REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW

ANO LXVI 2025 NÚMERO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXVI (2025) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
Gertrude Lübbe-Wolff (Professora da Universidade de Bielefeld)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Kai Ambos (Professor da Universidade de Gotinga)
Luís Greco (Professor da Universidade Humboldt de Berlim)
Massimo La Torre (Professor da Universidade de Catanzaro)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Paul Kahn (Professor da Universidade de Yale)
Pierre Brunet (Professor da Universidade de Paris I - Panthéon Sorbonne)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

Luís Pereira Coutinho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Cláudia Madaleno
Francisco Rodrigues Rocha
Marco Caldeira
Raquel Franco Moniz
Rui Soares Pereira

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO
LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116 Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2025

ÍNDICE 2025

Luís Pereira Coutinho
9-11 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

Lars Vinx
15-46 Radbruch's Legal Philosophy: From the Cultural Concept of Law to the Radbruch-Formula
A Filosofia do Direito de Gustav Radbruch: Do conceito cultural de direito à fórmula de Radbruch

Luís Greco
47-64 Identidade, autenticidade e culpabilidade – reflexões por ocasião dos novos processos contra "velhos nazistas"
Identity, Authenticity and Guilt – Reflections on the New Processes against "Old Nazis"

ESTUDOS DOUTRINAIS

Catarina Almeida Coelho
67-119 A redução da pena convencional em caso de atraso na execução da obra em contratos de construção internacionais. Análise de Direito Internacional Privado e de Direito Comparado dos ordenamentos jurídicos inglês, espanhol e português
Delay Damages Clause Reduction on International Construction Contracts. Analysis Of Private International Law and Comparative Law of the English, Spanish and Portuguese Legal Systems

Daniel Bessa de Melo
121-135 Do depósito do preço na ação de execução específica de contrato-promessa
On the Deposit of the Purchase Price in a Claim for the Performance of a Preliminary Contract

Herbert Küpper
137-197 The Effect of War on a Legal System – the Russian Example
O efeito da guerra numa ordem jurídica – o exemplo da Rússia

Manuel Barreto Gaspar
199-240 As idiossincrasias jus-administrativas do Estado Novo português e do Estado fascista italiano: Breve jornada pela evolução histórica do Direito Administrativo e pelo pensamento jurídico marcellista – Parte II
The Legal-Administrative Idiosyncrasies of the Portuguese Estado Novo and the Italian Fascist State: Brief Journey through the Historical Evolution of Administrative Law and the Marcellista Juridical Thought – Part II

Pedro Gil Martins
241-287 Os acordos informais da Administração Pública: a problemática da legalidade e vinculatividade
T The Informal Agreements of the Public Administration: The Problems Concerning Their Legality and Bindingness

Pedro Madeira de Brito
289-335 Revisitando o conceito de subordinação jurídica à luz do trabalho em plataformas digitais e da presunção de laboralidade do artigo 12.º-A
Rethinking the Concept of Legal Subordination in Light of Work on Digital Platforms and the Presumption of Employment of Article 12-A

CONFERÊNCIAS E COLÓQUIOS

Ana Rita Gil
339 Conferência "Regulating Human Rights & Business"

Jernej Letnar Černič
341-357 The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights and its Contours
Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos e seus contornos

Ana Rita Gil | Thaís Leonel Magalhães
359-381 The OECD's Blueprint for Multinational Responsibility: Historical and Contemporary Perspectives
O plano da OCDE para a responsabilidade das empresas multinacionais: perspetivas históricas e contemporâneas

Ricardo Fernandes
383-402 The Road to Mandatory Due Diligence: Tracing the EU Directive's Legislative Journey
O caminho para a obrigatoriedade do dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade: traçando o percurso legislativo da diretiva da UE

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

Cláudia Madaleno
405-423 Ainda o arrendamento *versus* hipoteca. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de fevereiro de 2025
Yet Again on House Rental vs. Mortgage. Comment to the Decision of the Supreme Court of Justice of 25 February 2025

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

Gonçalo Sampaio e Mello
427-466 Presença de vultos históricos no acervo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Presence of Historical Figures in the Faculty of Law of the University of Lisbon's Collection

José Luís Bonifácio Ramos
467-475 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Cláudia Alves Trindade, *A Livre Convicção do Juiz e a Fundamentação da Decisão sobre Matéria de Facto no Processo Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 21 de Novembro de 2024
Argument presented on occasion of the doctoral examinations of Cláudia Alves Trindade on the thesis The Free Conviction of the Judge and the Basis of the Decision on Matters of Fact in Civil Procedure Law*, Faculty of Law, University of Lisbon, November, 21, 2024*

LIVROS & ARTIGOS

José Maria Cortes
479-488 Recensão a *Das lacunas da lei, no Direito português: maxime, do disposto no art. 203.º da CRP* de João Pedro Charters de Azevedo Marchante
Review of the Work Das lacunas da lei, no Direito português: maxime, do disposto no art. 203.º da CRP*, by João Pedro Charters de Azevedo Marchante*

A redução da pena convencional em caso de atraso na execução da obra em contratos de construção internacionais
Análise de Direito Internacional Privado e de Direito Comparado dos ordenamentos jurídicos inglês, espanhol e português

Delay Damages Clause Reduction on International Construction Contracts
Analysis Of Private International Law and Comparative Law of the English, Spanish and Portuguese Legal Systems

Catarina Almeida Coelho[*|**]

Resumo: Em caso de celebração de um contrato internacional de construção no qual existe uma cláusula penal que tem como propósito acautelar as situações de atraso, questiona-se em que termos poderá o tribunal, ao abrigo dos ordenamentos jurídicos inglês, espanhol e português (como Direito aplicável), reduzir a pena convencional.

Palavras-Chave: cláusula penal; contratos de construção internacional; redução da pena convencional; cláusula penal em caso de atraso na execução da obra.

Abstract: Before an international construction contract in which there is a penalty clause agreed upon to account for delays, the question arises as to how the court, under the English, Spanish and Portuguese legal systems (as the domestic law selected by the parties), can reduce the amount of the delay damages clause.

Keywords: penalty clause; international construction contracts; reduction of liquidated damages clause; delay damages clause.

Sumário: 1. Razão de ordem; 2. Contratos de Construção Internacionais; 3. A cláusula Penal e o atraso na conclusão da obra; 3.1. Razão de Ordem; 3.2. Noção de Cláusula Penal;

[*] Catarina Almeida Coelho, Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, bolseira do Centro de Investigação de Direito Privado e Advogada.

[**] Agradeço à Professora Doutora Elsa Dias Oliveira e ao Dr. Henrique Marques Candeias pelos comentários, sugestões e orientações que contribuíram para a elaboração e conclusão deste trabalho.

3.3. Funções da cláusula penal; 3.4. Cláusulas penais em caso de atraso de execução da obra; 4. Propostas de harmonização do regime aplicável a cláusulas penais; 4.1. Razão de Ordem; 4.2. A Resolução 78.º, n.º 3 do Conselho da Europa de 20 de janeiro de 1978 relativa às cláusulas penais no Direito Civil; 4.3. Regras Uniformes da CNUDCI relativas a Cláusulas Contratuais estipulando o pagamento de uma quantia em caso de incumprimento; 4.4. Princípios do Direito dos Contratos Europeu, Princípios UNIDROIT e DCFR; 5. Direito material comparado: a redução da pena convencional nos contratos de construção; 5.1. Razão de Ordem; 5.2. Direito espanhol; 5.3. Direito inglês; 5.4. Direito português; 5.5. Síntese comparativa; 6. Determinação do Direito aplicável às cláusulas penais; 6.1. Razão de Ordem; 6.2. Direito europeu: Roma I; 6.2.1. Âmbito de aplicação; 6.2.2. Critérios de determinação da lei aplicável perante a escolha das partes; 6.2.2.1. Razão de ordem; 6.2.2.2. Escolha de leis diferentes para regular o contrato e a cláusula penal; 6.2.2.3. Elementos da situação num país que não o da lei escolhida; 6.2.3. Âmbito da lei aplicável.

Introdução[**]

I. O presente estudo tem por objeto a redução da pena convencional[1], em caso de atraso na execução da obra de um contrato comercial internacional de construção celebrado entre entes empresariais particulares[2].

[**] Lista de abreviaturas: AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; CC – Código Civil; CCE – Código Civil Espanhol; CISG – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias); CNUDCI – Comissão das Nações Unidas para Direito Comercial Internacional; CR – Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais; DCFR – Draft Common Frame of Reference; EUA – Estados Unidos da América; FIDIC – Fedération Internationale des Ingénieurs – Conseils; JOCE – Jornal Oficial da Comunidade Europeia; n.º – número; ONU – Organização das Nações Unidas; PECL – Principles of European Contract Law; PEL SC – Principles of European Law on Service Contracts; PICC – Principles of International Commercial Contracts; Roma I – Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais; TUE – Tratado da União Europeia; UE – União Europeia; UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação de Direito Privado (International Institute for the Unification of Private Law).

[1] Com Menezes Cordeiro, "usamos «cláusula penal» como convenção das partes relativa ao tema e "pena convencional" enquanto consequência da concretização da cláusula penal." António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil– Direito das Obrigações – Cumprimento e não-cumprimento – Transmissão – Modificação e extinção,* volume IX, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, (reimpr.), p. 475.

[2] Tal delimitação terá como consequência estarmos no âmbito do DCI. Primeiro, por se considerar comerciais, atendendo a um "conceito autónomo de comercialidade" apontado por Lima Pinheiro, "os contratos celebrados entre entes empresariais". Luís de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional – Contratos comerciais internacionais, Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias, arbitragem transnacional,* Coimbra, Almedina, 2005, p. 59. No que toca a se estar perante um contrato comercial, note-se que à luz do direito interno português há quem entenda

Em concreto, pretendemos determinar o Direito aplicável ao referido contrato (na escolha expressa de lei pelas partes) e averiguar a possibilidade de redução da pena convencional ao abrigo dos ordenamentos jurídicos inglês, espanhol e português.

II. Tendo em consideração o exposto, importa delimitar pela negativa o tema escolhido, com o objetivo de clarificar o objeto de estudo do trabalho.

Dado o objeto de estudo selecionado, quando analisamos o Direito português, não exploramos o regime constante dos artigos 810.º e 811.º CC[3].

---

que a empreitada pode ser civil (e encontra-se tipificada nos arts. 1207 a 1230.º CC) ou comercial (não está tipificada como contrato de empreitada mercantil, mas estará "como empresa comercial, como atividade tipicamente mercantil, no n.º 6 do art 230.º do Código Comercial"). Pedro Pais de Vasconcelos /Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial,* volume I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 244. Por outro lado, estaremos perante um contrato "internacional" se existir um conflito de leis, que suscite a necessidade de aplicar regras de DIP (i.e., se os seus elementos ou circunstâncias se encontrarem em contacto com mais do que uma ordem jurídica, desenvolvem-se dentro do âmbito de eficácia possível de várias ordens jurídicas). Maria Helena de Brito, *Direito do Comércio Internacional,* Almedina, Coimbra, 2004, p. 150. A autora salienta que nem todos os elementos ou pontos de contacto são relevantes para provocar a intervenção das regras de DIP, e dependerá da questão em causa e do sistema de DIP do foro. *Eadem,* p. 151. Nas palavras da autora: "A internacionalidade que se deduz de tal critério tem, na verdade, um carácter eminentemente conflitual e não material. Não pode, todavia, esquecer-se que a noção jurídica de contrato internacional surgiu no âmbito do método conflitual e do princípio da autonomia privada, com o objectivo de permitir a aplicação do método conflitual e do princípio da autonomia privada; na sua origem, a noção jurídica de contrato internacional constitui, portanto, a justificação para o recurso ao procedimento conflitual e, ao mesmo tempo, define a finalidade e a função do direito internacional privado." *Eadem,* p. 151. Luís De Lima Pinheiro, entende que o "conceito de internacionalidade relevante para a aplicação do Direito de Conflitos geral dos contratos obrigacionais" tem de considerar a CR; ao abrigo da mesma "caem dentro do campo de aplicação da Convenção as situações, por comportarem um ou vários elementos de estraneidade relativamente à vida social de um país "dão aos sistemas jurídicos de vários países vocação a aplicar-se". Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit., pp. 67-71. Desta forma, não existe um conflito de leis e trata-se de uma situação interna quando as partes de um dado país celebram um contrato que aí deve ser executado, sem outras conexões relevantes com um estado estrangeiro, mas selecionam uma lei estrangeira para regular o contrato. À luz do art. 3.º do Roma I (equivalente ao art. 3.º da CR), o autor considera que uma situação interna não origina um conflito de leis, entrando em contradição com o disposto no art. 1.º, n.º 1 do Roma I. Quando as partes selecionam uma lei estrangeira num contrato interno, estar-se-á perante uma "referência material, i.e., a incorporação das regras da lei estrangeira como cláusulas do contrato". Luís De Lima Pinheiro *Direito Internacional Privado – Direito dos Conflitos – Parte especial – Negócio jurídico, obrigações, direitos reais, insolvência direitos de propriedade intelectual, relações de família, sucessões e arbitragem transnacional,* volume II, 5.ª edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, p. 79.

[3] Quanto a este último, poderia ter interesse para o nosso tema o n.º 3 do artigo 811.º CC, que dispõe que: "O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do

Acresce que não será analisada nem a matéria das cláusulas de limitação de responsabilidade, nem de figuras híbridas com elementos das mesmas e da cláusula penal. Também não será estudado nesta sede a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, e em particular o disposto no artigo 19.º, c) do RCCG e a sua articulação com o artigo 812.º CC[4].

Adicionalmente, ainda que pudesse ter todo o interesse a análise do regime aplicável a contratos celebrados entre entidades empresariais e consumidores (ou trabalhadores), não a faremos aqui dada a especial natureza do âmbito de aplicação do DCI, onde reina o princípio da autonomia privada, que se contrapõe às necessidades de proteção que os trabalhadores e os consumidores reclamam, fruto da desigualdade económica da referida relação contratual[5].

Por força da seleção do contrato internacional de construção, que visa a construção de bens imóveis[6], excluímos a análise de qualquer outro tipo de contrato

---

prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal", o que, numa interpretação literal do preceito permitiria que o devedor alegasse que por o dano ser inferior à pena convencionada se bastasse por recusar a pagar a pena e pagar uma indemnização que teria em conta apenas o dano efetivamente verificado. Porém, estamos com Pinto Oliveira no seguinte racional "A interpretação declarativa do artigo 811.º, n.º 3, do Código Civil concretizar-se-ia em aplicá-lo sempre que o credor exigisse ao devedor o pagamento da pena. O devedor poderia alegar e provar que o não cumprimento causou danos inferiores à pena (indemnizatória) para se recusar a pagá-la (...) O problema está em que os resultados de uma interpretação declarativa do artigo 811.º. n.º 3, são insustentáveis: a cláusula penal indemnizatória convolar-se-ia, degradando-se, em cláusulas de inversão do ónus da prova da existência e da extensão dos danos indemnizáveis; ora, a convolação da cláusula penal indemnizatória em cláusula de inversão do ónus da prova da existência e da extensão dos danos indemnizáveis causaria dificuldades sistemáticas e teleológicas.(...) Em que a interpretação declarativa do artigo 811.º, n.º 3, tiraria toda ou quase toda a utilidade do artigo 812.º. O controlo das cláusulas penais desproporcionadas em relação aos danos indemnizáveis seria feito pelo artigo 811.º, n.º 2, dispensando-se o artigo 812.º". Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito dos contratos,* Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 931-932. A "interpretação restritiva concretizar-se-á em só aplicar o artigo 811.º, n.º 3: 1.º – quando o credor e o devedor convencionarem a reparação do dano excedente (artigo 811.º, n.º 2, *in fine*), – 2.º – quando o credor dispuser da faculdade de exigir ao devedor o pagamento da indemnização ou o pagamento da pena e – 3.º – quando o credor, dispondo da faculdade de exigir ao devedor o pagamento da indemnização ou o pagamento da pena, lhe exigir o pagamento da indemnização". Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito,* cit., p. 932.

[4] Como faz Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito,* cit. (nt. 3), pp. 939-940.

[5] Luís de Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional*, cit. (nt. 2), p. 20.

[6] Tal ressalva prende-se com o facto do contrato de empreitada (no qual o contrato de construção se integra) poder abranger a criação de coisas corpóreas e incorpóreas. Pelo menos da doutrina portuguesa, discute-se se à luz do artigo 1207.º CC a expressão "a obra" abarca apenas coisas corpóreas ou também incorpóreas. Convence-nos os argumentos de Romano Martinez no sentido de abarcar apenas coisas corpóreas. *Vide* Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações (parte*

civil ou comercial[7]. Ainda que um contrato de construção possa ter pontos de contacto com um contrato de engenharia global[8], distinguem-se, pelo que, não abordaremos o segundo.

---

especial) – Contratos – Compra e venda – Locação – Empreitada, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, (7.ª reimpr.), pp. 389-392. No mesmo sentido, Luís Manuel Teles De Menezes Leitão, *Direito das Obrigações – Contratos em especial*, volume III, 14.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 511. Contra, Pedro De Albuquerque/ Miguel Assis Raimundo, *Direito das Obrigações – Contratos em especial – Contrato de Empreitada*, volume II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 169-175; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil – Contratos em especial (2.ª parte) – Parceria Pecuária, Comodato, Mútuo, Prestação de Serviço, Mandato, Depósito, Empreitada, Rendas, Jogo e Aposta e Transação*, volume XII, Almedina, Coimbra, 2020 (reimpr.), p. 854.

[7] Partindo do pressuposto que seria admissível a inclusão de uma cláusula penal numa multiplicidade de contratos comerciais, teria relevância direta para um tema que analisasse a redução da cláusula penal, analisar o contrato de mútuo, que no ordenamento jurídico contempla no artigo 1146.º, n.º 3 CC uma hipótese de redução automática e *ipso iure* da cláusula penal usurária ao limite do n.º 2. Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra e venda. Cláusulas Penais. Arbitragem,* Coimbra, Almedina, 1995, (reimpr.), p. 311. A seleção exclusiva dos contratos de construção afasta do objeto de estudo essa análise.

