

PREFÁCIO DO LIVRO DE MARCELO MATOS AMARO DA SILVEIRA, *CLÁUSULA PENAL E SINAL: AS PENAS PRIVADAS CONVENCIONAIS NA PERSPECTIVA DO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO*[†]

Fernando Araújo*



Marcelo Matos Amaro da Silveira publica o seu estudo sobre as penas privadas convencionais no Direito Português e no Direito Brasileiro – centrando a sua atenção nas figuras, já milenares, da cláusula penal e do sinal.

Trata-se de um estudo original e profundo sobre um tema denso, complexo, já extensamente explorado pela doutrina e no entanto ainda na vanguarda da Ciência Jurídica, o que se explica pelos desafios teóricos que colocam, mas sobretudo pelas implicações práticas associadas a essas penas privadas na vida dos contratos, tanto a nível interno como a nível internacional.

1.

Em sintonia com a dogmática contemporânea, muita da análise da cláusula penal centra-se nas implicações da teoria “dualista”, ou seja, no reconhecimento de que a herdeira da “*stipulatio poenae*” romana se desdobra por funções indemnizatórias, por um lado, e por funções coercitivas / punitivas, por outro; e que essa dupla natureza, em larga medida imiscível, se acoita com demasiada frequência em formulações legais ou

[†] Silveira, Marcelo Matos Amaro da (2019), *Cláusula Penal e Sinal: As Penas Privadas Convencionais na Perspectiva do Direito Português e Brasileiro*, Rio de Janeiro, GZ.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

jurisprudenciais que, por serem unitárias, provocam um empobrecimento, ou truncagem, “monistas”.

Por exemplo, essas formulações têm reduzido, na aparência, a cláusula penal à sua função de liquidação antecipada dos danos, o que excluiria uma função genuinamente punitiva; sem se saber se essa aparência corresponde efectivamente à intenção de exclusão de funções punitivas “*stricto sensu*”, intenção essa que não é norma no âmbito do “*Civil Law*”, ao contrário do que até recentemente sucedia no “*Common Law*”.

Essa aversão tradicional do “*Common Law*” às puras “*penalty clauses*” fica bem ilustrada pelo art. 2-718(1) do Código de Comércio Uniforme dos Estados Unidos, que estabelece como válidas as “*liquidated damages clauses*”, mas como inválidas aquelas “*penalty clauses*”, suspeitas de serem abusivas ou “leoninas”¹, suspeitas de “exorbitância”, de “extravagância” e de “*unconscionability*”, por um conjunto de reservas conhecidas no meio do “*Common Law*” como “*Penalty Doctrine*”² e postas em prática através do denominado “*Dunlop test*”³.

Essa tensão entre o “*laissez-faire*” da liberdade contratual e a tradição anti-liberal é, portanto, meramente latente nos modernos sistemas de “*Civil Law*”, mas era plenamente assumida na tradição da “*Penalty Doctrine*”, tal como ela começou por ser aplicada nos “*Courts of Equity*”⁴.

Tão drástica aversão à vertente “coercitiva”, “*in terrorem*”, da cláusula penal foi sempre contestada, e passou a sê-lo

¹ Gaviria, Juan Antonio (2019), “El Efecto de las Cláusulas Penales en las Decisiones de Incumplimiento. Un Análisis de Economía Conductual”, *Revista de Derecho Privado*, 36, 64-65.

² Nem todo: o Indian Contract Act de 1872, por exemplo, evita habilidosamente a “*Penalty Doctrine*” e as suas complicações. Swaminathan, Shivprasad (2018), “De-Inventing the Wheel: Liquidated Damages, Penalties and the Indian Contract Act, 1872”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 6/1, 103.

³ Halson, Roger (2018), *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford, OUP, 2.44, 2.48, 3.01; Worthington, Sarah (2017), “Penalty Clauses”, in Virgo, Graham & Sarah Worthington (orgs.) (2017), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, CUP, 379.

⁴ Halson, R. (2018), 1.21, 2.11.

ainda mais na medida em que o paternalismo, ou a repulsa atávica da usura, tenham sido contemporaneamente, ou superados, ou canalizados para ramos de Direito mais vocacionados para lidarem com assimetrias intra-contratuais.

E também há muito se tinha percebido que a “*Penalty Doctrine*” era incongruente, pois, por exemplo, proibia atrasos no cumprimento, mas não prémios por antecipação no cumprimento, sendo que ambas as medidas são economicamente equivalentes⁵.

Além disso, para lá de medos e paternalismos herdados, não pode ignorar-se o “viés de representatividade” que leva ao empolamento, em dimensão e frequência, da ocorrência de cláusulas “excessivas” ou disfuncionais⁶: pense-se no elemento estratégico que por vezes se insinua nas alegações forenses quanto ao elemento “usurário” ou “leonino” das cláusulas “coercitivas”, muitas vezes um expediente para o inadimplente se furtar ao pagamento de uma quantia que aceitou inicialmente com plena consciência, livremente e de boa fé⁷.

Com alguma ironia, a “*Penalty Doctrine*” acabou por estimular uma reação dinâmica e criativa por parte dos agentes económicos e jurídicos, verificando-se, com a liberdade de estipulação, que proliferaram estipulações que tentam contornar a proibição da “*penalty clause*” pura – por exemplo, estabelecendo pagamentos ou benefícios em função da verificação de outros eventos que não o incumprimento da prestação principal⁸, ou estabelecendo condições resolutivas, “*acceleration clauses*”, “*termination clauses*” ou “*mixed clauses*” que dissipem equívocos quanto às circunstâncias em que se perde o “benefício do prazo”, ou quanto ao momento em que, perdido o interesse do credor, o incumprimento é definitivo e a indemnização é

⁵ Worthington, S. (2017), 372.

⁶ Gaviria, J.A. (2019), 67.

⁷ Denton, David H. (2011), “Liquidated Damages and Penalties. Ensuring Enforceability” (paper), 4.

