

CLÁUSULA PENAL E CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

– Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.03.2015 –

ALMENO DE SÁ

Professor Convidado da ULP

I. Recorte do litígio e resumo do Acórdão

1. O caso sobre que versa o acórdão sob anotação suscita diversos problemas relativos ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, que vão da determinação do correspondente âmbito aplicativo ao controlo de inclusão, passando pela sindicância do conteúdo, nomeadamente no que se refere à utilização de cláusulas penais, e pelos efeitos jurídicos resultantes da declaração de invalidade de determinadas cláusulas. Antes de entrar na análise destas questões, importa, porém, proceder a um breve recorte do litígio submetido a julgamento¹.

A A., sociedade comercial que se dedica ao fornecimento, montagem e conservação de elevadores, celebrou com a R., empresa concessionária de uma rede de metro, um contrato de manutenção de elevadores pelo período de cinco anos, renovável por iguais períodos. Decorrido o período inicial de cinco anos, e tendo já tido lugar a primeira renovação, a R., no decurso do segundo ano deste novo período de vigência, procedeu à denúncia do referido contrato. Reagiu a A., considerando que a contraparte incorrera na sanção prevista na cláusula 5.7.4. do contrato, com o seguinte teor:

"5.7.4. Uma vez que a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da estrutura empresarial da AA., em caso de denúncia antecipada do presente contrato pelo CLIENTE, a AA. terá direito a uma indemnização por danos, que será imediatamente facturada, no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado para Contratos com duração até 5 anos, no valor de 50% das prestações do preço para Contratos com

¹ Seguiremos de perto, nesta anotação, as considerações expendidas em parecer solicitado pela empresa demandada e que acompanhou a subida dos autos ao Tribunal da Relação de Lisboa.

a duração entre 5 e 10 anos e no valor de 25% do preço para Contratos com a duração entre 10 e 20 anos".

Com base nesta cláusula, a A. emitiu uma factura no valor correspondente a 100% das prestações do preço previstas até ao termo do contrato, entendendo que o prazo de duração deste era de cinco anos, uma vez que já havia ocorrido a primeira renovação, por um novo período de cinco anos. De entendimento diferente era a R., considerando estar em causa um contrato que vigorava há mais de cinco anos, por força da renovação entretanto ocorrida, pelo que, em qualquer caso, nunca a A. podia fazer valer uma pretensão correspondente a 100% das prestações do preço até ao termo do contrato. Com efeito, tratava-se, para a R., de um único contrato, a subsumir na hipótese da citada cláusula 5.7.4. que se reporta a contratos "com a duração entre 5 e 10 anos", pelo que, mesmo a admitir-se ser aplicável tal cláusula, a sanção seria de 50% das prestações previstas até ao termo do contrato, e não 100%.

Apesar de terem ocorrido várias conversas tendentes a resolver extrajudicialmente o diferendo, as partes não chegaram a acordo, mantendo a A. a exigência de pagamento da factura emitida e recusando-se a R. a satisfazer tal pretensão, o que desencadeou o presente litígio.

181

2. A A. interpôs então uma acção declarativa, pedindo a condenação da R. no pagamento da quantia já antes expressa na referida factura, com directo e exclusivo fundamento na cláusula 5.7.4., sustentado que, ao denunciar o contrato, a R. havia incorrido na sanção prevista nessa mesma cláusula.

Na contestação, argumentou a R. estar em causa um contrato baseado em cláusulas contratuais gerais, invocando, por um lado, o facto de a A. não ter observado o ónus de comunicação previsto na respectiva lei² e, por outro, a circunstância de a invocada cláusula 5.7.4. constituir uma cláusula penal ferida de nulidade, por força da proibição constante da alínea c) do artigo 19.º da mesma lei. Defendeu ainda, subsidiariamente, que, caso o tribunal não viesse a considerar nula a cláusula em apreço, deveria esta ser reduzida de acordo com a equidade, nos termos do artigo 812.º do Código Civil.

² Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 220/95, de 31 de Agosto, n.º 249/99, de 7 de Julho, e n.º 323/2001, de 17 de Dezembro. Pertencem a este diploma legal as normas a seguir citadas sem outra indicação.

Em sede de réplica, veio a A. sustentar não se tratar de um contrato assente em cláusulas contratuais gerais, sendo, por isso, inaplicável o respectivo regime, já que a R. se havia conformado com as cláusulas do contrato, acrescentando que havia a possibilidade de estas serem alteradas, o que a R. não solicitou. Defendeu ainda a A. a validade da cláusula penal em discussão, recusando a possibilidade de esta ser qualificada como abusiva.

3. O Tribunal de Primeira Instância julgou a acção procedente, condenando a R. no pedido, isto é, a pagar a exacta quantia correspondente à aplicação da cláusula penal prevista na cláusula 5.7.4., acrescida dos juros de mora vencidos até efectivo e integral pagamento, de acordo com as taxas legais em vigor. Não obstante ter reconhecido ser aplicável ao caso o regime das cláusulas contratuais gerais, o Tribunal considerou válida a cláusula penal em apreço, argumentando não ver motivos para a ter como desproporcionada aos danos a ressarcir.

Desta decisão interpôs a R. recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, solicitando, por um lado, reapreciação da matéria de facto e, por outro, pondo de novo em causa a validade da mencionada cláusula penal, pugnando, por isso, pela improcedência total da acção. O respectivo acórdão manteve a aplicação da lei reguladora das cláusulas contratuais gerais, mas recusou que tivesse ocorrido, no caso, inobservância do ónus de comunicação. Por outro lado, em manifesta discordância relativamente ao que havia sido decidido na primeira instância, considerou que a cláusula penal discutida nos autos infringia o disposto no artigo 19.º, alínea c), do referido diploma legal, pelo que declarou a sua nulidade.

Contudo, num inesperado desvio, entendeu o acórdão que o litígio deveria ser resolvido segundo a equidade. Deste modo, não obstante não ter hesitado em julgar nula a cláusula penal, veio a condenar a R. a pagar à A. um montante equivalente a cerca de metade da pena prevista nessa mesma cláusula penal.

É sobre este acórdão que recai a presente anotação. Nela abordaremos, sucessivamente, a questão da aplicabilidade da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, a eventual inobservância do ónus de comunicação, o problema da validade ou invalidade da cláusula penal em apreço, bem como a determinação das consequências jurídicas subsequentes ao veredicto de invalidade, nomeadamente no que concerne à questão da

eventual redução conservadora de validade de cláusulas contratuais gerais consideradas nulas. Na parte final, apreciar-se-á ainda o desvio por que enveredou o acórdão.

II. Traços caracterizadores do conceito de cláusulas contratuais gerais e aplicação ao caso

1. Discutiu-se nos autos a questão de saber se seria ou não aplicável ao litígio em apreço o regime legal a que estão submetidos os contratos baseados em cláusulas contratuais gerais, tendo a A. defendido tratar-se de um comum contrato de prestação de serviços, regido pelas regras do Código Civil. Importa, por isso, lançar um breve olhar sobre as características individualizadoras do conceito de cláusulas contratuais gerais, para depois determinar se o recorte do contrato, tal como aparece desenhado nos autos, faz dele um *quid* que preenche tais características.

Com o recurso a cláusulas contratuais gerais – que o mundo da economia conhece como "condições gerais" –, visa-se fundamentalmente um regulamento negocial uniforme, que vai formar o conteúdo de múltiplos contratos futuros, pelo que a contraparte é confrontada com cláusulas que se destinam a servir de base a uma pluralidade de negócios homogêneos e que, por isso, não comportam uma lógica de alterabilidade no caso singular. Trata-se, em rigor, de um *intencionado pré-condicionamento do programa contratual*, que afasta de raiz qualquer ideia de negociação, susceptível de codeterminar ou influenciar a modelação do respectivo conteúdo.

O que está em consonância com os propósitos de racionalização, certificação e uniformização que marcam o *proprium* desta figura jurídica, no quadro da lógica, tipicamente empresarial, que domina esta particular técnica de contratação. Podemos, assim, dizer que os fundamentais traços caracterizadores das cláusulas contratuais gerais são a *pré-formulação*, a *generalidade* e a *imodificabilidade*³. Advirta-se, porém, que tais

³ Cfr. o nosso *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 212 ss.; cfr. também, ainda que com diferenciadas acentuações, ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 17-18; A. PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, ROA, 1986, pp. 740 ss.; L. M. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 9.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 33-34; J. M. ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra,

traços não devem ser tomados como elementos isolados ou autónomos, mas antes como referentes parcelares de um todo intencional, que só ganham sentido na unidade conceitual, sendo certo que todos eles reciprocamente se implicam.

A pré-formulação surge aqui como ponto de partida, funcionando, logo em si, como elemento indiciador de um *unilateral exercício da liberdade contratual de conformação* por parte do utilizador, implicando um trabalho prévio de organização, análise e auto-avaliação de interesses, em ordem a definir um estruturado programa negocial, independentemente de qualquer prévio contacto com potenciais clientes futuros. Para podermos falar de "condições gerais", não é, porém, suficiente a mera pré-formulação, sendo ainda necessário que as cláusulas se destinem a uma pluralidade de contratos, o que marca o elemento identificador da *generalidade*, por aqui se evidenciando, simultaneamente, a estreita ligação funcional entre esta característica e a da pré-formulação.