[8] Sobre a distinção entre contratos de construção e contratos internacionais de engenharia global, entente Santos Júnior que: "a designação por vezes utilizada de «contratos de construção», a actividade em causa não se cinge à mera construção: implica o projecto, a construção, a transferência de tecnologia, eventualmente a formação de pessoal do cliente, eventualmente, até, por determinado tempo, a exploração da instalação construída", Eduardo dos Santos Júnior, *Especialização e mobilidade temática do Direito Comercial internacional como disciplina de mestrado – uma aplicação: os contratos internacionais de engenharia global,* Coimbra, Almedina, 2009, pp. 78-79. O FIDIC é uma federação internacional de associação de engenheiros consultores que representam a profissão nos seus respetivos países. Thomson Reuters Practical Law, *FIDIC forms of contract,* www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com, acesso em 12-06-2023. O Comité de Contratos FIDIC tem sido responsável por produzir os tipos estandardizados (Thomson Reuters Practical Law, *FIDIC forms of,* cit. (nt. 8)). Estes são usualmente utilizados em projetos de construção internacionais. Thomson Reuters Practical Law, *FIDIC forms of,* cit. (nt. 8). Em 1999, o FIDIC produziu um conjunto de contratos modelos, que tinham como objetivo tornar os contratos FIDIC mais acessíveis a utilizadores internacionais: o Livro Vermelho (*Red Book*), que estabelecia condições contratuais de construção para trabalhos de construção e engenharia desenhados pelo dono da obra (*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*); o Livro Amarelo (*Yellow Book*), que contemplava condições contratuais para instalação e construção de instalações elétricas e mecânicas e para trabalhos de construção e engenharia, desenhadas pelo empreiteiro (*Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor*); o Livro Prateado (*Silver Book*), que consagrava condições contratuais para projetos EPC chave na mão (*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*). O projeto EPC (*Engineer Procure Contract*) é o método de entrega da obra utilizado em certos projetos de desenho e construção (*design-build* ou "DB") evoca uma particular alocação do risco, na qual o empreiteiro é responsável pela engenharia (*engineering*), incluindo o desenho (*design*), organização dos trabalhos, plantas, materiais e serviços (*organizing procurement*

III. Optámos por analisar a hipótese do Direito aplicável em caso de escolha de lei expressa pelas partes, pelo que não abordaremos os casos em que as partes não escolham a lei aplicável ao contrato. Também não discutiremos questões de ordem pública internacional e de normas de aplicação imediata[9].

IV. Importa realçar que o nosso objeto do estudo é o contrato internacional, o que obrigará a observar um "processo de regulação" próprio (entendido como o "método utilizado para regular um contrato internacional")[10]. De facto, a regulação de um contrato internacional[11] recorrerá *(i)* a complexos normativos de conflitos, assim para determinar a lei aplicável e a *(ii)* complexos normativos materiais, com diferentes métodos de regulação (sem a mediação de uma valorização conflitual)[12], fruto do pluralismo metodológico de que o DCI é pautado[13].

No que respeita aos complexos normativos de conflitos, o DCI terá uma área de sobreposição com o DIP[14], a que recorremos para determinar a lei aplicável.

---

of works, plants, materials and services) e executar os trabalhos de construção Lukas Klee, *International Construction Contract*, 2th ed., Wiley-Blackwell, Hoboken, 2018, p. 102. O empreiteiro é responsável por toda a execução do projeto e deve garantir que a obra é adequada ao interesse do dono-da-obra. *Idem*, p. 173. Os EPC são, por vezes, designados projetos chave-na-mão (na sua designação em inglês, *turnkey construction contracts*). Nestes projetos, tipicamente (e sem prejuízo da diversidade que a regulação contratual das partes em concreto pode acarretar) existe uma mínima intervenção do dono-de-obra durante a execução da obra, e no momento de entrega da obra, esta deve estar perfeitamente funcional. *Idem,* p. 185. Este tipo de projeto é normalmente preferido por donos de obra sem a experiência necessária ou quando os projetos implicam a assunção de projetos que não podem ser assumidos pelo dono-de-obra. *Idem,* p. 185. Adicioanlmente, o FIDIC produziu o Livro Verde (*Green Book*), uma versão abreviada das condições contratuais FIDIC. Vivian Ramsey / Stephen Furst, *Keating on Construction Contracts,* 11th ed., Sweet & Maxwell, London, 2022, § 24-004. Em 2017, os Livros Vermelho, Amarelo e Prateado foram atualizados. *Iidem,* § 24-009. Em 2022, os mesmos, foram sujeitos a alterações. Thomson Reuters Practical Law, *FIDIC Red, Yellow and Silver Books, second edition, 2017: key changes 2022 reprint of second edition of Red, Yellow and Silver Books,* www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com, acesso em 01-02-2024.

[9] Num conflito de leis, no preenchimento do âmbito de aplicação do Roma I, poder-se-ia discutir se o artigo 812.º CC teria alguma relevância à luz do artigo 9.º ou até 21.º do Roma I.

[10] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 55.

[11] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 55.

[12] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 55.

[13] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado –Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral*, volume I, 3.ª ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2021, p. 383. Maria Helena de Brito, *Direito do Comércio Internacional,* cit. (nt. 2), p. 63.

[14] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* (I), cit. (nt. 13), p. 425 assinalando a sobreposição nas áreas de matérias comuns de contratos obrigacionais, competência internacional em matéria contratual, reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria contratual e Direito dos conflitos das sociedades; Maria Helena de Brito, *Direito do Comércio,* cit. (nt. 2), p. 53 que

Quanto aos complexos materiais aplicáveis ao DCI, pode um contrato internacional ser regulado, ou por instrumentos de harmonização no plano internacional, ou pela lei nacional[15]. Os instrumentos de harmonização podem regular o contrato: *(i)* através da substituição de regras domésticas por regras internacionalmente acordadas, ou *(ii)* suplementando a lei doméstica com uma regra internacionalmente aplicável apenas a transações internacionais[16].

V. Desta forma, tendo em conta o objeto do presente texto, procuraremos responder aos seguintes problemas *(i)* a determinação do regime aplicável ao contrato de construção internacional que contemple uma cláusula penal, no caso de uma escolha expressa do Direito aplicável ao contrato pelas partes *(ii)* a análise do regime materialmente aplicável ao contrato que contemple uma pena que se revela excessiva, analisando as propostas de harmonização existentes quanto à matéria, e às soluções vigentes nos diferentes ordenamentos jurídicos selecionados.

1 Razão de ordem

I. Considerando o acima exposto, começaremos por delimitar (sucintamente), o que se entende por contrato de construção internacional § 2. e cláusula penal § 3.

II. Perante uma situação internacional, a existência de um instrumento que uniformize uma dada matéria e seja aplicável, da mesma forma, a um conjunto de países signatários, torna desnecessária a determinação da lei aplicável nesses países, se preenchido o seu âmbito de aplicação[17]. Por este motivo, começaremos por procurar nas propostas de harmonização, um regime unitariamente aplicável à cláusula penal e à sua redução (§ 4).

III. Considerando que à data não existe um regime jurídico vinculativo aplicável às cláusulas penais no contrato internacional de construção e particularmente no

---

também afirma que "o direito material especial, mesmo de fonte internacional, não pode prescindir do método conflitual: porque o seu âmbito de aplicação no espaço é sempre limitado em função dos Estados aderentes".

[15] Christian Twigg-Flesner, *Foundations of International Commercial Law,* Routledge, Abingdon, 2022, pp. 5-6.

[16] Christian Twigg-Flesner, *Foundations of International,* cit. (nt. 15), p. 6.

[17] Mathias Reimann, Comparative law and private international law, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann / Reinhard Zimmerman, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2019 (pp. 1339-1370), pp. 1340-1341.

âmbito da redução de cláusulas penais excessivas, surgem potenciais situações de conflito de leis (*i.e.*, "o problema de determinação do Direito aplicável gerado por uma situação da vida que está em contacto com a esfera social de mais de um Estado"[18]).

No contexto internacional, a análise comparada do direito nacional e estrangeiro é instrumental para selecionar o direito aplicável, visto que muitas vezes, num conflito de leis, as normas de DIP exigem uma análise do direito doméstico e estrangeiro[19]. Seja porque as normas de conflitos exigem uma comparação (p.e., a escolha do direito mais favorável, exigida por algumas normas de conflitos, implica a análise do Direito dos ordenamentos em conflito, precisamente de forma a apurar qual a mais favorável), seja para interpretar o sentido das normas de conflitos (ou seja, a qualificação da norma, comum no campo do DIP), o Direito comparado tem uma importância fundamental[20].

Desta forma, antes de determinar o Direito aplicável, analisaremos o Direito material comparado, e veremos as soluções estabelecidas nos diferentes ordenamentos jurídicos (§ 5).

IV. Por último, munidos de todos os elementos para devidamente interpretar as normas de conflitos, analisaremos os critérios de determinação do Direito aplicável ao contrato de construção que contemple uma pena convencional excessiva (§ 6).

2 Contratos de Construção Internacionais

Os contratos de construção estão contemplados em propostas de harmonização como os DCFR[21] e os PEL SC[22].

---

[18] Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* (I), cit. (nt. 13), pp. 40-41.

[19] Mathias Reimann, Comparative law and, cit. (nt. 17), p. 1357.

[20] Mathias Reimann, Comparative law and, cit. (nt. 17), pp. 1357-1361.

[21] Os DFCR foram criados como um possível modelo para um Padrão de Referência Comum (*Common Frame of Reference* ou *CFR)* e contém princípios, definições e regras modelo Study Group on a European Civil Code / Research Group on EC Private Law (Aquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR),*volume I, Christian von Bar / Eric Clive, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 2-4. Foi criado pelo grupo de estudo de um código civil europeu e do grupo de investigação de direito privado (Aquis Group), que ao longo de 25 anos refletiu, numa perspetiva europeia, nas mais importantes áreas do direito privado, elaborando regras derivadas dos sistemas legais dos estados-membros. *Iidem*, p. 1.

[22] As regras internacionais relativas ao contrato de prestação de serviços (PEL SC) encontram-se nos Princípios do Direito Europeu, do grupo de estudo do código civil europeu na parte especial dos contrato de prestação de serviços. Constantine Willems, Chapter 19 – Obligations of the

Os DCFR, no livro IV.C., artigos 1:101:1 e 1:101:2 incluem no seu âmbito de aplicação contratos em que uma das partes (prestador de serviços) se vincula a prestar um serviço a outra (o cliente) em troca de um preço. O artigo 1:101:2 DCFR prescreve que o livro IV se aplica a contratos de construção (*contracts for construction).* Mais especificamente, o artigo IV-C-3:101 densifica que se aplica a contratos nos quais uma parte (construtor) se vincula perante o cliente a construir uma obra ou qualquer outro bem imóvel ou alterar uma obra ou bem imóvel existente[23]. A obrigação de pagar o preço do cliente (no momento da entrega da obra – *transfer of control*) encontra-se estabelecida no artigo 3:107 DCFR[24].

No tocante aos PEL SC, estabelece-se o regime que se aplica a contratos onde uma parte (o prestador de serviços) presta um serviço a outra parte (o cliente), em troca de remuneração, especificando-se no artigo 1:101:2 que os contratos de construção se incluem no seu âmbito de aplicação[25].

No seio das cláusulas que as partes podem adotar num contrato de construção, seja por adoção do tipo estandardizado, ou através da elaboração de um contrato especialmente adequado ao seu caso concreto, a cláusula penal ganha um destaque assinalável.

3 A Cláusula Penal e o atraso na conclusão da obra

3.1 Razão de ordem

Dada a sua relevância no comércio internacional, e em particular nos contratos de construção, importa, primeiro, densificar o que entendemos por cláusula penal,

---

parties to a (related) service contract, in *Commentaries on European Contract Laws*, Nils Jansen / Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, Oxford, 2018 (pp. 2073-2120), § 2, p. 2076.

[23] O artigo IV.C – 3:101 delimita o âmbito de aplicação do capítulo construção (*construction*), aplicando-se plenamente ao regime estabelecido a contratos nos quais o construtor vincula-se a construir ou alterar um edifício ou outra estrutura imóvel (*building or other immovable structure*). O capítulo aplica-se com adaptações quando *(i)* o construtor construi uma coisa móvel ou incorpórea, de acordo com o desenho prestado pelo cliente, ou *(ii)* o construtor se vincula a construir ou alterar um edifício ou outra estrutura imóvel observando um desenho prestado pelo construtor (artigo 3:101:2 DCFR). Optou-se por delimitar o âmbito de aplicação tendo por referência bens imóveis, e com as devidas adaptações, as demais, por se considerarem economicamente semelhantes. Study Group on a European Civil Code / Research Group on EC Private Law (Aquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR),* volume II, Christian von Bar / Eric Clive, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 1700-1701.

[24] Study Group on a European Civil Code / Research Group on EC Private Law (Aquis Group), *Principles, Definitions and,* (II), cit. (nt. 23), p. 1743.

[25] Constantine Willems, Chapter 19 – Obligations, cit. (nt. 22), p. 2075.

numa interpretação autónoma da noção (§ 3.2). Seguidamente, analisaremos as possíveis funções de uma cláusula penal (§ 3.3). Por último, exploraremos a possibilidade de as partes incluírem no seu clausulado contratual uma cláusula penal (§ 3.4).

3.2 Noção de cláusula penal

A cláusula penal[26] é regulada por vários ordenamentos jurídicos[27] e é frequente em contratos internacionais[28].

É usualmente definida – independentemente da função esta possa prosseguir – como uma cláusula que fixa um montante acordado pelas partes, devido pelo devedor, em caso de incumprimento de uma obrigação[29].

---

[26] As cláusulas penais, nos direitos nacionais são designadas de forma muito diferente: *liquidated damages clauses, Schadenspauschalen, clause d'indemnisation forfaitaire, clausola di forfetizzazione del danno, schadefixatieclausules*) e penalidades convencionais (*penalty clauses, Vertragsstrafen, clauses pénales, clausole penali, boetebedinge*). Reinhard Zimmermann, article 9:509, in *Commentaries on European Contract Laws*, Nils Jansen / Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, Oxford, 2018 (pp. 1539-1554), p. 1540, § 1. As dificuldades terminológicas de cláusula surgem ligadas às funções que as cláusulas penais podem assumir. Genericamente, certas cláusulas têm como principal objetivo servir como uma ameaça para induzir o promitente a cumprir as suas obrigações e castigá-lo se as incumprir; outras cláusulas podem constituir uma avaliação prévia de danos devidos pelo promitente que não consegue cumprir as suas obrigações. Cada ordenamento jurídico trata diferentemente esta questão, e em alguns ordenamentos é difícil estabelecer uma distinção clara entre estas funções. Além disto, alguns ordenamentos consideram a primeira contrária à ordem pública. Council of Europe, *Final Activity Report submitted to the CCJ by the Committee of Experts on Penalty Clauses in Civil Law*, publicsearch.coe.int, acesso em 23-05-2023, p. 11. Pascal Hachem opta pelo termo "*agreed sums payable upon breach of an obligation*", de forma a limitar o escopo da sua análise e excluir questões de pagamento do preço devido à prestação de uma obrigação. Pascal Hachem, *Agreed sums payable upon breach of an obligation – rethinking penalty and liquidated damages clauses,* Eleven International Publishing, Netherlands, 2011, p. 21. No DCFR é adotado o termo *stipulated payment clause.* Apesar da tradução literal de *penalty clause* corresponder a cláusula penal no português, utilizamos este termo, por ser aquele que a lei utiliza (desprovida de uma associação prévia a uma dada função).

[27] Study Group on a European Civil Code / Research Group on EC Private Law (Aquis Group), *Principles, Definitions and*, (I), cit. (nt. 21), § 2, p. 964.

[28] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 245.

[29] Neste sentido, Pascal Hachem, *Agreed sums,* cit. (nt. 26), p. 21; Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26), p. 1540, § 1; Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 245; Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto Commerciale Internazionale – Diritto dei contratti internazionali,* (I), 2.ª ed., Cedam, Padova, 2001, pp. 143-144.

3.3 Funções da cláusula penal

I. As principais funções, genericamente atribuídas às cláusulas penais são: *(i)* a função punitiva[30]: com a cláusula penal pretende-se assegurar que o devedor cumpre a obrigação, devido à pressão económica que a mesma o coloca[31]; *(ii)* a função indemnizatória: a cláusula penal atua como um mecanismo de compensação pré-determinada de danos[32], eliminando as dificuldades de provar o dano[33], o que resulta numa poupança de custos e tempo, bem como na prevenção de litígios judiciais[34], e *(iii)* a função de limitação de responsabilidade: a responsabilidade do devedor limita-se ao montante fixado na cláusula penal[35].

---

[30] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 247. O autor recorre à designação "punitiva" para os casos em que a cláusula se destina a "reconstituir a situação que existiria em caso de cumprimento mas também o de impor ao devedor remisso uma desvantagem" e quando "o montante fixado seja, previsivelmente, muito superior ao valor do prejuízo causado pelo incumprimento". O objetivo destas cláusulas é prevenir o incumprimento através da imposição de um fim repressivo e castigar o devedor. *Idem,* p. 247.

[31] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 45. Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto,* cit. (nt. 29), p. 144.

[32] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 47. Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto,* cit. (nt. 29), p. 144.

[33] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 47.

[34] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 49.