⁸ Halson, R. (2018), 2.10, 2.38-2.40.

devida⁹.

Devendo notar-se, contudo, que existe uma assimetria (lógica, mas sobretudo jurídica) entre cláusulas que incentivam o cumprimento (ou a antecipação do cumprimento) e cláusulas que desincentivam o incumprimento, pelo que a esta fuga à “*Penalty Doctrine*” pode ter criado ainda mais incongruências e aporias do que aquelas que se apontavam ao regime vigente¹⁰.

Por seu lado, as abordagens de “*Civil Law*” têm propendido a entroncar o tema das cláusulas penais “excessivas” nas áreas da defesa do consumidor e das cláusulas contratuais gerais, o que de certo modo tem dispensado o recurso a algo que corresponda à “*Penalty Doctrine*”¹¹.

Isso não quer necessariamente dizer que o tema das “penas convencionais” seja mais pacífico no “*Civil Law*”, e mormente na doutrina alemã, havendo aí quem sustente, por exemplo, que só há penas verdadeiras se estas tiverem origem legal – e não se forem pactuadas, porque nesse caso teriam sido consensualmente aceites como meros deveres, não podendo, por isso, ser reconfiguradas como sanções¹².

Destaque-se que a aversão tradicional do “*Common Law*” às “*penalty clauses*” parece ter sido superada pelo grande “separador de águas” que foi a decisão britânica “*Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*”, ou simplesmente “*Sentença Makdessi*”, de 2015 – sendo que é com essa decisão que pela primeira vez os tribunais do “*Common Law*” admitiram a legitimidade de um interesse das partes numa dissuasão autónoma do incumprimento para lá do interesse no ressarcimento dos danos resultantes desse incumprimento – reconhecendo que

⁹ Halson, R. (2018), 5.32, 5.37, 5.42, 5.52.

¹⁰ Sun, Carlos, Praveen Edara & Andrew Mackley (2013), “Refocusing on Liquidated Damages in Incentive / Disincentive Contracts”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 5, 136-140.

¹¹ Patti, Francesco Paolo (2017), “The New English Law on Penalty Clauses: An Italian Perspective”, *ERPL - European Review of Private Law*, 25/1, 227-228.

¹² Patti, Francesco Paolo (2015), “Penalty Clauses in Italian Law”, *ERPL - European Review of Private Law*, 23/3, 313.

diversas situações contratuais aconselham essa separação de interesses (por exemplo, contratos que visam exclusivamente assegurar a presença física de alguém num determinado local e momento, ou a entrega tempestiva de um bem, ou a reserva da confidencialidade)¹³.

Em suma, a “Sentença *Makdessi*” colocou em xeque a “*Penalty Doctrine*”, a qual, como já referimos, vinha a ser muito criticada pela doutrina como entendimento iliberal, obsoleto, incongruente¹⁴. Agora, deixando as “*penalty clauses*” de ser consideradas *ipso facto* inválidas, isso só pode significar que, num movimento de convergência com o direito “continental”, elas passam a ser controladas no seu valor e ficam expostas a reduções oficiosas¹⁵; o que por sua vez facilita ainda o paralelismo com o regime do sinal, também ele admitido independentemente da sua função, e apenas sujeito a um controle de valor¹⁶

2.

Na construção perfilhada por Marcelo Amaro, a liquidação convencional dos danos introduziria nas obrigações emergentes do contrato uma faculdade alternativa “*a parte creditoris*” – uma posição “agnóstica” sobre a moralidade da adstrição aos deveres contratuais que coloca já o autor próximo dos critérios económicos de “indiferença entre cumprimento e indemnização convencional” (e da consequente admissão da possibilidade de “incumprimento eficiente”), mas sobretudo facilita a demarcação face à função genuinamente punitiva que, desligada do valor da prestação principal ou dos danos previsivelmente associáveis, de forma juridicamente relevante, ao inadimplemento, gera uma assimetria entre “interesse no cumprimento” e valor a

¹³ Worthington, S. (2017), 380; Patti, F.P. (2017), 234.

¹⁴ Morgan, Jonathan (2016), “The Penalty Clause Doctrine: Unlovable But Untouchable”, *The Cambridge Law Journal*, 75/1, 13.

¹⁵ Patti, F.P. (2017), 240.

¹⁶ Worthington, S. (2017), 384.

suportar pelo inadimplente (razão do tradicional, e já referido, repúdio do “*Common Law*”, e da sua “*Penalty Doctrine*”, a essa função coercitiva¹⁷).

Deve-se a Oliver Wendell Holmes a “teoria *no-fault* do contrato”, que concebe as obrigações emergentes do contrato como simples faculdades alternativas – conferindo a uma ou ambas as partes a opção entre cumprir o devido, por um lado, ou indenizar pelo incumprimento, por outro –; aquilo que por vezes se designa como “*contract as option*”, ou a “tese disjuntiva”¹⁸, e que, enquadrando-se no campo da “*Efficiency Theory*”, se compatibiliza facilmente com a ideia de “incumprimento eficiente”, que mais não seria que o exercício de uma opção com resultados economicamente equivalentes / indiferentes, quando objectivamente avaliados¹⁹

Note-se que nos sistemas de “*Common Law*” existe um paralelismo entre a proibição tradicional das “*penalty clauses*” e a indisponibilidade, em princípio, da solução da “*specific performance*” como alternativa ao pagamento de “*damages*”, precisamente porque a indemnização, nesses sistemas, tem a pretensão de ser “neutra” entre o cumprimento e a indemnização por incumprimento (de acordo com a aludida “tese disjuntiva”, que admite situações em que o incumprimento seja mais eficiente do que o cumprimento, desligando-se das conotações morais do “contrato como promessa”)²⁰

Ao nível dos pressupostos teóricos, têm-se defrontado, na doutrina anglo-saxónica, a “*Promise Theory*”, que sustenta que existe uma base moral para a adstrição aos deveres contratuais, e a “*Efficiency Theory*”, que privilegia a noção de que o

¹⁷ Graves, Jack (2013), “Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability”, *Touro Law Review*, 29/3, 685.