O critério decisivo é, por isso, a intenção de utilização plural, tornando-se necessário que a regulação predisposta não seja projectada tão-só para a conclusão de um contrato singular, mas antes para funcionar como base de uma multiplicidade de negócios homogéneos⁴. Por outro lado, é indiferente a circunstância de as cláusulas terem ou não sido facticamente aplicadas numa pluralidade de casos, pois o factor determinante é tão-só o propósito do seu uso numa série de negócios, assim se revelando fundamental a finalidade visada com a pré-formulação. O que implica determinar, em cada caso, se foi ou não projectada, *ab initio*, uma utilização múltipla. Mas, se o foi, logo com o primeiro caso de utilização estaremos perante condições negociais gerais.

2. A circunstância de as cláusulas contratuais gerais não se destinarem a serem individualmente negociadas, mas antes, de acordo com a lógica que as suporta, a serem aceites sem discussão pela contraparte, exprime a sua *imodificabilidade*. Para que possa falar-se de negociação, é imprescindível que o utilizador coloque seriamente à disposição do cliente o conteúdo das cláusulas em causa e lhe conceda a real possibilidade de exercer

Coimbra Editora, 2010, pp. 18 ss.; ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 153 ss.; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 61 ss.

⁴ Por força da Directiva sobre cláusulas abusivas, foi introduzido, no tradicional campo jurídico-económico das "condições gerais", um novo conceito normativo: o de *cláusulas individualizadas predispostas*. Adiante abordaremos este ponto.

influência sobre o respectivo conteúdo, o mesmo é dizer, que lhe seja proporcionada efectiva oportunidade de contrapor ao utilizador idêntica liberdade de conformação para defesa de interesses próprios. Não é bastante, neste contexto, uma genérica afirmação de disponibilidade para modificar cláusulas a solicitação do cliente, nem tão-pouco a declaração de que este é livre de subscrever o regulamento negocial predisposto.

Em rigor, só poderá considerar-se que determinada cláusula é negociada quando a sua incorporação no contrato singular tiver como suporte não apenas a sua formal aceitação, mas também a livre aprovação autodeterminada do conteúdo nela corporizado. Só assim, de facto, se poderá dizer que o cliente teve a concreta possibilidade de influenciar tal conteúdo.

Na prática, não se verifica, em regra, a séria disponibilidade para alterar as condições gerais, pois o que a empresa predisponente pretende, desde o momento da pré-elaboração, é justamente uniformizar o conteúdo da multiplicidade de contratos que projecta concluir no futuro, propósito que é refractário a uma ideia de discussão ou modificação em cada contrato singular que venha a celebrar. Sendo esta a radical finalidade do recurso a condições gerais por parte da empresa utilizadora, não será possível afirmar, sem mais, *a posteriori*, para que possa falar-se de negociação individual, que o cliente podia ter alterado as cláusulas que entendesse ou que era livre de subscrever ou não subscrever o contrato proposto.

Por outro lado, não pode falar-se de negociação pelo simples facto de o utilizador *explicar* ao cliente o sentido de certa ou certas cláusulas. Na verdade, tal explicação apenas exporá as razões pelas quais o utilizador persiste na introdução e manutenção dessas cláusulas, mas tal não significa que o cliente tenha *efectiva margem para alterar o regime nelas consagrado*. O mesmo, aliás, sucede quando o cliente é colocado perante alternativas pré-definidas pelo utilizador, sendo certo que também aqui não lhe é dada a real oportunidade de influir autodeterminadamente no correspondente conteúdo, nada mais se tratando do que de um simulacro de negociação.

Em termos de síntese, e incorporando as apontadas notas caracterizadoras, poderemos dizer que as cláusulas contratuais gerais constituem *estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos, para serem aceites em bloco, sem negociação*

*individualizada ou possibilidade de alteração singular*⁵. Decisivo será sempre, na leitura e apreciação dos elementos constitutivos do conceito e sua aplicação ao caso singular, o *escopo tutelador* que subjaz à intervenção sindicante neste domínio, com a qual se procura combater os riscos inerentes ao unilateral aproveitamento da liberdade contratual de conformação por parte do utilizador em detrimento do cliente, com a inerente *perturbação de funcionamento do mecanismo contratual*, exposta na confrontação da contraparte com cláusulas previamente prontas, numa lógica hostil à discussão e influência individuais.

3. Invocaram-se nos autos diversos argumentos tendentes a demonstrar que o contrato em causa se encontrava fora do âmbito aplicativo da lei que regula as cláusulas contratuais gerais. A análise do caso mostra, porém, não haver dúvidas de que se trata de um modelo contratual predisposto, destinado a uma pluralidade de utilizações, em que nada sequer indicia qualquer iniciativa ou debate sobre a alteração de cláusulas aí contidas, mantendo-se de resto integralmente imodificado o regulamento negocial pré-elaborado pela A. O que significa estarem presentes no caso os elementos constitutivos do conceito normativo de cláusulas contratuais gerais, atrás explicitados.

186

Significativa é desde logo a *configuração “física”* do documento que suporta o contrato. O rosto do documento limita-se a identificar as partes contratantes, com a designação, em epígrafe, de contrato de manutenção. Na última página, igualmente pré-formulada, do que se trata é tão-só de preencher os espaços em branco, que visam concretizar, no caso singular, os seguintes dados: duração do contrato, preço e descrição do equipamento. Tudo o mais é constituído por pormenorizadas condições gerais.

Assinale-se, como ponto de todo relevante, que, ao longo do documento onde se incorporam estas *condições gerais*, a contraparte é sempre identificada pela anónima designação de “CLIENTE”, o que não deixa dúvidas quanto à presença do vector da generalidade e inerente propósito de utilização numa pluralidade de negócios homogéneos futuros.

⁵ Cfr. o nosso *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, ob. cit., p. 2012; cfr. também, exemplificativamente, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.03.2017, proc. n.º 2041/13.9TVLSB.L1.S1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.09.2011, proc. N.º 3167/04.5TMSNT.L1-7.

4. Não obstante este indiciador ponto de partida, invocou a A. que a R. não lhe manifestou quaisquer dúvidas sobre as cláusulas contratuais, acrescentando que, em sede de “condições particulares” (que não é mais do que a última página do contrato, com o singelo conteúdo acabado de referir) ou em “adenda”, em separado, a R., se assim o quisesse e existisse acordo da A., podia ter alterado e/ou eliminado qualquer cláusula do contrato. Refere ainda que a R. nunca lhe manifestou a intenção de negociar ou alterar qualquer dessas cláusulas. Em resumo, diz a A., a R., ao assinar o contrato, conformou-se com as cláusulas em causa, o que, em seu entender, afasta a aplicação do diploma legal que regula as cláusulas contratuais gerais.

Nenhuma destas alegações, que visam basicamente negar o carácter unilateralmente predisposto e fixo do regulamento negocial em causa, merece qualquer acolhimento. É de todo inaceitável afirmar que, se as condições gerais não foram negociadas, poderiam tê-lo sido: bastava que a contraparte o tivesse solicitado. Com isto se ignora que é o utilizador quem tem de colocar seriamente à disposição da contraparte o conteúdo das cláusulas contratuais, não é esta última quem tem de tomar a iniciativa de discutir ou propor negociações sobre conteúdos que, à partida, nem sequer conhece ou domina, no quadro global das condições gerais predispostas.

Cabe, de facto, ao utilizador, como limiar mínimo, manifestar ao cliente a real disponibilidade para alterar o clausulado. E para tal, como atrás se referiu, não basta tão-pouco uma genérica declaração de disponibilidade para negociar, o que, no caso dos autos, nem sequer se verificou. De facto, nem a A. comunicou à R. qualquer propósito ou abertura para modificar o regulamento negocial pré-elaborado, nem por qualquer outra forma lhe proporcionou a oportunidade de codeterminar ou exercer influência sobre esse regulamento.

Acresce, aliás, que não é suficiente a mera explicação do clausulado, como o não é a circunstância de a contraparte dele tomar conhecimento e assinar o contrato: o *efeito pregnante da pré-formulação* e os perigos que daí decorrem para o cliente não são por essa via eliminados.

Por outro lado, dizer que a R., ao assinar o contrato, se conformou com as cláusulas contratuais da A. é o mesmo que dizer que a lei de que aqui se trata não terá, afinal, campo aplicativo. Com efeito, se qualquer cliente, a partir do momento em que apõe a sua assinatura num contrato assente em condições gerais, ficar *impedido* de recorrer à tutela

que uma determinada lei especificamente lhe concede para este tipo de contratos, equivalerá a afirmar que a ordem jurídica se terá então equivocado ao preocupar-se com os problemas de equilíbrio contratual decorrentes do uso de condições gerais: a mera assinatura do cliente sanará tudo. Caberá então perguntar para que existirá, afinal, uma tal lei: o absurdo do argumento fala por si. Como é evidente, a assinatura do contrato em nada contende com o direito do cliente de pôr em causa as condições gerais que o integram, quer ao nível do controlo de inclusão, quer no plano da sindicância do conteúdo.

A tudo isto acresce que a preocupação da A. em afastar a aplicação da lei que regula as cláusulas contratuais gerais a partir do argumento ligado à negociação e à possibilidade dessa negociação depara com um decisivo obstáculo legal: é sobre o utilizador que recai o *onus da prova* de que determinada ou determinadas cláusulas contratuais foram objecto de negociação individualizada entre as partes, o que, no caso, a R. não logrou provar, nomeadamente no que respeita à cláusula penal particularmente discutida nos autos (cfr. artigo 1.º, n.º 3).