[35] No Direito português entende-se que as cláusulas penais podem ter as seguintes funções: *(i)* função indemnizatória que visa "a reparação do prejuízo sofrido, seja em espécie ou por equivalente" na qual as partes ficam "a conhecer, de antemão, as consequências da falta de cumprimento ("*lato sensu*"), subtra[indo]-se (...) às incertezas, custos e delongas de uma discussão judicial sobre o montante do dano, e previnem-se contra valores inesperados, ao mesmo tempo que, por seu intermédio, o credor ladeia as dificuldades inerentes ao exercício do ónus da prova.", *(ii)* função coercitiva ou compulsória, que visa tutelar "a confiança gerada pelo contrato, e zelar[r] pela satisfação do interesse do credor". António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 2019, (3.ª reimpr.) pp. 36-41. A função punitiva da cláusula penal – *i.e.,* a afixação de avisos num estabelecimento segundo o qual os autores de um furto sejam obrigados a pagar somas avultadas que excedem em muito o valor do bem furtado – é rejeitada por António Pinto Monteiro; para o autor a cláusula penal não pode assumir uma função punitiva porque, em primeiro lugar, é um instituto de direito privado que visa assegurar *o respeito de prestações de natureza privada,* e, em segundo lugar, é indispensável a existência de um acordo para se considerar uma cláusula penal, o que não existe, quando uma pessoa entra num estabelecimento. O autor recusa também a função disciplinar. *Idem*, pp. 41-43. António Pinto Monteiro defende que se deve distinguir entre as diferentes espécies de cláusulas penais, diferenciando entre: *(i)* a cláusula de fixação antecipada da indemnização – "as partes, ao estipulá-la, visam, tão-só, liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur,* o dano futuro", *(ii)* a exclusivamente compulsivo-sancionatória, cujo escopo é puramente coercitivo; na mesma, a pena é acordada como um *plus* que acresce à execução específica da prestação ou indemnização pelo não cumprimento, e *(iii)* cláusula penal em sentido estrito, que "visa compelir

II. O tratamento das cláusulas penais nos diferentes sistemas jurídicos é distinto.

Nos sistemas de *common law*[36], as cláusulas que estipulam o pagamento de uma "pena" estão divididas em duas: as *penalty clauses*, que servem para coagir o devedor a cumprir a obrigação principal, e as *liquidated damages clauses,* no qual se antecipa e fixa o montante exigível em caso de incumprimento contratual; a primeira é inválida e a segunda é válida[37].

O critério utilizado em Inglaterra para distinguir a *penalty clause* da *liquidated damages clause* considera dois testes. O primeiro (e tradicional) exige que a cláusula represente uma verdadeira estimativa antecipada do dano que o credor previsivelmente sofrerá com o incumprimento da obrigação em causa[38]. No segundo releva-se o seguinte: ainda que a cláusula tenha sido estipulada com o intuito de dissuadir o incumprimento é ainda considerada válida se a parte que beneficie dela conseguir demonstrar que o seu interesse era obter o cumprimento do contrato[39]

---

o devedor ao cumprimento através da ameaça de uma outra prestação, que o credor terá a faculdade de exigir, em vez da primeira, a título sancionatório, caso o devedor se recuse a cumpri-la, e que substituirá a indemnização, uma vez que o seu valor contempla já a satisfação do interesse do credor."; na última a pena é "devida independente do dano, pois ela irá actuar como sanção, e não como liquidação prévia do montante da indemnização". António Pinto Monteiro, Sobre o controlo da cláusula penal, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977: Direito das obrigações*, volume III, Coimbra Editora, 2007 (pp. 189-208), pp. 193-196. Em sentido próximo, Pinto Oliveira entende que "as cláusulas penais em sentido amplo" se dividem entre "cláusulas penais indemnizatórias", cujo "acordo das partes tem por finalidade liquidar a indemnização devida em caso de não cumprimento definitivo e/ou o não cumprimento temporário" e "cláusulas penais compulsórias", nas quais "o acordo das partes tem por finalidade compelir o devedor ao cumprimento e/ou sancionar o devedor pelo não cumprimento". A última, subdivide-se em duas (sub)categorias: "cláusulas penais exclusivamente compulsórias" e "cláusulas penais em sentido estrito". Nas cláusulas exclusivamente compulsórias "o credor e devedor acordam em fixar uma pena que acresce ao cumprimento ou à indemnização dos danos causados pelo não cumprimento" na cláusula penal em sentido estrito "o credor e o devedor acordam em fixar uma pena que substitui o cumprimento, ou a indemnização dos danos causados pelo não cumprimento". Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito*, cit. (nt. 3), p. 923.

[36] Em concreto, Estados Unidos da América, Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia. Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto,* cit. (nt. 29), p. 143.

[37] Study Group on a European Civil Code / Research Group on EC Private Law (Aquis Group), *Principles, Definitions and,* (I), cit. (nt. 21), p. 966, § 6. Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto,* cit. (nt. 29), p. 143.

[38] Hugh Beale, *Chitty on contracts – General Principles,* volume I, 34th ed., Sweet & Maxwell, 2022, www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com, acesso em 16-06-2023, § 29-203.

[39] United Kingdom Supreme Court, *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi v ParkingEye Limited v Beavis,* 04-11-2015, www.supremecourt.uk, acesso em 07-05-2023, § 32. A regra da penalidade (*penalty rule*) está restrita a cláusulas que operam em caso de incumprimento contratual.

e o montante devido não era exorbitante ou injusto (*unconscionable*) face a esse interesse[40].

Nos EUA, importa perceber se a *liquidated damages clause* fixa um montante que pode ser entendido como estimativa razoável dos danos antecipados ou dos danos efetivos (considerando-se relevante a dificuldade das partes em provar o dano real)[41].

Nos sistemas romano-germânicos, a cláusula penal pode assumir uma função punitiva (equivalente à *penalty clause*)[42], não sendo à partida inválida.

III. A função de limitação de responsabilidade encontra-se prevista como consequência natural da cláusula, podendo o credor apenas reclamar o pagamento de um montante devido a danos adicionados sofridos se no contrato for estipulado esse direito. Noutros sistemas, está aberta a possibilidade de solicitar a reparação do dano efetivamente sofrido, quando este exceda o valor da penalidade[43].

IV. Nestes termos, a validade e a eficácia das cláusulas penais depende do Direito aplicável ao contrato[44]. Logo, as partes devem ter um especial cuidado na redação da cláusula penal, devendo o clausulado contratual adequar-se (no sentido de se adequar o conteúdo do contrato ao que pode ser considerado válido num determinado ordenamento) ao Direito que selecionam para regular o contrato[45].

Florian Faust, German Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court, *European Review of Private Law,* Kluwer Law International, Netherlands, 1-2017 (pp. 197-208), p. 200.

[40] United Kingdom Supreme Court, *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi v ParkingEye Limited v Beavis,* cit., § 255. Hugh Beale / Bénédicte Fauvarque-Cosson / Jacobien Rutgers / Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law,* 3rd ed., Hart, Oxford, 2019, p. 1125.

[41] Larry A. DiMatteo, Enforcement of Penalty Clauses: A Civil-Common Law Comparison, *Internationales Handelsrecht,* 10 (5), 2010 (pp. 193-202), p. 195. Afere-se se se trata de uma estimativa razoável ou não aplicando-se um teste de (des)proporcionalidade (*disproportionate test*). Se o montante fixado é desproporcional a uma estimativa razoável do dano antecipado, então, trata-se de uma penalidade que não é válida. *Idem,* p. 195.

[42] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), pp. 45-46. Em sistemas germânicos procura-se separar as questões da compensação de danos, da penalização: enquanto que a primeira é tarefa do direito privado, a última é de direito penal. *Idem,* p. 46. Nos sistemas anglo-saxónicos, apesar de não se aceitar *penalty clauses,* incluem um elemento punitivo nos danos civis. *Idem,* p. 46. Bortolotti refere que nos sistemas romano-germânico tal função punitiva (*funzione punitiva*) é em regra permitida, mas que é temperada pela possibilidade de o juiz reduzir o valor acordado pelas partes. Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto,* cit. (nt. 29), p. 145.

[43] Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto,* cit. (nt. 29), p. 145.

[44] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 250.

Caso não o façam, poderão correr o risco de a cláusula penal ser declarada inválida, verificando-se também a possibilidade de a decisão que execute a mesma não ser reconhecida no ordenamento jurídico em que se procure o reconhecimento e execução da decisão[46].

3.4 Cláusulas penais em caso de atraso de execução da obra

I. Aqui chegados, pergunta-se: como é que a cláusula penal pode beneficiar as partes que celebram o contrato de construção?

A cláusula penal cumprirá as mesmas funções que cumpre no contexto de outros contratos, segundo os parâmetros que vimos acima. Porém, num contrato de construção, terá especificidades e revestirá particular importância num cenário de atraso na execução da obra.

II. Os contratos de construção são contratos complexos, que envolvem múltiplos intervenientes, que trabalham juntos durante um período prolongado de tempo. A inclusão da cláusula de fixação antecipada de indemnização em caso de atraso na execução da obra (*delay damages*) é frequente dada a dificuldade de prova que o dono-da-obra experienciaria em quantificar exatamente em que termos é que o atraso o prejudicou, por se estar perante um contrato de execução continuada[47]. Acresce que a inclusão da cláusula incentivará o empreiteiro a executar a obra no prazo acordado[48].

A cláusula de fixação de danos devido a atraso na execução da obra (*delay damages*) é um tipo específico de cláusula de fixação antecipada de indemnização (*liquidated damages*)[49], aplicável em caso de atraso na execução da obra.

---

[45] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 251. Bortolotti afirma que se o direito aplicável é de um país da *common law,* será apropriado as partes utilizarem no contrato o termo *liquidated damages,* invés de *penalty clause*. Fabio Bortolotti, *Manuale di Diritto,* cit. (nt. 29), p. 143.

[46] No ordenamento jurídico português o Tribunal da Relação de Lisboa e o Supremo Tribunal de Justiça recusaram o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que condenou um advogado ao pagamento de uma cláusula penal, com fundamento em violação da reserva de ordem pública internacional. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 103/13.1YRLSB-2, 02.06.2015, www.dgsi.pt, acesso em 05-06-2023 e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1, 14.03.2017, www.dgsi.pt, acesso em 05-06-2023.

[47] Julian Bailey, *Construction Law,* volume II, 3rd ed., London Publishing Partnership, London, 2020, § 13.130, pp. 1202-1203.

[48] Roger Halson, *Liquidated Damages and Penalty Clauses,* Oxford University Press, Oxford, 2018, § 6.30.

[49] Lukas Klee, *International Construction Contract,* cit. (nt. 8), p. 59.

Delimitado o que se entende por cláusula penal, em particular nos contratos de construção, atentemos na possibilidade de a reduzir, num cenário de excesso da pena convencional, ao abrigo do regime aplicável à cláusula penal.

De facto, se os contratos de construção internacional podem regular de forma mais ou menos extensiva os termos contratuais entre empreiteiro e dono-de-obra, não deixa de se lhes aplicar um determinado sistema jurídico, com normas imperativas, que podem tornar uma dada previsão contratual inválida. O ordenamento jurídico que regula o contrato é assim de extrema importância numa construção internacional[50], em especial, se as partes optarem por incluir uma cláusula penal.

4 Propostas de harmonização do regime aplicável a cláusulas penais

4.1 Razão de Ordem

I. Não existindo um regime especificamente aplicável à redução da cláusula penal num contrato de construção (nem nos modelos contratuais estandardizados, nem num regime uniformizado), atentemos no regime aplicável às cláusulas penais (em geral, e sem associação a nenhum contrato em especial).

Abordaremos várias propostas de harmonização do regime aplicável a cláusulas penais[51], ainda que o nosso foco, dado o nosso objeto de investigação, seja o

---

[50] Lukas Klee, *International Construction Contract,* cit. (nt. 8), p. 55.

[51] A *Benelux Convention relative à la clause pénale*, iniciativa de 1973, preparada pelos países da Benelux e nunca ratificada (Reinhard Zimmermann, article 9:509*,* cit. (nt. 26), § 7, p. 1546) estabelece o seguinte regime quanto às cláusulas penais no seu artigo 2.º "(1) Le créancier ne peut prétendre à l'exécution cumulative de la clause pénale et de l'obligation à laquelle elle se rattache. (2) Ce qui est dû en vertude la clause pénale est substitué aux dommages et intérêts en vertu de la loi.". No âmbito do artigo 4.º, estabelece-se que a redução da cláusula penal é uma faculdade potestativa, que o julgador só pode exercer a pedido do devedor, que tem como limite o dano efetivo. Ignacio Marín Garcia, *La liquidación antecipada del daño – Análisis económico de la cláusula penal*, Agencia Estatal Boletín oficial del estado, Madrid, 2017, boe.es, acesso em 26-05-2023., p. 145. No tocante à compra e venda de mercadorias, é discutido se se trata de uma matéria abrangida pelo âmbito de aplicação da CISG. No sentido de afirmar que se trata de uma questão que não é coberta pela Convenção, a validade e âmbito das cláusulas penais, citando-se jurisprudência internacional, Afonso Magalhães *et al.,* Artigo 4º, in *Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Anotação PLMJ*, Mariana França Gouveia/ Ana Coimbra Trigo /Betyna Jaques /Inaki Carrera, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 43-44, n. 210; Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 42, p. 168. A favor, mas fazendo depender da função da cláusula, Pilar Perales Viscasillas, Art. 7, in *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A Commentary,* Stefan Kröll / Loukas Mstelis / Pilar Perales Viscassilas, 2nd ed., C.H.Beck, Hart, Nomos, München, 2018 (pp. 112-145), pp. 137-138.

tratamento da redução das cláusulas penais excessivas (e não o regime unitariamente considerado para as cláusulas penais).

Saliente-se que as diferenças de regime aplicável às mesmas nos diferentes ordenamentos jurídicos implicaram que várias propostas de harmonização de regime tenham sido avançadas, ainda que nenhuma seja vinculativa[52].

II. Como tal, em primeiro lugar, começaremos por descrever o regime constante da Resolução 78(3) do Conselho da Europa (§ 4.2). Em segundo lugar, abordaremos as Regras Uniformes (§ 4.3). Finalmente, analisaremos o regime dos princípios UNIDROIT, dos PECL e dos DCFR (§ 4.4)[53].

4.2 A Resolução 78.º, n.º 3 do Conselho da Europa de 20 de janeiro de 1978 relativa às cláusulas penais no Direito Civil

I. O Comité de ministros em 20 de janeiro de 1978 adotou uma resolução com o objetivo de estabelecer uma maior união entre os estrados-membros na matéria das cláusulas penais em Direito Civil[54]. Porém, trata-se de uma mera recomendação[55], não sendo vinculativa para os estados-membros. A resolução tem como objeto qualquer

---

[52] Note-se que a doutrina dominante face à CR considerava que o art. 3.º não permitia que as partes subtraíssem "o negócio a qualquer ordem jurídica ou escolh[essem] uma ordem jurídica não estadual". Face a isto, a proposta do Roma I visava admitir expressamente esta possibilidade para se permitir a escolha, nomeadamente, dos Princípios UNIDROIT ou dos Princípios do Direito dos Contratos Europeu. Porém, o legislador europeu acabou por não adotar esta opção. Tal não implica que as partes não possam incluir "por referência, no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional." (considerando 13.º Roma I). Luís De Lima Pinheiro *Direito Internacional Privado* (II), cit. (nt. 2), p. 81.

[53] As PECL, PICC e os DFCR são praticamente idênticos, não revelando diferenças substanciais de conteúdo. Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26), § 7, p. 1545. Por este motivo, optámos por analisar o seu regime conjuntamente.

[54] Council of Europe, *Resolution 78(3) relating to penal clauses in civil law (adopted by the committee of Ministers on 20 January 1978, at the 281st meeting of the Ministers' Deputies*, www.publicsearch.coe.int, acesso em 23-05-2023, p.1. O Conselho da Europa entendeu que a harmonização do regime das cláusulas penais iria contribuir para a certeza legal nas relações comerciais internacionais e facilitar a aplicação de acordos internacionais relacionados com o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 10.

[55] Conforme consta do próprio teor da Resolução: "*The Committee of Ministers, (...) Recommends governments of the member states*:" (sublinhado nosso). Realçando que se trata de uma simples recomendação, António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), p. 321, n. 654. A Resolução recomendou aos estados-membros a consideração do apêndice da resolução quando preparassem nova legislação sobre o tema, ou modificassem a legislação vigente, sendo ressalvado que as regras se aplicariam sem prejuízo de regras relacionadas com determinado tipo de contrato, dada a sua natureza especial. Council of Europe, *Resolution 78(3) relating,* cit. (nt. 54), p. 1.

cláusula num contrato que estipule que, caso o promitente incumpra a obrigação principal, está vinculado a pagar um determinado montante em dinheiro, considerando-se que tal montante é devido a título de penalidade ou de compensação[56].

II. Quanto à questão das penas excessivas, no seu teor realça-se expressamente a necessidade de assegurar o controlo judicial de cláusulas penais em Direito Civil, nos casos em que a pena é manifestamente excessiva[57], e o artigo 7.º da Resolução regula a matéria.

Na Resolução, recomendou-se aos Estados-membros que o valor estipulado na cláusula penal possa ser reduzido pelo tribunal quando for manifestamente excessivo, e em especial, que a redução possa ser feita quando a obrigação principal tenha sido executada em parte[58].

A justificação de se admitir a redução prende-se com o seguinte: apesar da cláusula penal prevenir o recurso aos meios judiciais em caso de incumprimento da obrigação, devido às dificuldades e custos associados à prova do dano, isto resultaria que em tese todas as cláusulas penais pudessem ser exigíveis e judicialmente executadas. Nessa hipótese, tal consequência poderia desencadear resultados inaceitáveis[59]. Considerando as diferentes soluções apresentadas pelos estados-membros, e a necessidade de harmonização, optou-se pela solução da redução, por ser aquela que é adotada pela maioria dos estados-membros[60].