¹⁸ Seiler, Michael J. (2017), “Do Liquidated Damages Clauses Affect Strategic Mortgage Default Morality? A Test of the Disjunctive Thesis”, *Real Estate Economics*, 45/1, 204.

¹⁹ Halson, R. (2018), 2.61, 4.39.

²⁰ Graves, J. (2013), 682-683, 687-688.

contrato é sobretudo um facilitador de colaboração e de circulação de riqueza – sendo a primeira mais favorável às cláusulas penais “coercitivas”, e a segunda mais favorável ao “incumprimento eficiente”²¹ (admitindo esta “*Efficiency Theory*”, contudo, que as “*liquidated damages*” sobre-indemnízem, desde que não o façam de maneira “excessiva”)²²

Além disso, há que reconhecer que, de certo modo, o simples estabelecimento de uma cláusula penal já gera a convicção de que o contrato transitou de uma simples “promessa de cumprimento” (que confere a referida dimensão moral ao incumprimento, e até uma dimensão pública que subjaz à sacralização do “*pacta sunt servanda*”) para uma “faculdade alternativa” entre cumprimento e pagamento da indemnização pré-fixada (que retira a conotação moral ao incumprimento)²³.

De facto, ao tornar mais claros os valores em jogo, e em especial ao fixar os custos do incumprimento, as “*liquidated damages*” podem até viabilizar o “incumprimento eficiente” – ao contrário do que é o entendimento dominante²⁴ –, permitindo à parte inadimplente calcular com maior rigor os ganhos e perdas resultantes da sua conduta²⁵

Lembremos que o objectivo das “*liquidated damages*” é o de converter numa quantia presente, e especificada, um valor futuro e incerto, correspondente a danos resultantes de incumprimento – tornando claras (“líquidas”) às partes as consequências desse incumprimento.

Ora é essa antecipação que pode criar problemas de divergência, por excesso ou por defeito, entre o valor previamente liquidado e o valor dos danos efectivamente verificados em

²¹ Dosi, Cesare & Michele Moretto (2013), “Procurement with Unenforceable Contract Time and the Law of Liquidated Damages”, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 31/1, 164.

²² Saprai, Prince (2013), “The Penalties Rule and the Promise Theory of Contract”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 26/2, 443-444, 462.

²³ Seiler, M.J. (2017), 205.

²⁴ Gaviria, J.A. (2019), 68.

²⁵ Halson, R. (2018), 4.13.

consequência do incumprimento²⁶; nomeadamente confrontando um devedor que, no momento de contratar, foi excessivamente confiante na sua capacidade para cumprir, com a armadilha de uma cláusula penal que se revelou, para ele, excessiva – ou o inverso no caso de um credor que descobre que a cláusula penal é limitativa²⁷; conduzindo respectivamente, agora sob o puro prisma da análise económica, a situações de “cumprimento ineficiente” e de “incumprimento ineficiente”²⁸.

Há que reconhecer que as “*liquidated damages*”, ao explicitarem o efeito convencional do incumprimento, retiram mesmo a conotação moral ao incumprimento – já que consensualmente as partes aceitam essas consequências, que se tornam uma “regra de jogo”, capaz de fazer frente a regras morais “interiorizadas”, a usos e demais “normas sociais”²⁹

3.

O nosso autor não deixa de sublinhar como a doutrina “continental” aceitou a “dupla função” da cláusula penal: o que aparentemente denota menos paternalismo na regulação dos equilíbrios contratuais por não excluir completamente estipulações genuinamente penalizadoras, mas na verdade contribui para os equívocos já mencionados quanto à natureza e funções da cláusula, a reclamar uma demarcação que evite que a função indemnizatória seja subvertida por objectivos coercitivos, a ponto de perder como elementos de referência o valor da prestação principal e o valor dos danos causados à expectativa do credor (sem perder de vista que, como é devidamente assinalado no texto, toda a indemnização, na medida em que é suportada pelo inadimplente por nascer da sua responsabilidade, tem já uma

²⁶ Halson, R. (2018), 3.03.

²⁷ Halson, R. (2018), 3.04, 3.10, 3.14.

²⁸ Halson, R. (2018), 4.39.

²⁹ Wilkinson-Ryan, Tess (2010), “Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment”, *Michigan Law Review*, 108/ 5, 636-637.

dimensão coercitiva, pressionando ao adimplemento).

Em suma, resulta da análise que eram maiores os inconvenientes do que as vantagens nesse desenvolvimento de uma figura “unitária e bifuncional”.

E também é minuciosamente analisado o momento de viragem para o modelo binário da cláusula penal, o momento do reconhecimento de dois tipos separados de cláusula, com naturezas distintas e a reclamarem um tratamento jurídico diferenciador: por um lado uma cláusula “substitutiva” ou “compensatória”, a habilitar ao credor o exercício da faculdade alternativa de optar pela indemnização pré-liquidada sob forma de uma “*lump sum*” ou de um “*per diem*”³⁰ (poupando nos custos, no tempo e na controvérsia associáveis à determinação *ex post* dos danos, visto que passa a presumir-se a existência do dano e ao mesmo tempo fica eliminada a necessidade de cálculo do “*quantum debeat*”); por outro lado uma cláusula “cumulativa”, exigível em conjunto com o cumprimento coercivo ou com o sucedâneo pecuniário do incumprimento^{31/32}.

Esta visão dualista não negaria os já referidos efeitos incentivadores que a pura liquidação antecipada dos danos produz – mesmo se a sua vocação não é incentivadora, mas meramente reparadora –; simplesmente admitiria que as partes fixassem um *extra*, um suplemento incentivador /coercitivo³³, sob forma de

³⁰ A “*lump sum*” essencialmente vocacionada para casos de incumprimento definitivo, o “*per diem*” para casos de mora. Cfr. DiMatteo, Larry A. (2010), “Enforcement of Penalty Clauses: A Civil-Common Law Comparison”, *IHR - Internationales Handelsrecht*, 10/5, 193.

