

Cláusula penal e comportamento abusivo do credor*

António Pinto Monteiro

1. O PROBLEMA

A cláusula penal beneficia de uma larga *tradição* e continua a estar na *ordem do dia* em toda a parte. É este um aspecto que, por si só, logo evidencia a importância – *histórica e actual* – da figura, o que bem se compreende, à luz das *funções* que está apta e vocacionada a desempenhar. Apesar disso, ou talvez por isso mesmo, continuam a ser muitos os *problemas* que suscita, problemas esses ligados ao seu *funcionamento* e, até, ao seu próprio *recorte*, podendo mesmo falar-se, a este respeito, de uma *crise de identidade* da cláusula penal¹.

Quisemos privilegiar, neste debate, o tratamento de um desses problemas, sem dúvida um dos problemas mais importantes e mais antigos. Diria mesmo, um *problema clássico* da cláusula penal, que de há muito suscita a preocupação de todos: o de ela ser utilizada *abusivamente* pelo credor.

* Texto que vai ser publicado nos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Castanheira Neves.

1 Cfr., desenvolvidamente, a nossa tese de doutoramento sobre *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990 (reimpr. 1999), pp. 3,ss, 285,ss, 497,ss, 601,ss e *passim*.

Repare-se como este problema está, ele próprio, ligado a uma “melodia de sempre”, ou seja, ao problema da *delimitação da autonomia privada*, ao problema dos *limites* a opor ao princípio da *liberdade contratual*².

Na verdade, a cláusula penal nasce do *acordo das partes*, é fruto do poder de *autodeterminação* do homem e da *livre composição de interesses* dos contraentes. Mas é sabido que a ordem jurídica vem impondo *limites* vários à liberdade contratual, seja para tutela do *contraente débil*, seja por razões de *justiça material* e de *solidariedade social*. A consagração do princípio da *boa fé* (em sentido objectivo), os limites da *ordem pública* e dos *bons costumes* e a proibição dos *negócios usurários*, são, entre muitos outros, exemplos significativos desta atitude legislativa, que acaba por traduzir, afinal, a introdução de *limites* à liberdade contratual para *defesa* da própria liberdade contratual, no que ela tem de *mecanismo de realização da autonomia e liberdade do homem*, de autêntico mecanismo ao *serviço da personalidade humana* — e não como mecanismo de *abuso* e de *desvirtuamento* da liberdade contratual e do princípio da autonomia privada. Daí, no caso português, o art. 405º do Código Civil, ao preceituar expressamente que a liberdade das partes deve exercer-se “*dentro dos limites da lei*”; daí, no caso brasileiro, por exemplo, o art. 421º do (novo) Código Civil, ao estatuir

2 Uma expressão interessante dessa tensão dialéctica entre a liberdade contratual e imperativos superiores de justiça podemos encontrá-la nas *Cláusulas limitativas do conteúdo contratual*: pode ver-se, a propósito, com esse título, o nosso trabalho publicado nos “Estudos de Direito da Comunicação”, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 185,ss., e na “Revista Brasileira de Direito Comparado”, nº 19, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 2001, pp. 246,ss.

expressamente que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”³.

Pois bem, se isto é assim em relação ao princípio da liberdade contratual, não se estranhará, por certo, que o mesmo suceda a propósito da cláusula penal, que mais não é do que um *produto* daquela liberdade, um *resultado* do exercício, em concreto, do poder *jurisgénico* do homem.

3 De algum modo podemos dizer que o princípio da autonomia privada, com as suas limitações, está em consonância com as esferas de *participação pessoal* e de *solidariedade e corresponsabilidade* do homem-pessoa do nosso tempo: cfr., CASTANHEIRA NEVES, *Justiça e Direito*, separata do BFDUC, vol LI, Coimbra, 1976, p. 57 (hoje também in *Digesta*, vol. I, Coimbra, 1995, pp. 241,ss.). Sobre o mesmo princípio, v., entre muitos, por ex., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, 2000, pp. 211,ss, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9ª ed., Coimbra, 2001, pp.205, s., C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, 1985, pp. 88,ss, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2000, pp. 217,ss, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, pp. 31,ss, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, 1995, pp. 418,ss, J. HERMANO SARAIVA, *O problema do contrato*, Lisboa, 1950, H. BATIFFOL, *La “crise du contrat” et sa portée*, in “Archives de Philosophie du Droit”, t. XIII, 1968, ORLANDO GOMES, *Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, 1987, pp. 25, ss., PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *O contrato - exigências e concepções actuais*, São Paulo, 1986, *passim*, CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo, 2002, pp. 37,ss, e *passim*, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., München, 1997, pp. 22, ss., 319, ss., 431, ss., 707, ss. e 733, ss., e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985 (reimp. 2003), pp. 44, ss. Entretanto, muito recentemente, já em apreciação ao novo Código Civil brasileiro, cfr. JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil, Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. V, tomo II, Rio de Janeiro, 2003, pp. 11,ss, 48,ss e *passim*, e GUSTAVO TEPEDINO, *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in G. Tepedino (coord.), “A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional”, Rio de Janeiro, São Paulo, 2002, pp. XV, ss., esp. XXX, ss.; assim como convém recordar, em geral, LUIZ EDSON FACHIN, *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000, *passim*, e já antes, FRANCISCO AMARAL, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, separata da Revista de Informação Legislativa a. 26, n. 102, abr./jun. 1989, pp. 207, ss.

