

AS CLÁUSULAS PENAIS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

Pelo Prof. Doutor Miguel Pestana de Vasconcelos()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. A evolução jurisprudencial. 3. A modalidade de cláusula penal. 4. O regime imperativo do art. 935.º. 5. O regime das cláusulas contratuais gerais. 6. A redução por força do art. 812.º.

1. Introdução⁽¹⁾

Os contratos de locação financeira⁽²⁾ têm, como se sabe, um enorme relevo na vida económica e social. Trata-se de um dos mais

(*) Professor associado com agregação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

⁽¹⁾ As normas sem outra indicação pertencem ao Código Civil.

⁽²⁾ Sobre este contrato em geral, ver: DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, Lex, Lisboa, 1994; *idem*, *Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*, BFDUC, 1987, pp. 1, ss.; *idem*, *Locação financeira (leasing) e locação*, ROA, 2002, pp. 761, ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Locação financeira e garantia bancária*, in: Estudos de direito comercial (pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, pp. 5, ss.; *idem*, *Direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 417, ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 198, ss.; RUI PINTO DUARTE, *A locação financeira (estudo jurídico do leasing financeiro)*, Editora Danúbio, s/d (com nota prévia de 1983); *idem*, *O contrato de locação financeira. Uma síntese.*, Themis, 2010, pp. 135, ss.; *idem*, *Locação financeira — algumas questões*, in I Congresso de direito bancário (coord. Miguel

importantes instrumentos de concessão de crédito, tanto empresarial, como ao consumo. Crédito esse garantido — mas não só —, pela propriedade do bem. O que significa que estamos perante um contrato “bifronte” que é ao mesmo tempo de crédito e de garantia.

A locação financeira tem sido objeto de uma já considerável atenção doutrinal, e sobre ela existe uma amplíssima jurisprudência⁽³⁾, por vezes escassamente estudada e analisada.

Estes contratos, como é regra na contratação bancária em massa, são celebrados por via de cláusulas contratuais gerais⁽⁴⁾, que contribuem, articuladas com o regime do tipo legal, para fixar a sua disciplina. Um dos aspetos de maior relevo diz respeito às cláusulas penais que os locadores impõem aos aderentes, e é sobre elas que irá recair a nossa análise.

O percurso que iremos trilhar é o seguinte.

Começaremos por expor de forma breve aquelas que nos parecem mais relevantes e que têm merecido a atenção dos nossos tribunais⁽⁵⁾ e qualificaremos esta modalidade de cláusula penal.

De seguida, passamos a analisar a questão de três ângulos, ou, se se preferir, no seio de três quadrantes nos quais ela se deve inserir.

Em primeiro lugar, é necessário determinar se não existe uma norma imperativa que limite essas cláusulas.

Pestana de Vasconcelos), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 245, ss.; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português, vol. I, dos atos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 383, ss.; J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 515, ss.; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011; M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 351, ss.

⁽³⁾ Quanto ao STJ, e no que toca somente às cláusulas contratuais gerais, ver, p. ex., As Cláusulas Contratuais Gerais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro 2012), Gabinete de Juizes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça, Assessoria Cível, in: <www.stj.pt/ficheiros/jurisprudencia/clausulascontratuaisgeraisjurisprudenciastj.pdf>.

⁽⁴⁾ Ver ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Banca e cláusulas contratuais gerais (breve apontamento)*, in: I Congresso de direito bancário (coord. Miguel Pestana de Vasconcelos), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 101, ss.

⁽⁵⁾ Ver, sobre elas, R. PINTO DUARTE, *O contrato de locação financeira. Uma síntese.*, cit., pp. 170, ss. Sublinhando o relevo prático da questão, QUIRINO SOARES, *Contratos bancários*, SI, 2003, p. 124.

Em segundo lugar, se estas cláusulas contratuais gerais não serão inválidas por força do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/11.

Por fim, verificar se elas não deverão ser reduzidas por aplicação do art. 812.º.

Por uma questão de clareza, que, atendendo ao carácter complexo desta matéria, se impõe, tratá-las-emos sequencialmente.

2. A evolução jurisprudencial

I. Começaram por ser impostas (são cláusulas contratuais gerais) cláusulas nos termos das quais, incumprido e resolvido o contrato, o locador poderia exigir ao locatário o conjunto das rendas vencidas e não pagas, as rendas vincendas, assim como o valor residual^(6/7). Elas foram, em geral, consideradas, e bem, abusivas pela jurisprudência.

