

Responsabilidade Contratual: Cláusula Penal e Comportamento Abusivo do Credor*

ANTÔNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. O tema que me traz aqui hoje é o da “Cláusula penal e comportamento abusivo do credor”. É uma figura, esta, da cláusula penal, bem antiga, beneficiando de uma larga tradição; bastará, a esse respeito, recordar a *stipulatio poenae* do Direito Romano, para não recuar ainda mais, para podermos comprovar a *longevidade* da figura.

É uma figura que se reveste de *grande importância prática*, dificilmente encontraremos contratos de vulto que não contenham cláusulas penais. Pois apesar disso, apesar da *longevidade* da figura, apesar da *grande importância prática* da figura, ou talvez por isso mesmo, a verdade é que são muitos os *problemas* que a cláusula penal continua a suscitar em todo o lado.

Problemas de regime, sem dúvida, mas *problemas*, também, de *delimitação* da figura, *problemas* que têm que ver com a *própria identificação da figura*, eu diria, a cláusula penal sofre de uma *crise de identidade*. Eu não irei tratar aqui desse aspecto, aludirei apenas a ele, mas ele está na ordem do dia, em todo o lado, tendendo a *distinguir-se* a cláusula penal de outras figuras que, outrora, estavam incluídas no conceito de cláusula penal, e não se fazia qualquer distinção¹.

É, por isso, uma *crise de identidade* da própria cláusula penal a que assistimos nos tempos que correm, mas não é desse aspecto que vou tratar; vou tratar de um aspecto de *regime*, de um aspecto clássico, tradicional, apesar disso, também aqui, de um aspecto fundamental. Um autor alemão, o Professor Dieter Medicus, diz mesmo que *proteger*

*Texto que reproduz a intervenção oral gravada, e depois revisto pelo Autor. XXII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado na EMERJ em 05/09/2003.

¹ Esses e outros aspectos são tratados, desenvolvidamente, na nossa dissertação de doutoramento sobre **Cláusula penal e indemnização**, Coimbra, Almedina, 1990 (reimpressa em 1999).

o devedor perante cláusulas penais abusivas constitui o principal problema de regime que hoje a cláusula penal suscita².

Pois bem, é esse o tema que eu irei privilegiar na minha exposição, e faço-o por três ordens de razões: por um lado, por isso mesmo que acabo de dizer, pela *importância* que a proteção do devedor assume em face de cláusulas penais abusivas. Mas, por outro lado, ainda, privilegio esse tema porque ele constitui uma *novidade*, isto é, trata-se de um aspecto novo do atual Código Civil Brasileiro: o artigo 413 do Código Civil vem consagrar a redução de cláusulas penais manifestamente excessivas, o que constitui uma *novidade* em face do Código anterior, do Código Civil de 1916. Por isso é uma *novidade*, e pensei que contribuiria para este debate tão importante que o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro e a EMERJ promoveram sobre o novo Código Civil se trouxesse aqui, à discussão, este aspecto que é novo no regime jurídico do atual Código Civil e que é muito importante, como iremos ver. Mas, por último, ainda, um outro aspecto, uma outra razão por que privilegio este tema: é que esta problemática da cláusula penal abusiva toca em aspectos fundamentais a que o novo Código Civil, de 2002, dá particular relevo e que têm sido aqui tratados desde o primeiro dia: *autonomia privada*, princípio da *boa-fé*, proibição do *abuso do direito*.

Recordo-me de que, logo na abertura deste Congresso, o Professor Miguel Reale, como depois o Ministro José Carlos Moreira Alves, salientaram a importância que esses princípios assumem no Código Civil Brasileiro actual. Ontem tivemos brilhantes exposições aqui, a respeito dos mesmos princípios. A Professora Judith Martins-Costa, com o princípio da boa-fé, o Professor Francisco Amaral, com o princípio da autonomia privada, o Professor Fachin, com a *eticidade*, o Professor Antônio Junqueira de Azevedo, com a chamada de atenção para a importância que o Direito Privado tem para a realização dos direitos da personalidade e a desnecessidade de recorrer à Constituição para este efeito, visto que o Direito Privado sempre foi, por excelência, o campo da realização da personalidade do homem; e, hoje mesmo, o Professor Rui de Alarcão acabou, há pouco, de sublinhar também a importância do princípio da boa-fé.