³¹ Sem se excluir a possibilidade de um híbrido, uma cláusula “compensatória” e “cumulativa” que liquidasse antecipadamente os danos da “*mora debitoris*” ou do cumprimento defeituoso.

³² Gaviria, J.A. (2019), 60-62.

³³ Novamente aqui não se excluirá a figura intermédia do “pacto de dano excedente”, uma estipulação que permita ao credor lesado, uma vez determinados *ex post* os danos da “*mora debitoris*” ou do cumprimento defeituoso, reclamar a respectiva indemnização cumulativamente com o cumprimento coercivo da obrigação, ou com a indemnização pelo incumprimento, ou com o pagamento dos danos previamente liquidados através de cláusula penal “compensatória”.

penalização para além dos danos decorrentes do incumprimento, e cujo pagamento não exoneraria o inadimplente do cumprimento da obrigação ou da indemnização pelo inadimplemento, já que nesta segunda modalidade a “pena” não constitui alternativa ao cumprimento que tenha como efeito a extinção da obrigação.

O autor nota que o “modelo binário” não tem tido consagração legal expressa, sendo que com frequência se consagra somente a cláusula “compensatória”, remetendo-se a cláusula “sancionatória” para o domínio da liberdade de estipulação, constituindo portanto uma cláusula não-tipificada, a merecer um tratamento doutrinário e jurisprudencial muito cuidadoso, dados os melindres e atavismos que em torno dela se acastelam – e que, como referimos, até recentemente conduziam à sua rejeição liminar nos sistemas de “*Common Law*”.

E refere o autor que, não obstante essa atipicidade, a doutrina “continental” tem vindo a propender – embora só por maioria – para a admissão de uma cláusula penal compulsória puramente “cumulativa”, ou seja, uma cláusula que não só fixa montantes penalizadores do cumprimento para além do valor da prestação incumprida como também preserva, na integralidade, o direito do autor de ser ressarcido dos danos advenientes do incumprimento: o equivalente à pura privatização de uma sanção pecuniária compulsória.

No entanto, nota subtilmente, da atipicidade de uma tal cláusula resulta que todas as referências expressas da lei se devam entender ser feitas à modalidade puramente “compensatória” da cláusula penal, só se admitindo a modalidade “coercitiva” quando isso resulte de estipulação inequívoca das partes.

Essa modalidade “coercitiva”, “cumulativa”, ou de “cláusula penal *stricto sensu*” traduzir-se-ia, em suma, no reforço convencional da adstrição ao dever de cumprir, criando uma sanção *ad hoc*, explicitamente conexa com o incumprimento e explicitamente desconexa do limite dos danos causados

ao credor pelo incumprimento: a sua lógica seria mais tributária da dimensão preventiva da responsabilidade civil do que da função reparadora que, através da obrigação de indemnização, a responsabilidade civil principalmente visa.

A nitidez da sua função exclusivamente punitiva, puramente compulsória, é que justificaria a sua existência e admissibilidade no livre jogo das estipulações contratuais: seria um ajustamento directo das matrizes de ganhos e perdas associáveis às decisões de cumprir e não cumprir, estipulados no interior da própria relatividade das negociações contratuais.

Sublinhe-se ainda, de novo, que as “*liquidated damages clauses*” não se limitam à fixação de um montante total por incumprimento definitivo, muitas vezes traduzindo-se em sanções pecuniárias periódicas indutoras do cumprimento independentemente da sua natureza “puramente punitiva”, já que podem corresponder à liquidação dos danos decorrentes da “*mora debitoris*”, podendo inclusivamente estabelecer montantes “*per diem*” e não um montante compensatório único³⁴.

4.

Como seria de esperar, o nosso autor dedica uma particular atenção ao tema controverso do controle das penas convencionais – até recentemente o principal ponto de clivagem, como vimos, entre as soluções de “*Civil Law*” e de “*Common Law*” sobre este tema.

Julgo que a abordagem teria sido simplificada por uma breve tomada de posição quanto aos temas do paternalismo (“forte” ou “brando / *nudging*”), da “função social” do contrato, da protecção do consumidor, da assimetria informativa, da hipossuficiência, da auto-regulação e da hetero-regulação dos

³⁴ Rogers, T.M., W.C. Zech, J.O. Shambley, W.N. Donald & J.A. Rueda-Benavides (2019), “State-of-the-Practice for Liquidated Damages, Incentive / Disincentive, and Road User Cost Provisions on High-Value Transportation Projects”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 11/2, 04519001-2

contratos incompletos, até aos temas da tradição do combate à “usura” e à “lesão enorme”, ou da “alteração das circunstâncias” nas relações jurídicas: pois isso clarificaria as necessárias tomadas de posição no seio das persistentes controvérsias sobre este ponto do “controle” – controvérsias que atravessam todo o domínio dos contratos e da actividade económica, e até da actividade humana no seio de comunidades politicamente organizadas (admitindo-se que poderia o autor responder a esta sugestão alegando que se trata de questões que transcendem o escopo da sua análise).

O autor não deixa de identificar a paulatina, mas firme, tendência para o aprofundamento e extensão do controle sobre o valor (e demais condições) da cláusula penal, como tendência num movimento mais amplo de incremento da hetero-regulação das relações contratuais (reflexo, por sua vez, de um progressivo declínio da liberdade económica e cívica às mãos da jurisprudência e da doutrina jurídica).

A questão, numa formulação muito esquemática, consiste em saber-se se o sistema jurídico confia no mecanismo da “justiça comutativa” (nas “*Property Rules*” de Calabresi e Melamed³⁵), ou se, pelo contrário, lança mão da “justiça distributiva” para substituir, rectificar ou complementar os resultados espontâneos das transacções livres (as “*Liability Rules*”).