Ainda no plano da discussão sobre a aplicabilidade da lei em apreço, invocou-se não ser a R. um consumidor incauto, mas antes uma sociedade comercial de grande dimensão. Trata-se de um equívoco, não de todo infrequente, que parte da difundida ideia de que o que está em causa é defender o consumidor no seu relacionamento contratual com empresas. A verdade é que a lei das cláusulas contratuais gerais *não é uma lei de protecção do consumidor*, mas antes, e rigorosamente, uma lei que visa tutelar *todos os sujeitos jurídicos que celebrem contratos baseados em condições gerais*⁶.

O que não impede a introdução, no respectivo regime, de uma ou outra *nuance* tida como ajustada à situação do sujeito jurídico que celebra contratos cujo objecto se destina a *uso não profissional*, sendo certo que se mantêm tanto o escopo global da lei, como a lógica de fundo que a sustenta.

9. Não queremos deixar passar em claro um outro equívoco, também frequente, que encontra eco tanto em considerações constantes da sentença, como em algumas peças processuais. Trata-se de qualificar determinado contrato – como o dos autos – como contrato de “natureza mista” ou como “contrato individualizado”, que preencheria a

⁶ Ao contrário do que sucede com a Directiva europeia sobre cláusulas abusivas, que pretende aplicar-se exclusivamente às relações entre profissionais e consumidores.

previsão do n.º 2 do artigo 1.º da lei, pela simples e comum circunstância de as empresas, em acréscimo às condições gerais, reservarem uma parte do documento contratual para especificarem dados particulares da relação negocial estabelecida com o cliente em causa, tais como duração do contrato, data de entrega do bem ou início da prestação de serviços, quantidade do bem em causa, preço, etc.

Ora isto nada tem a ver com a hipótese de contratos que são constituídos, não por condições gerais, mas antes por *cláusulas individualizadas predispostas*, categoria legal introduzida no nosso ordenamento por imposição da Directiva sobre cláusulas abusivas e que hoje encontra acolhimento no referido n.º 2 do artigo 1.º da lei que regula as cláusulas contratuais gerais⁷.

Trata-se, aqui, de uma *categoria legal autónoma*, que não pode confundir-se com os comuns contratos assentes em condições gerais, em que as partes, por óbvias necessidades práticas, têm de identificar concretos pontos próprios da relação negocial em causa, do tipo daqueles que acabam de referir-se. Por seu turno, as *cláusulas individualizadas predispostas*, previstas no citado n.º 2, também não são, tal como as condições gerais, objecto de negociação, sendo que o seu traço distintivo se traduz na dupla circunstância de, por um lado, serem *pré-formuladas* e, por outro, se destinarem a *uma única utilização*, isto é, a servir de base a um único contrato, a concluir com determinada contraparte.

Por outro lado, nada impede que, de entre as condições gerais, determina cláusula – ou várias – venha a ser, no caso singular, objecto de negociação individual. Tal circunstância não afecta naturalmente a aplicação da lei das condições gerais ao todo do regulamento negocial predisposto; apenas fica excluída dessa aplicação a cláusula que foi negociada, justamente porque *perderá então a natureza de cláusula contratual geral*. No ponto de partida, tal cláusula não deixa de ser uma verdadeira cláusula contratual geral, apenas sucede que o dado ulterior da negociação lhe retira tal qualidade, colocando-a fora do âmbito aplicativo da referida lei.

⁷ Aí ficou a constar o seguinte: “O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”. Sobre o atribulado processo de transposição da Directiva para o ordenamento interno, v. o nosso *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, ob. cit., pp. 85 ss.

III. Sobre o ónus de comunicação

1. Discutiu-se igualmente nos autos a questão da eventual inobservância do ónus de comunicação das cláusulas contratuais gerais (artigo 5.º), ainda que com uma inadequada sobreposição relativamente a aspectos ligados a vectores informativos. Com o referido ónus, enquanto exigência de transmissão integral das condições gerais à contraparte, visa-se, fundamentalmente, que o utilizador *revele* os seus pré-organizados termos negociais e faça saber à contraparte o propósito de os integrar no acordo contratual.

No que vão envolvidas duas vertentes. Trata-se, em primeira linha, de *dar notícia da existência* de condições gerais, enquanto suporte regulativo do contrato a celebrar, com a sua concomitante identificação. O que não é, por si só, suficiente. A isto acresce, como segundo momento, a exigência de o utilizador *proporcionar à contraparte a possibilidade de uma exigível tomada de conhecimento* das referidas condições gerais⁸.

O modo como é observada esta imposição pode variar na sua configuração concreta, mas terá sempre de respeitar-se um vector nuclear, em consonância com o escopo subjacente ao ónus de comunicação: o que releva, em termos finais, é saber se ao cliente é realmente proporcionado *efectivo acesso* às condições gerais.

Não se trata aqui de saber se o cliente se encontrava, em determinado caso, em situação de tomar conhecimento, por iniciativa própria, das cláusulas contratuais gerais, antes de concluir o contrato; é o utilizador quem tem de tomar a iniciativa de lhe abrir a oportunidade desse conhecimento. É certo que o cliente suporta a responsabilidade pelo efectivo conhecimento, por força do parâmetro de diligência correspondente ao tipo de homem médio pressuposto pela ordem jurídica, previsto no n.º 2 do artigo 5.º, sendo, por isso, irrelevante se, *de facto*, vem ou não a fazer uso de tal oportunidade. Contudo, a “criação” da oportunidade entra já na esfera de responsabilidade do utilizador.

2. Transpondo o que acaba de dizer-se para o caso dos autos, não pode haver dúvidas de que a A. teve uma conduta condizente com a observância do ónus de comunicação. Vem, de facto, provado que a A., antes da assinatura do contrato, entregara à R. a respectiva proposta, constituída, para além do rosto inicial do documento, pelas cláusulas

⁸ Cfr. também, sobre os aspectos aqui implicados, SANDRA PASSINHAS, *O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa?*, Revista de Direito Comercial, 2018, pp. 180-187.

contratuais pré-formuladas de que já atrás se falou. Posteriormente, foi o contrato, já assinado, devolvido pela R. à A. De resto, foi a própria R. quem contactou a A., dois dias depois, no sentido de esta vir recolher o contrato, já assinado, às suas instalações.

Estão aqui, portanto, claramente respeitadas as dimensões intencionais do ónus de comunicação. Com a sua conduta, anterior à formalização do acordo, a A., por um lado, tornou a R. ciente de que o contrato a concluir entre ambas seria regulado pelo modelo por ela utilizado nas suas relações com os clientes, com o que ficou desde logo observado o *limiar mínimo* do ónus de comunicação, correspondente à necessidade de fazer saber à contraparte que o contrato em causa iria ficar sujeito às condições gerais da empresa predisponente. A isto acresce, por outro lado, o facto de a A. ter disponibilizado à R., antes da assinatura do contrato, essas condições gerais, com o que ficou cumprido o segundo momento do referido ónus, aqui concretizado, pela própria entrega física das mesmas, com adequada antecedência.

IV. Cláusula penal

1. Proibições susceptíveis de valoração

191

1.1. Como já se referiu, estava submetida à apreciação do Tribunal a questão da validade ou invalidade de uma determinada cláusula penal, prevista para a hipótese de o cliente denunciar antecipadamente o contrato, cláusula essa que constituía precisamente o fundamento do pedido de condenação da R. no pagamento do exacto montante correspondente ao cálculo aí explicitado⁹. O que contende com a interpretação e aplicação do artigo 19.º, alínea c), da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, que considera proibidas as estipulações que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir.

⁹ Em termos gerais, sobre a cláusula penal, cfr., de modo particular, A. VAZ SERRA, *Pena convencional*, BMJ, n.º 67, 1957, pp. 185 ss. A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990; J. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, pp. 247 ss.; A. FERRER CORREIA/M. HENRIQUE MESQUITA, Anotação ao acórdão do STJ de 03.11.1983, ROA, 1985, pp. 129 ss., espec. pp. 154 ss.; N. M. PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias do contrato*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 63 ss.; J. MARQUES ESTACA, *A cláusula penal e a responsabilidade civil*, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. I. Galvão Telles*, vol. IV – *Novos Estudos de Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 291 ss.

Dado que esta disposição legal se insere no quadrante das cláusulas relativamente proibidas, torna-se necessário explicitar o que o ordenamento visa com este tipo de proibição, nomeadamente o sentido e alcance da referência legal ao “quadro negocial padronizado”. Com efeito, só considerando este ponto é que será possível fazer um juízo seguro sobre o significado final a atribuir à proibição em causa.

1.2. A nossa lei contempla dois tipos de cláusulas proibidas, de acordo com o critério do *modo de actuação* do juízo de proibição, o que se manifesta na contraposição entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas. Nestas últimas, abre-se caminho a uma valoração judicial que vai concretizar, na situação considerada, os *conceitos indeterminados* de que a previsão legal faz uso¹⁰, ao passo que no outro tipo de proibições se recorre a *elementos previsionais fechados*, que não justificam, de acordo com as representações que animam o escopo tutelador da lei, uma ulterior possibilidade de valoração por parte do tribunal.

Torna-se, assim, necessária, no primeiro caso, uma apreciação da situação negocial típica, o que pode conduzir a que uma mesma cláusula venha a ser considerada válida em determinado tipo de contrato e inválida num contrato de tipo diferente. É tendo em conta esta diversidade de resultados que se pode falar em *proibições com possibilidade de valoração*, justamente porque na obtenção de tais resultados vai coenvolvida a outorga ao julgador de um poder valorativo, ainda que assente nos pontos de partida fornecidos pelos conceitos indeterminados da previsão. Para as estipulações contratuais predispostas aqui abrangidas reserva a nossa lei a designação de *cláusulas relativamente proibidas*¹¹, ao passo que a designação adoptada pela lei alemã acentua antes directamente a referida possibilidade de valoração judicial¹².