---

[56] Cfr. artigo 1.º, Council of Europe, *Resolution 78(3) relating,* cit. (nt. 54), p. 2. Na base desta definição, está o racional de que a forma mais comum da cláusula penal é a cláusula que estabelece a obrigação de pagar um montante de dinheiro por uma parte de um contrato a outra, na eventualidade do incumprimento da sua obrigação, e as regras foram elaboradas tendo em consideração esta situação. O Conselho adotou a definição da *Benelux Convention relative à la clause pénale* (*vide.* nt. 51). Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), pp. 12-13. O Comité que elaborou a Resolução, não considerou útil distinguir as regras que apenas seriam aplicáveis à cláusula de fixação antecipada da indemnização e a cláusulas penais *stricto sensu*, logo, a Resolução é baseada na ideia de que os montantes devidos nos termos das cláusulas penais *stricto sunsu* são recuperáveis e não nulas. Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 11. No entender de António Pinto Monteiro, o facto de a Resolução, numa solução de compromisso, aceitar que a pena pode ser devida a títulos diversos, "mas sem que essa diversidade releve para uma diferenciada qualificação da figura ou do seu regime" é um grande defeito porque, em última instância, a Resolução não contribuiu para resolver problemas existentes. António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), p. 320.

[57] Council of Europe, *Resolution 78(3) relating,* cit. (nt. 54), p. 1.

[58] Cfr. artigo 7.º, Council of Europe, *Resolution 78(3) relating,* cit. (nt. 54), p. 2.

[59] Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 15.

[60] Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 15, referindo-se expressamente ao facto de Inglaterra e a Bélgica não contemplarem um mecanismo de redução, e os poderes não têm o poder de recusar a execução de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização.

O propósito da cláusula – desencorajar o recurso a meios litigiosos – seria comprometido se o tribunal conseguisse facilmente exercer o seu poder de redução, pelo que se considerou que a intervenção judicial tem um caráter excecional. Admitiu-se a redução apenas nos casos de uma pena manifestamente excessiva (tradução literal do termo *manifestly excessive*)[61]. É deixado aos estados a tarefa de determinar em que circunstâncias o montante estipulado é considerado manifestamente excessivo[62].

Mais se recomendou, como limite ao poder de redução do tribunal[63], que o valor não pudesse ser reduzido abaixo dos danos que seriam compensáveis pelo incumprimento da obrigação, sendo que qualquer estipulação contrária ao exposto se deveria considerar nula[64].

A Resolução não refere se o tribunal tem o poder de redução *ex officio,* sendo uma questão que se concede liberdade aos estados de o estabelecerem ou não[65].

Porém, é expresso o caráter imperativo do controlo judicial, visto que a proteção das partes que as previsões pretendem assegurar poderia perder eficácia na prática, a serem excluídas contratualmente[66].

III. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 200-C/80 de 24 de junho alterou os artigos 811.º e 812.º CC de modo a harmonizar o Código Civil português com a diretrizes do Conselho da Europa[67].

4.3 Regras Uniformes da CNUDCI relativas a Cláusulas Contratuais estipulando o pagamento de uma quantia em caso de incumprimento

I. Também a CNUDCI teve a iniciativa de aprovar uma proposta de harmonização das cláusulas penais: as Regras Uniformes relativas às cláusulas contratuais estipulando

---

[61] Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 16. Também se esclarece que poderia ter-se adotado outras expressões, mas acabou por adotar-se "manifestamente excessiva" porque já era utilizada na legislação de vários Estados-membros. *Iidem,* p. 16.

[62] Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 16. Sugere-se, não obstante, que os tribunais considerem os seguintes fatores (entre outros): *(i)* o dano estimado pelas partes no momento de celebração do contrato e o dano efetivamente sofrido, *(ii)* os interesses das partes, *(iii)* o tipo contratual e as circunstâncias nas quais o mesmo foi concluído, atendendo à situação sócio-económica das partes na celebração, ou o facto der um contrato padrão, *(iv)* a razão para o incumprimento do contrato – nomeadamente a existência de boa ou má-fé. *Iidem,* pp. 16-17.

[63] Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 17.

[64] Cfr. artigo 7.º, Council of Europe, *Resolution 78(3) relating* cit. (nt. 54), p. 2.

[65] Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 17.

[66] Council of Europe, *Final Activity Report,* cit. (nt. 26), p. 18.

[67] Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 200-C/80. António Pinto Monteiro considera que tal adoção foi "apressada", António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), p. 320.

o pagamento de uma quantia em caso de incumprimento[68]. A sua utilização é recomendada aos membros da ONU, mas não é vinculativa[69].

II. As Regras Uniformes aplicam-se a cláusulas constantes de um contrato internacional[70], de que conste um acordo das partes pelo qual, em caso de incumprimento das obrigações contratuais, a parte inadimplente fica obrigada a entregar à outra uma quantia acordada em dinheiro[71]. Clarifica-se no artigo 1.º das Regras Uniformes

---

[68] Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra*, cit. (nt. 7), pp. 279-280.

[69] Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 281, p. 285. Note-se que o secretariado da CNUDCI perguntou aos Estados qual a forma jurídica que as Regras Uniformes podiam assumir apresentando-lhes três opções: a Convenção Internacional, a Lei-Modelo e as Condições Gerais. A maioria dos estados pronunciou-se a favor da Lei-Modelo, porém, a final, não se obteve consenso quanto a nenhuma forma. *Iidem,* pp. 281-285.

[70] Para efeitos das Regras Uniformes, é um contrato internacional aquele no qual as partes, no momento da sua celebração, tenham os seus estabelecimentos (*places of business*) em diferentes estados-membros (cfr. artigos 2.º, alínea a) e 3.º). Para Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 290, à luz da alínea a), estão fora do âmbito de aplicação espacial os contratos meramente internos (*i.e.,* aqueles em que os elementos da relação contratual estejam apenas em contacto com um determinado estado). Ainda sobre o âmbito de aplicação espacial, o facto de as partes terem estabelecimentos em diferentes estados deve ser desconsiderado sempre que tal *(i)* não resulte do contrato *(ii)* não resulte de negociações das partes, *(iii)* não resulte de informação divulgada pelas partes, em qualquer altura, antes ou no momento de celebração do contrato (cfr. artigo 2.º, b). Para Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 292 dá-se relevo à aparência contratual, o que se explica porque se não era às partes manifesto o caráter internacional do contrato, não se justifica aplicar-se as Regras Uniformes (regime que foi pensado para contratos internacionais), e frustrar-se-iam as expectativas das partes que não contaram com a sua aplicação. Acresce que se considera irrelevante, para efeitos de aplicação das Regras Uniformes, a nacionalidade das partes (o que para Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 293 se compreende dada a escassa importância da nacionalidade na regulamentação de relações contratuais internacionais) ou o seu caráter civil ou comercial (no entender de Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 293, tal facto prende-se com o facto de a distinção ser desconhecida em vários sistemas jurídico-nacionais), bem como do contrato (cfr. artigo 2, alínea c)). As Regras Uniformes afastam do seu âmbito de aplicação material os contratos que tenham por objeto mercadorias, outros bens ou serviços que seriam fornecidos a título pessoal, familiar ou domésticos, a não ser que a outra parte, no momento anterior ou no momento de celebração do contrato, não seria ou não poderia saber que o contrato seria executado com esse propósito (cfr. artigo 4.º). O racional, para os autores, é o de "apenas se aplicarem às cláusulas penais inseridas em contratos internacionais que se possam dizer verdadeiramente integrados na actividade mercantil dos sujeitos respectivos.". Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 295

que estas se aplicarão a cláusulas com a função de penalizar o devedor e de compensar o credor[72/73].

III. No que toca à matéria de redução da cláusula penal excessiva, o artigo 8.º estabelece que a soma acordada não pode ser reduzida por um tribunal judicial ou arbitral, a não ser que o montante fixado seja substancialmente desproporcional em relação à perda que foi sofrida pelo credor[74].

Assim, parte-se do princípio de que a soma não pode ser reduzida, salvo em casos excecionais. O fundamento desta opção parece ser a garantia da certeza jurídica (valor especialmente importante nas relações internacionais). Porém, se este princípio não admitisse exceções, poderiam surgir situações injustas, como

---

[71] Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 287.

[72] Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), pp. 287-288 realçam que a fórmula encontrada pretende abarcar todas as cláusulas contratuais que preencham o disposto no artigo 1.º, independentemente das finalidades que estas visam, abarcando-se as cláusula de fixação antecipada da indemnização ou *liquidated damages* e as cláusulas penais *stricto sensu* ou *penalty clauses*, conforme delimitadas acima, com a consequente uniformização dos problemas resultantes de as primeiras serem válidas, e as segundas nulas ao abrigo do Direito inglês.

[73] O nosso trabalho não visa o tratamento integral das Regras Uniformes, porém, cumpre assinalar os seus principais traços de regime: *(i)* o credor não pode exigir a soma fixada se o devedor não for responsável pelo incumprimento (cfr. artigo 5.º); *(ii)* perante a previsão contratual de que o credor tem o direito de uma soma fixada em caso de mora no cumprimento, o credor terá direito a exigir o cumprimento da obrigação e da soma fixada (cfr. artigo 6.º, n.º1); *(iii)* no casos em que se prevê a pena para motivos distintos do atraso no cumprimento, o devedor apenas terá direito ou ao cumprimento ou à soma acordada; porém, se a soma acordada não pode razoavelmente ser considerada compensação para o incumprimento da obrigação, o credor terá direito ao cumprimento da obrigação, como à soma acordada (cfr. artigo 6.º, n.º2); *(iv)* caso o credor opte pela soma acordada, não pode reclamar danos nos termos gerais na extensão em que a perda esteja coberta pela soma acordada; porém, poderá reclamar danos na extensão da perda não coberta pela soma fixada se a perda excede substancialmente a soma acordada (artigo 7.º); *(v)* segundo estas regras, as partes podem derrogar ou modificar o efeito dos artigos 5.º, 6.º e 7.º (cfr. artigo 9.º). Quanto a este último ponto, Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 311 salientam o caráter supletivo das normas das Regras Uniformes, com exceção do artigo 8.º, sobre a redução da cláusula penal, o que se justifica, atendendo "à necessidade de tutelar o devedor nas precisas situações indicadas pelo artigo 8.º: ou seja, quando exista uma grave desproporção entre aquele montante e o valor dos prejuízos sofridos pelo credor", tratando-se de um caso de "vero interesse e ordem pública". *Iidem,* p. 312.

[74] Passamos a transcrever o teor do artigo 8.º: "*The agreed sum shall not be reduced by a court or arbitral tribunal unless the agreed sum is substantially disproportionate in relation to the loss that has been suffered by the obligee.*"

seja a traduzida numa desproporção substancial entre o dano efetivamente sofrido e a quantia estipulada pelas partes na cláusula penal, o que levaria a um enriquecimento do credor que se poderia considerar abusivo. Esta situação é salvaguardada pelas Regras Uniformes, ainda que aí não se estabeleçam critérios para determinar o que é uma desproporção substancial, nem limites à medida da redução[75].

IV. Por fim, refira-se que as Regras Uniformes não se pronunciam sobre quem pode acionar o mecanismo da redução, ou o ónus da prova dos pressupostos do seu desencadeamento, o que significa que cabe ao direito nacional resolver a questão[76].

4.4 Princípios do Direito dos Contratos Europeu, Princípios UNIDROIT e DCFR

I. Tanto os princípios UNIDROIT[77], como os PECL[78] e os DFCR[79], regulam o regime aplicável às cláusulas penais. Nestes regimes, cuja semelhança[80] justifica a

---

[75] Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), pp. 306-307.

[76] Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 310.

[77] Os Princípios UNIDROIT estabelecem um conjunto de regras especialmente desenhado para contratos comerciais internacionais, e apoiam-se num estudo comparativo transnacional muito forte. Em 1968, o Conselho Governativo dos UNIDROIT inclui no programa do instituto em 1971 o objetivo de codificar o Direito das obrigações. Em 1985, foi estabelecido um grupo de trabalho, que criou os Princípios UNIDROIT, que tiveram a sua primeira edição em 1994, e foram alterados / editados nos anos de 2004, 2010 e 2016. Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article by Article Commentary,* Kluwer Law International, 2018, www.kluwerarbitration.com, acesso em 24-05-2023, pp. 3-6.

[78] Os PECL foram o primeiro conjunto de regras modelo ou codificação não legislativa, em qualquer área de direito privado, que foram elaborados e publicados. Reinhard Zimmermann, The Significance of the Principles of European Contract Law, *European Review of Private Law*, 3, Kluwer Law International, 2020, (pp. 487–496), p. 488. Foram criados através de investigação comparativa, de forma a conciliar todas as famílias jurídicas na Europa. *Idem,* pp. 489.

[79] Para além das mencionadas, refira-se o *Feasibility Study for a future instrument in European Contract Law* de 2011, foi um estudo que serviu de base para a *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, publicada em maio de 2011. Nils Jansen / Reinhard Zimmermann, General Introduction – European Contract Laws Foundations, Commentaries, Synthesis, in *Commentaries on European Contract Laws*, Nils Jansen e Reinhard Zimmermann, Oxford University Press, Oxford, 2018 (pp. 1-18), § 20, p. 10. Regula também cláusulas penais, no artigo 170.º, da seguinte forma: "(1) Where the contract provides that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such nonperformance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actualloss. (2) However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in the contract may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances."

sua análise conjunta, optou-se por uniformizar os regimes de acordo com a abordagem romano-germânica, na formulação francesa, italiana e dos países baixos[81].

Começaremos por analisar o regime dos PECL, para depois analisarmos o regime contemplado nos UNIDROIT, e por fim, o regime consagrado nos DCFR.

II. O § 1 do artigo 9:509 do PECL dispõe que perante a estipulação consensual de uma cláusula penal que fixa uma soma específica a que o inadimplente está adstrito, o credor receberá este montante, independentemente do seu dano efetivo. Esta previsão aplica-se tanto a cláusulas de fixação antecipada de indemnização (*liquidated damages*) como a cláusulas penais *stricto sensu* (*conventional penalties*)[82].

O § 2 do mesmo artigo, prescreve que independentemente de qualquer acordo em contrário, a pena poderá ser reduzida a um montante razoável se for manifestamente excessiva em relação ao dano sofrido causado pelo incumprimento e de outras circunstâncias. A redução da pena manifestamente excessiva deve ter por referência os danos causados pelo incumprimento (*i.e.,* o dano efetivamente sofrido pelo credor) e deverá ter em conta as demais circunstâncias do caso (o cumprimento parcial da obrigação, a gravidade do incumprimento e aspetos relacionados com a posição do devedor)[83].

III. Por força do § 1 do artigo 7.4.13 dos PICC[84], quando o contrato prevê que o devedor que incumpre as suas obrigações deve pagar ao credor um determinado montante, o credor pode exigir o montante fixado (independentemente do seu efetivo prejuízo)[85].

---

[80] Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26),§ 7, p. 1545.

[81] Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26), § 7, p. 1545.

[82] O pagamento deve ter sido contratado para casos em que a parte do contrato incumpre umas das suas obrigações. Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26), § 9, p. 1547. As partes estabelecerão em que casos a indemnização é devida, seja em geral, situações de atraso ou de falta de conformidade Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26), § 10, p. 1548. A perda pode ser nula, e mesmo nestes casos o credor terá direito ao montante fixado. Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26), § 11, p. 1548.

[83] Reinhard Zimmermann, article 9:509, cit. (nt. 26), § 18, p. 1552. Note-se que o autor analisou conjuntamente o regime dos PECL, PICC, DCFR e FS, dada a sua semelhança.

[84] Conforme salientado por Brödermann, o âmbito de aplicação do artigo é deliberadamente amplo, e cobre tanto as *liquidated damages* como as *penalty clauses.* Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of,* cit. (nt. 77), p. 261,

[85] Para Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of,* cit. (nt. 77), p. 260, perante a liberdade para negociar, as partes podem acordar em qualquer montante.

O § 2 do artigo 7.4.13 dos PICC, prescreve que mesmo que as partes tenham estabelecido o contrário, a pena pode ser reduzida para um montante razoável quando for manifestamente excessiva relativamente aos prejuízos sofridos pelo credor devido ao incumprimento.

Considera-se que um montante é manifestamente excessivo (*grossly excessive*) quando para qualquer pessoa razoável se afigura claramente excessivo, considerando o dano efetivamente sofrido pelo credor e as circunstâncias do caso[86]. O tribunal tem o poder de reduzir a pena discricionariamente, até um montante razoável[87].

O poder de redução do tribunal não pode ser afastado pelas partes (conforme evidenciado pela expressão *notwithstanding any agreement to the contrary*), considerando-se assim matéria imperativa dos PICC nos termos do artigo 1.5[88].

Em casos de cumprimento parcial do contrato, o montante pode ser reduzido de forma proporcional, considerando o prejuízo remanescente e as circunstâncias do caso[89].

IV. Os DFCR[90] contemplam no artigo 3:712 o regime aplicável à cláusula penal (*stipulated payment for non-performance*).

Também nos DCFR se admite que o tribunal reduza a pena para um montante razoável se for manifestamente excessiva (*grossly excessive*) em relação ao dano sofrido pelo credor e face às circunstâncias do caso.

Desta forma, perante uma grande disparidade entre a pena e dano efetivo do credor, o tribunal pode reduzir o montante estipulado, ainda que a pena parecesse razoável no momento da celebração do contrato. O tribunal apenas poderá reduzir a pena quando seja claro que o montante estipulado excede, substancialmente, o dano efetivo. Para aferir se o montante fixado é excessivo, o tribunal também pode considerar se o dano causado se deve ao comportamento irrazoável do credor (por não ter tomado os passos razoáveis para mitigar o dano)[91].

Tendo-se analisado as propostas de harmonização da redução da cláusula penal, passaremos à análise de Direito Material Comparado.

---

[86] Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of,* cit. (nt. 77), p. 262.
[87] Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of,* cit. (nt. 77), p. 262.
[88] Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of,* cit. (nt. 77), p. 262.
[89]Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of,* cit. (nt. 77), p. 263.
[90] Os DCFR estabelecem um regime aplicável a contratos de construção, ao qual também se aplica o disposto nos livros I a III dos DCFR. Study Group on a European Civil Code / Research Group on EC Private Law (Aquis Group), *Principles, Definitions and,* (II), cit. (nt. 23), p. 1702.
[91] Study Group on a European Civil Code / Research Group on EC Private Law (Aquis Group), *Principles, Definitions and,* (I), cit. (nt. 21), pp. 962-963.