Mais especificamente, confia-se, ou não, na capacidade das partes de elaborarem estipulações contratuais suficientemente completas e sólidas para fazerem frente às assimetrias de informação e de poder negocial entre elas, ou para contrabalançarem efeitos de vieses cognitivos para lá dos limiares tradicionais dos vícios e faltas de vontade? Admite-se, ou não, que haja “erros sistémicos” de excesso de optimismo quanto ao cumprimento, ou de “desconto hiperbólico” dos efeitos do

³⁵ Calabresi, Guido & A. Douglas Melamed (1972), “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, 85/6, 1089-1128.

incumprimento, na modulação das cláusulas penais – a ponto de elas constituírem armadilhas, chegando o momento de se efetivarem como penas convencionais?

Note-se, a propósito, que as soluções legais uniformes (vamos supor, por exemplo, uma limitação da pena convencional a 10% do valor da prestação principal) têm várias desvantagens, que vão da desconsideração da variedade das circunstâncias contratuais (e mesmo dos usos) até à dependência de um sistema de adjudicação que pode não ser imaculadamente competente, consistente ou eficiente – o que permite, nas estipulações entre as partes, uma margem de manipulação estratégica dos incentivos ao cumprimento³⁶

Pelo meio de uma extensa controvérsia que é minuciosamente referenciada, Marcelo Amaro identifica como principal parâmetro de controle a regra geral de proibição do abuso de direito – combinado, em doses variáveis, com as salvaguardas referentes à alteração das circunstâncias, à tutela do devedor vulnerável, ao princípio da justiça corretiva, às regras de equidade, ao enriquecimento sem causa e a limites imperativos de proibição e indisponibilidade (a “*Inalienability*” de Calabresi e Melamed).

Esse “abuso” revelar-se-ia na desproporção “exagerada” entre os ganhos do credor lesado e as perdas do inadimplente resultantes da aplicação da cláusula penal – mas, na prática, não há consenso no estabelecimento das correspondentes balizas conceptuais, não obstante as soluções de equilíbrio ou “via intermédia” propostas nos foros internacionais³⁷, como o princípio estabelecido no art. 7 do Anexo à Resolução do Conselho da Europa (78) 3, de 20 de Janeiro de 1978, sobre Cláusulas Penais no Direito Civil, (que determina que tais cláusulas penais, mesmo as “coercitivas”, não são inválidas por si mesmas, mas devem ser controladas e podem ser reduzidas se o seu valor for

³⁶ Dosi, C. & M. Moretto (2013), 161.

³⁷ DiMatteo, L.A. (2010), 199.

“manifestamente excessivo”)³⁸, como o controle do valor das cláusulas penais que é estabelecido no alínea e) do nº 1 do Anexo à Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores³⁹, ou como os princípios UNCITRAL⁴⁰, UNIDROIT⁴¹ e PECL⁴².

Gerando-se um risco de casuísmo ou de subjectivismo judicial que ajudam a explicar a solução tradicional de proscrição absoluta de “margens coercitivas” ainda na fase “unitária e bifuncional” da cláusula penal, limitando na prática a sanção ao valor objectivo do dano; e reconduzindo-a, por isso, a uma função estritamente “compensatória”.

Em contrapartida, aí onde se tenha consagrado o “modelo binário”, e portanto se admita uma cláusula “puramente coercitiva” e “cumulativa”, o controle da cláusula deixará de poder

³⁸ Dosi, C. & M. Moretto (2013), 162; DiMatteo, L.A. (2010), 199-200.

³⁹ Patti, F.P. (2015), 311, 322.

⁴⁰ Estabelecem os arts. 7 e 8 das “Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due Upon Failure of Performance” da UNCITRAL: “Article 7: *If the obligee is entitled to the agreed sum, he may not claim damages to the extent of the loss covered by the agreed sum. Nevertheless, he may claim damages to the extent of the loss not covered by the agreed sum if the loss substantially exceeds the agreed sum.* Article 8: *The agreed sum shall not be reduced by a court or arbitral tribunal unless the agreed sum is substantially disproportionate in relation to the loss that has been suffered by the obligee.*”.

⁴¹ Estabelece o art. 7.4.13 (Agreed Payment for Non-performance) dos “Principles of International Commercial Contracts” do UNIDROIT: “(1) *Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.* (2) *However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.*”.

⁴² Estabelece o art. 9.509 (Agreed Payment for Non-performance) dos “Principles on European Contract Law”: “(1) *Where the contract provides that a party who fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.* (2) *However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances.*”.

ancorar-se no valor objectivo dos danos resultantes do incumprimento, devendo antes gravitar para valores como os da censurabilidade da conduta do incumpridor, a avaliar sobre um pano de fundo de considerações de racionalidade e de estratégia na interacção entre as partes, de ponderações sobre os “usos do comércio” e sobre as tradições e normas sociais em cada sector de actividade – além das salvaguardas de ordem geral que já referimos e que ganham especial relevo em matéria de penalização das condutas, e mais ainda de penalização privada (ou seja, desacompanhada das garantias que acompanham a aplicação pública das sanções).

De notar também que na doutrina alemã é discernível uma clivagem entre os civilistas, que são favoráveis ao controle e limitação das cláusulas “coercitivas” (“*Vertragsstrafe*”) – mas não das cláusulas “compensatórias” (“*Schadenspauschale*”) ⁴³ – e os comercialistas, que tendem a favorecer a irrestricção da liberdade de estipulação ⁴⁴; facto do qual decorre que, por vezes, o controle e redução da pena convencional fiquem condicionados pelo reconhecimento de que ela é “justificável comercialmente”, já que nas relações comerciais não é presumível que haja tantos problemas de vulnerabilidade e de hipossuficiência, ou tanta relutância a uma efectiva partilha de riscos entre as partes contratantes ⁴⁵. Reservando-se uma maior severidade paternalista, ao invés, para as relações de consumo e em especial para os contratos de adesão, nos quais há que admitir que as cláusulas penais, quando lícitas, sejam sujeitas à regra que desfavorece, na dúvida, o proponente: “*verba chartarum fortius accipiuntur contra*

⁴³ McKenna, J. Frank (2008), “Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison”, *ReedSmith / The Critical Path*, 4-5; Halson, R. (2018), 3.20.