Isso ajudará a compreender, por um lado, a *existência* da própria figura da cláusula penal, fundada no *acordo das partes* e ao serviço dos respectivos *interesses*, mercê das *funções* que está apta a desempenhar; mas, por outro lado, isso ajudará a compreender também os *limites* a que ela está sujeita, designadamente quanto ao seu *exercício*, a fim de evitar comportamentos *abusivos* do credor.

Ora, é precisamente este aspecto da cláusula penal que aqui pretendemos testar: ver que *funções* ela desempenha e apurar se e em que medida o *controlo* da pena, mormente a sua *redução* judicial a fim de impedir abusos — desde logo, art. 812º do Código Civil português e art. 413º do (novo) Código Civil brasileiro —, não *inviabilizará* aquelas funções, não *frustrará*, afinal, as razões que justificam o recurso dos contraentes a tal figura!

Sendo este o *objectivo* essencial do nosso trabalho, importará, no entanto, percorrer algumas *étapes* prévias em ordem a compreender a cláusula penal e suas funções. É o que passamos a fazer.

2. NOÇÃO E IMPORTÂNCIA; FUNÇÕES

Pode definir-se a cláusula penal, em sentido amplo, como a estipulação 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, via de regra a fim de proceder à liquidação do dano ou de compelir o devedor ao cumprimento. Trata-se, numa simples palavra, da *promessa* de determinada prestação, caso se verifique o

não cumprimento (*lato sensu*) da obrigação principal, isto é, da obrigação cujo cumprimento a pena visa assegurar.

Consoante a pena convencionada vise sancionar o *incumprimento* propriamente dito ou a simples *mora* do devedor, assim estaremos perante uma cláusula penal *compensatória* ou *moratória*, se bem que ela possa igualmente ser estipulada a fim de prevenir o cumprimento *defeituoso* ou *imperfeito* da prestação, ou a respeito de qualquer dever *acessório* ou *lateral*, conforme o exacto alcance que as partes lhe pretendam conferir⁴.

Adiantada esta noção, é de observar que ela não coincide com a do Código Civil português, onde a cláusula penal é definida como a fixação, por acordo (prévio) das partes, do montante da indemnização exigível (art. 810º, nº 1). O Código dá uma noção *acanhada* de cláusula penal, *restringindo-a* à fixação prévia e convencional da indemnização, a qual, a meu ver, constitui apenas *uma* das possíveis *espécies* de cláusulas penais – não, porém, a cláusula penal *tout court*. Esse é, aliás, um dos pontos fundamentais da minha posição, em consonância com as mais recentes teses sobre a cláusula penal, as quais, ainda que divergentes entre si, a respeito de certos aspectos, convergem, no entanto, maioritariamente, na *superação* do tradicional modelo *unitário*.

Darei notícia disso. Antes, porém, e para concluir esta parte introdutória, vamos referir-nos às *funções* da cláusula penal, o que nos permitirá ajuizar sobre a *importância* da figura e compreender as razões da sua *frequente utilização prática*.

Em síntese, pondo de parte uma inadequada função punitiva e, bem assim, uma imprópria função disciplinar, a cláusula

4 V., a propósito, o art. 409º do Código Civil brasileiro.

penal pode exercer, de modo típico, uma função *indemnizatória* ou uma função *compulsória*⁵.

De facto, os contraentes podem recorrer à cláusula penal a fim de fixarem, desde logo, a *indemnização* que será devida em caso de incumprimento da obrigação principal. O credor, temendo não conseguir provar todos os danos que eventualmente possa sofrer, o que, além disso, implicaria um moroso processo judicial, de resultado sempre incerto, prefere acautelar-se, através de uma avaliação prévia do dano que, *previsivelmente*, o incumprimento lhe causará. O devedor, por seu lado, receando que o dano efectivo possa atingir proporções exageradas, fora das suas previsões, prefere, igualmente, prevenir-se contra essa eventualidade, acordando com o credor a indemnização a que este terá direito. Qualquer das partes retira vantagens, pois, de uma *fixação antecipada da indemnização*, ainda que ficando ambas sujeitas ao *risco* de o dano efectivo poder divergir sensivelmente da soma acordada.

Outras vezes, porém, o escopo das partes não é esse. Dada a especial natureza do contrato e, bem assim, o particular interesse do credor no efectivo cumprimento do mesmo, ele só contrata mediante a inclusão de uma cláusula penal com o fim de *incutir* na outra parte a necessidade de respeitar as obrigações assumidas. O credor, neste caso, utiliza a cláusula penal como instrumento de *pressão*, *compelindo* a outra parte, através da *ameaça* especial que sobre ela passa a impender, em virtude de ter de efectuar outra prestação —

5 De modo típico, dizemos, pois a cláusula penal pode servir para exercer uma *multiplicidade* de funções, consoante o interesse das partes ao recorrerem a ela. A este propósito, de “*multifuncionalidade*” da cláusula penal fala JUDITH MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 413.

mais gravosa —, caso não cumpra ou não cumpra devidamente a prestação a que se obrigou.

