



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Emanuel Raimundo Pereira de Sousa

Da Multa Penitencial

-

About Buy-out Clause

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: **Professor Doutor António Pinto Monteiro**

Coimbra

2017

Aos meus pais,

Por todas as penitências. Por tudo.
E porque sempre que assino um trabalho
também lá fica o vosso nome.

Nota de Agradecimento

Em primeiro lugar, é devida uma palavra de reconhecimento a todos os que ensinam. Aos meus pais – a quem se dedica este trabalho – e a todos os professores com que nos cruzámos ao longo do nosso percurso académico que, diariamente, contribuem para um dos alicerces fundamentais de qualquer estudante: a educação.

Em segundo lugar, – porque a cronologia da vida assim o dita – é merecida uma palavra de agradecimento ao nosso mestre, Professor Doutor António Pinto Monteiro, na qualidade de professor decano, pela amabilidade com que nos recebeu na Faculdade de Direito de Coimbra e pela disponibilidade demonstrada, desde a primeira hora, para orientação da nossa dissertação.

Por fim, – mas com igual gratidão – sem ninguém nomear para ninguém esquecer, é dedicada uma palavra a todos os colegas, quer da Faculdade de Direito da Clássica de Lisboa, nos tempos da Licenciatura, quer da Faculdade de Direito de Coimbra, ao longo do Mestrado, pelo seu contributo para a nossa formação jurídica e humana.

Palavras-chave / Key-Words

Multa Penitencial; Direito de Arrependimento; Redução por Equidade;

Buy-out Clause; Right to Repent; Reduction by Equity;

Sumário / Abstract

A presente dissertação dedica-se ao estudo da multa penitencial, enquanto instrumento jurídico ao dispor da autonomia privada, no âmbito do direito dos contratos. Em termos abreviados, traduz-se na faculdade, previamente estipulada, que é atribuída a uma, ou a ambas as partes, de se desvincularem licitamente da relação contratual mediante a prestação de determinada contrapartida. Nesse contexto, a investigação, que de seguida se apresenta, debruça-se sobre a análise da aludida figura, abordando, sobretudo, a concretização do conceito, a identificação de exemplos e a possibilidade da sua redução por equidade.

The present dissertation dedicates itself to the buy-out clause study as a legal instrument at the disposal of the private autonomy, within the scope of contractual law. In short terms, it consists in the faculty granted to one or both parties to lawfully disengage from the contractual relationship by means of a certain compensation, previously established. In that context, the following investigation expounds itself on the analysis of the given figure, especially approaching the concept's realization, identification of examples and the possibility of its reduction by equity.

Abreviaturas e Modo de Citação

As obras citadas são descritas de forma completa quando utilizadas pela primeira vez e constam de novo na bibliografia apresentada a final. Cada obra é depois identificada de forma abreviada seguida da expressão «cit.», ao longo da dissertação.

Na falta de indicação, os preceitos citados reportam-se ao Código Civil.

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

al. – alínea

BFD – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

C.C. – Código Civil Português

CCT – Contrato Coletivo de Trabalho

CDP – Cadernos de Direito Privado

Cfr. – confrontar/conferir

Ed. – Edição

LCE – Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas)

LCTD – Lei n.º 28/98, de 26 de Junho (Lei do Contrato de Trabalho Desportivo)

ob. cit. – obra citada

p. – página

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais

Reimp. – Reimpressão

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – volume

Índice

Capítulo I

Introdução

1.1. Preliminares.....	9
1.2. Problematização.....	9
1.3. Coordenadas da Investigação.....	10

Primeira Aproximação ao Conceito

1.4. Noção e Significado Etimológico.....	11
1.5. Terminologia: ponto de ordem.....	12

Capítulo II

Breve Resenha Histórica

2.1. Antecedentes.....	14
2.2. O Anteprojeto de Vaz Serra.....	15
2.3. O Código Civil de 1966.....	16

Capítulo III

Direito Comparado

3.1. Direito Alemão.....	17
3.2. Direito Francês.....	18
3.3. Direito Italiano.....	19
3.4. Direito Espanhol.....	19
3.5. Direito Suíço.....	20
3.6. Direito Anglo-Saxónico.....	21
3.7. Direito Brasileiro.....	21

Capítulo IV

Distinção de Figuras Afins

4.1. A Cláusula Penal.....	23
4.2. O Sinal.....	28

Capítulo V
A Multa Penitencial

5.1. O Conceito.....	32
5.2. A Obrigação com Faculdade Alternativa.....	35
5.3. O Direito Potestativo.....	37
5.4. Funções.....	39
5.5. Relação com a Execução Específica.....	41
5.6. Natureza Jurídica.....	42

Capítulo VI
Manifestações de Multa Penitencial no Ordenamento Jurídico

6.1. As Cláusulas de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo.....	45
6.2. Os Encargos de Cessação na Lei das Comunicações Eletrónicas.....	49

Capítulo VII
Controlo e Redução

7.1. O Problema da Redução à luz do Artigo 812.º do C.C.....	51
---	----

Capítulo VIII
Conclusão

8.1. Síntese Conclusiva.....	56
-------------------------------------	----

Bibliografia	60
---------------------------	----

Jurisprudência	66
-----------------------------	----

*“o arrependimento,
a pena do que foi e que já não dá pena
mas apenas e só a memória da pena,
e pena do que não foi e que poderia ter sido,
que é a pena mais atroz”*

ANTONIO TABUCCHI,
in A Mulher de Porto Pim

Capítulo I

Introdução

1.1. Preliminares

A presente dissertação tem como objeto de estudo a multa penitencial, enquanto instrumento jurídico do direito civil. A figura em análise, manifestação do direito de arrependimento, traduz-se, genericamente, na faculdade que é atribuída a uma, ou a ambas, as partes de se libertarem de um vínculo contratual mediante certa contrapartida.

Desde cedo nos interessou a figura que agora se investiga, tendo em conta a sua elevada conveniência prática na conciliação dos interesses recíprocos de quem contrata. Não obstante, numa primeira observação, deparámos que a comunidade jurídica, – com maior défice no seio da doutrina portuguesa – na sua busca incessante de soluções para as situações da vida, tem descurado o escrutínio da multa penitencial em estudos mais desenvolvidos.

Efetivamente, a multa penitencial só circunstancialmente ou por arrastamento de outras figuras jurídicas, e por um reduzido número de juristas, tem sido abordada nos estudos doutrinários, o que constituiu um estímulo adicional à investigação que agora se apresenta. Nesse sentido, assumindo os riscos inerentes ao seu tratamento autónomo, em primeira linha, facultamos o nosso humilde contributo para o estudo da multa penitencial, subtraindo-a ao paradigma das notas de rodapé, atribuindo-lhe honras de título.

1.2. Problematização

O ponto de partida do jurista está, por natureza, imbrincado com o problema. A identificação do problema é, portanto, o ponto – de interrogação – prévio e inevitável. No

tocante à multa penitencial, tendo em conta o seu reduzido tratamento doutrinário, podem denotar-se várias ordens de problemas.

Num primeiro plano, coloca-se o problema da identificação e qualificação do próprio conceito. Afinal, o que é uma multa penitencial? O que distingue a multa penitencial de figuras que lhe são próximas, como a cláusula penal ou o sinal? Quais são as suas funções no esquema contratual obrigacional?

Num segundo plano, surge o problema da importância prática do conceito dogmaticamente pressuposto. Como se manifesta qualitativa e quantitativamente a multa penitencial na vida jurídica? Quais são os exemplos de multa penitencial existentes no ordenamento?

Por último, num terceiro plano, sucede o problema do controlo dos abusos da autonomia privada. Existirão mecanismos de controlo para manifestações abusivas nas contrapartidas previstas pelas partes a título de multa penitencial? Poderá recorrer-se ao mecanismo previsto no artigo 812.º do Código Civil?

1.3. Coordenadas da Investigação

Identificada a problematização e formuladas as questões decorrentes, cumpre-nos traçar o rumo da investigação. Nesse sentido, a dissertação, centrada numa perspectiva monográfica do tema, não descurará, sempre que necessário, os traços de uma perspectiva panorâmica, que nos permita observar o “estado da arte”, leia-se, os entendimentos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência sobre os problemas abordados. Para além da identificação dos problemas, sempre que possível, procurar-se-á a busca de soluções, num domínio que supera a índole exclusivamente teórico-dogmática, abarcando, por isso, um leque de possíveis consequências práticas.

Em primeiro lugar, com vista à identificação e qualificação do conceito de multa penitencial, nos Capítulos II, III e IV, respetivamente, traçaremos uma breve resenha histórica, um enquadramento de direito comparado e a delimitação de figuras afins. A evolução histórica afiança-nos uma contextualização, que nos permite compreender os alicerces do objeto de estudo. O direito comparado, por seu turno, demonstra-se sempre enriquecedor, assumindo uma substancial valorização no caso concreto, visto que a bibliografia nacional é reduzida e, sobretudo, pelo facto de outros ordenamentos jurídicos apresentarem soluções legais consagradas sobre o tema. Adiante, a distinção da multa

penitencial de figuras próximas assume um papel preponderante para que se possa compreender o seu espaço de exercício, dadas as afinidades com o sinal e com a cláusula penal. Por fim, no capítulo V, ainda no tocante à identificação do conceito, procede-se à análise da sua qualificação e do seu regime, procurando descortinar a sua natureza jurídica.

Em segundo lugar, no VI capítulo, desvendando o problema da importância prática do conceito, trataremos de qualificar certas cláusulas, frequentemente inseridas nos contratos de vulto, como multas penitenciais. Neste particular, referimo-nos às cláusulas de rescisão dos contratos de trabalho desportivo que, julgamos, constituem o exemplo paradigmático nesta matéria, apesar de serem geradoras de controvérsia doutrinal. No mesmo sentido, abordaremos a questão dos encargos previstos para a cessação dos contratos, na recente alteração à Lei das Comunicações Eletrónicas, em virtude da Lei n.º 15/2016, de 17 de Junho, destacando-se assim pela sua novidade.

Em terceiro lugar, no capítulo VII, aborda-se a problemática do controlo dos abusos da autonomia privada, que não é alheia ao conceito de multa penitencial, procurando a solução profícua, mas controvertida, do artigo 812.º para redução de quantias manifestamente exorbitantes.

Por último, no capítulo VIII, após a abordagem dos pontos nucleares a que nos propusemos, em trato de súmula, remata-se a dissertação com a apresentação das nossas principais conclusões, de modo a que se possa sistematizar o reflexo da investigação desenvolvida.

Primeira Aproximação ao Conceito

1.4. Noção e Significado Etimológico

A locução multa penitencial é, como facilmente se apreende, composta pela confluência do vocábulo multa com o vocábulo penitencial. A multa, que deriva da expressão latina *mulcta* ou *multa*, manifesta-se como sinónima de coima, pena pecuniária, pena ou condenação¹. O adjetivo penitencial, do latino *poenitentialis*, relativo a penitência, manifesta-se como sinónimo de arrependimento, arrependimento de uma culpa ou pecado, mas, também, como pena que o confessor impõe para remissão dos pecados ou dos sacrifícios que se fazem para expiação daqueles².

¹ Cfr., GRANDE DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, Vol. II, 25.ª Ed., Bertrand Editora, Venda Nova, 1996, p. 1744.

² Cfr., *idem*, p. 1946.

Desta primeira análise filológica, convém, porém, como ponto de ordem, estabelecer que deve evitar-se qualquer associação da multa penitencial com o direito penal. Apesar da literalidade dos termos apontar para realidades normalmente associadas aos institutos jurídico-penais, tal como sucede com a cláusula penal³, a multa penitencial é um instrumento de caris jurídico-civilístico ao serviço do direito privado. Nesse sentido, recorrendo à terminologia jurídica, pode ler-se que a multa penitencial é a “cláusula ou convenção pela qual as partes na relação obrigacional estabelecem que o devedor poderá deixar de cumprir a sua obrigação mediante o pagamento de certa quantia ao credor”⁴. No entanto, a mesma designação parece aplicar-se ao “quantitativo cujo pagamento permite ao devedor, por acordo das partes, liberar-se da sua obrigação”⁵. Portanto, a multa penitencial, derivando do brocardo latino *multa poenitentialis*, dado que *penitentiae*⁶ corresponde ao arrependimento, aponta a sua significação para o preço a pagar pelo arrependimento, tanto abarcando a designação do quantitativo que se estipula, como a cláusula onde se convencionou essa faculdade liberatória.

1.5. Terminologia: ponto de ordem

Até aqui, e como referência, daqui em diante, utilizamos a expressão multa penitencial, tanto por razões históricas, como por ser essa a designação utilizada por respeitosa doutrina⁷. No entanto, à volta do conceito reina uma elevada imprecisão terminológica que, a nosso ver, contribui, também, como fator dissuasor da sua consolidação dogmática. Ora, nessa senda, a multa penitencial é também designada por arra penitencial⁸, dinheiro de arrependimento⁹, cláusula de resgate¹⁰, cláusula penitencial¹¹, cláusula penal liberatória¹², cláusula penal imprópria ou cláusula penal-multa¹³.¹⁴

³ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2.^a Ed., 2.^o Reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 175.

⁴ Vide, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 927.

⁵ Vide, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, cit., p. 927.

⁶ Cfr., DICIONÁRIO DE LATIM-PORTUGUÊS, 2.^a Ed., Porto Editora, Porto, 2001, p. 479 e 519.

⁷ Cfr., neste sentido, VAZ SERRA, *Pena Convencional*, in BMJ n.º67, 1957, p. 218 e 242; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 185.

⁸ Assim, VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit., p.242; Identicamente, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Teixeira Ribeiro, II, BFD, Coimbra, 1979, p. 403. Embora, deva reconhecer-se que designar as multas penitenciais por arras penitenciais possa ser propenso a equívocos, visto que as arras penitenciais estão historicamente associadas ao conceito de sinal penitencial, como se verá adiante.

⁹ Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p.403; Também, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 186; Ainda, BRANDÃO PROENÇA, *Do*

Feita a advertência, como se disse, ao longo do texto, pelas razões apontadas e por método discursivo, privilegia-se o uso da expressão multa penitencial, ora para designar a cláusula, ora para designar o seu objeto. Não obstante, em rigor cumpre-nos observar que é possível estabelecer uma relação entre cláusula penitencial e multa penitencial *mutatis mutandis* idêntica à relação existente entre cláusula penal e pena¹⁵. Assim, da mesma forma que a cláusula penal é uma promessa e a pena é o seu objeto, pode, identicamente, afirmar-se que a cláusula penitencial corresponde a uma promessa e a multa ao objeto da respetiva promessa¹⁶.

Por último, terminando o capítulo introdutório, no tocante ao objeto deste tipo de cláusulas, ou seja, a multa, propriamente dita, importa dar nota que pode, também, ser identicamente apelidada por dinheiro de arrependimento, preço de arrependimento ou desistência e, ainda, frequentemente, designada por pena¹⁷.

Incumprimento do Contrato-promessa Bilateral, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia, II, BFD, Coimbra, 1989, p.215.

¹⁰ Veja-se, sobre aludido entendimento, PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1975/1976, p. 602, onde se lê: “a chamada cláusula de resgate (que alguns autores denominam multa ou arra penitencial)”; Também, nesta aceção, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, cit., p.287.

¹¹ Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 75 e ss; Do mesmo autor, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.946; MENEZES LEITÃO, *Cláusulas de Rescisão e Cláusulas Penais no Contrato de Trabalho Desportivo*, in IV Congresso de Direito do Desporto, RICARDO COSTA/NUNO BARBOSA (coordenadores), Almedina, Coimbra, 2015, p. 84.

¹² A expressão é utilizada no Brasil, como se verá infra, no Capítulo III, para designar uma quarta modalidade de cláusula penal, estipulada em benefício do devedor, que permite que este se libere da obrigação a que está adstrito pagando a pena, o que em nosso entender corresponde a uma multa penitencial.

¹³ Utilizando, para além de outras, estas duas últimas designações, pode ver-se, BRANDÃO PROENÇA, *Do Incumprimento do Contrato-promessa Bilateral*, cit., p. 207-226.

¹⁴ Diferentemente parece a designada cláusula penal independente referida por ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a Ed., 6.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009, p. 139-140 (nota 2), que embora possa parecer-se com a multa penitencial, não o é - visto que naquela não há uma obrigação cujo cumprimento seja devido, assim, na obra lê-se: “cláusula independente (porque o devedor se não obriga à realização do acto, mas se vincula ao pagamento da pena convencional, no caso de o não realizar)”; no mesmo sentido, mas designando-a de cláusula penal autónoma, apontam os exemplos fornecidos no *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.^a Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 74 e 78.

¹⁵ Observando idêntico raciocínio, relativamente à cláusula penal, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 53.

¹⁶ Cfr., sobre o ponto, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 75 (nota 153); Explicitando, em moldes semelhantes, o uso da mesma terminologia para a denominação da cláusula e do seu objeto, Ana PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 927.

¹⁷ Vide, por exemplo, VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit., p.242. O vocábulo é, também, utilizado por quem enquadra a multa penitencial como uma espécie de cláusula penal diversa das tradicionais. Sendo, ainda, essa a designação adotada pela própria lei no n.º 2, do artigo 830.º do C.C., como se analisará infra, no Capítulo V, ponto 5.5.

Capítulo II

Breve Resenha Histórica

2.1. Antecedentes

Os antecedentes históricos da multa penitencial afiguram-se pouco consistentes. Ora, se o seu tratamento jurídico é escasso, mesmo entre os mais ilustres tratadistas, os vestígios da sua origem histórica podem apelar-se raros. Porém, o denominador comum a todos eles reside no facto de a abordagem jurídica da multa penitencial, pela sua afinidade, ser, por regra, acatada nos espaços dedicados às matérias do sinal e da cláusula penal, que apresentam um lastro histórico sobejamente conhecido. Por um lado, apresenta-se a cláusula penal como legatária da *stipulatio poenae* do direito romano, numa fase inicial, surgindo de modo independente, sem estar associada a outra prestação, e, mais tarde, aparecendo, em moldes semelhantes ao que hoje conhecemos, associada ao não cumprimento de uma outra prestação¹⁸. Por outro lado, afigura-se o sinal, sendo em contextos históricos normalmente designado por arra¹⁹, que emerge no direito romano, oriundo do antigo direito grego, numa primeira fase desempenhando funções confirmatórias e, mais tarde, na época justianeia, adquirindo funções penitenciais, permitindo, assim, que as partes se libertassem dos contratos mediante a sua perda²⁰.