⁴⁴ Baffi, Enrico (2013), “Efficient Penalty Clauses with Debiasing: Lessons from Cognitive Psychology”, *Valparaiso University Law Review*, 47, 1006.

⁴⁵ Bell, Matthew (2012), “Liquidated Damages and the Doctrine of Penalties: Rethinking the War on *Terrorem*”, *International Construction Law Review*, 29/4, 386-387, 405.

proferentem”⁴⁶

5.

O segundo momento da obra é dedicado à análise do “sinal”, ou “arras”, como estipulação prévia, e acessória, das consequências do incumprimento (função “confirmatória”) ou do arrependimento (função “penitencial”) – uma estipulação de valor necessariamente inferior à da prestação principal, e que suplementa, com a tradição do bem entre “*Tradens*” e “*Accipiens*” (respectivamente a parte que oferece e a parte que recebe o sinal), a adstrição a deveres que deriva, para elas, da celebração do simples contrato.

O autor reconhece que a evolução histórica da figura é mais nebulosa do que a da cláusula penal, e que a variabilidade de regimes, e até terminológica, é igualmente maior: podendo ser identificadas diversas funções que, com ênfases muito distintas, já foram associadas à figura do sinal: pena privada, prova de vínculo (com o resquício formalista da tradição *quoad constitutionem*), instituição de um “direito ao arrependimento”, liquidação antecipada de danos, princípio de cumprimento (a possibilidade de imputação do seu valor na prestação principal), etc..

Admita-se que o sinal pode ter nascido como modo de contornar as restrições tradicionais contra a usura, criando situações de “poder de facto” sobre montantes-reféns, ao abrigo da proscrição jurídica de estipulações que estabelecessem penalidades a serem aplicadas apenas no momento, e na eventualidade, do incumprimento, e sobretudo favorecendo o “*accipiens*”, já que é ao “*tradens*” que cabe fazer prova das circunstâncias e do título jurídico através do qual o objecto do sinal ficou na posse do “*accipiens*”, se pretender reavê-lo em caso de incumprimento

⁴⁶ Eggleston, Brian (2009), *Liquidated Damages and Extensions of Time in Construction Contracts*, 3ª ed., Chichester, Wiley-Blackwell, 160.

imputável à contraparte⁴⁷

A tudo isso acresce a complicação da diferenciação de regime do sinal nos contratos-promessa, face ao regime do sinal nos contratos em geral (pense-se, por exemplo, na circunstância de só nos contratos-promessa se presumir a natureza de sinal “penitencial” em qualquer antecipação ou princípio de cumprimento – salvo no caso dos contratos-promessa relativos à transmissão ou constituição de direitos reais de bens imóveis edificados, em que há presunção de constituição de um sinal “confirmatório-indemnizatório”).

O sinal “penitencial” propiciaria, tanto ao “*tradens*” como ao “*accipiens*”, a opção entre o cumprimento e o arrependimento (na verdade, uma faculdade alternativa), o que no entender do nosso autor constituiria um enfraquecimento do vínculo – uma ideia em que insiste, mas que creio deve ser temperada com a consideração do valor do sinal, pois um sinal de valor elevado envolve um sacrifício imediato (o da sua perda pelo “*tradens*” ou o da sua devolução em dobro pelo “*accipiens*”) que pode ser, pelo contrário, dissuasor imediato do arrependimento: bastando pensar-se que o valor descontado de um cumprimento devido num futuro mais longínquo, ou o valor descontado da indemnização pelo incumprimento nas mesmas condições, podem ser ultrapassados pelo valor imediato representado pelo sinal.

Já o sinal “confirmatório”, como bem se assinala nesta obra, tem inequívoco escopo reforçador do vínculo obrigacional, na medida em que estabelece uma sanção pelo incumprimento – o que pode fazer, com pleno paralelismo com a cláusula penal, com objectivo “indemnizatório” ou “substitutivo”, limitando-se à liquidação antecipada dos danos do incumprimento, ou com objectivo “coercitivo” ou “cumulativo”, estabelecendo um suplemento genuinamente penalizador (não conexo com o montante dos danos, ou não limitado por esse montante) para o caso de se verificar o incumprimento.

⁴⁷ Halson, R. (2018), 5.47-5.58.

Sendo que também aqui o sinal “confirmatório-indemnizatório” é o presumido por lei (resultando não apenas na fixação de montantes mas também na inversão do ónus da prova dos danos), enquanto que o sinal “confirmatório-coercitivo” será fruto atípico da liberdade de estipulação, quando esta liberdade não seja imperativamente limitada ou pontualmente proibida pela própria lei: o que não será de excluir, seja genericamente em atenção às resistências, já aludidas, que a privatização das penas suscita, seja ainda porque em particular o sinal “confirmatório-coercitivo” parece destinado, pela sua lógica própria, a produzir efeitos imediatos no momento do incumprimento, contornando a sequência da constituição em mora e da conversão desta em incumprimento definitivo; e, tendo uma lógica penalizadora, pretende ainda dispensar a verificação dos requisitos da responsabilidade civil.

6.

Depois de examinar os paralelismos e divergências em matéria de controle do sinal, nas suas diversas configurações, por comparação com o já aludido controle da cláusula penal, o nosso autor avança para as comparações de estrutura entre as duas figuras geradoras de penas convencionais, reconhecendo e sublinhando aquilo que a obra foi tornando evidente: a convergência entre cláusula penal “indemnizatória / substitutiva” e sinal “confirmatório-indemnizatório”, por um lado, e entre cláusula penal “coercitiva / cumulativa” e sinal “confirmatório-coercitivo”, por outro.