Pois bem, esta problemática do controlo da cláusula penal abusiva

² DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 4 ed., München, 1988, p. 205 (§ 39, II).

tem que ver com esses princípios da autonomia privada, da boa-fé, do abuso do direito.

Basta lembrarmos, numa palavra, o seguinte: a cláusula penal é *fruto da liberdade contratual*; a sua raiz é a *autonomia privada* e, todavia, a autonomia privada, como sabemos hoje, tem *limites* vários, por razões várias. Por razões de proteção do contraente débil, por razões de solidariedade social, por razões de justiça material, há os limites da *boa-fé*, da *ordem pública*, dos *bons costumes*, da proibição do abuso do direito.

2. Pois bem, também aqui, repito, *controlar as cláusulas contratuais abusivas não é mais do que controlar uma manifestação abusiva da autonomia privada*. E, por isso, pareceu-me que teria interesse, por essas três ordens de razões, trazer esse tema a debate. Mas, antes de entrar nele, dois ou três passos prévios eu iria dar, para nos situarmos e podermos compreender melhor essa figura. É claro que não me dirijo aos senhores Magistrados, muito menos aos Colegas e aos Advogados; penso mais nos estudantes, naqueles que talvez tenham menos familiaridade com essa figura, para vos dizer que a cláusula penal é uma estipulação através da qual qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga a cumprir determinada prestação — normalmente essa prestação é em dinheiro — em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (designadamente em casos de mora) da obrigação.

Por exemplo, A e B celebram um contrato e estipulam uma cláusula, nos termos da qual, aquele que não cumprir, ou que não cumprir devidamente, ou que não cumprir adequadamente, incorrerá numa pena de um milhão de dólares, ou de um milhão de reais. A cláusula penal pode referir-se ao não cumprimento definitivo — cláusula penal *compensatória* —, pode referir-se à mora — cláusula penal *moratória* —, ou pode, naturalmente, abranger qualquer cumprimento *defeituoso* da obrigação.

O vosso Código Civil, o novo Código Civil, chama expressamente a atenção para isso, no artigo 409; diz o atual Código Civil Brasileiro: “A cláusula penal, estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação...” — cláusula compensatória —, “...à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora” — cláusula penal moratória, ou por qualquer vicissitude que afete o cumprimento da obrigação.

Por outro lado, só incorre o devedor na pena se o não cumprimento for *culposo* – a culpa é um pressuposto essencial do direito do credor, quer dizer, exigida a pena, provando o devedor que não teve culpa, deixa a pena de ser devida, afasta a pena, portanto. A cláusula penal pressupõe o não cumprimento culposo. Isso mesmo diz também o vosso Código Civil, no artigo 408: “*Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora*”. Portanto, isto significa que a cláusula penal, como é evidente, se distingue da *cláusula de garantia*. Esta última sim, a cláusula de garantia faz com que alguém deva algo independentemente de culpa; não assim na cláusula penal. Só incorre o devedor na cláusula penal, só é devida a pena, se ele tiver tido culpa, se o não cumprimento lhe for imputável, como expressamente o vosso artigo 408 chama a atenção, repito.

3. A importância da cláusula penal é grande, dizia eu há pouco, e é grande porque tem que ver com as *funções* que a cláusula penal está apta a desempenhar. E essas funções são *múltiplas* – a Professora Judith Martins-Costa fala, a esse respeito, e eu concordo inteiramente, da *multifuncionalidade* ou *plurifuncionalidade* da cláusula penal³. A cláusula penal, realmente, presta-se a desempenhar inúmeras funções, de acordo com o interesse das partes ao estipulá-la, e por isso é freqüente, na prática ver num contrato diferentes cláusulas penais, múltiplas cláusulas penais, para as diversas vicissitudes que os contraentes vão autonomizar.