No que respeita ao segundo tipo de proibições, não existe margem para um particular juízo valorativo por parte do julgador sobre a justeza ou correcção das cláusulas, correspondendo, deste modo, a respectiva proibição a um desvalor abstractamente

¹⁰ Como, por exemplo, “prazos excessivos”, “factos insuficientes”, “compensação adequada”, “graves inconvenientes”, “razão atendível”, “antecipações de cumprimento exageradas”, “garantias demasiado elevadas”, “modos de cumprimento desproporcionados ou excessivos”, etc.

¹¹ Elencadas nas diversas alíneas do artigo 19.º e do artigo 22.º.

¹² Cfr. BGB, § 308.

pressuposto pela ordem jurídica¹³. Trata-se, por isso, de proibições *sem possibilidade de valoração*, compreendendo estipulações pré-formuladas que a lei designa por *cláusulas absolutamente proibidas*. Deve, porém, acentuar-se, contra o que aparentemente poderá indiciar a terminologia legal adoptada, contrapondo proibições absolutas a proibições relativas, que tal divisão não permite considerar que as proibições do segundo tipo sejam *menos estritas ou rigorosas* do que as proibições do primeiro. Com efeito, também naquelas o preenchimento da previsão conduz directamente, sem reservas, à nulidade da cláusula.

2. Sentido e alcance do “quadro negocial padronizado”

O ponto de partida do juízo valorativo que recai sobre cláusulas relativamente proibidas é constituído, como se referiu, pelos conceitos indeterminados que formam a previsão das proibições singulares. Todavia, a valoração de tais conceitos indeterminados implica a consideração de um certo *horizonte de referência*, que aqui nos é propiciado pela remissão legal para o “quadro negocial padronizado”. O que significa que a valoração tem como linha orientadora um modelo normativo abstracto, corporizado no *tipo de negócio em causa* e nos vectores que lhe conferem individualidade, e não o contrato singular ou as circunstâncias do caso concreto.

Na ponderação aqui implicada, não são os interesses individuais que relevam, mas antes os *interesses típicos do círculo de sujeitos normalmente envolvidos em negócios da espécie considerada*. Torna-se, por isso, essencial a invocação da constelação de interesses *contratual-típica* e não das vicissitudes particulares do negócio singular concluído entre as partes.

Isto corresponde, aliás, ao padrão de valoração *supra-individual e generalizante* que é próprio da fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, em consonância com o carácter geral e abstracto que as identifica, atendendo-se, por isso, ao típico quadro

¹³ Assim, a título exemplificativo, quando se afirma serem nulas as cláusulas que excluam ou limitem o direito de retenção; ou que excluam a faculdade de compensação, quando admitida na lei; ou que alterem as regras respeitantes à distribuição do risco; ou que modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova; ou que excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contraentes (cfr. artigos 18.º e 21.º).

de interesses dos contraentes que se movem em determinada área do tráfico jurídico-económico.

Por outro lado, sendo certo que o utilizador pretende criar, com as suas condições gerais, uma base uniforme para a pluralidade de negócios homogêneos que tenciona concluir no futuro, dele é legítimo exigir, ao fixar o correspondente conteúdo, que não deixe de tomar em devida consideração os razoáveis interesses daquele identificado grupo de clientes a que se dirige a sua área de negócios.

Acresce que na valoração das cláusulas relativamente proibidas, para além da análise dos conceitos indeterminados para que nelas se remete, haverá ainda que atender, como referente último, ao *critério material de fundo* que nos fornece a “medida” do juízo sobre a validade ou invalidade das cláusulas contratuais gerais, mesmo se a cláusula controvertida preenche a previsão de uma determinada proibição singular. O que implica numa certa leitura das normas que corporizam o parâmetro geral do controlo do conteúdo, a que adiante se fará referência.

3. Aplicação ao caso

3.1. Aplicado ao caso, o que vem de dizer-se significa que a valoração a fazer para determinar se a cláusula penal discutida nos autos haverá de considerar-se como proibida, nos termos previstos na alínea c) do artigo 19.º, por ser desproporcionada aos danos a ressarcir, *deverá ter como referente, não o contrato singular ou as circunstâncias do caso, mas antes o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam, no interior do todo do regulamento contratual genericamente predisposto*¹⁴.

Tal como significa que, na apreciação da mesma cláusula, haverá de recorrer-se ainda, complementarmente, ao sentido último a atribuir ao parâmetro geral de sindicância do conteúdo¹⁵, sendo certo que as proibições especificadas na lei constituem *particulares refracções* da intencionalidade normativa pressuposta no referido parâmetro geral¹⁶.

¹⁴ Como já salientámos em *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, ob. cit., p. 259.

¹⁵ De forma imperfeita previsto nos artigos 15.º e 16.º e, por isso mesmo, necessitado de adequada complementação.

¹⁶ Possíveis são também, por seu lado, situações de *retroacção valorativa*, a partir de juízos normativos que se manifestam nas proibições singulares. Com efeito, de tipificadas proibições é possível inferir pontos de

3.2. O contrato celebrado entre as partes tinha a duração de cinco anos, prorrogável por iguais períodos. Tendo já decorrido seis anos e alguns meses, na sequência da primeira renovação, a R. comunicou à A. a denúncia do contrato, com base em razões de reorganização da operação e manutenção da rede de metro explorada pela empresa de que é titular.

Em reacção, a A. considerou que aquela incorrera na “*sanção*” (a expressão é da A.) prevista na cláusula 5.7.4. do contrato, exigindo o pagamento do montante pecuniário correspondente à *totalidade* das prestações até ao fim do prazo do contrato. Fez, assim, valer o conteúdo da mencionada cláusula, onde se predispõe o seguinte:

“em caso de denúncia antecipada do presente Contrato pelo CLIENTE, a AA terá direito a uma indemnização por danos, que será imediatamente facturada, no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado para Contratos com duração até 5 anos”.

Saliente-se, como relevante ponto prévio, que não se trata aqui de um qualquer incumprimento culposo do contrato por parte da R., mas antes da prática de um facto inteiramente lícito. Com efeito, a denúncia do contrato está expressamente admitida no acordo celebrado, apenas se exigindo a observância da antecedência aí explicitada relativamente ao termo do contrato. Como se estabelece na cláusula 5.7.3., “*o presente contrato considera-se tacitamente prorrogado por períodos iguais, desde que não seja denunciado por qualquer dos contraentes com, pelo menos, noventa dias de antecedência do termo do prazo que então estiver em curso*”.

Deste modo, se o cliente, em determinado momento, toma a decisão de denunciar o contrato, está a exercer uma *faculdade* que lhe é reconhecida pelos próprios termos negociais acordados.

Articulando agora os dizeres da citada cláusula penal com o sentido da proibição constante da alínea c) do artigo 19.º, parece não restarem dúvidas quanto à sua ilicitude. Logo pela exigência da *totalidade* das prestações do preço previstas até ao termo do

vista valorativos, susceptíveis de funcionar como suporte, no quadro da bitola geral de controlo do conteúdo, da decisão sobre a validade ou invalidade de cláusulas contratuais não compreendidas no âmbito aplicativo das proibições consideradas. Decorrem, assim, das proibições singulares, *efeitos de irradiação* sobre o parâmetro geral de sindicância, ao mesmo tempo que é este o ponto dogmático de suporte daquelas, o que tudo se reconduz a *um incessante processo hermenêutico de recíprocas imbricações*.

contrato, *como se a A. realmente o executasse até ao fim*, prestando os serviços em causa, com os inerentes custos e despesas que adviriam de tal execução, torna-se claro que se trata de uma cláusula penal que comporta uma *aberta e flagrante desproporção* relativamente aos danos tipicamente previsíveis no quadro de um contrato do tipo considerado.

Por isso mesmo, nem sequer é necessário discutir aqui a questão de saber se a lei se contenta com a desproporção *tout court*, ou se esta deverá ser “sensível” para poder ser considerada, ou ainda se a mesma terá de revelar-se como “manifesta”: a cláusula penal dos autos é *flagrantemente desproporcionada*. Sempre diremos, todavia, em termos gerais, que nos parece correcta a posição de Almeida Costa e Menezes Cordeiro, ao sustentarem dever entender-se, “de harmonia com as exigências do tráfico e segundo um juízo de razoabilidade, que a hipótese em análise só ficará preenchida quando se detectar uma desproporção sensível”¹⁷.

Tendo em conta o que atrás se disse, nomeadamente a necessidade de atender ao complexo de regulações contidas no regulamento contratual genericamente predisposto e à intencionalidade de fundo subjacente ao parâmetro geral de controlo do conteúdo, examinemos agora os diversos aspectos que concorrem, de forma determinante, para a formação de um juízo de reprovação – e, por aí, de nulidade – da cláusula penal em apreço.

4. Significativo desequilíbrio dos direitos e deveres das partes como princípio orientador da sindicância do conteúdo

As proibições relativas constituem projecções particulares do critério geral de fiscalização do conteúdo, como já se referiu. O que está verdadeiramente em causa neste tipo de controlo é a ideia de não serem admitidas cláusulas que impliquem um *significativo desequilíbrio dos direitos e deveres das partes*, o que efectivamente sucede quando o utilizador procura concretizar a todo o custo, na modelação das condições gerais, os seus exclusivos propósitos e interesses, sem atender, de forma minimamente razoável, *aos legítimos interesses do cliente*¹⁸.

