



KA SENG FOK

CLÁUSULA PENAL NA ORDEM JURÍDICA DE MACAU E DE PORTUGAL

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas,
Menção em Direito Civil, orientada pelo
Professor Doutor António Joaquim de Matos Pinto Monteiro,
apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2017





FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

KA SENG FOK

CLÁUSULA PENAL NA ORDEM JURÍDICA DE MACAU E DE PORTUGAL
PENALTY CLAUSE IN LEGAL ORDER OF MACAO AND PORTUGAL

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Menção:
Direito Civil

Orientador:
Professor Doutor António Joaquim de Matos Pinto Monteiro

Coimbra, 2017

Agradecimentos

Manifesto o meu profundo agradecimento às pessoas que me deram grande apoio. Foi graças a eles que esta dissertação se tornou possível.

Ao meu Orientador, Professor Doutor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, a quem devo boa parte dos conhecimentos recentemente adquiridos.

Aos meus pais, WENG FAI FOK e LAI FONG LEONG, que sempre me apoiaram na minha vida, dando-me coragem para concretizar os meus estudos em Portugal.

À Doutora SUSANA CHOU, Presidente da Associação de Beneficência Tong Chai de Macau, que me aceitou na entrada do projeto de continuação dos estudos em Portugal dos alunos que completam o Curso de Licenciatura em Direito em Língua Chinesa.

Resumo

Não há dúvida que a fonte do ordenamento de Macau (RAEM) é o direito português. Portanto, a tradição jurídica da RAEM é muito semelhante à de Portugal. O Código Civil de Macau herdou quase completamente o Código Civil de 1966.

Parece que todos os regimes no Código são iguais. Pelo contrário, no domínio da cláusula penal, a legislação da RAEM é muito diferente da de Portugal e, por isso, tenho grande interesse neste regime.

É facto sabido que a cláusula penal era concedida em diversas funções dependendo de cada época histórica, como exemplo uma função de pena privada, uma função sancionatória, uma função compulsivo-sancionatória, uma função indemnizatória, uma função compulsória e bifuncionalidade da figura unitária. Mesmo hoje em dia, talvez os Estados adotem diferentes funções nas suas legislações nacionais.

Pretendemos estudar os significados das funções, através do estudo histórico e teórico. Para tal, analisamos todos os preceitos legais da cláusula penal, a fim de entendermos os pensamentos legislativos e, simultaneamente, compararmos as duas instituições.

Inicialmente, começamos a dissertação pela história das instituições jurídicas do sistema continental, do sistema do *common law*, da ordem jurídica da RAEM e de Portugal. Seguidamente, analisamos as funções e doutrinas dominantes da cláusula penal.

Posteriormente, tentamos interpretar todas as normas jurídicas de ambos os institutos da RAEM e de Portugal, ao abrigo das doutrinas dominantes e das jurisprudências.

Por fim, fazemos um estudo mais profundo na única inovação jurídica da RAEM e apresentamos o nosso parecer.

Abstract

There is no doubt that the source of law of Macao (MSAR) is Portuguese law. Therefore, the legal tradition of MSAR is very similar to the system of Portugal. The Civil Code of Macao inherited almost completely the Civil Code of 1966.

It seems that all the articles in the Code are the same. On the contrary, in the area of penalty clause, a legislation of MSAR is very different from Portugal. Therefore, I have great interest in this system.

It is well known that the penalty clause was given in various functions on each historical period. For example, a function of the private penalty, a sanctioning function, a compulsory-sanctioning function, a compensatory function, a compulsory function and bifunctionality of the unitary figure. Even nowadays, many countries may admit different functions in their national legislations.

We intend to study the significances of those functions, through historical and theoretical way. To achieve this target, we have to analyze all the legal articles of penalty clause, in order to understand the law intents and, simultaneously, to compare the two institutions.

In the beginning of the dissertation, we study the legal history of the institutions of the continental system, the common law system, MSAR's and Portuguese legal systems. Then, we analyze the dominant functions and doctrines of the penalty clause.

Subsequently, under the dominant doctrines and jurisprudences, we try to interpret all the legal norms of both institutes of MSAR and Portugal.

Finally, we would like to do a study in-depth in the only innovation of MSAR's legal system and present our opinion.

Palavras-Chave

cláusula penal; pena; função punitiva; função compensatória; função compulsória; dupla função; doutrina da natureza mista; bifuncionalidade; cláusula penal compensatória; cláusula penal compulsória; cláusula penal moratória; cláusula de garantia; indenização sancionatória; cúmulo; identidade de interesses; princípio de acessoriedade; princípio de não reparação do dano excedente; a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”; redução equitativa da pena.

Keywords

penalty clause; penalty; punitive function; compensatory function; compulsory function; dual function; the doctrine of mixed nature; bifunctionality; compensatory penalty clause; compulsory penalty clause; moratorium penalty clause; guarantee clause; sanctioning indemnity; cumulus; identity of interests; principle of accessory; principle of non-reparation for excess damage; the rule of "do not pay twice for the same object"; equitable reduction of the penalty clause.

ÍNDICE

Introdução

- I. História das instituições jurídicas sobre o Código Civil de Macau (RAEM)
- II. Breve evolução histórica da cláusula penal
 1. Época do direito romano
 2. Época medieval
 3. Época das codificações
 4. Desenvolvimento da cláusula penal no sistema do *common law*
- III. Várias doutrinas dominantes da cláusula penal
 1. Função punitiva
 2. Função compulsória
 3. Função indemnizatória
 4. Dupla função
- IV. Desenvolvimento da cláusula penal na ordem jurídica portuguesa
 1. Época das ordenações
 2. Época das codificações
 3. Alterações legislativas de 1980 e de 1983
- V. O problema da patrimonialidade da indemnização
- VI. Cláusula penal na ordem jurídica portuguesa
 1. Interpretação do art.810.º do Código Civil
 - 1.1 Interpretação do art.810.º, n.º1
 - 1.1.1 Cláusula penal compensatória e cláusula penal compulsória
 - 1.1.2 Consentimento
 - 1.1.3 O montante da indemnização exigível
 - 1.2 Interpretação do art.810.º, n.º2 – princípio de acessoriedade

2. Interpretação do art.811.º do Código Civil
 - 2.1 Interpretação do art.811.º, n.º1 – a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”
 - 2.1.1 Cúmulo da pena com o cumprimento e critério da identidade de interesses
 - 2.1.2 Cláusula penal moratória
 - 2.1.3 Diferença da natureza entre cláusula penal e obrigação alternativa
 - 2.1.4 Diferença da natureza entre cláusula penal e multa penitencial
 - 2.1.5 Outros pressupostos de cláusula penal
 - 2.2 Interpretação do art.811.º, n.º2 – princípio de não reparação do dano excedente
 - 2.3 Interpretação do art.811.º, n.º3
3. Interpretação do art.812.º do Código Civil
 - 3.1 Interpretação do art.812.º, n.º1
 - 3.1.1 Breve história e pensamento legislativo
 - 3.1.2 O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 1983 e os argumentos entre os juristas
 - 3.1.3 Âmbito e pressupostos
 - 3.2 Interpretação do art.812.º, n.º2
4. Natureza jurídica da cláusula penal
- VII. Cláusula penal na ordem jurídica da RAEM
 1. Política “um país, dois sistemas” e Lei Básica da RAEM
 2. Doutrina dominante de cláusula penal
 3. Interpretação do art.799.º do Código Civil
 - 3.1 Interpretação do art.799.º, n.º1
 - 3.2 Interpretação do art.799.º, n.º2
 - 3.3 Interpretação do art.799.º, n.º3

- 3.3.1 Liberalismo do estabelecimento da cláusula penal
 - 3.3.2 Duas presunções – a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”
 - 3.4 Interpretação do art.799.º, n.º4 – princípio de acessoriedade
 - 4. Interpretação do art.800.º do Código Civil
 - 4.1 Interpretação do art.800.º, n.º1
 - 4.1.1 Cláusula de garantia
 - 4.2 Interpretação do art.800.º, n.º2
 - 4.2.1 Primeira parte do art.800.º, n.º2 – a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”
 - 4.2.2 Parte final do art.800.º, n.º2
 - VIII. Comparação entre o ordenamento jurídico da cláusula penal de RAEM e de Portugal
 - 1. Cláusula de garantia e cláusula penal
 - 2. Convenção sobre o dano excedente entre RAEM e Portugal
- Conclusão
- Referências bibliográficas

SIGLAS

ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (Código Comercial alemão de 1861)
AGB=ABG-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (lei alemã, de 9 de Dezembro de 1976, que institui o regime das condições gerais do contrato)
APN	Assembleia Popular Nacional
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, de 1896, em vigor na RFA)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal alemão, com funções equiparáveis às de um Supremo)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CPAPN	Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional
CPCM	Código de Processo Civil de Macau
DSAJ	Direção de Serviços de Assuntos de Justiça
LB	Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China
RAEM	Região Administrativa Especial de Macau
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJUT	Revista Jurídica da Universidade de Tsinghua
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
RPD	Revista Perspetivas do Direito
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
SDSD	Studi e Documenti di Storia e Diritto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

A cláusula penal é uma parte indispensável no direito civil em ordenamento contemporâneo. Na prática do direito civil e comercial, a cláusula penal é utilizada pelos contraentes como cláusula acessória, a fim de, no caso de inadimplemento obrigacional, clarificar a sua responsabilidade assumida.

A cláusula penal é uma figura com larga tradição, sendo esta anterior ao período do direito romano, pelo que tem contribuído com muitas teorias para o sistema jurídico continental. Foi fundada pelo direito babilónico e direito greco-egípcio. Após investigações jurídicas, especialmente na área da função da cláusula penal, a teoria da cláusula penal teve gradualmente o seu desenvolvimento. Os Estados tinham as suas próprias posições para a cláusula penal e incitavam imensas teorias. É óbvio que a visão do sistema do *common law* é diferente da do sistema continental, mas os Estados representativos no direito continental, como a Alemanha e a França, também possuíam as suas definições individuais.

Segundo as diferentes teorias, a maioria dos países do direito continental atribuiu-lhe a sua própria natureza jurídica. Antigamente, na Europa, acrescia a ação legislativa internacional, de modo a uniformizar a interpretação da significação da cláusula penal. Em 1973 e 1978, foram promulgados a Convenção Benelux e o *Penal Clauses in Civil Law-Resolution of the Council of Europe*, e, foi aprovado o *Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance* pelo *United Nations Commission on International Trade Law*. Obviamente, a promulgação destas normas internacionais expressa que as várias naturezas jurídicas da cláusula penal devem ser, gradualmente, padronizadas na comunidade internacional para facilitar reciprocamente as frequentes atividades comerciais.

Na longa evolução histórica, à cláusula penal eram concedidas imensas funções,

nomeadamente uma função puramente indemnizatória / compensatória, uma função coercitiva / compulsória, uma dupla função, uma função punitiva / sancionatória e a doutrina da natureza mista. Não há dúvida que existem vantagens e contras nas diversas teorias sobre as funções da cláusula penal. Alguns ordenamentos jurídicos admitem apenas uma ou duas funções. Alguns adotam duas funções e, simultaneamente, preferem uma delas. Estas opções legislativas influenciam diretamente a instituição da cláusula penal e a sua prática. Portanto, é necessário fazermos uma investigação profunda.

O regime da cláusula penal portuguesa foi disposto no Código Civil português, do art.810.º ao art.812.º, o de Macau foi regulado no Código Civil de Macau, do art.799.º ao art.801.º. Não obstante existirem apenas três artigos, a cláusula penal tem-se revelado um instituto de utilização frequente e tem acarretado muitas discussões académicas.

Na realidade, é fácil percebermos que a cláusula penal de Macau, comparada literalmente com a de Portugal, já se converteu. Propomo-nos a analisar as normas jurídicas, as funções admitidas e as teorias relacionadas, a fim de fazermos o estudo mediante o modo de direito comparado. Finalmente, alvitramos uma proposta sobre o aperfeiçoamento desta ordem jurídica da RAEM.

I. História das instituições jurídicas sobre o Código Civil de Macau (RAEM)

Antes de Portugal ter dominado Macau, Macau fazia parte da área de jurisdição do Governo de Cantão e aplicava o direito chinês. Naquela altura, o direito chinês ainda possuía a característica de não separação do ramo de direito, faltava a significação do direito contemporâneo.

Desde 1822, a Constituição Portuguesa decretou que a região de Macau pertencia a Portugal como território ultramarino, fazendo extensão de aplicabilidade das leis nacionais em Macau. Nesse momento, Portugal estava na Época das Ordenações. As leis portuguesas aplicáveis em Macau foram principalmente as Ordenações Filipinas. Além disso, alguns regulamentos do direito romano e do direito canónico também consistiram na ordem jurídica de Macau como a lei subsidiária¹. Isso afirma que a fonte do direito de Macau é de Portugal. Em virtude da aplicabilidade das Ordenações Filipinas, a cláusula penal contemporânea entrou no ordenamento jurídico de Macau. Logo, promulgando o Código de Seabra e o Código Civil de 1966, o regime jurídico de Macau acompanhou continuamente o passo de Portugal, incluindo a instituição da cláusula penal.

Decorrendo a Revolução dos Cravos, em 1974, o governo autoritário de Salazar foi derrubado pelo povo português. Em 1975, Portugal declarou que tinha abandonado todas as colónias ultramarinas e, ao mesmo tempo, reconheceu Macau, desde os tempos mais remotos, como parte da República Popular da China, mantendo Portugal, temporariamente, a administração até a China voltar a assumir o exercício da soberania sobre Macau. Portanto, as leis portuguesas ainda foram aplicáveis em Macau.

Hoje em dia, não obstante Macau já ser governada pela China, é um facto incontestável que o direito de Macau herdou o de Portugal. Relativamente ao direito de

¹ TONG IO CHENG, *Teoria fundamental de direito civil e estudo do direito de Macau*, Guangzhou, Editora da Universidade Sun Yat-Sin, 2008, pp.261-262.

Macau, sem dúvida que a LB é a fonte de direitos materiais e de direitos formais. Quanto à fonte histórica do direito de Macau, com certeza, é o direito português.

Ao estabelecer-se a RAEM, as leis anteriormente vigentes em Macau são adotadas como leis da Região, salvo no que seja declarado pelo CPAPN como contrário a esta lei (LB)².

Após a apreciação do CPAPN, o Código Civil de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei 39/99/M, foi tornado parte integrante do direito da RAEM. O Código Civil de Macau sucedeu basicamente do Código Civil português. Existem somente alguns regimes diferentes de Portugal como exemplo o sinal, a sanção pecuniária compulsória e a instituição do nosso tema – a cláusula penal.

2 *LB da RAEM da República Popular da China*, art.8º e art.145.º, n.º1.

II. Evolução histórica da cláusula penal

1. Época do direito romano

Antigamente, a cláusula penal aparecia no direito babilónico e papiros greco-egípcios. Entretanto, o desenvolvimento da teoria estava muito mais atrasado. Na época do direito romano, o regime da cláusula penal foi dramaticamente desenvolvido. Inicialmente, a cláusula penal era atribuída à natureza de pena privada. Isto reflete que no regime da cláusula penal antiga existia uma grande imperfeição no regime de indemnização civil³. Segundo esta natureza, a cláusula penal antiga era considerada um modo de direito privado, destinando-se a proteger o cumprimento de prestação privada. Neste ângulo, a cláusula penal com natureza privada não só funcionou como um meio de pressão ao devedor, mas também como sanção ao devedor pelo não cumprimento. Em certa medida, a pena privada representou a posição dominante do direito greco-egípcio e do direito romano⁴. Diferente da pena pública, a pena privada é para defender interesses particulares do credor. Pelo contrário, a pena pública destina-se a proteger interesses públicos.

Além disso, o direito romano atribuiu a *stipulatio poenae*. Após a estipulação pelas partes, o devedor fazia duas promessas. Em primeiro lugar, a obediência de cumprimento obrigacional. Em segundo lugar, se não fosse cumprida a obrigação principal, fazia o pagamento da pena. Quer dizer, é essencial o devedor cumprir rigorosamente o princípio da condenação pecuniária⁵, que vigorou pelo menos até ao período do processo extraordinário. Nessa altura, era imprescindível que a obrigação principal fosse de índole pecuniária⁶. O direito romano não estabelecia nenhuma limitação sobre o montante da

3 RAO MING BING, Teoria da dupla função da cláusula penal, Beijing, RJUT, 2016.

4 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pp.328.

5 No parecer do VOICI, a pena privada destinou-se castigar o infrator. Inicialmente, através da fase vingativa, o infrator era entregue ao grupo de que fazia parte a pessoa ofendida, para que fizesse dele o que quisesse. Com o andar dos tempos, a responsabilidade corporal deu lugar à responsabilidade pecuniária.

6 Hoje em dia, a lei já reconhece que a prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.

stipulatio poenae, salvo fraude à lei e usura em nome desta estipulação.

Nessa altura, o que produzia a vinculação de contrato era o negócio (*negotium*) ou causa (*causa*), mas não era acarretado pela vontade das partes. O direito romano considerava que ninguém podia estipular por outro (*alteri stipulari nemo potest*), uma vez que a lei não reconhecia nenhum interesse de terceiro no domínio de contrato e, por isso, o contrato a favor de terceiro devia ser julgado como improcedência no direito romano. Pelo que podemos saber que, nessa altura, a lei defendia estritamente o princípio de relatividade contratual. Para além dos interesses das partes, mais nada havia para o terceiro.