Não obstante, em termos generativos, parece que não se poderá associar a origem da multa penitencial ao contributo transversal do direito romano, como sucede no amparo histórico que subjaz às outras duas figuras elencadas. Tão-pouco pode associar-se qualquer coincidência genética pelo facto de a multa penitencial ser também designada por arra penitencial. Efetivamente, essa sobreposição filológica pode dar azo a equívocos interpretativos, para os quais novamente se alerta. Por isso, convém elucidar que, a doutrina portuguesa, sobretudo a mais antiga, ao utilizar a expressão arra penitencial com propósitos históricos fá-lo dedicando-se exclusivamente ao que hoje se designa por sinal penitencial e nunca à multa penitencial.

¹⁸ Sobre o ponto, com mais desenvolvimento, vide, por todos, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 94-95 e p. 349 e ss..

¹⁹ Sobre a diversidade filológica das arras, veja-se PAULO MERÊA, *Arras – Achegas para a solução dum problema filológico-jurídico*, in Separata do Boletim de Filologia, Imprensa Nacional de Lisboa, 1937, p. 285-293.

²⁰ Sobre o ponto, vide, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 735-736.

Porquanto, no seio da doutrina estrangeira, CESARE BERTOLINI²¹, num estudo particularmente relevante para o efeito, após identificar a multa penitencial²² e discutir a qualificação jurídica da mesma, aborda com minúcia o enigma da sua origem²³. Neste seguimento, analisando os estudos existentes à época, o autor dá nota de que, enquanto alguns juristas atribuem a proveniência da multa penitencial ao direito germânico, outros atribuem-na ao direito romano. Porém, BERTOLINI, sem despontar uma decifração precisa, afirma que, após análise desenvolvida da questão, “*senza preconcetti nell’uno o nell’altro senso, siamo giunti a concludere che la multa penitenziale non è un istituto del diritto romano*”²⁴.

Portanto, face ao exposto, embora a questão seja carecida dos maiores desenvolvimentos, apesar das semelhanças existentes entre o sinal, a cláusula penal e a multa penitencial, tudo aponta para que a origem desta última seja distinta. Efetivamente, apesar de não se poder atestar uma proveniência concreta para a multa penitencial, parece que se poderá, pelo menos, concluir, no seguimento do autor citado, que a sua origem será diversa e posterior ao direito romano.

2.2. O Anteprojeto de Vaz Serra

No Direito Português, segundo temos nota, o primeiro destaque de relevo dado à multa penitencial pode atribuir-se aos trabalhos preparatórios do Código Civil elaborados por VAZ SERRA²⁵.

Efetivamente, o ilustre jurista, conhecedor habilitado de diversas soluções de direito comparado, sugeria nas suas propostas de articulado uma previsão legal da multa penitencial, no então futuro código. VAZ SERRA, considerando as analogias entre as arras²⁶ e a pena convencional²⁷, entendia que ambas deviam ser reguladas na mesma divisão do

²¹ Vide, CESARE BERTOLINI, *Teoria Generale della Pena Convenzionale – Secondo Il Diritto Romano*, Accademia Storico-Giuridica, Roma, 1894.

²² A certo ponto, lê-se: “*La pena convenzionale può avere nel diritto moderno la funzione di multa penitenziale. Ciò si verifica quando il debitore si riserba il diritto di ritirarsi dal rapporto obbligatorio subendo la perdita di una data somma*”, CESARE BERTOLINI, ob. cit., p.82.

²³ Cfr., sobre o ponto, CESARE BERTOLINI, *Teoria Generale della Pena Convenzionale*, cit., p. 82-84.

²⁴ Cfr., CESARE BERTOLINI, *Teoria Generale della Pena Convenzionale*, cit., p. 83.

²⁵ A este propósito, entre os diversos trabalhos preparatórios, veja-se, VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit.; e para os mesmos efeitos, VAZ SERRA, *Resolução do Contrato*, in BMJ n.º 68, 1957, em especial, p. 258-276.

²⁶ Leia-se: sinal.

²⁷ Leia-se: cláusula penal.

código²⁸, enquadrando nessas secções os casos de multa penitencial. Deste modo, num primeiro articulado, relativo à pena convencional, no artigo 6.º, sob a epígrafe “Pena como multa ou arra penitencial”, o autor propunha o seguinte:

“A pena pode ser estabelecida como compensação da faculdade reconhecida ao devedor, de se libertar da obrigação principal, e não como pena convencional. Na dúvida, deve admitir-se que as partes não quiseram atribuir-lhe aquela eficácia.”²⁹

No mesmo sentido, na proposta de articulado relativa às arras penitenciais, VAZ SERRA, distinguindo-as consoante tenham sido ou não entregues, – correspondendo as arras não entregues à multa penitencial – propunha, no artigo 3.º, o que se segue:

“1. As arras podem significar que a parte ou as partes a quem é reconhecido o direito de se arrepender podem resolver o contrato, pagando-as, perdendo-as, ou restituindo-as em dobro.
2. A parte com direito de se arrepender não tem senão que pagar as arras, ou perdê-las ou restituí-las em dobro, conforme os casos.”³⁰

2.3. O Código Civil de 1966

Porém, não obstante os preciosos estudos elaborados por VAZ SERRA nos seus trabalhos preparatórios, o legislador de 1966 não adotou na versão final do código a lição do ilustre jurista. Por conseguinte, o legislador não consagrou as matérias relativas à cláusula penal e ao sinal na mesma divisão, nem tão-pouco logrou no enunciado legal a regulação da multa penitencial. Deste modo, não resistindo à mão dura que moldava a peneira das revisões ministeriais, a multa penitencial manteve-se no paradigma da atipicidade legal³¹, ficando a sua construção jurídica legada à doutrina, à jurisprudência e aos intervenientes da vida prática.

²⁸ Cfr., VAZ SERRA, *Resolução do Contrato*, cit., p. 274.

²⁹ Cfr., VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit., p.242.

³⁰ Cfr., VAZ SERRA, *Resolução do Contrato*, cit., p. 276.

³¹ Embora a expressão “pena” utilizada no artigo 830.º, n.º2 do C.C., só possa ser empregue para aludir a uma eventual multa penitencial, conclusão a que se chega por via interpretativa, como se verá adiante, no capítulo V, ponto 5.5.

Capítulo III

Direito Comparado

3.1. Direito Alemão

A multa penitencial tem correspondência³² na figura do *Reugeld*³³ do direito alemão. No § 353 do BGB, que corresponde ao antigo § 359, sob epígrafe *Rücktritt gegen Reugeld*, prevê-se que “*Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugelds vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird*”.

Do preceito citado, manifestando uma situação de “resolução contra pagamento”³⁴, a doutrina entende que as partes podem prever a faculdade de ambas ou uma delas resolver o contrato mediante o pagamento do dinheiro de arrendimento (*Reugeld*). Da norma resulta que o pagamento pode ser efetuado antecipadamente ou no momento da resolução do contrato e, portanto, esta figura do direito germânico tanto abrange a figura do sinal penitencial (quando há acto material de entrega antecipadamente) como a multa penitencial (quando a quantia é estipulada antecipadamente mas entregue no momento da resolução)³⁵.

Por fim, relativamente à redução do *Reugeld* por equidade, quando excessivo, a doutrina entende unanimemente a inadmissibilidade da sua redução, apenas havendo quem admita essa possibilidade no tocante a contratos de adesão³⁶.

³² Assim, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Ed., Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2007, p. 309 (nota 550); BRANDÃO PROENÇA, *Do Incumprimento do Contrato-promessa Bilateral*, cit., p. 215.

³³ Sobre o ponto, em língua alemã, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14.ª Ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, p. 414-415; HANS BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, 18.ª Ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990, p.75 e 121; HANNS PRÜTTING/GERHARD WEGEN/GERD WEINREICH, *BGB Kommentar*, 10.ª Ed., Luchterhand Verlag, 2015, p. 671-672.

³⁴ A expressão é de BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 366.

³⁵ Veja-se LUDWIG ENNECERUS, *Derecho de Obligaciones*, Vol.I, Trad. Espanhola da 35.ª Ed. Alemã, por PÉREZ GONZÁLES e JOSÉ ALGUER, Libreria Bosch, Barcelona, 1933, p. 189 e 203. Ainda, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 89 (nota 191) e p.120-121 e PINTO DE OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 189.

³⁶ Cfr., neste sentido, RAPOSO BERNARDO, *Sinal-da sua Irredutibilidade por Equidade*, in ROA, Ano 56, Lisboa, 1996, p. 386 e nota 36; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 218 (nota 470).

3.2. Direito Francês

No direito francês a multa penitencial é designada por *clause de dédit*³⁷. Recorrendo à aludida cláusula as partes podem reservar que cada um dos contratantes ou um deles tem o direito de se desdizer, – *se dédire* – isto é, a possibilidade de voltar atrás com a palavra dada, entregando à outra parte a compensação estipulada, correspondendo assim a um direito de arrependimento – *droit de repentir* – reconhecido pela doutrina³⁸ e jurisprudência, tendo em conta que não está legalmente consagrado. Nestes termos, a doutrina entende que o interesse fundamental da *clause de dédit* reside na faculdade oferecida às partes de um contrato de se libertarem dele, funcionando assim como cláusula dissuasora do cumprimento da obrigação principal, visto que atribui uma alternativa ao cumprimento daquela.

A doutrina e jurisprudência francesas, nesta matéria, alertam com grande ênfase para a distinção entre a *clause de dédit* e a *clause pénale*. A este propósito pode ver-se a decisão da COUR DE CASSATION, de 18 de Janeiro de 2011³⁹, onde se lê que “*la clause pénale, qui a pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de l'obligation, se distingue de la faculté de dédit qui lui permet de se soustraire à cette exécution*”. No entanto, entendem pacificamente que, diferentemente da *cláusula pénale*, sempre que as partes estipulam uma *clause de dédit* o juiz fica impossibilitado de reduzir o valor acordado pelos contraentes, como se estabeleceu na citada sentença da COUR DE CASSATION, ao determinar que “*cette faculté exclut le pouvoir du juge de diminuer ou supprimer l'indemnité convenue*”⁴⁰.

³⁷ Idêntica expressão e regime são adotados pelo direito belga. Nesse sentido, na Bélgica a doutrina e jurisprudência reconhecem a existência de *clauses de dédit* nos contratos e, tal como em França, entendem que quando se estipula uma contrapartida para o direito de se desdizerem o juiz fica impedido de reduzir o montante fixado pelas partes, sobre o ponto vide: BENOÎT KOHL/ROMAIN SALZBURGUER/MICHÈLE VANWIJCK-ALEXANDRE, *Les clauses de take or pay: des clauses originales et méconuees*, in *Journal des Tribunaux*, n.º6354, 2009, 356-357.

³⁸ Sobre a *clause de dédit*, na doutrina francesa, pode ver-se, designadamente: JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, Vol. II, Quadrige, Paris, 2004, p. 2116; PHILIPPE MAILINVAUD, *Droit des Obligations*, 7.ª Ed., Litec, Paris, 2007, p. 94; A. BENET, *Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale*, in *La Semaine Juridique*, n.º 3274, I, 1987; RAYMONDE BAILLOD, *Le Droit de Repentir*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Ano 83, n.º 2, 1984, p. 227-254; ISABELLE DEMESLAY, *Le Droit de Repentir*, in *Revue Juridique de l'Ouest*, Vol. 10, n.º 2, 1997, p. 153-174.

³⁹ Cfr. Acórdão da COUR DE CASSATION, Chambre Commerciale, 18-01-2011, Pourvoi n.º 09-16863.

⁴⁰ Cfr., no mesmo sentido, Acórdão da COUR DE CASSATION, Chambre Commerciale, 22-01-2013, Pourvoi n.º 11-27293, disponível em www.courdecassation.fr.

3.3. Direito Italiano

O direito italiano também fornece fortes contributos na construção jurídica da multa penitencial, que nesse ordenamento é, genericamente, designada por *multa penitenziale*⁴¹, embora alguns autores prefiram a manutenção da expressão latina *multa poenitentialis*. A doutrina italiana é unânime ao qualificar a *multa penitenziale* como correspondente do direito de recesso unilateral, ficando sujeita ao regime do artigo 1373³ do *Codice Civile*, que prevê que “*qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione e’ eseguita*”. Nesse sentido, MASSIMO BIANCA afirma que “*la multa penitenziale è piuttosto il prezzo del recesso*”⁴².

Os juristas italianos consideram, nos termos expostos, que a *multa penitenziale* confere o direito subjetivo potestativo de uma das partes se liberar unilateralmente do vínculo contratual⁴³. No entanto, dentro deste quadro, são vários os apelos para a distinção entre a *multa penitenziale* e a *caparra penitenziale*, dadas as semelhanças entre as duas figuras. Esta última, prevista no artigo 1386.º do código italiano, corresponde essencialmente à figura do sinal penitencial do direito português⁴⁴ – não se bastando com a mera promessa, mas implicando a entrega antecipada de certa quantia para que se constitua validamente. Porquanto, quanto à primeira, como ensina PIETRO TRIMARCHI, “*se la somma non è consegnata al momento della conclusione del contratto, ma è semplicemente promessa come corrispettivo del recesso, è detta multa penitenziale*”⁴⁵.

3.4. Direito Espanhol

No direito espanhol, o artigo 1153.º do Código Civil, em sede de cláusula penal, consagra que “*el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho*”. Do excerto

⁴¹ Para além dos autores citados abaixo, destaca-se, também, ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32.ª Ed., CEDAM, Padova, 1991, p. 572; FRANCESCO GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, 12.ª Ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 649,650 e 1033; ANNIBALE MARINI, *Caparra:I*, in Enciclopedia Giuridica, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, p. 4; RAFFAELLO BRACCINI, *Caparra:II*, in Enciclopedia Giuridica, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988, p. 6-7.

⁴² Cfr. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, Vol. III, 2.ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 743.

⁴³ Cfr., neste sentido, CARMINE ROTONDARO, *Clausola Penale, Caparra Confirmatoria, Multa o Caparra Penitenziale nelle Transazioni Intragruppo: Opportunità di Tax Planning e Problematiche Fiscal*, in Rivista di Diritto Tributario Internazionale, n.º 2, Roma, 2000, p. 91.

⁴⁴ Como se verá adiante no capítulo IV, ponto 4.2.2.

⁴⁵ Cfr. o ensinamento de PIETRO TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 12.ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 308.

citado da aludida norma, redigida pela negativa, a doutrina⁴⁶ entende que quando se convençione aquela reserva está-se perante uma *multa penitencial*. Reconhece-se, deste modo, a possibilidade de se fixar uma pena ou multa com o intuito de permitir a uma das partes libertar-se de uma relação obrigatória constituída. Da compreensão generalizada e pacífica resulta que é, assim, possível que as partes estipulem o *dinero de arrepentimiento* ou de *desistimiento*, desde que outorguem claramente essa possibilidade.

Os juristas espanhóis, na sequência de outros ordenamentos, não se eximem de notar a distinção entre a *multa penitencial*, a *cláusula penal* e as *arras penitenciales*⁴⁷. Nesse sentido, ensinam DIEZ-PICAZO e ANTONIO GULLON que “*la estipulación de una pena convencional reviste una configuración distinta si al deudor se le otorga la facultad de liberarse de la obligación pagando la pena, que ha de ser expresa. Este pacto, permitido por el artículo 1153, hace surgir la pena de arrepentimiento o multa penitencial, y, en esencia, una obligación facultativa con cláusula de sustitución*”⁴⁸.

3.5. Direito Suíço

No seio do direito suíço a multa penitencial é, também, designada por *dédit*. Neste particular é a própria lei, em sede de cláusula penal, no artigo 160³ do *Code des Obligations*, que consagra que “*le débiteur conserve la faculté de prouver qu’il a le droit de se departir du contrat en payant la peine stipulée*”.

A doutrina suíça⁴⁹ entende, pacificamente, que o *dédit* corresponde a uma faculdade alternativa que confere ao devedor o direito de resolver o contrato pagando ao credor uma certa soma, previamente estipulada. Para além disso, destaca-se, ainda, que o *dédit* implica sempre o livre arbítrio daquele que o exerce, distinguindo-se, por isso, da cláusula penal, cujo exercício depende da verificação da situação para que foi prevista.

⁴⁶ Sobre a multa penitencial, no direito espanhol, vide, para além dos autores adiante citados, RODRÍGUEZ TAPIA, *Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil*, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, Abril-Junho, 1993, p. 542-543; SANTOS BRIZ, [Artículo 1153], in *Comentario del Código Civil*, Tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 294-295; DÍAZ ALABART, *Las Arras*, in *Revista de Derecho Privado*, Janeiro, 1996, p. 37; HERNANDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983, p. 157.

⁴⁷ Sobre o ponto, MANUEL ALBALADEJO, *Arras de Desistimiento y Arras Penales*, in *Revista de Derecho Privado*, Junho, 1996, p. 427 e ss.; AFONSO RODRIGUEZ, *Las Arras en la Contratacion*, Bosch, Barcelona, 1995.

⁴⁸ Cfr., DIEZ-PICAZO/ANTONIO GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 4.ª Ed., 3.ª Reimp., Tecnos, Madrid, 1986, p. 230-231.

⁴⁹ Sobre o modelo do direito suíço, vide, por todos, PIERRE ENGEL, *Traité des Obligations en Droit Suisse - Dispositions Générales du CO*, Ides et Calendes, Neuchatêl 1973, p. 577-582.

Esta experiência de direito comparado parece ter envolvido influência decisiva no anteprojeto de VAZ SERRA que, nos seus trabalhos preparatórios do Código Civil Português, sugeria que se seguisse um modelo idêntico ao suíço⁵⁰ que estabelecesse legalmente a multa penitencial, enquadrando-a na secção da cláusula penal.

3.6. Direito Anglo-Saxónico

No direito anglo-saxónico, apesar das diferenças face ao direito continental, a doutrina e jurisprudência também reconhecem uma figura jurídica correspondente à multa penitencial. Alguns autores⁵¹ consideram que a multa penitencial se traduz na figura da *buy-out clause*, transmitindo sugestivamente o direito de comprar a saída do contrato, concretizando, assim, um *right to breach*⁵², mediante o pagamento de determinado preço.