¹⁷ ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais*, ob. cit., p. 47.

¹⁸ Cfr. o nosso *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, ob. cit, pp. 259 ss.

É tendo presente esta intencionalidade normativa de fundo que deve ler-se e aplicar-se o que se dispõe nos artigos 15.º e 16.º da nossa lei. O que se pretende evitar é que, das condições gerais, resulte uma *grave desvantagem* para o cliente, em contrapolo a um *excessivo benefício* para o utilizador. A aplicação do parâmetro geral de sindicância do conteúdo implica, assim, um incontornável *processo de ponderação de interesses*.

Deste modo, na valoração de uma cláusula relativamente proibida, torna-se imprescindível contrapor as *vantagens ou benefícios* que o utilizador para si assegura com tal cláusula às *desvantagens ou gravames* que dela decorrem para o cliente. O que em rigor redundará em ter como inadmissível que o utilizador venha a causar à contraparte, com o regulamento negocial pré-elaborado, um *prejuízo desproporcionado*.

Nesta ponderação, haverá de concluir-se pela nulidade da cláusula, se a composição de direitos e deveres resultantes da conformação do contrato, *considerado no seu todo*, não corresponder à “medida” do equilíbrio tipicamente pressuposto pela ordem jurídica, verificando-se, ao invés, uma *desrazoável perturbação* desse equilíbrio, em detrimento do cliente.

Na sequência do exposto, analisaremos agora o quadro regulativo envolvente em que a cláusula penal em apreço se inscreve.

5. Complexo das cláusulas de responsabilidade: flagrante desproporção dos direitos e deveres das partes

5.1. Já atrás se salientou que, na valoração de cláusulas relativamente proibidas, se torna necessário atender ao regulamento contratual no seu todo, a fim de se obter um recorte preciso do conjunto de direitos e deveres que formam o conteúdo das condições gerais e, por aí, formular um *fundado juízo global sobre o equilíbrio ou desequilíbrio da composição de interesses vertida no clausulado*. O que é particularmente relevante quando estão em causa, como sucede no caso dos autos, cláusulas ligadas entre si pela *afinidade material ou temática das questões jurídicas reguladas*.

Na situação em apreço, a A. reuniu nas cláusulas 5.5, 5.6 e 5.7 a matéria relativa à *responsabilidade das partes*, em consequência de certos factos ou condutas. Assim:

- responsabilidade do cliente em caso de atraso no pagamento de quaisquer quantias;

- responsabilidade do cliente em caso de qualquer incumprimento do contrato;
- responsabilidade do cliente em caso de denúncia antecipada do contrato;
- consequências para o cliente em caso de não pagamento da totalidade do preço acordado;
- responsabilidade da predisponente em caso de “eventual incumprimento” que lhe seja imputável.

Ora, se analisarmos o conteúdo destas cláusulas, o que delas resulta é uma *desproporção flagrantemente iníqua* dos gravames e obrigações que recaem sobre o cliente, em comparação com as vantagens e benefícios que a A. para si reserva. Vejamos.

Sob a epígrafe “Mora e incumprimento imputáveis ao Cliente”, a A. auto-atribui-se um conjunto de direitos e benefícios *que abertamente recusa ao cliente*. Em primeiro lugar, em caso de atraso no pagamento de quaisquer quantias, a A. reserva-se o direito de cobrar juros de mora, independentemente do motivo que esteja na origem do atraso¹⁹.

Atente-se, em segundo lugar, no que se dispõe na cláusula 5.5.2. Aí se estipula que, independentemente do direito à indemnização por mora, sempre que haja incumprimento do contrato por parte do cliente, e nomeadamente quando se verifique mora no pagamento de quaisquer quantias por mais de 30 dias, tem a A. o direito de *resolver o contrato*, sendo-lhe devida uma indemnização por danos, em contratos com duração até cinco anos, no valor da *totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo do contrato*.

5.2. Vejamos agora, em contrapartida, que direitos concede a A. ao cliente em caso de incumprimento imputável a ela própria. Pois bem, vale a pena transcrever a cláusula em causa:

“Na situação de eventual incumprimento imputável à AA, é expressamente aceite que a AA *apenas responderá até à concorrência do valor de 3 meses de facturação AA do presente Contrato, como máximo de indemnização a pagar ao Cliente*”²⁰.

¹⁹ Dispõe-se, de facto, na cláusula 5.5.1.: “quando se verifique mora no pagamento de quaisquer quantias, devidas à AA nos termos do presente Contrato, esta aplicará juros de mora ao abrigo do DL 32/2003, de 17 de Fevereiro”.

²⁰ Trata-se da cláusula 5.6 (sublinhado nosso).

Ou seja: em caso de incumprimento contratual por parte do cliente, este é penalizado com uma indemnização correspondente à *totalidade* das prestações do preço até ao termo do contrato, ao passo que, se houver incumprimento imputável à A., *esta apenas responderá até um máximo de 3 meses de facturação*.

O desequilíbrio da composição de interesses é absolutamente gritante.

Acresce que, para a mesma hipótese de não cumprimento, mas agora imputável à contraparte, a A. reserva-se o *direito de resolver o contrato*, independentemente do tipo de incumprimento do cliente, chegando ao ponto de consagrar esse direito *para uma simples situação de mora* no pagamento de quaisquer quantias, a partir de 30 dias. Com efeito, estipula-se na cláusula 5.5.2. o seguinte: “*sempre que haja incumprimento do presente Contrato por parte do Cliente, e nomeadamente quando se verifique mora no pagamento de quaisquer quantias devidas à AA por mais de 30 dias, poderá esta resolver o Contrato*”.

Ora, em contrapelo, a A. *não prevê para o cliente o direito de resolver o contrato*, seja qual for o tipo de incumprimento. De novo está presente uma composição de interesses *manifestamente desequilibrada*.

6. Regulação assimétrica da cláusula penal de denúncia antecipada do contrato

6.1. Entrando agora directamente na análise da cláusula objecto de discussão nos autos, torna-se logo patente, para lá do que já se disse, o facto de a A. ter consagrado, *em seu favor*, uma cláusula penal para a hipótese de o cliente denunciar antecipadamente o contrato, *mas não ter consagrado qualquer cláusula penal para o caso de ser ela própria a denunciar antecipadamente o contrato*.

Temos, assim, que, para o mesmo problema regulativo – denúncia antecipada do contrato –, a A. pré-formulou duas soluções radicalmente opostas:

- para si, reservou a *desproporcionada vantagem* de assegurar o pagamento da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo do contrato;
- para o cliente, não prevê qualquer possibilidade de este lhe exigir o pagamento de qualquer quantia, nem determinada, nem indeterminada.

O que temos aqui, sem margem para dúvidas, é um *patente desequilíbrio dos direitos e deveres das partes*, com a A. a incorporar nas condições gerais o seu exclusivo interesse,

desconsiderando inteiramente os razoáveis interesses do cliente. Reservou para si um *benefício claramente excessivo*, em contraponto à absoluta recusa de direitos à contraparte.

6.2. O que daqui resulta é um *desproporcionado gravame* para o cliente, que tem de suportar a aplicação de uma cláusula penal que lhe impõe o pagamento da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo do contrato, enquanto a A. *se auto-liberta de qualquer responsabilidade* face à mesma questão regulativa.

Estamos, assim, perante um típico caso de *regulação assimétrica* de direitos e deveres, em que, relativamente ao mesmo ponto regulativo, para o utilizador *só há direitos*, para o cliente *só há encargos*. Logo por aqui, a cláusula penal a que se reportam os autos não pode deixar de ser nula. A *desigualdade dos efeitos* que decorrem para as partes, tanto em caso de denúncia, como em caso de resolução, é absolutamente flagrante.

7. A cláusula penal em causa como impedimento fático do exercício da faculdade de denúncia antecipada do contrato

200

7.1. Estamos perante uma cláusula penal predisposta pelo utilizador para a hipótese de denúncia antecipada do contrato. Ora, tal cláusula apresenta especificidades que se tornam particularmente relevantes para ajuizar da sua desproporção e, conseqüentemente, para concluir pela sua validade ou invalidade. Vejamos.

Relembre-se, antes de mais, que está em causa um direito atribuído ao cliente pelo contrato: o direito de denunciar o contrato antes do seu termo, sem necessidade de invocar qualquer fundamento. Ora, uma cláusula penal do tipo daquela que estamos agora a considerar não pode razoavelmente conformar-se em termos tais que tenha como consequência prática que o cliente fique *facticamente impedido de fazer uso da faculdade de denunciar antecipadamente o contrato*. É o que, na verdade, sucede se o desproporcionado valor pré-fixado tiver como resultado prático que, com o exercício do direito de denúncia, o cliente acabe por ficar manifestamente *em pior situação* do que aquela em que se encontrará se se sujeitar a manter intocada a relação contratual até ao termo do prazo, *mesmo não correspondendo a manutenção do contrato aos seus propósitos e legítimos interesses*.

Assim, se num contrato com a duração de cinco anos, como é o caso dos autos, a cláusula penal se traduz em exigir o pagamento da *totalidade* das prestações do preço até ao termo do prazo, o cliente, em caso de denúncia antecipada, ficará por certo *em pior situação* do que aquela que para ele resulta do não exercício da faculdade de pôr termo ao contrato.

Com efeito, necessitando do serviço em causa, como é normal, o cliente, para além de ter de pagar o montante previsto na cláusula penal, terá de suportar os custos, nomeadamente o preço, resultantes da celebração de um novo contrato. Ou seja, terá de ficar sobrecarregado *com dois custos para o mesmo serviço, para o mesmo período de tempo* – aquele que falta para o termo do contrato objecto de denúncia.