No primeiro caso, estipula-se a cláusula penal *a fim* de liquidar o dano, ou seja, com o objectivo de fixar antecipadamente o montante da indemnização. No segundo, recorre-se à cláusula penal *a fim de* incentivar o devedor ao cumprimento, servindo a mesma de medida compulsória, destinada a zelar pelo respeito efectivo das obrigações assumidas.

Sendo estas, pois, as funções que, no essencial, a cláusula penal pode desempenhar — uma função indemnizatória ou uma função compulsória —, convirá referir, desde já, que a pedra de toque da doutrina tradicional foi a de entender que *uma* e a *mesma* figura poderia exercer, *em simultâneo*, ambas as funções. Daí a estafada tese da *dupla função* da cláusula penal, passando a atribuir-se-lhe, maioritariamente, uma *natureza mista* (de sanção e de indemnização), assente numa perspectiva *indiferenciada* e segundo um modelo *unitário*, em que seria irrelevante, do ponto de vista da *qualificação* da figura e do seu *regime*, a intencionalidade das partes ao estipularem-na.

3. ESPÉCIES DE CLÁUSULAS PENAIIS E OUTRAS FIGURAS NO DIREITO COMPARADO

Este modelo está hoje em franco declínio. Daí a *crise de identidade* da cláusula penal a que me referi atrás. Não se contesta, como é óbvio, a *vocação* da cláusula penal para exercer uma *multiplicidade* de funções. Isso dependerá, em concreto, da *intencionalidade* das partes ao recorrerem à figura. Do que se discorda, hoje, um pouco por todo o lado, é que *uma* e a *mesma* figura desempenhe, *em simultâneo*, a

função indenizatória e a função compulsória. Esta constitui a tese da *dupla função*, pilar fundamental do tradicional *modelo unitário* da cláusula penal, hoje já em larga medida superado com a *distinção* entre várias figuras, *outrora abrangidas pelo conceito unitário de cláusula penal*⁶.

A este respeito, distingue-se, efectivamente, no direito alemão, entre a *Vertragsstrafe*, que é a cláusula penal prevista no BGB, e a *Schadensersatzpauschalierung* ou *pauschalierter Schadensersatz*, cláusula simplesmente indenizatória, anteriormente abrangida pela primeira mas que a jurisprudência alemã acabou por distinguir, distinção que obteve entretanto consagração legislativa (designadamente na *AGB-Gesetz*)⁷.

Esta distinção é, afinal, muito antiga no direito anglo-americano, contrapondo-se, de há muito, a *penalty clause* à *liquidated damages clause*, apesar de tal distinção não ter o mesmo sentido e alcance que apresenta nos direitos continentais⁸.

6 Para uma visão de conjunto, designadamente para uma apresentação das distinções hoje vigentes nos direitos anglo-americano, alemão, francês e italiano, de que vamos falar de seguida, pode ver-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 499 e ss.

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

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

No direito francês, pelo seu lado, a doutrina despertou para uma distinção que, verdadeiramente, estava já no *Code Civil*, desde o início, mas a que só se deu verdadeiro relevo após a reforma de 1975, tendo-se a partir daí procurado fixar o regime jurídico de uma e outra figura, da *clause pénale* e da *clause de dommages-intérêts*⁹.

Por último, num breve aceno ao direito italiano, é de referir que distinção paralela se vai aí fazendo, entre a *clausola penale* e a *liquidazione convenzionale del danno*¹⁰.

Temos defendido, a este propósito, que é de distinguir entre várias *espécies* de cláusulas penais. Essa foi a tese que subscrevemos, logo em 1990, relativamente ao direito português, e para a qual o Supremo Tribunal de Justiça, já antes, ainda que porventura só intuitivamente, de algum modo já apontava, ao confrontar a cláusula penal dos autos com a que o Código Civil define no art. 810º (Acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983). Limitamo-nos, aqui e agora, a um breve registo¹¹.

9 Também aqui, entre muitos, ver, por ex., JACQUES MESTRE, *De la notion de clause pénale et de ses limites*, in RTDC, 1985, pp. 372,ss, GILES PAISANT, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code Civil relative à la clause pénale* (loi du 9 juillet 1975), in RTDC, 1985, pp. 647,ss, e GENEVIÈVE VINEY, *Les obligations. La responsabilité: effets*, tomo V do *Traité de Droit Civil* sob a direcção de J. GHESTIN, Paris, 1988, pp. 318,ss. Mais recentemente, v. DENIS MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, 1992.

10 Cfr., a título exemplificativo, TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, MARINI, *La clausola penale*, Milano, 1984, e MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in ED., VII, pp. 186,ss. Mais recentemente, v. ANDREA ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

11 Para uma melhor fundamentação das nossas teses, v., desenvolvidamente, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 577,ss, 601,ss, 619,ss e *passim*.

A nosso ver, será de distinguir, designadamente, entre a *cláusula de fixação antecipada da indemnização*, a *cláusula penal puramente compulsória* e a *cláusula penal propriamente dita* ou em *sentido estrito*. Tudo depende, no que respeita à *qualificação* da figura, da *intencionalidade* das partes ao estipularem-na, do *interesse prático* que visam acautelar, da *finalidade*, em suma, que desejam prosseguir. E o seu *regime jurídico* não é inteiramente coincidente, no que respeita às diferentes espécies que acabamos de assinalar.