No entanto, tal como sucede no direito português, identificámos que, em língua inglesa, surgem várias designações para aludir ao mesmo conceito⁵³. Nesse sentido, apontam-se os chamados *whithdrawal payments*, como sinónimos da multa penitencial, visto que demonstram que “*one party reserves the right to release itself from its commitments in return for a sum of money*”⁵⁴.

3.7. Direito Brasileiro

No direito brasileiro, apesar de a multa penitencial não surgir codificada, tal como no direito português, a doutrina reconhece genericamente a sua admissibilidade. Aliás, ANTUNES VARELA, ilustre jurista lusitano, na sua incursão pelo direito brasileiro identifica a multa penitencial como manifestação do direito de arrependimento, distinguindo-a da

⁵⁰ Assim, fazendo alusão ao preceito citado do Código Suíço, VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit., p. 218 (nota 81).

⁵¹ Neste sentido, referindo a utilização, pelos autores anglo-saxónicos, da expressão *buy-out clause* como correspondente da multa penitencial, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 76.

⁵² Cfr., sobre o ponto: ROBERT SCOTT/GEORGE TRIANTIS, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, in *Columbia Law Review*, Vol. 104, 2004, p. 1428 e ss.

⁵³ Em certos contextos, muito limitados, para aludir ao conceito encontramos também as expressões *forfeit* ou *forfeiture clauses*, embora não as utilizemos para evitar equívocos, visto que podem confundir-se com a tradicional *forfeiture clause* que a jurisprudência distingue da *penalty clause*, como pode ver-se no Acórdão do SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, de 4-11-2015, Case ID: UKSC 2013/0280, disponível em www.supremecourt.uk.

⁵⁴ Cfr., a designação e a citação de MARCEL FONTAINE/FILIP DE LY, *Drafting International Contracts – An Analysis of Contracts Clauses*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, p. 336.

cláusula penal, visto que aquela consiste no preço de uma liberdade ou no preço da faculdade a que uma das partes se reserva de se libertar da obrigação⁵⁵.

Entre os juristas brasileiros destacam-se os claros ensinamentos de ORLANDO GOMES a propósito da figura. O autor aclara que as partes podem estipular, no próprio contrato, um *jus poenitendi*, que passa assim a autorizar que, por declaração unilateral, uma ou qualquer das partes possa pôr termo ao contrato, tendo o exercício da faculdade de arrependimento como contrapartida o pagamento da multa penitencial previamente estipulada. ORLANDO GOMES sintetiza, portanto, que a multa penitencial corresponde à “compensação pecuniária atribuída à parte que se viu privada da vantagem do contrato porque a outra se arrependeu de o ter celebrado”⁵⁶.

Por último, ainda no tocante ao direito brasileiro, importa referir que, embora para designar a mesma figura – a multa penitencial – nos termos acima expostos, há na doutrina quem a apelide de “cláusula penal liberatória”, concebendo-a como uma espécie de cláusula penal que é estipulada em benefício do devedor, permitindo que este se libere da obrigação principal pagando a quantia estipulada⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. neste sentido, ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, Vol. 2, Editora Forense, Belo Horizonte, 1979, p. 171.

⁵⁶ Cfr., ORLANDO GOMES, *Contratos*, 9.^a Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 208.

⁵⁷ Assim, LIMONGI FRANÇA, *Raízes e Dogmática da Cláusula Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987, p. 199 e ss.

Capítulo IV

Distinção de Figuras Afins

4.1. Cláusula Penal

A cláusula penal⁵⁸ está legalmente prevista e definida no artigo 810.º do C.C., no âmbito da fixação contratual dos direitos do credor. Do n.º1, da aludida norma, resulta que “as partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama de cláusula penal”.

Tradicionalmente, nos vários sistemas de direito comparado⁵⁹, a cláusula penal era vista como uma figura unitária, à qual se atribuía uma dupla função: indemnizatória e compulsória. Os defensores da tese da dupla função⁶⁰ entendiam, por conseguinte, que ao fixar-se uma pena, consistindo esta num montante *a forfait* superior ao montante do dano, tanto se estava a fixar previamente o valor da indemnização, como a compelir ou incentivar o devedor ao cumprimento. Sendo esta, também, a posição dominante e adotada pela doutrina e jurisprudência portuguesas durante bastante tempo⁶¹.

No entanto, no entender da melhor doutrina⁶², com a qual nos encontramos de acordo, a enunciação do referido artigo corresponde a uma definição acanhada que não engloba as diversas espécies de cláusula penal que podem ser introduzidas nas relações contratuais ao abrigo da autonomia privada. Nesse sentido, PINTO MONTEIRO define cláusula penal – em sentido amplo – como “a estipulação em que qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga antecipadamente, perante a outra parte, a efectuar certa

⁵⁸ Sobre a cláusula penal, em geral, vide, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit.; VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit.; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., 2.ª Reimpressão, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 589 e ss.; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed., Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 437 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit., p. 140 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, cit., p. 737 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed., 4.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016, p. 793 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 298 e ss.; e, ainda, na secção relativa à cláusula penal, BENTO SOARES/MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1995.

⁵⁹ Com exceção do sistema anglo-saxónico que tradicionalmente distingue duas espécies de cláusula penal: *penalty clause* e *liquidated damages*.

⁶⁰ Para maiores desenvolvimentos, embora discordando, vide, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 301 e ss..

⁶¹ Para orientações mais antigas, acerca da pena convencional no Direito Português, pode ver-se, entre outros, GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. I, Parte Geral, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1907, p. 499-502; e COELHO DA ROCHA, *Intuições de Direito Civil Portuguez*, 5.ª Ed., Tomo I, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1867, p.584-584.

⁶² Referimo-nos a PINTO MONTEIRO, com influência decisiva na doutrina e jurisprudência portuguesas com o estudo citado, a tese de doutoramento, *Cláusula Penal e Indemnização*.

prestação, normalmente em dinheiro, em caso de não cumprimento ou de não cumprimento perfeito (máxime, em tempo) de determinada obrigação, a fim de proceder à liquidação do dano ou de compelir o devedor ao cumprimento”⁶³. Desta definição genérica, em virtude daquele que seja o escopo desejado pelas partes a atribuir à cláusula estipulada, em cada caso, – que há-de aferir-se por via interpretativa – poderá surgir uma das três modalidades de cláusula penal: 1) cláusula de fixação antecipada da indemnização; 2) cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória; ou 3) cláusula penal em sentido estrito.⁶⁴

A cláusula penal como cláusula de fixação antecipada da indemnização surge quando a intencionalidade das partes é estabelecer, previamente e por acordo, o montante que o devedor deverá pagar caso incumpra a obrigação que assumiu, sendo esta a modalidade que a lei prevê no n.º1 do artigo 810.º do C.C.⁶⁵.

A cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória traduz a intenção das partes de que a pena funcione como um *plus* que acrescerá ao valor a pagar a título de indemnização por não cumprimento ou à execução específica da obrigação⁶⁶.

A cláusula penal em sentido estrito, por sua vez, também visa compelir o devedor a cumprir a sua obrigação, mas, neste caso, a intencionalidade das partes decreta no credor a faculdade de exigir outra prestação, em substituição da prestação originária, como sanção para o incumprimento, ficando assim substituída a indemnização, tendo em conta que a nova prestação já contempla a satisfação do credor.⁶⁷

Apresentada a cláusula penal nas suas diversas espécies, compete-nos, portanto, confrontar as suas proximidades e dissemelhanças face à multa penitencial. Efetivamente, em termos doutrinários a distinção entre cláusula penal e multa penitencial pode apelidar-se como uma distinção clássica ou tradicional. Não obstante, na prática, essa evidência nem sempre se acha de fácil identificação, dando azo a dificuldades e incoerências no tratamento dado pelos juristas e pelos tribunais à distinção das duas figuras, tornando, assim, este ponto de análise fulcral para o trajeto da nossa investigação.

⁶³ Cfr., por exemplo, entre outros estudos do autor, PINTO MONTEIRO, *A Pena e o Dano*, in *Cadernos de Direito Privado*, Número Especial 02, Dezembro, Braga, 2012, p. 61.

⁶⁴ Para maiores desenvolvimentos, sobre as três espécies de cláusulas penais, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 601 e ss.; destaca-se também o Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 3 de Novembro de 1983, in *ROA*, Ano 45, 1985, p. 113 e ss., acompanhado pelo parecer de ANTUNES VARELA e pela anotação de FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA, que se mostrou contrário à doutrina maioritária da época, admitindo que se podiam estipular outras espécies de cláusula penal, diversas da consagrada no artigo 810.º do C.C., que corresponde apenas a uma das possíveis modalidades.

⁶⁵ Neste sentido, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., 601 e ss..

⁶⁶ Neste sentido, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., 604 e ss..

⁶⁷ Neste sentido, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., 609 e ss..

Na esteira dos melhores ensinamentos, para além das menções feitas no âmbito do direito comparado, assentam desde logo os trabalhos preparatórios do código civil já mencionados. VAZ SERRA, na preparação do seu articulado sobre a pena convencional, advertia para a diferença entre multa penitencial e cláusula penal. Acautelava que se “o devedor tem a faculdade de se libertar da obrigação principal pagando uma pena, não há, na realidade, uma pena convencional, pois esta pressupõe uma obrigação principal que não é cumprida ou não o é perfeitamente”⁶⁸, sendo a pena a sanção para o incumprimento da obrigação assumida. O autor aludia, ainda, relativamente à exigibilidade da pena, que na cláusula penal o credor possui o direito de exigir a pena quando se verificar a situação de incumprimento para que foi prevista e que, por contraste, na multa penitencial o credor “não tem tal direito, apenas podendo reclamar o cumprimento: o devedor é que pode, prestando a pena, libertar-se da obrigação”⁶⁹.

No mesmo sentido, mas com diferente designação, PESSOA JORGE entende que a cláusula de resgate (multa penitencial) se distingue da cláusula penal, fundamentalmente, porque aquela “não pressupõe um acto ilícito, a violação de um dever, mas o exercício de um direito pelo devedor; por isso o credor só poderá exigir o cumprimento da prestação inicial ou a reparação dos prejuízos resultantes do não cumprimento, mas nunca a cláusula de resgate”⁷⁰.

Na sequência cronológica traçada, diferenciando a cláusula penal da multa penitencial, MOTA PINTO exprime um decisivo apontamento ao escrever que “a cláusula penal não dá lugar a uma obrigação alternativa à escolha do devedor [...] o devedor não pode, pois, escolher o pagamento da pena, em vez do cumprimento da obrigação principal”⁷¹. Sem deixar, porém, de advertir que as partes, no exercício da sua autonomia, podem prever uma multa penitencial, como corresponsivo do direito de arrependimento⁷²,

⁶⁸ Cfr., VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit., p. 218.

⁶⁹ Cfr., VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit., p. 218.

⁷⁰ Cfr., PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 602-603, dando, também, o seguinte exemplo de multa penitencial: “alguém se obriga a fornecer periodicamente, durante certo número de anos, determinada mercadoria, mas ficando estipulado que pode eximir-se ao cumprimento dessa prestação pagando certa quantia em dinheiro ao credor”.

⁷¹ Cfr., o apontamento de MOTA PINTO, *Lições de Direito Civil 1979-1980*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1980, p. 216.

⁷² No mesmo sentido, pode ver-se, ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 117 (nota 209).

estipulando que “o devedor pode deixar de cumprir, tendo apenas que pagar a soma prevista”⁷³.

Em estudos mais recentes⁷⁴, mas no mesmo sentido, CALVÃO DA SILVA ensina que a multa penitencial, pressupondo a existência de uma obrigação, quando prevista pelas partes, funciona como “correspetivo (preço) do direito de arrependimento ou de desistência do contrato, arredando ao credor a possibilidade de impor o cumprimento da prestação que está *in obligatione* – o que não acontece com a cláusula penal, que confere ao credor uma opção entre o cumprimento e a indemnização *à forfait* estipulada”⁷⁵.

Das citações transcritas dos ilustres juristas, podemos, portanto, concluir que a multa penitencial e a cláusula penal distinguem-se pacificamente na doutrina por vários critérios. Atrevemo-nos, até, a afirmar que a multa penitencial corresponde ao inverso funcional⁷⁶ da cláusula penal. Ora, vejamos.

Estruturalmente, ambas – cláusula penal e multa penitencial – são cláusulas acessórias aos contratos e de natureza consensual. Porém, funcionalmente denotam-se inversas. Enquanto a cláusula penal reforça o direito ao cumprimento por parte do credor; a multa penitencial enfraquece o direito ao cumprimento, visto que atribui ao devedor a possibilidade de se libertar licitamente da obrigação, mediante o pagamento de certa contrapartida⁷⁷.

Relativamente à exigibilidade as figuras mantêm-se igualmente inversas. Enquanto na multa penitencial é o devedor quem beneficia da possibilidade de pagar a multa, não podendo o credor exigir o pagamento da mesma; na cláusula penal é o credor que beneficia da possibilidade de exigir o pagamento da pena, caso se verifique a situação para que foi prevista, não podendo o devedor escolher pagar a pena em vez de cumprir a obrigação a que está adstrito. Assim é, de facto, porque enquanto a estipulação de uma multa penitencial constitui uma obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris*⁷⁸, a

⁷³ Cfr., MOTA PINTO, Lições de Direito Civil, cit., p. 216.

⁷⁴ Referimo-nos a: CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.ª Ed., Revista e Aumentada, Almedina, Coimbra, 2010; e CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Ed., Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2007.

⁷⁵ Cfr., CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., p. 41.

⁷⁶ Em sentido figurado, recorrendo à analogia matemática, podemos estabelecer a multa penitencial como figura inversa da cláusula penal, enquanto o sinal penitencial corresponderá à figura simétrica, como se verá adiante, no ponto 5.2.2.

⁷⁷ Neste sentido, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 80 e ss..

⁷⁸ Assim, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 185.

estipulação de uma cláusula penal constitui uma obrigação com faculdade alternativa *a parte creditoris*⁷⁹.

Portanto, o critério decisivo na destrição entre a cláusula penal e a multa penitencial há-de ser o mesmo que se apresentou para a distinção entre as diversas espécies de cláusula penal: o escopo das partes. Quando as partes pretendem previamente atribuir ao devedor a faculdade de se desvincular licitamente da obrigação assumida, realizando uma prestação diversa, estaremos perante uma multa penitencial; contrariamente, quando as partes pretendem atribuir ao credor o direito a exigir certa prestação em caso de incumprimento (ilícito e culposo) de determinada obrigação, estaremos perante uma cláusula penal.

Aliás, por nossa parte, entendemos que nada impede que se estipule no mesmo contrato uma cláusula penal e uma multa penitencial. A convivência entre ambas as figuras é perfeitamente saudável – desde que bem identificadas – no âmbito da mesma relação obrigacional. É inteiramente compatível estipular uma cláusula penal, independentemente da espécie (que constitui a faculdade do credor em caso de incumprimento exigir a pena prevista) com uma multa penitencial (que constitui a faculdade do devedor se libertar da obrigação mediante o pagamento da multa)⁸⁰. Ou seja, perante o panorama traçado, numa obrigação em que se englobem as duas figuras, o credor beneficiário de uma cláusula penal poderá exigir o pagamento da pena sempre que se verifique uma situação de incumprimento diversa daquela que foi autorizada na cláusula de multa penitencial, visto que essa falta, por acordo das partes, passou a ser lícita, e, portanto, insuscetível de ser sancionada a qualquer título, desde que a multa seja efetivamente paga.

Em suma, face ao que se disse, apesar de estruturalmente a multa penitencial e a cláusula penal serem idênticas por ambas se bastarem com consensualidade – ambas promessas – a sua distinção é clara. Numa primeira distinção, a cláusula penal como cláusula de fixação antecipada da indemnização difere da multa penitencial pelo facto de uma estabelecer, previamente, o valor da indemnização para certo facto ilícito e outra estabelecer previamente o preço do arrependimento que corresponde a um facto lícito, respetivamente⁸¹. Numa segunda distinção, a cláusula penal exclusivamente compulsória e

⁷⁹ Assim, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 100-104.

⁸⁰ Como defendem alguns autores, que citaremos adiante, a propósito do contrato de trabalho desportivo, no Capítulo VI, ponto 6.1.

⁸¹ Neste sentido, vide, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 86-87.

a cláusula penal em sentido estrito⁸², para além de dependerem de um facto ilícito, distinguem-se da multa penitencial, também pelo facto de, contrariamente às primeiras, esta última não apresentar qualquer função compulsória⁸³, visto que é dissuasora do cumprimento, por facultar ao devedor a possibilidade de substituir a prestação programada por outra diversa⁸⁴, e nunca um incentivo ao seu cumprimento.

4.2. O Sinal

O sinal⁸⁵, também designado pela expressão *arra*, consiste na entrega, por uma das partes (*tradens*) à outra (*accipiens*), de uma coisa, via de regra uma quantia em dinheiro, feita no momento em que se celebra o contrato ou posteriormente⁸⁶, mas antes do cumprimento⁸⁷. Atualmente, no direito português, o seu regime encontra-se previsto nos artigos 440.º a 442.º do C.C., assumindo um relevo de destaque no domínio do contrato-promessa. Ao longo da história, o sinal demonstra uma alternância significativa entre funções confirmatórias e funções penitenciais⁸⁸. No entanto, nem todos os ordenamentos – como é o caso do português – seguiram o modelo italiano que, nos artigos 1385.º e 1386.º do *Codice Civile*, emparelha legalmente o sinal penitencial (*caparra penitenziale*) e o sinal

⁸² Em nosso entender, parece que será, tendencialmente, a cláusula penal em sentido estrito, aquela que evidencia maior proximidade com a multa penitencial, visto que confere também o direito - *in casu* ao credor - de substituir a prestação devida por outra diversa; assim, PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, in RLJ, Ano 135, n.º 3934, Setembro-Outubro, 2005, p. 21.

⁸³ Neste ponto, porém, tendemos a discordar de PINTO MONTEIRO, quando entende que a multa penitencial, sendo elevada, pode exercer uma função compulsória idêntica à da cláusula penal. Respeitosamente, entendemos que a multa penitencial quando excessiva pode perder a sua funcionalidade, tornando-se irrelevante, mas nunca ganhar uma função compulsória, visto que o credor nunca a poderá exigir. Sobre o assunto, vide, do autor *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p. 24.

⁸⁴ Com entendimento próximo, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 87-88.