Pois bem, apesar disso, apesar dessa plurifuncionalidade ou multifuncionalidade da cláusula penal, há duas funções que ela está especialmente apta a desempenhar: a *função indenizatória* e a *função compulsória*.

Via de regra, quando se estipula uma cláusula penal, *visa-se fixar antecipadamente o montante da indenização* – e aí está a função indenizatória, com vantagens evidentes, porque se A e B, por ex., acordam previamente que, em caso de não cumprimento, a consequência será uma das partes entregar à outra um milhão de reais, o devedor sabe antecipadamente quanto lhe custa o incumprimento, e o credor sabe o que pode exigir. Ora, esse *saber antecipado com o que se pode*

³ **Comentários ao Novo Código Civil, Do Inadimplemento das Obrigações**, v. V, tomo II, Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 413.

contar é fundamental na vida dos negócios, na economia de um país e em geral; isso tem que ver com a certeza do direito, que é um dos aspectos importantes a considerar; evitam-se indagações posteriores, evitam-se delongas, complexidades, demoras, atrasos e incertezas – nunca se sabe como é que o juiz procederá relativamente ao cálculo da indenização, ao cálculo do dano, e assim já se sabe, antecipadamente, quanto é essa indenização. Isto, repito, quanto à função indenizatória da cláusula penal, na medida em que ela constitui uma indenização predeterminada, convencionalmente predeterminada.

Mas há uma outra função que a cláusula penal está especialmente apta a desempenhar, e que é a função compulsória, ou coercitiva, isto é, a cláusula penal é ou pode constituir um *instrumento importante de coerção*, de pressão, de ameaça sobre o devedor: se não cumpre, incorre nessa sanção – é uma *sanção convencional*, estipulada pelas partes. E é esta sanção, aliás, que está mais de acordo com a índole da figura, desde a *stipulatio poenae* do direito romano, a estipulação da pena. Savigny chegou a dizer que a cláusula penal, no direito romano, era uma pena em ponto pequeno, embora fundada no acordo das partes, era um instituto criminal em ponto pequeno⁴. A *poena* era devida independentemente de culpa, não era permitida a redução, etc. Todavia, enfim, por circunstâncias várias ao longo da História, que não vale a pena agora estar aqui a recordar, a cláusula penal foi acentuando cada vez mais a componente indenizatória⁵.

Mas dizia-vos eu que estas duas funções – a função indenizatória por um lado, e a função compulsória, por outro lado — vieram constituir um dos pilares da *construção tradicional da figura*; tradicionalmente, vingou, em todo lado, a chamada *tese da dupla função*: a cláusula penal seria um instrumento que desempenharia, *simultaneamente*, uma função indenizatória e uma função compulsória.

Devo dizer-vos que esse modelo está a ser fortemente contestado - é o mínimo que se pode dizer a esse respeito. Hoje, no direito comparado, distingue-se a cláusula penal de outras figuras próximas, que outro-

⁴ SAVIGNY, **Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts**, zweiter Band, Berlin, 1853, p. 273.

⁵ Para essa evolução histórica pode ver-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, **Cláusula penal e indemnização**, *cit.*, p. 349-418.

ra estavam abrangidas no conceito de cláusula penal e que hoje se distinguem. Distingue-se, no direito anglo-americano, a *penalty clause* da *liquidated damages clause*, isto é, distingue-se uma cláusula penal em que há o intuito compulsório, de uma cláusula meramente indenizatória. No direito alemão, distingue-se a *Vertragsstrafe* da *Schadenersatzpauschalierung*; no direito francês, distingue-se a *clause pénale* da *clause de dommages-intérêts*; e distingue-se, no direito italiano, a *clausola penale* da *liquidazione convenzionale del danno*⁶.

