garantia. Sobre esta última figura, cfr., *infra*, secção II, subsecção V.

não levantando dificuldades de maior a sua qualificação⁽¹⁵¹⁾. Contudo, se a entrega dessas quantias não tiver sido feita a título de sinal, constituindo apenas o pagamento fraccionado do preço, o acordo antecipado sobre a não restituição das mesmas, no caso de o vendedor resolver o contrato, assemelha-se à cláusula penal. Na verdade, para sobre o comprador a ameaça de uma sanção, em caso de não cumprimento, substituindo a perda das somas entretanto pagas, por outro lado, a indemnização do vendedor.

O único obstáculo à qualificação desse acordo como cláusula penal reside, conforme dissemos, no facto de esta última constituir uma simples promessa a cumprir mais tarde, ao passo que, na hipótese considerada, a entrega da “pena” *precede* a falta que ela visa sancionar. Este obstáculo formal — ou seja, a circunstância de a soma haver sido objecto de uma *traditio* prévia — não tem impedido, contudo, a configuração desta hipótese no quadro da cláusula penal. Haja em vista, aliás, o importante apoio que, em abono de tal qualificação, se pode extrair da lei: com efeito, o art. 935.º, n.º 2 contempla esta situação, quando, numa venda a prestações, se tenha estipulado, como pena, a não restituição ou perda das prestações pagas, em caso de resolução do contrato⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵¹⁾ Adiante analisaremos as semelhanças e as diferenças entre a cláusula penal e o sinal, bem como o problema de saber se este é susceptível de ser reduzido, por aplicação da doutrina contida no art. 812.º: *infra*, secção II, subsecção III.

⁽¹⁵²⁾ Também DIEZ-PICAZO, partindo do princípio de que a pena “pode possuir uma natureza muito diversa”, é de opinião que a mesma pode consistir “na retenção definitiva das quantias que o credor tiver já recebido”, dando como exemplo, precisamente, o acordo que determina a não restituição, numa venda a prestações, das que tiverem sido já pagas, em caso de falta de pagamento das restantes: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 1, *cit.*, p. 583 (cap. XXX, § 2, n.º 4); da mesma opinião é ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derecho de Obligaciones*, 3.ª ed., Barcelona, 1984, p. 132 (§ 40, n.º 2). No âmbito dos contratos internacionais, não releva, igualmente, a diferente estrutura entre a cláusula penal e a mencionada figura, dada a “analogia” entre ambas, embora não deixe de sublinhar-se “a particularidade de o pagamento da ‘penalidade’ ter precedido a falta que ela vem sancionar”: MARCEL FONTAINE, *Les clauses pénales dans les contrats internationaux*, in DPCI 1982 (pp. 401, ss), p. 443. Será de mencionar, neste contexto, que o art. 162, I do Código das Obrigações suíço determina expressamente que as disposições sobre a pena convencional são aplicáveis à convenção nos termos da qual o credor adquire as prestações pagas em caso de rescisão do contrato. Também o art.

Dai que o respeito pelo limite estabelecido nesta norma não impeça, sendo caso disso, a aplicação do art. 812.º⁽¹⁵³⁾: ou seja, mesmo que as prestações pagas, que continuam a ser retidas pelo vendedor, apesar da resolução do contrato, não excedam metade do preço, tal não obsta, por si só, a que esta pena deva submeter-se ao regime geral da figura, designadamente ao art. 812.º. O que significa, numa palavra, que o respeito pelo limite especificamente previsto no domínio da venda a prestações não prejudica o recurso ao art. 812.º, podendo o comprador, ao abrigo desta norma, solicitar a redução equitativa da pena, se a mesma se mostrar “manifestamente excessiva”⁽¹⁵⁴⁾.