Chamamos *cláusula de fixação antecipada da indemnização* àquela em que as partes, ao estipulá-la, visam, tão-só, liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano futuro. Pretendem as partes, desta forma, evitar os litígios, as despesas e demoras que uma avaliação judicial da indemnização sempre acarretará, à qual é inerente, por outro lado, uma certa álea. Ao mesmo tempo que o credor se furta ao encargo de ter de provar a extensão do prejuízo efectivo, o devedor previne-se quanto a uma indemnização avultada, superior às suas expectativas. Numa palavra, acordando-se num *montante indemnizatório predeterminado*, as vantagens e os inconvenientes que daí poderão advir são partilhados pelos dois contraentes: ambos conhecem, de antemão, as consequências de um eventual inadimplemento, e um e outro se submetem ao risco de o prejuízo efectivo ser consideravelmente menor ou maior do que a soma prevista.

Daí, precisamente, que o credor não possa, em princípio, *optar* pela indemnização nos termos gerais, *em vez* da soma prefixada, pois isso implicaria violar o acordo anterior, onde se estabeleceu a *indemnização* a que ele teria direito. Acordo esse que não é estabelecido no seu exclusivo

interesse, mas no de *ambos* os contraentes, pelo que se o credor pudesse, sem mais, fazer a referida opção, isso significaria frustrar a expectativa do devedor ao subscrever a cláusula. A pena é estipulada como *substituto* da indemnização, pelo que o acordo *vincula ambas as partes ao montante predeterminado*, sendo este o único exigível a título de indemnização.

Por outro lado, uma vez que esta cláusula se destina a liquidar o dano, a fixar o *quantum respondeatur*, naturalmente que o devedor só terá de pagar a soma preestabelecida caso seja responsável, o que não sucederá provando ele a sua falta de culpa¹². Assim como a mesma também não será devida provando o devedor a *inexistência* de qualquer dano: a falta deste retira toda e qualquer base à sua liquidação anterior. Voltaremos a este ponto mais à frente.

Atente-se, porém, que isso não significa que esta cláusula haja de valer como simples *inversão do ónus da prova*, visto que o montante predeterminado entre as partes obsta a que o devedor venha a pretender — ainda que competindo-lhe a ele essa prova — a sua redução até ao montante do dano efectivo, assim como obsta, em princípio, a que o credor obtenha indemnização maior do que aquela que foi previamente fixada. O carácter de liquidação *forfaitaire* impede qualquer pretensão ulterior em ordem a *ajustar* ou a fazer *coincidir* o montante indemnizatório predeterminado com o prejuízo real. Mas isso só significa, convém frisá-lo, que ficam arredadas, com a estipulação da cláusula,

12 Aspecto este que a cláusula penal, seja qual for a espécie acordada, apresenta como pressuposto indispensável, pelo que a pena não será devida provando o devedor a sua falta de culpa. Assim se distingue esta figura da *cláusula de garantia*. V., a propósito, o art. 408º do Código Civil brasileiro.

discussões posteriores sobre a *extensão* do dano efectivo — não, porém, sobre a *existência* do dano, *base* e *pressuposto* da liquidação operada.

Uma outra espécie de cláusula penal é aquela cujo escopo é *puramente coercitivo* e a sua índole, por isso, *exclusivamente compulsivo-sancionatório*¹³. A especificidade desta cláusula traduz-se no facto de ela ser acordada como um *plus*, como algo que *acresce* à execução específica da prestação ou à indemnização pelo não cumprimento.

Trata-se, como é óbvio, de espécie *diversa* da que é contemplada no art. 810º, nº 1: enquanto esta norma define a cláusula penal como a fixação, por acordo, do montante da indemnização exigível, a pena estritamente compulsória, pelo contrário, não visa reparar o credor, o dano do incumprimento não é considerado pelas partes ao ser estabelecido o seu montante. A finalidade da mesma é de ordem exclusivamente compulsória, destina-se, tão-só, a pressionar o devedor ao cumprimento, não a substituir a indemnização a que houver direito, nos termos gerais.

Não cabendo esta figura, manifestamente, na hipótese do art. 810º, nº 1, a sua *legitimidade* decorre do princípio da liberdade contratual, funda-se no acordo das partes e destina-se a tutelar a própria confiança de que cada contraente honrará os seus compromissos. Eventuais abusos — que não são *privativos* desta espécie de pena — serão combatidos,

13 É a modalidade de pena convencional que TRIMARCHI, MAGAZZÙ e TRABUCCHI, designadamente, no seio do ordenamento italiano, apelidam de *pena pura*, e que a doutrina espanhola (por ex., ALBALADEJO) denominada *pena cumulativa*, expressão que, apesar de sugestiva, não parece a melhor, por me parecer que esta pena, por si só, não constitui um cúmulo. No direito alemão, também STAUDINGER/KADUK a consideram como uma “pena pura”, que a doutrina dominante entende ser permitida.

tanto pelo recurso a meios de controlo geral, como por aplicação do princípio consagrado no art. 812º, em sede de redução de penas manifestamente excessivas.

Por último, quanto à cláusula penal em *sentido estrito*, ela visa *compelir* o devedor ao cumprimento através da ameaça de uma outra prestação, que o credor terá a faculdade de exigir, em vez da primeira, a título *sancionatório*, caso o devedor se recuse a cumpri-la, e que *substituirá* a indemnização, uma vez que o seu valor contempla já a *satisfação* do interesse do credor.