Quando eu digo distingue-se, sejamos rigorosos; isto não é inteiramente pacífico, isso está em discussão, é um processo em curso, há diálogo, debate, entre a jurisprudência e a doutrina, mas há passos seguros que já foram dados; no direito anglo-americano é tradição distinguir a *penalty clause* da *liquidated damages clause*, isto é, só será cláusula penal quando há o intuito compulsório. Se as partes tiverem visado liquidar antecipadamente a indenização, e apenas isso, então isso não é, em rigor, uma *penalty clause*, isso é uma *liquidated damages clause*, isso é uma cláusula meramente indenizatória. No direito alemão essa distinção está feita também, foi feita pela jurisprudência alemã e foi acolhida, depois, pelo legislador, desde logo, pela Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, isso já em 1976 (a famosa *AGB-Gesetz*). E em França essa distinção verdadeiramente vem já no *Code Civil* de 1804, embora a doutrina francesa só tenha despertado para ela após a reforma de 1975.

Bom, no direito brasileiro, esse problema pode pôr-se, também no novo Código Civil Brasileiro. Devo dizer-vos — não quero, não vou entrar por aí, mas vou deixar a provocação — que o sentido desta distinção entre uma cláusula penal propriamente dita, e uma cláusula meramente indenizatória, ou se quiserem, de acordo com os passos que eu tenho dado nesse campo, entre uma *cláusula penal em sentido estrito*, e uma mera *cláusula de fixação antecipada da indenização*, o sentido prático fundamental dessa distinção de regime é o seguinte: a cláusula penal é devida *independentemente do dano*, enquanto que, no caso de uma cláusula meramente indenizatória, *provando o devedor que não há dano*, deixa de incorrer na pena.

⁶ Para uma visão de conjunto de todos estes direitos v. o nosso **Cláusula penal e indemnização**, *cit.*, p. 499-571, com indicações desenvolvidas da doutrina alemã, anglo-americana, francesa e italiana, designadamente, em que se fundamentam e apoiam essas distinções.

Ora, a tradição é que a cláusula penal é independente do prejuízo – isso está no vosso artigo 416 do Código Civil; diz assim o artigo 416: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.” A minha pergunta é esta: de acordo, não é necessário que o credor alegue prejuízo, mas e se o devedor vier defender-se alegando e provando que não houve nenhum prejuízo para o credor, a pena é devida? A isso não responde o artigo 416 do Código Civil Brasileiro. Diz a lei que, para exigir a pena convencional, “...não é necessário que o credor alegue prejuízo”. Repito, de acordo. O credor exige o pagamento da pena, não alega nem prova prejuízo, mas o devedor contesta, defende-se, dizendo “é verdade, senhor juiz, que estipulamos uma cláusula penal e é verdade que eu não cumpri; todavia, eu provo que não houve prejuízo nenhum para o credor”. A pena é devida ou não é? Bom, de acordo com a tradição, ela seria devida, e era assim no direito romano, com a *stipulatio poenae*.

Mas, como vos disse, a *stipulatio poenae* era uma figura concebida em termos completamente diferentes, e o que eu entendo é que depende do que as partes tiverem pretendido; se as partes tiverem estipulado uma sanção, ela será devida *independentemente do dano*; mas já se as partes tiverem tido a preocupação de fixar antecipadamente o montante da indenização *no pressuposto de que haveria dano*, a prova, pelo devedor, de que não há dano, *afasta o direito do credor à pena*⁷. É discutível, é contestável, é uma provocação que vos faço, mas era um apelo também que eu deixava para que a comunidade jurídica brasileira, em face, designadamente, desta regra do artigo 416, e em conformidade com o debate que se vem travando no direito comparado, pudesse pensar nisso. De resto, o vosso art. 416 é semelhante ao art. 1382 do *Codice Civile* italiano (embora este seja mais explícito ao afirmar que “a pena é devida *independentemente da prova do dano*”), onde o problema da distinção entre essas várias espécies de cláusulas penais se vem igualmente debatendo.