4 do *Conventional Penalties Act* (N. 15, de 1962) da República Sul Africana determina, de igual modo, que as disposições sobre a cláusula penal se aplicam às cláusulas segundo as quais, “no caso de uma das partes rescindir o contrato, nos termos especificados no mesmo, o outro contraente perderá o direito de pedir a parte da prestação por ele efectuada (...), ou que, não obstante a rescisão, a outra parte se mantém obrigada ao cumprimento da prestação (...)”: esta lei, como já referimos, é reproduzida no estudo de VASSALI, *Il Conventional Penalties Act, cit.*, p. 457. Sobre a qualificação desta cláusula, e apesar do disposto no art. 935.º, n.º 2 do Código Civil, ver, porém, o que se dirá mais à frente, em texto. Adiantando desde já a nossa opinião, parece-nos que é de considerá-la uma *Verfallklausel*, uma cláusula que determina a perda do direito a reaver as prestações efectuadas pelo comprador, uma vez resolvido o contrato; tal qualificação não impedirá, todavia, a aplicação do regime da cláusula penal, designadamente do disposto no art. 812.º

Entretanto, no sentido de que o limite estabelecido no art. 935.º só vale para a hipótese de resolução do contrato, e não também para o caso de o vendedor optar pela manutenção deste, cfr. o excelente estudo de VASCO LOBO XAVIER, a respeito da *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, separata da RDES, ano XXI, Coimbra, 1977, pp. 65, ss; no mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 542, n. (2). Em sentido diferente, contudo, cremos que com razão, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, *cit.*, anot. n.º 4 ao art. 935.º.

⁽¹⁵³⁾ No mesmo sentido, VASCO XAVIER, *op. cit.*, p. 70, n. (153), bem como PIRES DE LIMA ANTUNES VARELA, *op. cit.*, anot. n.º 1 ao art. 935.º.

⁽¹⁵⁴⁾ A não ser assim, ter-se-ia de dar razão à crítica de GERBO (*Clausola penale e danno*, in RDC, 1983, II [pp. 206, ss], p. 217, n. (56)), e “concluir, paradoxalmente, que quanto maior é o cumprimento do comprador, tanto maior é a indemnização a que ele está obrigado (indemnização constituída pelo preço pago, que fica retido pelo vendedor)”. A existência de limites especiais não deve prejudicar, em princípio, a aplicação dos limites decorrentes de normas que estabelecem o

Flui do exposto, em síntese, que o facto de a soma estar já na posse do credor, quando ocorre o facto que ela visa sancionar, não deve prejudicar a sua sujeição ao regime previsto para a pena convencional. Que dizer, porém, sobre a *qualificação* desta figura? Tratar-se-á, verdadeiramente, de uma cláusula penal ou, tão-só, de uma figura que deve ser *equiparada*, para efeitos de regime, a esta última?

Parece-nos que a hipótese em apreço deve configurar-se como *Verfallklausel*, ou seja, como uma cláusula nos termos da qual o devedor, em caso de incumprimento, *perde* determinado direito ou posição jurídica: *in casu*, o direito do comprador de reaver as prestações pagas, por força da resolução do contrato, tendo em conta o disposto nos arts. 433.º, 434.º, n.º 1 e 289.º.

Não se trata, em rigor, de uma cláusula penal, dado que o devedor não promete qualquer prestação acessória ou suplementar, antes se estipula a perda automática de um direito. Tal facto não tem impedido a doutrina e a jurisprudência alemãs, contudo, de *equiparar* a última (a *Verfallklausel* ou *Verwirkungsklausel*) à cláusula penal, submetendo-a ao regime desta, por analogia, dada a *afinidade substancial* entre ambas⁽¹⁵⁵⁾. Não parece, com efeito, que a sobredita

regime geral da figura. De outro modo, poderia frustrar-se a razão que levou à consagração dos primeiros, se, por aplicação dos mesmos, se permitisse um resultado que o regime geral, no entanto, por si só, impediria. A existência, em certos casos, de limites especiais, visa reforçar a protecção de uma parte, e não enfraquecê-la. Aliás, no domínio do mútuo, é a própria lei a referir expressamente que o respeito dos limites consagrados nos n.ºs 1 e 2 do art. 1146.º (que obstem, em princípio, à qualificação do mútuo e da cláusula penal como usurária), não impede que essa qualificação venha a aplicar-se-lhes, por força do regime geral sobre os negócios usurários (arts. 282.º a 284.º): é a doutrina consagrada no n.º 4 do art. 1146.º.

