

O "MODELO" ABERTO DE CLÁUSULA PENAL NO MOVIMENTO DE HARMONIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS¹

*THE OPEN "MODEL" FOR A PENALTY CLAUSE DURING
THE HARMONIZATION PERIOD OF EUROPEAN CONTRACT LAW*

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade
Portugalense.
apm@fd.uc.pt

Recebido em: 10.11.2015
Aprovado em: 23.12.2015

ÁREA DO DIREITO: Civil; Penal

RESUMO: A cláusula penal é uma figura jurídica antiga e importante, mas que apresenta problemas de identificação em diversos ordenamentos jurídicos, como é exemplo a disputa entre o modelo unitário e o modelo que admite a existência de várias espécies de cláusulas penais. A distinção entre cláusulas penais indenizatórias e cláusulas penais de caráter punitivo está no cerne de disputas entre os modelos de *common law* e de *civil law*. Neste artigo, apresenta-se uma breve síntese desses "modelos" tradicionais da cláusula penal, assim como o do modelo plural que tende a superá-lo. Examinar-se-á também as opções dos projetos de harmonização do direito europeu dos contratos.

ABSTRACT: The penalty clause of the civilian tradition is an ancient and often-used legal device. Nevertheless, defining its essence in the various legal systems that have adopted it still poses a challenge. This difficulty is most evident in the tension between the unitary model for the civilian penalty clause and the one that admits multiple types of penalty clauses. The distinction between liquidated damages and punitive damages clauses is at the heart of the debate regarding the common law and civil law models. This paper presents a brief overview of the traditional "models" for the civilian penalty clause, as well as an account of the upcoming multiple-type model that is slowly taking its place. In addition, it examines the options put forth by the various projects for the harmonization of European contract law.

-
1. Texto correspondente à conferência que proferimos na UCP – Universidade Católica Portuguesa, Porto, em 26.09.2014, no Colóquio sobre "Um direito europeu das obrigações? A influência do DCFR", que agora reduzimos a escrito com breves notas de rodapé.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil – Direito europeu dos contratos – Cláusula penal punitiva – Cláusula penal ressarcitória.

KEYWORDS: Civil law – European contract law – Punitive penalty clause – Liquidated damages clause.

SUMÁRIO: 1. Ponto prévio – 2. O modelo tradicional de cláusula penal – 3. Breve nota sobre a situação no direito comparado – 4. O modelo que defendemos desde 1990 – 5. A cláusula penal no DCFR – 6. Conclusão.

1. PONTO PRÉVIO

O título que damos a este trabalho indicia, logo à partida, uma tomada de posição, pelo nosso lado, quanto à atitude que vêm assumindo as propostas dos vários grupos de trabalho sobre o direito europeu das obrigações, no tocante à configuração da cláusula penal. E isto justamente na medida em que qualificamos de aberto o modelo desenhado por essas propostas. Vamos ter especialmente em conta o figurino da cláusula penal no “*Draft Common Frame of Reference*” (DCFR), sem prejuízo, ainda assim, de fazermos igualmente referência aos outros movimentos de harmonização do direito dos contratos, a maior parte dos quais se identifica, quanto à cláusula penal, com o modelo do DCFR. Mas para se perceber e justificar essa “abertura” teremos de começar por apresentar os outros “modelos” de cláusula penal, designadamente o que vigora nos países continentais – e aí, quer o modelo tradicional, quer aquele para que actualmente se vai apontando –, bem como o modelo que é seguido nos países de “*common law*”.

Essa a razão por que iniciamos o nosso percurso recordando, com uma breve síntese, o essencial desses “modelos” tradicionais – tanto o do sistema em que nos inserimos como o que corresponde à tradição anglo-americana –, assim como o do modelo *plural* que tende a superá-lo e para a construção do qual temos contribuído.¹

Só depois de darmos este passo veremos se e em que medida o “modelo” de cláusula penal abraçado pelo DCFR se aproxima ou afasta dos (ou de algum dos) outros e se ele constitui, efectivamente, um modelo “aberto”.

1. Desde a publicação da dissertação de doutoramento de António Pinto Monteiro, em 1990: *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990 (2.^a reimp., 2014), p. 419, ss., 577, ss., e passim.