4. Bom, mas eu ia entrar, agora sim, no último ponto da minha intervenção e que é, ao fim e ao cabo, o ponto que eu quis privilegiar, que é o da utilização abusiva da cláusula penal e o seu controle. Ora

⁷ Pode ver-se, de novo, para uma fundamentação desenvolvida desta nossa tese, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 577, ss, 601, ss e 619, ss.

bem, a cláusula penal pode controlar-se de dois modos; eu diria: há um *controle geral* e um *controle especial*.

O controle geral da cláusula penal é aquele que se efetua através dos mecanismos gerais do direito civil. Reparem que a cláusula penal assenta no consentimento das partes – para haver uma cláusula penal tem que ter havido consentimento do devedor. Pois bem, esse consentimento, como qualquer manifestação negocial, pode estar *viciado*, pode estar inquinado, pode ter havido erro, pode ter havido dolo, pode ter havido coação moral e, portanto, a própria cláusula, em si mesma, pode ser *inválida*, pode ser anulada. Ou então, estipula-se uma cláusula penal num domínio em que a lei não permite cláusulas penais, porventura no direito do trabalho – nesse caso, é nula; ou a própria cláusula penal pode, no conjunto, configurar um contrato opressivo, contrário aos bons costumes.

Continuamos a recorrer a mecanismos de controle da cláusula penal de alcance geral, que estão no Código Civil – os vícios da vontade, os bons costumes, a ordem pública etc., proibições contra leis, além de inclusão de cláusulas penais em domínios, em áreas em que ela é proibida etc. – isto é o controle geral, que leva à invalidade da cláusula.

Mas há, depois, um *controle especial*, para fazer face a *penas excessivas*; esse controle já não é o controle geral dos vícios da vontade etc., é um controle especial. Ora bem, a esse respeito, houve aqui uma evolução no mundo, e também no direito civil brasileiro⁸.

É claro que a cláusula penal cumpre funções várias, como dissemos. Se as partes recorrem à cláusula penal, têm determinado objetivo. Ora, o cumprimento desse objetivo, o respeito pelo objetivo das partes, implicaria que a cláusula penal não fosse revista. Isso justificou, durante muitos anos, em todo o lado, a *imutabilidade* da pena – o chamado *princípio da imutabilidade da pena*. A pena, uma vez estipulada livremente pelas partes, é para cumprir-se, porque senão frustram-se as razões que levaram os contraentes a recorrer à cláusula penal, pois eles quiseram, porventura, evitar discussões acerca do *montante da indenização*, quiseram furtar-se ao juiz, ao tribunal, por acordo disseram que a indenização seria de um milhão de reais. Se, afinal de contas, permi-

⁸ Acompanhamos, também aqui, a nossa **Cláusula penal e indemnização**, cit., p. 717, ss e 724, ss; no direito brasileiro, em face do novo Código Civil, pode ver-se JUDITH MARTINS-COSTA, **Comentários**, cit., p. 457,ss.

timos que o juiz venha agora aqui discutir o montante do dano, então, para que é que se recorre à cláusula penal?

Ou então, quis estipular-se, quis criar-se uma *sanção*, um instrumento de compulsão ao cumprimento. Ora, se se permite a revisão, então essa ameaça não surte efeito; o devedor sabe, antecipadamente, que vai recorrer ao Tribunal, e o Tribunal vai reduzir a pena e, portanto, a ameaça não surte efeito. Em suma, o *respeito pelas funções da cláusula penal*, bem como o *respeito pela autonomia privada*, que justifica a cláusula penal, impõem que a pena não seja suscetível de revisão.