⁽¹⁵⁵⁾ Predomina fortemente, com efeito, na doutrina e na jurisprudência alemãs, a opinião segundo a qual a “*Verfallklausel*” se equipara à cláusula penal (“*Vertragsstrafe*”), devendo submeter-se ao regime da última: neste sentido, por ex., BÖTTICHER, *op. cit.*, pp. 39, ss; FIKENTSCHE, *op. cit.*, pp. 96-97; ESSER/SCHMIDT, *op. cit.*, p. 237; SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. cit.*, vor § 339, n.º 17, p. 1503; *Münchener Kommentar/SÖLLNER, cit.*, vor § 339, n.º 10, p. 1075; PALANDT/HEINRICH, *op. cit.*, vor § 339, n.º 2, b), p. 410; ERMAN/WESTERMANN, *op. cit.*, vor § 339, n.º 8, p. 824; *BGB-RGRK/BALLHAUS, cit.*, vor § 339, n.º 4, pp. 52-53; na jurisprudência, pode ver-se, tanto o BGH, in NJW 1960, p. 1568, 1968, p. 1652 e 1972, p. 1893, como o BAG, in NJW 1961, p. 698. Esta equiparação entre as duas figuras estende-se, igualmente, ao domínio dos contratos de adesão, pelo que, após a

diferença, de carácter meramente “instrumental”⁽¹⁵⁶⁾ ou de puro alcance “técnico-jurídico”⁽¹⁵⁷⁾, possa impedir que a cláusula de perda ou preclusão seja tratada como cláusula penal, atenta a identidade de funções exercidas por ambas⁽¹⁵⁸⁾.

Deste modo, e apesar de a lei perspectivar como cláusula penal o acordo prévio entre as partes, numa venda a prestações, nos termos

entrada em vigor da AGB-Gesetz, a “Verfallklausel” é apreciada nos termos previstos no § 11, n.º 6 da referida lei, norma esta em que se disciplina a “Vertragsstrafe”: assim, por todos, cfr. KÖTZ, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, *Allgemeiner Teil* (§§ 1-240), *AGB-Gesetz*, 2.ª ed., München, 1984, § 11, n.º 6 da AGBG, n.ºs 49 e 51, pp. 1755 e s. As únicas vozes discordantes são de STAUDINGER/KADUK (*op. cit.*, vor § 339, n.ºs 70 e ss, pp. 184, ss e § 342, n.ºs 2 e ss, pp. 222-223), com o argumento de que a pena convencional consiste numa prestação a cumprir pelo devedor, enquanto a “Verfallklausel” é a simples perda de um direito já existente. Mas também VON TUHR (*op. cit.*, p. 237) e ENGEL (*op. cit.*, p. 578), pelas mesmas razões, consideram não ser ela uma cláusula penal, só devendo submeter-se ao regime da última, por força do art. 162, 1 do Código das Obrigações suíço, o acordo sobre a não restituição dos pagamentos já efectuados, em caso de rescisão do contrato. No que concerne ao direito inglês e norte-americano, é discutida a questão de saber se estas *forfeiture clauses* se devem equiparar às *penalty clauses*, parecendo desenhar-se uma tendência afirmativa, se bem que as “forças da inércia”, como lhe chama ATIYAH (*op. cit.*, p. 317), favoreçam a manutenção do “statu quo”, propendendo-se para a validade da primeira (já entregue), ao contrário do que sucede a respeito da segunda. Sobre o ponto, cfr, ainda, CHITTY, *On Contracts*, vol. I, *General principles*, 25.ª ed., London, 1983, pp. 963, ss (n.º 1735) e TREITEL, *op. cit.*, pp. 92-93.

Entre nós, tanto VAZ SERRA (*op. cit.*, p. 7, n. (8) e na *Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Junho de 1968*, in RLJ ano 102.º, pp. 231, ss, p. 237), como RIBEIRO DE FARIA (*op. cit.*, vol. I, p. 521, n. (3)), na breve alusão que fazem à cláusula de perda ou preclusão, mostram-se favoráveis a que se lhe aplique, por analogia, o regime previsto para a pena convencional, mormente o disposto no art. 812.º. Na jurisprudência, o Acórdão do STJ de 5 de Novembro de 1981 (in BMJ n.º 311, pp. 345, ss), embora sem discutir, sequer, o problema de a perda das prestações pagas não constituir simples promessa a cumprir no futuro, considera um acordo desse tipo, numa venda a prestações, como cláusula penal (cfr. especialmente as pp. 347-349).

⁽¹⁵⁶⁾ BÖTTICHER, *op. cit.*, p. 39.