7.2. Em termos jurídicos, o significado disto é claro: a faculdade de denúncia antecipada do contrato, que as próprias condições gerais reconhecem ao cliente, *fica inteiramente esvaziada de sentido*: o utilizador “diz” ao cliente que ele tem o poder de denunciar antecipadamente o contrato, mas a cláusula penal pré-determinada como sanção para o exercício desse poder *é de tal modo excessiva e desproporcionada que o cliente não tem alternativa prática senão renunciar a ele*.

201

Tendo em conta o escopo tutelador que está subjacente ao direito das cláusulas contratuais gerais, não parece admissível que uma cláusula penal, prevista como sanção para o exercício da faculdade de denunciar o contrato, funcione, pela sua manifesta desproporção relativamente aos danos tipicamente previsíveis, como iníquo meio de pressão sobre o cliente, em ordem a que este não exerça, afinal, a faculdade que o próprio contrato lhe reconhece.

A desmesurada desvantagem económica que para o cliente resulta da cláusula penal dos autos conduz, de facto, a uma *inexigível e ilegítima restrição da liberdade de pôr termo ao acordo negocial*. Reforçando o que vem de dizer-se, assinale-se que a interpretação que a A. dá à cláusula penal em apreço, relativamente aos contratos com a duração inicial de cinco anos, mas que entretanto foram objecto de sucessivas renovações – interpretação aceite pelas instâncias e que aqui não queremos questionar –, só vem aumentar a *intensidade da desproporção* relativamente aos danos tipicamente previsíveis.

Com efeito, tratando-se de contratos com a duração de cinco anos, como é o caso, e renovando-se estes automaticamente por iguais períodos, decorre da referida leitura da

cláusula que, com cada renovação, há um novo contrato e que nesse novo contrato não se contam os anos decorridos, antes recomeça tudo do ponto zero. Logo, a sanção a aplicar é sempre a do pagamento da *totalidade* das prestações do preço previstas até ao termo do contrato, mesmo que este se encontre em vigor há um tempo significativamente longo, por exemplo, há dez ou mais anos. O que só vem confirmar a *desmesura* da cláusula penal em apreço.

8. Não consideração dos benefícios do predisponente resultantes da cessação antecipada do contrato

No quadro de um juízo global sobre o carácter desproporcionado da cláusula penal em análise, importará ainda atender à circunstância de nela não se terem minimamente em conta os *ganhos ou benefícios que a cessação antecipada do contrato traz para a empresa predisponente*. De facto, com a cessação do contrato – em resultado do livre exercício da faculdade de denúncia por parte do cliente – e a subsequente aplicação da cláusula penal, a referida empresa *receberá exactamente o mesmo montante que auferiria se não tivesse ocorrido a cessação antecipada do contrato*.

202

O que, por seu turno, ganha decisivo relevo valorativo se simultaneamente lançarmos um olhar para o outro lado – o da actividade da empresa: é que, em contrapartida, esta *deixa de suportar quaisquer encargos ou custos* durante todo o período que decorrerá até ao termo aprazado do contrato.

Com efeito, a empresa *deixa de prestar os serviços em causa, com o inerente desaparecimento das despesas e encargos que a prestação desses serviços necessariamente implicaria*. Não obstante, exige, justamente com base na cláusula penal, o pagamento da totalidade do preço, como se continuasse a prestar efectivamente os serviços correspondentes à sua obrigação contratual.

Acresce que a empresa predisponente recebe tal montante de forma antecipada e de uma só vez, sem ter de esperar pelo decurso dos espaços temporais correspondentes às sucessivas prestações parcelares do preço – sendo certo que, por seu lado, não tem afinal que fornecer quaisquer serviços.

De novo, o que daqui resulta é a acentuação da flagrante desproporção entre a sanção cominada na cláusula penal e o dano normal ou típico correspondente ao tipo de contrato em causa, na hipótese de denúncia antecipada do acordo negocial.

9. Síntese

9.1. As considerações precedentes tornam claro que a cláusula penal em análise, em si própria e articulada com o complexo regulativo em que se inscreve – o das cláusulas de responsabilidade predispostas pela empresa –, contraria as exigências normativas impostas pela lei que regula as cláusulas contratuais gerais.

A razão invocada pela empresa predisponente para introduzir nas suas condições gerais a mencionada cláusula penal, referente à hipótese de denúncia do contrato por parte do cliente, aparece explicitada logo no inciso inicial do texto que a consagra.

Nos seguintes termos: “*Uma vez que a natureza, âmbito e duração dos serviços contratados é elemento conformante da dimensão da estrutura empresarial da AA, em caso de denúncia antecipada do presente contrato pelo cliente, a AA terá direito a uma indemnização por danos que será imediatamente facturada no valor da totalidade das prestações...*”.

Ora, não se vê que tipo de relação entre âmbito, natureza e duração dos serviços contratados possa apresentar-se *como legitimadora* da exigência de uma indemnização correspondente a 100% das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado. A desproporção entre o montante dos danos tipicamente previsíveis decorrentes da denúncia realizada pelo cliente e o montante indemnizatório previsto como sanção, traduzido na totalidade das referidas prestações, vai para lá de tudo o que é normativamente razoável.

O *prejuízo típico* correspondente ao tipo de contrato sobre que versa o acórdão sob anotação não encontra seguramente a sua “medida” no montante definido pelo valor de todas as prestações que seriam devidas pelo cliente, desde logo sem que minimamente se atenda aos custos que o predisponente teria de suportar com a integral realização dos serviços em causa.

Subjacente à clausula penal em apreço está, afinal, um duplo propósito: por um lado, actua como *desrazoável factor intimidatório* para que o cliente não exerça a faculdade de

denúncia que o contrato lhe reconhece, coarctando desmedidamente a sua liberdade de decisão; por outro, funciona como meio de proporcionar ao utilizador *ganhos manifestamente iníquos*. Pelas duas vias, a fixação dos danos assume aqui um recorte claramente excessivo, que não se contém nos limites da “proporção” exigida pela lei disciplinadora das cláusulas contratuais gerais.

9.2. Articulado tudo o que atrás se expôs, torna-se segura a conclusão de que a cláusula penal em análise não só infringe o que directamente se dispõe no artigo 19.º, alínea c), como abertamente viola a *directriz fundamental* subjacente ao parâmetro geral de controlo do conteúdo, com o sentido que atrás se explicitou. Está em causa a preocupação de fundo de impedir que nas condições gerais se materialize um grave desequilíbrio dos direitos e deveres das partes, originando, para o cliente, um *prejuízo desproporcionado*.

E atendendo a que as proibições tipificadas na lei representam manifestações particulares daquela preocupação, como já se sublinhou, torna-se necessário, na valoração da cláusula relativamente proibida, como é o presente caso, *contrapor o interesse do cliente tipicamente afectado pela cláusula àquele interesse que por ela é assegurado ao utilizador*.

Nesta ponderação, haverá de concluir-se pela *violação do escopo tutelador da norma singular de proibição*, se a composição de interesses resultantes da cláusula controvertida e sua articulação com o regulamento contratual, considerado no seu todo, e tendo em conta o quadro negocial padronizado, não corresponder à “medida” do equilíbrio pressuposto pelas valorações globais da ordem jurídica, verificando-se, ao invés, uma *íniqua perturbação* desse equilíbrio, em detrimento da contraparte do utilizador.

Na ponderação de interesses aqui implicada, o “desenho” que nos fornece uma aprofundada análise do *direito dispositivo* haverá de desempenhar, neste quadro, um papel de primeiro plano, uma vez que, num contexto negocial marcado pela conformação unilateral do contrato, um *desvio à ordem dispositiva* terá de se confortado por especiais fundamentos justificadores²¹.

Convoca-se aqui, deste modo, a *função-modelo* do direito dispositivo, enquanto referente de um adequado equilíbrio de interesses das partes, que se pressupõe inscrito

²¹ Cfr. o nosso *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, ob. cit., p. 262.

nas regras e princípios da ordem dispositiva. Ter-se-á assim, no direito dispositivo, um *modelo de justiça*, que irá servir de ponto de apoio no quadro da apreciação da validade ou invalidade de cláusulas contratuais gerais.

V. Insusceptibilidade de redução da cláusula geral

1. Distinta fundamentação do regime da cláusula penal no Código Civil e na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais

1.1. A consequência jurídica correspondente à proibição de cláusulas penais desproporcionadas aos danos previsíveis traduz-se na sua nulidade, de acordo com a regra geral estabelecida no artigo 12.º. Sucede que, fora do âmbito aplicativo da lei reguladora das condições gerais, no que se refere aos comuns contratos individuais negociados, o Código Civil admite que a cláusula penal inserida neste tipo de contratos venha a ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva (artigo 812.º).

Poderá, por isso, perguntar-se se esta possibilidade, admitida pela lei geral, também será aplicável no campo das cláusulas contratuais gerais. Esta questão tem merecido resposta negativa, de forma predominante, tanto da jurisprudência, como da doutrina²², ainda que frequentemente sem adequada fundamentação.

Vejamos que argumentos será possível convocar em abono desta orientação.

1.2. Assinale-se, desde logo, que o *objecto* a que se dirigem os dois sistemas normativos – Código Civil, de um lado, Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, do outro – é bem diferente: enquanto o primeiro estabelece uma regulação para *contratos individuais negociados*, visa o segundo contratos assentes num *regulamento negocial pré-formulado*,

²² Cfr. ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais*, ob. cit., p. 47; A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, ob. cit., p. 753; J. CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 277; L. M. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit., p. 288; J. M. ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – Recolha jurisprudencial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 241.