Aqui, sim (de acordo, aliás, com o sentido histórico da figura, designadamente da *stipulatio poenae* do direito romano), a pena será devida *independentemente do dano*, pois ela irá actuar como *sanção*, e não como liquidação prévia do montante da indemnização. É este *um* dos aspectos do regime jurídico que justificam a *diferenciação* entre várias espécies de cláusulas penais, designadamente entre a cláusula penal propriamente dita ou em sentido estrito e a cláusula de fixação antecipada da indemnização. Outros aspectos relevantes dessa diferenciação fazem sentir-se, designadamente, quanto ao modo de solucionar o problema do *dano excedente*, no tocante à opção do credor pela *indemnização* nos termos gerais e relativamente ao momento em que a pena se torna *exigível*¹⁴.

A fechar este ponto, uma simples chamada de atenção para o disposto no art. 416 do Código Civil brasileiro: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”. Mas, perguntamos nós, *e se o devedor se*

14 Não sendo este o ponto central da nossa intervenção de hoje, limitamo-nos a este breve registo: para mais desenvolvimentos pode ver-se o nosso *Cláusula penal e indemnização*, op. e loc. cit. *supra*, nota 11, esp. pp. 619-646.

defender provando que o credor não teve qualquer prejuízo? Será, ainda assim, devida a pena? Ou isso só releva no plano da redução? O Código italiano contém preceito semelhante, mas mais claro: “A pena é devida independentemente da prova do dano” (art. 1382). Ainda assim, pode também aí colocar-se a pergunta que formulámos atrás. A nosso ver, num caso e no outro, tudo dependerá, à partida, da questão de saber o que pretenderam as partes ao estipularem a cláusula: uma simples cláusula indemnizatória ou uma verdadeira cláusula penal? A diferença releva nos termos que acima deixámos expostos.

Já quanto à *redução* da pena, entendemos que esse poder abrange *todas* as espécies de cláusulas penais (e não só, como diremos), ainda que o *grau* dessa redução possa *variar* em função, designadamente, da espécie de cláusula penal acordada. Ponto que vamos analisar de seguida.

4. A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DA CLÁUSULA PENAL E O SEU CONTROLO

A cláusula penal, já o dissemos, é uma figura que se reveste da maior importância. Estipulada como meio de *compulsão* ao cumprimento, ela constitui um eficaz mecanismo *dissuasor*, destinado a fazer respeitar os compromissos assumidos e, assim, a zelar pelo bom funcionamento do próprio mecanismo contratual, tutelando a *confiança* das partes de que serão honradas as obrigações contraídas. Como meio de reforço suplementar, ao lado das medidas de tutela que a ordem jurídica põe à disposição do credor, a cláusula penal colmata as lacunas e insuficiências daquelas, ao mesmo tempo que contribui para uma *moralização das*

relações contratuais, não através de uma imposição exterior, antes mercê da própria autonomia das partes, concretizada no acordo a que chegam entre si. Mas também quando a cláusula penal é estipulada a fim de *fixar antecipadamente o montante da indemnização*, a sua importância não é menor. Através desta liquidação antecipada do dano, ficam ambos os contraentes a conhecer, de antemão, o montante indemnizatório com que haverá que contar, *prevenindo litígios posteriores e subtraindo-se, assim, aos inconvenientes, custos e incertezas de uma avaliação judicial.*

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

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

Mas ainda quando assim não seja, isto é, mesmo que as partes, ao estipularem a cláusula penal, se determinem por valores razoáveis, *circunstâncias posteriores*, imprevisíveis ou não, podem vir a tornar a pena *manifestamente excessiva*, o que

favoreceria injustificadamente o credor, em prejuízo do devedor, para além do que é admissível, à luz de um juízo equilibrado, que pondere todas as circunstâncias do caso concreto e se determine por opções de justiça material.

Proteger o devedor tornou-se, assim, nas palavras de MEDICUS, “a mais importante tarefa de disciplina jurídica da pena convencional”¹⁵. Protecção essa que, como acabamos de dizer, se justificará mesmo quando, ao ser estipulada a cláusula, não tenha havido qualquer intuito abusivo do credor. O que importa, no fundo, é que, ao ser exigida a pena, se mostre contrário à *equidade* o seu integral cumprimento, em razão do seu valor *manifestamente excessivo*.

Mas o controlo da pena não se esgota no plano da sua redução. Antes deste tipo de sindicância, outros há, que o *precedem*, e cujo relevo não é menor. É o que vamos analisar de seguida¹⁶.

4.1. Controlo geral

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

Daí que a primeira forma de controlo seja a que se refere à própria *formação do acordo*, a que incide sobre a própria convenção onde se estipula a pena, isto é, sobre a *cláusula*

15 DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 4 ed., München, 1988, p. 205 (§39, II).

16 Acompanhamos a nossa obra *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 718,ss.

penal propriamente dita. Como qualquer outra estipulação negocial, também ela está sujeita, assim, a um *controlo geral*, havendo que apurar, designadamente, se o consentimento foi prestado na forma devida, se não há qualquer vício da vontade, como o erro, o dolo, a coacção moral, a incapacidade accidental ou a usura, e se foi aceite por quem tinha capacidade negocial, de gozo e de exercício de direitos. A cláusula penal poderá, assim, ser *inválida*, por aplicação das *regras gerais*.