Além de não existir a limitação do montante convencional, ao contrário do regime atual⁷, em face do cumprimento parcial da obrigação principal, a pena não era suscetível de ser reduzida. A *stipulatio poenae* constituía uma sanção particularmente severa contra o devedor inadimplente. Era aplicada sempre que a convenção da pena não podia agravar a responsabilidade do credor, dispensando sempre a prova de qualquer dano. Visto ser convencional para proteger o interesse do credor, a pena sempre se tornava exigível⁸.

Principalmente, é irrelevante o requisito culposo do devedor. Esta posição era sustentada por muitos juristas, salvo dois casos previstos na lei. Em primeiro lugar, se o incumprimento tivesse sido impedido pelo credor, o devedor poderia arguir uma *exceptio doli*, a fim de obstar a uma eventual exigência do pagamento da pena. Em segundo lugar, estivessem em causa estipulações pretorianas, ou seja, estipulações concluídas pelas partes, no decurso do processo, por ordem do pretor, poderia o promitente eximir-se ao pagamento da pena, provando a sua falta de culpa, caso em que o pretor lhe concederia uma *exceptio liberatória*⁹.

7 *Código Civil de Macau*, art.801.º, n.º2 e *Código Civil português*, art.812.º, n.º2.

8 VOICI, *La responsabilité del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in Onore di Volterra*, Milano, 1971, pp.319, ss.

9 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.360.

Na realidade, como não limita o uso dos termos *poena*, nem era suscetível de ser reduzida, mesmo havendo cumprimento parcial, a *stipulatio poenae* realizava uma função compulsória. Combinando com a natureza de pena privada, revelava a índole compulsivo-sancionatória. Depois de ter cumprido totalmente a prestação de pena, extinguiu a obrigação principal.

Na opinião de TRIMARCHI, a cláusula penal exercia sempre uma função punitiva. Este considerou que a pena podia distinguir-se em duas espécies. Em primeiro lugar, uma cláusula penal *pura* tem função exclusivamente punitiva. Em segundo lugar, uma cláusula penal *non pura* era estipulada com finalidade punitiva e indemnizatória. Neste segundo sentido da cláusula penal, a pena já não acresce à indemnização, ou seja, as partes podem atribuir-se uma finalidade indemnizatória na cláusula penal. Isso não altera a sua natureza punitiva nem prejudica a unidade da figura.

Na realidade, TRIMARCHI propôs uma função de liquidação prévia de indemnização / dano. No entanto, não era sustentada esta dupla função por *Paulus*, um dos cinco grandes juristas romanos. *Paulus* considerou que a obrigação do pagamento de pena era “quase novação” (*quasi novatio*).

PINTO MONTEIRO também tomou esta posição. No seu parecer, dispensava-se a indemnização, porque a prestação não cumprida era substituída por outra que corresponderia – superava, em regra – ao valor da primeira¹⁰.

Com o andar dos tempos, o regime da *stipulatio poenae* era mantido no período de JUSTINIANO. No Império romano, continuava-se a adotar o regime da *stipulatio poenae*. Em caso de não cumprimento, é certo que o credor poderia, através da ação de certas quantias emprestadas (*actio certae creditae pecuniae*), obter facilmente a pena. A *stipulatio poenae* executava realmente uma função compulsivo-sancionatória.

10 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.367.

A nosso ver, nessa altura, não podemos dizer que a pena privada fosse uma fixação antecipada da indemnização ou indemnização sancionatória, sendo apenas um valor da nova prestação, substituindo uma responsabilidade original no caso de incumprimento.

2. Época medieval

Após a queda do Império Romano do Ocidente, em 476, a cláusula penal era utilizada com finalidade repressiva. No sentido de proteger o interesse do credor, usava-se uma importância alta para castigar o devedor pelo seu incumprimento. Desenvolvendo-se o direito canónico, uma função punitiva cada vez mais foi sofrendo desafios. Posteriormente, os autores do direito canónico sugeriram que a cláusula penal deveria unicamente executar uma função de indemnização.

Inicialmente, conforme a consideração da ética religiosa, os canonistas rejeitavam a legitimidade de aquisição de juros altos e, por isso, ao devedor não podia ser exigido o montante manifestamente excessivo da cláusula penal. E foi ao procurar combater a usura, sob todas as formas com que esta aparecia, direta ou dissimuladamente, que o direito económico atribuiu à cláusula penal uma natureza indemnizatória.

O Antigo Testamento proibia os juros, pelo menos entre Hebreus e especialmente em relação aos pobres. Em 325, o Concílio de Niceia proibia os eclesiásticos de emprestarem a juros, sem que a mesma proibição abrangesse os laicos.

A Igreja obedeceu intransigentemente às regras indicadas. Qualquer convenção respeitante a juros era nula (sanção civil) e os contraventores arriscavam-se a ser excomungados (sanção penal canónica). Os Concílios de Latrão afirmaram que a proibição da usura era a lei universal da Igreja, a qual estaria conforme o direito natural¹¹.

11 O direito natural é um conjunto de princípios universais e imutáveis, concretizadores da justiça, e que se encontrariam acima e para além do direito vigente em cada época e em cada comunidade, ora um conjunto de princípios consubstanciadores da justiça num dado momento histórico e numa dada comunidade, variáveis, pois, com o tempo e com o espaço.

No período de vigência deste direito, alguém criou um percurso destinado a conseguir o resultado vedado, mas sem incorrer na proibição. O método era o estabelecimento do contrato de empréstimo, em vez da cláusula de juros, uma cláusula penal, obrigando-se o devedor a pagar determinado montante superior ao do capital, em caso de não restituição do capital na data do seu vencimento¹².

Se bem que os teólogos e canonistas tivessem dado atenção a este problema, a Igreja não podiam proibir o emprego da cláusula penal. Eles sabiam que se proibissem a *poena*, seria ir contra o direito romano.

A proibição da cláusula penal seria só quando ela fosse *in fraudem usurarum apposita*. A pena não se destinasse a incentivar o devedor a ser diligente, antes pretendesse o credor que o mutuário se encontrasse na impossibilidade de restituir o capital na data acordada, a fim de obter, através da cláusula penal, qualquer coisa *ultra sortem*. Todavia, era imensamente difícil que se investigasse a vontade de cada contraente. Daí que, RAIMUNDO DE PEÑAFORT apresentasse sob a forma de duas presunções: presume-se que a quem tem o hábito de praticar a usura seja estipulada a pena *in fraudem usurarum*; o mesmo diz respeito a quem tenha estabelecido uma pena sob a forma de prestações escalonadas no tempo, *per singulos menses vel annos*¹³. Posteriormente, RAIMUNDO DE PEÑAFORT estabeleceu uma muito relevante distinção, correspondente às duas diferentes funções. A primeira classificação destina-se à reparação do dano (finalidade compensatória), considerando as partes como uma avaliação convencional da indemnização. A outra é para sancionar o devedor faltoso (finalidade sancionatória). Neste segundo caso, a pena já poderá ser exigida por inteiro, exceto se tiver sido inserida *in fraudem usurarum*.

12 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.372.

13 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.373.

MAGNA GLOSA sugeriu que, em caso de a pena ser estipulada em relação a um facto ou a um objeto específico, estando afastado o perigo de fraude, o montante não carecesse de ser limitado. Pelo contrário, relativamente à pena a uma soma de dinheiro, deve presumir-se a fraude, pelo que a pena não pode exceder a taxa de juro permitida.

AZO considerou que, em caso de mora, pode o juiz condenar uma determinada percentagem, durante certo período de tempo, para calcular a prestação de pena, mas a prestação deveria ser igual ao interesse que o credor teria tido em que o devedor não colocasse em mora¹⁴.

No século XIII, no sentido de defender melhor o devedor e manter justiça, HOSTIENSIS alegou historicamente um conceito de redução judicial da pena¹⁵.

Concluindo, o direito canónico da época medieval rejeitava uma função punitiva da cláusula penal, em vez de uma função puramente indemnizatória. Esta ideia canónica foi absorvida como pensamento legislativo do Código Civil francês em 1804. DUMOULIN concordou com a doutrina dos canonistas, influenciando a posição de POTHIER.

3. Época das codificações jurídicas

O símbolo das codificações jurídicas foi o nascimento do Código Civil francês. O Código herdou a conceção do direito canónico, enfatizando uma função de indemnização, principalmente refletindo o conteúdo do art.1229.º deste Código, produzido por POTHIER, “*la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale.*” O art.1152.º revelou que “*lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre.*” Assim se mostra o princípio da invariabilidade (*irréductibilité*).

14 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.376.

15 RAO MING BING, *Teoria da dupla função da cláusula penal*, RJUT, Beijing, 2016.

Todavia, a doutrina não negou a eficácia da garantia contratual. Muitos autores cada vez mais sustentavam uma função compulsória da cláusula penal. Após a Segunda Guerra Mundial, na prática da cláusula penal, a *irréductibilité* foi desfavorável aos devedores. Os juízes franceses já experimentaram, através de todas as formas dentro do seu sistema jurídico, julgando imensas sentenças sobre a redução judicial da cláusula penal. No entanto, o Supremo Tribunal francês persistiu na interpretação literal. Mesmo na consequência injusta ao devedor, o Supremo Tribunal rejeitou reduzir a cláusula penal que foi manifestamente excessiva. Finalmente, através da modificação legislativa, foi possível a alteração da prestação da cláusula penal.

A Lei 75-597, a 09 de Julho de 1975, adicionou a segunda alínea no art.1152.º do *Code Civil*, “néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.” O *ratio legis* foi que a cláusula penal não era apenas usada na convenção do pedido indemnizatório, mas também na área da função coercitiva, a fim de incentivar o cumprimento do devedor. Nessa altura, a teoria da dupla função é reconhecida na legislação nacional francesa, acompanhando também uma função da limitação da responsabilidade civil.

Antes da promulgação do primeiro Código Civil alemão, a teoria da cláusula penal alemã era conduzida pela conceção da indemnização civil. Posteriormente, por influência da pandectística germânica, a conceção passou a acentuar muito principalmente uma função compulsória da pena, perspectiva esta que o ADHGB e, mais tarde, o BGB, viriam a sufragar.

Portanto, diferenciou-se com o *Code Civil*, quando a Alemanha legislou o BGB, afirmando-se a posição da dupla função da cláusula penal (*Vertragsstrafe*). O pensamento legislativo apontou expressamente a teoria da dupla função, o credor podia forçar o

devedor através desta cláusula e simplificou-se e garantiu-se o direito de obrigação. Por outras palavras, a cláusula penal começou por ter uma finalidade compulsória e só após a frustração deste escopo, perante a violação do contrato, se considerará a função indemnizatória¹⁶. O tribunal alemão também reconheceu que a cláusula penal exerceu uma função de simplificação de prova, bem como vantagem da integração de dano não património e de dano inestimável.

Entretanto, o direito alemão apresentava um problema polémico no seio da cláusula penal. Este problema vai ser resolvido após a discussão do direito anglo-americano.

4. Desenvolvimento da cláusula penal no sistema do *common law*

Comparado com a cláusula penal no sistema continental, a no sistema do *common law* foi obviamente diferente. A cláusula penal foi classificada como *liquidated damages clause* (cláusula com escopo meramente indemnizatório) e *penalty clause* (cláusula de índole compulsória). O *common law* permitiu a estipulação da primeira figura, mas não a segunda. A *liquidated damages clause* funcionou como uma pré-avaliação de indemnização civil e a outra teve uma função compulsória. A importância superior à prestação da obrigação original foi convencionada pelos contraentes, a fim de forçar / sancionar não cumprimento do devedor.

A cláusula penal no direito continental foi a única figura bifuncional – com vista a incentivar o rigoroso cumprimento das obrigações, ao mesmo tempo, segundo a perspectiva dominante, uma forma de liquidação prévia do dano, dispensando o credor, no caso de inadimplemento, de recorrer à indemnização, que ela substitui. Por outro lado, a cláusula penal no *common law* negou a possibilidade de estipulação da *penalty clause*, declarando nula a *stipulatio poenae*, ou seja, a cláusula penal que revê uma finalidade compulsória.

16 FISCHER, Detlev, *Vertragsstrafe und vertragliche Schandensatzpauschalierung (Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung)*, Frankfurt am Main, 1981, pp.31.

Isso significa que as partes só podem estabelecer uma cláusula com função exclusivamente indemnizatória¹⁷. Em virtude desta distinção, o caminho do direito do *common law* foi cada vez mais diferente do direito continental.

Inicialmente, não se distinguiram, no seio do *common law*, as duas cláusulas indicadas. O regime da cláusula penal teve origem no direito inglês. A partir do século XIV, começou o fenómeno entre os comerciantes – a *penal bonds*. Através desta *penal bonds*, os empresários comerciais pretenderam fugir à proibição da usura.

Por exemplo, A e B estabeleceram uma cláusula da *penal bonds*, para que fizessem duas promessas. Se B não restituir a quantia convencional na certa data, B deve pagar duas vezes a quantia a A. Simultaneamente, se B a pagar antes da data acordada, extingue-se a promessa primeira.

Isto é, se o devedor cumprir completamente a sua obrigação convencional, não produz qualquer direito de exigir dupla quantia. Portanto, o devedor tem de provar o facto do seu cumprimento. Caso contrário, mesmo que o devedor cumpra parcialmente, é necessário ele assumir totalmente a segunda promessa – pagar duas vezes a quantia convencional.

Há quem diga que a *penal bonds* foi realmente a garantia condicional da cláusula penal. A constituição da *penal bonds* assemelhou-se ao contrato com condição resolutiva. Durante os séculos XIV e XV, este instituto foi utilizado extensamente na Inglaterra. No processo civil, foi imprescindível o devedor provar o seu cumprimento obrigacional, de modo a evitar o pagamento da pena.

Com o andar dos tempos, esta situação injusta foi conduzida pelos tribunais de *equity*, de maneira a proteger o devedor. Os tribunais de *equity* consideraram que era necessário classificar a finalidade de estabelecimento da cláusula penal pelas partes.

No século XV, os tribunais de *equity* controlaram o montante da indemnização dentro

17 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.396.

da indemnização efetiva. Posteriormente, os tribunais rejeitaram a eficácia da estipulação de *poenae*. No final, tornou-se nula a *penalty clause*.

A posição do direito inglês foi herdada pelo direito americano. A doutrina dominante deixou a legitimidade de indemnização muito superior. A alta indemnização foi considerada como um meio de ameaça. No domínio do direito das obrigações, em virtude de não envolver o interesse público, a alta indemnização não só interrompe o cumprimento pelo devedor como também danifica os negócios comerciais. No caso de utilizarem o remédio legal, os contraentes podiam apenas estipular *liquidated damages clause*.

Consoante a classificação da cláusula penal no âmbito do direito anglo-americano, o direito alemão tomou esta via, ao operar uma distinção paralela, se bem que com efeitos diversos da do *common law*. A doutrina saudou esta classificação, hoje em dia regulada pela AGB-Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976¹⁸.

Na Europa, a posição do direito germânico influenciou as legislações dos outros ordenamentos jurídicos, com certeza, incluindo a doutrina de Portugal.

18 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.7.

III. Várias doutrinas dominantes da cláusula penal

1. Função punitiva

A conceção da função punitiva da cláusula penal tem origem nos direitos grego e romano, a natureza de pena privada. Nessa altura, o escopo da cláusula penal foi compelir o devedor ao cumprimento, especialmente, por causa do incumprimento do devedor, sancioná-lo. Como sabemos, é a *stipulatio poenae* no direito romano. O direito romano começou a construir a teoria preliminar da cláusula penal¹⁹.

De acordo com a *stipulatio poenae*, em primeiro lugar, a independência do dano. Mesmo que o devedor prove a inexistência do dano, não extingue qualquer prestação da pena. Em segundo lugar, a independência da culpa. Mesmo que o incumprimento seja não imputável ao devedor, também não é dispensado da pena.

A consciência da sanção foi muito mais relevante na *stipulatio poenae*, derivou o princípio da absoluta intangibilidade da pena. Portanto, nessa altura, nem se pensou na possibilidade da redução judicial da pena. No período do direito romano, foi impossível a cláusula penal com finalidade reparatória. Além da função compulsivo-sancionatória, a *stipulatio poenae* não assumiu as outras funções.

A opinião foi sustentada por diversos autores. TRIMARCHI defendeu o seu parecer em três aspetos.

Em primeiro lugar, a cláusula penal exerce sempre uma função punitiva que é *insoprimibile*. A pena é devida a título de pena, pura e simplesmente, ou também a título de reparação. Em qualquer dos casos, a cláusula penal é um negócio jurídico bilateral, tendo como causa típica uma causa punitiva²⁰. Isto é, TRIMARCHI defendeu que a cláusula penal se inclui nas fontes da pena do direito privado.

19 BERTOLINI, C., *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in SDSD, ano XV, Roma, 1894, pp.91.

20 TRIMARCHI, V. Michele, *La clausola penale*, vol.III, Milano, 1954, pp.78.

Em segundo lugar, como analisamos acima, TRIMARCHI ponderou que a cláusula penal tem de ser classificada em duas espécies – cláusula penal *pura e non pura*. A primeira tem função exclusivamente punitiva. A segunda tem o escopo punitivo, simultaneamente, uma finalidade indemnizatória. Isto significa que a existência da finalidade indemnizatória não altera a natureza punitiva nem prejudica a unidade da figura.

Por último, TRIMARCHI reconheceu a natureza da independência da pena como um negócio autónomo, mas não um elemento acessório de um contrato.

Esta posição foi adotada por MAGAZZÙ²¹ e MOSCATI, MOSCATI considerou que a cláusula penal se tem dedicado à pena privada²².