Bom, isso justificou, repito, ao longo da história, o princípio da imutabilidade da pena, princípio esse que não era desrespeitado quando – quer no direito antigo português, quer no vosso Código Civil anterior, de 1916 – se permitia a redução proporcional no caso de haver cumprimento parcial, porque essa redução proporcional (no caso de ter havido descumprimento parcial) *funda-se ainda na vontade das partes*. As partes previram uma pena de um milhão de reais, por ex., para o não cumprimento; houve cumprimento parcial; presume-se que as partes teriam estipulado uma redução proporcional se tivessem previsto que o devedor cumpriria parcialmente.

Portanto, a redução proporcional da pena, no caso de ter havido incumprimento parcial, fundava-se, ainda, na vontade das partes. Ora, essa posição era a do Código Civil brasileiro anterior, assim como foi a do Código Português antigo, de 1867, e como foi em França, até 1975, ou seja, a cláusula penal não era suscetível de ser revista, a pena não era suscetível de ser reduzida, salvo no caso de ter havido cumprimento parcial, caso em que haveria redução proporcional.

Isto foi alterado, desde logo pelo BGB – o Código Alemão – em 1896; o BGB consagrou, no parágrafo 343, a possibilidade de redução de penas quando elas forem manifestamente excessivas ou, de acordo com a lei alemã, quando forem desproporcionalmente elevadas. Foi o primeiro passo que se deu nesse campo.

Vieram depois, entre outros, o Código Italiano, em 1942, no art. 1384, o Código das Obrigações suíço, no art. 163,3, e o Código Civil Português de 1966, no artigo 812, permitir, expressamente, a redução de penas quando elas forem manifestamente excessivas; em França, apenas em 1975, no termo de uma *querela*, muito viva, muito intensa,

veio permitir-se, finalmente, através de uma alteração legislativa ao art. 1152º do Code Civil, a redução da cláusula penal quando ela for manifestamente excessiva, assim como veio, finalmente, também no Brasil, o Código Civil Brasileiro, no artigo 413, estabelecer o mesmo princípio: “A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Esta é a novidade que o artigo 413 do novo Código Civil introduz no Direito Brasileiro, pelo menos a nível de Código Civil, evidentemente. E é uma novidade que vem no bom caminho, de acordo com outros passos dados, como já vos disse, na Alemanha, em 1896, em França, em 1975, em Portugal em 1966, em Itália em 1942 etc.

5. Pois bem, dito isto, mais dois ou três aspectos de regime a tal respeito. Em primeiro lugar, qual é o âmbito de aplicação do artigo 413 do Código Civil? A lei permite a redução de penas manifestamente excessivas. Qual é o âmbito? Eu tenho entendido que esse artigo 812, em Portugal, e, neste caso, o artigo 413, no Brasil, deve-se poder aplicar a todas as espécies de cláusulas penais, quer às cláusulas penais meramente indenizatórias, quer às cláusulas penais compulsórias, quer às cláusulas penais exclusivamente compulsórias. E vou mais longe; tenho defendido e escrito que se deve poder aplicar esse artigo a outras figuras como, por exemplo, o sinal.

De resto, em Portugal houve dois importantes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça — correspondente aqui ao Superior Tribunal de Justiça — que aplicaram o artigo 812, portanto, o equivalente ao vosso artigo 413, ao sinal: à restituição em dobro do sinal. Claro, é necessário que os pressupostos se verifiquem, que seja manifestamente excessivo etc.

E eu tenho defendido essa posição porque entendo que o artigo 812, em Portugal, tal qual o vosso artigo 413, constitui um princípio de alcance geral, destinado a corrigir excessos ou abusos do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação das conseqüências do não cumprimento das obrigações. Trata-se, pois, de um princípio de alcance geral, que não deve restringir-se, apenas, à cláusula penal.

Por outro lado, outros pontos que vou tratar, de acordo com o sumário que distribuí, é o dos pressupostos, e aqui há alguns problemas quanto a eles.