5 Direito material comparado: a redução da pena convencional nos contratos de construção

5.1 Razão de Ordem

I. Inexistindo um regime uniformizado e vinculativo aplicável à questão que nos propusemos analisar, uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos pode, em abstrato, regular o problema da redução da cláusula penal no contrato internacional de construção e torna-se importante realizar uma análise de direito comparado.

II. A nossa análise atende ao critério da função: atende-se à comparabilidade de institutos/regimes que cumpram a mesma função[92/93]. Identifica-se um problema social e determina-se como esse problema é resolvido nos sistemas jurídicos sob análise[94].

Tendo isto em mente, no campo do vastíssimo problema[95] do incumprimento contratual, procuramos verificar como a lei estrangeira regula a possibilidade de as partes estipularem as consequências do incumprimento tardio do seu contrato, através da fixação de um determinado montante, devido por quem o incumpre. Em particular, pretendemos determinar se o montante que as partes fixam pode ser sujeito a redução por parte do tribunal e em que termos no contrato de construção.

III. No presente texto optou-se pela análise do Direito português, em confronto com o Direito inglês e o Direito espanhol.

Optámos pelos referidos ordenamentos e não por outros, dada a sua originalidade face ao Direito português no âmbito da regulação da cláusula penal. De facto, a grande diferença de tratamento de cláusulas penais com a função compulsória no Direito inglês e no Direito português, suscita interesse do ponto de vista do Direito comparado. Quanto ao Direito espanhol, o facto de os tribunais portugueses terem

---

[92] Konrad Zweigert / Hein Kötz, *An introduction to comparative law,* 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 3.

[93] A metodologia da comparação jurídica não é um tema pacífico. A comparação funcional é considerada o método clássico de direito comparado. Uwe Kischel, *The Comparative Law,* Oxford University Press, Oxford, 2019, § 1.

[94] Dário Moura Vicente, *Direito Comparado – Introdução – Sistemas Jurídicos em Geral*, volume I, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2025, p. 43.

[95] Konrad Zweigert / Hein Kötz, *An introduction to* , cit. (nt. 92), p. 34. Para uma crítica do método funcional, *vide,* Uwe Kischel, *The Comparative Law,* cit. (nt. 93), §§ 7-30.

recusado o reconhecimento de uma decisão, por contrariedade à ordem pública internacional, de uma cláusula penal regulada pelo Direito espanhol[96], justifica a análise das diferenças de regime que o explicam.

IV. Considerando que a análise comparativa terá de atender às fontes de Direito que vigoram num dado ordenamento jurídico, importa identificar aquelas que vigoram nos ordenamentos jurídicos selecionados.

No âmbito do Direito Civil português são fontes de Direito as leis, as normas corporativas, os usos e a equidade[97], e para os que assim entendem, o costume[98].

No Direito inglês destaque-se como fontes de Direito (*sources of law*): a jurisprudência[99], a lei (*legislation*)[100] e o costume que obedeça a determinados requisitos[101/102]. No que toca à jurisprudência, que, como fonte, se refere à criação e aperfeiçoamento da lei no proferimento de decisões judiciais[103], vigora o princípio do precedente vinculativo ou *stare decisis*[104]. De acordo com o *stare decisis,* todos os tribunais estão obrigados a seguir as "decisões sobre questões de Direito proferidas noutros casos com factos relevantes análogos pelos tribunais situados acima deles na hierarquia judiciária, estando os próprios tribunais de recurso (...), vinculados às suas decisões anteriores.", salvo o Supremo Tribunal (anteriormente Câmara

---

[96] *Vide* nota de rodapé 46 *supra.*

[97] Estas fontes são fontes ao abrigo do CC. A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito,* 14.ª ed., Petrony Editora, *s.l.*, 2024, pp. 173-174.

[98] José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral,* 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 264-276.

[99] David Kelly, *Slapper and Kelly's English Legal System*, 19th ed., Routlegde, Abingdon, 2020, p. 147. Neste sentido, Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, (I), cit. (nt. 94), p. 281.

[100] David Kelly, *Slapper and Kelly's...,* cit. (nt. 99), p. 91.

[101] Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, (I), cit. (nt. 94), p. 294. O costume para ser aplicado pelos tribunais ingleses tem de obedecer a quatro requisitos: "a) ter vigorado ininterruptamente durante largo período de tempo; b) Ser aceite como obrigatório pelos seus destinatários; c) Ser compatível com outros costumes; e d) Ser razoável.". *Idem,* p. 282.

[102] A doutrina não é fonte de direito. Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, (I), cit. (nt. 94), p. 283. Os tratados internacionais não integram a ordem nacional mediante ratificação e não são diretamente aplicáveis, exigindo-se uma lei do Parlamento que as "transforme" em Direito inglês. *Idem,* p. 284. As regras de direito internacional consuetudinário são objeto de receção automática, sendo consideradas parte do Direito do país. *Idem,* p. 285. Quanto ao Direito da União Europeia, o disposto nos tratados aplicava-se ao Reino Unido, independentemente da sua "transformação" no ordenamento jurídico interno. Com o *European Union (Witdrawal) Act 2018,* e após o período de transição que se seguiu ao *Brexit* (31-01-2020) os tratados europeus passaram a não se aplicar ao Reino Unido. *Idem,* pp. 285-286.

[103] David Kelly, *Slapper and Kelly's,* cit. (nt. 113), p. 147.

[104] Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, (I), cit. (nt. 94), p. 282.

dos Lordes) e em certos casos o *Court of Appeal*[105/106]. Ao contrário do que sucede no Direito inglês, a jurisprudência não é fonte de Direito no quadrante português[107], mas pode ser considerada uma fonte de conhecimento de direito, tendo um papel essencial na concretização de conceitos indeterminados e de adaptação da lei a novas realidades[108].

No caso do Direito espanhol, as fontes de direito privado[109] são a lei, o costume e os princípios gerais do Direito[110] (cfr. artigo 1.º, n.º 1 do CCE)[111]. A principal fonte de direito é a lei[112].

V. Considerando o acima exposto, a estrutura que se adota no presente trabalho é o de simples justaposição e comparação: primeiro percorrer o sistema legal 1 (espanhol) (§ 5.2), e depois apresentar o sistema legal 2 (inglês) (§ 5.3), seguidamente, descrever o sistema legal 3 (português) (§ 5.4) para que por fim seja possível confrontá-los[113], numa síntese comparativa (§ 5.5)[114].

---

[105] Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, (I), cit. (nt. 94), p. 282.

[106] Importa precisar que sempre nos referimos no corpo do texto às decisões dos tribunais superiores ingleses, optamos por referir o nome das partes em itálico, e quando estas são empresas não colocar a sua firma (como em Co. ou Ltd.).

[107] Com exceção dos acórdãos do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade ou a ilegalidade das normas – artigo 281.º, n.º 1 e 3 da Constituição da República Portuguesa – e dos acórdãos dos tribunais administrativos que declaram com força obrigatória geral a ilegalidade de regras administrativas nos termos do artigo 76.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos. Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito,* Almedina, Coimbra, (reimpr.), 2022 p. 162.

[108] Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito,* cit. (nt. 107), p. 136.

[109] Atendendo que se indicam as fontes de Direito à luz do CCE, realce-se que o referido diploma não deixa de se dever subordinar à Constituição Espanhola. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Artículo 1., in *Comentarios al Código Civil,* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 5.ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 39.

[110] Correspondem aos "valores o creencias fundamentales vigentes en cada momento dentro de una sociedad. Reflejan la conciencia social." Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Artículo 1., cit. (nt. 109), p. 42. São princípios gerais do Direito, entre outros, os princípios constitucionais. *Idem,* p. 42.

[111] Note-se que nos termos do artigo 1.º, n.º 5: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»."

[112] Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Artículo 1., cit. (nt. 109), p. 40.

[113] Uwe Kischel, *The Comparative Law,* cit. (nt. 93), § 236.

[114] Na síntese comparativa, enuncia-se as semelhanças e diferenças dos sistemas jurídicos selecionados e explicar os fatores que as determinam. Dário Moura Vicente, *Direito Comparado,* (I), cit. (nt. 94), p. 48.

5.2 Direito espanhol

I. No CCE a matéria da cláusula penal está regulada nos artigos 1.152-1.155 (*sección VI – De las obligaciones com cláusula penal*)[115/116].

A cláusula penal é uma obrigação pecuniária, que deve ser paga pelo devedor ao credor e que sanciona o incumprimento da obrigação contratual[117]. O princípio da acessoriedade da cláusula penal encontra-se refletida no artigo 1155.º do CCE[118] (*i.e.,* a cláusula penal é acessória à obrigação principal, considerando que, se a obrigação principal se extingue, também se extingue a cláusula penal[119]).

II. É frequente a inclusão de cláusulas penais nos contratos de empreitada[120], principalmente com a finalidade de sancionar o atraso na entrega da obra[121].

Não se considera exigível o pagamento da pena moratória (*i.e.*, das cláusulas penais que tenham como função sancionar o atraso no cumprimento da obrigação

---

[115] A cláusula penal é exigível quando o seja nos termos gerais do Código Civil, *i.e.*, quando o devedor incumpre a obrigação ou a cumpre defeituosamente com dolo, culpa ou por qualquer outra causa. Jaime Santos Briz, art. 1.152, in *Comentario del Código Civil – Arts. 1.088 al 1.314*, *Tomo 6,* Ignacio Sierra Gil De La Cuesta, Madrid, Bosch, 2000, p. 292.

[116] A análise que fazemos é a correspondente ao atual código civil espanhol, porém, saliente-se a existência da Proposta de reforma do Código Civil em Espanha. Sobre o impacto da reforma sobre a cláusula penal vide António Pinto Monteiro, Sobre a modificação judicial de penas contratuais "manifestamente excessivas" no direito comparado – a Proposta espanhola de 2023, in *Revista de Legislação e jurisprudência,* n.º 4049, 2024 (pp. 110-126).

[117] Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, Artículos 1152 al 1155, in *Comentarios al Código Civil,* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 5.ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2021, p. 1486. A definição de cláusula penal não é pacífica no Direito espanhol, havendo quem defenda nomeadamente que é uma estipulação que tem como caraterística principal a garantia que desempenha relativamente à obrigação principal, outros que se focam no caráter de sanção e outros que o definem como uma fixação antecipada da indemnização. Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal en el contrato de obra,* Escuela de Negocios Dar, Las Palmas, 2005, pp. 23-25.

[118] Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, Artículos 1152 al, cit. (nt. 117), p. 1491. O artigo 1155.º estabelece que "La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.".

[119] Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II – Derecho de Obligaciones,* 14.ª ed., Edisofer s.l., Madrid, 2011, p. 267.

[120] Um contrato de empreitada (*contrato de arrendamiento de servicios y obras*), está previsto no artigo 1544.º CCE. Considera-se um contrato de empreitada quando *(i)* em troca de uma contraprestação qualquer uma parte se obriga perante obra a executar uma obra, *(ii)* se arrenda uma obra. Pode-se entender execução de uma obra num sentido puramente material (p.e., quando se constrói um edifício), mas também como realização completa ou tarefa (também se considera uma empreitada quando o advogado se obriga a realizar um parecer). Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II,* cit. (nt. 119), p. 733.

[121] Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal,* cit. (nt. 117), p. 85.

principal), se se tiverem realizado modificações ou alterações ao projeto da obra original ou se tiverem realizado obras não contratadas inicialmente[122]. A justificação é que *(i)* por um lado, modificaram-se as circunstâncias na base do acordo da cláusula penal (*i.e.,* devido às obras não incluídas no projeto[123]), que desvirtuam a sua eficácia, e por outro, *(ii)* não se produziu um incumprimento contratual imputável ao devedor (empreiteiro) visto que a conduta do dono da obra que ordenou modificações ao projeto conduziu a uma amplificação do prazo de execução, portanto não se pode imputar ao empreiteiro o atraso na entrega da obra[124].

Porém, nos casos em que os dias de atraso são muito superiores ao tempo que demorou a incorporar as alterações na obra, no cômputo total de dias de atraso, não se aplicará a cláusula penal aos dias de atraso justificados, mas aplicar-se-á ao resto dos dias cujo atraso é imputável ao empreiteiro[125].

III. A possibilidade de redução da cláusula penal é admitida e encontra-se estabelecida no artigo 1154.º do CCE, do qual resulta que o juiz pode modificar à luz da equidade a pena quando a obrigação não tenha sido incumprida totalmente pelo devedor. Entende-se que a moderação judicial da pena tem caráter imperativo[126/127].

Reduzir a pena não equivale a suprimi-la totalmente, sendo que o artigo 1154 CCE apenas admite que os juízes a reduzam[128].

---

[122] Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal,* cit. (nt. 117), p. 86. Exige-se o preenchimento dos seguintes pressupostos: *(i)* "que los câmbios, modificaciones o alteraciones produzcan un incremento cuantitativo de obra", *(ii)* "que el aumento cuantitativo de la obra a un incremento em el plazo de ejecución material de las obras, puesto que si no se produce dicha circunstancia la cláusula penal podrá ser exigible" *(iii)* "que las partes no hayan modificado el plazo de terminación o entrega previsto en el contrato.", *(iv)* que las modificaciones al proyecto o la realización de las obras adicionales se lleven a cabo dentro del plazo de terminación o entrega previsto en el contrato, puesto que si dichas modificaciones o ampliaciones se producen una vez agotado el plazo de ejecución pactado si será exigible la cláusula penal, al haberse producido todos los pressupuestos necessários para su exigibilidade y eficacia." *Idem,* pp. 86-87.

[123] Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal,* cit. (nt. 117), p. 95.

[124] Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal,* cit. (nt. 117), p. 87.

[125] Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal,* cit. (nt. 117), p. 96.

[126] Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), sentencia número 338/2023, 15-06-2023, https://www.poderjudicial.es, acesso em 12-06-2023, p. 7; Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, Artículos 1152 al, cit. (nt. 117), p. 1489. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada,* cit. (nt. 51), p. 135.

[127] Discute-se se tem caráter oficioso ou não o poder de redução da pena. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada,* cit. (nt. 51), p. 135.

[128] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 132.

Para que os tribunais possam atuar, é essencial que o devedor não tenha incumprido totalmente a obrigação[129]. Entende-se que o papel do tribunal não é interferir ou modificar o acordo dos contraentes, mas integrar uma lacuna contratual, assim por as partes não terem previsto a situação de incumprimento parcial[130]. É irrelevante se a pena se revela desproporcional ou excessiva para efeitos de moderação, porque o artigo 1154.º não traduz um juízo de desvalor sobre o conteúdo da cláusula[131].

IV. Na moderação, o tribunal deve avaliar a proporção em que foi totalmente cumprida a obrigação[132].

A faculdade do juiz é independente da má-fé do devedor, intensidade do prejuízo causado e grau de culpa[133].

V. Em caso de incumprimento total da obrigação, vigora o princípio da imutabilidade da pena. O princípio da imutabilidade da pena convencional tem origem no direito romano, onde não existiam quaisquer limitações à possibilidade de exigir a totalidade da pena convencionada. Posteriormente, a compilação de Justiniano passou a limitar o montante máximo que podia ser exigido. No século XIX, o princípio da imutabilidade da pena regressou com a codificação das leis nos ordenamentos jurídicos dos vários países europeus. O Código Civil francês de 1804 fixava a imutabilidade da pena no artigo 1152.º, tendo a legislação espanhola, italiana, belga e portuguesa, sido influenciada neste sentido. Porém, o Código Civil francês (na alteração do Código Civil de 1975), italiano (com a aprovação do Código Civil de 1942) e português (como veremos abaixo – § 5.4) passaram a admitir a redução da pena quando esta se revele manifestamente excessiva[134]. No Direito espanhol, o princípio da imutabilidade da pena permaneceu.

A jurisprudência maioritária entende que não pode existir uma redução da pena[135]. Alguma doutrina entende que deveria ser admissível a revisão da pena, por motivos de equidade, em casos de incumprimento total, porque a *ratio* do

---

[129] Jaime Santos Briz, Art. 1.152, cit. (nt. 115), p. 297; Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 133; Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), Sentencia número 00241/2020, de 05-06-2020, https://www.poderjudicial.es, acesso em 10-06-2023, § 59.
[130] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), pp. 133-134.
[131] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 141.
[132] Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, Artículos 1152 al, cit. (nt. 117), p. 1490.
[133] Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, Artículos 1152 al, cit. (nt. 117), p. 1490.
[134] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), pp. 143-144.
[135] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 140.

artigo 1154.º CCE é corrigir todas as cláusulas penais abusivas ou desproporcionais, e a alusão ao incumprimento parcial ou irregular não implica a exclusão da possibilidade de o tribunal reduzir a pena noutras circunstâncias[136]. Contra, a doutrina maioritária refere que essa interpretação só seria admissível se fosse implementada uma reforma legislativa e rejeita tal interpretação por força dos princípios da autonomia privada (*principio de autonomia de la voluntad)* (artigo 1255.º CCE) e da vinculação aos contratos (*principio de vinculación de los contratos*) (artigos 1091.º e 1258.º CCE)[137]. Caso assim não fosse, a função coerciva da cláusula penal seria atenuada, visto que a possibilidade de redução judicial conduziria à imposição de penas inferiores àquelas que foram previstas pelas partes[138].

Ainda que não se admita a redução da pena em casos de incumprimento total da obrigação, a doutrina espanhola entende que existem outras vias de moderação da pena excessiva, em caso de incumprimento total[139].