Antes do nascimento do BGB, quanto à cláusula penal, o ordenamento jurídico alemão continuou a ter posição de pena privada. STAUDINGER / KADUK julgou que a cláusula penal foi uma pura pena (*Privatstrafe*), mas não uma indemnização. Na opinião de STAUDINGER / KADUK, a cláusula penal serviu exclusivamente o interesse do credor e tem o seu fundamento jurídico num acordo jurídico-privado das partes e, assim, de modo especial, na livre declaração de vontade do promitente²³. A cláusula penal foi o meio apropriado para contornar as dificuldades da prova do dano, sendo de tomar em conta, neste caso, não só o seu específico fim punitivo, mas também o de poupar ao credor lesado a prova de um dano²⁴.

COSACK / MITTEIS pressupões que a cláusula penal foi a pena privada, ao mesmo tempo, concedeu uma satisfação (*Genugtuung*) ao credor. Isto é, a pena tem também uma função indemnizatória²⁵.

21 TRIMARCHI, V. Michele, *La clausola penale*, vol.VII, cit., pp.186, ss.

22 MOSCATI, Enrico, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in GI, 1982, vol.I, 1, pp.1784, ss.

23 STAUDINGER, J. Von, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§339, n.º9, pp.172.

24 STAUDINGER, J. Von, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., pp.173.

25 COSACK, Konrad / MITTEIS, Heinrich, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, erster Band, *Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht*, 8.ªed., Jena, 1927, pp.407.

No parecer de REICHEL, a pena tem uma função de expiação (*Sühne*), pela ofensa produzida ao credor com a violação do contrato²⁶.

Hoje em dia, os países modernos basicamente já deixaram de adotar a *stipulatio poenae* uma vez que o direito civil cada vez mais acentua o escopo do cumprimento obrigacional, através do meio compensatório ou da feição compulsória, mas não uma função punitiva, nem uma função vingativa.

2. Função compulsória

Sabemos que a cláusula penal é bilateral. Quando o devedor não cumprir espontaneamente, o credor pode forçá-lo a satisfazer a obrigação principal.

Pelo contrário, na área extracontratual, “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação²⁷.” “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão²⁸.”

Antes da ocorrência do dano, não existe qualquer obrigação em sentido técnico. O direito de crédito só pode ser sugerido após a verificação do dano, ao contrário do que sucede no domínio contratual, em que o crédito surgirá, via de regra, com a celebração do contrato²⁹.

Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, o credor tem o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento, nos termos declarados na lei. Isto é, a realização coativa da prestação³⁰.

Entretanto, *nemo potest praecise cogi ad factum*. A execução específica não constitui

26 REICHEL, *Die Vertragsstrafe als Strafe*, in “Juristische Blätter”, 1929, pp.174.

27 *Código Civil de Macau*, art.477º e *Código Civil português*, art.483º.

28 *Código Civil de Macau*, art.557º e *Código Civil português*, art.563º.

29 MONTEIRO, J. Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, pp.8.

30 *Código Civil de Macau*, art.807º e *Código Civil português*, art.817º.

uma panaceia capaz de revolver todos os problemas. Além disso, a prestação infungível impede o cumprimento compulsório sobre o devedor. Portanto, surge o nascimento do regime da sanção pecuniária compulsória³¹. A sanção pecuniária compulsória é o meio de constrangimento indireto, a fim de provocar o cumprimento da obrigação e assegurar o prestígio da justiça. Como ANA PRATA afirma, sendo a obrigação de *facere* ou de *non facere* infungível incumprida, não pode o credor obter a sua execução específica, mas tem, além do direito a ser indemnizado pelos danos decorrentes da mora, a possibilidade de requerer, judicialmente, que o devedor seja condenado “ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso³².”

Hoje em dia, a cláusula penal compulsória funciona como a *astreinte* francesa, de maneira a coagir o cumprimento do devedor, através da prestação adicional que não compensa a prestação da obrigação principal.

Podemos dizer que uma cláusula penal, uma execução específica e uma sanção pecuniária compulsória exercem conjuntamente uma função coercitiva no direito contemporâneo.

Hoje em dia, em regra, a lei não contrai a possibilidade de o credor utilizar a figura com intuítos coercitivos. A cláusula penal contemporânea já deixou de ter uma índole exclusivamente indemnizatória, a função coercitiva já não poderia considerar-se meramente eventual³³.

No parecer de PINTO MONTEIRO, a função compulsória não deve ser corretamente exercida através da indemnização, nem as partes devem recorrer à indemnização para que a pena possa atuar como medida compulsória.

31 *Código Civil de Macau*, art.333º e *Código Civil português*, art.829º-A.

32 PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol.I, cit., pp.1331.

33 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.406.

3. Função indemnizatória

Na realidade, de acordo com a regulamentação da obrigação de indemnização, “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.³⁴” “A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível³⁵.” “A indemnização é igualmente fixada em dinheiro quando a reconstituição natural seja excessivamente onerosa para o devedor³⁶.” Em princípio, ainda que a reintegração natural seja uma forma mais perfeita de indemnização, ela não é o mais generalizado meio ao credor. Relativamente à fixação de indemnização, de acordo com a nossa lei³⁷, é indispensável o tribunal proceder ao seu apuramento.

O credor fica dispensado de provar o seu dano. Mesmo que o montante convencional seja manifestamente excessivo, ele não necessita provar. Pelo contrário, o devedor assume o encargo, se pretender pedir ao tribunal a redução equitativa da pena, com base no art.812.º do Código Civil (art.801.º do Código Civil de Macau).

A vantagem do estabelecimento da cláusula penal é que o credor pode evitar um processo complexo e moroso. É difícil apurar judicialmente a indemnização no domínio contratual. Em suma, a convenção da cláusula penal subtrai a ambas as partes as incertezas, custos e delongas de uma discussão judicial sobre o montante do dano, e previne contra valores inesperados, ao mesmo tempo que, por seu intermédio, o credor ladeia as dificuldades inerentes ao exercício do ónus da prova³⁸.

Uma função indemnizatória foi confirmada com o Código Civil francês de 1804. Conforme a doutrina dos canonistas da Idade Média que DUMOULIN adotou, influenciou-

34 *Código Civil de Macau*, art.556.º e *Código Civil português*, art.562.º.

35 *Código Civil de Macau*, art.560.º, n.º1 e *Código Civil português*, art.566.º, n.º1.

36 *Código Civil de Macau*, art.560.º, n.º3.

37 *Código Civil de Macau*, art.560.º, n.º5 e *Código Civil português*, art.566.º, n.º2.

38 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.35.

se o pensamento de POTHIER. No seu *Traité des Obligations* (século XVIII), a pena é compensadora das perdas e danos que o credor sofre pelo não cumprimento da obrigação principal³⁹. O pensamento legislativo foi fixado no art.1229º deste Código Civil. A conceção indemnizatória também foi a escolha do Código prussiano e do Código austríaco de 1811⁴⁰.

ORLANDO GOMES sustentou que a sua função da cláusula penal é pré-liquidar danos, e recusando, em conformidade, a tese da dupla função⁴¹.

JAIME DE GOUVEIA e PESSOA JORGE também sublinharam esta posição da natureza exclusivamente indemnizatória da cláusula penal^{42,43}. A teoria indemnizatória atende apenas uma função de pré-avaliação do dano, mas não com um fim coercitivo.

Com o andar dos tempos, os juristas cada vez mais reconheceram que, atribuindo-se à cláusula penal a natureza de indemnização, não obsta um escopo compulsório. Uma função puramente indemnizatória foi gradualmente abandonada. Os autores não afastam a possibilidade bifuncional da pena.

Na opinião de CUNHA GONÇALVES, a cláusula penal tem duas funções, ou seja, bifuncionalidade da cláusula penal, mas natureza “apenas” indemnizatória.

4. Dupla função

Como os autores cada vez mais rejeitam uma única função indemnizatória da cláusula penal, alguns juristas estabeleceram as novas conceções sobre as funções. Na posição de GALVÃO TELLES, foi reconhecida uma função compulsória no estabelecimento da cláusula penal com uma finalidade indemnizatória.

Após a alteração legislativa do Código Civil francês, a cláusula penal foi figura

39 POTHIER, *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções*, tomo I, trad. De CORREA TELLES, Lisboa, 1835, n.º343, pp.284.

40 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.322.

41 GOMES, Orlando, *Obrigações*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, pp.189 e n.(10).

42 GOUVEIA, Jaime de, *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, 1932, pp.136 e n.(1).

43 JORGE, F. Pessoa, *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, 1975-76, pp.587.

unitária, adotando uma dupla função e revestindo-se de natureza indemnizatória. A posição do *Code Civil* influenciou os Códigos posteriores nos Estados do direito continental, incluindo o Código Civil de 1867 e o de 1966 em Portugal.

No início da legislação alemã, a cláusula penal exerceu uma eficácia coercitiva (*Druckfunk*). Depois da atividade de codificações na Europa, adotou-se uma dupla função da cláusula penal. Isto é, na primeira fase, a pena tem uma finalidade compulsória. Na segunda fase, se o devedor não cumprir espontaneamente a obrigação principal, considerar-se-á uma função indemnizatória.

Conforme esta dupla função, para atuar como instrumento de feição compulsória, a fim de incentivar o rigoroso cumprimento das obrigações, a cláusula penal constitui, simultaneamente, uma forma de liquidação prévia do dano, dispensando o credor, em caso de incumprimento, de recorrer à indemnização, que ela substitui.

Quer dizer, PINTO MONTEIRO considera que é melhor o legislador determinar que uma função compulsória é exercida através da sanção acordada como hoje em dia na RAEM⁴⁴. Este não concorda com a bifuncionalidade da pena.

44 *Código Civil de Macau*, art.799.º, n.º1.

IV. Desenvolvimento da cláusula penal na ordem jurídica portuguesa

1. Época das ordenações

Podemos dizer que, antes da compilação oficial, todas as leis eram legislações extravagantes. As Ordenações Afonsinas – a primeira compilação de Portugal – foram promulgadas em meados do século XV, durante o reinado de D. Afonso V.

Na época medieval, os Estados usavam o direito comum, constituído por direito justinianeu, canónico, direitos locais e usos. O direito comum é a grande fonte das legislações dos diversos países. No Livro II, Título IX, fala-se sobre a integração das lacunas. Como em outros ordenamentos jurídicos, no caso das Ordenações Afonsinas seria necessária a integração das lacunas, direito romano, canónico, doutrinas medievais que se podem complementar em caso concreto, como o direito subsidiário⁴⁵.

Existia a instituição da cláusula penal que é regulada no Livro IV, Título LXII (*Das penas convencionaaes e judiciciaes*). Nessa altura, Macau começou a acompanhar o andar dos legisladores portugueses.

Em 1521, a doutrina das Ordenações Afonsinas sobre a cláusula penal foi recebida pelas Ordenações Manuelinas, que D. Manuel I promulgou, a fim de substituir as primeiras. No Título XLIV, sob a epígrafe: *Das penas convencionaaes, e judiciciaes, e interesses, em que casos se podem levar, ou nam*, as normas jurídicas da cláusula penal têm a sombra do direito canónico. As Ordenações Manuelinas acompanharam a posição dos canonistas que mantiveram a presunção de usura, no caso de quem tinha o hábito de praticar a usura, tinha-se estipulado a pena *in fraudem usurarum*, já antes proposta por RAIMUNDO PEÑAFORT⁴⁶.

As Ordenações Manuelinas herdaram totalmente as Ordenações Afonsinas. As

45 TONG IO CHENG, *Teoria fundamental de direito civil e estudo do direito de Macau*, cit., pp262.

46 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.412.

Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, também mantiveram o regime da cláusula penal, apenas mudou o local no Título LXX do Livro IV.

Finalmente, com a entrada do Código Civil de 1867, Portugal saiu da época das ordenações. O Código de Seabra não diferia da conceção indemnizatória dos chamados Códigos modernos⁴⁷.

2. Época das codificações

O Código de Seabra foi o primeiro Código Civil em Portugal. O Código basicamente não alterou as teorias das Ordenações anteriores, mantendo a conceção indemnizatória da doutrina canónica. Apesar disso, ainda existiu uma única mudança neste novo Código, ele deixou de contemplar limitação para o valor da pena, a qual alterou a só poder reduzir-se através do julgamento, nos termos do art.675.º, em caso do devedor ter cumprido parcialmente a obrigação principal.

De acordo com o art.674.º, o montante da pena dependeu apenas da convenção das partes. Todavia, o Código ainda reconheceu a posição indemnizatória. Como o Código Civil francês, não se rejeitou uma função coercitiva. Isto é, os dois Códigos Civis não recusaram uma função compulsória da pena.

Não obstante VAZ SERRA sustentar a finalidade compulsória da cláusula penal, a doutrina finalmente foi afastada pelo Código Civil de 1966. De acordo com o art.811.º do Código de 1966, o escopo da cláusula penal foi utilizado em reparação pelo dano excedente, correspondendo ao art.1382.º do *Codice* italiano de 1942.

Na realidade, a função compulsória da *Vertragsstrafe*, na qual VAZ SERRA se apoiara, não rejeitou a dupla função. Em caso de inadimplemento, o credor tem direito por conta da indemnização, ou seja, a indemnização previamente estipulada, através da qual se exercerá a finalidade compulsória.

47 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.413.

O legislador de 1966 sublinhou a conceção da fixação antecipada do montante da indemnização. Uma função coercitiva / compulsória que o legislador não recusou, no quadro da dupla função, é um resultado aleatório.

A pena foi sempre uma indemnização. No caso do montante convencional superior da indemnização efetiva, a cláusula penal tem a sua dupla função. Pelo contrário, sendo a pena inferior ao dano efetivo, funcionou uma limitação da responsabilidade do devedor.

Em conclusão, os Códigos de 1867 e 1966 conferiram a cláusula penal como figura unitária e bifuncional, especialmente atribuindo-lhe natureza indemnizatória. Na altura, Macau já era governado por Portugal. Após a promulgação do Código de 1966, Macau aplicou os dois Códigos indicados⁴⁸.

3. Alterações legislativas de 1980 e de 1983

Nos termos do art.810.º, n.º1, mostra-se claramente a conceção básica da cláusula penal, “as partes podem fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.” Daí que o legislador perspetive que a cláusula penal funciona como indemnização predeterminada, a fim de substituir a obrigação de indemnizar. O art.810.º, n.º2 confirma a regra da acessoriedade, na medida em que “a cláusula penal é nula se for nula esta obrigação.” O art.811.º trata o problema do dano excedente. O art.812.º (art.801.º do Código Civil de Macau) estabelece uma importante doutrina, que o legislador permite a redução judicial da pena, de acordo com a equidade, quando a cláusula penal for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente.

Nesse momento, não há dúvida que a cláusula penal exerce uma função indemnizatória e também reconhece eventualmente um escopo coercitivo, ou, pelo contrário, com o intuito de pôr uma limitação à responsabilidade⁴⁹.

48 TONG IO CHENG, *Teoria fundamental de direito civil e estudo do direito de Macau*, cit., pp262.

49 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, 4.ªed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986, pp.73.

O legislador implica vantagens e riscos para qualquer das partes, que não é essencial o credor aprovar o montante do prejuízo, podendo receber um montante fixado. Todavia, existe risco de receber menos do que o prejuízo efetivo. Sobre o devedor, este tem o poder para ir contra o montante das proporções exageradas, no entanto, sujeitando-se a pagar normalmente mais do que o montante de obrigação de indemnizar.

É claro que a cláusula penal constitui principalmente a indemnização fixada, substituindo a obrigação de indemnizar. Dependendo do caso concreto, a quantia da cláusula penal pode produzir uma função compulsória ou, ao invés, uma limitação da responsabilidade.

Em suma, a lei atribui à cláusula penal uma natureza indemnizatória, todavia, não lhe recusa a doutrina da dupla função.

Em 1980 e em 1983, Portugal fez uma alteração legislativa sobre os arts. 811.º e 812.º do Código Civil.

Em 1980, o intuito da reforma legislativa foi o estabelecimento da taxa de juro legal e, por isso, alteraram-se os arts.559.º e 1146.º do Código Civil, bem como o art.102.º do Código Comercial. No sentido de cooperar na Resolução (78)3 do Conselho da Europa, não obstante ela não ter qualquer efeito vinculativo, modificaram-se os arts. 811.º e 812.º (o sistema da cláusula penal).

A reforma de 1983 complementou a de 1980, adicionando dois novos artigos – 559.º-A e 829.º-A, acrescentou novos números a outras normas – art.806.º, n.º3, art.811.º, n.º3 e art.1146.º, n.º4. Alterou outros preceitos – arts.282º, 805.º, n.º3, 811.º, n.º1 e 812.º, n.º1. Também integrou o art.102.º do Código Comercial.

Então, antes de analisarmos as normas atuais no Código Civil português, é imprescindível entendermos a natureza da prestação da cláusula penal, ou seja, os interesses representados no direito das obrigações.

V. O problema da patrimonialidade da indemnização

A cláusula penal pertence à área do direito das obrigações, há três elementos em relação ao direito das obrigações que são sujeito, objeto e sujeição. Para fazermos um estudo no sistema da cláusula penal, o problema mais relevante é quando as partes podem estabelecer a cláusula penal.

De acordo com o art.280.º do Código Civil (art.273.º do Código Civil de Macau), o requisito da eficácia do objeto é que a prestação precisa de ser física ou legalmente possível, não contrariar a lei e ser determinável. Não pode ofender também a ordem pública e bons costumes. Segundo o art.398.º, n.º2 (art.392.º, n.º2 do Código Civil de Macau), a prestação não necessita de ter valor pecuniário, mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.