Primeiro pressuposto: quando é que o juiz está justificado a reduzir cláusulas penais manifestamente excessivas? Um problema se põe: só quando o devedor tiver solicitado essa redução? Ou pode o Tribunal intervir oficiosamente? Temos respostas num e noutro sentido no Direito Comparado. O Código Civil Alemão resolve o problema expressamente. Diz assim: “O Tribunal só pode reduzir a pena no caso de o devedor o ter solicitado”. Exatamente o oposto está no Direito Francês. O Código Civil Francês, o Código de Napoleão, voltou a ser alterado em 1985: primeiro, em 1975, foi permitida a redução, depois, em 1985, o legislador francês voltou a alterar esse preceito da cláusula penal, permitindo ao Tribunal a redução oficiosa da pena. Diz a lei francesa: “*même d’office*” — pode a pena ser reduzida mesmo oficiosamente. O Direito Italiano é omissivo a esse respeito, o Direito Português também, assim como o Direito Brasileiro, embora, no caso do Direito Brasileiro haja aqui, enfim, alguma pista. Diz a lei, no artigo 413: “*A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz...*”. Parece que com isto está o legislador brasileiro a apontar, a abrir o caminho para uma *redução oficiosa*.

Outra questão que se põe, a respeito dos pressupostos, é saber como é que se procede no caso de cumprimento parcial: tendo havido cumprimento parcial, é forçosa a redução, ou não? No vosso Código antigo, dizia-se que a redução era proporcional; hoje, não se diz isso, e a meu ver, bem (também aqui uma alteração no bom sentido).

A lei diz: “*A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte...*” — portanto, tendo havido cumprimento parcial, a redução é eqüitativa. Isso significa, a meu ver, que pode ter havido cumprimento parcial e não se justificar redução nenhuma, porque esse cumprimento não tem interesse nenhum para o credor. O devedor cumpriu e é como se não tivesse cumprido; do ponto de vista do interesse do credor, as coisas mantiveram-se exatamente na mesma. A redução não é proporcional; deve fazer-se de acordo com a eqüidade — é esse o critério a que recorre o legislador brasileiro, tal como é esse o critério a que recorre o legislador português: a penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

Por outro lado, já vimos, e é a grande novidade também no Direito Brasileiro, “...ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo”. Ora bem, há dois fundamentos para a redução: por um lado, cum-

primento parcial, desde que a eqüidade justifique a redução, por outro lado, a pena ser *manifestamente excessiva* — não é qualquer excesso de pena que justifica a intervenção do juiz, mas só o excesso manifesto.

Deste modo, poder-se-á dizer que há uma intervenção *excepcional* do Tribunal. Não é por qualquer excesso da pena que esta vai imediatamente reduzir-se, senão anulava-se a cláusula penal, senão seriam frustradas as funções da cláusula penal, estar-se-ia a intervir excessivamente na autonomia privada. O respeito à autonomia privada, e o respeito pelas funções da pena, levam a que esta só seja suscetível de revisão *quando for manifestamente excessiva* — é o que está na lei; é o que está, e é o que está bem.

E é assim também, até para não se confundir a cláusula penal com uma outra figura que as partes podem estipular, naturalmente: a *cláusula de inversão do ônus da prova do prejuízo*. Nada impede que as partes estipulem uma cláusula nos termos da qual, em caso de não cumprimento, a indenização seja de um milhão de reais, sem prejuízo, todavia, de o devedor provar um montante inferior, caso em que a indenização não poderá ir além disso.

Pronto, isso não é uma cláusula penal; isto será uma cláusula de inversão do ônus da prova do prejuízo, quer dizer, não é o credor que tem que provar o dano — de acordo com as regras gerais é o credor quem tem que provar o dano —, mas se beneficiar desta cláusula ele não tem que provar o dano. O devedor é que pode ir ao Tribunal e dizer que o seu prejuízo não foi de um milhão de reais, foi apenas de quinhentos mil reais e então, de acordo com esta cláusula, o Tribunal deve reduzir até quinhentos mil reais — isso não é uma cláusula penal, isso é uma cláusula de inversão do ônus da prova do prejuízo; a cláusula penal não vai a esse ponto; a *cláusula penal só pode ser reduzida quando for manifestamente excessiva*.