Com efeito, o locador resolvia o contrato, mas impunha uma solução em que ficava numa posição melhor do que se a outra parte tivesse cumprido, uma vez que obteria imediatamente a parte de amortização do capital incluída nas rendas vincendas (e retinha as já recebidas, mesmo nesta parte), os juros a constituir no futuro integrados nessas rendas, o valor residual e manteria a propriedade do bem⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Um das suas formulações era esta: “Em alternativa ao n.º 2 pode o locador optar por exigir o pagamento do montante de todas as rendas vencidas acrescido dos juros calculados nos termos do n.º 7 do art. 9.º, desde as datas de vencimento dessas rendas até às da sua efectiva cobrança, das rendas vincendas e do valor residual”. Trata-se de um caso decidido pelo STJ [acórdão do STJ de 31.5.2001 (Sousa Inês), in: <www.dgsi.pt>].

⁽⁷⁾ A prática consagra inúmeras variantes desta cláusula. Sobre ela, ver F. GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, cit., pp. 251, ss. E, em Itália, A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in: *Tratato di diritto privato* (a cura de Giovanni Iudica e Paolo Zatti), Giuffrè, Milão, 1995, p. 411.

⁽⁸⁾ Lapidariamente, o acórdão do STJ de 31.5.2001 (Sousa Inês), cit.: “Com o incumprimento e a resolução, a considerar-se válida a cláusula em exame, o locador ainda ganharia mais que com o cumprimento do contrato, uma vez que receberia a totalidade do capital investido, o juro e o lucro, tudo imediatamente a seguir à resolução, tudo como se findo o contrato o locatário optasse pela compra, mas continuando o locador com a pro-

Mas mesmo na versão em que se transmitisse a propriedade do bem, ainda assim, para além de se manter em melhor posição, porque desde logo obtinha antecipadamente os juros a constituir no futuro, não é aceitável impor a compra do bem, que consiste num direito, mas não de um dever do locatário⁽⁹⁾. Ora o incumprimento não pode ter por efeito transformar esse direito da contraparte da instituição de crédito num dever.

Os tribunais puseram-lhes, bem, cobro.

II. A cláusula penal que acabou por vir, em geral⁽¹⁰⁾, com flutuações⁽¹¹⁾, a ser aceite⁽¹²⁾ foi aquela em que o locatário, para além de ter que pagar as prestações vencidas, terá ainda que pagar 20% das prestações vincendas e o valor residual⁽¹³⁾. Subentende-se

priedade da coisa locada.” Acórdão que entendeu, e bem, que a referida cláusula viola o art. 19.º, al. c) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, sendo, pois, nula (art. 12.º Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10).

⁽⁹⁾ Nesta linha quanto ao dever de comprar, o acórdão do STJ de 10.7.2012 (Serra Baptista), in: <www.dgsi.pt>: “São, pois, nulas, as cláusulas em apreço, na parte em que, em alternativa da resolução do contrato, prevêem, em caso de incumprimento por banda do locatário, a obrigatoriedade de aquisição da coisa locada”.

⁽¹⁰⁾ Em termos tendenciais. Há diversas flutuações. Para efeitos de análise, é suficiente, porque o critério que passamos a desenvolver se aplica também a cláusulas penais com outros conteúdos. Referindo-se à tendencial uniformização dos contratos nestes termos, F. GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, cit., p. 251.

⁽¹¹⁾ Ver, p. ex., o acórdão do STJ de 8.05.2001 (Pinto Monteiro), in: *As Cláusulas Contratuais Gerais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*, (Sumários de Acórdãos de 1996 a Outubro 2012), Gabinete de Juizes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça, Assessoria Cível, in: <www.stj.pt/ficheiros/jurisptematica/clausulascontratuaisgeraisjurisprudenciastj.pdf>: “não se tendo feito prova da inexistência de danos, as cláusulas contratuais que fixam, a título de indemnização, um montante igual a trinta por cento do capital financeiro em dívida no momento da resolução e que estabelecem a indemnização pelo atraso na entrega do locado, não são nulas, nos termos do art. 19.º, alínea c), do DL n.º 446/85, de 25-10, alterado pelo DL n.º 220/95, de 3-08.” (sumário).