Antigamente, muitos juristas consideravam a patrimonialidade da prestação como um dos requisitos válidos, na medida em que quando alguém não cumpre voluntariamente a obrigação, é possível atacar o seu património de maneira a satisfazer o prejuízo sofrido do credor. É possível fazer uma agressão caso a prestação tenha um valor pecuniário. No parecer dos juristas romanos, esta opinião fazia sentido.

GALVÃO TELLES seguiu a doutrina do Código Civil italiano de 1942, defendendo que o interesse do credor pode não existir na utilização económica ou patrimonial, o que precisa de existir no valor pecuniário é apenas a prestação.

Se bem que a obrigação tenha sempre um vínculo de carácter patrimonial, esta situação não é absoluta para todos os casos. Além do valor pecuniário, ainda existem alguns interesses não pecuniários, dignos de proteção legal.

Por exemplo, de alguém se obrigar a não tocar piano ou a não cantar para não incomodar um vizinho. Se o devedor não obedecer aos deveres, é possível o credor exigir a pena, desde que a execução específica possa abranger as coisas com simples valor

estimativo e que a lei admita a indemnização pelos danos morais⁵⁰.

A tendência é cada vez mais aberta, a lei defende também um interesse do credor, digno de proteção legal. Portanto, hoje em dia, as partes já podem estipular os acordos sem conteúdo patrimonial.

No entanto, o requisito de ser protegido é que o interesse é defendido pela lei. A lei não admite as prestações que visem satisfazer um mero capricho do credor. As prestações podem ser dignas embora da consideração de outros complexos normativos. Por exemplo, a religião, a moral, a cortesia, os usos sociais, não merecem a tutela específica do direito⁵¹.

Portanto, já podemos concluir que uma obrigação principal da cláusula penal pode excluir patrimonialidade. Mas nada impede as partes convencionarem uma prestação da pena exigível de modo a executar se o devedor não tiver cumprido pontualmente a obrigação principal.

Simultaneamente, uma prestação da pena pode também carecer de patrimonialidade, nos termos do mesmo regulamento. Apenas ela deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.

50 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.I, 4.^aed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp.349.

51 VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol.I, 5.^aed., Coimbra, Almedina, 1989, pp.20.

VI. Cláusula penal na ordem jurídica portuguesa

1. Interpretação do art.810.º do Código Civil

1.1 Interpretação do art.810.º, n.º1

Segundo o art.810.º, n.º1, “as partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.”

1.1.1 Cláusula penal compensatória e cláusula penal compulsória

A cláusula penal é realmente uma figura típica no Código Civil, ao estipular o montante da indemnização exigível, substituindo a obrigação de indemnizar, nos termos gerais.

Obviamente, o legislador adotou a doutrina tradicional que atribui a cláusula penal segundo um modelo unitário. Mas, a significação (ou a função) da cláusula penal não se limita apenas à disposição legal expressa (uma cláusula penal compensatória).

Para além da cláusula penal compensatória prevista na lei, há um tipo de cláusula penal não prevista na lei que não representa a predeterminação do dano, mas é suscetível de funcionar a partir da constituição de simples mora do devedor. Isto é, cláusula penal puramente compulsória. O escopo desta cláusula é exclusivamente compulsório, a fim de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, ou seja, para evitar o recurso do incumprimento do devedor. A cláusula penal puramente compulsória não substitui a obrigação de indemnizar nem a cláusula penal compensatória.

Quer dizer, uma cláusula penal compulsória é diferente de o cumprimento coativo da prestação, porque neles não há identidade de interesses – o cumprimento coativo da prestação designa-se satisfazer o cumprimento da obrigação principal pelo devedor. Efetivamente, a finalidade da cláusula penal compulsória apenas incentiva rigorosamente o cumprimento.

Na nossa opinião, em virtude de não proibir uma cláusula penal puramente

compulsória prevista nos arts.810.º, n.º1 e 811.º, n.º1, conforme o princípio da liberdade contratual (art.405.º do Código Civil e art.399.º do Código Civil de Macau), as partes podem estipular uma pena que acresce à execução específica ou à indemnização pelo não cumprimento. Não existe qualquer identidade de interesses, na medida em que aquela cláusula penal compulsória não é considerada como substituto da prestação ou da indemnização. Sem dúvida que o montante não é limitado pela lei. Mas, em face de o montante ser considerado manifestamente excessivo, como o tratamento da cláusula penal compensatória, pode o devedor exigir ao tribunal uma redução equitativa, de acordo com o art.812.º.

Se o credor pretender fixar o montante da indemnização exigível e, simultaneamente, compelir o devedor ao cumprimento, a lei não se interessará por esta segundo escopo, caso o credor só faça valer o montante predeterminado. Finalmente, caso haja o acordo prévio da reparação do dano excedente, suponhamos que o credor pretende estipular previamente a pena e pressionar o devedor ao cumprimento, conforme o sentido do art.811.º, n.º3, a lei não lhe permitirá receber a indemnização excedente superior ao valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal. Neste caso, o intuito coercitivo não é relevante. Isto explica porque temos de abandonar uma cláusula penal com modelo unitário.

O formalismo da legislação de cláusula penal é um modelo unitário. Acrescentada pela doutrina de PINTO MONTEIRO, o regime da cláusula penal rompe realmente com o modelo unitário. Hoje em dia, os tribunais portugueses aludem frequentemente à dupla função da cláusula penal⁵².

52 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Cláusula acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusula penais*, 3.ªed., Coimbra, Almedina, 2008, pp.78.

1.1.2 Consentimento

Na estipulação de uma cláusula penal, é necessário haver perfeição da declaração negocial pelas partes, de modo a estabelecer o acordo da cláusula penal. Isto é, consentimento.

O consentimento reveste a forma de uma aceitação, integrando-se no acordo das partes respeitante à estipulação da cláusula penal. Esta tem, pois, em regra, natureza contratual⁵³. Não se trata de impor, através de negócio unilateral⁵⁴.

Por exemplo, há alguns estabelecimentos comerciais que apresentam sanções privadas contra crimes de furtos. Normalmente, o agente do crime terá de ser imposto de quantias avultadas, bastante superiores ao valor do bem furtado, de modo a reforçar a eficácia dissuasória.

Todavia, não conseguimos considerar que ao uma pessoa entrar no estabelecimento, presumimos razoavelmente a existência de uma aceitação tácita da sanção privada. Em virtude do art.217º, n.º1, a atitude de entrada de uma pessoa não satisfaz “com toda a probabilidade.”

Não é razoável interpretarmos uma aceitação da declaração voluntária. Não existe um acordo de pena, uma vez que a sanção privada apenas representa a sua declaração unilateral de vontade, ineficácia sobre outra pessoa.

1.1.3 O montante da indemnização exigível

Para além disso, precisamos de atender à diferença entre a cláusula penal e a cláusula de fixação antecipada da indemnização. Porque a lei não refere “que as partes podem fixar por acordo o valor dos danos indemnizáveis”, mas expressa “que as partes podem fixar por

53 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.70.

54 Diz-se unilateral o negócio jurídico em que há uma única declaração negocial que, só por si, produz efeitos jurídicos. É também unilateral o negócio jurídico em que, havendo várias manifestações de vontade, o conteúdo delas é idêntico, isto é, integrado por várias declarações negociais paralelas.

acordo o montante da indemnização exigível”?

ANTUNES VARELA explica que, em primeiro lugar, “na cláusula penal as partes fixam o montante da sanção aplicável ao devedor, independentemente da prova da existência dos danos e do montante dos danos efetivamente causados por uma ou outra das faltas imputáveis ao obrigado.” Em segundo lugar, a indemnização exigível é a prestação pecuniária devida ou a sanção imediatamente aplicável ao devedor faltoso, embora a título de indemnização. Por último, o próprio significado normal da expressão de cláusula penal mostraria tratar-se “de uma sanção convencionada entre as partes⁵⁵.”

PINTO MONTEIRO considera que, em primeiro lugar, o devedor não está impedido de provar a inexistência dos danos sofridos⁵⁶. Pelo contrário, se o devedor quiser recorrer a uma redução equitativa, nos termos do art.812º, ele tem de provar todos os danos efetivos. Em segundo lugar, a fórmula usada pelo art.810.º, n.º1 – montante da indemnização exigível – uma vez que o credor pode exigir que ela se fixe, independência de danos que legitimam e justificam a sua liquidação. Por último, a conceção de uma sanção não é completamente correta, uma vez que a cláusula penal pode ser fixada inferior ao dano, ou seja, uma limitação da responsabilidade⁵⁷.

1.2 Interpretação do art.810.º, n.º2 – princípio de acessoriedade

De acordo com o art.810.º, n.º2, “a cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação.”

Em primeiro lugar, a obrigação principal tem de ser estipulada validamente. Em caso de inválida, a cláusula penal também tem o mesmo resultado. Em segundo lugar, as formalidades exigidas estendem-se ao acordo da cláusula penal. Por último, se a obrigação

55 Anotação ao Acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983, in RLJ ano 121.º, pp.221.

56 Nas palavras de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, o acordo da cláusula penal não só funciona na fixação ou na limitação do dever de indemnizar, mas também na inversão do ónus da alegação e da prova da existência e da extensão dos danos decorrentes do não cumprimento do contrato.

57 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.588.

principal for inválida ou extinguida por qualquer motivo, a cláusula penal tem igual sorte.

O art.810.º, n.º2 releva o princípio de acessoriedade, na medida em que a cláusula penal pressupõe a existência de uma obrigação válida, estipulada pelas partes. Não se reflete apenas no efeito da nulidade da obrigação principal, mas também no caso de a prestação se tornar impossível por causa não imputável ao devedor e de a obrigação se extinguir, a cláusula penal fica igualmente sem efeito⁵⁸. Portanto, a existência da cláusula penal depende da existência e validade da obrigação principal.

Como PINTO MONTEIRO considera que a pena só é exigível⁵⁹ quando não se efetue (ou não se efetue em termos corretos) a prestação que é devida, mostra-se também necessário que o credor possa, nos termos gerais, reagir contra o inadimplemento. Não sendo este o caso, designadamente porque o incumprimento ou o atraso não são imputáveis ao devedor, não será devida a pena. O credor só pode exigi-la, pois, nos mesmos termos em que poderia reagir contra o inadimplemento, a mora ou o cumprimento defeituoso da prestação⁶⁰.

Para além disso, a cláusula penal tem de sujeitar as formas exigidas para a obrigação principal. Caso contrário, é nula quando a declaração negocial carecer de forma legalmente prescrita⁶¹.

Em suma, o princípio de acessoriedade reflete duas significações. Em primeiro lugar, a existência e validade da obrigação principal é o pressuposto da validade da cláusula penal. Em segundo lugar, a forma legal da cláusula penal tem de sujeitar a da obrigação principal.

58 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, cit., pp.74.

59 Por exemplo, se for inexigível a obrigação principal, como acontece nas obrigações naturais.

60 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.87-88.

61 *Código Civil de Macau*, art.212.º e *Código Civil português*, art.220.º.

2. Interpretação do art.811.º do Código Civil

2.1 Interpretação do art.811.º, n.º1 –a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”

De acordo com o art.811.º, n.º1, “o credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento coercivo da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o não cumprimento pontual da obrigação; é nula qualquer estipulação em contrário.”

2.1.1 Cúmulo da pena com o cumprimento e critério da identidade de interesses

Em primeiro lugar, o legislador de 1966 constituiu a proibição de o credor exigir, cumulativamente, a pena e o cumprimento. Em segundo lugar, atribuiu-se natureza imperativa.

De qualquer modo, o art.811.º, n.º1 releva o conceito logicamente previsto no art.810.º, n.º1, uma vez que a pena é estipulada para que, em caso de não cumprimento, fixe previamente o montante da indemnização exigível. O credor tem o direito de escolher o pagamento da pena, a qual substitui a normal obrigação de indemnizar, e a execução específica, em vez de exigir o pagamento da pena.

Na realidade, mesmo que hoje não haja esta regra a obstar o cúmulo da pena com o cumprimento da obrigação, o credor ainda não pode ver satisfeitos os dois direitos simultaneamente. Por um lado, a pena torna-se exigível por causa do incumprimento da obrigação principal. Isto é, o funcionamento da cláusula penal. Por outro lado, o pagamento da pena é para substituir a indemnização de não cumprimento. Daí que para a legitimidade de exigir o pagamento da pena seja necessário o pressuposto de incumprimento da obrigação. Se o credor quiser obter a satisfação por via da realização coativa da prestação, não existirá o pressuposto de exigir a pena. A regra da proibição do

cúmulo prevista no art.811.º, n.º1 destina-se a clarificar a incompatibilidade dos dois direitos. É razoável o legislador atribuir a natureza imperativa neste número, na medida em que as partes não conseguem violar o conceito lógico da cláusula penal, através de qualquer declaração negocial.

A nosso ver, ao existir uma identidade de interesses, obtendo a cláusula penal, ao mesmo tempo, não se poderá reclamar o cumprimento. Pelo contrário, exigindo o cumprimento, não se poderá reclamar a cláusula penal correspondente. Isto é, a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”.

2.1.2 Cláusula penal moratória

Segundo o parecer de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “a possibilidade de exigência cumulativa do cumprimento coercivo da obrigação e do pagamento da cláusula penal, só excepcionalmente admitida, passou a referir-se concretamente, não à falta de cumprimento pontual da obrigação (como na equívoca versão de 1980), mas apenas ao atraso da prestação⁶².”

Principalmente, incumprimento em sentido amplo ou lato pode ser dividido em duas classificações – incumprimento definitivo e simples mora. No segundo caso, o credor pode apenas pedir ao devedor a satisfação da pena.

Ao converter ao incumprimento definitivo, nos termos do art.808.º, o credor poderá exigir a pena. Em face da simples mora *debitória*, o art.811.º, n.º1 permite a existência da cláusula penal moratória. O dano de simples mora não cobre o dano de incumprimento da obrigação principal, nem a cláusula penal, substituindo-se o montante do incumprimento da obrigação principal – uma cláusula penal compensatória. Neste caso, o credor pode exigir cumulativamente o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da pena, dado que “salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação.”

62 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, cit., pp.79.

Na cláusula penal compensatória, o acordo das partes tem por exclusiva finalidade liquidar a indemnização devida em caso de não cumprimento definitivo, nos termos dos art.801.º e art.808.º. Na cláusula penal moratória, o acordo corresponde à indemnização devida em caso de mora, nos termos dos art.804.º a 806.º⁶³.

Além disso, pode o credor exigir a execução específica ou pagamento da cláusula penal compensatória com a solicitação de indemnizar pelo dano de mora. Esta indemnização pelo dano de mora vai ser calculada nos termos gerais. Dependendo da finalidade visada pelas partes, a lei permite a cláusula penal por vários intuitos.

Como ANA PRATA considera, a cláusula penal diz-se compensatória ou moratória, consoante tenha sido estipulada para o não cumprimento definitivo da obrigação ou apenas para a mora do devedor⁶⁴.

Além dos dois tipos de cláusulas penais, PINTO MONTEIRO admite que as cláusulas penais se destinam a acautelar o cumprimento parcial, o cumprimento defeituoso ou qualquer irregularidade da prestação⁶⁵.

A nosso ver, como referimos acima, a lei não afasta a possibilidade de cláusula penal compulsória. Uma cláusula penal compulsória é suscetível de funcionar a partir da constituição de simples mora do devedor, de modo a promover o fim da simples mora.

Hoje em dia, já podemos estipular uma cláusula penal compensatória, a fim de fixar a indemnização exigível, ou, uma cláusula penal compulsória para decidir a sanção aplicável. Neste último caso, pode ser a sanção para o caso de mora no cumprimento.

2.1.3 Diferença da natureza entre cláusula penal e obrigação alternativa

Há quem diga que a cláusula penal funciona de forma semelhante à obrigação

63 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Cláusula acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusula penais*, cit., pp.92.

64 PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol.I, cit., pp.291.

65 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.427-432.

alternativa no Código Civil. De acordo com o art.543.º, “é alternativa a obrigação que compreende duas ou mais prestações, mas em que o devedor se exonera efetuando aquela que, por escolha, vier a ser designada. Na falta de determinação em contrário, a escolha pertence ao devedor.” Todavia, os funcionamentos entre a cláusula penal e a obrigação alternativa são completamente diferentes.

Em primeiro lugar, na área da obrigação alternativa, conforme o art.543.º, o devedor sempre se libera com o cumprimento de duas ou mais prestações. Pelo contrário, no domínio da cláusula penal, o direito de optar pertence ao credor. Mesmo que haja um acordo da pena, o credor mantém o direito de deduzir a execução específica, a fim de satisfazer a obrigação principal por via coercitiva.

Em segundo lugar, quando não existe incumprimento faltoso do devedor, o credor só pode exigir a única prestação fundada na sua obrigação principal.

Em terceiro lugar, mesmo que haja a obrigação da cláusula penal, apenas não decorre o incumprimento da obrigação principal pelo devedor, a cláusula penal tem falta de exequibilidade. O devedor não pode cumprir espontaneamente a prestação da cláusula penal, a fim de impedir a demanda de satisfação da obrigação principal.

Por último, falaremos relativamente à impossibilidade imputável ao devedor. Segundo o art.545.º, “se uma ou algumas das prestações se tornarem impossíveis por causa não imputável às partes, a obrigação considera-se limitada às prestações que forem possíveis.” Todavia, em geral, nos termos do art.790.º, n.º1, enfrenta-se a impossibilidade da prestação (da obrigação principal) por causa não imputável ao devedor, extinguindo-se a obrigação. Em virtude do princípio de acessoriedade da cláusula penal, no caso de ser nula a obrigação principal, também é nula a cláusula penal.