VI. Discute-se se nos casos de mora no cumprimento da obrigação para a qual se tenha estabelecido uma cláusula penal, se pode reduzir a pena. De momento,

---

[136] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 142.
[137] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), pp. 142-143.
[138] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 146.
[139] Nos termos do artigo 1103.º do CCE, o tribunal tem a faculdade de modificação, apenas em casos de negligência, e não em casos de dolo ou má-fé. Pode operar em casos de incumprimento absoluto. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), pp. 147-148. Além disso, discute-se se uma pena excessiva pode ser declarada nula do artigo 1.258 do CCE, quando a pena é excessiva ou exorbitante. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 149. A favor, Jaime Santos Briz, Art. 1.152, cit. (nt. 115), p. 297. Adicionalmente, a doutrina afirma que o artigo 7.2. do CCE, que contempla a alegação do abuso de direito, pode ser invocado em caso de penas convencionais excessivas, ainda que o Supremo Tribunal o rejeite. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 151. Por último, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Espanha, entende que as cláusulas penais, especialmente as que cumprem uma função coerciva, estão sujeitas aos limites da autonomia da vontade impostos pela moral e pela ordem pública, e podendo-se considerar contrárias às últimas as penas cuja quantia exceda extraordinariamente os danos e prejuízos que, no momento de celebração do contrato, pode razoavelmente prever-se que resultariam do incumprimento da cláusula penal. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 154. Esta rejeição, dificilmente compatível com o entendimento da jurisprudência sobre a imutabilidade da cláusula penal, é justificada devido à rejeição de cláusulas penais usurárias e opressivas, por serem intoleravelmente limitativas da liberdade do devedor. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 154. Para além do abaixo mencionado, considera-se muito discutível que o enriquecimento sem causa a favor do credor funcione como fundamento da redução. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p. 150. Em alguns casos, admite-se a redução da pena se estiverem preenchidos os requisitos para a aplicação da cláusula *rebus sic standibus* ou alteração extraordinária das circunstâncias. Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), p.152.

o entendimento maioritário é o de que os tribunais não podem exercer o poder de redução da pena nestes casos[140].

Logo, se cláusulas penais moratórias se encontrarem estabelecidas no contrato de empreitada, há quem entenda que não é possível a sua redução, porque perante um atraso, a obrigação incumpre-se totalmente, deixando de ser possível recorrer ao artigo 1154.º CCE[141].

O dono da obra não pode exigir o cumprimento da cláusula penal moratória se não cumpriu, anteriormente, a sua obrigação de pagamento do preço, de acordo com os artigos 1100.º e 1124.º do CCE e com o instituto *exceptio non adimpleti contractus* (o credor de uma obrigação recíproca não pode exigir do seu devedor (empreiteiro) que cumpra com as suas obrigações se não tiver cumprido as suas)[142].

Logo, no Direito espanhol, considerando que as cláusulas penais devidas em caso de cumprimento tardio da obrigação são cláusulas moratórias, será discutível se é admissível a sua redução, até em casos de cumprimento parcial.

5.3 Direito inglês

I. No Direito inglês, conforme acima salientamos (§ 3.3), a função que a cláusula prossegue determinará a existência ou não de efeitos jurídicos. No caso das cláusulas de fixação antecipada de indemnização (*liquidated damages clause*) o credor pode peticionar o montante fixado na cláusula[143], e no caso de uma cláusula penal *stricto sensu* (*penalty clause*), esta será inválida, não sendo suscetível de execução (*unenforceable)*[144]. Neste caso, o credor apenas pode peticionar a compensação do dano efetivamente sofrido em sede judicial[145].

II. A origem deste regime pode ser explicada historicamente. A *stipulatio poenae* do Direito Romano chegou a ser aplicada em Inglaterra, nos séculos XII e XIII, porém, começou a converter-se numa defesa do devedor contra a *penal bond* (*i.e.*, a promessa de pagar um montante fixo se uma dada promessa não fosse cumprida). O devedor era apenas responsável pelo dano efetivamente sofrido

---

[140] Ignacio Marín García, *La liquidación antecipada*, cit. (nt. 51), pp. 138-139.
[141] Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal,* cit. (nt. 117), p. 116.
[142] Francisco Martínez Mas, *La cláusula penal,* cit. (nt. 117), p. 123.
[143] Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 3.03.
[144] Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 3.22.
[145] Hugh Beale / Bénédicte Fauvarque-Cosson / Jacobien Rutgers / Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and,* cit. (nt. 40), p. 1120.

devido ao incumprimento do ato prometido[146]. Com o desaparecimento das *penal bonds,* as *penalty clauses* começaram a ser analisadas pela jurisprudência[147]. Em *Lowe v. Peers,* estabeleceu-se que, ou o credor escolhia entre a soma fixada na *penalty clause* ou pedia o ressarcimento de danos que poderia provar em termos ordinários[148]. Pouco tempo depois, em *Astley v Weldon,* já se apresentavam critérios de distinção de *liquidated damages clauses* e de *penalty clauses*, onde se considerou que perante uma *penalty,* o credor só poderia peticionar o pagamento dos danos efetivamente sofridos[149]. Os tribunais começaram, assim, a rejeitar a execução de *penalty clauses,* independentemente do conteúdo da cláusula e do conteúdo do contrato[150].

Durante o século XIX e início do século XX, muitas decisões tentaram estabelecer um critério de distinção entre *penalty* e *liquidated damages clauses*[151]. *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v New Garage and Motor co.,* foi a principal autoridade (*leading authority*) por mais de um século sobre a matéria[152]. Segundo este caso, para se distinguir entre uma *penalty clause* e uma *liquidated damages clauses* teriam de se aplicar vários testes, onde se ponderava se, no momento da contratação, as partes pretenderam genuinamente estimar os danos prováveis[153].

Em *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v Beavis* e *Parking Eye Ltd. v Beavis*, a regra foi revista[154], nos termos acima expostos. O motivo (entre outros) pelo qual o *Supreme Court* entendeu que a *penalty rule* deveria continuar a vigorar deveu-se à circunstância de existirem no contexto comercial desequilíbrios significativos no poder negocial das partes contratantes, que reclamavam a proteção concedida pela *penalty rule*[155].

---

[146] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), pp. 34-35.
[147] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 35.
[148] Court of the King's Bench, *Catherine Lowe versus Newsham Peers*, 1768, *in English Reports Full Reprint Vol. 98 – King's Bench,* pp. 160-165 heinonline.org, acesso em 17-07-2023, §§ 2228-2229.
[149] Common Pleas, *Astley v Frances Weldon*, 27-01-1801, *in English Reports Full Reprint Vol. 126, – Common Pleas (1486-1865),* pp. 1318-1323, heinonline.org, acesso em 17-07-2023, § 350.
[150] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 35.
[151] Pascal Hachem, *Agreed sums payable,* cit. (nt. 26), p. 36.
[152] Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 1.26.
[153] House of Lords, *Dunlop Pneumatic Tyre Company v New Garage and Motor Company*, 01-07-1914, bailii.org, acesso em 08-06-2023. Harriët N. Schelhaas, Penalty Clauses and the Recent Decisions by the UK Supreme Court in Cavendish v. Makdessi & ParkingEye v. Beavis, *European Review of Private Law,* 1, 2017 (pp. 169–172), p. 171.
[154] Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 2.01.
[155] Ewan McKendrick, *Contract Law,* 14th ed., Red Globe Press, London, 2021, p. 438.

III. No Direito inglês também é frequente a inclusão, em contratos de construção[156], de *liquidated damages clauses*[157], de modo a salvaguardar as preocupações acima expostas (§ 3.4). Valem, nestes contratos, os critérios de distinção entre cláusulas de fixação antecipada de indemnização e cláusulas penais *stricto sensu* para se considerar válida ou inválida a cláusula em apreço[158].

O montante que o empreiteiro é obrigado a pagar pode representar a estimativa genuína das partes quanto aos danos que o dono-da-obra provavelmente incorreria devido ao atraso do empreiteiro, ou pode limitar-se à quantificação de certos tipos de prejuízos que o proprietário poderia sofrer em caso de incumprimento tardio. O dono-da-obra pode exigir o pagamento da pena simplesmente por ser ultrapassado o prazo estabelecido no contrato para a execução da obra (ainda que se possa exigir contratualmente que seja enviado uma notificação anterior à reclamação de pagamento)[159].

Quanto ao cálculo do montante da pena, esta pode ser calculada através da fixação de um montante diário, semanal ou mensal durante o período de tempo em que o empreiteiro se atrasou (confrontando-se o tempo em que se deveria ter concluído a obra e o tempo em a obra foi efetivamente concluída)[160].

O montante da cláusula de fixação antecipada de indemnização em caso de atraso, não é necessariamente o único meio ao dispor do dono-de-obra nesta

---

[156] Construção compreende qualquer forma de construção ou *montage*, mas está confinado a desempenhar trabalhos ou em conexão com propriedade imóvel. O Direito inglês, salvo algumas exceções, não contem regras que regulem a execução de trabalhos de construção. Os contratos de construção incorporam modelos de contrato (*forms of contract*) que estabelecem os direitos e deveres das partes, que pela sua complexidade se assemelham a codificações. O termo contrato de construção inclui tanto contrato de construção (*building contract*), bem como, contrato de engenharia (*engineering contract*), cujas caraterísticas serão definidas pelas especialidades técnicas do contrato. Distingue-se *building,* que alude a uma estrutura com o fim de ser ocupada e a engenharia abrange qualquer forma de construção, que não tem de ser estática. O *building* adota as JCT *Standard Forms of Building Contract* e o *engineering* o *ICC form.* Vincent Moran QC/William Webb, Chapter 39 – Construction Contracts, *Chitty on contracts – Specific Contracts*, volume II, Hugh Beale, 34th ed., Sweet & Maxwell, 2022, www.uk.practicallaw.thomsonreuters.com, acesso em 23-06-2023, § 39-001 – § 39-002.

[157] Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 6.30.

[158] Lukas Klee, *International Construction Contract,* cit. (nt. 8), pp. 63-64. Ressalve-se que se o trabalho estiver dividido por partes, pode existir um problema "cascata" (*problem of cascading*): um atraso na execução de uma secção pode causar atrasos nas secções subsequentes, acionada responsabilidade para adicionais *liquidated damages,* e não será, ao abrigo do Direito inglês, necessariamente uma *penalty clause* admitir o ressarcimento deste efeito "cascata". Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 6.36.

[159] Julian Bailey, *Construction Law*, (II), cit. (nt. 47), §§ 13.131-13-133.

[160] Julian Bailey, *Construction Law*, (II), cit. (nt. 47), § 13.136.

situação, podendo o dono-da-obra resolver o contrato com o empreiteiro e contratar outro empreiteiro para executar o resto dos trabalhos[161].

IV. Quanto ao mecanismo de redução, este pura e simplesmente não existe no direito inglês[162].

Nos casos em que o dano sofrido seja inferior à soma estipulada na cláusula de fixação antecipada de indemnização, não deixará de ser devida a soma estipulada[163/164]. O facto de o dano efetivo poder ser nulo, não impede que o credor peticione o valor estipulado na cláusula[165].

Logo, se num contrato de construção for incluída uma cláusula penal que se revele excessiva, o tribunal não terá qualquer poder de moderação da cláusula, limitando-se a certificar se a mesma constitui ou não uma *penalty clause.*

5.4 Direito português

I. No Direito português, a cláusula penal pode ser definida como a "estipulação negocial em que qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga antecipadamente, perante a outra, a efectuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (*maxime*, em tempo), de determinada obrigação."[166] Também se pode estipular uma cláusula penal em caso de mora no cumprimento da obrigação principal[167].

---

[161] Julian Bailey, *Construction Law*, (II), cit. (nt. 47), § 13.142.

[162] Hein Kötz, *European Contract Law,* Oxford Academic, New York, 2017, p. 277.

[163] Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 3.18.

[164] No caso de o dano efetivamente incorrido pelo credor ser superior àquele que esteja estabelecido na *liquidated damages clause*, também receberá o montante estabelecido na cláusula. Roger Halson, *Liquidated Damages and*, cit. (nt. 48), § 3.05.

[165] Hugh Beale / Bénédicte Fauvarque-Cosson / Jacobien Rutgers / Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and*, cit. (nt. 40), p. 1120.

[166] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), p. 44. A estipulação de uma cláusula penal pressupõe *(i)* a existência de uma obrigação principal, que a mesma assegura, *(ii)* a subscrição por parte do devedor da obrigação, e *(iii)* a promessa feita ao credor, pelo devedor, da obrigação assegurada. Trata-se de uma manifestação do princípio da autonomia privada, cabendo às partes *(i)* acordarem nesta cláusula e *(ii)* fixar o seu conteúdo e objeto. António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e*, cit. (nt. 35), pp. 45-47.

[167] No sentido de que a cláusula penal pode ser estipulada em "qualquer das suas modalidades típicas, a saber, o incumprimento definitivo, o cumprimento defeituoso e a mora ou retardamento da prestação" e é independente do tipo de dever violado (principal, secundário ou lateral). Ana Filipa Morais Antunes, Artigo 810.º, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das obrigações em geral,* José Carlos Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 1159-1160.

A cláusula penal carateriza-se pela acessoriedade porque: *(i)* por um lado, com o desaparecimento da obrigação principal (por se extinguir por qualquer motivo), também desaparecerá a pena, e *(ii)* por outro, a pena só é exigível quando o credor possa reagir nos termos gerais contra o incumprimento do devedor (nos casos em que o incumprimento / atraso não é imputável ao mesmo, não é devida qualquer pena)[168].

II. A cláusula penal pode ser incluída num contrato de empreitada[169]. Pode assumir o papel de fixação antecipada de indemnização ou compulsório, seguindo os termos gerais, com as devidas adaptações[170].

A cláusula penal que visar indemnizar o credor pelo atraso na execução da obra é moratória, e exige-se que estejam preenchidos a totalidade dos pressupostos da responsabilidade civil[171].

III. Quanto à redução da pena convencional, esta é admitida e encontra-se expressamente consagrada no artigo 812.º CC. A redução opera quando: *(i)* a cláusula é originariamente manifestamente excessiva, *(ii)* quando se torna manifestamente excessiva devido a uma causa superveniente (*i.e.,* a cláusula torna-se

---

[168] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), pp. 87-88. No mesmo sentido, Pinto Oliveira, afirmando o "princípio da acessoriedade da cláusula penal". Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito,* cit. (nt. 3), p. 925.

[169] Romano Martinez afirma que é frequente a inclusão de cláusula penal na eventualidade de não cumprimento do acordado, de mora ou cumprimento defeituoso, admitindo também a possibilidade da cláusula "ser reduzida pelo tribunal de acordo com a equidade (artigo 812.º, n.º 1 do CC)". Pedro Romano Martinez, Responsabilidade civil no contrato de empreitada – responsabilidade do empreiteiro e seguro de responsabilidade civil, *Julgar*, n.º 42, 2020, Almedina (pp. 89-128), p. 96. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito* (XII), cit. (nt. 6), pp. 966-967. No sentido de ser frequente a inclusão no contrato de empreitada comercial "a estipulação de um sistema de penalidades, por atrasos na execução da obra" e poder aplicar-se o art. 810.º CC em caso de "fixação contratual do montante de indemnização", Pedro Pais de Vasconcelos /Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial* (I), cit. (nt. 2), p. 253. Note-se que para estes autores "os contratos de empreitada celebrados pelos empreiteiros no exercício da sua empresa, não encontram na lei comercial um tipo legal específico, mas nem por isso devem ter-se por registos diretamente pelos artigos 1207.º a 1230.º do Código Civil". *Idem,* p. 245. Os autores consideram mais adequada a aplicação do "regime da empreitada de construção de navio" e "o regime jurídico das empreitadas de obras públicas previsto e detalhadamente regulado no Código dos Contratos Públicos, especialmente nos seus artigos 343.º e seguintes", no caso de empreitadas comerciais, qualificadas à luz do art. 230.º, n.º 6 CCom. *Idem,* p. 245.

[170] António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (XII), cit. (nt. 6), pp. 966-967.

[171] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 2015/09.4TBPFR.P1, 15.01.2013, www.dgsi.pt, acesso em 18-07-2023.

manifestamente excessiva "pela ocorrência de um facto não contido no conjunto daqueles com que as partes contavam ao estabelecê-la"[172]), ou *(iii)* a obrigação é parcialmente cumprida. A redução da pena convencional pode operar em qualquer situação de incumprimento[173].

Na 1.ª versão do CC de 1966 (do Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro), já se tinha abandonado o princípio da intangibilidade da cláusula penal devido aos abusos e iniquidades praticados por credores que "transformaram a cláusula penal numa acentuada fonte de injustiça"[174].

Desta forma, o artigo 812.º CC visa controlar o exercício pelo credor do direito à pena, impedindo-se atuações abusivas por parte do mesmo[175], baseia-se no dever de agir de boa-fé, conforme dita o 762.º, n.º 2 e na proibição do abuso de direito, à luz do 334.º CC[176]. O artigo 812.º "aplica os princípios da proibição do abuso de direito e da boa-fé, concretizado no sub-princípio da proporcionalidade"[177]. Ao reduzir a pena, o "tribunal corrige o excesso" e elimina "a fonte do abuso"[178]. É uma forma de conciliar a autonomia privada das partes e os "ditames da justiça material, com o princípio da boa-fé"[179], com o direito do credor de exigir o pagamento da pena, na medida em que não seja abusiva[180].

---

[172] Ana Prata, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual – regime geral,* Almedina, Coimbra, 2005, (reimpr.), pp. 636-637.

[173] Ana Filipa Morais Antunes, Artigo 812.º, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das obrigações em geral,* José Carlos Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 1173.

[174] João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 270. O autor refere-se aos motivos pelos quais a doutrina e jurisprudência francesa recusaram o princípio. *Idem,* p. 270.

[175] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), p. 729. Neste sentido, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), p. 493.

[176] António Pinto Monteiro, *Cláusula penal e,* cit. (nt. 35), p. 733. No mesmo sentido, Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito,* cit. (nt. 3), p. 938. Menezes Cordeiro salienta também que reside na irrenunciabilidade antecipada de direitos, como princípio geral do direito das obrigações. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), p. 493. Menezes Leitão entende que visa proteger a parte mais fraca, tendo como objetivo evitar que esta possa ser constrangida a "ter de liquidar uma cláusula penal em manifesta desproporção com o prejuízo sofrido pelo credor". Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações – Transmissão e extinção das obrigações – não cumprimento e garantias do crédito,* (II), 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 293.