⁽¹⁵⁷⁾ ERMAN/WESTERMANN, *op. cit.*, p. 824.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. também PALANDT/HEINRICHS, *op. e loc. cit.*, sublinhando que entre a cláusula penal e a cláusula de privação de um direito existe, apenas, uma simples “diferença formal”, que “não justifica, materialmente, qualquer tratamento diferente”. É esta, como se disse, a posição largamente dominante na jurisprudência e na doutrina alemãs: *supra*, n. (155).

do qual o comprador, em caso de não cumprimento, não terá direito à restituição das prestações pagas, uma vez resolvido o contrato (art. 935.º, n.º 2), pensamos que se tratará, em rigor, de uma cláusula de perda de direitos: o comprador *perde* o direito de reaver os pagamentos efectuados, direito esse que lhe caberia, nos termos gerais, por força da resolução do contrato. Todavia, pelas razões já expostas, esta cláusula deve *equiparar-se*, para efeitos de regime, à cláusula penal. Respeita-se, deste modo, a *fisionomia* da figura, enquanto promessa a cumprir no futuro — ou seja, entrega da pena só após a ocorrência do facto que ela se destinava a prevenir —, sem que isso prejudique, contudo, que o seu regime se estenda a situações em que a pena esteja já em poder do credor⁽¹⁵⁹⁾.

Em suma, e para concluir este ponto: a cláusula penal poderá ter por objecto uma prestação pecuniária ou de outra natureza, ainda que de valor não patrimonial. Por outro lado, nem toda a desvantagem, estipulada como sanção de um eventual inadimplemento, será uma pena convencional. Outros institutos — como o sinal ou a cláusula de perda ou preclusão de determinado direito ou posição jurídica — poderão ajustar-se melhor à sanção prevista pelas partes. Todavia, certos obstáculos, fundados em diferentes aspectos estruturais, não deverão prejudicar, por si só e em princípio, a aplicação, ainda que por analogia, do regime previsto para a pena convencional.

⁽¹⁵⁹⁾ À luz do que foi dito, a respeito da *Verfallklausel*, poderá questionar-se, mesmo, se uma cláusula que determine, em face do não cumprimento de uma prestação, o vencimento imediato das restantes — sanção, de resto, que a lei directamente prevê: arts. 781.º e 934.º —, não representará também, de algum modo, uma cláusula daquela espécie: *perda do benefício do prazo*. A ser assim, estaria justificado, eventualmente, o recurso ao art. 812.º. Dir-se-á, em abono desta solução, que estas *acceleration clauses*, na medida em que implicam a exigibilidade *imediate* de prestações escalonadas ao longo do tempo, podem conduzir a um resultado semelhante ao que representaria o pagamento de uma verdadeira pena convencional moratória. A questão é, porém, duvidosa, e o BGH deixou-a, recentemente, em aberto (in NJW 1985, pp. 1705-1706 e 2329-2330). SÖLLNER (*op. cit.*, vor § 339, n.º 10, p. 1075) e ERMAN/WESTERMANN (*op. e loc. cit.*) mostram-se favoráveis a essa equiparação, ao passo que SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER (*op. cit.*, p. 1503) referem tratar-se de um ponto discutível, e STAUDINGER/KADUK (*op. cit.*, p. 185) e PALANDT/HEINRICHS (*op. e loc. cit.*) manifestam opinião contrária. TREITEL (*op. cit.*, p. 92), pelo que concerne ao “common law”, refere que, em alguns casos, estas “acceleration clauses” têm sido equiparadas, pelos tribunais, à cláusula penal; no mesmo sentido, cfr. CORBIN, *On Contracts*, vol. 5, St. Paul, Minn., 1951, p. 289 (§ 1058, *in fine*).

5.3. Consentimento

A cláusula penal é figura típica dos contratos, sancionando o não cumprimento (*lato sensu*) de obrigações deles emergentes⁽¹⁶⁰⁾. Isso não obsta, no entanto, a que ela possa referir-se a obrigações de outra natureza, designadamente de fonte legal⁽¹⁶¹⁾. Em qualquer dos casos, é essencial, para o efeito, que haja acordo entre os sujeitos que a estipulam⁽¹⁶²⁾.