Este último “par conceptual”, de frutos atípicos da liberdade de estipulação geradores de genuínas “penas privadas”, aí onde elas sejam admitidas, permite a Marcelo Amaro algumas considerações sobre temas de vanguarda, à margem da abordagem dogmática tradicional: primeiro o tema substantivo das penas privadas (a sua génese, as suas relações com as

indenizações “punitivas”, os “*punitive damages*” e com as sanções pecuniárias compulsórias, as “*astreintes*”), e depois o tema metodológico dos contributos da “*Law & Economics*” para o estudo do tema, com as categorias dos contratos incompletos, do incumprimento eficiente, dos incentivos e das estratégias “relacionais”, dos equilíbrios “coaseanos”, dos mecanismos de sinalização e revelação, a serem aplicados às estipulações do sinal / “*deposit*”, da cláusula penal “compensatória” / “*liquidated damages*” e da cláusula penal “coercitiva” / “*penalty clause*”.

Talvez o nosso autor pudesse ter-se alongado um pouco mais na exploração das virtualidades extra-dogmáticas, ou preter-dogmáticas, ou supra-dogmáticas, da abordagem do tema pela “*Law & Economics*”, começando pelo facto de que ela tem vindo a favorecer o esbatimento da demarcação entre as “*liquidated damages clauses*” e as “*penalty clauses*”, sustentando que elas são meros pontos dentro de um único contínuo de gradação de incentivos e penalizações “*in terrorem*” (a cláusula penal é uma mera estipulação colateral que procura reforçar a estipulação primária, e tornar-se-á coercitiva se o efeito de reforço extravasar dos valores em causa na estipulação primária, estabelecendo uma sanção que gradualmente vai excedendo o valor previsível dos danos resultantes do incumprimento, tal como eles podem ser perspectivados no momento da celebração do contrato, até se tornar “manifesta” e “excessiva”⁴⁸) – o que torna um pouco mais complexo o recurso às cláusulas penais no seio do “*Common Law*”, ao menos enquanto se mantiver como dominante a “*Penalty Doctrine*” que, lembremos, aceita as primeiras e invalida as segundas⁴⁹.

Por outro lado, valeria a pena reconhecer que, seguindo a lógica de Calabresi e Melamed no desenho das “*Liability Rules*”, nada indica que o cálculo *ex post* dos danos resultantes do

⁴⁸ Davies, Paul S. & P.G. Turner (2013), “Relief Against Penalties Without a Breach of Contract”, *The Cambridge Law Journal*, 72/1, 21.

⁴⁹ Halson, R. (2018), 4.34.

incumprimento será sempre mais dispendioso ou menos eficiente do que a sua fixação prévia: porque nesta fixação prévia há que cobrir um conjunto de contingências relevantes, enquanto que na adjudicação já ocorreu um evento lesivo, e é a esse unicamente que o cálculo de danos tem que reportar-se⁵⁰. Isso explicaria aliás que, dentro de uma estratégia de “contrato incompleto”, as partes possam preferir ser omissas quanto a cláusulas penais, preferindo “externalizar” sobre um adjudicador *ex post* a solução a dar aos danos do incumprimento⁵¹

Seria interessante, igualmente, uma referência mais desenvolvida à reabilitação, pela “*Law & Economics*”, da função “sinalizadora de idoneidade” do estabelecimento de uma cláusula penal “coercitiva” ou “cumulativa” ou de um sinal “confirmatório-coercitivo”, visto que a “oferta de refêns” será tanto menos onerosa quanto maior for a probabilidade de cumprimento, e portanto quanto maior for a capacidade, ou idoneidade, daquele que assume o risco da penalização contratual – sendo que também se conceberá que tal “sinalização” será um sucedâneo da reputação, e portanto será particularmente interessante para um recém-chegado, para um “*first player*” no mercado ou no sector de actividade⁵².

Com efeito, aquele que aceita uma penalização cumulativa transmite idoneamente a convicção de que cumprirá – tanto que se constitui refém desse cumprimento – e por isso segura a contraparte contra o risco de incumprimento, assumindo inteiramente esse risco para si⁵³, um ganho imediato que pode ultrapassar muito, em valor, a perda da oportunidade de “incumprimento eficiente” que a cláusula penal representa⁵⁴.

Dir-se-á, em termos mais amplos, que a estipulação de uma cláusula penal pode desempenhar uma função “expressiva”,

⁵⁰ Halson, R. (2018), 4.18.

⁵¹ Halson, R. (2018), 4.36.

⁵² Halson, R. (2018), 4.22.

⁵³ Gaviria, J.A. (2019), 63.

⁵⁴ Baffi, E. (2013), 995.

alicerçando as “expectativas normativas” de partes que, de boa fé, pretendem colmatar as brechas dos seus contratos incompletos com a confiança recíproca, buscando sinais dessa idoneidade em estipulações tidas por “reveladoras” da idoneidade contratual⁵⁵.

E na verdade estudos empíricos confirmam o efeito de “sinalização de reputação” que se insinua na “oferta de reféns”, traduzida no aumento de preço dos contratos em que as cláusulas coercitivas são mais proeminentes ou mais pesadas⁵⁶: o que confirma a tradição de “oferta de reféns” contida no instituto anglo-saxónico dos “*penal bonds*”, sucessores da “*stipulatio poenae*” e precursores da “*penalty rule*” no século XVII – e celebrizados no “*pound of flesh*” de *O Mercador de Veneza*, episódio que o nosso autor não se esquece de referir e analisar⁵⁷.

Em termos modernos, diríamos, em suma, que a cláusula penal pode funcionar como um seguro, com o “segurador mais eficiente” a ocupar a posição de promitente / refém, em especial em mercados competitivos nos quais não é de presumir que as partes negoceiem soluções menos do que medianamente eficientes⁵⁸.