⁸⁵ Sobre o sinal, em geral, entre outros, vide: ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 311 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 428 e 796; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 163 e ss.; CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit.; PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, p. 735 e ss.; GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª Ed., Refundido e Atualizado, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 217-220; ANA COIMBRA, *O sinal: Contributo para o Estudo do seu Conceito e Regime*, in *O Direito*, Ano 122.º, III-IV, Julho-Dezembro, 1990, p. 621 e ss.; RAPOSO BERNARDO, *Sinal-da sua Irredutibilidade por Equidade*, in ROA, Ano 56, Lisboa, 1996, p. 367-425.

⁸⁶ Neste sentido, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 164.

⁸⁷ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, p. 373.

⁸⁸ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 165 e ss.; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, cit., p. 735 e ss..

confirmatório (*caparra confirmatoria*), ou o modelo alemão que, nos parágrafos §353 e §336, engloba no BGB o sinal penitencial (*Reugeld*)⁸⁹ e o sinal confirmatório (*Draufgabe*).

Porquanto, relativamente ao sinal, o legislador português concebeu uma figura unitária, embora dos preceitos aludidos se extraíam duas modalidades possíveis, estabelecendo-se, assim, a possibilidade de as partes convencionarem um sinal de cariz confirmatório ou de cariz penitencial, sendo decisiva a sua vontade, não havendo sequer entendimento na doutrina e jurisprudência sobre qual prevalece em caso de dúvida⁹⁰. Deste modo, para os efeitos propostos, compete-nos, de seguida, apresentar as duas modalidades de sinal e distingui-las da multa penitencial.

4.2.1. O Sinal Confirmatório

O sinal pode assumir um carácter confirmatório ou confirmatório-penal. Esta modalidade de sinal pode favorecer três objetivos diversos: prova do cumprimento, antecipação do cumprimento, sanção contra o incumprimento⁹¹. Em primeiro lugar, o sinal serve de prova do cumprimento, funcionando como *signum* daquele, isto é, como confirmação ou prova do vínculo negocial. Em segundo lugar, a constituição deste tipo de sinal pode funcionar como antecipação do cumprimento, sendo a coisa entregue imputada na prestação devida quando possível. Em terceiro e último lugar, esta modalidade de sinal pode, ainda, funcionar como sanção ao dispor do contraente fiel que poderá fazer sua a coisa entregue a título de sinal ou exigi-la em dobro à outra parte, consoante o incumprimento provenha do *tradens* ou do *accipiens*, respetivamente, reforçando, deste modo, o vínculo negocial.

Ora, face ao exposto, relativamente a esta modalidade de sinal, facilmente se compreendem as diferenças entre a multa penitencial e o sinal confirmatório-penal. Por um lado, denota-se claramente uma divergência estrutural, pois o sinal tem natureza real, necessitando de um acto de material de entrega para se constituir validamente, enquanto a multa penitencial tem natureza consensual, bastando-se com a estipulação contratual para que se constitua validamente, sendo, portanto, suficiente a mera promessa de cumprir no

⁸⁹ Embora o *Reugeld*, do direito alemão, como se viu anteriormente, seja uma figura mais ampla, englobando também a multa penitencial.

⁹⁰ Aprofundando as divergências doutrinárias relativas ao regime prevalecente do sinal, em caso de dúvida relativamente à intencionalidade das partes, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 96-99.

⁹¹ Assim, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 164; e, ainda, CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., p. 98.

futuro⁹². Por outro lado, tendo em conta as funções assumidas por ambas as figuras, reforça-se a sua dissemelhança. Neste sentido, enquanto o sinal confirmatório arroga uma função de reforço do cumprimento das obrigações assumidas, idêntica à da cláusula penal, a multa penitencial enfraquece o cumprimento daquelas, dado que permite que o devedor se liberte da obrigação prestando a contrapartida convencionada⁹³.

Em suma, com base no supra dito, pode, portanto, concluir-se que a multa penitencial e o sinal confirmatório são institutos que se afiguram distintos, assumindo divergências tanto no plano estrutural como no plano funcional⁹⁴.

4.2.2. O Sinal Penitencial

O sinal penitencial, por seu turno, verifica-se quando a intencionalidade das partes é a de conservar a possibilidade de se desvincularem do contrato mediante a perda do sinal constituído ou perante a sua restituição em dobro, consoante seja o *tradens* ou o *accipiens*, respetivamente, a exercer o seu direito de arrependimento⁹⁵. Deste modo, como ensina PINTO MONTEIRO, “mediante a constituição do sinal penitencial, qualquer das partes dispõe da faculdade de desistir do contrato, de se retractar, desvinculando-se do compromisso, mediante o sacrifício que representa a perda do sinal ou a sua restituição em duplicado”⁹⁶.

Ora, face ao exposto, relativamente a esta modalidade de sinal, cumpre-nos distingui-la da multa penitencial. No plano funcional não há qualquer divergência entre sinal penitencial e multa penitencial. Ambas as figuras funcionam como corresponsivo do direito de arrependimento. As partes, ao estipularem um sinal penitencial ou uma multa penitencial, pretendem reservar a faculdade de se retratarem. Deste modo, preveem antecipadamente a contrapartida que confere o poder de substituírem os deveres prestacionais, inicialmente previstos, pelo pagamento da multa, perda do sinal ou restituição em dobro, conforme os casos, estabelecendo-se, assim, o enfraquecimento da obrigação inicialmente assumida⁹⁷. Porém, do ponto de vista estrutural, o sinal penitencial e a multa penitencial divergem. Efetivamente, como se aludiu anteriormente, o sinal –

⁹² Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 185.

⁹³ Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 78.

⁹⁴ Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 79.

⁹⁵ Neste sentido, sobre a modalidade penitencial do sinal, RAPOSO BERNARDO, *Sinal-da sua Irredutibilidade por Equidade*, cit., p. 395; ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão de 18 de Novembro de 1982*, in RLJ, Ano 119, n.º 3742-3753, 1986/1987, p. 214-216; CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., p. 98-99.

⁹⁶ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p.164-165.

⁹⁷ Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 78-79.

independentemente da modalidade – tem natureza real, necessitando de um acto material de entrega para se constituir validamente, enquanto a multa penitencial tem natureza meramente consensual, bastando-se com a promessa de cumprir no futuro⁹⁸.

Em suma, com base no supra dito, pode, portanto, concluir-se que a multa penitencial e o sinal penitencial são figuras muito próximas⁹⁹, encontrando identidade no plano funcional mas dissemelhanças no plano estrutural¹⁰⁰.

⁹⁸ Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., p. 42.

⁹⁹ Aludindo à referida proximidade, vide Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, Processo n.º 0756762, de 28-01-2008, (ABÍLIO COSTA), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁰ Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 79.

Capítulo V

A Multa Penitencial

5.1. Conceito

Aqui chegados, demonstradas diversas experiências de direito comparado e distinguida a multa penitencial de figuras próximas, cumpre-nos apresentar a nossa definição de multa penitencial, explicitando as decorrências do conceito.

Por nossa parte, consideramos, portanto, que a multa penitencial pode definir-se como a estipulação, consensual, através da qual ambas as partes, ou uma delas apenas, reservam, antecipadamente, a faculdade de se libertarem do vínculo contratual mediante certa contrapartida, normalmente o pagamento de determinada soma em dinheiro, permitindo-se, assim, a desistência lícita daquele que a tem a seu favor, se e na medida que realize a prestação, diversa da devida, convencionada como contrapartida¹⁰¹.

A multa penitencial, como se aludiu, não é prevista legalmente pela lei civil, tendo, portanto, fundamento jurídico na autonomia privada, mais concretamente no princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do C.C., que prevê que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos”¹⁰² tal como “estipular as cláusulas que lhes aprouver”¹⁰³. No entanto, nesta matéria, não nos podemos olvidar do *pacta sunt servanda*, do artigo 406.º, do mesmo código, que prescreve que “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”. Ora, a multa penitencial resulta, deste modo, da harmonização dos dois princípios basilares apontados¹⁰⁴, sendo decisivo para a sua qualificação que era vontade das partes, – que há-de averiguar-se à luz das regras gerais da interpretação dos artigos 236.º a 239.º do C.C. – aquando da sua estipulação, permitir, ao abrigo da liberdade contratual, que se atribua a uma ou ambas as partes a faculdade de se desvincularem,

¹⁰¹ Em sentido próximo, por exemplo, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, cit., p. 308-309; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 185-186; PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 75.

¹⁰² Excerto do Artigo 405.º, n.º1 do C.C.

¹⁰³ *Idem, Idem.*

¹⁰⁴ Sobre a interpretação e harmonização dos princípios, por todos, vide: PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, cit., p. 147 e ss.; BAPTISTA MACHADO, *Cláusula do Razoável*, in *Obra Dispersa*, Vol.I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 520 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p. 6; PINTO MONTEIRO, *O contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, in *O Contrato*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 27-29.

passando essa autorização a constar da própria pontualidade contratual. Isto porque, como explica BRANDÃO PROENÇA, “o legislador não atribui aos contraentes a possibilidade de rompimento do contrato por acto/vontade unilateral a não ser que haja acordo das partes ou que a própria lei (...) autorize a desvinculação”¹⁰⁵.

Relativamente à constituição da multa penitencial, tal como se sugere a definição apresentada, com inclusão da palavra “consensual”, basta-se com a simples estipulação. Deste modo, do ponto de vista estrutural, diferentemente do sinal, a multa penitencial não implica a entrega de qualquer quantia aquando da sua constituição, ficando perfeita com o mero consenso das partes, tal como acontece na constituição da cláusula penal, sendo, portanto, uma mera promessa a cumprir no futuro¹⁰⁶.

No que concerne ao conteúdo da multa penitencial, parece que consiste, por excelência, em certa quantia de dinheiro. Deste modo, no tratamento dado pela doutrina, tudo indica que o conteúdo da multa, convencionado como contrapartida, é especialmente vocacionado para se estabelecer em dinheiro, sendo até correntemente designado por “dinheiro ou preço de arrependimento”¹⁰⁷. No entanto, parece que poderá dizer-se *mutatis mutandis* o que é dito, por parte da doutrina, a propósito da cláusula penal¹⁰⁸ e do sinal¹⁰⁹, ou seja, que o conteúdo da multa poderá consistir numa prestação não pecuniária. Neste sentido, aponta PINTO OLIVEIRA que com a multa penitencial “reserva-se a faculdade de se arrepender ou de desistir do contrato, compensando o credor através da realização de uma prestação – pecuniária ou não pecuniária – diferente da prestação principal”¹¹⁰, manifestando, assim, a possibilidade de consistir em coisa diversa.

Outro ponto fundamental, resultante da definição apresentada, centra-se ao nível do funcionamento, isto é, a propósito do modo de exercício do direito de se desvincular. Ora, neste particular, convém assinalar que apesar da multa penitencial facultar, a quem a

¹⁰⁵ Cfr., BRANDÃO PROENÇA, *A Desvinculação Não Motivada nos Contratos de Consumo: um Verdadeiro Direito de Resolução?*, disponível em www.oa.pt, p. 7-8.

¹⁰⁶ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 186; também, RIBEIRO COELHO, *O Consumidor e a Tutela do Consumo*, in RMP, n.º103, Ano 26, Julho-Setembro, 2005, p. 107.

¹⁰⁷ Assim, por exemplo, PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, cit., p. 217; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 186; RAPOSO BERNARDO, *Sinal-da sua Irredutibilidade por Equidade*, cit., p. 395.

¹⁰⁸ Veja-se, por todos, admitindo que o objeto da cláusula penal não seja pecuniário, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, cit., p. 589.

¹⁰⁹ Veja-se, admitindo a possibilidade do sinal ser constituído com coisa diversa de dinheiro, entre outros, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, cit., p. 735; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 311.

¹¹⁰ Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, cit., p. 217.

tenha a seu favor, o direito de se liberar da obrigação assumida, a produção dos seus efeitos só se efetiva a partir do momento em que a contrapartida estipulada seja prestada. Deste modo, como escreve PINTO MONTEIRO, “enquanto o contraente faltoso não se libertar do contrato – carecendo, para o efeito, de pagar a multa convencionada – pode a outra parte exigir o seu cumprimento”¹¹¹. Portanto, de modo a sintetizar o seu funcionamento, insistindo nas palavras do autor, a multa penitencial “confere a qualquer das partes a faculdade de se desvincular – o que só acontece se e na medida em que for paga¹¹² a quantia estipulada”¹¹³.

Na concretização do conceito, afigura-se também fundamental invocar que a multa penitencial consubstancia um meio lícito de desvinculação contratual. O arrependimento, porque autorizado previamente pelos contraentes e condicionado à aludida contrapartida, ao abrigo da liberdade contratual, corresponde a um acto lícito, ao invés do não cumprimento *tout court* que corresponde, como é natural, a um acto ilícito¹¹⁴. Nestes termos, realça-se a lição de PESSOA JORGE quando afirma que a multa penitencial, a que chama cláusula de resgate, “não pressupõe um acto ilícito, a violação de um dever, mas o exercício de um direito pelo devedor”¹¹⁵; ou, também, as palavras certeiras de BRANDÃO PROENÇA, aclarando que na multa penitencial “há uma legitimação prévia e bilateral do incumprimento mediante uma compensação pecuniária”¹¹⁶.

Portanto, em face do que se disse, a multa penitencial apresenta-se como um “instrumento desvinculativo”¹¹⁷ que se convencionou por vontade das partes, como manifestação do direito de arrependimento, o *ius poenitendi* do direito romano, sendo, no caso concreto, mediado por uma contrapartida previamente estipulada, que atribui, assim, a quem a tenha a seu favor, a faculdade de optar entre cumprimento da obrigação assumida ou a sua substituição pelo pagamento da multa – o que nos leva ao ponto que se segue.

¹¹¹ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 186.

¹¹² Assim como sucede na Alemanha com a figura do *Reugeld*, previsto no §353 do BGB.

¹¹³ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 186.

¹¹⁴ Defendendo que os conceitos de arrependimento e não cumprimento se excluem mutuamente, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 50.

¹¹⁵ Cfr., PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 603.

¹¹⁶ Cfr., BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 90-91.

¹¹⁷ Expressão de BRANDÃO PROENÇA, *Do Incumprimento do Contrato-promessa Bilateral*, cit., p.206.

5.2. A Obrigação com Faculdade Alternativa

Da densificação do conceito, apresentada anteriormente, pode retirar-se, portanto, que a multa penitencial, quando inserida numa relação contratual, configura uma obrigação com faculdade alternativa¹¹⁸. Ora, vejamos, em que termos.

No seu estudo sublime, a este propósito¹¹⁹, segundo MANUEL DE ANDRADE, “dizem-se obrigações facultativas ou com faculdade alternativa (*facultas alternativa*) aquelas que têm por objecto uma só prestação, simples ou complexa, só esta sendo devida, mas competindo ao devedor o direito de libertar-se do vínculo mediante uma outra prestação, sem necessidade de consentimento do credor”¹²⁰. Na definição citada, parte-se da situação paradigmática em que a obrigação facultativa é estabelecida a favor do devedor, *a parte debitoris*, podendo, porém, ser estabelecida a favor do credor, chamando-se, *in casu*, obrigação facultativa *a parte creditoris*. Esta modalidade de obrigações é, frequentemente, ilustrada com recurso ao brocardo latino *una res in obligatione, duae in solutione*, com o intuito de se salientar que existe uma obrigação de prestar apenas, mas que pode, contudo, ser substituída por aquele que tem a seu favor a *facultas*¹²¹.

O anteprojeto do Código Civil previa no seu articulado¹²² alguns preceitos dedicados à regulação legal das obrigações com faculdade alternativa que, porém, não ficaram plasmados na versão definitiva. Deste modo, as obrigações com faculdade alternativa não estão expressamente tipificadas na lei, embora sejam amplamente reconhecidas em termos doutrinários – apontando-se como exemplo paradigmático a norma do artigo 558.º, n.º1 do C.C.¹²³ – e distinguindo-se claramente das obrigações alternativas, previstas nos artigos 543.º a 549.º do código.

¹¹⁸ Assim, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 185.

¹¹⁹ Sobre as obrigações com faculdade alternativa, vide: GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1925, p. 66-68; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de RUI DE ALARCÃO, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1966, p. 212-214; VAZ SERRA, *Obrigações Alternativas. Obrigações com Faculdade Alternativa*, in BMJ, n.º 55, 1956, p. 126-157; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 843-845; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 729-730; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, 2.ª Ed., Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2012, 671-674; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, cit., p. 123-125.

¹²⁰ Cfr., MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 212.

¹²¹ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, cit., p. 671.

¹²² Cfr., VAZ SERRA, *Obrigações Alternativas. Obrigações com Faculdade Alternativa*, cit. p.155-156.

¹²³ Prevê que: “A estipulação do cumprimento em moeda com curso legal apenas no estrangeiro não impede o devedor de pagar em moeda com curso legal no país, segundo o câmbio do dia do cumprimento e do lugar para este estabelecido, salvo se essa faculdade tiver sido afastada pelos interessados”.

Efetivamente, enquanto nas obrigações alternativas há diversas prestações em disjunção, ficando o devedor exonerado assim que efetuar aquela que, por escolha, seja designada¹²⁴; nas obrigações com faculdade alternativa é devida apenas uma prestação, não obstante, conforme a *facultas* seja prevista a favor do credor ou do devedor, respetivamente, possa exigir-se ou efetuar-se uma outra prestação¹²⁵.

Na sequência apontada, convém explicitar que apesar de a multa penitencial poder ser estabelecida a favor de qualquer uma das partes, ou até de ambas, o seu regime enquadra-se sempre como obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris*; pelo que a respetiva faculdade de se desvincular pode ser atribuída a qualquer delas, mas sempre na qualidade de devedor – que, como se sabe, ambas partilham no âmbito da maioria dos contratos¹²⁶. Assim, afirma expressivamente MANUEL DE ANDRADE que a obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris* “pode conceber-se como um pacto de dação em pagamento, que empenha ou vincula o credor e não o devedor; uma promessa unilateral de dação em pagamento, mas unilateral *a parte creditoris*; uma promessa, portanto, de aceitação em pagamento”¹²⁷.

Contrapondo o que agora se disse com a definição apresentada de multa penitencial pode, portanto, depreender-se que aquela retrata um exemplo claro de obrigação com faculdade alternativa. Neste sentido, a multa penitencial, ao conferir a uma ou a ambas as partes o direito de se desvincularem do contrato mediante certa contrapartida, atribui a faculdade de se fazer substituir a prestação inicialmente prevista na obrigação por uma prestação diversa – que há-de corresponder à contrapartida convencionada – consubstanciando, assim, uma obrigação facultativa *a parte debitoris*¹²⁸.