Portanto, não podemos misturar os dois regimes. Os tratamentos deles são completamente diferentes. Se ocorrer o inadimplemento faltoso do devedor, podemos

justificar uma obrigação com faculdade alternativa “a parte *creditoris*”.

A cláusula penal acentua que o direito de optar cabe ao credor. Nas palavras de ALMEIDA COSTA, “concebe-se, todavia, que a faculdade alternativa exista em benefício do credor, também derivada de estipulação das partes ou de preceito legal. Cabe-lhe então a possibilidade de exigir, em vez da prestação devida, uma outra⁶⁶.”

2.1.4 Diferença da natureza entre cláusula penal e multa penitencial

Por último, o que precisamos de distinguir é a multa penitencial. Na opinião de ANA PRATA, a multa penitencial é o quantitativo cujo pagamento permite ao devedor, por acordo entre as partes, liberar-se da sua obrigação. A designação também se aplica à própria 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 credor⁶⁷.

Isto é, permitindo a qualquer dos contraentes uma desvinculação de acordo, através do pagamento da multa penitencial – o dinheiro de arrependimento. Por outro lado, a contraparte deixa de poder exigir a execução específica, uma vez que uma das partes tem a faculdade de livre arrependimento.

Podemos perceber que a multa penitencial é totalmente diferente do funcionamento da cláusula penal. A multa penitencial destina-se a atribuir a qualquer das partes o direito de desvincular o contrato. Ao invés, em primeiro lugar, o escopo da cláusula penal é que reforça o cumprimento, incluindo uma função compulsória mas não uma faculdade de se desvincularem do contrato, mediante o pagamento de determinada quantia. Em segundo lugar, no domínio da cláusula penal, como sabemos que se o credor não pretende exigir a pena convencional, o pagamento da pena não impede a execução específica prevista na lei.

66 COSTA, M. J. Almeida, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp.494.

67 PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol.I, cit., pp.939.

Por consequência, a multa penitencial pertence à obrigação com faculdade alternativa “a parte *debitoris*”.

2.1.5 Outros pressupostos de cláusula penal

Para além dos casos de não cumprimento definitivo ou simples mora, é provável existirem outras situações que afetam o cumprimento perfeito da obrigação. Por exemplo, o cumprimento parcial e cumprimento defeituoso.

Relativamente ao cumprimento parcial, conforme o art.802.º, “em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização.” Nos termos do art.812.º, “é admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.” Portanto, temos direito a estipular uma pena para predeterminar esse montante. Entretanto, ao cumprir parcialmente a obrigação principal, este mau cumprimento já repara parcialmente o dano resultante, mas ainda falta o cumprimento do resto. Em virtude de compensar parcialmente o dano indicado, a cláusula penal pode ser reduzida, através do juízo de equidade, ao abrigo do art.812.º.

Não há dúvida que a realização defeituosa da prestação é o pressuposto do direito à pena. Em virtude dos defeitos de prestação, o credor pode exigir o pagamento da pena, em vez de indemnização exigível. Se a prestação for uma outra coisa em relação à que fora prometida, o credor não está limitado ao direito à pena acordada.

A lei admite todas as possibilidades de estabelecer a cláusula penal por causa de quaisquer irregularidades de prestação, na medida em que o credor tem o direito de exigir o cumprimento perfeito – através da eliminação dos defeitos, da reparação ou da substituição da coisa.

No parecer de PINTO MONTEIRO, mesmo que o escopo das partes se destine a prevenir uma simples irregularidade ou defeito da prestação, podem estipular-se várias cláusulas penais para diferentes fins. Não será de afastar a hipótese de existirem várias

penas, cada uma delas visando uma modalidade diferente de incumprimento e / ou um dano diverso, podendo algumas delas ser devidas ao lado do cumprimento perfeito da prestação (ou da indemnização por não cumprimento, ou por cumprimento defeituoso), sem que isso implique qualquer cúmulo⁶⁸.

Por outro lado, com certeza, se o devedor violar a prestação de *non facere*, consideramos diretamente uma situação de incumprimento definitivo, não de simples mora.

2.2 Interpretação do art.811.º, n.º2 – princípio de não reparação do dano excedente

Nos termos do art.811.º, n.º2, “o estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes.”

Esta é a doutrina também formulada no art.1382.º do Código italiano⁶⁹.

Uma cláusula penal destina-se a fixar um montante de indemnização exigível. O credor não pode obter a pena, e, simultaneamente, pretender a indemnização pelo incumprimento. De acordo com a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”, a cláusula penal já representa totalmente a indemnização. Daí que a lei principalmente obste a possibilidade de o credor exigir indemnização pelo dano excedente. Isto é o pensamento legislativo deste número.

Depois de as partes convencionarem o montante da pena, o credor, principalmente, não poderá alegar, mais tarde, montante superior ao original. Pois o risco da cláusula penal pelo credor é que a quantia da cláusula penal não consegue reparar o dano efetuado, ou seja, uma limitação de responsabilidade. Contudo, o estabelecimento da cláusula penal não obsta o credor recorrer ao cumprimento da obrigação principal, em vez de exigir o pagamento da pena, mas a lei proíbe o credor acrescer a cláusula penal, a fim de reparar o

68 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.431-432.

69 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, cit., pp.75.

dano excedente. Este é o princípio de não reparação do dano excedente⁷⁰.

No sentido de eliminar o risco inerente, ou seja, a cláusula ter por fim facilitar e não limitar o direito do credor, é provável o credor justificar a reparação pelo dano excedente. Neste caso, além de existência da convenção sobre a reparação do dano excedente, o credor precisa de provar a totalidade do dano sofrido. Só depois de calcular o dano integral, o credor poderá saber o dano excedente.

Normalmente, no caso de não proibir o credor exigir o dano excedente, a cláusula penal é realmente uma “cláusula de agravamento da responsabilidade.” A partir do estabelecimento do acordo da cláusula penal, o credor tem reservada a faculdade de optar pela indemnização nos termos gerais, no caso de o dano efetivo superar o valor da cláusula penal.

Em conclusão, se as partes não afastarem a aplicabilidade do princípio de não reparação do dano excedente, não podem exigir o dano excedente, uma vez que a cláusula penal já substitui a totalidade da indemnização.

A lei admite a possibilidade de suplementar a indemnização pelo dano excedente, uma vez que o legislador quer manter uma função reparatória da cláusula penal, através da declaração negocial pelas partes. Isto é o *ratio legis* da última parte deste número.

2.3 Interpretação do art.811.º, n.º3

Antes da reforma jurídica de 1983, o art.811.º tinha só dois números. O Decreto-Lei n.º 262/83 acrescentou o terceiro número ao art.811.º – “o credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal.”

ANTUNES VARELA atribui este número ao efeito de converter a cláusula penal em

⁷⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Cláusula acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusula penais*, cit., pp.94.

cláusula de inversão do ónus da prova da existência e da extensão dos danos decorrentes do não cumprimento definitivo, da mora ou do cumprimento defeituoso⁷¹.

PINTO MONTEIRO e CALVÃO DA SILVA recusam-lhe esse efeito. Em primeiro lugar, no caso de converter em cláusula de inversão do ónus da prova da existência, destrói uma das funções mais úteis no âmbito da cláusula penal. Em segundo lugar, se exercesse como a extensão dos danos decorrentes dos vários incumprimentos ou do cumprimento defeituoso, o art.811.º, n.º3 eliminaria a utilidade do art.812.º, perdendo realmente o sentido do regime da redução judicial pelo juízo de equidade.

ANTUNES VARELA considera que o art.811.º, n.º3 limita demasiado a liberdade de fixação. O autor insurgiu contra as alterações legislativas a este artigo, entendendo que esta norma representa uma verdadeira castração da cláusula penal⁷². A função coercitiva da pena e a ideia de indemnização sancionatória desaparecem completamente. Simultaneamente, a existência deste número vai reduzir automaticamente o montante para o limite correspondente, perdendo sentido o poder de fiscalização judicial conferido pelo art.812.º. Isto significa que o montante convencionado não pode ultrapassar o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal. É necessário o valor da cláusula penal fixa assim como o dano efetivo de incumprimento, perdendo a dupla função da cláusula penal e a significação da redução judicial.

Sucedendo esta orientação de ANTUNES VARELA, o autor pensa que, na redação de 1966 do art.811.º (sem a limitação introduzida pelo atual n.º3), há possibilidade de haver uma função compulsória, uma vez que carece de limitação prevista no art.811.º, n.º3.

Nos termos da expressão do art.810.º, n.º1, ligando com os n.ºs 1 e 3 do art.811.º, CALVÃO DA SILVA afirma que a cláusula penal exclusivamente compulsivo-

71 VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, vol.II, 7.ªed., Coimbra, Almedina, 1997, pp.147.

72 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.483.

sancionatória é proibida. O cúmulo do cumprimento (ou da indemnização) e da pena significaria, sempre, uma de duas coisas: “admitir uma cláusula penal puramente compulsória-sancionatória (*penalty clause*), ou admitir, duas vezes, a indemnização *à forfait*, outra, indemnização segundo as regras gerais.” De acordo com os n.ºs 1 e 3 do art.811.º, o legislador teria querido vincar bem que não admitia em caso algum o cúmulo da cláusula penal e da indemnização (segundo as regras gerais) do prejuízo coberto pela penalidade; que só admitia o ressarcimento do dano excedente, nos termos do art.811.º, n.º⁷³.

No parecer de PINTO MONTEIRO, em primeiro lugar, a cláusula penal exclusivamente compulsivo-sancionatória não cobre nenhum prejuízo (e, em particular, não cobre o prejuízo provocado pelo incumprimento), pelo que este prejuízo não está absorvido no próprio montante fixado na cláusula penal. Em segundo lugar, parece que o art.810.º, n.º1 fecha a possibilidade de existir a cláusula penal exclusivamente compulsivo-sancionatória, com a função de determinar “mais em pormenor” nos arts. 811.º e 812.º. No entanto, a lei não refere nada sobre a validade ou invalidade da cláusula penal exclusivamente compulsivo-sancionatória⁷⁴.

A nosso ver, precisamos de estudar o pensamento legislativo do art.811.º, n.º3, a fim de resolver a incompatibilidade da expressão literal no nosso Código Civil.

Antes de 1983, não existia o n.º3 deste artigo. Nessa altura, a lei não obstou a possibilidade de reparar o dano excedente pelas partes, nos termos da última parte do art.811.º, n.º2. Todavia, conforme o princípio da liberdade contratual, a lei não impediu a liberdade para estipular a reparação pelo dano excedente. Era possível as partes

73 SILVA, Calvão da, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2.ªed., separata do vol.XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, pp.257, pp.265-266.

74 TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7.ªed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp.447.

estabelecerem uma indemnização (pelo dano excedente) muito superior do que a de ser exigido pelas regras gerais. No sentido de compelir o devedor, o montante de reparação pelo dano excedente pôde ser muito superior.

Na realidade, tornou-se num atuar sempre como indemnização sancionatória. A velha cláusula penal exerceu a função indemnizatória, ocasionalmente, a função compulsória e a função punitiva.

No sentido de eliminar a indemnização sancionatória, o legislador de 1983 acrescentou o art.811.º, n.º3.

Concluindo, em primeiro lugar, o n.º3 atual não é aplicável em toda e qualquer pena, mas quando existe convenção sobre o dano excedente. Em segundo lugar, esta norma destina-se a obstar o credor, por meio dessa convenção, obter uma indemnização superior ao que se mostre necessário em ordem a uma integral reparação do prejuízo⁷⁵. Por último, o n.º3 não limita nenhuma autonomia da vontade das partes. O que limita a fixação pelas partes é realmente a fiscalização judicial conferida pelo art.812.º, mas não o art.811.º, n.º3. Portanto, apenas a cláusula penal não é considerada manifestamente excessiva e faz o pedido de ser reduzida pelo tribunal, a lei não controla a contratual das partes. Isto é, mantém a dupla função.

De facto, o legislador abandonou a conceção da cláusula penal como “indemnização sancionatória.”, recusando todas as cláusulas convencionadas ao título de indemnização sancionatória. É claro que o juiz não pode alterar uma pena meramente superior ao dano efetivo, explicar-se-á por respeito à conceção da pena como indemnização invariável, predeterminada⁷⁶. Portanto, ao utilizar a equidade, o tribunal pode reduzir a pena que é manifestamente excessiva, ao mesmo tempo, não pode prejudicar as funções da cláusula

75 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.461.

76 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.463.

penal. O tribunal deve exercer o seu poder com muita moderação.

O legislador, ao abandonar a conceção da cláusula penal sancionatória, ao mesmo tempo, reconhece uma cláusula meramente reparatória, nomeadamente após a reforma jurídica de 1983.

Quanto à cláusula penal exclusivamente compulsória, o art.811.º, n.º3 não a prejudica ou proíbe, uma vez que o fim desta cláusula penal não é para substituir a indemnização.

Hoje em dia, a conceção da cláusula penal já se tornou uma cláusula penal reparatória, e abandona a ideia de indemnização sancionatória. Ao mesmo tempo, é essencial distinguirmos a cláusula penal com a finalidade indemnizatória e com o escopo compulsório. Se quisermos fixar o montante da indemnização exigível, temos a cláusula penal compensatória. Se quisermos compelir ao devedor, temos a cláusula penal compulsória.

3. Interpretação do art.812.º do Código Civil

3.1 Interpretação do art.812.º, n.º1

Nos termos do art.812.º, n.º1, “a cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário.”

3.1.1 Breve história e pensamento legislativo

No âmbito da liberdade contratual, o montante da cláusula penal pode ser convencionado especialmente gravoso e abusivo. As partes têm absolutamente as suas liberdades para decidir o conteúdo da cláusula penal.

Para além disso, mesmo que as partes estipulem um montante razoável, é possível tornar-se injusto, por causa superveniente. Nas palavras de MEDICUS, “a mais importante

tarefa de disciplina jurídica da pena convencional⁷⁷.”

PINTO MONTEIRO salienta que o regime de redução pelo tribunal da cláusula penal não afasta o controlo geral, como o erro, o dolo, a coação moral, a incapacidade acidental ou a usura. Daí que o acordo da cláusula penal seja sujeito a princípios de alcance geral.

A convenção da cláusula penal também deve obedecer à disposição legal de carácter imperativo como o art.1146.º, n.ºs 2 e 3, no contrato de mútuo oneroso, considera-se ilegal a taxa de juros compensatórios, bem como a cláusula penal indemnizatória, que excedam determinados limites⁷⁸.

Caso a obrigação principal seja julgada inválida, a cláusula penal tem igual sorte. Pelo contrário, a invalidade da cláusula penal não afeta em nada a sua obrigação principal, nos termos do princípio de acessoriedade.

O art.812.º, n.º1 legitima o tribunal a corrigir o valor acordado, mediante um juízo de adequação que se pauta pela equidade. No parecer de PINTO MONTEIRO, o poder da fiscalização judicial constitui uma forma de controlar o exercício do direito à pena, impedindo atuações abusivas do credor. Se bem que a pena tenha sido estipulada em termos razoáveis, será abusivo, por ser contrário à boa fé, exigir o cumprimento integral de uma pena cujas circunstâncias presentes mostrem ser manifestamente excessivas, em termos de ofender a equidade⁷⁹.

As medidas de alcance geral são aplicáveis, no caso de se revelar o motivo do credor ser apenas o abuso. Em face desta situação, a melhor doutrina, sensibilizada pela injustiça a que uma incontrolada liberdade das partes podia conduzir, apelava ao princípio da proibição de abuso do direito⁸⁰. De acordo com o art.762.º,n.º2, no cumprimento da

77 MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 4.ªed., München, 1988, pp.205.

78 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, cit., pp.81.

79 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.723-724.

80 CORREIA, A. Ferrer, ALARÇÃO, Rui de, *Acerca da taxa-limite do montante da cláusula penal fixada pelo Decreto 21 730*, in RDES, anos IX, 1956, pp.170-171.

obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé. Além disso, a lei proíbe também os negócios usurários, nos termos do art.282.º, n.º2. Portanto, a proibição do exercício abusivo do direito, dos negócios usurários e o princípio de boa fé consistem no *ratio legis* de redução equitativa da cláusula penal.

Como dissemos, há muito tempo que a cláusula penal sujeitava o princípio da imutabilidade (*irréductibilité*). Depois de HOSTIENSIS, tem-se alegado historicamente a um conceito da redução judicial da pena, quebrou-se este princípio velho.

No período do Código de Seabra, Portugal não consagrava a possibilidade de redução judicial pelo tribunal, mas, quando existiu o cumprimento parcial, o art.675.º do Código de Seabra conferiu às partes a possibilidade de modificação proporcional do montante estipulado. Isto é, as partes podiam convencionar o pagamento integral embora a obrigação principal já fosse parcialmente cumprida⁸¹.

O Código de 1966 adotou a melhor fórmula, o legislador permite a redução judicial, de acordo com a equidade. Em fase de pena manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente, confirmava-se sempre o poder de fiscalização judicial. Como verdadeira norma de ordem pública, o preceito jurídico (inspirado em fortes razões de ordem moral e social) não pode ser afastado pela convenção das partes⁸².

3.1.2 O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Novembro de 1983 e os argumentos entre os juristas

Quanto ao problema de distinção da cláusula penal, Portugal já abandonou a conceção unitária da cláusula penal, se bem que não esteja fixada expressamente pela lei.

No acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983, o Supremo necessitou julgar a sua natureza numa cláusula que obrigava a RTP, em caso de mora em algum pagamento, a

81 GONÇALVES, L. Cunha, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, vol.IV, Coimbra, 1932, pp.375, ss.

82 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, cit., pp.82.

pagar à contraparte, por cada dia de atraso, uma “multa” de 1% do valor do pagamento em falta. Em face de enormes quantidades desta “multa”, exigiu ao Supremo o seu pedido da redução judicial, nos termos do art.812.º, n.º1.