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

Assim como há que ter em conta as situações em que a pena se mostre *ofensiva dos bons costumes*, sendo, portanto, nula (art. 280º, nº 2), designadamente quando o contrato imponha uma multiplicidade de deveres e preveja uma pena elevada por qualquer pequena falta, em termos tais que ele deva configurar-se, no seu conjunto, como um contrato opressivo ou de sujeição (*Knebelungsvertrag*)¹⁷.

Não se trata de atender, somente, ao montante excessivo da pena — circunstância esta que, de per si, relevará apenas para efeitos de redução, nos termos do art. 812º do Código Civil português, ou do art. 413º do novo Código Civil brasileiro —, mas de enquadrar a pena no contrato como um todo, o qual, por força desta, tendo em conta as obrigações que impõe e

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

as demais circunstâncias que o rodeiam, atentaria contra os bons costumes, em virtude de a pena, nessas condições, lhe conferir um carácter draconiano e opressivo.

Além desta forma de controlo, sobre a própria cláusula em que se estipula a pena — que mais não traduz, afinal, do que uma aplicação das regras gerais que *limitam* a liberdade das partes —, e que pode determinar a sua *invalidade*, outras restrições há, no que toca ao *exercício*, pelo credor, do direito à pena. O poder de redução judicial, conferido pelo art. 812.º, insere-se neste segundo tipo de controlo, o qual não prejudica, também neste caso, uma sindicância com base em princípios de alcance geral, como o da *boa fé* e o da *proibição do abuso de direito*, que pode levar a ter de se concluir, na circunstância concreta, pela ilegitimidade do exercício do direito à pena, nos termos do art. 334^{o18}.

4.2. Redução da pena

Posto isto, analisemos agora a forma de controlo *específico* da pena convencional, traduzida no poder conferido ao juiz, preenchidos que estejam certos pressupostos, de a *reduzir* a um montante que repute conforme à *equidade*¹⁹.

Sendo o principal perigo da cláusula penal o de ela propiciar *abusos* por parte do credor, em razão do *montante excessivo* da pena, o poder de *fiscalização judicial*, nos termos em que a lei o consagra, surge como uma forma adequada de enfrentar

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

19 Seguimos de perto A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 724,ss.

a situação. Em vez de, pura e simplesmente, invalidar a pena, o tribunal limitar-se-á a *reduzi-la* a um montante equitativo; em vez de, pura e simplesmente, corrigir a pena sempre que superior ao dano efectivo, o tribunal fá-lo-á, *tão-só*, quando ela se mostre manifestamente excessiva, seja por que razão for, e tenha ou não havido cumprimento parcial.

O poder conferido pelo art. 812º do Código Civil português (e, hoje, também pelo art. 413º do novo Código Civil brasileiro) constitui, a nosso ver, uma forma de controlar o *exercício* do direito à pena, impedindo actuações *abusivas* do credor. Ainda que ela haja sido estipulada em termos razoáveis, será abusivo, porque contrário à boa fé, exigir o cumprimento integral de uma pena que as circunstâncias presentes mostram ser *manifestamente excessiva*, em termos de ofender a *equidade*. Se for este o único motivo por que se revela o abuso do credor, a sanção ditada pela lei não se traduz na ilegitimidade do exercício do direito à pena — nos termos gerais, prescritos no art. 334º —, antes consiste numa solução mais simples, menos grave e mais ajustada à particularidade da situação: ao reduzir a pena, o tribunal *corrige* o excesso, procurando, assim, eliminar, *tão-só*, a causa ou fonte do abuso.

Trata-se, portanto, de *conciliar* o respeito devido à autonomia das partes — hajam elas, através da cláusula penal, procedido a uma liquidação antecipada do *quantum* indemnizatório ou, antes, estabelecido uma *sanção* compulsória — com superiores ditames de *justiça material*, com o princípio da *boa fé* (art. 762º, nº 2), designadamente. O legislador não deixou de ter na devida conta ambos os valores, procurando, na medida adequada, um *justo equilíbrio* entre as exigências decorrentes do poder de *autodeterminação* dos contraentes e as que se fundam na

dimensão material ou *ético-jurídica* do direito. Daí, precisamente, que o poder de redução judicial — ele próprio, repete-se, uma medida de *correção* — esteja dependente de pressupostos rigorosos, em termos de só actuar em circunstâncias *excepcionais*, por forma a impedir actuações abusivas do credor.

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

Recentemente, saúda-se o direito brasileiro, onde o novo Código Civil de 2002 consagrou, no art. 413º, a mesma possibilidade de redução judicial equitativa de penas manifestamente excessivas, tendo em conta a natureza e finalidade do negócio, e já não apenas no caso de cumprimento parcial do contrato²⁰.

20 V., a propósito, JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo II, cit., pp. 457,ss.

4.2.1. Âmbito da norma legal

O fundamento que acabamos de atribuir à doutrina consagrada na lei (designadamente, no art. 812º do Código Civil português e no art. 413º do Código Civil brasileiro) permite, ao mesmo tempo, justificar a nossa posição relativamente ao âmbito desta norma.