⁽¹²⁾ Sobre ela, ver J. RIBEIRO DE FARIA, *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão*, in: *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 12-13.

⁽¹³⁾ “Não pode abstractamente considerar-se nula, por desproporcionada ao dano a ressarcir, a cláusula inserta em contrato de locação financeira, que estabelece que, resolvido o contrato, o locatário se constitui na obrigação de pagar indemnização igual a 20% da soma das rendas vincendas com o valor residual”. Acórdão do STJ de 11.01.2001 (Dio-

que perde, também, as prestações pagas (uma vez que, se não fosse isso, teria direito à sua restituição).

3. A modalidade de cláusula penal

I. Antes de prosseguirmos é de todo o relevo qualificar esta cláusula. Na verdade, de acordo com o sustentado de Pinto Monteiro, deve-se distinguir entre a cláusula penal em sentido estrito, a cláusula penal como fixação antecipada da indemnização e a cláusula penal compulsória⁽¹⁴⁾. É uma questão de interpretação negociada, tendo que se ter em conta o escopo das partes⁽¹⁵⁾.

Creemos que daí decorre que elas pretenderam, simplesmente, pré-fixar a indemnização por incumprimento, dada dificuldade posterior em determinar os danos⁽¹⁶⁾. Mas não se tem aqui em vista propriamente compelir o devedor a cumprir o contrato, sujeitando-o a uma sanção pesada, ou à ameaça⁽¹⁷⁾ de uma sanção pesada, tendo assim um carácter compulsório, se ele não o fizer⁽¹⁸⁾.

Não se vê aqui um interesse tão relevante do locador no pontual cumprimento do contrato que o leve a criar uma verdadeira cláusula penal. Estamos, recorde-se, face a um contrato de crédito,

nísio Correia), sumário, in: As Cláusulas Contratuais Gerais na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, cit. De forma idêntica, o Acórdão do STJ de 3.06.2003 (Pinto Monteiro) in: <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁴⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 19, ss.; pp. 280, ss.; pp. 671, ss. (para as modalidades de cláusulas).

⁽¹⁵⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 638, ss., p. 642.

⁽¹⁶⁾ Neste sentido, na doutrina alemã, ver M. MARTINEK, *Das Leasinggeschäft*, in: HERBERT SCHIMANSKI/HERMAN-JOSEF BUNTE/HANS-JÜRGEN LWOWSKI, *Bankrechts-Handbuch*, Band II, 4.^a ed., C. H. Beck, Munique, 2011, § 102, pp. 926-927.

⁽¹⁷⁾ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 19; *idem*, *Sobre o controlo da cláusula penal*, in: Comemorações dos 35 anos do Código civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 196.

⁽¹⁸⁾ Para esta distinção de regime entre a cláusula de fixação antecipada da indemnização e a cláusula penal em sentido estrito, destacando o facto de esta última ser independente dos danos em concreto, que podem nem sequer se verificar, e poder ser exigida face ao simples mora, o que não sucede no primeiro caso, ver A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 443, pp. 579-580, p. 634.

em que a posição do locado está especialmente segura relativamente aos outros contratos de crédito próximos (p. ex., o mútuo), porque é titular da propriedade do bem que, conforme se tem sublinhado, desempenha uma função de garantia (a que pode juntar outras).

Todavia, o cálculo do dano em caso de incumprimento, dada a necessidade de se entrar em conta com diversos factores, é complexo. Por isso, se recorre à sua fixação prévia da indemnização. É esse o sentido da cláusula⁽¹⁹⁾.

4. O regime imperativo do art. 935.º

I. Há aqui três aspetos a ter em conta relativamente ao art. 935.º

O primeiro é o da sua aplicabilidade à locação financeira. O segundo está relacionado com o seu regime. O terceiro tem a ver com as modalidades de cláusulas penais aqui previstas e da adaptação do seu regime à locação financeira, se se entender que é aplicável.

II. Sustentamos a aplicabilidade dos arts. 934.º e 935.º à locação financeira dirigida à aquisição do bem, em virtude da extensão decorrente do art. 936.º, n.º 1 a “todos os contratos pelos quais se pretenda obter resultado equivalente ao da venda a prestações”. O que é o caso⁽²⁰⁾.

De facto, apesar de haver diferenças tanto no âmbito estrutural como na disciplina, o critério da lei é o do resultado ser equivalente. E desse prisma há uma proximidade muito grande à venda a prestações com reserva de propriedade e entrega da coisa.