Em abono da qualificação apresentada, para além da doutrina nacional e estrangeira¹²⁹, também a jurisprudência, entre nós, já teve oportunidade de proceder a essa

¹²⁴ Sendo os critérios de escolha estabelecidos pelas partes ou supletivamente pela lei.

¹²⁵ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 727-730.

¹²⁶ Pense-se, por exemplo, no contrato de compra e venda em que ambas as partes são simultaneamente credoras e devedoras. Uma: credora do preço e devedora da entrega da coisa; a outra: credora da entrega da coisa e, por conseguinte, devedora do preço.

¹²⁷ Assim, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 212;

¹²⁸ Com este entendimento, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 185; PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 602; PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 58-59.

¹²⁹ No seio da doutrina estrangeira, pode ver-se: LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 189 e 191; DIEZ-PICAZO/ANTONIO GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 230-231. ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, cit., p. 486.

apreciação no Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO¹³⁰, de 2-11-1992, onde se lê que “havendo uma obrigação principal – dever de abstenção de actos que impeçam o exercício de uma servidão de passagem – e prevendo-se para o caso de não quererem os obrigados cumprir, uma outra alternativa – pagamento de uma indemnização de 500.000\$00 – não estamos perante obrigações alternativas, já que elas não se equivalem, mas antes se substitui a segunda à primeira verificado certo pressuposto”, o que no entender de BRANDÃO PROENÇA, que subscrevemos, “parece configurar uma obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris* (o obrigado pode pagar a multa penitencial em vez de adoptar uma atitude de abstenção)”¹³¹.

Por fim, importa ainda referir, ou pelo menos reforçar, que em virtude da caracterização da multa penitencial no âmbito da categoria jurídica das obrigações com faculdade alternativa *a parte debitoris* surgem duas das importantes decorrências para o seu regime. Por um lado, decorre que para que o devedor possa liberar-se eficazmente da obrigação assumida é necessário que realize efetivamente a prestação substitutiva, não sendo suficiente o mero anúncio ou declaração de querer realizá-la¹³²; por outro, resulta, também, da aludida qualificação, que o credor não pode exigir a prestação alternativa estipulada como contrapartida do direito de arrependimento e, caso o devedor se decida pelo seu exercício, *maxime* através do pagamento da multa, não poderá o credor opor-se¹³³.

5.3. O Direito Potestativo

No percurso traçado, na concretização e aprofundamento da multa penitencial, concluímos pela sua qualificação como obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris*. Porém, dessa faculdade, não poderá, então, deixar de se identificar a existência de um direito potestativo¹³⁴.

¹³⁰ Cfr., Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, de 2-11-1992, Processo n.º 9250282, (SIMÕES FREIRE), com sumário disponível em www.dgsi.pt.

¹³¹ Cfr., BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, cit. p.124.

¹³² Cfr., MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 212; VAZ SERRA, *Obrigações Alternativas. Obrigações com Faculdade Alternativa*, cit. p. 128; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 844; embora, entenda o último autor, no local citado, que caso o devedor declare optar pela entrega da prestação devida inicialmente, pode entender-se que há uma renúncia definitiva à faculdade de opção, que não poderá ser revogada à luz do princípio da boa-fé.

¹³³ Assim, por exemplo, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 843; PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 602; ORLANDO GOMES, *Contratos*, cit., p. 208.

¹³⁴ Sobre o direito potestativo, em geral, vide: MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, cit., p. 183-184; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 225; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, cit., p. 335-338.

O direito potestativo traduz-se, genericamente, na faculdade de um sujeito, unilateralmente, produzir efeitos jurídicos, que se impõem, inevitavelmente, na esfera jurídica de outrem, sem necessidade da sua aquiescência¹³⁵.

Sucedo, assim, que, não obstante a imagem sugestiva usada por MANUEL DE ANDRADE ao recorrer à figura da (promessa de) dação em cumprimento¹³⁶ para elucidar a explicação do funcionamento das obrigações com faculdade alternativa, em rigor, nestas, como ensina ANTUNES VARELA, o devedor ao realizar uma prestação diversa da devida “fá-lo, porém, por sua iniciativa individual, no exercício de uma faculdade que lhe estava reservada”¹³⁷ e, portanto, sem necessitar “do consentimento do credor, visto que a *facultas alternativa* se traduz num direito potestativo, ao contrário da dação em cumprimento, que assenta sobre um acordo posterior”¹³⁸.

A doutrina, uniformemente¹³⁹, dá conta dessa evidência, insistindo que “contrariamente ao que se passa na dação em cumprimento, subordinada ao acordo do credor, a chamada possibilidade substitutiva, [...] própria da obrigação com faculdade alternativa, permite ao devedor, de forma potestativa, contra a vontade do credor e sem violar o princípio da pontualidade, efectuar outro tipo de prestação”¹⁴⁰.

Em suma, face ao exposto, denota-se assim a existência de um direito potestativo de carácter modificativo sempre que se convencie uma *facultas alternativa a parte debitoris*, que há-de consistir na permissão dada ao devedor de substituir a prestação a que inicialmente se obrigou por outra diversa, sem para isso necessitar da anuência do credor¹⁴¹. Nesse sentido, reconduzido o nosso objeto de estudo àquela categoria jurídica de obrigações, somos propensos a seguir BAPTISTA MACHADO, quando afirma que a multa

¹³⁵ Neste sentido, embora com algumas variações de minúcia entre si, aproximam-se os autores citados anteriormente, a propósito do direito potestativo.

¹³⁶ Também vulgarmente designada por dação em pagamento, como faz o autor referido, tal como se deu conta na citação transcrita, no ponto anterior. Sobre a dação, em geral, vide: ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit., p. 176-177; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 661-665; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 1092-1095; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, cit., p. 185-194.

¹³⁷ Cfr., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, cit., p. 176-177.

¹³⁸ Cfr., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., p. 844, (nota 1).

¹³⁹ Dando conta do direito potestativo modificativo subjacente às obrigações com faculdade alternativa, entre outros, pode ver-se: MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, cit., p. 673; NUNO AURELIANO, *O Risco nos Contratos de Alienação – Contributo para o estudo do Direito Privado Português*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 300 (nota 882).

¹⁴⁰ Cfr., BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, cit., p.124.

¹⁴¹ No sentido apontado, vide, na doutrina italiana, CARMINE ROTONDARO, *Clausola Penale, Caparra Confirmatoria, Multa o Caparra Penitenziale nelle Transazioni Intragruppo: Opportunità di Tax Planning e Problematiche Fiscal*, cit., p. 91.

penitencial é “uma cláusula dita potestativa”¹⁴², com vista a assegurar os efeitos já mencionados e que se aflorarão, novamente, no ponto que se segue.

5.4. Funções

Traçado um primeiro enquadramento dogmático da multa penitencial, competenos, agora, compreender as funções que assume no panorama contratual. Efetivamente, o papel assumido pelo instituto jurídico investigado será decisivo para a terminação da sua importância prática.

Como até aqui se tem dito, a multa penitencial tem como função primordial a garantia do direito ao arrependimento. Ora, vem possibilitar que as partes se arrependam, que se desvinculem, que desistam, que se retratem, permitindo, assim, que as partes possam pôr fim às obrigações assumidas, mediante prestação de uma contrapartida, que corresponde via de regra ao pagamento de um preço. O *ius poenitendi* consagrado através deste tipo de cláusulas afigura-se fundamental, particularmente em tempos de elevada incerteza como os que dita a realidade contemporânea. Nesse sentido, “o interesse de cláusulas deste género logo se compreende se nos lembrarmos de que, sobretudo nos contratos cuja execução deve verificar-se ou continuar muito tempo depois da sua conclusão, qualquer das partes tenha receio de que a modificação das circunstâncias da sua vida, ou quaisquer outras modificações [...] possam tornar inconveniente ou até prejudicial o vínculo contraído”¹⁴³.

Em termos práticos deve, portanto, entender-se que a estipulação de multas penitenciais poderá assumir um papel decisivo, por excelência, em contratos estipulados por tempo determinado e em contratos por tempo indeterminado que englobem um período mínimo de vigência, assumindo maior importância quanto maior for o prazo convencionado, visto que nesses casos está em princípio afastado o direito de denúncia¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr., BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p. 403.

¹⁴³ Cfr., BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p. 402 e 404; Ilustrando as suas palavras, o autor sugere o exemplo que se segue: “alguém se obrigue a fornecer uma certa mercadoria em certa data mas se reserve o direito de denunciar (ou resolver) unilateralmente o contrato contra o pagamento de uma certa indemnização. Se entretanto a cotação da referida mercadoria subir verticalmente, o vendedor pode resolver o contrato pagando a convencionada soma de arrependimento”.

¹⁴⁴ Quanto à vocação típica do direito de denúncia para os contratos de tempo indeterminado, vide PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, 7.^a Ed., Atualizada, Almedina, Coimbra, 2010, p. 126-132.

Nestes termos, deve então atribuir-se à multa penitencial uma função de enfraquecimento da obrigação¹⁴⁵ em que se insere – inversa à função de reforço atribuída à cláusula penal – visto que vem facultar ao devedor uma forma de se exonerar alternativa ao cumprimento: o pagamento da multa. Com o aludido enfraquecimento da obrigação, o devedor reserva, assim, uma faculdade que o previne da alteração das situações da vida, v.g. o risco de flutuação do valor da prestação ou da contraprestação. Por isso, afirma PINTO OLIVEIRA que “os contratos por que se atribui ao devedor um direito de desvinculação [...] cumprem assim uma função análoga aos contratos de seguro, como instrumento de gestão de risco”¹⁴⁶.

Para além das funções até agora apontadas, atribuem-se ainda outras duas utilidades de relevo à multa penitencial¹⁴⁷. Por um lado, a função de afastar a execução específica da obrigação, nos termos que se verá adiante¹⁴⁸; por outro, a função de afastar os critérios gerais de cálculo da indemnização, visto que a compensação pelo não cumprimento da prestação *in obligatione* já foi previamente estipulada.

Portanto, resulta, deste modo, que a multa penitencial configura uma série de vantagens objetivas e subjetivas. Relativamente às subjetivas, destaca-se um conjunto de posições benéficas para *a parte debitoris* que assume, assim, o poder de se retratar ou de se desvincular, com a dupla vantagem de não implicar uma entrega prévia da contrapartida estipulada para o arrependimento, como sucede no sinal penitencial. Relativamente às objetivas, destacam-se os benefícios que se projetam no comércio jurídico, visto que é um meio que permite, simultaneamente, evitar situações de incumprimento contratual¹⁴⁹ e a subtração das partes ao litígio¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Neste sentido, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 78-82.

¹⁴⁶ Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 32-33. E, no mesmo sentido, BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, cit. p. 366.

¹⁴⁷ Sobre estas duas funções, vide: BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p. 403-404; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, cit., p. 308-309; e, ainda, sintetizando os argumentos dos autores precedentes, PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, cit., p. 196-197.

¹⁴⁸ Matéria que se aborda no ponto que se segue, com maior desenvolvimento.

¹⁴⁹ Visto que, como se disse, o exercício da multa penitencial não configura uma situação ilícita de incumprimento contratual, mas o exercício de um direito.

¹⁵⁰ Visto que, como se disse, a compensação prevista para o caso de arrependimento já foi previamente estipulada pelos contraentes.

5.5. Relação com a Execução Específica

No ponto que agora se aborda, compete-nos analisar a relação existente entre a multa penitencial e a execução específica da obrigação. Nesse âmbito, é usual dizer-se que a estipulação de uma multa penitencial afasta a possibilidade de se exigir o cumprimento através da execução específica da obrigação¹⁵¹, embora em nosso entender essa associação careça de uma explicação mais detalhada.

A execução específica, regulada no código civil, nos artigos 827.º e seguintes, em sede de realização coativa da prestação, traduz-se na possibilidade atribuída ao credor de recorrer ao tribunal para obter o cumprimento da obrigação nos termos convencionados¹⁵². Porém, para um escrutínio acertado da sua conexão com a multa penitencial, deve fazer-se a observação decomposta dessa relação, consonante se esteja no âmbito dos contratos definitivos ou no âmbito dos contratos-promessa.

Num primeiro prisma, no âmbito dos contratos-promessa importa ter em conta a norma do artigo 830.º, n.º2 do C.C., ao consagrar que “entende-se haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa”, ficando assim afastada a possibilidade da outra parte “obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso”, nos trâmites do n.º1, do mesmo artigo. Ora, nestes termos, o articulado exposto leva a melhor doutrina¹⁵³ a considerar que a presunção do artigo 830.º há-de funcionar – no sentido de afastar a execução específica – quando se convencie uma multa penitencial no âmbito dos contratos-promessa. Nesta senda, PINTO MONTEIRO adianta que “é importante advertir, por conseguinte, que a «pena», referida naquela norma, mais não é, na realidade, do que uma multa penitencial, e não uma verdadeira cláusula penal”¹⁵⁴. No mesmo sentido, pronuncia-se CALVÃO DA SILVA acautelando que “à pena fixada para o caso de não cumprimento da promessa, porque não entregue no momento da conclusão do contrato, mas simplesmente prometida, deve

¹⁵¹ Assim, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p. 403; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, cit., p. 308 (nota 550).

¹⁵² Vide, por todos, para além dos artigos citados, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 1068; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 696-700.

¹⁵³ Referimo-nos aos autores adiante citados; e ainda, ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 630-631, aduzindo que a estipulação de uma cláusula penal não afasta o direito do credor à execução específica. Sobre o ponto, na jurisprudência pode ver-se: Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 06-02-1997, processo n.º 96B549, (MIRANDA GUSMÃO), disponível em www.dgsi.pt; Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 29-05-2012, processo n.º 1180/07.0TBSSB.L1-1, (TERESA HENRIQUES), disponível em www.dgsi.pt;

¹⁵⁴ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 186.

chamar-se multa penitencial”¹⁵⁵ e que “a lei, no n.º 2 do artigo 830.º, presume, em termos relativos, que as partes quiseram, ao fixar uma pena para o caso de não cumprimento, afastar a execução específica do contrato-promessa, pela qual, o credor não pode optar”¹⁵⁶. Portanto, neste âmbito, em virtude da presunção ilidível apontada, consideramos que quando o devedor não exerça o seu direito ao arrependimento, continuando a existir um direito ao cumprimento por parte do credor, este só poderá recorrer à execução específica demonstrando a inexistência de convenção em contrário, apesar de se ter previsto a inclusão de uma multa penitencial no clausulado contratual¹⁵⁷.

Num segundo prisma, no âmbito dos contratos definitivos, a relação entre a multa penitencial e a execução específica parece ganhar uma coloração diversa, em virtude da ausência de uma norma presuntiva, como a do artigo 830.º, n.º 2, do C.C.. Ora, recorrendo novamente às palavras de PINTO MONTEIRO, deve recordar-se “que apesar da estipulação da multa penitencial, qualquer contraente possa exigir o cumprimento, desde que a outra parte não satisfaça a promessa. Ou seja: enquanto o contraente faltoso não se libertar do contrato – carecendo, para o efeito, de pagar a multa penitencial – pode a outra parte exigir o seu cumprimento”. Por conseguinte, julgamos então que, neste enquadramento, a mera estipulação de uma multa penitencial não é suficiente para afastar a execução específica da obrigação, afigurando-se compatível a sua coexistência¹⁵⁸. Portanto, na sequência abordada, entendemos que a multa penitencial afasta a execução específica se e na medida que o devedor proceda ao pagamento da multa. Resultando, assim, que perante a inação do devedor - caso não exerça o seu direito de arrependimento mediante a prestação da contrapartida convencionada, nem procedendo aos seus deveres primários de prestação – pode o credor socorrer-se da execução específica da obrigação, como meio de tutela¹⁵⁹.

5.6. Natureza Jurídica

O problema da natureza jurídica da multa penitencial afigura-se complexo, contribuindo para a sua indefinição o circunscrito tratamento que lhe é dado pelos juristas e a indefinição doutrinal que impera ao nível da caracterização dos modos de cessação dos

¹⁵⁵ Cfr., CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, cit., p. 164.

¹⁵⁶ Cfr., *Idem, idem*.

¹⁵⁷ Neste sentido, PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, cit., p. 198.

¹⁵⁸ Com desenvolvimento, defendendo a compatibilidade entre a execução específica, sinal penitencial e multa penitencial, pode ver-se PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, p. 113-121.

¹⁵⁹ Assim, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, em especial p. 120.

contratos¹⁶⁰. Contudo, entendemos que uma adequada análise da qualificação jurídica da multa penitencial há-de fazer-se com base nas perspectivas apresentadas na investigação, nos pontos precedentes, do presente capítulo, a propósito da sua configuração.

Por um lado, na caracterização da multa penitencial há quem enquadre esta manifestação do *ius poenitendi* – direito de arrependimento, desistência ou retratação – nas categorias jurídicas da resolução¹⁶¹, denúncia¹⁶² ou revogação¹⁶³. Porém, temos dúvidas que assim seja; temos dúvidas que a recondução a uma dessas categorias seja suficiente para a qualificação da natureza jurídica da figura; o que nos leva a evitar a sua utilização no discurso adotado ao longo da exposição. Nesse sentido, BAPTISTA MACHADO, embora recorra aos termos pouco rigorosos “denúncia” ou “resolução” como modo de elucidar a sua explicação, quando a sintetiza, afirma expressamente que a multa penitencial não se trata “propriamente de uma cláusula resolutiva mas de uma cláusula dita potestativa, pela qual uma das partes se reserva a faculdade de não cumprir ou a faculdade de rescindir o contrato *ad nutum*, no todo ou em parte, sujeitando-se apenas, no caso de optar por não cumprir, a pagar o chamado «dinheiro de arrependimento»”¹⁶⁴.

Por outro lado, há quem se limite a enquadrar a multa penitencial como obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris*, embora configurando-a, igualmente, como corresponsivo do direito de arrependimento, desistência ou retratação. Parecem entender estes últimos autores¹⁶⁵, que será essa qualificação a mais relevante para caracterizar juridicamente o instituto. Evitando, assim, a tendência dos primeiros, de reconduzir a figura aos modos de cessação aludidos, com maior propensão para a resolução, que, porém, parece esquecer, como ensina MENEZES CORDEIRO, que “o funcionamento do sinal

¹⁶⁰ Sobre o ponto, dando conta das ambiguidades e tomando posição sobre a caracterização dos diversos modos de cessação, vide, por todos: PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, cit., p. 119 e ss.; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, 3.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009, p. 131.