Em sentido diferente, N. M. PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias do contrato*, ob. cit., pp. 165 ss.; cfr. também, mas em termos dubitativos, ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, ob. cit., pp. 415-416.

para ser aceite sem discussão. O que, por seu lado, significa que estamos a falar de cláusulas penais com distinta *força vinculante*: se no primeiro caso se parte do exercício da liberdade de conformação das partes, pressupõem-se no segundo cláusulas penais que se reconduzem à unilateral ocupação de tal liberdade por parte do utilizador.

Como consequência destes pontos de divergência, temos que é distinto o *escopo tutelador* dos dois preceitos. Trata-se, no artigo 812.º do Código Civil, de proteger o contratante que, fazendo uso da sua liberdade de decisão autónomo-privada, aceitou que do contrato fizesse parte determinada cláusula penal, *confiando* que poderia cumprir as vinculações assumidas ou que a situação desencadeadora da aplicação da pena não chegaria a verificar-se, sucedendo, porém, que, no concreto contexto da execução do contrato, a pena vem a revelar-se manifestamente excessiva. Visa o artigo 19.º, alínea c), da lei das condições gerais proteger o cliente face a cláusulas penais *subtraídas à sua inteira influência modeladora*.

Da articulação destes diferentes vectores decorre, de forma necessária, que a solução não pode ser a mesma para as duas constelações normativas: não só é distinto o objecto regulativo, como o é a fonte vinculante das cláusulas penais em causa, como o é ainda o respectivo escopo tutelador. Não pode, assim, haver dúvidas de que a cláusula penal inserida em contratos baseados em condições gerais não pode ser objecto de redução equitativa, não lhe sendo, assim, aplicável o regime previsto no artigo 812.º do Código Civil.

1.3. Acresce ainda um outro dado relevante. O citado artigo 812.º refere-se a uma cláusula penal *válida*, apenas se admitindo que o tribunal a possa reduzir, de forma equitativa. Diferentemente, o artigo 19.º, alínea c), reporta-se a uma cláusula penal *inválida*. O que significa que a norma do Código Civil *não põe em causa* a validade da cláusula penal, tratando-se tão-só de legitimar o tribunal a realizar sobre ela uma intervenção conformadora, reduzindo o seu alcance, ao passo que o segundo preceito *põe radicalmente em causa*, “*ab initio*”, a sua validade.

Se se admitisse, neste caso, a redução, a proibição ficaria *esvaziada de sentido*. A verdade é que o controlo judicial aqui implicado não tem como objecto de incidência a cláusula penal *aplicada*, mas antes e exclusivamente a cláusula penal *pré-elaborada*. De facto, o controlo instituído pela lei das cláusulas contratuais gerais é um *controlo de*

conteúdo, não um *controlo de exercício*: o que está em causa é a matéria regulativa enquanto tal, não o modo como a sua aplicação se projecta na situação individual considerada.

2. Proibição da redução conservadora de validade no âmbito de cláusulas contratuais gerais

2.1. Aos argumentos que acabam de invocar-se, acrescem razões de fundo, de alcance mais geral, directamente decorrentes da lógica do sistema de sindicância instituído para esta particular técnica de contratação. O ordenamento sanciona com a nulidade as cláusulas que não respeitem os limites de conformação do conteúdo (artigo 12.º). É, todavia, possível que certa cláusula viole *só em parte* o comando imperativo da lei ou infrinja apenas uma *dimensão particular* do âmbito aplicativo da norma considerada.

Teremos então um problema para resolver: trata-se de determinar se deverá considerar-se nula toda a cláusula ou se poderá “salvar-se” uma parte dessa cláusula, “comprimindo-a” em termos tais que nela se descubra um conteúdo ainda admissível.

Assim, por exemplo, face a uma cláusula penal que pré-determina uma pena excessivamente desproporcionada, para lá de toda a razoabilidade, relativamente aos danos previsíveis, poderá colocar-se a questão de saber se será legítimo ao tribunal *reduzir a pena*, de modo a “salvar” a cláusula no respeitante à sua parte *ainda admissível*, isto é, diminuir a pena até uma medida que possa ter-se como proporcionada. Em termos dogmáticos, trata-se de saber se será ou não legítimo recorrer, neste contexto, a uma *redução conservadora da validade de cláusulas nulas*, eliminando delas a sua parte ou dimensão ilícita.

Uma resposta afirmativa à questão, para lá do caso particular da cláusula penal, significará levar o tribunal a reconfigurar, ele próprio, a cláusula nula, dividindo-a idealmente em segmentos ou parcelas, a fim de encontrar um ponto do seu conteúdo regulativo que se contenha ainda dentro dos limites legalmente possíveis.

A solução correcta não vai, porém, nesse sentido, devendo antes recusar-se a ideia de uma redução conservadora da validade de cláusulas contratuais gerais inválidas. Por diversas ordens de razões²³.

²³ Cfr. o nosso *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, ob. cit., p. 263 ss.

2.2. Contra tal solução milita, desde logo, o *escopo de protecção* subjacente à lei, preocupada em libertar o tráfico jurídico de cláusulas contratuais iníquas, o que certamente se malogrará se se abrir ao predisponente a possibilidade de ir, sem receio, para lá dos limites legalmente admitidos, libertando-o do *risco de nulidade total da cláusula*. O predisponente retiraria daqui um *estímulo* para inserir, nas suas condições gerais, cláusulas claramente abusivas, pois saberia de antemão que, na pior das hipóteses, o tribunal reconduziria a cláusula – em si nula – a uma medida ainda admissível²⁴. A *função de prevenção* que atravessa todo o sistema de controlo das condições gerais seria claramente posta em causa.

Por outro lado, tal orientação implicaria fazer do juiz uma espécie de “*procurador*” ou “*representante*” dos interesses do predisponente, ao qual competiria a tarefa de “salvar” a cláusula controvertida no interesse do próprio predisponente. Por outras palavras, o tribunal deverá encontrar uma formulação da cláusula que, por um lado, *favoreça o mais possível* o predisponente e, por outro, *se contenha ainda dentro dos limites do admissível*. A verdade é que a responsabilidade pela formulação deve materialmente recair sobre aquele que faz uso, na sua actividade negocial, de cláusulas contratuais gerais, não fazendo sentido que a transfira para o tribunal.

Acresce que a via da redução conservadora da validade *iludiria a ordenação legal do efeito jurídico das proibições*, traduzido na sanção da nulidade da cláusula considerada e substituição desta pela solução resultante das normas supletivas aplicáveis, com eventual recurso, em caso de necessidade, às regras de integração dos negócios jurídicos²⁵. Com efeito, procedendo o tribunal à redução de uma cláusula nula, o imediato efeito prático que daí resulta é que *não chega de todo a surgir uma lacuna* no regulamento contratual pré-elaborado, o que significa que tal acto judicial impedirá a aplicação do efeito legal da nulidade a uma cláusula contratual decididamente contrária à lei²⁶.

²⁴ Cfr. HARRY SCHMIDT, *Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und der Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Heidelberg, 1986, pp. 107 ss.; JOHANNES NEUMANN, *Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Baden-Baden, 1988, pp. 58 ss.; PETER ULMER, *Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln?*, NJW 1981, pp. 2028 ss.; WALTER F. LINDACHER, *Reduktion oder Kassation übermäßiger AGB-Klauseln?* BB 198, pp. 154 ss.

²⁵ Cfr. o que se dispõe nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º.

²⁶ Não abordaremos aqui, por razões de espaço, o caso particular de cláusulas objectiva e linguisticamente divisíveis, potencialmente objecto de aplicação da *blue-pencil-rule* da literatura anglo-americana. Sobre as

Finalmente, tal solução redundaria em uma forma de *revisão* ou *adaptação judicial* do contrato, de carácter conformador, beneficiando quem recorre a cláusulas ilegais, em clara violação do espírito subjacente ao sistema de sindicância de cláusulas contratuais pré-elaboradas. Na verdade, este sistema de sindicância surge marcado pela vinculação do tribunal a uma fiscalização *meramente negativa* das cláusulas proibidas: a tarefa do julgador traduz-se, tão-só, em declarar válida ou inválida determinada cláusula, face à apreciação que dela faz, no quadro das valorações implicadas na lei, não em *reescrevê-la*, em benefício do predisponente.

2.3. Como síntese, dir-se-á que, também pela via da proibição da redução conservadora de validade de cláusulas contratuais gerais nulas, se obtém e se reforça a conclusão atrás avançada: a de que o artigo 812.º do Código Civil, que admite a redução de cláusulas penais manifestamente excessivas, não é aplicável às cláusulas penais desproporcionadas, proibidas pelo artigo 19.º, alínea c), da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

3. Recurso à equidade

209

3.1. O acórdão em anotação considera, correctamente, que ao litígio se aplica a lei reguladora das cláusulas contratuais gerais; que não se verificou, no caso, inobservância do ónus de comunicação; que a cláusula penal em apreço é nula; que uma cláusula penal nula, no âmbito da referida lei, não pode ser reduzida; e aceita mesmo, com invocação do que sustentáramos no parecer junto aos autos, não ser possível proceder, em termos gerais, a uma redução conservadora da validade de cláusulas contratuais gerais sobre as quais tenha recaído um veredicto de nulidade.