Trata-se, em ambos os casos, de contratos pelos quais se concede crédito à outra parte, se lhe entrega o bem que ela passa a usar, sendo a tutela do credor a propriedade do bem, mantida na

⁽¹⁹⁾ Refira-se, em termos de direito comparado, que o BGH tem uma atitude severa com este tipo de cláusulas de fixação prévia da indemnização na locação financeira, e, na dúvida, toma por base a avaliação em concreto do dano. Ver M. MARTINEK, *Das Leasinggeschäft*, cit., § 101, p. 927.

⁽²⁰⁾ Ver, para a demonstração deste aspeto, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 514, ss.

sua esfera. Note-se que as rendas na locação financeira são rendas financeiras, calculadas para amortizar o bem e pagar os juros e de forma semelhante na venda a prestações com reserva de propriedade o cálculo das prestações implica o valor de amortização do valor de venda do bem, mais o custo do crédito concedido.

III. Temos depois o regime do art. 935.º. Distinguem-se aqui duas figuras: uma verdadeira cláusula penal e uma cláusula de perda de prestações pagas.

Nos termos do art. 935.º, n.º 1, a cláusula penal está limitada a metade do valor do preço. Sendo fixada em montante superior, reduz-se automaticamente a essa quantia (art. 935.º, n.º 2)⁽²¹⁾. Apesar disso, as partes podem estipular a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido, caso em que o credor que pretenda obter uma indemnização superior ao estabelecido na cláusula terá que provar esse dano (art. 935.º, n.º 1).

Está também prevista a cláusula de perda de prestações pagas.

Caracterizemo-la brevemente.

Esta figura^(22/23) aproxima-se da cláusula penal, mas tem uma estrutura diversa, uma vez que essas quantias já foram recebidas e o locador teria que as restituir⁽²⁴⁾.

(21) Trata-se de uma cláusula relativa à indemnização que o credor pode exigir no caso de resolução do contrato, cfr. V. LOBO XAVIER, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, RDES, 1974, pp. 259, ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, vol. III, contratos em especial*, cit., pp. 55-56. Noutro sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 232. Cremos que têm razão os primeiros Autores. Aliás, terá mesmo que ser assim no caso da perda das prestações já pagas, porque se visa dessa forma obstar a um dos efeitos da resolução.

(22) Trata-se de uma cláusula de perda de direitos — A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 58, ss.; *idem*, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, Dir., 1990, p. 567.

(23) Cf. MASSIMO BIANCA, *La vendita e la permuta*, in: Trattato di diritto civile italiano (dirigido por Filippo Vassalli), volume settimo, tomo primo, Utet, Turim, 1972, pp. 550, ss. Denominado em Itália *patto di confisca delle rate* e considerado pela doutrina como uma forma de cláusula penal do art. 1382.º do *Codice Civile*. Cf. G. AVERSANO, *La vendita com riserva di proprietà (artt. 1523-1526)*, in *Codice della vendita* (a cura di Vincenzo Buonocore, Angelo Luminoso, Caterina Miraglia), 3.ª ed., Giuffrè, Milão, 2012, p. 954.

(24) Pese embora essa diferença estrutural, a semelhança em termos funcionais, permite a aplicação do regime da cláusula penal. Assim, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula*

Dispõe o art. 935.º, n.º 2, que elas não podem exceder metade do preço⁽²⁵⁾. Sempre que superarem esse valor, opera-se igualmente a redução.

No entanto, se houver prejuízo excedente e se tiver convenicionado a sua ressarcibilidade, o locador poderá ser ressarcido pela totalidade do dano (pelo interesse contratual positivo)⁽²⁶⁾.

Quando tal não tenha sido acordado, ainda assim, não está o vendedor estritamente limitado pelas prestações recebidas que representem metade do preço. De facto, tratando-se da cláusula de retenção das prestações pagas, se elas excederem metade do preço, dá-se a mesma redução, mas, não obstante, confere-se ao vendedor a faculdade de demonstrar dano superior até esse montante, ou seja, até ao montante das prestações recebidas. Todavia, no caso de o valor das prestações retidas ser inferior ao dano efetivo, o vendedor só poderá exigir a indemnização por todo o prejuízo sofrido, se as partes o tiverem acordado⁽²⁷⁾.