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

4.2.2. Pressupostos

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

Em relação a este último ponto, apesar de a lei ser omissa, a sua justificação parece-nos clara. Em primeiro lugar, antes de o devedor incorrer na pena, ela não é sequer exigível, nem poderá apurar-se a sua excessividade, uma vez que o prejuízo a ter em conta, para efeitos de redução, é o prejuízo efectivo, ainda não verificado; acresce que outros factores relevantes, a ter igualmente em conta pelo tribunal, visto que se trata de um julgamento por equidade, serão a gravidade da infracção — ainda não ocorrida — e o grau de culpa do devedor, factores estes que só poderão ser considerados após a infracção que a pena se destina a prevenir. Em segundo lugar, se o tribunal pudesse reduzir a pena antes da infracção, estaria, com isso, não a controlar o exercício abusivo de pena manifestamente excessiva, antes a modificar o conteúdo do contrato, o que não se afigura possível com base no art. 812º. Por último, antes de exigida a pena pelo credor, não poderá a outra parte oferecer sequer o seu pagamento, pois aquele é livre de promover a execução específica, pelo que poderia revelar-se inútil a fiscalização judicial do montante acordado.

Mas, pergunta-se, terá o devedor, uma vez exigida a satisfação da pena, de *requerer ao tribunal* a sua redução, ou poderá este fazê-lo, *mesmo por sua iniciativa*? A favor desta última solução, dir-se-á que o poder de reduzir *oficiosamente* uma pena manifestamente excessiva é a atitude que mais se coaduna com a natureza de *ordem pública* do art. 812º. Não nos parece, todavia, que haja uma necessária correspondência entre uma coisa e outra. Ser aquela norma de ordem pública significa não ser permitida convenção das partes que afaste esse poder de redução judicial. Mas daí não se retira, *ipso facto*, que o tribunal possa intervir oficiosamente. Trata-se de uma norma de protecção do devedor, é certo, mas — *et pour cause* — é a este que competirá decidir sobre a atitude a tomar. A proibição de uma renúncia antecipada ao pedido de redução judicial

destina-se a tutelá-lo contra a sua própria fraqueza e precipitação. Mas, se, exigida a pena, o devedor não solicitar a sua redução, nem reclamar ou reagir de algum modo contra a sua manifesta excessividade, isso significará que ele não acha abusiva a atitude do credor, pese embora o eventual montante elevado da mesma, circunstância esta que não basta, de per si, para legitimar a intervenção do juiz. É a posição que julgamos mais consentânea com a *ratio* do art. 812°.

O direito alemão resolve expressamente este problema no mesmo sentido para que nós nos inclinamos: a pedido do devedor (*auf Antrag des Schuldners*: §343, 1, do BGB). Já o direito francês assume a atitude oposta: o tribunal pode reduzir a pena oficiosamente (*même d'office*: após a reforma, por lei de 1985, dos arts. 1152,2, e 1231 do *Code Civil*). Os Códigos português, italiano e brasileiro, por sua vez, silenciam esta questão. Todavia, perante a redacção do actual art. 413 do Código Civil brasileiro, parece ser de concluir que a redução poderá ser feita oficiosamente, ao afirmar a lei que “a penalidade *deve* ser reduzida equitativamente (...)”²¹.

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

O que significa, a nosso ver, que lei faz depender a redução, quer de requisitos de ordem *objectiva*, quer de factores de

21 Essa é, igualmente, a redacção do art. 163, 3, do Código das Obrigações suíço (“o juiz *deve* reduzir as penas que repute excessivas”), perante a qual entende VON TUHR que o tribunal pode reduzir a pena independentemente de pedido do devedor. Ver o nosso *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 735,ss; no direito brasileiro, v. JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentário*, cit., pp. 466-467.

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

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

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

4.2.3. Critério de redução

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

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

Não basta, porém, uma mera superioridade da pena em relação ao prejuízo. Sendo ela estipulada a título indemnizatório, a sua índole de liquidação *forfaitaire* justifica que pequenas variações não dêem lugar à redução; sendo acordada como sanção compulsória, a *eficácia* da mesma pressupõe, igualmente, que só em casos de evidente e flagrante desproporção haja lugar a um controlo judicial. É necessário, no dizer de CARBONNIER, que essa desproporção *saute aux yeux*²².

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

Trata-se, com efeito, de uma questão que dificilmente se compadecerá com o estabelecimento de critérios ou índices de índole *quantitativa*. Perante a superioridade de determinada pena, o juiz só poderá concluir pelo seu carácter

22 Cfr. JEAN CARBONNIER, *Droit Civil. 4/Les Obligations*, 13ª ed., Paris, 1988, p. 323.

“manifestamente excessivo” após *ponderar* uma série de outros factores, à luz do *caso concreto*, que um julgamento por *equidade* requer. Assim, a gravidade da infracção, o grau de culpa do devedor, as vantagens que, para este, resultem do incumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambas as partes, a sua boa ou má fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e, designadamente, eventuais contrapartidas de que haja beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal, são, entre outros, factores que o juiz deve ponderar para tomar uma decisão.