A lógica consequência jurídica a retirar destas premissas traduz-se em não dar seguimento à pretensão formulada pela A., uma vez que o pedido de indemnização por danos apresenta como fundamento – *como exclusivo fundamento* – a cláusula penal já analisada e declarada nula. Sucede, todavia, que o presente acórdão resolveu condenar a R. com base na equidade, ao arrepio do que os nossos tribunais têm decidido, no contexto

possíveis particularidades do problema tratado em texto no campo das relações laborais, cfr. FRANK BAYREUTHER, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Arbeitsrecht*, NZA 2004, pp. 953 ss.

de cláusulas penais consideradas nulas ao abrigo do disposto no artigo 19.º, alínea c), do diploma que estabelece o regime das cláusulas contratuais gerais. Assinale-se, aliás, que não incluídas, nessas decisões, cláusulas penais precisamente idênticas àquela que é objecto do aqui analisado acórdão.

Importa reiterar que a A., ao instaurar a acção em causa, pediu a condenação da R. no pagamento do montante correspondente à aplicação da sanção prevista na cláusula penal. *Nada mais consta do pedido.* A significar que o pedido está baseado, de forma exclusiva, na cláusula penal – ou, mais rigorosamente, na *validade da cláusula penal*. Cláusula que o próprio Tribunal declara nula.

O argumento invocado pelo acórdão é o de que a denúncia antecipada do contrato implica danos. Ora, não se põe em causa que, em termos abstractos, a denúncia antecipada de um qualquer contrato possa eventualmente causar danos. Mas o problema não é esse – o problema é saber qual o *específico fundamento* do pedido apresentado pela A. E, quanto a isso, já sabemos que a A. baseou o seu pedido indemnizatório, *exclusivamente*, na validade da cláusula penal. Por outro lado, no âmbito aplicativo da lei das condições gerais, a cláusula penal declarada nula não pode ser reduzida por razões de equidade, como atrás se salientou, antes pura e simplesmente deixa de produzir efeitos.

Vejamos agora como a jurisprudência tem resolvido esta questão.

3.2. O presente litígio já vem do início de 2012. Sucede que a mesma cláusula penal – rigorosamente a mesma –, bem como cláusulas penais similares têm vindo a ser objecto de apreciação pelos nossos tribunais superiores. Ora, tanto quanto nos foi possível verificar pela pesquisa efectuada, *nenhum acórdão*, uma vez declarada a nulidade da cláusula penal, decidiu conceder à empresa predisponente uma indemnização por danos com base na equidade, não obstante se reconhecer que a denúncia antecipada de um contrato é susceptível de causar danos à referida empresa. A partir do momento em que é declarada nula a cláusula penal, *e baseando-se o pedido indemnizatório exclusivamente nessa cláusula, a decisão tem-se traduzido sempre em julgar improcedente a respectiva acção.*

Consideremos, por exemplo, o recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.11.2017, excelentemente fundamentado, que versa sobre a mesma cláusula penal que é discutida no caso ora em análise, envolvendo a mesma autora, no âmbito do mesmo tipo

de contrato, apenas sendo distinta a empresa demandada²⁷. Começa por assinalar-se que a autora formulou "*o pedido de indemnização por danos, exclusivamente, ao abrigo da referida cláusula*". Reconhece-se, por outro lado, que "*a denúncia antecipada do contrato por parte da ré/recorrida implica, seguramente, um dano para a autora/recorrente*". Considera-se, porém, que a cláusula penal em apreço é nula, pelo que a decisão do Supremo é a seguinte:

"Por conseguinte, tal como se decidiu no acórdão recorrido, impõe-se concluir que a cláusula 5.7.4. é proibida, por desproporcionada, nos termos do disposto no art. 19.º, al. c), do DL n.º 446/85, de 25.10, *o que acarreta a sua nulidade nos termos do art. 12.º do mesmo diploma legal, ficando, deste modo, prejudicado o conhecimento da questão de saber se a autora tem direito ao montante peticionado*"²⁸.

Nega-se, por consequência, a revista, "confirmando-se inteiramente o acórdão recorrido". Neste último, o Tribunal da Relação havia considerado nula a cláusula penal, pelo que absolveu a ré do pedido, formulado exclusivamente com base na validade de tal cláusula.

3.3. A mesma correcta lógica está patente noutro acórdão, igualmente recente, do Supremo Tribunal de Justiça – acórdão de 28.03.2017 –, envolvendo, desta vez, duas empresas diferentes e versando sobre um contrato distinto, mas onde se discutia igualmente um pedido indemnizatório com base numa cláusula penal submetida ao regime legal das cláusulas contratuais gerais²⁹.

A acção havia sido proposta exclusivamente com base em determinada cláusula penal, que a 1.ª instância considerou nula, pelo que não teve dúvidas em proferir a seguinte sentença: "*Ferida que está de nulidade a cláusula penal em apreço, não assiste à A. o direito à pretendida indemnização*". Todavia, o Tribunal da Relação considerou válida a cláusula penal em causa, pelo que condenou a ré no pedido que a autora havia formulado. Foi então a vez de intervir o Supremo Tribunal de Justiça.

Começa por assinalar-se no muito bem estruturado e fundamentado acórdão do STJ: "*Dúvidas não restam de que a cláusula n.º 4.5 do contrato em questão prevê uma verdadeira cláusula penal, tendo a autora formulado o pedido de indemnização por*

²⁷ Acórdão do STJ de 09.11.2017, processo n.º 26399/09.5T2SNT.L1.S1.

²⁸ Itálico nosso.

²⁹ Acórdão do STJ de 28.03.2017, processo n.º 2041/13.9TVLSB.L1.S1.

danos, exclusivamente, ao abrigo da referida cláusula". Explicita-se depois, de forma cabal, que esta tem de considerar-se nula, nos termos do artigo 19.º, alínea c), do DL n.º 446/85. O que leva o Supremo Tribunal de Justiça a decidir nos seguintes termos:

*"Consequentemente, baseando-se o pedido da autora, exclusivamente, na validade de tal cláusula, o mesmo não podia deixar de ser, como foi, julgado improcedente na 1.ª instância, não podendo, pois, manter-se o acórdão recorrido, que revogou a sentença apelada"*³⁰.

Revogou-se, portanto, o acórdão do Tribunal da Relação, fazendo-se subsistir a decisão da 1.ª instância. Deste modo, o pedido de indemnização por danos, baseado *exclusivamente* na cláusula penal, foi integralmente recusado, não obstante ser possível que tenham ocorrido danos.

3.4. Sem a pretensão de sermos exaustivos, não deixaremos de referir vários outros acórdãos, em que estava em causa precisamente a mesma cláusula penal que foi objecto de decisão por parte do acórdão que temos vindo a analisar. Tal como, de resto, era o caso do primeiro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça atrás citado.

Em todos eles, uma vez declarada nula a cláusula penal em apreço, foi sempre recusado o pedido de indemnização por danos baseado em tal cláusula, *em nenhum caso se tendo decidido conceder à empresa predisponente uma qualquer indemnização com recurso à equidade, com a invocação de que a denúncia antecipada do contrato em que se integra a cláusula penal causa danos à empresa que pré-elabora as respectivas condições gerais.*

Podem ver-se, neste sentido, os seguintes acórdãos: do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.05.2016³¹; do Tribunal da Relação do Porto, de 24.11.2015³²; da Relação de Coimbra, de 28.10.2014³³; da Relação do Porto, de 08.04.2014³⁴; da Relação de Coimbra, de 20.11.2012³⁵; da Relação de Lisboa, de 01.03.2012³⁶; da Relação de Coimbra, de

³⁰ Sublinhados nossos.

³¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.05.2016, processo n.º 13161/14.2T2SNT.L1.S1.

³² Acórdão da Relação do Porto de 24.11.2015, processo n.º 1069/13.3TBGDM.P1.

³³ Acórdão da Relação de Coimbra de 28.10.2014, processo n.º 3516/13.5TJCBR.C1.

³⁴ Acórdão da Relação do Porto de 08.04.2014, processo n.º 1801/12.2TBPVZ.P1.

³⁵ Acórdão da Relação de Coimbra de 20.11.2012, processo n.º 972/10.7TBLSA.C1.

³⁶ Acórdão da Relação de Lisboa de 01.03.2012, processo n.º 26396/09.0T2SNT.L1-6.

17.04.2012³⁷. Em vários dos litígios aqui reportados, a empresa predisponente baseou o pedido de indemnização exclusivamente na cláusula penal em causa, limitando-se o tribunal a julgar a acção totalmente improcedente.

Por vezes, a empresa, para além de pedir a condenação do cliente na sanção prevista na cláusula penal, apresenta facturas relativas a serviços efectivamente prestados antes da denúncia do contrato e ainda não pagos. Nesses casos, o tribunal, naturalmente condena a contraparte a pagar tais montantes. Todavia, uma vez declarada nula a cláusula penal, não deixa o tribunal de julgar improcedente a acção no que se refere ao pedido indemnizatório baseado em tal cláusula, sem proceder a qualquer deriva com base na equidade.

Regressando ao litígio em análise. Declarada a nulidade da cláusula penal e fundando-se o pedido da autora, de forma exclusiva, na validade dessa mesma cláusula, o acórdão sob anotação deveria ter julgado a acção totalmente improcedente. Por isso se convocaram, dada a justeza da correspondente decisão, vários acórdãos dos nossos tribunais superiores que tiveram de julgar situações de todo similares àquela que constituía objecto do acórdão aqui analisado.

³⁷ Acórdão da Relação de Coimbra de 17.04.2012, processo n.º 5060/09.6TBLRA.C1.