[177] Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito,* cit. (nt. 3), p. 938.

[178] António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), p. 200.

[179] António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), pp. 200-201.

[180] João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção,* cit. (nt. 174), p. 277.

Trata-se de uma norma injuntiva[181]. A necessidade da redução é de ordem pública e por essa razão subtrai-se a autonomia das partes[182]. São assim nulas todas as cláusulas que excluam o direito à redução por estar em causa a "reposição de uma situação conforme à boa-fé"[183].

IV. Caso o empreiteiro (devedor) peça a redução da pena[184], perante a exigência do cumprimento da mesma por parte do credor da pena[185], o tribunal deve ponderar se *pode* reduzir a pena e também em que *medida* o pode fazer[186].

---

[181] Neste sentido, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações,* (II), cit. (nt. 176), p. 393.
[182] Maria Ângela Bento Soares / Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos internacionais – Compra,* cit. (nt. 7), p. 312. Neste sentido, Ana Prata, *Cláusulas de exclusão,* cit. (nt. 172), pp. 642-643.
[183] Ana Prata, *Cláusulas de exclusão,* cit. (nt. 172), p. 643.
[184] Aqui, perfilhamos o entendimento de que o devedor deve solicitar a redução, ainda que se discuta se a redução depende de um pedido do interessado ou se é de conhecimento oficioso. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), pp. 494-495. Contra o entendimento de que se trata de uma questão de conhecimento oficioso, António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e*, cit. (nt. 35), pp. 735-737; Sobre o controlo, cit. (nt. 35), pp. 202-203 no qual justifica que apesar de o artigo 812.º CC se tratar de uma norma de proteção do devedor "é a este que competirá decidir sobre a atitude a tomar. *Idem*, p. 203; Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), p. 494, por *(i)* estar na liberdade do devedor decidir pagar ou não a pena excessiva, e *(ii)* estamos perante direitos disponíveis (apenas no caso de abusos, pode o tribunal atuar oficiosamente). No mesmo sentido, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das obrigações,* (II), cit. (nt. 176), p. 294 entende que o tribunal não se pode substituir às partes, decretando oficiosamente a redução, sem lhe ser pedido; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, (7.ª reimpr.), p. 801; João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção,* cit. (nt. 174), p. 275. A favor, Pinto Oliveira, que entende que o "problema deve resolver-se atendendo à relação entre os artigos 334.º e 812.º. Em geral, o princípio é de que o abuso do direito é do conhecimento oficioso; em particular, o princípio de que o abuso de direito é do conhecimento oficioso deve concretizar-se no princípio de que o abuso do direito na conformação contratual dos direitos de crédito é do conhecimento oficioso.", logo, para o autor, "o tribunal terá o dever de reduzir oficiosamente a pena desproporcionada ou excessiva, aplicando-o o artigo 812.º". Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito...,* cit. (nt. 3), p. 939; Pinto Oliveira desconstrói os argumentos apresentados contra a possibilidade de redução oficiosa em Nuno Pinto Oliveira, *Em tema de redução oficiosa da pena convencional – Separata – Estudos em comemoração do 10.º Aniversário da licenciatura em direito da universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, pp. 729-763. Convence-nos o argumento de António Pinto Monteiro, quando expõe que "se o tribunal pudesse reduzir a pena antes da infracção, estaria, com isso, não a controlar o exercício abusivo de pena manifestamente excessiva, antes a modificar o conteúdo do contrato, o que não se afigura possível com base no artigo 812.º.". António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), p. 202.
[185] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), p. 739.
[186] António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), p. 204.

Para se cumprir o crivo de uma pena "manifestamente excessiva", não basta uma mera superioridade face ao dano efetivo[187], *i.e.*, não basta que seja excessiva[188]. Ou seja, é necessário ponderar outros fatores para aferir se existe um excesso *manifesto*, quer de ordem subjetiva[189], quer relativos ao caráter flagrante da desproporção[190]. A intervenção do tribunal é assim excecional[191], por não se pretender uma intervenção judicial sistemática e "aniquiladora da cláusula penal"[192]. Não se trata de fazer coincidir a pena convencional com os prejuízos do lesado[193], mas de corrigir um abuso, visto que "querer reduzir a cláusula penal ao dano efectivamente sofrido é não respeitar o seu valor coercitivo, é abrir as portas ao incumprimento de devedores de má-fé, sempre esperançados em que o juiz acabe por reduzir a cláusula penal ao prejuízo real"[194].

Desta forma, para legitimar a redução, será necessário ponderar um conjunto de fatores para averiguar se, no caso concreto, o pedido do credor se traduz num exercício abusivo, a saber , *(i)* "a gravidade da infração"[195], *(ii)* "o grau de culpa do devedor"[196], *(iii)* "as vantagens que, para este, resultem do incumprimento, o

---

[187] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), p. 741.

[188] Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), p. 495. O autor refere que "deve ser chocante e exagerada, de valor exorbitante, totalmente desadequado e abusivo". *Idem,* p. 496.

[189] António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), pp. 203-204.

[190] António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), p. 204.

[191] António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), p. 207. João Calvão da Silva afirma inclusive que "a ausência de dano, por si só, não legitima a intervenção judicial", por força da mudança do Decreto-Lei n.º 262-83 que eliminou a menção à cláusula penal não poder ser reduzida para além do dano efetivamente causado. João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção,* cit. (nt. 174), p. 276.

[192] João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção,* cit. (nt. 174), p. 273.

[193] Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. (nt. 184), p. 801.

[194] João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção,* cit. (nt. 174), p. 277.

[195] Nuno Manuel Pinto Oliveira apela à "gravidade da ilicitude". Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito,* cit. (nt. 3), p. 938.

[196] Menezes Cordeiro entende que quanto à questão de considerar o grau de culpa do agente: "há que fazer apelo à contraposição básica entre as cláusulas de fixação antecipada da indemnização e as cláusulas compulsórias ou penais *stricto sensu*. Nas primeiras, movemo-nos no universo da responsabilidade obrigacional, onde a lei portuguesa usa "culpa" sem distinguir o dolo da negligência (799.º/1). Apenas no domínio das situações aquilianas a lei admite a limitação equitativa da indemnização no caso de mera culpa (negligência), atendendo-se, ainda, à situação económica do agente e do lesado. Assim, a cláusula de fixação antecipada de indemnização funciona desde que o comprovado o não-cumprimento ou equivalente, imputáveis ao credor e caso haja danos apreciáveis. Na cláusula penal *stricto sensu*, a solução pode ser diversa. Trata-se de fazer pressão na vontade do devedor para que cumpra. Logicamente, tal pressão só faz sentido havendo "culpa", devendo variar na razão direta da censurabilidade do agente. O *quantum* necessário para compelir um rico é diferente do requerido para um pobre. Desta feita, a entrar-se nos caminhos da redução – necessariamente limitados e cautelosos, pois é suposto as partes conhecerem melhor do que ninguém a pressão a

interesse do credor na prestação", *(iv)* "a situação económica de ambas as partes", *(v)* "a sua boa ou má-fé", *(vi)* "a índole do contrato", *(vii)* "as condições em que foi negociado", e as *(viii)* "contrapartidas de que haja beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal"[197].

Em articulação com estes fatores, o tribunal tem de procurar a finalidade com que a pena foi estipulada (compulsória ou indemnizatória), de forma a avaliar se existe adequação entre o montante da pena e o fim visado pelas partes[198]. Assim por a pena poder não ser "manifestamente excessiva", tendo em conta a finalidade com que foi estipulada pelas partes[199]. Se a cláusula é de fixação antecipada de indemnização, o excesso manifesto afere-se, tendo em conta a desproporção entre o prejuízo causado pelo incumprimento e o montante da pena[200]. Se estivermos perante uma cláusula compulsória ou penal *stricto sensu,* dada a função compulsória que reveste, será de analisar, não o prejuízo real, mas se o acordado pelas partes é uma ameaça adequada (dadas as circunstâncias) ou se se traduz apenas num enriquecimento inaceitável à custa do lesado[201].

A este respeito há quem afirme que o aplicador do direito deve atender "à situação económica do lesante", "à situação económica do lesado" e "à existência de uma causa hipotética do dano", "à culpa do lesado"[202], dada a relação sistemática entre os artigos 494.º e 912.º CC, e dos artigos 570.º a 572.º CC[203].

---

que devem ser submetidas – há que atentar no grau de culpa e noutros elementos concretos." Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), pp. 498-499

[197] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), pp. 743-744.

[198] António Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e,* cit. (nt. 35), pp. 739-740, pp. 744-745. No mesmo sentido, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. (nt. 184), p. 803.

[199] António Pinto Monteiro, Sobre o controlo, cit. (nt. 35), p. 204.

[200] Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), p. 496. O autor refere que se pode considerar como pontos de referência para aferir o caráter "manifestamente excessivo" se a pena é igual ou superior ao dobro do dano causado, e o disposto no artigo 1146.º, n.º 2 quanto a juros usurários. Assim, perante um incumprimento definitivo, é manifestamente excessiva "a cláusula que ultrapasse o valor da prestação em falta, acrescido dos juros máximos assim permitidos por lei". *Idem,* p. 496. Almeida Costa considera que "se a pena convencional se refere ao incumprimento definitivo da obrigação principal e constitui a única indemnização do lesado (artigo 811.º, n.º 2) não pode descer abaixo dos danos reais (...) Já não assim, caso a pena convencional se acrescente à indemnização pelo incumprimento definitivo da obrigação, (...) quando aquela diz respeito à simples mora". Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. (nt. 184), p. 802.

[201] Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito,* (IX), cit. (nt. 1), p. 496. O autor refere que nas cláusulas compulsórias o tribunal será mais comedido nas reduções, ainda que tenha de considerar a existência de um prejuízo demonstrado, que não deve ultrapassar o dobro do prejuízo e deve respeitar os limites dos juros usurários, acrescidos de um *plus* penal. *Idem,* p. 497.

[202] Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de direito,* cit. (nt. 3), p. 939.

Na redução da cláusula penal moratória do contrato de empreitada, ter-se-á de atender ao objeto do contrato, ao prazo estipulado pelas partes para a execução dos trabalhos (em particular, se o momento de finalização da obra releva ou não para o credor dono-da-obra)[204].

5.5 Síntese comparativa

I. A cláusula penal considera-se, tanto no ordenamento português como no espanhol, uma obrigação acessória, que pode prosseguir tanto uma função indemnizatória como coercitiva. Já no Direito inglês, apenas pode prosseguir primariamente uma função indemnizatória.

Em todos os ordenamentos jurídicos se admite a sua inclusão num contrato de empreitada.

II. Quanto à possibilidade de redução da pena, tal mecanismo não existe no Direito inglês, mas existe tanto no Direito português, como no espanhol. Em ambos os ordenamentos tem caráter imperativo a redução por parte de um tribunal da pena.

O ordenamento jurídico inglês distingue-se muito dos demais sistemas, por não contemplar de todo um mecanismo de redução. De facto, o Direito inglês adota uma postura de "tudo ou nada": ou a cláusula é inválida por ser uma *penalty clause* e o credor apenas pode peticionar uma compensação devido aos danos sofridos (como faria, se a cláusula inexistisse) ou a cláusula em apreço se qualifica como uma *liquidated damages clause* e é válida[205]. A evolução jurisprudencial no Direito inglês auxilia na compreensão desta postura.

---

[203] *Idem*, p. 938.

[204] Recorremos a estes critérios por força do exposto no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. n.º 86566/20.8YIPRT.E1, 13.01.2022, www.dgsi.pt, acesso em 18-07-2023, considerou-se que perante uma cláusula penal que estipulava "em € 100,00 a "multa diária" a pagar pelo empreiteiro, até ao valor máximo de 5% do preço da obra, em razão do não cumprimento do prazo de termo da mesma (31.5.2018)" não se considerou manifestamente excessiva por da factualidade provada resultar que "o objecto desse contrato era a conservação e remodelação de moradia unifamiliar para instalação de Alojamento Local Hostel (subsequentemente convertido para instalação de Alojamento Local Guest House); – Que a Autora se obrigou a terminar a execução dos trabalhos em 31.05.2018, portanto antes do verão, época "alta" no Algarve; – Que a obra esteve parada por vários períodos de tempo no decurso do ano de 2018, sem que nenhum dos trabalhadores da Autora lá comparecesse ou trabalhasse; – Que a Autora, só no início de 2019, voltou à obra com o número de trabalhadores e material necessários para dar continuidade à execução dos trabalhos e que só em 29 de Outubro de 2019 é que os terá concluído".

[205] Hein Kötz, *European Contract Law*, cit. (nt. 162), p. 277.

Ainda que tanto o Direito português, como o espanhol, contemplem a redução, o espanhol fá-lo de forma mais restrita do que o português, apenas se admitindo a mesma em casos de incumprimento parcial. Logo, o poder dos juízes espanhóis para controlar cláusulas penais é mais reduzido do que em Portugal[206]. A justificação desta diferença parece prender-se com o diferente fundamento que é atribuído ao poder de redução nos dois ordenamentos jurídicos e com o afastamento no Direito português (ao contrário do espanhol) do princípio da imutabilidade da pena. Enquanto em Espanha, a redução justifica-se e foi atribuída aos tribunais para completar uma lacuna das partes, não sendo relevante a desproporcionalidade, em Portugal a redução visa controlar o exercício pelo credor do direito à pena, impedindo-se atuações abusivas por parte do mesmo e baseia-se no dever de agir de boa-fé.

Porém, não se pode afirmar que os ordenamentos ibéricos sejam completamente diferentes, assim porque no ordenamento jurídico espanhol sejam discutidas outras vias de moderação da pena que podem ser aplicadas ao caso de uma cláusula penal excessiva.

Os critérios de redução da cláusula penal são muito diferentes em Espanha e em Portugal, também fruto do motivo pelo qual cada ordenamento admite a redução da pena. Enquanto que no Direito espanhol se atende à medida do dano efetivo resultante do incumprimento e a desproporção da pena face ao cumprimento parcial, no Direito português esse critério de ponderação tem apenas relevância à luz do n.º 2 do artigo 812.º CC. Considerando que Portugal visa acautelar os abusos decorrentes de uma pena excessiva, em caso de incumprimento definitivo, é aí considerado um conjunto de critérios de forma a verificar se, de acordo com os ditames da boa fé, a pena é ou não abusiva.

Em ambos os ordenamentos, é admitida a redução da cláusula penal no contrato de empreitada. Porém, no caso de pena estabelecida para o atraso no cumprimento da obrigação, é duvidosa a possibilidade da sua redução no Direito espanhol, enquanto no Direito português, a sua admissibilidade não se afigura particularmente discutível.

---

[206] Ignacio Marín Garcia, conclui o mesmo ainda que por referência aos ordenamentos jurídicos dos EUA e Francês. Ignacio Marín Garcia, Enforcement Of Penalty Clauses In Civil And Common Law: A Puzzle To Be Solved By The Contracting Parties, *European Journal of Legal Studies*, volume 5, no. 1, 2012 (pp. 95-124), p. 103.

6 Determinação do Direito aplicável às cláusulas penais

6.1 Razão de ordem

I. Não existe nenhuma regulação do DIP que se refira especificamente aos contratos de construção (ou empreitada)[207] ou à cláusula penal (esta apenas conta com as várias propostas de harmonização acima referidas, que não são vinculativas).

II. Como tal, teremos de procurar se estamos dentro do âmbito de aplicação do regulamento relativo à lei aplicável às obrigações contratuais, dada a existência de um "contrato" (§ 6.2).

6.2 Direito europeu: Roma I

I. O Roma I prevalece sobre qualquer previsão de direito interno[208], logo, iremos analisar exclusivamente o seu regime[209].

II. Importa preliminarmente tecer algumas considerações sobre o método de interpretação do Roma I.

O Roma I deve ser interpretado de acordo com a metodologia do Direito da União Europeia[210], com a particularidade (entre outras) de ter de se ter em consideração a CR, o seu predecessor (e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça e o relatório *Giuliano/Lagarde* a respeito do mesmo)[211].

Os termos e as formulações utilizadas pelo Roma I para definir o âmbito de cada regra de conflitos devem ser interpretados e aplicados de forma autónomo-europeia, de forma a alcançar um entendimento comum e assegurar a aplicação uniforme do Roma I. Tem de se atender ao Direito europeu primário e secundário

---

[207] Lukas Klee, *International Construction Contract,* cit. (nt. 8), p. 216.

[208] Ulrich Magnus, Introduction, in *European Commentaries on Private International Law, – Commentary – Rome I Regulation*, Ulrich Magnus / Peter Mankowski, volume II, Otto Schmidt Verlag, 2017, § 24, p. 18.

[209] O Código Civil estabelece nos artigos 41.º e 42.º do CC normas de conflitos quanto a obrigações voluntárias, porém, estas são hoje de aplicação residual perante o Roma I. Luís De Lima Pinheiro *Direito Internacional Privado*, (II), cit. (nt. 2), p. 159. Por isso, optámos por não analisar as normas de conflitos do CC.

[210] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 71, p. 32.

[211] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 72, p. 32.

e pode utilizar-se o DCFR (relevante para compreender conceitos centrais que são úteis para a questão da qualificação)[212].

Entende-se que não existe uma hierarquia rígida entre os critérios interpretativos do Roma I. Ainda assim, a previsão é o ponto de partida da interpretação e, em princípio, não será possível adotar interpretações diversas das que resultam do aí expressamente estabelecido. Por este motivo, e em primeiro lugar, o texto do regulamento deve ser entendido no seu sentido literal. Também se consideram elementos interpretativos relevantes a história legislativa[213], o contexto sistemático, a teleologia/ propósito da norma, bem como a utilização do método comparativo, a interpretação conforme aos princípios fundamentais do DUE e a interpretação conforme aos direitos humanos[214].