Compreende-se que seja assim: atentas as funções que ela desempenha, só por consentimento prévio poderá impor-se a alguém uma sanção, ou um montante indemnizatório prefixado.

Na generalidade dos casos, o consentimento reveste a forma de uma aceitação, integrando-se no acordo das partes respeitante à estipulação da cláusula penal. Esta tem, pois, em regra, natureza contratual, ainda que, repete-se, a prestação por si assegurada possa ser de outra natureza. Não é de excluir, todavia, nos casos em que a lei considere eficaz a promessa unilateral de uma prestação, que a mesma possa ser garantida por uma pena daquele tipo: note-se, contudo, que não se trata de impor, através de negócio unilateral, uma pena a outrem; ao invés, alguém promete, em termos válidos e eficazes, determinada prestação, assegurando o cumprimento da mesma com uma pena sobre si próprio⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ É doutrina pacífica: por todos, TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., pp. 16, ss. No que concerne ao seu vasto campo de aplicação, mormente na vigência do Código de Seabra, cfr., entre nós, PINTO LOUREIRO, *Cláusula penal*, in RDA, 1957, tomo I (pp. 161, ss), pp. 164, ss. Quanto à importância da cláusula penal nos contratos internacionais, cfr., por ex., MARCEL FONTAINE, *Les clauses pénales dans les contrats internationaux*, cit., pp. 401, ss e MARIA ÂNGELA BENTO SOARES/MOURA RAMOS, *Cláusulas penais em contratos internacionais*, in *Contratos internacionais*, cit., pp. 275, ss. Note-se, todavia, que há contratos cuja natureza se opõe ou limita bastante a utilização de cláusulas penais, como os de arrendamento para habitação e de casamento, além de certo tipo de prestações não ser compatível com qualquer forma de coercibilidade: por todos, *Münchener Kommentar/SÖLLNER*, cit., vor § 339, n.º 5 e ss, p. 1074 e § 339, n.º 7, p. 1080.

⁽¹⁶¹⁾ *Supra*, n. (104).

⁽¹⁶²⁾ Daí que, como observa BÖTTICHER (*Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, cit., p. 6), a sua designação provenha, não da natureza da obrigação que visa assegurar (a qual não tem de ser contratual), mas do facto de a pena se basear, em regra, num contrato.

⁽¹⁶³⁾ O único exemplo que a doutrina tem apontado é o dos títulos ao portador: cfr. STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, vor § 339, n.º 47, p. 179; *Münchener Kom-*

O que se mostra necessário, numa palavra, é que o obrigado à ulterior prestação da pena tenha previamente consentido nela, não podendo esta ser-lhe imposta unilateralmente. Daí que, em regra, esse consentimento seja prestado pela forma contratual⁽¹⁶⁴⁾.

Apesar de se tratar de um ponto cuja *ratio* é manifesta, não têm faltado tentativas ou atitudes que, a serem bem sucedidas, poderiam desvirtuar este indispensável requisito. Iremos referir-nos a duas.

5.3.1. Medidas punitivas contra furtos em estabelecimentos comerciais (“Warenhausdiebstähle”/“Ladendiebstähle”)

Já tivemos oportunidade de aludir, a este propósito, à questão das sanções privadas contra a prática de furtos em estabelecimentos comerciais de grande dimensão⁽¹⁶⁵⁾.

mentar/SÖLLNER, *op. cit.*, § 339, n.º 4, p. 1079; ERMAN/WESTERMANN, *op. cit.*, § 339, n.º 1, p. 825. Note-se que esta hipótese é diversa da que ocorre na chamada — incorrectamente — “cláusula penal testamentária”, visto que aqui é o testador, por meio de negócio unilateral (o testamento), a impor a outrem (herdeiro ou legatário) determinada pena ou sanção: sobre o ponto, a seguir, n.º 5.3.2.