Recorrendo a um exemplo. Se o preço for de 100 dividido em 10 prestações, tendo sido pagas 4 prestações, o vendedor pode retê-las. Se tiverem sido pagas 6 (60), terá que devolver 10. Contudo, se o prejuízo for superior a 50, demonstrando-o, pode o vendedor exigir uma indemnização até ao valor das prestações recebidas, ou seja, de 60, mesmo sem acordo nesse sentido. Na eventualidade de ter recebido prestações no valor de 60, mas se o

penal e indemnização, cit., p. 65; *idem*, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, cit., p. 568.

⁽²⁵⁾ No direito italiano (art. 1526.º, n.º 2 do *Codice Civile*), onde o nosso Código neste ponto se inspirou, é igualmente prevista uma cláusula de perda das prestações pagas, a “título de indemnização”, mas não se estabelecem valores máximos. Apenas se confere ao tribunal o direito de reduzir esse valor, “segundo as circunstâncias”. Exige-se aqui na doutrina “uma desproporção excessiva entre o montante das prestações recebidas e o conteúdo da pretensão ressarcitória e indemnizatória que aproximadamente caberia ao vendedor.” M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 552.

⁽²⁶⁾ Noutro sentido, sustentando dever ser a indemnização calculada pelo interesse contratual negativo, V. LOBO XAVIER, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, cit., p. 262.

⁽²⁷⁾ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, cit., p. 232; A. PINTO MONTEIRO, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, cit., p. 568; P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial) contratos, Compra e venda, locação, empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão), p. 94.

prejuízo for de 70, só se houver acordo (de ressarcibilidade do dano excedente) pode peticionar uma indemnização pela totalidade do dano (que terá que demonstrar).

IV. A noção de preço a que se recorre no art. 935.º não é aquela de preço em sentido técnico, ou em sentido estrito, como contrapartida da transmissão da propriedade. Ele engloba também o custo do crédito — os juros — e outras despesas⁽²⁸⁾. Pelo que o limite decorrente desta disposição não significa, na verdade, metade do preço de aquisição do bem, mas metade do custo global do negócio.

No que toca à locação financeira, o preço, neste sentido, abarca o montante de todas as rendas mais o valor residual do bem comprado.

Assim determinado, a cláusula penal não pode ser superior a metade desse montante.

V. Estamos, desta forma, em posição para avaliarmos as cláusulas penais previstas nos contratos de locação financeira e aceites pelos nossos tribunais. Estruturalmente, temos nestes casos uma cláusula penal como fixação antecipada da indemnização e também uma figura próxima, a cláusula de perda de prestações realizadas, que se articulam de forma global.

Desde logo, elas integram uma parte de retenção de rendas pagas. Depois, a outra parte do valor determina-se numa percentagem das rendas vincendas (os 20%), mais o valor residual. Elas têm, assim, um carácter móvel, sendo o seu montante, maior ou menor, de acordo com o número (e valor) das rendas já pagas⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Como sublinha V. LOBO XAVIER, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil*, cit., pp. 241-244. Era a posição já sustentada por LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1934, p. 601 (engloba: preço em si, juros, outras despesas).

⁽²⁹⁾ Para este aspeto face ao art. 935.º, n.º 2, ver A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 692-693.

Se esta quantia ultrapassar metade do preço (rendas mais valor residual), será reduzida a esse montante⁽³⁰⁾, podendo as partes sempre prever a ressarcibilidade do dano excedente, como resulta do art. 935.º.

VI. Restam-nos as duas últimas questões colocadas. A aplicação do art. 19.º, al. c), do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, e/ou o art. 812.º

⁽³⁰⁾ Voltando a um exemplo simples. Os dados são os seguintes: o preço de compra do bem ao vendedor é de 100, e ele se reparte-se em 80 integrados nas rendas e 20 no valor residual. Os juros globalmente considerados são de 40, o que significa que o valor das rendas é de 120. O prazo é de 10 meses, sendo o valor mensal das rendas (constantes) de 12 (a benefício de análise — a composição das rendas, em regra, é diversa, como se referiu, sendo a parcela de juros maior nas primeiras rendas, invertendo-se depois a proporção nas últimas rendas —: 8 de amortização mais 4 de juros).

Suponhamos que eram pagas 4 rendas (48) e que, de seguida, o locador resolvia o contrato por incumprimento da outra parte.