Por fim, o Supremo fixou a seguinte doutrina: “Dos textos ora reproduzidos colhe-se que a cláusula penal, suscetível de redução nos termos do art.812.º, n.º1, é a que representa uma fixação do montante de indemnização por prejuízos oriundos do incumprimento contratual. Como a cláusula penal, prevista no contrato de empreitada, não teve, como vimos, uma função de fixação de indemnização por prejuízos provenientes do atraso do pagamento das prestações, mas de compulsão ao cumprimento do negociado, concluímos que não se pode lançar mão do art.812.º, n.º1⁸³.”

Esta doutrina confirmou que há a distinção entre a cláusula penal compensatória e a cláusula penal compulsória. Além disso, no caso de se tratar do pedido de redução de pena que é manifestamente excessiva, aplica-se apenas à primeira, uma vez que o art.812.º, n.º1 se pode aplicar somente no campo do art.810.º, n.º1.

Quanto ao primeiro ponto, ANTUNES VARELA considerou que é verdadeira a cláusula cominatória. Ele salientou que o escopo desta cláusula não é o de fixar previamente o cálculo do prejuízo pelo inadimplemento, mas o de forçar indiretamente o cumprimento pontual da obrigação, reforçando a sanção normal desencadeada pela lei contra a mora do devedor. Portanto, esta cláusula considera o valor dos danos sofridos pela credora com o facto do incumprimento. Sobre o parecer do autor, a multa visava apenas estimular a prontidão ou rapidez do cumprimento, ou, pelo menos, conseguir que ele se atrasasse o menos possível⁸⁴. Quanto ao segundo ponto, não defendeu a tese de que o

83 O Acórdão do Supremo está publicado no BMJ n.º331, pp.489, ss, bem como na ROA, 1985, pp.113, ss.

84 VARELA, Antunes, *Parecer sobre a prestação de obra intelectual*, separata da ROA, 1985, pp.185-186.

art.812.º, n.º1 seria inaplicável.

Nas opiniões de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, o principal objetivo da cláusula penal é evitar dúvidas futuras e litígios entre as partes quanto à determinação do montante da indemnização, no caso de não cumprimento ou mora do devedor⁸⁵. Não se menciona qualquer função compulsória da cláusula penal.

Como mencionamos acima, ANTUNES VARELA considerou que o art.811.º, n.º3 eliminou uma função compulsória e sobrelevou o poder de fiscalização pelo tribunal. Simultaneamente, conforme o art.812.º, n.º1, a redução judicial teve de se aplicar rigorosamente na interpretação literal do art.810.º, n.º1. Isto é, uma cláusula penal compensatória.

FERRER CORREIA e HENRIQUE MESQUITA concordaram com a doutrina do STJ, mas eles entenderam que uma “multa” tem a necessidade de se reduzir, no caso de ser manifestamente excessiva, na medida em que o art.812.º, n.º1 não restringe a sua aplicabilidade à pena. Se for “maior ainda o perigo de ela atingir um montante desmedido, suscetível de arruinar o devedor⁸⁶!”

Relativamente à cláusula penal, há três pontos da opinião de CALVÃO DA SILVA.

Em primeiro lugar, o autor considerou que a “multa” é uma “sanção pecuniária compulsória convencional”. Em segundo lugar, admitindo-se, “significaria, reconheça-se, uma fonte de especulação, de abusos e de iniquidades, especialmente da parte mais forte.” Por último, a sanção pecuniária compulsória convencional não passaria de uma cláusula penal meramente sancionatória-compulsória, ou puramente coercitiva, o que seria inadmissível, em face do disposto no art.811.º, norma em que se proíbe a cúmulo da pena

85 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, cit., pp.73.

86 CORREIA, A. Ferrer, MESQUITA, M. Henrique, *A obra intelectual como objeto do contrato de empreitada. Direito de o dano da obra desistir do contrato e efeitos da desistência*, separata da ROA, ano 45, 1985, pp.154.

com o cumprimento ou daquela com a indemnização⁸⁷.

PINTO MONTEIRO elaborou os seus argumentos para a opinião de CALVÃO DA SILVA.

Em primeiro lugar, PINTO MONTEIRO salientou que a sanção pecuniária compulsória convencional é proibida pela lei, dado que a lei só consagrou a sanção pecuniária compulsória judicial, nos termos do art.829.º-A, introduzida no Código pelo Decreto-Lei n.º262/83. A sanção compulsória só pode decretada pelo tribunal, a requerimento do lesado (credor)⁸⁸. Por causa da ordem pública, a lei reserva a faculdade de sanção pecuniária compulsória ao julgador. Em segundo lugar, o art.811.º, n.º1 não proíbe a pena exclusivamente compulsória, porque ela não conduz a uma situação cúmulo. Uma cláusula penal compulsória não é a “cláusula penal prevista no art.811.º, n.º1.”

Na verdade, o art.829.º-A destina-se contra o incumprimento nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo. Se enfrentar o facto fungível, é possível o credor pressionar o devedor para o cumprimento, por via de uma cláusula penal compulsória. Quer dizer, mais uma vez, o credor tem a expectativa do cumprimento perfeito e pontual pelo devedor, já que as partes podem estipular diversas cláusulas penais para quaisquer irregularidades, a lei não exclui a cláusula penal compulsória – o meio de pressão.

Finalmente, PINTO MONTEIRO concluiu três vícios fundamentais do modelo unitário da cláusula penal. Em primeiro lugar, referente à qualificação da figura, não interessa a finalidade das partes. Em segundo lugar, consiste em submeter ao mesmo regime penas com escopos diversos. Por último, a lei aceita indiretamente que a finalidade

87 SILVA, Calvão da, *Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória*, separata da ROA, ano47, 1987, pp.146, pp.149, pp.150 e 152.

88 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.II, cit., pp.104.

compulsória possa ser exercida mediante indemnização⁸⁹. Isto explica que a cláusula penal precisa de romper com o modelo unitário do passado.

3.1.3 Âmbito e pressupostos

A nosso ver, as palavras de PINTO MONTEIRO apresentam argumentos corretos, o art.812.º aplica-se a todas as espécies de penas convencionais. Este preceito consiste num meio de controlo específico, mas não afasta o controlo geral no nosso Código Civil. Com a finalidade de defender o princípio de boa fé e a proibição do exercício abusivo no domínio de cláusula penal, é necessário controlar apropriadamente a autonomia privada.

É certo que, quando a cláusula penal for manifestamente excessiva, incluindo a causa superveniente, o devedor pode exigir a redução judicial ao tribunal.

Em primeiro lugar, antes de ao devedor ser exigido o pagamento da pena, não é possível solicitar a fiscalização judicial, porque não é lógico. O pressuposto de “a pena for manifestamente excessiva” implica que o tribunal precisa de investigar o prejuízo efetivo, uma vez que é indispensável compará-lo com o montante da cláusula penal, aliás, não consegue o juiz justificar a pena ser manifestamente excessiva ou não. Além disso, para considerar a adequabilidade da pena, o tribunal deve também fazer um inquérito sobre a gravidade da infração, o grau de culpa do devedor, as vantagens que, para este, resultem do incumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambas as partes, a sua boa ou má fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e, designadamente, eventuais contrapartidas de que tenha beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal⁹⁰.

Em segundo lugar, antes de o credor exigir o cumprimento da pena, o devedor não pode prestar o montante de pena convencional, uma vez que o credor ainda pode optar pela

89 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.497.

90 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.744.

execução específica ou exigir a indemnização nos termos gerais.

Em virtude de esta ação ser precisamente deduzida pelo devedor, se o devedor não exigir a sua redução, nem se opuser mediante o meio de controlo geral, precisamos de entender que o devedor não considera o abuso do credor.

Relativamente à entrega de coisa específica sobre a cláusula penal, se as partes convencionarem uma coisa específica como a cláusula penal⁹¹, quando o tribunal achar que a pena é manifestamente excessiva, poderá julgar o pagamento pelo credor, de um montante equivalente ao excesso daquela⁹².

Quer dizer que a pena manifestamente excessiva não inclui a sua mera superioridade, uma vez que a nossa lei reconhece a doutrina da dupla função. No caso de o tribunal reduzir a pena mera superior do prejuízo efetivo, perde uma função compulsória da cláusula penal. Portanto, o juiz precisa de ponderar a eficácia da ameaça. Depois, decide em cada caso. Todavia, pelo menos, a redução não poderá levar a pena a descer abaixo do prejuízo efetivo⁹³.

3.2 Interpretação do art.812.º, n.º2

Nos termos do art.812.º, n.º2, “é admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida.”

No momento de vigência do Código de Seabra, o art.675.º confirmou que se a obrigação foi cumprida em parte, pode a pena ser modificada na parte proporcional. Isso significa que é possível, na vontade das partes, afastar-se o critério adotado pela lei. O Código de Seabra permitia a convenção sobre o pagamento integral da pena ainda que a

91 A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.

92 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.739.

93 JOMAIN, Bruno, *La clause pénale et l'équilibre contractuel*, in *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, pp.96, ss.

obrigação fosse parcialmente cumprida⁹⁴.

Ao contrário do Código de Seabra, o Código de 1966 vedou o afastamento pelas partes, conforme o art.812.º, n.º2, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida, é admitida a redução nas mesmas circunstâncias. Isto é, por outras palavras, em face do cumprimento parcial do devedor, ninguém pode obstar o seu direito de exigir uma redução judicial, dado que “é nula qualquer estipulação em contrário.”

Na ação da redução judicial da pena, o ónus da prova recai sobre o devedor, uma vez que, conforme o art.342.º, n.º1, àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

4. Natureza da cláusula penal

Apesar de definir só o modelo unitário da cláusula penal (compensatória), não obsta as partes poderem, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art.405.º), estipular outras espécies de cláusulas penais.

Em Portugal, os tribunais portugueses já reconhecem a dupla função (indemnizatória e compulsória) da cláusula penal.

Existem normalmente teorias de duas ou três espécies de cláusulas penais. Dependem dos pareceres de uma única cláusula penal poder exercer uma função meramente indemnizatória, ou, simultaneamente, uma função compulsória. Por último, a lei não exclui a possibilidade de as partes poderem estabelecer uma cláusula penal puramente compulsória. Na realidade, doutrina e jurisprudência já reconhecem uma única cláusula penal compulsória.

Entretanto, às vezes, é possível o valor de indemnização principal ser superior ao montante da pena. Daí que a pena possa atuar numa função de limitação da

94 GONÇALVES, L. Cunha, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, vol.IV, cit., pp.375, ss.

responsabilidade. Na nossa opinião, a não ser que ocorra raramente a cláusula de limitação da responsabilidade, a cláusula penal exerce sempre as funções indemnizatória e compulsória. Mas, concordamos com PINTO MONTEIRO, a função compulsória da cláusula penal não é corretamente exercida através da indemnização. Para sabermos corretamente a natureza da cláusula penal, precisamos de analisar *case by case*.

VII. Cláusula penal na ordem jurídica da RAEM

1. Política “um país, dois sistemas” e Lei Básica da RAEM

A fim de salvaguardar a unidade nacional da República Popular da China e a integridade territorial, bem como favorecer a estabilidade social e o desenvolvimento económico de Macau, tendo em conta o seu passado e as suas realidades, o Estado decide que, ao voltar a assumir o exercício da soberania sobre Macau, cria-se a RAEM de acordo com as disposições do art.31.º da Constituição da China e que, de harmonia com o princípio “um país, dois sistemas”, não se aplicam na RAEM o sistema e as políticas socialistas. As políticas fundamentais que o Estado aplica em relação à RAEM estão as já expostas pelo Governo Chinês na Declaração Conjunta Sino-Portuguesa⁹⁵.

A 20 de Dezembro de 1999, o Governo da China voltou a assumir o exercício da soberania sobre Macau. A RAEM exerce um alto grau de autonomia e a gozar de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições desta Lei⁹⁶.

Na Época das Ordenações, as leis portuguesas aplicaram-se em Macau. Principalmente, são as Ordenações Filipinas e as leis subsidiárias⁹⁷. O desenvolvimento do direito de Macau tem seguido o ritmo do direito português, até à cessação da vigência do Código de 1966.

95 *LB da RAEM da República Popular da China*, Preâmbulo.

96 *LB da RAEM da República Popular da China*, art.2º.

97 Como alguns regulamentos do direito romano e direito canónico.

Conforme o art.3º, n.º1 do Decreto-Lei n.º 39/99/M, com a entrada em vigor do novo Código Civil, deixa de vigorar em Macau o Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, e tornado extensivo a Macau pela Portaria n.º 22 869, de 4 de Setembro de 1967, bem como as disposições legais que o modificaram.

O Código Civil entrou em vigor no dia 1 de Novembro de 1999⁹⁸. LB manifesta que, quando se estabelecer a RAEM (a 20 de Dezembro de 1999), as leis anteriormente vigentes em Macau são adotadas como leis da Região, salvo no que seja declarado pelo CPAPN como contrário a esta lei (LB). Daí que, relativamente a essas leis anteriormente vigentes, no caso de ser vigente em Macau, a compatibilidade com a LB seja importante e único requisito.

O Código Civil de Macau reserva basicamente a sombra do Código Civil português de 1966. No sentido de se harmonizar com a Constituição da China e a LB, o novo Código Civil revogou alguns artigos incompatíveis como exemplo a secção de normas de conflitos (Direito Internacional Privado). Além disso, relativamente à cláusula penal, o sinal e a sanção compulsória pecuniária, também já foram modificados.

Vamos concentrar-nos na análise da área da cláusula penal de Macau e, posteriormente, comparamos com a de Portugal.

2. Doutrina dominante de cláusula penal

Ao analisarmos preliminarmente a disposição do art.799.º, n.º1 do Código Civil de Macau, “as partes podem fixar por acordo a indemnização exigível ou a sanção aplicável, para os casos de não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora no cumprimento; a cláusula do primeiro tipo designa-se por cláusula penal compensatória e a do segundo por cláusula penal compulsória.” É fácil apercebermo-nos de que Macau já deixou a cláusula

98 *Decreto-Lei n.º 39/99/M*, art.2º, n.º1.

penal com figura unitária e bifuncional. É óbvio que o Código Civil reconhece a doutrina da dupla função (duas espécies de cláusula penal), uma vez que, com a disposição legal expressa, as partes têm o seu direito de fixar uma cláusula penal exclusivamente compensatória e uma cláusula penal puramente compulsória.

Relativamente aos escopos da fixação pelas partes, o legislador da RAEM toma a posição de liberalismo⁹⁹, na medida em que as partes podem estabelecer num mesmo contrato cláusulas penais para diferentes fins, nos termos do n.º3 do mesmo artigo.

Na realidade, o novo Código Civil mantém basicamente a doutrina de PINTO MONTEIRO no ordenamento português. Nas palavras de PINTO MONTEIRO, em virtude de a lei portuguesa não afastar a possibilidade de convencionar várias cláusulas penais, conforme o princípio da liberdade contratual, as partes podem fixar as duas espécies de cláusula penal para diferentes fins.

3. Interpretação do art.799.º do Código Civil

3.1 Interpretação do art.799.º, n.º1

De acordo com o art.799.º, n.º1, “as partes podem fixar por acordo a indemnização exigível ou a sanção aplicável, para os casos de não cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora no cumprimento; a cláusula do primeiro tipo designa-se por cláusula penal compensatória e a do segundo por cláusula penal compulsória.”

Herdando a tradição do direito português, especialmente a doutrina de PINTO MONTEIRO, o pressuposto de estabelecer a cláusula penal não é sujeito a enumeração neste artigo. Na realidade, conforme o princípio da liberdade contratual e da expressão do n.º3 do mesmo artigo, as partes podem acordar num mesmo contrato cláusulas penais para diferentes fins. O credor não está limitado a convencionar a pena apenas em não

⁹⁹ TOU WAI FONG, *As alterações introduzidas no Código Civil de Macau sobre os regimes de sinal e de cláusula penal*, RPD, n.º7, Macau, DSAJ, pp.7.

cumprimento, cumprimento defeituoso ou mora no cumprimento. Com a finalidade de prevenir outras simples irregularidades, as partes podem fixar uma cláusula penal compensatória ou compulsória.

No caso de ocorrer o cumprimento parcial, nada impede o credor de deduzir a realização coativa à prestação, à indemnização pelo não cumprimento ou execução da cláusula penal. Ao escolher o pagamento da cláusula penal, o tribunal pode, a requerimento do devedor, condenar a redução equitativa da pena convencional, nos termos do art.801.º, n.º2.

A nosso ver, depois de estabelecer o acordo, o credor deve ser perfeitamente satisfeito – o cumprimento perfeito pelo devedor. Daí que quaisquer irregularidades ou defeitos da prestação possam ser objeto da cláusula penal, depende da indemnização exigível ou da sanção aplicável, a cláusula penal pode ser de natureza compensatória ou compulsória.

Nos intuitos sobre a cláusula penal, a ordem jurídica da RAEM herdou continuamente a doutrina portuguesa, o legislador da RAEM manifestou a posição de liberalismo. Ao mesmo tempo, o legislador já adotou a doutrina de PINTO MONTEIRO e formula na disposição legal expressa no Código Civil. Agora, já não há divergência em entendimento e interpretação doutrinária.

3.2 Interpretação do art.799.º, n.º2

Nos termos do art.799.º, n.º2, “em caso de dúvida, a cláusula penal é compensatória.”

Em caso duvidoso, o legislador presume que a cláusula penal é compensatória. Mas qual é o caso de dúvida?