⁽¹⁶⁴⁾ É doutrina pacífica: cfr., por ex., além dos autores já referidos, WEITNAUER, *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, cit., p. 181; PALANDT/HEINRICHS, *op. cit.*, vor § 339, n.º 1, al. c), p. 410; *BGB-RGRK/BALLHAUS*, cit., § 339, n.º 2, p. 56; DE CUPIS, *Il danno*, cit., pp. 517-518; MARINI, *La clausola penale*, cit., pp. 92, ss; GHESTIN/VINEY, *La responsabilité: effets*, cit., pp. 329-330. Note-se, aliás, que a própria localização sistemática (entre nós e na generalidade dos outros direitos) e os termos por que a lei se lhe refere (“partes”, “por acordo”, “credor”, etc. — cfr. arts. 810.º a 812.º) evidencia tratar-se de figura contratual. É de observar, ainda, que, na medida em que estipulações deste tipo, por força de um regulamento jurídico, venham a integrar o conteúdo de singulares contratos com os consumidores (por ex., no âmbito do fornecimento de serviços públicos, como energia eléctrica, água ou gás), será de aplicar-lhes, em princípio, o regime da cláusula penal: cfr., sobre o ponto, STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, p. 182, n.º 59; *BGB-RGRK/BALLHAUS*, cit., p. 56, n.º 2; *Münchener Kommentar/SÖLLNER*, cit., p. 1079, n.º 5; SOERGEL/SIEBERT/LINDACHER, *op. cit.*, p. 1512, n.º 3. O facto de tais estipulações, neste último caso, serem, eventualmente, de considerar fora do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre cláusulas contratuais gerais, por força do art. 3.º, n.º 1, als. a) e c) deste diploma, não significará, contudo, que não seja de aplicar-lhes o regime geral, definido no Código Civil, “maxime” o art. 812.º.

⁽¹⁶⁵⁾ *Supra*, n.º 4.3 e n. (98).

Como então mostrámos, para lá de outras considerações que o problema suscita, procurar legitimar a imposição de quantias avultadas, bastante superiores ao valor do bem furtado, a fim de prevenir outras tentativas e, simultaneamente, fazer face aos vultosos encargos que os sofisticados meios de detecção envolvem, procurar legitimar a imposição dessas quantias, dizíamos, recorrendo à cláusula penal, implicaria reconhecer que a mesma poderia ser imposta unilateralmente, prescindindo-se da sua aceitação.

E, isto, porque não parece que a atitude de uma pessoa, ao entrar no estabelecimento, possa razoavelmente ser vista como uma aceitação *tácita* da pena, como uma manifestação de vontade que traduziria, ainda que tacitamente, uma aceitação daquela declaração/proposta de cláusula penal. Não pode atribuir-se ao normal comportamento dos declaratários (do público, em geral, a quem a entrada é livre) o sentido de um comportamento *concludente*, uma vez que não se está perante um facto que, “com toda a probabilidade” (art. 217.º, n.º 1), revele a aceitação daquela declaração unilateral por que se impõe a pena.

Acresce que, tratando-se de sancionar uma obrigação de fonte legal, a imposição da pena não consta de uma simples cláusula, integrada, ao lado de outras, num contrato, antes é ela mesma o próprio objecto da convenção. Ou seja, não se trata de saber se uma cláusula penal deve ou não considerar-se integrada no contrato, problema relevante sobretudo em contratos de adesão. O problema que aqui se põe respeita à própria formação do contrato, que visa unicamente a imposição da pena.

Parece, assim, que declarações unilaterais deste ou de outro tipo não podem valer como penas convencionais, faltando, para tal, a sua indispensável aceitação por parte dos destinatários, a qual não pode deduzir-se de comportamentos destituídos, em regra, desse significado e alcance⁽¹⁶⁶⁾.

Parece, igualmente, que não se chegará a melhor resultado pelo recurso à doutrina do “comportamento social típico”, a fim de justificar a formação do acordo, pois não é razoável que a simples entrada num estabelecimento possa interpretar-se nesse sentido.

⁽¹⁶⁶⁾ Já em outra ocasião tivemos oportunidade de analisar um problema paralelo a este: saber que valor deve atribuir-se a simples “avisos” ou meras declarações unilaterais em que se anuncia a exclusão da responsabilidade de alguém. Cfr. o nosso *Cláusulas limitativas e de exclusão*, cit., pp. 399, ss.