Se a cláusula penal fosse composta pela retenção das rendas pagas, mais 20% das rendas vincendas mais o valor residual, teríamos o seguinte resultado: 48 (rendas pagas) + 15,5 (20% de 72, as rendas vincendas) + 20 (valor residual) = 83,5.

Como metade do valor global a atender (140 = 120 das rendas + 20 do valor residual), seria 70, a cláusula seria reduzida até esse valor, neste caso em 13,5.

Contudo, se as rendas pagas tivessem sido 5 (60), o valor da cláusula penal seria de 92 (60, rendas pagas + 12 — 20% das rendas vincendas, que são 60 + 20, valor residual). Teria que se reduzir em 22.

Pelo contrário, se as rendas pagas tivessem sido 3 (36), o valor da cláusula penal seria de 72,8 (36, rendas pagas + 16,8 - 20% das rendas vincendas, no valor de 84 + 20, valor residual), pelo que a redução seria de 2,8.

Já se as rendas pagas tivessem sido só 2 (24), o valor da cláusula penal seria de 63,3 (24, rendas pagas + 19,2 - 20% das rendas vincendas, no valor de 96 + 20, valor residual). Não haveria lugar a qualquer redução.

Não se esqueça, porém — o que é do maior relevo —, que o locador mantém-se proprietário do bem que poderá vender no mercado ou dar a outrem em locação financeira.

5. O regime das cláusulas contratuais gerais [art. 19.º, al. c) do Dec.-Lei n.º 445/86 de 25/10]

I. As cláusulas penais previstas pelo locador financeiro são cláusulas contratuais gerais, pelo que se lhes aplica o regime destas.

E não é por estarmos ainda dentro do âmbito do art. 935.º que uma cláusula não possa ser logo, atendendo em especial ao valor económico do bem dado em locação financeira, desproporcionada face aos danos expectáveis. Os pressupostos, os efeitos e as finalidades das referidas normas são diversos⁽³¹⁾.

Ponto é que se verifiquem os elementos previstos no art. 19.º, al. c) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10.

O que significa avaliar se, no âmbito do quadro negocial padronizado⁽³²⁾, tendo em conta não só o tipo contratual, mas igualmente a modalidade de locação financeira, o bem seu objeto (e as suas particularidades, em especial a desvalorização expectável), o prazo contratual, essa cláusula é desproporcionada face ao dano previsível^(33/34), ou seja, aquele que é expectável de acordo

⁽³¹⁾ Como refere JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO (*Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, BFD, número especial, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, IV, Coimbra, 1997, p. 288, nota 91): “com pressupostos, efeito — redução (...) — e finalidades próprias, os limites estabelecidos naqueles dispositivos não são sobreponíveis ao do art. 19, al. c), pelo que a protecção do devedor contra os riscos específicos dessas situações não prejudica a tutela que ele goza, na qualidade de aderente a c.c.g., e vice-versa”.

⁽³²⁾ E não para aquele contrato em concreto com as suas circunstâncias individualizadoras, específicas. Desenvolvidamente sobre este ponto J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 265, e pp. 247-249 nota 13 (para os elementos a ter em conta nessa valoração); A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil, II, parte geral, negócio jurídico*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 450.

⁽³³⁾ Aqueles que “normal e tipicamente resultam, dentro do “quadro negocial padronizado” em que o contrato se integra”, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., p. 286. Claro está, sem se atender às particularidades daquele contrato. O que não obsta a que se possam em abstrato ter em conta esses factores, pelo menos os dois primeiros. Ver também M. J. ALMEIDA COSTA/A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, cit., p. 46.

⁽³⁴⁾ Noutro sentido, sustentando uma avaliação face ao dano efetivo, ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 417.

com o “normal curso das coisas”⁽³⁵⁾. Para tal não basta que o montante previsto na cláusula seja simplesmente superior, ou ligeiramente superior, ao dano expectável nos termos referidos: é necessária “uma desproporção sensível”⁽³⁶⁾. Quando assim for, a consequência é a nulidade.

Neste quadro, reforce-se, os aspetos de maior relevo serão o montante das rendas, o valor de mercado do objeto do contrato e sua evolução previsível (há bens que se desvalorizam muito rapidamente, há bens que se depreciam pouco e há mesmo, em certos casos, bens que se valorizam com o decurso do tempo), assim como a modalidade de locação financeira.