¹⁶¹ Neste sentido, embora tendam a ressaltar que se trata de um modo de resolução imprópria: BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, cit., p. 214-215; ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, cit., p. 83-84; em certo momento, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p. 403-404.

¹⁶² Termo utilizado a certo momento, embora, cremos, sem rigor técnico mas apenas por facilidade de expressão, por BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p.404.

¹⁶³ Assim, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., p. 132-133, embora a propósito do sinal penitencial.

¹⁶⁴ Cfr., BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, cit., p. 403.

¹⁶⁵ Neste sentido, PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, cit., p. 202; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p.185; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, cit., p. 308-309; PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 67.

ou dos seus sucedâneos [tal como a multa penitencial]¹⁶⁶ não resolve o contrato; apenas substitui os deveres de prestar inicialmente programados por novas realidades”¹⁶⁷.

Portanto, por nossa parte, propendemos a entender que a recondução da natureza jurídica da multa penitencial a um meio de resolução, revogação ou denúncia – embora possa ser feita em certas situações, mediante a proximidade do regime de uma das aludidas figuras à intenção das partes com a inserção da multa no caso concreto¹⁶⁸ – afigura-se redutora. Efetivamente, quando se convencionou uma multa penitencial, o ponto decisivo para a sua qualificação, será que a configuração da obrigação se traduza numa faculdade alternativa *a parte debitoris*, que confira ao devedor o direito potestativo de substituir¹⁶⁹ a prestação originária, por outra diversa, previamente convencionada. Permitindo-se, assim, o arrependimento (relativamente à prestação *in obligatione*), mediante a prestação de uma contrapartida (a prestação *in solutione*) que, assumindo uma função de compensação, fará cessar a obrigação pelo modo típico: o cumprimento¹⁷⁰ – neste caso da prestação substitutiva.

¹⁶⁶ Sublinhado nosso.

¹⁶⁷ Cfr., MENEZES CORDEIRO, *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, 2.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1994, p. 51.

¹⁶⁸ Exemplo disso é o percurso traçado por PINTO MONTEIRO a propósito das cláusulas de rescisão dos jogadores de futebol, dado que embora qualifique a multa penitencial como obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris*, considere que, no caso concreto, deve reconduzir-se à figura revogação, vide *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p.23.

¹⁶⁹ Aproxima-nos, assim, da posição de PINTO OLIVEIRA que qualifica o sinal penitencial e a multa penitencial como direitos de substituição, vide, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 56-71.

¹⁷⁰ Assim, VAZ SERRA, *Do Cumprimento como modo de extinção das Obrigações*, in BMJ, n.º 34,1953, p. 5 ou MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, p. 142-143. No caso específico das obrigações com faculdade alternativa, entendendo que se extinguem por cumprimento da prestação substitutiva, LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, cit., p.114-115; diferentemente, entendendo que cessam por dação em cumprimento, PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 71.

Capítulo VI

Manifestações de Multa Penitencial no Ordenamento Jurídico

6.1. As Cláusulas de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo

No ponto que agora se aborda, compete-nos, como proposto, adiantar algumas manifestações práticas da multa penitencial. Nesse sentido, um dos exemplos apontados, embora no seio de avultadas divergências doutrinárias, que muita tinta tem feito correr, encontra-se no âmbito do contrato de trabalho desportivo. Efetivamente, qualquer simpatizante do mundo do desporto, por mais desatento que seja, já ouviu referências às denominadas cláusulas de rescisão.

O termo rescisão é comum mas incerto e impreciso. Sendo típico no seio da comunicação social, sobretudo a propósito do mundo futebolístico, durante as famigeradas épocas de transferências. Mormente nos tempos agitados de verão – tempo de constituição das equipas – é comum falar-se em transferências avultadas que fazem rolar largos milhões de euros. Em boa verdade, parece que muitas delas, cada vez mais, são feitas através de cláusulas de rescisão, umas através do seu pagamento integral, outras funcionando apenas como ponto de partida para uma solução negociada¹⁷¹.

As aludidas figuras são frequentemente inseridas nos contratos de trabalho desportivo, regulados pela Lei 28/98, de 26 de Junho, doravante LCTD, que estabelecendo o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, porém, não versa expressamente a questão. Deste modo, cumpre-nos perceber em que consistem e que funções desempenham no contrato, para que possamos cumprir o nosso desígnio de as qualificar juridicamente¹⁷². Certo é que, no nosso ordenamento jurídico¹⁷³, “a rescisão não tem um sentido unívoco, quando o legislador ou as partes recorrem a esta terminologia ter-se-á de interpretar o respectivo significado”¹⁷⁴. Portanto, o caminho é claro, a “qualificação

¹⁷¹ Assim, PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p.6.

¹⁷² Na presente dissertação limitamo-nos a proceder à qualificação jurídica das cláusulas de rescisão, para efeitos de consolidação do estudo da multa penitencial. Porém, as aludidas cláusulas levantam questões de outras ordens, nomeadamente, quanto à sua validade, quanto à sua redução, e até quanto à sua pertinência, sobre as quais nós próprios já escrevemos, embora não possamos aqui desenvolver dado o seu volume.

¹⁷³ A qualificação jurídica das cláusulas de rescisão dos jogadores de futebol é também discutida noutros ordenamentos. Neste domínio destacam-se particularmente a doutrina e jurisprudência espanholas, nesse sentido, abordado o ponto com desenvolvimento, vide, LIMÓN LUQUE, *La Dimisión del Deportista Profesional y la Indemnización de la Entidad Deportiva*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 101, Setembro-Dezembro, 2000, p. 203-223.

¹⁷⁴ Cfr. ROMANO MARTINEZ, *As Cláusulas de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo*, in *RDES*, n.º 1-4, Ano LV, Almedina, Coimbra, 2014, p. 85.

jurídica desta como de qualquer outra figura há-de fazer-se, isso sim, em função da vontade das partes e dos efeitos prático-jurídicos que pretendam alcançar com as declarações negociais emitidas”¹⁷⁵.

Com o intento de as qualificar juridicamente, existem *grosso modo* três entendimentos diversos¹⁷⁶. Uma primeira posição, defendida por MENEZES LEITÃO¹⁷⁷, qualifica as cláusulas de rescisão como autênticas cláusulas penais; uma segunda posição, intermédia, defendida por LEAL AMADO¹⁷⁸, considera que as cláusulas de rescisão tanto podem qualificar-se como cláusulas penais ou como multas penitenciais; por fim, uma terceira posição, defendida por PINTO MONTEIRO¹⁷⁹, LÚCIO CORREIA¹⁸⁰, MENDES BAPTISTA¹⁸¹, ROMANO MARTINEZ¹⁸² e PINTO OLIVEIRA¹⁸³, qualifica as cláusulas de rescisão como autênticas multas penitenciais¹⁸⁴.

Por nossa parte, após análise aprofundada do problema, entendemos que as cláusulas de rescisão devem ser qualificadas como autênticas multas penitenciais. Efetivamente, as partes, ao convencionarem uma cláusula de rescisão, pretendem convencionar de antemão o valor pelo qual o praticante desportivo se poderá desvincular no futuro, licitamente, sem necessidade de invocar qualquer outra causa e sem necessidade de concordância por parte da entidade empregadora. Desse acordo resulta, portanto, uma obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris*¹⁸⁵. Nesse sentido, nota-se que o

¹⁷⁵ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p. 22.

¹⁷⁶ A jurisprudência portuguesa, porém, tem contornado a problemática da qualificação jurídica das cláusulas de rescisão, inclusivamente quando aborda problemas conexos, como sucedeu no Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 07-03-2007, Processo n.º 06S1541, (SOUSA PEIXOTO), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷⁷ Vide, MENEZES LEITÃO, *Cláusulas de Rescisão e Cláusulas Penais no Contrato de Trabalho Desportivo*, cit., p. 79-92.

¹⁷⁸ Sobre o ponto, de LEAL AMADO: *Vinculação versus Liberdade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 311-346; *As cláusulas de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo*, in *O Direito do Desporto em Perspetiva*, Ana Celeste (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, p. 93-112; *Ainda sobre as Cláusulas de Opção e de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo*, in *Temas Laborais 2*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

¹⁷⁹ Vide, PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p. 5-26.

¹⁸⁰ Vide, LÚCIO CORREIA, *Limitações à Liberdade Contratual do Praticante Desportivo*, Livraria Petrony, Lisboa, 2008, p. 237-311.

¹⁸¹ Vide, MENDES BAPTISTA, *Breve Apontamento sobre as Cláusulas de Rescisão*, in *RMP*, n.º 91, 2002, p.141-147; identicamente, em *Direito Laboral Desportivo – Estudos*, Vol. I, Quid Juris, Lisboa, 2003, p. 25-30.

¹⁸² Vide, em sentido idêntico, ROMANO MARTINEZ, *As Cláusulas de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo*, cit., p. 81-126.

¹⁸³ Vide, PINTO OLIVEIRA, *Clubes de Futebol, Jogadores e Transferências: o Problema da Validade das “Cláusulas de Rescisão”*, in *CDP*, n.º17, Braga, 2007.

¹⁸⁴ Embora alguns autores não usem a designação, concebem-nas como tal.

¹⁸⁵ Vide, PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p.23.

praticante/trabalhador obriga-se a “prestar a atividade desportiva”¹⁸⁶ mas, simultaneamente, reserva o direito de se libertar do contrato de trabalho mediante o pagamento do preço previamente convencionado. O clube/empregador, por seu turno, dá o seu acordo antecipado relativamente ao valor pelo qual admite que o jogador se desvincule – visto que com essa soma se considera compensado pela saída do praticante desportivo – não se reservando porém ao direito de a exigir. Nestes termos, somos impelidos a subsumir a figura das cláusulas de rescisão como autênticas multas penitenciais. Pois, como se expôs supra, estas consistem na faculdade que é atribuída a uma parte, ou a ambas, (*in casu* apenas ao trabalhador) de se desvincularem, lícitamente, de um contrato, mediante a prestação de certa contrapartida (*in casu* o pagamento de determinada soma).

No entanto, não excluimos que as partes possam, simultaneamente¹⁸⁷, prever cláusulas penais no contrato de trabalho desportivo. Porém, caso se convencie uma cláusula penal, não estaremos perante uma cláusula de rescisão – não poderá subsumir-se esta naquela. Ao convencionarem uma cláusula penal as partes estão a reforçar o cumprimento do contrato, fixando uma pena para o seu incumprimento, mas não a facultar a livre desvinculação ao praticante desportivo¹⁸⁸ – estando o direito de a exigir do lado do credor/empregador. Portanto, partindo do pressuposto que a intencionalidade das partes com a cláusula de rescisão é a de permitir a desvinculação do praticante desportivo – que em princípio não seria admissível sem justa causa, visto que a LCTD não prevê a denúncia como modo típico de cessação – consideramos que quando se convencie uma cláusula penal num contrato de trabalho desportivo, esta deve ser entendida enquanto tal, mas nunca reconduzida à figura da cláusula de rescisão. Resultando, também, do exposto que – ao invés da multa penitencial – a cláusula penal estará condicionada ao limite legal imposto pelo artigo 27.º, n.º1 da referida lei¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Terminologia do artigo 2.º, al. a) da LCTD.

¹⁸⁷ Neste sentido, *Breve Apontamento sobre as Cláusulas de Rescisão*, cit., p. 144; LÚCIO CORREIA, *Limitações à Liberdade Contratual do Praticante Desportivo*, cit., p. 251 e 253.

¹⁸⁸ Conforme se explicitou no Capítulo IV, vide a bibliografia aí referida acerca da distinção.

¹⁸⁹ Neste sentido, MENDES BAPTISTA, *Breve Apontamento sobre as Cláusulas de Rescisão*, cit., p. 144; LÚCIO CORREIA, *Limitações à Liberdade Contratual do Praticante Desportivo*, cit., p. 270. O aludido limite legal é alvo de duras críticas por parte de PINTO MONTEIRO, nesse sentido, vide *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p. 11-16.

Em abono da nossa posição, no caso específico do futebol, surge ainda o artigo 46.º do CCT aplicável¹⁹⁰, que admite que “pode clausular-se no contrato de trabalho desportivo o direito de o jogador fazer cessar unilateralmente e sem justa causa o contrato em vigor mediante o pagamento ao clube de uma indemnização fixada para o efeito”¹⁹¹, enquadrando, assim, as cláusulas de rescisão como autênticas multas penitenciais, que conferem a faculdade do praticante/trabalhador se desvincular, licitamente, sem quaisquer consequências sancionatórias a nível desportivo¹⁹², desde que proceda ao “pagamento efetivo da indemnização ou convenção de pagamento”¹⁹³.

Em suma, resulta da análise proposta¹⁹⁴ que as cláusulas de rescisão devem ser qualificadas como multas penitenciais, manifestando, por isso, um exemplo claro da sua aplicabilidade prática. Assumem particular importância na capacidade do desporto nacional de concorrer com os seus congéneres europeus, visto que acabam por definir a bitola do mercado de transferências desportivas, ora pelo seu pagamento integral, ora por soluções negociadas em função dos valores previamente acordados.

¹⁹⁰ Referimo-nos ao Contrato Coletivo de Trabalho celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol, Publicado no Boletim do Trabalho e do Emprego n.º 33, de 8 de Setembro de 1999, também disponível em www.ligaportugal.pt.

¹⁹¹ Terminologia do artigo 46.º, n.º1.

¹⁹² Referimo-nos às sanções desportivas que constam dos Regulamentos da FIFA e da Federação Portuguesa de Futebol para situações de cessação ilícita dos contratos, com a severidade associada à interdição de competir.

¹⁹³ Terminologia do artigo 46.º, n.º3.

¹⁹⁴ O tema das cláusulas de rescisão, como se referiu, transcende o problema da sua qualificação, embora seja este o ponto decisivo para efeitos da nossa investigação.

Quanto à validade, entende parte da doutrina que o artigo 26.º da LCTD não é imperativo e, a ser assim, nada impede que por convenção coletiva ou por contrato de trabalho se convençione uma nova forma de cessação. Não obstante, mesmo que assim não se entenda, pode superar-se o problema caso se consiga enquadrar a cessação através de cláusula de rescisão num dos modos típicos previstos na LCTD. Nesse sentido, no seguimento de PINTO MONTEIRO, tendemos a concordar que a cláusula de rescisão possa ainda ser reconduzida à revogação por acordo das partes, nos termos da alínea b), do artigo 26.º, n.º1 da LCTD. Acresce que, assim entendendo, reconduzindo-a a um modo legalmente típico, a validade das cláusulas de rescisão torna-se independente da validade da regulação coletiva e, portanto, as cláusulas de rescisão serão válidas quando inseridas em qualquer contrato de trabalho desportivo (e não apenas no caso dos jogadores de futebol, pelo facto de existir o CCT).

Questão diversa é a do montante da cláusula de rescisão. Tendo em conta que a cessação se torna lícita em virtude da cláusula de rescisão, o limite do artigo 27.º não é aplicável. O preço poderá ser – e frequentemente é – muito elevado. No entanto, para o praticante desportivo será preferível um preço de rescisão elevado do que a ausência total de liberdade até ao termo do contrato. Por outro lado, consideramos que poder-se-á sempre recorrer ao mecanismo do artigo 812.º, como se verá no Capítulo VII, meio de controlo de abusos da autonomia privada, aplicável por identidade de razão à multa penitencial, permitindo, assim, a sua redução, quando manifestamente excessiva.

6.2. Os Encargos de Cessação na Lei das Comunicações Eletrónicas

No seguimento da sequência proposta, de adiantar algumas manifestações da multa penitencial, cumpre-nos, agora, analisar o regime jurídico da Lei das Comunicações Eletrónicas previsto na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro. Nesse sentido, impõe-se particularmente a análise das recentes alterações introduzidas pela Lei n.º 15/2006, de 17 de Junho, com o propósito de reforçar a proteção dos consumidores nos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas.

O aludido diploma legal, no seu artigo 3.º, al. m), começa por abordar os famigerados períodos de fidelização, definindo-os como “o período durante o qual o consumidor se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas”. Vedando, deste modo, ao consumidor, a possibilidade de se desvincular do contrato durante o referido lapso temporal, que atualmente pode ascender a 24 meses¹⁹⁵.

Com o intuito de aclarar previamente estas situações, o artigo 48.º, n.º 1, da LEC impõe que conste obrigatoriamente do clausulado: “a duração do contrato, as condições de renovação, de suspensão e de cessação dos serviços e do contrato”¹⁹⁶. E, no desenvolvimento daquele, exige agora o n.º 2, do mesmo artigo, na sequência da derradeira alteração legislativa, que passe a constar do contrato a existência de um eventual “período de fidelização”¹⁹⁷ e os “eventuais encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização”¹⁹⁸.

Nestes termos, entendemos que, com a previsão antecipada no clausulado contratual dos custos associados à possibilidade de fazer cessar o contrato durante o período de fidelização, a lei consagra uma multa penitencial. Ora, vejamos.

Em princípio, mediante a imposição de um período de fidelização, é vedada ao consumidor a possibilidade de cancelar o contrato. Porém, a mesma lei vem agora conferir, para estes casos, a obrigatoriedade de se prever antecipadamente o valor pelo qual o consumidor poderá desvincular-se. Assim sendo, a estipulação dos eventuais encargos parece-nos consubstanciar uma multa penitencial. Efetivamente, a lei vem atribuir ao consumidor a possibilidade de se arrepender da celebração do contrato de comunicações eletrónicas desde que pague os mencionados custos, via de regra durante os aludidos 24

¹⁹⁵ A fidelização tem o limite máximo de 24 meses, nos termos do artigo 48.º, n.º 5, da LEC.

¹⁹⁶ Cfr., al. g), do referido artigo.

¹⁹⁷ Cfr., al. a), do n.º 2, do artigo 48.º.

¹⁹⁸ Cfr., al. c), do n.º 2, do artigo 48.º.

meses de fidelização – que configuram um entrave à mobilidade, sobretudo perante as inconstâncias próprias dos tempos contemporâneos.