Na verdade, a simples permanência em determinado estabelecimento, ainda que aí se compre algum objecto, não significa, como sublinha LARENZ, de um ponto de vista típico-social, a aceitação de uma pena privada. Já quem se serve de um meio de transporte público, por exemplo, ou consome energia eléctrica, utiliza uma prestação, sabendo que a mesma só lhe é oferecida mediante retribuição e nas condições habituais. A utilização dessa prestação, neste caso, será o comportamento a qualificar. Diversamente, porém, quem se limite a entrar em determinado estabelecimento não está a utilizar ainda qualquer prestação, a não ser que fosse de considerar consistir esta na autorização de entrada no mesmo. Todavia, conclui LARENZ, mesmo que fosse de admitir que a mera entrada num estabelecimento implicaria sujeitar-se alguém, “voluntariamente”, a uma espécie de norma penal de índole privada, tratar-se-ia, em todo o caso, de um facto ainda não suficientemente claro para a generalidade das pessoas, o que impede ver nele, por isso, um comportamento *socialmente típico* que implicaria a aceitação de uma pena contratual⁽¹⁶⁷⁾.

Melhor sorte não terá a colocação do problema em sede de contratos de adesão, dado que, a nosso ver, também por esta via se não conseguirá legitimar tal procedimento.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 387. Como referimos, outra é a posição de CANARIS (*Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls*, cit., p. 528), vendo na doutrina do “comportamento social típico” a via capaz de legitimar a formação do acordo, o que justificaria, assim, o recurso à figura da cláusula penal. A doutrina alemã dominante é, porém, de opinião contrária: cfr., *supra*, n. (98). Segundo TUNC (*La pena privada nel diritto francese*, in *Le pene private*, cit. [pp. 349, ss], pp. 362-363), a importância do problema, por um lado, e a dificuldade em encontrar para ele uma resposta satisfatória, por outro, tem levado a que, em França, os gerentes ameacem, frequentemente, os autores do furto a pagarem uma soma bastante elevada a fim de não serem denunciados à policia, o que constitui, todavia, uma prática ilegal, que já originou várias condenações.

A situação é diferente, como referimos, tratando-se da utilização de um meio de transporte público. Essa a razão por que se entende configurar uma pena convencional, redutível em caso de manifesta excessividade, a quantia a pagar por uma pessoa que viaje clandestinamente, isto é, sem o indispensável bilhete de transporte (*Schwarzfahrer*), quantia essa, em regra, muito superior ao preço do respectivo bilhete. Como já se disse, o facto de certos comportamentos serem objecto de punição pelo direito criminal não obsta a que os mesmos possam igualmente ser objecto de uma cláusula penal (neste sentido, a posição do BGH): ponto é que ela seja aceite. Cfr., a este respeito, por ex., ERMAN/WESTERMANN, *op. cit.*, vor § 339, n.º 5, p. 824 e JAUERNIG/VOLKOMMER, *op. cit.*, § 339, n.º 2, h), p. 358.

Poder-se-ia pensar, à primeira vista, que a imposição de uma pena pecuniária, através de avisos ou letreiros afixados no estabelecimento, resultaria da aceitação, pelo cliente, das “condições gerais” da empresa, em que aquela pena se integra. Não parece, todavia, que deva ser assim.

Na verdade, como já referimos, o problema, neste caso, não é propriamente o de saber se pode considerar-se incluída em determinado contrato, já celebrado, uma certa cláusula, que uma das partes reivindica fazer parte das suas “condições gerais” de contratação. O que se discute é a própria formação do contrato, a existência do mesmo.

Ora, não parece que a simples entrada num estabelecimento comercial, aberto indiscriminadamente ao público, possa significar, *de imediato e por si só*, que se concluiu um contrato, cujo conteúdo seria integrado pelas “condições gerais” afixadas no interior do mesmo. Celebrar-se-á um contrato, designadamente, quando o cliente adquirir algum bem, contrato esse cujo conteúdo poderá ser integrado pelas condições gerais da empresa. Mas a sujeição a uma pena é alheia a este contrato, não está relacionada com ele, visa sancionar um comportamento que nada tem a ver com qualquer eventual aquisição pelo cliente, antes decorreria da sua simples entrada ou permanência no estabelecimento⁽¹⁶⁸⁾.

Mas ainda que não fosse assim, ou seja, mesmo que houvesse de entender-se que a entrada no estabelecimento comercial implicaria a imediata celebração de um contrato, dificilmente poderia considerar-se, como vamos ver, que esse “acordo”, através do simples ingresso de uma pessoa no estabelecimento, abrangeria também a mencionada pena “contratual”.