Na verdade, quanto a este último aspeto, na *sale and lease back*, o preço pago pela sua aquisição ao locatário financeiro/vendedor (o financiamento) será sempre inferior ao seu valor de mercado (como o bem é o objeto da garantia, o crédito concedido — o preço — é sempre menor do que o seu valor).

Recorrendo a um exemplo:

A dá em locação financeira um automóvel de luxo a *B*. O preço (de compra ao concessionário dos automóveis) é de 1000, sendo repartida a amortização de 800 em 10 rendas, com os juros no valor de 100 (valor global das rendas: 900). Cada renda teria o valor de 90. O valor residual é de 200. A desvalorização expectável do automóvel nesse período de tempo (1 ano) é de 10%⁽³⁷⁾. A cláusula penal é — claramente, neste caso —, desproporcionada aos danos a ressarcir [art. 19.º, al. c) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10] e, portanto, nula.

⁽³⁵⁾ Na formulação do § 309, 5, al. a) BGB: “nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden”.

⁽³⁶⁾ M. J. ALMEIDA COSTA/A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 47. Exigindo um excesso significativo, J. CALVÃO DA SILVA, *Banca, bolsa e seguros, tomo I, Direito europeu e português*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 202. Porém, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., pp. 289, ss.

⁽³⁷⁾ Sublinhe-se que o locatário tem o dever de fazer um seguro do bem contra a sua perda e deterioração [art. 10.º, n.º 1, al. g) do Dec.-Lei n.º 149/95, de 24/6].

Note-se que neste casos este, mesmo o limite de 50% do preço (decorrente do art. 935.º), aqui 550 (900 das rendas + 200 do valor residual), tendo em conta que o automóvel valerá 900 é muito elevado.

Claro que o resultado seria diverso se estivéssemos face a bens que se depreciassem rapidamente e o prazo contratual fosse mais extenso.

6. A redução por força do art. 812.º

I. Não cremos mesmo que o art. 935.º implique que as cláusulas penais que passem no seu teste fiquem sempre fora do controlo do art. 812.º⁽³⁸⁾. Ou seja: preenchidos estes requisitos não poderia ser reduzida; este regime afastaria o do art. 812.º.

Não é, parece-nos, assim.

O que a lei impõe é que não se ultrapasse este valor.

Mas tal não significa que, mesmo não o excedendo, a cláusula esteja isenta de controlo pelo art. 812.º (que permite um controlo mais “fino”). E sendo, naquele caso, marcado pelos seus contornos específicos, uma cláusula manifestamente excessiva⁽³⁹⁾, venha a ser reduzida de acordo com a equidade⁽⁴⁰⁾. Aqui, para a redução,

⁽³⁸⁾ O não afastamento do regime geral do art. 812.º pelo do art. 935.º havia sido já sustentado por A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., p. 66; *idem*, *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, cit., p. 565.

⁽³⁹⁾ Os conceitos indeterminados de desproporção e de manifesto excesso, como é claro, não são coincidentes. O primeiro é muito mais apertado do que o segundo. Quanto ao manifesto excesso, e o seu preenchimento, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 739, ss.; *idem*, *Sobre o controlo da cláusula penal*, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, volume III, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 202, ss.

⁽⁴⁰⁾ Ao contrário do art. 19.º, al. c) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, não se trata aqui de um controlo geral, abstrato, *ex ante*, sem atender às circunstâncias concretas do caso individual (assim, quanto a esta norma, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, cit., pp. 25-266). O que não acontece no art. 812.º, centrado nas particularidades do caso concreto.

haverá que contar, também, como no seu pressuposto, tanto com aspetos objetivos como subjetivos⁽⁴¹⁾.

Note-se que, agora, relativamente art. 19.º, al. c) do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25/10, dentre outros aspetos diferenciadores, o controlo realizado aqui não é feito *ex ante*, tendo em conta os danos previsíveis, mas, antes, aqueles em concreto sofridos (para o que poderão ter contribuído circunstâncias não expectáveis).

⁽⁴¹⁾ Assim, e de forma desenvolvida sobre este ponto, ver A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 717, ss., pp. 739, ss. Note-se, como destaca este Autor (*ob. últ. cit.*, p. 723), que a existência dos mecanismos específicos de controlo não afasta aqueles decorrentes das “normas e princípios de alcance geral”, tanto no que diz respeito “ao acordo das partes”, como no que toca ao “exercício do direito”.