A estipulação da aludida cláusula não deve, porém, confundir-se com a estipulação de uma cláusula penal. Ora, se assim fosse, o consumidor continuaria desprotegido. A cláusula penal destina-se tipicamente a reforçar ou compelir o cumprimento¹⁹⁹ e, como se viu anteriormente, a sua estipulação não afasta os demais direitos do credor²⁰⁰, possibilitando, inclusivamente, que este possa optar pela execução específica da obrigação convencionada. A situação em apreço é em tudo diversa. Neste caso, o legislador parece não deixar dúvidas de que pretende facultar ao devedor/consumidor a possibilidade de se desvincular mediante o pagamento de uma quantia previamente acordada, dentro dos limites da lei²⁰¹ – embora, caso não o fizesse, essa interpretação se impusesse, em virtude do postulado metodológico do legislador razoável, consagrado no artigo 9.º, n.º 3 do C.C., face ao desígnio de proteger o consumidor, visto que só a multa penitencial se poderá assumir como instrumento útil nas mãos deste.

Em suma, face ao exposto, parece-nos que os aludidos encargos de cessação configuram uma autêntica multa penitencial, assumindo especial relevo tanto pela sua atualidade como pelo avultado número de contratos que se celebram com recurso a períodos de fidelização, no âmbito das comunicações eletrónicas.

¹⁹⁹ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 186.

²⁰⁰ Nomeadamente, nos Capítulos IV e V.

²⁰¹ A quantia estipulada a título de encargos de cessação é limitada pela LEC, igualmente por razões de proteção do consumidor, ficando vedada às partes a sua livre estipulação; assim, do n.º 12, do artigo 48.º, resulta que “os encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante, devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma das prestações vincendas à data da cessação”. E, segundo nos parece, os encargos para o assinante “não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve com a instalação da operação”, como resulta da redação – embora menos rigorosa - do n.º 11, do artigo 48.º, da referida lei.

Capítulo VII

Controlo e Redução

7.1. O Problema da Redução à luz do Artigo 812.º do C.C.

Aqui chegados, compete-nos, neste ponto, abordar a problemática dos meios de controlo da autonomia privada, que nos permitam reagir perante estipulações desmedidas. Nesse sentido, para além do recurso admitido a meios de alcance geral²⁰², propomo-nos analisar se será possível recorrer ao mecanismo previsto no artigo 812.º, em sede de cláusula penal, para efetuar a redução das multas penitenciais, quando estas se afigurem manifestamente excessivas.

No seio do direito comparado, nas análises dedicadas a este propósito, nota-se uma propensão para rejeitar a redução da multa penitencial segundo a equidade. Assim, sucede que, no direito alemão, é entendimento pacífico que a figura do *Reugeld*, prevista no § 353.º do BGB, não pode ser reduzida²⁰³ mediante a aplicação do § 343.º do mesmo código²⁰⁴. No mesmo sentido apontam a doutrina e jurisprudência francesas²⁰⁵ que rejeitam a possibilidade de se recorrer ao tribunal para reduzir a *clause de dédit*, com particular destaque para as mencionadas sentenças da COUR DE CASSATION²⁰⁶.

Em Portugal, segundo temos conhecimento, não existe na jurisprudência qualquer decisão em que se tenha discutido a possibilidade de aplicação do artigo 812.º à multa penitencial. Porém, relativamente ao sinal, embora existam divergências entre decisões jurisprudenciais²⁰⁷, já vários arestos dos tribunais superiores admitiram a sua redução à luz da referida norma, prevista em sede de cláusula penal²⁰⁸.

²⁰² Referimo-nos, exemplificativamente, consoante os casos, às regras: do negócio usurário (artigo 282.º do C.C), do dolo (artigo 253.º do C.C.), do erro (artigo 251.º e 252.º), da alteração das circunstâncias (artigo 437.º C.C.), abuso de direito (artigo 334.º do C.C.).

²⁰³ Vide, por exemplo, RAPOSO BERNARDO, *Sinal-da sua Irredutibilidade por Equidade*, cit. p. 386, embora nos dê conta que a doutrina tende a admitir a sua redução quando a problemática se desenvolva no âmbito dos contratos de adesão; igualmente, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 217-219 (nota 470).

²⁰⁴ Equivalente ao artigo 812.º do C.C.

²⁰⁵ Vide, Capítulo III, 3.2.

²⁰⁶ Cfr., COUR DE CASSATION: Chambre Commerciale, 18-01-2011, Pourvoi n.º 09-16863; Chambre Commerciale, 22-01-2013, Pourvoi n.º 11-27293, disponíveis em www.courdecassation.fr.

²⁰⁷ A jurisprudência não é unânime. Existem decisões em ambos os sentidos.

²⁰⁸ Vide, neste sentido, Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 8-03-1977, *in* BMJ, n.º 265, 1977, p. 210 e ss.; Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 1-02-1983, *in* BMJ, n.º 324, 1983, p. 552 e ss; e, mais recentemente, admitindo a redução, apesar de não a aplicar no caso concreto, Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, de 26-05-2004, (ESPINHEIRA BALTAR), disponível em www.dgsi.pt.

No que concerne à doutrina, embora sejam escassas as tomadas de posição, tal como sucede a respeito do sinal²⁰⁹, há uma propensão no sentido de excluir a possibilidade de redução da multa penitencial com base na aplicação do artigo em causa. Deste modo, CALVÃO DA SILVA afirma, inequivocamente, que “a multa penitencial e o sinal penitencial não devem poder ser reduzidos nos termos da cláusula penal”²¹⁰, pelos moldes previstos no artigo 812.º do C.C.. Em sentido próximo, PINTO OLIVEIRA adianta que “entre a cláusula penal e o sinal confirmatório existe uma proximidade ou semelhança capaz de justificar a aplicação do artigo 812.º; entre a cláusula penal e o sinal penitencial ou [a multa penitencial]²¹¹ não existe essa proximidade ou semelhança”²¹², levando o autor a rejeitar a aplicação analógica da norma, relativamente a estes últimos institutos.

Face ao exposto, impõe-se perguntar: será assim? Será este o entendimento mais ajustado? Não poderá aplicar-se o artigo 812.º – por analogia – à multa penitencial, quando esta se afigure manifestamente excessiva? Ora, vejamos.

Em primeiro lugar, é permitida e útil uma análise crítica aos argumentos aduzidos a propósito do sinal (confirmatório) pelos adeptos da tese negativista²¹³ relativamente à sua redução *ex vi* da aplicação do artigo 812.º.

Neste particular, cumpre-nos, desde logo, adiantar que, no que concerne à multa penitencial, não procedem os dois argumentos de cariz estrutural avançados por CALVÃO DA SILVA²¹⁴. Efetivamente, a multa penitencial e a cláusula penal, conforme se explicou²¹⁵, afiguram-se estruturalmente idênticas por duas razões: por um lado, porque ambas se bastam com a consensualidade para se constituírem; por outro, porque *ab initio* ambas podem ser fixadas pelas partes sem limite.

²⁰⁹ No sentido de rejeitar a aplicação do artigo 812.º ao sinal, ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 1 de Fevereiro de 1983*, in RLJ, Ano 119.º, p. 345-348; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, cit., p. 303-309; RAPOSO BERNARDO, *Sinal-da sua Irredutibilidade por Equidade*, cit., p. 418-421. No sentido de aceitar a aplicação do artigo 812.º ao sinal, vide ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 428 (nota 2); PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 195 e ss., e bibliografia aí indicada.

²¹⁰ Cfr., CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, cit., p. 308, (nota 550).

²¹¹ Acrescentado nosso ao texto citado, tendo em conta que o autor o afirma expressamente em PINTO OLIVEIRA, *Clubes de Futebol, Jogadores e Transferências: o Problema da Validade das “Cláusulas de Rescisão”*, cit., p. 67-68; e, ainda, em PINTO OLIVEIRA, *Ensaio Sobre o Sinal*, cit., p. 257-264.

²¹² Cfr., PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, cit. p. 200 (nota 398).

²¹³ Referimo-nos a ANTUNES VARELA e CALVÃO DA SILVA, conforme se deu conta.

²¹⁴ Vide, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, cit., p. 305-307.

²¹⁵ Vide, Capítulo IV.

Por seu turno, ANTUNES VARELA parece entender que, pelo facto de o legislador não ter previsto uma norma idêntica ao 812.º do C.C. a propósito do sinal, pode daí retirar-se um silêncio eloquente da lei, no sentido de a norma em causa não se lhe aplicar²¹⁶. Porém, entendemos que, em sede de multa penitencial, o argumento não terá relevo. Ora, dado que o legislador não consagrou no código a figura da multa penitencial, a nenhuma conclusão poderá chegar-se com base na aludida premissa. Se o legislador não regula a figura, também não se lhe impõe que preveja a sua redução e, conseqüentemente, o dito silêncio não poderá ser valorado. Aliás, tendo em conta que o anteprojeto de VAZ SERRA previa a multa penitencial em sede de pena convencional²¹⁷, podemos, até, servir-nos do elemento histórico para sustentar que, a ter mantido a figura, seria vontade do legislador submetê-la a um regime de redução semelhante ao que hoje se prevê para a cláusula penal.

Outro argumento, também aduzido por ANTUNES VARELA, consiste na proibição de aplicar analogicamente o artigo 812.º C.C., partindo do pressuposto de que se trata de uma norma excepcional, para efeitos do artigo 11.º do C.C.. Porém, não é líquido que assim seja²¹⁸. Há, efetivamente, argumentação credível em sentido contrário: por um lado, o facto de a destrição entre normas gerais e normas excepcionais assentar num paradigma pautado pela relatividade²¹⁹; por outro, porque pode conceber-se o artigo 812.º como manifestação de um princípio amplo de proteção das partes face a manifestações abusivas da autonomia privada²²⁰; não se lho atribuindo, por isso, carácter excepcional e, portanto, não abrangido pela proibição da analogia prevista no artigo 11.º do C.C..

Em segundo lugar, não obstante o que até agora se disse, relembramos, porém, que do ponto de vista funcional, conforme se deu conta aquando da distinção das duas figuras²²¹, a cláusula penal e a multa penitencial mostram-se divergentes, visando finalidades opostas. Por conseguinte, a maioria da doutrina é levada a entender que quando se estipule um *ius poenitendi* – ou seja, uma multa penitencial ou um sinal penitencial – não deverá aplicar-se analogicamente o artigo 812.º do C.C., visto que estas figuras não visam reforçar o cumprimento. Cumpre-nos, porém, duvidar. Cumpre-nos perguntar: serão

²¹⁶ Rebatendo o argumento, vide, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 213-216.

²¹⁷ Cfr., VAZ SERRA, *Pena Convencional*, cit., p. 242.

²¹⁸ Em sentido contrário, rebatendo o argumento, pode ver-se PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 208-2012.

²¹⁹ Sobre o ponto, por todos: BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 23.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016, p. 93-94; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Ed., 6.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, p. 448-452.

²²⁰ É a posição de PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 208-212.

²²¹ Vide, Capítulo IV, 4.1.

estas divergências suficientes para afastar a analogia caso a redução por equidade se afigure como solução materialmente ajustada? Ora, vejamos.

Porquanto, o artigo 812.º do C.C. pode – e, quanto a nós, deve – ser entendido como “um princípio de alcance geral, destinado a corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual”²²². Nestes termos, pode – e deve – ser encarado como um meio de controlo da autonomia privada para situações singulares em que outros valores da ordem jurídica imponham uma limitação daquela, com recurso ao remédio da equidade. Mais, o facto de o artigo 812.º ser de aplicação excecional²²³ – casos “manifestamente excessivos” – não o torna norma excecional, para efeitos do artigo 11.º do C.C., podendo proceder-se à sua aplicação analógica. Assim, há-de afirmar-se, como ensina PINTO MONTEIRO, que a referida norma “é susceptível de ser aplicada não só a todas as espécies de cláusulas penais, como também, ainda que indirectamente ou por analogia, ao sinal (como já fez, entre nós, o STJ), à chamada compensação de imobilização, à pena independente, a certo tipo de sanções de índole disciplinar do foro associativo ou laboral – bem como à multa penitencial”²²⁴.

Em termos práticos, a multa penitencial, mesmo que avultada, não é um meio de compulsão direta. O devedor não se sente mais compelido ao cumprimento do que numa obrigação com ausência de convenção de direito de arrependimento, visto que o credor nunca poderá exigir a contrapartida estipulada para o direito de retratação²²⁵. Porém, quando manifestamente exagerada, aquilo “que seria um benefício, deixa, na realidade, de o ser, dada a excessiva contrapartida que implicará o exercício da faculdade de retractação”²²⁶. Deste modo, nos termos apontados, em certos casos, a exorbitância pode implicar que, materialmente, a penitência convencionada deixe de corresponder a uma alternativa para o devedor, ficando nessa medida compelido – ou confinado – ao cumprimento. Aliás, surrealmente, pode até suceder que, em circunstâncias concretas, seja preferível a sujeição às consequências do incumprimento do que o pagamento da multa. Numa palavra: o não controlo da manifesta excessividade “poderia levar a que a

²²² Cfr., PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p. 24.

²²³ Sobre os critérios de aplicação do artigo 812.º, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 724 e ss., abordando o ponto com desenvolvimento.

²²⁴ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, cit., p. 24.

²²⁵ Assim, PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, p. 602.

²²⁶ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 220.

retractação, na prática, não funcionasse, frustrando-se, assim, a finalidade visada pelos contraentes²²⁷, ao convencionarem uma multa penitencial.

Em suma, por nossa parte, perante a argumentação elencada, sufragamos que o artigo 812.º do C.C. deve poder aplicar-se por analogia²²⁸, na medida que consagra a expressão de um princípio de alcance geral. As consequências nefastas da estipulação de multas penitenciais exorbitantes carecem de soluções²²⁹ com o rigor e a assertividade técnico-jurídicos da redução por equidade – transcendendo os raciocínios formalistas – na defesa da realização da justiça material. Numa palavra final, a propósito da situação em apreço, aludimos às palavras do nosso mestre: “a lei visa apenas controlar, de modo específico, o exercício da liberdade contratual, impedindo que esta, de pressuposto para o livre desenvolvimento da personalidade humana, se converta em instrumento abusivo ou de tirania de um contraente sobre o outro²³⁰”.

²²⁷ Cfr., Idem, idem, p. 221.

²²⁸ À luz do artigo 10.º do C.C., particularmente n.º1 e n.º2.

²²⁹ No âmbito dos contratos de adesão, parecem entender SOUSA RIBEIRO e ANA PRATA e, em consequência, alguma jurisprudência que o artigo 19.º, al. c), do Decreto-Lei n.º 344/86, de 25 de Outubro, previsto para cláusulas penais, que se manifestem desproporcionadas face aos danos a ressarcir, é aplicável às multas penitenciais. Porém, manifestamos algumas reservas face à solução apresentada. Há que, pelo menos, entender essa perspectiva *cum grano salis*. Efetivamente, como se viu, a multa penitencial constitui um mecanismo favorável à qualidade de devedor, e, portanto, quando atribuída a favor do aderente a solução do artigo 19.º, al. c), poderá não corresponder ao critério mais ajustado. A consequência da nulidade, imposta pela lei, eliminará a possibilidade de retratação, não se limitando a reduzir o preço desta. Neste sentido, parece-nos mais adequada uma solução, próxima da avançada no direito alemão, no âmbito da *AGB-GESETZ*, relativamente ao *Reugeld*, que permita a redução da multa penitencial no seio dos contratos de adesão – como defendemos nos contratos negociados – sobretudo quando seja estipulada a favor do aderente. Sobre as referidas posições vide: SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 144-145; ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*, de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra, 2010, p. 436; Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, de 17-04-2012, Processo n.º 5060/09.6TBLRA.C1, (BARATEIRO MARTINS).

²³⁰ Cfr., PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, cit., p. 208-209.

Capítulo VIII

Conclusão

8.1. Síntese Conclusiva

Aqui chegados, percorrido o rumo traçado, cabe-nos apresentar conclusões que permitam sintetizar os frutos obtidos ao longo do caminho árduo da investigação. Evitando a réplica de tudo quanto se disse, é, de todo, conveniente assinalar os pontos-chave que nortearam o estudo que, agora, se aproxima do termo. Nesse sentido, portanto, afigura-se útil a recapitulação dos pontos de análise nucleares, que cumpriram o papel de fio condutor do projeto elaborado, culminando, assim, com a exposição da presente síntese conclusiva.

O nosso desígnio centrou-se na dedicação de um estudo autónomo à multa penitencial, prestando contributo para a consolidação da figura no âmbito do direito privado, não pretendendo de modo algum esgotar a sua análise, mas antes abrindo caminho a novos estudos e a novas opiniões sobre a problematização elencada.

Com base no pressuposto aludido, iniciámos o nosso trajeto pela concretização do conceito da multa penitencial – partindo da filologia, referindo a diversidade terminológica, procurando lastro histórico, bebendo ensinamentos de direito comparado, distinguindo-a de figuras afins, para, finalmente, abordar ao seu enquadramento jurídico. Num momento intermédio, tratámos de anunciar certas manifestações da multa penitencial no âmbito do ordenamento jurídico, revelando, desse modo, exemplos que transcendem o plano meramente teórico, exteriorizando-se com utilidade na vida prática. Por último, abordou-se a possibilidade de reduzir a multa penitencial com recurso à redução por equidade, nos moldes previstos para a cláusula penal, por forma a reagir contra manifestações abusivas da autonomia privada.

Deste modo, no sentido de findar a sequência apontada, sintetiza-se, agora, em jeito de súmula, o reflexo da investigação, mediante as seguintes conclusões:

1) A expressão multa penitencial deriva do brocardo latino *multa poenitentialis*, apontando o seu significado etimológico para o preço a pagar pelo arrependimento; nesse sentido, como se observou, pode notar-se uma aproximação ao sentido jurídico do termo, visto que a multa penitencial corresponde a uma manifestação do direito de arrependimento, permitindo a liberação mediante a prestação de determinada contrapartida.

2) A multa penitencial é um instrumento jurídico-civilístico ao serviço do direito privado, importando, assim, reforçar a negação de qualquer carácter jurídico-penal. Porém, para aludir à mesma figura, a doutrina tem usado várias expressões, contribuindo assim para uma elevada imprecisão terminológica; designadamente: arra penitencial; dinheiro de arrependimento, cláusula de resgate, cláusula penitencial, cláusula penal liberatória. Por nossa parte, por razões históricas, proximidade aos países de fonética latina e no seguimento de ilustre doutrina, adotamos a expressão multa penitencial, tanto para aludir à cláusula contratual como ao seu conteúdo – a multa propriamente dita.