Teria sido igualmente interessante explorar mais o facto de a doutrina “continental” ter vindo a insistir no controle das próprias cláusulas “coercitivas”, mantendo-as dentro das balizas de alguma proporcionalidade com os danos do incumprimento, mesmo se se dispensa a prova desses danos – e isso com o argumento de se travar a introdução das “*punitive damages*”⁵⁹, embora também releve o paralelismo com as cláusulas “compensatórias” nas quais inequivocamente vigora o princípio da redução officiosa, por motivo de desproporção com os danos do incumprimento ou do cumprimento defeituoso, e numa ponderação

⁵⁵ Wilkinson-Ryan, T. (2010), 650.

⁵⁶ DiMatteo, L.A. (2010), 194.

⁵⁷ Halson, R. (2018), 1.05 - 1.07, 1.12 - 1.13. Eggleston, B. (2009), 3.

⁵⁸ Wilkinson-Ryan, T. (2010), 644-645.

⁵⁹ Patti, F.P. (2015), 315.

que preserve antes do mais o interesse contratual positivo tal como ele é representado pela parte inocente / não-inadimplente⁶⁰.

Daí poderia ter-se partido para uma análise mais minuciosa ainda da articulação entre as cláusulas penais e os “contratos incompletos”, já que aquelas são um sucedâneo de um “contrato completo” que tivesse a virtualidade de cobrir com as suas estipulações todas as contingências futuras, tornando automático o cálculo *ex post* dos danos por incumprimento⁶¹: com efeito, um contrato que é “incompleto”, porque não especifica todas as contingências que podem determinar o incumprimento e o cálculo da indemnização correspondente, pode oferecer, como sucedâneo, a pré-fixação do montante “compensatório” que recubra toda e qualquer contingência causadora do incumprimento (reservados naturalmente os limites da ilicitude)⁶².

Como referimos anteriormente, não seria descabido também tornar mais claras as incidências, sobre o tema, do paternalismo e da hetero-regulação dos contratos⁶³, explorando mais a fundo as premissas do paternalismo, mormente a ideia de que não somos decisores perfeitamente racionais – e daí o “excesso de optimismo” e o “desconto hiperbólico” que têm levado à adopção de medidas anti-usura, e anti-“coerção privada” como formas de “contrabalanço paternalista”⁶⁴

Por fim, teria sido interessante a exploração de alguns tópicos avulsos. Por exemplo, o facto de partes interessadas na preservação dos seus segredos poderem preferir as “*liquidated damages*” como forma de evitar um apuramento de danos reais que as forçasse à exposição de “dados sensíveis” (pense-se, por exemplo, nos casos em que o cálculo de “lucros cessantes” impõe a revelação do volume de negócios, ou das margens

⁶⁰ Patti, F.P. (2015), 317-320.

⁶¹ Dosi, C. & M. Moretto (2013), 175.

⁶² Wilkinson-Ryan, T. (2010), 648.

⁶³ Gaviria, J.A. (2019), 80.

⁶⁴ Baffi, E. (2013), 993.

praticadas nos preços, ou da lista dos parceiros comerciais)⁶⁵

Ou ainda o facto de a poupança advinda da fixação prévia do montante indemnizatório, que abarca também a poupança de esforços do adjudicador, que assim se vê exonerado de apurar a natureza e extensão dos prejuízos – um facto que já era assinalado nas *Institutas* justinianeias [I.3.15.7]⁶⁶ – ser um “ganho de simplificação” que pode perder-se num ambiente jurídico e judicial de indeterminação – se porventura, como começa a ser o caso nos sistemas de “*Common Law*”, houver divergências quer quanto à aplicação da “*Penalty Doctrine*” para anulação de toda e qualquer “*penalty clause*”, quer quanto à própria demarcação entre as figuras, admitindo-se variações de amplitude quanto à fronteira de “extravagância” e de “*unconscionability*” a partir da qual o todo, ou parte, de “*liquidated damages clauses*” se converte em verdadeiras “*penalties*”⁶⁷

7.

Uma indagação empreendida ao nível desta que tenho a honra de prefaciar é sempre virtualmente inesgotável em consequências e implicações. Isso explicará as minhas considerações longas, mas a palavra é agora do autor.

Concluamos, pois.

O nosso autor aborda, de forma minuciosa, segura, completa, o quadro histórico da cláusula penal e do sinal, e a respectiva caracterização dogmática e científica, para depois analisar sucessivamente os pontos de divergência e de convergência – na estrutura, nas funções e no modo de controle propiciado pelo enquadramento jurídico de cada uma dessas figuras.

A legislação, a jurisprudência e a doutrina brasileira e portuguesa são cuidadosamente convocadas, problematizadas,

⁶⁵ Halson, R. (2018), 4.49.

⁶⁶ Halson, R. (2018), 4.16.

⁶⁷ Halson, R. (2018), 4.17.

ocasionalmente contestadas – revelando o autor não apenas qualidades de exposição e sistematização de um volume muito grande de informação pertinente, mas também a agudeza crítica e o rasgo criativo que lhe permitem formular críticas de fundo, e apresentar perspectivas evolutivas genuinamente vanguardistas nesta área temática; sem descurar a radicalidade do desafio que a “*Law & Economics*” representa para a reflexão e evolução da dogmática, nos temas jurídicos em geral e naqueles que são objecto deste estudo.

Não surpreende, por isso, que o estudo que agora se publica, e que foi defendido como Tese de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tenha sido avaliado com a nota máxima, o que não pode deixar de significar um galardão pelo esforço e pelo talento de Marcelo Amaro, mas também uma expressão da confiança na evolução futura da carreira académica e científica deste ainda jovem autor.

Resta ao leitor comprovar, nas páginas que se seguem, o valor e interesse desta primeira obra jurídica de Marcelo Matos Amaro da Silveira.