Ora bem, e para entrar nesse ponto do *critério de redução*, e telegraficamente dizer-vos que o *pressuposto* de intervenção do Tribunal, que é o *excesso manifesto*, é simultaneamente, digamos, o *critério de redução*: o Tribunal deve intervir *a fim de eliminar* esse excesso, a fim de *corrigir* esse excesso. Não posso deixar, para o efeito, de lembrar que isto implica um *juízo de valor*. A pena pode ser superior ao dano e não ser manifestamente excessiva. Para apurarmos se ela é manifestamente excessiva, temos que atender a vários fatores, a várias circunstâncias, às particularidades do caso concreto, ao interesse das partes,

à natureza do contrato, à finalidade da pena, se é uma cláusula penal indenizatória, se é uma cláusula penal compulsória, à boa ou má-fé das partes, ao grau de culpa do devedor etc.

Aliás, também aqui o vosso 413 foi feliz, quando disse, na parte final: “...tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” - tendo em vista a natureza do negócio, tendo em vista a finalidade do negócio, a finalidade da pena, o grau de culpa das partes etc. Há, aqui, uma série de fatores a ter em consideração para apurar se a pena é ou não manifestamente excessiva, e qual é o critério que deve nortear o juiz nessa redução.

6. Para concluir, vejamos qual é o *fundamento* desta redução. E concluo como comecei; disse-vos que esse artigo 413 está em consonância, em conformidade com outras dimensões que avultam no Código Civil Brasileiro atual. O princípio da *autonomia privada*, enquanto fonte da cláusula penal, mas também o princípio da *boa-fé* em sentido objetivo, artigos 421 e 422 do Código Civil Brasileiro, com a *proibição do abuso do direito*, art. 187 etc.

Portanto, a redução da pena está em conformidade com os limites à autonomia privada, com os limites à liberdade contratual, e isto porque a autonomia privada, enquanto meio de realização da personalidade humana, implica, efetivamente, que se combata qualquer desvirtuamento. *Não pode a autonomia privada, enquanto instrumento de realização da personalidade do homem, converter-se em instrumento de abuso.* É este, a meu ver, o fundamento do controlo da cláusula penal.

Aliás, eu diria que se não existisse o artigo 812 em Portugal, ou o artigo 413 no Brasil, pela *proibição do abuso de direito* - no caso do direito português, artigo 334, no caso do direito brasileiro, artigo 187 - poder-se-ia lá chegar; e é engraçado, é interessante, é curioso dizer-vos o seguinte: no Código Português anterior - o Código antigo era de 1867 -, em que não havia um preceito semelhante a este, a melhor doutrina portuguesa, designadamente o Professor Manuel de Andrade, dizia que só pelo instituto do abuso de direito é que se poderiam combater cláusulas penais manifestamente excessivas, isto porque estávamos ainda na vigência do Código antigo, quando não era permitida a redução de penas manifestamente excessivas. Ora bem, tenho para mim que a consagração do artigo 413 no Brasil, e do art. 812º em Portugal, vai nesta linha de *proibir atuações abusivas do credor*.

E como as Senhoras e os Senhores não cometeram qualquer *ilícito* para eu causar este dano à vossa paciência em querer me ouvir, é *manifestamente excessiva esta pena* que estou a impor-vos, para não dizer que ela é de todo injustificada, de modo que estão mais do que autorizados para pedir ao Tribunal que *reduza* esta pena, pondo termo de imediato à minha intervenção. E eu só posso em minha defesa alegar a minha boa-fé! Muito obrigado. ◆