3) Os antecedentes históricos do instituto investigado mostram-se pouco consistentes e carecidos de maiores desenvolvimentos. No entanto, parece ponto assente que a origem da multa penitencial será distinta da génese do sinal e da cláusula penal, apontando mesmo os estudos mais sólidos que não será oriunda do direito romano, remontando a um tempo histórico posterior. No tocante ao direito português, a primeira abordagem digna de distinção é atribuída aos trabalhos preparatórios de VAZ SERRA, embora as soluções apontadas a propósito dessa matéria não tenham ficado consagradas na versão final do código civil de 1966.

4) No âmbito do direito comparado vários ordenamentos parecem reconhecer figuras que correspondem ao que entre nós se designa por multa penitencial. Deste modo: na Alemanha encontramos a figura do *Reugeld*, com previsão legal no § 353 do BGB; em França surge a *clause de dédit*, tal como na Bélgica e na Suíça, sendo, inclusivamente, prevista legalmente no código das obrigações suíço no artigo 160³; no direito italiano reconhece-se a *multa penitenziale*, sujeita ao regime do artigo 1373³ do *Código Civile*; em Espanha e no Brasil a designação utilizada corresponde à portuguesa; e, por fim, no direito anglo-saxónico utiliza-se para os mesmos efeitos o recurso à *buy-out clause* ou aos *withdrawal payments*.

5) No âmbito da distinção de figuras afins, convém sumariamente expressar as distinções da multa penitencial face à cláusula penal e ao sinal. Neste particular, no tocante à cláusula penal, realça-se a identidade estrutural, em contraste com as divergências funcionais, independentemente da espécie de cláusula penal convencionada. No quadro do sinal é decisiva a modalidade em causa: relativamente ao sinal confirmatório as divergências são estruturais e funcionais; relativamente ao sinal penitencial há identidade funcional mas divergência estrutural.

6) Do caminho traçado, entendemos que a multa penitencial pode definir-se como a estipulação, consensual, através da qual ambas as partes, ou uma delas apenas, reservam, antecipadamente, a faculdade de se libertarem do vínculo contratual mediante certa contrapartida, normalmente o pagamento de determinada soma em dinheiro, permitindo-se, assim, a desistência lícita daquele que a tem a seu favor, se e na medida que realize a prestação, diversa da devida, convencionada como contrapartida.

7) Do conceito adotado destacam-se vários pontos distintivos: a multa penitencial funciona como instrumento desvinculatório; consensual, porque basta-se com a mera estipulação para se constituir validamente; tem fundamento na liberdade contratual, à luz do artigo 405.º do C.C.; consiste num meio lícito porque corresponde ao exercício de um direito resultante do acordo das partes; por regra baseia-se em determinada quantia pecuniária; só liberta dos deveres contratuais inicialmente programados aquele que a tem a seu favor se e na medida que preste a contrapartida convencionada.

8) A multa penitencial configura uma obrigação com faculdade alternativa *a parte debitoris*; apesar de poder ser atribuída a ambas as partes, é sempre atribuída na qualidade de devedor. Da referida qualificação resulta que o devedor pode liberar-se eficazmente prestando a contrapartida, sem necessitar da aquiescência do credor; e, por contrário, o credor não reserva o direito de exigir a contrapartida convencionada. Desse predicado redundam, então, um direito potestativo modificativo para quem tem a multa penitencial a seu favor, permitindo-se, assim, a substituição da prestação *in obligatione*.

9) Quanto à relação da multa penitencial com a execução específica entendemos que o enquadramento será diverso consoante se trate de um contrato-promessa ou de um contrato definitivo. No âmbito dos contratos-promessa, em virtude da presunção do artigo 830.º, n.º2, – caso não seja ilidida – sucede que a previsão de uma multa penitencial é suficiente para considerar afastada a execução específica. Porém, no âmbito dos contratos definitivos, não existindo uma presunção semelhante, a execução específica só se considera afastada se e na medida que o devedor realize a prestação prevista como contrapartida.

10) Consideramos, portanto, que o ponto decisivo para a qualificação da multa penitencial, será que a configuração da obrigação se traduza numa faculdade alternativa *a parte debitoris* que confira, ao devedor, o direito potestativo de substituir a prestação originária, por outra diversa, previamente convencionada. Permitindo-se, assim, o

arrependimento (relativamente à prestação *in obligatione*), mediante a prestação de uma contrapartida (a prestação *in solutione*), que, assumindo uma função de compensação, fará cessar a obrigação pelo modo típico: o cumprimento – neste caso da prestação substitutiva.

11) As características funcionais da multa penitencial são o espelho da sua utilidade prática. Em tempos de elevada incerteza e constante alteração das situações da vida, o direito de arrependimento – *ius poenitendi* – pode assumir um papel fundamental, sobretudo em contratos cuja execução se prolongue no tempo, na gestão de riscos e na subtração das partes ao litígio, visto que permite uma forma lícita de retratação, com a vantagem de não implicar a entrega prévia de qualquer contrapartida, reservando-a para o momento do seu exercício.

12) No ordenamento jurídico podem identificar-se manifestações práticas da multa penitencial, que permitem às partes usufruir das aludidas vantagens funcionais. Nesse sentido, extravasando o plano teórico, enquadrámos as cláusulas de rescisão do contrato de trabalho desportivo e os encargos de cessação dos contratos de comunicações eletrónicas como exemplos, típicos e de grande utilização, reconduzíveis à categoria da multa penitencial.

13) Por fim, em sentido contrário ao da doutrina maioritária, concluímos pela possibilidade de reduzir a multa penitencial, quando manifestamente excessiva, recorrendo à aplicação analógica do artigo 812.º do C.C., previsto em sede de cláusula penal. Ora, na sequência de PINTO MONTEIRO, entendemos que aquela norma consagra um princípio de alcance geral, destinado a corrigir manifestações abusivas da autonomia privada e, por conseguinte, suscetível de aplicação por analogia à multa penitencial, de modo a evitar que sejam frustradas as finalidades visadas pelas partes, aquando da estipulação de multas penitenciais exorbitantes. Em suma, portanto, entendemos que a redução por equidade garante rigor e assertividade, afigurando-se como solução mais ajustada à luz de um juízo de justiça material, no processo de controlo das multas penitenciais.

Bibliografia

- ALABART, DÍAZ, *Las Arras*, in *Revista de Derecho Privado*, Janeiro, 1996.
- ALBALADEJO, MANUEL, *Arras de Desistimiento y Arras Penales*, in *Revista de Derecho Privado*, Junho, 1996.
- AMADO, LEAL, *Ainda sobre as Cláusulas de Opção e de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo*, in *Temas Laborais 2*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- AMADO, LEAL, *As cláusulas de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo*, in *O Direito do Desporto em Perspetiva*, Ana Celeste (coord.), Almedina, Coimbra, 2015.
- AMADO, LEAL, *Vinculação versus Liberdade (o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de RUI DE ALARCÃO, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 1966.
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a Ed., 6.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011.
- AURELIANO, NUNO, *O Risco nos Contratos de Alienação – Contributo para o estudo do Direito Privado Português*, Almedina, Coimbra, 2009.
- BAILLOD, RAYMONDE, *Le Droit de Repentir*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Ano 83, n.º 2, 1984.
- BAPTISTA, MENDES, *Breve Apontamento sobre as Cláusulas de Rescisão*, in *RMP*, n.º 91, 2002.
- BAPTISTA, MENDES, *Direito Laboral Desportivo – Estudos*, Vol. I, Quid Juris, Lisboa, 2003.
- BENET, A., *Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale*, in *La Semaine Juridique*, n.º 3274, I, 1987.
- BERNARDO, RAPOSO, *Sinal-da sua Irredutibilidade por Equidade*, in *ROA*, Ano 56, Lisboa, 1996.
- BERTOLINI, CESARE, *Teoria Generale della Pena Convenzionale – Secondo Il Diritto Romano*, Accademia Storico-Giuridica, Roma, 1894.
- BIANCA, MASSIMO, *Diritto Civile*, Vol. III, 2.^a Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2000.
- BRACCINI, RAFFAELLO, *Caparra:II*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988.

-
- BRIZ, SANTOS, [Artículo 1153], in *Comentario del Código Civil*, Tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000.
- BROX, HANS, *Allgemeines Schuldrecht*, 18.^a Ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990.
- CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil*, Vol. II, Quadrige, Paris, 2004.
- COELHO, RIBEIRO, *O Consumidor e a Tutela do Consumo*, in RMP, n.º 103, Ano 26, Julho-Setembro, 2005.
- COIMBRA, ANA, *O sinal: Contributo para o Estudo do seu Conceito e Regime*, in O Direito, Ano 122, III-IV, Julho-Dezembro, 1990.
- CORDEIRO, MENEZES, *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, 2.^a Reimp., Almedina, Coimbra, 1994.
- CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo I, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2010.
- CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 2.^a Ed., Revista, Almedina, Coimbra, 2016.
- CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, 2.^a Ed., Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2012.
- CORREIA, LÚCIO, *Limitações à Liberdade Contratual do Praticante Desportivo*, Livraria Petrony, Lisboa, 2008.
- COSTA, ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.^a Ed., 4.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016.
- DEMESLAY, ISABELLE, *Le Droit de Repentir*, in Revue Juridique de l'Ouest, Vol. 10, n.º 2, 1997.
- DIAS, FIGUEIREDO, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2.^a Ed., 2.º Reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- DIEZ-PICAZO, L. /ANTONIO GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 4.^a Ed., 3.^a Reimp., Tecnos, Madrid, 1986.
- ENGEL, PIERRE, *Traité des Obligations en Droit Suisse – Dispositions Générales du CO*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973.

-
- ENNECCERUS, LUDWIG, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, Trad. Espanhola da 35.^a Ed. Alemã, por PÉREZ GONZÁLES e JOSÉ ALGUER, Libreria Bosch, Barcelona, 1933.
- FONTAINE, MARCEL /FILIP DE LY, *Drafting International Contracts – An Analysis of Contracts Clauses*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.
- FRANÇA, LIMONGI, *Raízes e Dogmática da Cláusula Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.
- GAZZONI, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Privato*, 12.^a Ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- GIL, HERNANDEZ, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983.
- GOMES, ORLANDO, *Contratos*, 9.^a Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- JORGE, PESSOA, *Lições de Direito das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1975/1976.
- KOHL, BENOÎT /ROMAIN SALZBURGUER/MICHÈLE VANWIJCK-ALEXANDRE, *Les clauses de take or pay: des clauses originales et méconuees*, in *Journal des Tribunaux*, n.º 6354, 2009.
- LARENZ, KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14.^a Ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987.
- LEITÃO, MENEZES, *Cláusulas de Rescisão e Cláusulas Penais no Contrato de Trabalho Desportivo*, in *IV Congresso de Direito do Desporto*, RICARDO COSTA/NUNO BARBOSA (coord.), Almedina, Coimbra, 2015.
- LEITÃO, MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- LEITÃO, MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. II, 8.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- LIMA, PIRES DE /ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- LUQUE, LIMÓN, *La Dimisión del Deportista Profesional y la Indemnización de la Entidad Deportiva*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 101, Setembro-Dezembro, 2000.
- MACHADO, BAPTISTA, *Cláusula do Razoável*, in *Obra Dispersa*, Vol.I, Scientia Iuridica, Braga, 1991.
- MACHADO, BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 23.^a Reimpr., Almedina, Coimbra, 2016.
- MACHADO, BAPTISTA, *Pressupostos da Resolução por Incumprimento*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Teixeira Ribeiro*, II, BFD, Coimbra, 1979.
- MAILINVAUD, PHILIPPE, *Droit des Obligations*, 7.^a Ed., Litec, Paris, 2007.
-

-
- MARINI, ANNIBALE, *Caparra:I*, in Enciclopedia Giuridica, Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1988.
- MARTINEZ, ROMANO, *As Cláusulas de Rescisão no Contrato de Trabalho Desportivo*, in RDES, n.º 1-4, Ano LV, Almedina, Coimbra, 2014.
- MARTINEZ, ROMANO, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª Ed, Almedina, Coimbra, 2015.
- MERÊA, PAULO, *Arras – Acheegas para a solução dum problema filológico-jurídico*, in Separata do Boletim de Filologia, Imprensa Nacional de Lisboa, 1937.
- MONTEIRO, PINTO, *A Pena e o Dano*, in Cadernos de Direito Privado, Número Especial 02, Dezembro, Braga, 2012.
- MONTEIRO, PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.
- MONTEIRO, PINTO, *Clausulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 2.ª Reimp., Almedina, Coimbra, 2011.
- MONTEIRO, PINTO, *Contrato de Agência*, 7.ª Ed., Atualizada, Almedina, Coimbra, 2010.
- MONTEIRO, PINTO, *Contratos de Distribuição Comercial*, 3.ª Reimp., Almedina, Coimbra, 2009.
- MONTEIRO, PINTO, *O contrato na Gestão do Risco e na Garantia da Equidade*, in O Contrato, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2016.
- MONTEIRO, PINTO, *Sobre as Cláusulas de Rescisão dos Jogadores de Futebol*, in RLJ, Ano 135, n.º 3934, Setembro-Outubro, 2005.
- MOREIRA, GUILHERME, *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. I, Parte Geral, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1907.
- MOREIRA, GUILHERME, *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. II, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1925.
- OLIVEIRA, PINTO, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- OLIVEIRA, PINTO, *Clubes de Futebol, Jogadores e Transferências: o Problema da Validade das “Cláusulas de Rescisão”*, in Cadernos de Direito Privado, n.º17, Braga, Janeiro-Março, 2007.
- OLIVEIRA, PINTO, *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- OLIVEIRA, PINTO, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- PINTO, C. MOTA, *Lições de Direito Civil 1979-1980*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1980.

-
- PINTO, C. MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Ed., 2.^a Reimp., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- PRATA, ANA, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2005.
- PRATA, ANA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2010.
- PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2008.
- PRATA, ANA, *O Contrato-promessa e o seu Regime Civil*, 2.^a Reimp., Almedina, Coimbra, 2006.
- PROENÇA, BRANDÃO, *A Desvinculação Não Motivada nos Contratos de Consumo: um Verdadeiro Direito de Resolução?*, disponível em www.oa.pt.
- PROENÇA, BRANDÃO, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- PROENÇA, BRANDÃO, *Do Incumprimento do Contrato-promessa Bilateral*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia, II, BFD, Coimbra, 1989.
- PROENÇA, BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- PRÜTTING, HANNS /GERHARD WEGEN/GERD WEINREICH, *BGB Kommentar*, 10.^a Ed., Luchterhand Verlag, 2015.
- RIBEIRO, SOUSA, *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- ROCHA, COELHO DA, *Intuições de Direito Civil Portuguez*, 5.^a Ed., Tomo I, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1867.
- RODRIGUEZ, AFONSO, *Las Arras en la Contratacion*, Bosch, Barcelona, 1995.
- ROTONDARO, CARMINE, *Clausola Penale, Caparra Confirmatoria, Multa o Caparra Penitenziale nelle Transazioni Intragruppo: Opportunità di Tax Planning e Problematiche Fiscal*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n.º 2, Roma, 2000.
- SCOTT, ROBERT /GEORGE TRIANTIS, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, in *Columbia Law Review*, Vol. 104, 2004.
- SERRA, VAZ, *Pena Convencional*, in *BMJ*, n.º 67, 1957.
- SERRA, VAZ, *Resolução do Contrato*, in *BMJ*, n.º 68, 1957.
- SERRA, VAZ, *Do Cumprimento como modo de extinção das Obrigações*, in *BMJ*, n.º 34, 1953.
-

-
- SERRA, VAZ, *Obrigações Alternativas. Obrigações com Faculdade Alternativa*, in BMJ, n.º 55, 1956.
- SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Ed., Reimpr., Almedina, Coimbra, 2007.
- SILVA, CALVÃO DA, *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.ª Ed., Revista e Aumentada, Almedina, Coimbra, 2010.
- SOARES, BENTO /MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais – Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Reimp., Almedina, Coimbra, 1995.
- TAPIA, RODRÍGUEZ, *Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil*, in Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI, Fascículo II, Abril-Junho, 1993.
- TELLES, GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed., Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- TELLES, GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª Ed., Refundido e Atualizado, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- TRABUCCHI, ALBERTO, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32.ª Ed., CEDAM, Padova, 1991.
- TRIMARCHI, PIETRO, *Istituzioni di Diritto Privato*, 12.ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- VARELA, ANTUNES, *Anotação ao Acórdão do STJ de 18 de Novembro de 1982*, in RLJ, Ano 119.º, n.º 3742-3753, 1986/1987.
- VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., 6.ª Reimp., Almedina, Coimbra, 2009.
- VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª Ed., 5.ª Reimp., Almedina, Coimbra, 2010.
- VARELA, ANTUNES, *Direito das Obrigações*, Vol. 2, Editora Forense, Belo Horizonte, 1979.
- VASCONCELOS, PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015.

Jurisprudência

- Acórdão da COUR DE CASSATION, Chambre Commerciale, 18-01-2011, Pourvoi n.º 09-16863, disponível em www.courdecassation.fr.
- Acórdão da COUR DE CASSATION, Chambre Commerciale, 22-01-2013, Pourvoi n.º 11-27293, disponível em www.courdecassation.fr.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 07-03-2007, Processo n.º 06S1541, (SOUSA PEIXOTO), disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 06-02-1997, Processo n.º 96B549, (MIRANDA GUSMÃO), disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 1-02-1983, *in* BMJ, n.º 324, 1983.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 3-11-1983, *in* ROA, Ano 45, 1985.
- Acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 8-03-1977, *in* BMJ, n.º 265, 1977.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, de 17-04-2012, Processo n.º 5060/09.6TBLRA.C1, (BARATEIRO MARTINS), disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, de 26-05-2004, Processo n.º 701/04-1, (ESPINHEIRA BALTAR), disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 29-05-2012, Processo n.º 1180/07.0TBSSB.L1-1, (TERESA HENRIQUES), disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, Processo n.º 0756762, de 28-01-2008, (ABÍLIO COSTA), disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, Processo n.º 9250282, de 2-11-1992, (SIMÕES FREIRE), disponível em www.dgsi.pt.
- Acórdão do SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, de 4-11-2015, Case ID: UKSC 2013/0280, disponível em www.supremecourt.uk.