Sabemos que a cláusula penal é um negócio jurídico bilateral. Isso significa que, quanto aos problemas de interpretação, se ocorrer qualquer dúvida, temos de sujeitar as regras nos termos gerais, de modo a procurar a vontade real sobre o negócio jurídico. O Código Civil oferece critérios, nas disposições sobre o negócio jurídico na parte geral.

O art.228.º confirma que “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, podendo deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.” Obviamente, o critério da declaração negocial é a doutrina objetivista da interpretação. Todos os negócios jurídicos devem ser apreendidos por um declaratório normal. Excetuam-se apenas os casos de não poder ser imputado ao declarante, razoavelmente, aquele sentido, ou o de o declaratório conhecer a vontade real do declarante, nos termos do n.º2 do mesmo artigo¹⁰⁰.

Enfrentando a dúvida da natureza da cláusula penal, devemos aplicar o percurso indicado para descobrir a vontade real das partes.

Em segundo lugar, o art.229.º não tem significação em caso duvidoso da cláusula penal, uma vez que ele se aplica somente se estas não puderem definir o sentido da declaração. É claro que, na área da cláusula penal, já sabemos que a cláusula penal pertence a um contrato oneroso. O único problema é que ainda não descobrimos a natureza. Daí que a solução dos negócios onerosos neste artigo, fundamentalmente, não auxilie nada em dúvida da natureza da cláusula penal.

Em terceiro lugar, de acordo com a primeira parte do art.799.º, n.º4, “a cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal.” A cláusula penal pode ser estabelecida na forma verbal ou escrita, nos termos do art.211.º. Mas quando a disposição legal expressa ou as partes convencionam voluntariamente a forma apropriada, a cláusula penal, como a cláusula acessória, precisa de obedecer à forma da obrigação principal.

Na maioria da situação efetiva, a obrigação principal (o contrato) é estabelecida como um negócio jurídico formal e, por isso, aplica-se a disposição do art.230.º. Conforme este artigo, “nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha

100 LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol.I, cit., pp.223.

um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente expresso”. Esse sentido pode, todavia, valer se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.” Precisamos de seguir a imposição legal para descobrir a vontade real sobre a natureza da cláusula penal”.

No final, caso as partes realmente não fixem qualquer conteúdo sobre a confirmação sobre a natureza da cláusula penal, isto não é problema da interpretação, mas é a integração de negócio jurídico.

A nosso ver, quando enfrentamos a dúvida de significação de um negócio jurídico, o que fazemos imediatamente é a interpretação, uma vez que, através da providência interpretativa, podemos clarificar a vontade real dos contraentes. No caso de as partes realmente não estipularem qualquer conteúdo sobre a natureza da cláusula penal, a lei já proporciona uma melhor solução no art.799.º, n.º2, presume-se uma cláusula penal compensatória. Daí que não seja necessário utilizarmos a integração.

É indispensável que a lei presuma a natureza compensatória, na medida em que, depois de usarmos todas as possibilidades e ainda não conseguirmos saber a vontade real sobre a natureza da cláusula penal, ainda temos de decidir sobre ela.

Pensamos que o legislador considera os três fatores para fazer esta presunção. Em primeiro lugar, em virtude de a cláusula penal compensatória ser a única disposição legal expressa no Código Civil português. Em segundo lugar, no domínio da prática jurídica, a cláusula penal compensatória é mais frequente. Por fim, a função fundamental da cláusula penal é que substitui a indemnização, em caso de incumprimento da obrigação principal. Daí que seja razoável o legislador presumir a cláusula penal compensatória.

Em suma, relativamente à dúvida da natureza da cláusula penal, precisamos de procurar a vontade real das partes, através dos nossos regimes gerais. Caso não consigamos

descobri-la, devemos presumir razoavelmente a cláusula penal compensatória, nos termos do art.799.º, n.º2. Pensamos que a presunção é uma solução adequada, visto que esta orientação legislativa pode aumentar a previdência, definição e segurança jurídica da cláusula penal.

3.3 Interpretação do art.799.º, n.º3

Nos termos do art.799.º, n.º3, “as partes podem estabelecer num mesmo contrato cláusulas penais para diferentes fins, mas se só tiverem estabelecido uma cláusula penal pelo não cumprimento, e esta for compensatória, presume-se que ela cobre todos os danos, e se for compulsória, que esta abrange toda a sanção aplicável.”

3.3.1 Liberalismo de estabelecimento da cláusula penal

O legislador assegura sempre a expectativa do cumprimento perfeito e, por isso, rejeita todas as irregularidades ou defeitos da prestação. A lei não controla os fins na aplicabilidade da cláusula penal. Além disso, sabemos que, na prática jurídica, o contrato é frequentemente estabelecido na figura de relação obrigacional complexa¹⁰¹. A lei também não controla a quantidade da cláusula penal num contrato. Enquanto há necessidade das partes, podem fixar-se várias cláusulas penais para diferentes fins.

Teoricamente, os deveres podem ser classificados como deveres principais / primários de prestação, deveres acessórios e deveres laterais / conduta. Geralmente, os dois primeiros podem causar o incumprimento obrigacional. O último, produzido pelo princípio de boa fé, pode produzir apenas uma responsabilidade civil. Para todos os deveres, podem as partes fixar as cláusulas penais.

Mesmo que uma das partes não se obrigue, como o exemplo do dever de cuidado

101 Fala-se de relação obrigacional complexa para significar que do conteúdo da obrigação fazem parte não apenas o direito e o dever primários, mas também um conjunto de posições jurídicas, em que se integram deveres secundários (instrumentais da prestação principal ou dotados de prestação autónoma), deveres de conduta, ónus, expectativas, exceções, direitos potestativos e sujeições.

(dever lateral), quando já tiverem estipulado a cláusula penal por este fim, é possível a outra parte exigir a pena.

Por exemplo, no domínio de locação do direito civil, segundo o art.977.º e o art.983.º, o locador obriga-se a dois deveres – entregar ao locatário a coisa locada e assegurar-lhe o gozo desta para os fins a que a coisa se destina. Quanto aos deveres do locatário, a lei enumera dez deveres. No caso de uma das partes não se obrigar a eles, efetivamente, o lesado pode pedir a indemnização pelo incumprimento contratual. De acordo com o art.799.º, n.º3, a lei permite que as partes fixem a doze cláusulas penais para todos os doze deveres.

Quanto aos contratos atípicos ou mistos, o tratamento é igual. Para um determinado número de fins, há o mesmo número de cláusulas penais.

3.3.2 Duas presunções – a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”

Relativamente à segunda parte deste artigo, o legislador fez duas presunções, “se só tiverem estabelecido uma cláusula penal pelo não cumprimento, e esta for compensatória, presume-se que ela cobre todos os danos, e se for compulsória, que esta abrange toda a sanção aplicável.”

A fonte de *ratio legis* é a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”. Quanto à identidade de interesses, os juristas portugueses fizeram muitos estudos.

Por um lado, no caso de as partes terem convencionado um sinal como uma indemnização, na ausência de estipulação em contrário, em caso de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, extingue a obrigação¹⁰². A parte culpada não precisa de assumir qualquer responsabilidade extra. O pagamento do sinal já cobre todos os danos (a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”, nos termos o art.436.º, n.º4). Segundo a mesma regra, no mesmo contrato, mesmo que haja também um acordo da cláusula penal, o

102 *Código Civil de Macau*, art.436.º, n.º4 e *Código Civil português*, art.442.º, n.º4.

inocente (o credor) pode escolher apenas um pagamento entre o sinal, a cláusula penal ou a indemnização nos termos gerais. Um pagamento deles extinguirá a obrigação.

De acordo com os art.436.º, n.º4 e art.799.º, n.º3, quando enfrentamos a mesma violação de prestação contratual, temos somente de pagar uma vez o custo.

A nosso ver, este é o meio mais justo. Relativamente ao mesmo interesse, não obstante haver vários percursos para satisfazer o nosso interesse na lei, o devedor deve assumir apenas uma vez a sua responsabilidade por uma coisa.

No domínio da cláusula penal compulsória, se a cláusula penal for compulsória, esta abrange toda a sanção aplicável. A cláusula penal compulsória não substitui o dever de prestar nem a indemnização pelo não cumprimento do mesmo.

A fixação desta cláusula destina-se a compelir o devedor ao cumprimento, a fim de evitar as delongas, os custos e incómodos de várias ordens que representam o recurso à execução específica ou à indemnização pelo não cumprimento.

Quanto ao problema de simples mora, caso o credor obtenha o cumprimento da obrigação, mas só tardiamente, o credor perde o seu interesse pelo cumprimento pontual. No caso de terem estipulado uma cláusula penal compulsória para compelir o cumprimento pelo devedor, por causa de não haver cúmulo, o credor pode solicitar o cumprimento da obrigação principal ou indemnização e, simultaneamente, cláusula penal compulsória.

No Código Civil, não há dúvida que a sanção pecuniária compulsória é uma das sanções aplicáveis. No ordenamento jurídico português, a sanção pecuniária compulsória é designada para a obrigação de *facere*, de *non facere* infungível ou de facto negativo incumprido, não pode o credor obter a sua execução específica, mas tem, além do direito a ser indemnizado pelos danos decorrentes da mora, a possibilidade de requerer, judicialmente, que o devedor seja condenado “ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais

conveniente às circunstâncias do caso¹⁰³.”

No direito da RAEM, o âmbito da aplicação da sanção pecuniária compulsória é mais amplo, a lei não a controla apenas na circunscrição da obrigação infungível, mas também nos direitos creditórios, direitos absolutos ou condenações na obrigação de indemnizar¹⁰⁴.

Não obstante os âmbitos de aplicação deles serem divergentes, a função comum dos dois regimes de sanção pecuniária compulsória é combater o atraso culposo no cumprimento da sentença judicial.

Na ordem jurídica da RAEM, suponhamos que as partes estabelecem um contrato e uma cláusula penal compulsória que é para assegurar o cumprimento contratual pelo devedor. Sabemos que, no caso de terem fixado a cláusula penal compulsória, o valor dela já compensa todas as sanções aplicáveis¹⁰⁵. Daí que a lei logicamente proíba a aplicação da sanção pecuniária compulsória nos casos em que tenha sido estabelecida uma cláusula penal compulsória com os mesmos fins, de acordo com o art.333.º, n.º4.

Portanto, quando as partes estipulam uma cláusula penal compulsória pelo mesmo fim, durante instância, o credor (o autor) não pode deduzir o pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória, nos termos do art.217.º, n.º4 do CPCM. Isto significa, quando envolve a identidade de interesses sobre o escopo compulsório, não é possível o autor solicitar ao tribunal a sanção pecuniária compulsória, na medida em que a cláusula penal compulsória e a sanção pecuniária compulsória existem em acumulação.

Em conclusão, na aplicabilidade de todos os tipos de cláusula penal, é essencial analisarmos o interesse que a cláusula penal pretende defender. Ao abrigo das doutrinas ricas portuguesas, o legislador da RAEM já elaborou as regras jurídicas sobre a execução da cláusula penal e a relação com outros regimes analógicos como o sinal e a sanção

103 PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol.I, cit., pp.1331.

104 *Código Civil de Macau*, art.333.º, n.º1.

105 *Código Civil de Macau*, art.799.º, n.º3.

pecuniária compulsória, a fim de realizar a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”.

3.4 Interpretação do art.799.º, n.º4 – princípio de acessoriedade

Corresponde esta disposição à do art.810.º, n.º2 do Código Civil português, “a cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação.”

A primeira parte deste artigo manifesta que as formalidades exigidas se estendem ao acordo da cláusula penal. Ao mesmo tempo, a validade da obrigação principal influencia diretamente a da cláusula penal.

Releva-se o princípio de acessoriedade neste número. Como analisamos acima, na interpretação do art.810.º, n.º2 (no Código Civil português), o pressuposto de existência da cláusula penal é a existência e a validade da obrigação principal. No caso de esta obrigação se tornar nula, inexigível ou extinguível, a cláusula penal tem igual sorte. Simultaneamente, se à forma legal da cláusula penal faltar a forma legalmente prescrita, ou seja, não sujeitar a forma da obrigação principal, é nula a cláusula penal.

4. Interpretação do art.800.º do Código Civil

4.1 Interpretação do art.800.º, n.º1

Nos termos do art.800.º, n.º1, “sem prejuízo de estipulação expressa em contrário, o cumprimento da cláusula penal só é exigível havendo culpa do devedor.”

A culpa é sempre o requisito de exigibilidade da pena. Em princípio, competindo ao devedor, ao abrigo do art.788.º, n.º1, provar a sua falta de culpa, a fim de afastar a pretensão do credor¹⁰⁶. Este requisito foi expressamente consagrado neste número. Provando a inexistência de culpa, a cláusula penal torna-se inexigível.

No entanto, na RAEM, este pensamento não é absolutamente factível em todos os

106 SERRA, A. Vaz, *Pena convencional*, separata do BMJ n.º67, pp.23-24.

casos.

No Código Civil de Macau, quanto ao requisito de imputabilidade da parte faltosa, a lei já permite que as partes, mediante uma estipulação expressa em contrário, afastem este requisito.

Relativamente a este problema, a doutrina alemã também reconheceu esta posição. O BGH afirmou que as partes têm liberdade, ao estipularem a cláusula penal, de afastar o requisito da culpa do devedor.”

4.1.1 Cláusula de garantia

Relativamente à significação da cláusula de garantia, ANA PRATA define que a cláusula de garantia é uma convenção de agravamento da responsabilidade do devedor, segundo a qual este se compromete a responder face ao credor pelo incumprimento que resulte de facto não imputável a qualquer um deles¹⁰⁷.

Na realidade, a possibilidade de afastar a culpa na área da cláusula penal vai causar situações dúbias relativamente à cláusula penal.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência germânicas vêm afirmando, quase em unísono, que as partes têm a liberdade, ao estipularem a cláusula penal, de afastar o requisito da culpa, recorrendo a esta figura.

Nas palavras de PINTO MONTEIRO, por um lado, podem as partes, por acordo prévio, consagrar a responsabilidade do devedor independentemente de culpa, ao abrigo do princípio da liberdade contratual.

Por outro lado, as partes podem fixar a soma a que o credor terá direito, caso não seja obtido o resultado garantido, a fim de se furtarem às dificuldades e incertezas inerentes à ulterior prova do dano. Daí que, a cláusula de garantia coenvolva, neste caso, igualmente

107 PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol.I, cit., pp.286.

uma função penal¹⁰⁸.

Esta cláusula é para garantir a prestação convencionada, a cláusula de garantia tem por finalidade assegurar o resultado prometido, protegendo o credor contra qualquer eventualidade, na medida em que o devedor não pode alegar falta de culpa ou a ocorrência de qualquer circunstância de força maior a fim de se exonerar.

A garantia mantém-se, no que respeita à exigibilidade da pena independentemente de culpa do devedor; o montante da mesma é que poderá vir a mostrar-se francamente exagerado. Daí que, através do requerimento do devedor, essa soma fique sujeita a fiscalização judicial¹⁰⁹.

4.2 Interpretação do art.800.º, n.º2

Segundo o art.800.º, n.º2, “a cláusula penal compensatória obsta a que o credor exija o cumprimento da mesma cumulativamente com a realização coativa da prestação a que diga respeito ou exija a indemnização pelo dano por ela coberto, mas, salvo convenção em contrário, não impede a indemnização pelo dano excedente quando este seja consideravelmente superior.”

4.2.1 Primeira parte do art.800.º, n.º2 – a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”

Relativamente à execução da cláusula penal compensatória, o legislador manifesta claramente a sua posição – o credor não pode solicitar uma indemnização da violação da obrigação e, simultaneamente, o pagamento da cláusula penal. Isto reflete a mesma a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto”.

PINTO MONTEIRO salienta que quando existir uma identidade de interesses: se o credor, ao exigir o cumprimento, visa obtido aquele, não poderá reclamar esta última,

108 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.278.

109 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.279 e pp.280.

assim como, exigindo a pena, não poderá reclamar, ao mesmo tempo, o cumprimento, pois haveria cúmulo¹¹⁰.

A exclusão do cúmulo é a consequência lógica do próprio funcionamento da cláusula penal. Por um lado, a pena constitui o efeito ou a consequência gerada pelo incumprimento da obrigação. Por outro lado, a pena representa a indemnização devida ao credor. Sendo assim, se o credor desejar exigir o pagamento da pena, é necessário ter havido incumprimento da obrigação: este último é o pressuposto de que depende a exigibilidade da primeira.

Daí que, se o credor vier a obter, ainda que por via da execução específica, o cumprimento da obrigação principal, ele não possa exigir a pena, pois não ocorre o não cumprimento.

Quer dizer, esta disposição legal é imperativa. No direito português, a última parte do art.811.º, n.º1 expressa claramente “é nula qualquer estipulação em contrário.” No ordenamento da RAEM, atribuindo-se o art.800.º, n.º2 há realmente uma natureza imperativa também, na medida em que, em princípio, os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos¹¹¹.

4.2.2 Parte final do art.800.º, n.º2

Relativamente à indemnização pelo dano excedente, a posição da RAEM é contrária. Principalmente, ao legislador da RAEM atribui-se o direito de exigir ao credor, salvo convenção em contrário.

No direito português, a lei manifesta claramente que o estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes. O que significa que, excecionalmente, o credor, ao abrigo do acordo

110 MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp.434.

111 *Código Civil de Macau*, art.287.º e *Código Civil português*, art.294.º.

prévio, pode obter a indemnização pelo dano excedente, através da avaliação pelo tribunal nos termos gerais. Para que o credor possa obter a indemnização pelo dano excedente no final, é necessário provar o dano integral ao tribunal.