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

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

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

interesse do credor ao cumprimento, para o *reforço* e *protecção* do qual a cláusula foi estipulada, se preocupe em averiguar se o montante que se convencionou era adequado, segundo um juízo de razoabilidade, à *eficácia* da ameaça, que a pena consubstancia. Sendo este o caso, tal não significa, porém, de imediato e por si só, que a pena não seja, ainda assim, redutível, uma vez que *factores supervenientes*, igualmente atendíveis em sede de redução judicial, podem tê-la tornado manifestamente excessiva. Por outro lado, mesmo que a adequação do montante estabelecido — à luz do interesse do credor ao cumprimento, da natureza do contrato ou de outros factores — se mantivesse à data da violação, em face do intuito compulsório que determinou a pena convencional, ela será, apesar disso, susceptível de redução, se o comportamento do devedor o justificar, mormente quando o seu grau de culpa for atenuado ou diminuto, perante as circunstâncias em que ocorreu a violação. É que a *equidade* afigura-se-nos constituir, como temos referido, um factor decisivo a considerar. E se a estipulação da pena, à luz daqueles factores, poderá não ter sido abusiva, o seu *exercício*, porém, no *caso concreto*, como acabamos de dizer, pode apresentar-se como tal. Só que, para concluir este ponto, o juízo equitativo não poderá deixar de *valorar*, entre os vários factores a ter em conta, a *finalidade* visada pelos contraentes, à luz da qual esses mesmos factores assumirão uma importância diferenciada. É este um ponto, como dissemos atrás, a que o novo Código Civil brasileiro dá especial relevo (art. 413), o que se afigura de muito interesse.

Vejam, agora, a hipótese de ter havido cumprimento parcial da obrigação. Entre nós, ao contrário do Código de Seabra, que permitia (e só neste caso) a modificação da pena na parte proporcional (art. 675.º), o Código de 1966 optou

por critério diverso: conforme dispõe o n.º 2 do art. 812º, a redução far-se-á nas mesmas circunstâncias, ou seja, nos termos do n.º 1 e, portanto, de acordo com a equidade. É acertada esta opção legislativa. Pode ter havido cumprimento parcial e, todavia, não se justificar, sequer, a redução da pena, quer em razão do escasso ou nulo interesse, para o credor, desse cumprimento, quer em razão, ainda assim, do reduzido valor daquela. Por outro lado, havendo motivos para modificar a pena, a redução não terá de ser proporcional ao cumprimento ocorrido, antes à luz da utilidade que o credor daí retira. O decisivo, em qualquer dos casos, é que a pena se mostre *manifestamente excessiva*, justificando-se a sua redução por razões de *equidade*, podendo esse carácter advir-lhe da circunstância de ter ocorrido o cumprimento parcial da obrigação, mas sem que isso seja forçoso. O mesmo valerá, caso as partes tenham, elas próprias, previsto os termos em que a redução se deve efectuar, havendo cumprimento parcial: se, respeitado o critério previamente estabelecido entre si, a redução *judicial*, ainda assim, se justificar, em face do disposto no art. 812º, a redução *convencional* não poderá impedi-la.

Situação semelhante se verificou quanto à *evolução* do direito brasileiro. Também aí, no Código Civil de 1916, se previa — e só neste caso — a redução “*proporcionalmente*” ao cumprimento *parcial* da obrigação (art. 924). Hoje, porém, no novo Código Civil, de 2002, estatui-se que a redução será sempre feita “*equitativamente*”, quer no caso de o montante da pena ser “*manifestamente excessivo*”, quer no caso de a obrigação principal ter sido “*cumprida em parte*”.

5. CONCLUSÃO

Dissemos, logo no começo da nossa intervenção, que a cláusula penal é uma manifestação do princípio da *autonomia privada* e que, nessa medida, ela deve conter-se dentro dos *limites* que a ordem jurídica coloca a este princípio. Não seria de estranhar, por isso, que uma utilização *abusiva* da cláusula penal devesse ser *impedida*. O que explica, designadamente, o poder de *redução* judicial de penas *manifestamente excessivas*.

Perguntámo-nos, todavia, se isso não iria prejudicar as *funções* da cláusula penal. Na verdade, dir-se-á que quer a função *indemnizatória* quer a função *compulsória* serão tanto mais conseguidas quanto mais *invariável* permanecer a pena. O que explica, assim, o afirmado princípio da *imutabilidade* da pena convencional, seja quando ela surge como *indemnização “forfaitaire”*, “*ne varietur*”, seja quando ela é estipulada a título *sancionatório*.

Esse princípio, apesar de estar hoje, em parte, ultrapassado, contém uma advertência importante. Previne-nos contra uma *exagerada* intervenção judicial no *controlo* da pena. Tal intervenção é, de algum modo, *excepcional*, ela só deve fazer-se para combater comportamentos *abusivos* do credor.

Daí, precisamente, que só quando a pena for “*manifestamente excessiva*” é que o tribunal possa intervir; fá-lo-á de acordo com a *equidade*; e na sequência de um *juízo de valor* em que terá de ponderar vários factores. Há, em suma, que *conciliar* a autonomia privada com superiores ditames de *justiça material*, com o princípio da *boa fé*, muito especialmente. É esse *justo equilíbrio* que há que procurar obter. E foi esse o caminho certo que os direitos português e brasileiro — entre outros — seguiram. O que é de saudar e enaltecer!