No direito da RAEM, a situação já seria a oposta da que vigora em Portugal, porque “salvo convenção em contrário, não impede a indemnização pelo dano excedente quando este seja consideravelmente superior.”

Quanto ao requisito de sugerir o dano excedente, a lei afirma é precisa a indemnização ser consideravelmente superior. Para esta restrição da lei de Macau, PINTO MONTEIRO duvida do motivo do legislador da RAEM.

De acordo com o art.799.º, n.º3, podemos supor que o pagamento da cláusula penal compensatória já cobre todos os danos, e se for a cláusula penal compulsória, abrange toda a sanção aplicável.

Quando a indemnização é consideravelmente superior ao montante da pena, o dano excedente é indemnizável. Porém, se for meramente superior, é impossível indemnizar.

No parecer de PINTO MONTEIRO, em primeiro lugar, há dúvida da bondade da solução prevista na segunda parte do art.800.º, n.º2 e há preocupação sobre o elemento de incerteza que a utilização de termo “consideravelmente” inevitavelmente introduz. Em segundo lugar, se o que se pretendeu introduzir foi uma medida destinada a permitir o aumento da pena quando ela for manifestamente baixa, mais valeria ter-se então consagrado um preceito claro a dizer isso mesmo. Finalmente, não é de aplaudir a mistura que se faz, no art.800.º, n.º2, entre a regulamentação do cúmulo e a da indemnização pelo dano excedente, prejudicando-se a compreensão da norma¹¹².

TOU WAI FONG considera que, para salientar ser ainda a função promotora do

112 MONTEIRO, António Pinto, *A cláusula penal no ordenamento jurídico de Macau*, Um diálogo consistente – olhares recentes sobre temas do direito português e de Macau, Vol.1, Macau, Fundação Rui Cunha, 2016, pp.35-36.

cumprimento que a cláusula penal compensatória desempenha, o Código prevê, tal como no caso do sinal¹¹³, a salvaguarda do direito à indemnização pelo dano excedente, caso este seja consideravelmente superior. O que o legislador da RAEM desejou evitar foi tornar a estipulação de cláusula penal um meio de estímulo ao incumprimento¹¹⁴.

Relativamente a este problema, procederemos a uma análise mais adiante.

113 *Código Civil de Macau*, art.436.º.

114 TOU WAI FONG, *As Alterações Introduzidas no Código Civil de Macau sobre os Regimes de Sinal e de Cláusula Penal*, cit., pp.8.

VIII. Comparação entre o ordenamento jurídico da cláusula penal de RAEM e de Portugal

Comparando a ordem jurídica de Macau e de Portugal, sabemos que a legislação da RAEM já rompe com o modelo unitário e bifuncional da cláusula penal, elaborando-se duas espécies diferente de cláusulas penais: a compensatória e a compulsória. Para além disso, relativamente à escolha das doutrinas portuguesas, especialmente a doutrina de PINTO MONTEIRO, o legislador aborda claramente as letras na lei.

Quanto ao problema da natureza da cláusula de garantia, ainda temos de analisar profundamente.

Na maioria da interpretação doutrinária na cláusula penal, já não há questão controvertida. Mas, relativamente ao problema de reparação pelo dano excedente, ainda precisamos de analisar mais, uma vez que ele é única inovação no ordenamento da RAEM.

1. Cláusula de garantia e cláusula penal

Em Portugal, não há uma disposição legal expressa sobre a cláusula de garantia. Mas, PINTO MONTEIRO considera que, conforme o princípio da liberdade contratual, se deve admitir a possibilidade do estabelecimento desta cláusula na sua doutrina.

Na RAEM, existe claramente a norma jurídica sobre essa temática – o art.800.º, n.º1.

De acordo com o art.799.º, n.º1, o legislador fixa duas espécies de cláusula penal. Quer na cláusula penal compensatória, quer na cláusula penal compulsória, é imprescindível haver culpa do devedor, sem prejuízo de estipulação expressa em contrário, nos termos do art.800.º, n.º1. Isto significa que é possível as partes afastarem a culpa.

Há quem diga que a abertura de uma exceção para excluir a culpa como requisito vai alterar a qualificação original da cláusula penal.

Nas palavras de TOU WAI FONG, defende-se não ter sido intenção do legislador fazer uma nova qualificação da cláusula penal, mas antes permitir às partes, por um lado,

estipular uma cláusula de garantia com função penal, através da fixação prévia de uma soma exigível no caso de não se verificar determinado resultado, para evitar as dificuldades e incertezas inerentes à ulterior prova de danos¹¹⁵.

A nosso ver, extingue-se a obrigação quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor, nos termos do art.779.º, n.º1, uma vez que é precisa a culpa como o requisito de cláusula penal. No sentido de evitar um conflito com o regime geral no direito das obrigações, temos de distinguir entre cláusula penal e cláusula de garantia.

Defendemos que, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, podem as partes estipular o acordo para afastar a culpa – cláusula de garantia. As doutrinas e jurisprudências germânicas já reconheceram esta posição. Também a RAEM e Portugal já admitem a cláusula de garantia.

Não obstante a lei permitir esta convenção da cláusula de garantia, prevista no art.800.º, n.º1, concordamos com o parecer de TOU WAI FONG, a cláusula de garantia (cláusula de sem culpa) não pertence ao domínio da cláusula penal. Para mantermos a tradição jurídica, temos de definir que a cláusula de garantia pertence a uma área fora da cláusula penal.

Portanto, no direito vigente não existe uma espécie de cláusula penal com o escopo garantido, nem a de sem culpa.

Se bem que a cláusula de garantia seja excluída na cláusula penal, nada impede que, no caso do montante convencional de esta cláusula ser manifestamente excessiva, o devedor possa justificar ao tribunal, como as duas espécies da cláusula penal, a redução equitativa da pena, de acordo com o art.801.º.

115 TOU WAI FONG, *As Alterações Introduzidas no Código Civil de Macau sobre os Regimes de Sinal e de Cláusula Penal*, cit., pp.8.

2. Convenção sobre o dano excedente entre RAEM e Portugal

Se o valor do dano efetivo vier a exceder a quantia pré-fixada pelas partes, isso envolve provavelmente o problema de reparação sobre o dano excedente.

Em Portugal, o credor só terá direito ao montante da pena, a não ser que tenha ficado ressalvada, no acordo das partes, a possibilidade de o credor obter a indemnização pelo dano excedente. No sentido de provar um dano excedente, o credor também terá de provar o dano efetivo. Isto é, o princípio de não reparação do dano excedente.

A convenção sobre o dano excedente é realmente uma autorização em que o credor não só terá o direito à execução da cláusula penal, mas também recorre à indemnização sobre o dano excedente, nos termos gerais.

No ordenamento da RAEM, pelo contrário, na falta de convenção das partes em sentido contrário, será permitida essa indemnização. Como exploramos acima, PINTO MONTEIRO considera que “consideravelmente superior”, como um requisito essencial sobre a indemnização pelo dano excedente, produzirá uma incerteza. Além disso, este preceito é realmente uma autorização do aumento da pena quando ela for manifestamente baixa. Por último, a liberdade de exigir a indemnização sobre o dano excedente produz conflito com a disposição dos arts.799.º, n.º3 e 800º, n.º2, na medida em que, a cláusula penal compensatória obsta a que o credor a exija e, ao mesmo tempo, peça a indemnização pelo dano por ela coberto. A lei presume que a cláusula penal compensatória já cobre todos os danos.

A nosso ver, em primeiro lugar, a lei confirma que o credor tem direito a deduzir ao tribunal uma reparação sobre o dano excedente. Relativamente ao termo de “consideravelmente superior”, acreditamos que podemos utilizar o mesmo critério da análise sobre “manifestamente excessiva”, na redução equitativa da pena. A avaliação de “manifestamente excessiva” é o foco do art.801.º. Para decidirmos quando a pena vai ser

julgada manifestamente excessiva, PINTO MONTEIRO já ofereceu a sua doutrina¹¹⁶. Daí que tenhamos o método para criticar este requisito como conceito indeterminado *case by case*.

Em segundo lugar, consideramos que, no sentido de realizar a justiça às partes, quando a pena for manifestamente excessiva, a lei contempla a possibilidade de redução equitativa. Pelo contrário, se o dano efetivo for também consideravelmente superior (não é meramente excessivo) à pena, é justo o credor ter uma oportunidade de reparar o dano excedente.

No entanto, pensamos que o método de avaliar a indemnização sobre o dano excedente já é diferente do da redução equitativa da pena. De facto, quando existe uma disposição legal que o direito permite, os tribunais só podem resolver segundo a equidade¹¹⁷. Em virtude da equidade não ser permitida na reparação sobre o dano excedente, não pode o juiz avaliar a indemnização sobre o dano excedente por meio do juízo da equidade. Quando uma indemnização for julgada consideravelmente superior à pena, o juiz pode apenas justificar o montante do dano excedente nos termos gerais.

Em terceiro lugar, a fim de salientar a função promotora do cumprimento que a cláusula penal compensatória desempenha, o legislador não deseja ver que o estabelecimento da cláusula penal se torna um meio de estímulo ao incumprimento.

Sabemos que as vantagens do estabelecimento da cláusula penal são para evitar inconvenientes, incertezas e dificuldades de uma avaliação judicial. Na realidade, se o dano efetivo for consideravelmente superior à pena, o custo da violação do contrato não exerce suficientemente a sua função compensatória. Ou seja, em virtude do custo da violação do contrato ser muito baixo, a execução da cláusula penal realmente não produz

116 A doutrina é fixada na “*Interpretação do art.812.º do Código Civil*” desta dissertação.

117 *Código Civil de Macau*, art.3º e *Código Civil português*, art.4º.

uma função promotora do cumprimento nem desempenha as suas vantagens.

Se bem que a estipulação da cláusula penal não impeça que o credor recorra a indemnização ou realização coativa da prestação, a pena com um custo muito baixo, num caso concreto, não só tem falta de função compensatória, mas também perde a significação que a lei lhe atribui.

Enfrentando esta situação, é melhor o devedor recorrer à indemnização ou cumprimento coativo, nos termos gerais.

Para recuperar a sua função promotora e indemnizatória do cumprimento, o legislador da RAEM adota excepcionalmente o cúmulo da pena e da indemnização sobre dano excedente. A permissão pelo legislador ilide realmente a presunção do art.799º, n.º3. Mas, neste caso, não há identidade de interesses, dado que a indemnização adicional não cobre o dano integral, mas apenas o dano excedente. Portanto, é razoável e justo o legislador permitir excepcionalmente a reparação sobre o dano excedente, se a indemnização for consideravelmente superior.

Por último, concordamos com PINTO MONTEIRO, que a legislação prejudica a compreensão do art.799.º, n.º3 e o cúmulo da pena e da indemnização. A lei presume que a cláusula penal compensatória cobre todos os danos. Simultaneamente, permite-se a possibilidade de reparação sobre o dano excedente, salvo convenção em contrário. Concordamos com o legislador da RAEM que, na falta de convenção das partes em sentido contrário, possibilita a reparação sobre o dano excedente. Por outro lado, para harmonizar com o regime geral, sugerimos audaciosamente que o legislador possa acrescer a expressão de “salvo disposição legal em contrário” no art.799.º, n.º3 – “as partes podem estabelecer num mesmo contrato cláusulas penais para diferentes fins, mas se só tiverem estabelecido uma cláusula penal pelo não cumprimento, e esta for compensatória, salvo disposição legal em contrário, presume-se que ela cobre todos os danos, e se for compulsória, que esta

abrange toda a sanção aplicável.”

Pensamos que a nova redação deste número vai coordenar-se melhor com a última parte do art.800.º, n.º2. Entretanto, mantém-se a possibilidade de reparação sobre o dano excedente.

Conclusão

Na nossa história das instituições jurídicas, a cláusula penal (ou a pena) tem sido concebida de diversas funções. De natureza da pena privada à dupla função, da bifuncionalidade à distinção de duas espécies da cláusula penal – compensatória e compulsória, os juristas fazem imensos trabalhos para aperfeiçoar a legislação, para adaptar o desenvolvimento da comunidade.

Em conclusão, existe uma única inovação na área da cláusula penal de Macau – permitindo o credor exigir o pagamento da cláusula penal cumulativamente com a indemnização pelo dano excedente. Quando a pena for obviamente baixa, a lei pode evitar que a estipulação da cláusula penal se torne um meio de estímulo ao incumprimento. Portanto, além de exigir o pagamento da cláusula penal, pode o credor pedir a indemnização pelo dano excedente.

Quer isto dizer que, na RAEM, o regime da cláusula penal já se tornou mais moderno. O legislador já desiste da legislação com modelo unitário e bifuncionalidade. A lei faz claramente uma classificação em duas espécies de cláusula penal. Não ocorre que a função compulsória da cláusula penal seja exercida através da indemnização, nem recorra à indemnização a fim de que a pena possa atuar como medida compulsória.

Em caso duvidoso sobre a natureza jurídica da cláusula penal, ou seja, se não conseguimos saber o sentido da declaração negocial depois de fazer interpretação, a lei dá-nos claramente a solução, ao abrigo da doutrina de PINTO MONTEIRO.

A lei clarifica a multiplicidade de fins da cláusula penal, o cúmulo da pena como cumprimento e o critério da identidade de interesses. Reafirma a regra de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto.”

O que pensamos aperfeiçoar no regime da cláusula penal é que o legislador pode acrescentar a expressão de “salvo disposição legal em contrário” ao art.799.º, n.º3 – “as

partes podem estabelecer num mesmo contrato cláusulas penais para diferentes fins, mas se só tiverem estabelecido uma cláusula penal pelo não cumprimento, e esta for compensatória, salvo disposição legal em contrário, presume-se que ela cobre todos os danos, e se for compulsória, que esta abrange toda a sanção aplicável.”

A nosso ver, a fim de reservar continuamente a regra de reparação do dano excedente e harmonizá-la com o direito vigente, esta modificação pode coordenar-se melhor com o cúmulo da pena e da indemnização e com a presunção do art.799.º, n.º3.

Referências bibliográficas

- BERTOLINI, C. *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in SDS, ano XV, Roma, 1894.
- CORREIA, A. Ferrer, ALARÇÃO, Rui de *Acerca da taxa-limite do montante da cláusula penal fixada pelo Decreto 21 730*, in RDES, anos IX, 1956.
- CORREIA, A. Ferrer, MESQUITA, M. Henrique *A obra intelectual como objeto do contrato de empreitada. Direito de o dano da obra desistir do contrato e efeitos da desistência*, separata da ROA, ano 45, 1985.
- COSACK, Konrad / MITTEIS, Heinrich *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, erster Band, *Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht*, 8.^aed., Jena, 1927.
- COSTA, M. J. Almeida *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.
- FISCHER, Detlev *Vertragsstrafe und vertragliche Schandensersatzpauschalierung* (Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung), Frankfurt am Main, 1981.
- GOMES, Orlando *Obrigações*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, 1981.
- GONÇALVES, L. Cunha *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol.IV, Coimbra, 1932.
- GOUVEIA, Jaime de *Da responsabilidade contratual*, Lisboa, 1932.

- JOMAIN, Bruno *La clause pénale et l'équilibre contractuel*, in Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais.
- JORGE, F. Pessoa *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, 1975-76.
- LIMA, Pires de, VARELA, Antunes *Código Civil anotado*, Vol.I, 4.^aed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.
- Código Civil anotado*, Vol.II, 4.^aed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986.
- MEDICUS, Dieter *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 4.^aed., München, 1988.
- MONTEIRO, António Pinto *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.
- A cláusula penal no ordenamento jurídico de Macau, Um diálogo consistente – olhares recentes sobre temas do direito português e de Macau*, Vol.1, Macau, Fundação Rui Cunha, 2016.
- MONTEIRO, J. Sinde *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983.
- MOSCATI, Enrico *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in GI, 1982, vol.I, 1.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto *Cláusula acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusula penais*, 3.^aed., Coimbra, Almedina, 2008.
- POTHIER *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções*, tomo I, trad. De CORREA TELLES, Lisboa, 1835.

- PRATA, Ana *Dicionário Jurídico*, Vol.I, 5.^aed., Coimbra, Almedina, 2011.
- RAO MING BING *Teoria da dupla função da cláusula penal*, Beijing, RJUT, 2016.
- REICHEL *Die Vertragsstrafe als Strafe*, in “Juristische Blätter”, 1929.
- SERRA, A. Vaz *Pena convencional*, separata do BMJ n.º67.
- SILVA, Calvão da *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2.^aed., separata do vol.XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997.
- Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória*, separata da ROA, ano47, 1987.
- STAUDINGER, J. Von *Recht der Schuldverhältnisse*, §§336-386, Berlin, 1985.
- TELLES, Inocêncio Galvão *Direito das obrigações*, 7.^aed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- TONG IO CHENG *Teoria fundamental de direito civil e estudo do direito de Macau*, Guangzhou, Editora da Universidade Sun Yat-Sin, 2008.
- TOU WAI FONG *As alterações introduzidas no Código Civil de Macau sobre os regimes de sinal e de cláusula penal*, Revista Perspetivas do Direito, n.º7, DSAJ, Macau.
- TRIMARCHI, V. Michele *La clausola penale*, vol.III, Milano, 1954.
- VARELA, Antunes *Das obrigações em geral*, Vol.I, 5.^aed., Coimbra, Almedina, 1989.

Das obrigações em geral, vol.II, 7.^aed., Coimbra, Almedina, 1997.

VOCI, Pasquale

La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae', in *Studi in Onore di Volterra*, Milano, 1971.