III. Feitas estas ressalvas metodológicas, passaremos à determinação da lei aplicável às cláusulas penais incluídas no contrato internacional de construção, o que implicará perceber se está preenchido o âmbito de aplicação do Roma I (§ 6.2.1), analisar os critérios de determinação da lei (§ 6.2.2), e por último, averiguar o âmbito da lei aplicável ao contrato (§ 6.2.3).

6.2.1 Âmbito de aplicação

I. O Roma I aplica-se a "*obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis*", conforme estabelecido pelo artigo 1.º, n.º 1. Daqui decorre que, para se preencher o âmbito de aplicação material do Roma I, têm de se preencher cumulativamente três condições: primeiro, a existência de uma *obrigação contratual,* segundo, deverá ser uma obrigação contratual *em matéria civil ou comercial,* e terceiro, esta obrigação contratual em matéria civil e comercial deve emergir no contexto de uma situação que envolve um *conflito de leis*[215].

---

[212] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 77, pp. 33-34.

[213] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), §§ 87-88, pp. 36-38. A história legislativa revela a intenção do legislador histórico, sendo que os considerandos, o papel verde "*green paper",* e o rascunho da proposta preparada pela comissão concedem explicações úteis, bem como a CR, o seu preâmbulo e o relatório sobre a Convenção da lei aplicável a obrigações contratuais por Mario Giuliano e Paul Lagarde podem ser utilizados, onde a linguagem da previsão não se tenha alterado. Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), §§ 87-88, p. 38

[214] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), §§ 87-97, pp. 38-42.

[215] Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González, Art. 1, in *European Commentaries on Private International Law, – Commentary –Rome I Regulation*, Ulrich Magnus / Peter Mankowski, volume II, Otto Schmidt Verlag, 2017, § 1, p. 60.

II. O conceito de *obrigação contratual,* interpretado autonomamente, corresponde a uma "*obrigação assumida por um compromisso de uma parte perante a outra*", incluindo-se aqui obrigações resultantes de negócio unilaterais[216]. Quando não se esteja perante uma das obrigações excluídas pelo disposto no artigo 1.º, n.º 2 do Roma I, encontramo-nos no respetivo âmbito de aplicação.

Além disso, o conceito de "matéria civil e comercial" equivale a matérias de Direito Privado[217].

Uma matéria que envolve um "conflito de leis" (já acima definido) é referente a "situações que comportam um ou mais elementos estranhos à vida social interna de um país e que dão aos sistemas jurídicos de vários países vocação a aplicar-se."[218]. Adicionalmente, o considerando 1 exige uma "incidência transfronteiriça", logo, a relação contratual deve estar ligada a mais do que um estado[219].

A cláusula penal insere-se num contrato, o contrato de construção. Atendendo ao DCFR, estamos perante um contrato no qual o construtor se vincula perante o cliente a construir uma obra ou qualquer outro bem imóvel ou alterar uma obra ou bem imóvel existente. Esta definição cumpre com o exigido pelo Roma I: as partes assumem mutuamente um compromisso: o cliente, a de pagar ao construtor um preço, e o construtor, de construir ou alterar a construção de um bem imóvel. Por este motivo, parece-nos que se encontra preenchido o âmbito de aplicação do Roma I.

II. Quanto ao âmbito territorial, o Roma I aplica-se aos 27 estados-membros (onde Portugal se insere) por força do artigo 52.º TUE[220], num litígio (que em abstrato se considere) em Portugal.

III. Quanto ao âmbito temporal, o Roma I entrou em vigor em Portugal no dia 24 de junho de 2008[221]. Aplica-se a todos os contratos celebrados em ou após

---

[216] Luís De Lima Pinheiro *Direito Internacional Privado,* (II), cit. (nt. 2), p. 68.

[217] Alfonso-Luis Calvo Caravaca / Javier Carrascosa González, Art. 1, cit. (nt. 215), § 4, p. 61.

[218] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* (II), cit. (nt. 2), p. 74. Tradução de Lima Pinheiro do constante no Relatório Giuliano / Lagarde: "These are situations which involve one or more elements foreign to the internal social system of a country (...) thereby giving the legal systems of several countries claims to apply.". Mario Giuliano / Paul Lagarde, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, JOCE, n. º C 282, 31.10.1980, www.eur-lex-europa.eu, acesso em 22-05-2023.

[219] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 46, p. 26.

[220] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 48, p. 27, p. 30.

[221] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 69, p. 32, referindo-se a todos os estados-membros, com exceção da Dinamarca e a Croácia que se juntaram mais tarde à UE.

o dia 17 de dezembro de 2009[222]. Logo, o nosso estudo apenas releva para os contratos celebrados após essa data.

6.2.2 Critérios de determinação da lei aplicável perante a escolha das partes

6.2.2.1 Razão de ordem

I. Conforme delimitado acima, apenas pretendemos analisar casos em que existiu uma escolha pelas partes de uma determinada lei.

O artigo 3.º Roma I é considerado o pilar do Roma I[223] e estabelece os critérios de determinação da lei aplicável em caso de escolha da lei pelas partes[224]. A certeza jurídica da lei aplicável aos contratos transfronteiriços justifica a importância que o princípio da autonomia reveste, ainda que equilibrado pelas limitações à autonomia privada constantes do próprio regulamento[225].

II. Ao abrigo da autonomia privada admite-se que as partes, à luz do artigo 3.º, possam designar a lei aplicável a certas cláusulas do contrato (e não à totalidade das mesmas). A questão de como se articula tal possibilidade com a de as partes escolherem uma lei diferente, no tocante a cláusulas penais, face àquela que regula outras cláusulas do contrato, será analisada no § 6.2.2.2.

Adicionalmente, a amplitude da autonomia privada resultante do n.º 1 do artigo 3.º é restringido pelo seu n.º 3, quando todos os elementos relevantes da situação se situam, no momento da escolha de lei, num determinado país quando este seja diferente do país selecionado pelo contrato[226]. Veremos melhor como se deverá interpretar esta questão, considerando o regime contemplado nos ordenamentos jurídicos que selecionámos das cláusulas penais, abaixo § 6.2.2.3.

---

[222] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 70, p. 32.

[223] Michael Mcparland, *The Rome I Regulation on the Law applicable to Contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 285.

[224] Conforme acima referimos, não abordaremos o tema da determinação da lei aplicável, na ausência de escolha da lei pelas partes. Note-se apenas que mediante a falta de escolha da lei pelas partes, a lei aplicável é determinada nos termos do artigo 4.º do Roma I.

[225] Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), pp. 288-289.

[226] Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), p. 291.

6.2.2.2 Escolha de leis diferentes para regular o contrato e a cláusula penal

I. Nos termos do Roma I, o mais desejável é que seja a mesma lei que regule todos os aspetos do contrato, por razões de consistência interna e mais fácil aplicação da lei[227].

Porém, existem exceções a este princípio, sendo que as partes, ao abrigo do artigo 3.º, n.º 1 podem dividir o contrato em "partes razoáveis" (*dépeçage*[228])[229]. É uma manifestação do princípio da autonomia privada, sendo que a separabilidade do contrato e a consequente aplicabilidade de diferentes leis deve ser expressa[230].

Considerando que o Roma I admite que as partes selecionem leis diferentes para regular partes diferentes do contrato, pergunta-se: as partes podem escolher uma lei para regular o contrato, e outra, diferente, para regular a cláusula penal?

II. Para Lima Pinheiro, a cláusula penal deve ser considerada uma parte separável do contrato que pode ser submetida a um Direito diferente do mesmo[231].

De facto, admite-se ao abrigo do Roma I, ainda que tal não esteja expressamente consagrado no artigo 3.º, n. º1, a escolha múltipla de leis se as partes do contrato forem objetivamente separáveis uma da outra[232]. Porém, tal escolha não pode desencadear resultados inconsistentes e conflituantes[233].

Exige-se que as matérias sejam "separáveis" (*severable*), ou seja, que sejam aptos a formar dois contratos autónomos, cada um com a sua própria força,[234] e que o objeto da escolha de lei possa existir como um hipotético contrato independente[235] Para que uma parte do contrato seja separável, deve ser suscetível de uma solução separada, assim independente da solução aplicada aos outros componentes do contrato[236].

---

[227] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 129, p. 51.

[228] O termo *dépéçage,* no Roma I, tem a função de permitir que as partes num contrato, por sua escolha, selecionem a lei aplicável a parte ou todo o contrato. Richard Plender / Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations,* 4th ed., Sweet and Maxwell, London, 2015, § 6-048, p. 159.

[229] Ulrich Magnus, Introduction, cit. (nt. 208), § 129, p. 51.

[230] Richard Plender / Michael Wilderspin, *The European Private,* cit. (nt. 228), § 6-048, p. 159.

[231] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Comercial Internacional,* cit. (nt. 2), p. 250.

[232] Peter Mankowski, Art. 3, in *European Commentaries on Private International Law, – Commentary –Rome I Regulation*, Ulrich Magnus / Peter Mankowski, volume II, Otto Schmidt Verlag, 2017, § 316, p. 211.

[233] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 317, p. 211.

[234] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 318, p. 212.

[235] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 318, p. 212.

É possível aplicar-se à cláusula penal um regime distinto de outras partes do contrato? Apenas perante a análise do caso concreto será possível verificar se as soluções são contraditórias, com a ressalva de que o *dépeçage* apenas deve ser admitido em casos restritos[237].

III. Na eventualidade de as partes efetuarem uma escolha parcial, mas se verificar que as partes do contrato são inseparáveis, a escolha de lei parcial é inválida e ineficaz, porque as consequências pretendidas pelas partes não podem ser implementadas e a premissa para uma escolha de lei válida está ausente[238].

6.2.2.3 Elementos da situação num país que não o da lei escolhida

I. À luz do artigo 3.º, n.º 3 Roma I, se analisados os *elementos relevantes da situação,* se concluir que se situam todos num país diferente da lei escolhida, são aplicáveis as disposições não derrogáveis por acordo do país que de outra forma seria a lei aplicável[239], conjuntamente com a lei designada pelas partes[240]

O artigo 3.º, n.º 3[241] do Roma I tem como objetivo prevenir que as partes contornem leis não derrogáveis por acordo de um país, numa situação doméstica, através da seleção, como lei aplicável, de um sistema legal que não contém determinadas regras[242]. O preceito tem como propósito prevenir abusos na escolha da lei aplicável[243].

---

[236] Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), § 9.133, p. 318.
[237] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 324, p. 214.
[238] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 327, p. 215.
[239] Poder-se-ia interpretar diferentemente a consequência do preenchimento da previsão do artigo 3.º, n.º3*: "The nature of the consequence flowing from (3) is the matter of discussion: Does it only amount to a so-called materiellrechtliche Verweisung effectively relegating the content of the chosen law to the rank or dignity of mere contract clauses and thus within the confined limits of the domestically not derogable rules of law otherwise applicable, or does it constitute a generally proper choice of law (at conflicts law) only restricted by the rules of the law otherwise applicable from which parties could not derogate on the level of substantive law?*" Peter Mankowski, "Art. 3", cit. (nt. 232), § 392, p. 233. Optámos pela segunda, porque é aquele que mais se adequada ao princípio da liberdade das partes, refletido no artigo 3.º, n.º 1. *Idem,* § 393, p. 233.
[240] Luís De Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* (II), cit. (nt. 2), p. 79.
[241] Não nos parece relevante abordar o problema resolvido pelo artigo 3.º, n.º 4 visto que o DUE nunca tratou, especificamente, a questão das cláusulas penais de forma vinculativa.
[242] Richard Plender / Michael Wilderspin, *The European Private,* cit. (nt. 228), § 6-060, p. 164.
[243] Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), § 9.148, p. 322.

II. Entende-se que esta norma só é aplicável numa situação em que todos os elementos estão sitos apenas num Estado Membro[244], ao ponto de se poder afirmar que apenas se está no âmbito de aplicação do Roma I, numa situação puramente interna, por se escolher uma lei estrangeira[245].

Os *elementos relevantes da situação* podem corresponder ao lugar de execução do contrato, residência das partes[246], sede ou outro lugar relacionado com o contrato, como o domicílio[247], mas não a mera utilização de um modelo estandardizado internacional (*international standard form*)[248]. Acresce que se deve interpretar o artigo 3.º, n.º 3, em articulação com o artigo 1.º, n.º 1, devendo o elemento estrangeiro relevante constituir um elemento objetivo (e não meramente contratual baseado inteiramente na estipulação das partes)[249]. O momento relevante para averiguar quais são os elementos relevantes da situação é o momento de celebração do contrato de acordo com a lei aplicável[250].

Os elementos são naturalmente casuísticos. O facto de ser estipulada uma cláusula penal, à partida, não contribuirá para determinar os elementos relevantes da situação em causa. O inverso é que deve ser indagado: é necessário analisar se, ao escolherem a determinada lei, em detrimento daquela sob cuja vigência se encontram os *elementos relevantes da situação*, e ao celebrarem um contrato contendo

---

[244] Richard Plender / Michael Wilderspin, *The European Private,* cit. (nt. 228), § 6-064, p. 166.

[245] Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), § 9.163, p. 325. Lima Pinheiro defende que este preceito não se aplica a situações em que existe uma situação interna a um estado-membro e só se está no âmbito do Roma I porque as partes escolheram uma lei estrangeira, porque isto não constitui um conflito de leis, correspondendo antes a uma situação meramente interna na qual as partes optam num contrato interno por incorporar regras da lei estrangeira como cláusulas do contrato, e esta incorporação é permitida ao abrigo da liberdade contratual. O autor defende que o 3.º, n.º 3 se aplica, ao invés, a situações em que "os tribunais de um Estado-membro decidem um litígio emergente de uma «situação meramente estrangeira», *i.e.*, uma situação que está exclusivamente conectada com um Estado estrangeiro, e as partes escolheram a lei do foro ou de um terceiro estado". O segundo grupo de casos em que tal pode acontecer é quando existem "contratos internos que tenham um nexo funcional com um contrato plurilocalizado, mas em que este nexo não seja suficientemente estreito para determinar a internacionalidade do contrato". Luís De Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* (II), cit. (nt. 2), pp. 79-80.

[246] Richard Plender / Michael Wilderspin, *The European Private,* cit. (nt. 228), § 6-069, p. 169. Para Dias Oliveira, a nacionalidade das partes não será necessariamente um elemento relevante da situação ao abrigo do n.º 3, artigo 3º do Roma I. Elsa Dias Oliveira, *Direito de Conflitos da União Europeia – Contributo para o Estudo da Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2024, p. 219.

[247] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 384, p. 230.

[248] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 387, p. 232.

[249] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 387, p. 232.

[250] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 395, p. 234.

uma cláusula penal, as partes buscaram afastar a aplicação de uma norma imperativa desse ordenamento jurídico.

III. O que se entende por "disposições não derrogáveis por acordo" deve ser interpretado de forma restrita, para assegurar o respeito pelo princípio da liberdade da escolha de lei (artigo 3.º, n. º 1, do Roma I)[251]. Cabe a cada estado respetivo, quando legisla, determinar a que normas considera dever ser atribuído um caráter internacionalmente vinculativo[252]. Exige-se que sejam de natureza obrigatória (*mandatory nature*), na aceção de que *soft law* não se considera uma disposição não derrogável por acordo[253]. Para Dias Oliveira, estas disposições deverão integrar a ordem pública interna dos Estados e ser relevantes para a sua organização socioeconómica[254].

Nestes termos, em cada país, deve-se analisar a natureza obrigatória da disposição que não pode ser defraudada. Como vimos acima, se os elementos estivessem ligados intrinsecamente com Portugal, seria de determinar se o artigo 812.º do CC constitui ou não uma disposição não derrogável por acordo, ao ponto de se poder afirmar que integra a ordem pública interna do ordenamento jurídico português. Acima, referimos que se considera que o poder de redução do tribunal não seria um que as partes pudessem afastar, perante uma pena manifestamente excessiva, numa situação em que todos os elementos relevantes da situação se encontrassem em Portugal, devido ao seu caráter imperativo. Porém, cabe questionar se esta disposição integra a ordem pública interna do Direito português. Consideramos que se trata um preceito apto para esse efeito, perfilhando o sentido de ordem pública de Direito material como aquele que incorporará tanto princípios como regras imperativas[255] e tendo em conta que se trata de preceito imperativo, por força do que foi acima salientado.

No que toca aos ordenamentos jurídicos espanhol e inglês poder-se-á questionar o caráter obrigatório, à luz das posições doutrinárias e jurisprudenciais

---

[251] Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), § 9.164, p. 326.
[252] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 379, p. 229.
[253] Peter Mankowski, Art. 3, cit. (nt. 232), § 381, p. 230.
[254] Elsa Dias Oliveira, *Direito de Conflitos*, cit., (nt. 246), 219.
[255] Quando nos referimos a ordem pública interna, considera-se que reveste não é exatamente coincidente com o sentido que é mencionado nos artigos 271.º, n.º1, 280.º, n.º 2 e 281.º do Código Civil, pelo menos, ao abrigo do Direito português. Estas disposições referem-se apenas os princípios gerais imperativos, enquanto a ordem pública de Direito material incorporará tanto princípios como regras imperativas, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado,* (nt. 2), cit., p. 628.

acima expostas, das normas/enunciados normativos que referimos: *(i)* no Direito espanhol, do artigo 1154.º, que a doutrina denota que se trata de uma norma imperativa e *(ii)* no ordenamento jurídico inglês, da inadmissibilidade[256] de cláusulas penais *stricto sensu* (não se colocando a questão da redução, porque não existe nesse ordenamento).

6.2.3 Âmbito da lei aplicável

I. Considerando que a cláusula penal é parte do contrato, cabe determinar se deve ser regulada por uma lei diferente da lei escolhida para regular o mesmo[257].

II. Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, alínea d) Roma I, estabelece-se que a lei aplicável ao contrato regula as consequências do incumprimento. Pretende-se que o contrato, tanto quanto possível, seja regulado pela mesma e única lei, prevenindo problemas resultantes da aplicação de diferentes leis[258].

---

[256] Ou possível invalidade, conforme enunciado na nota de rodapé n.º 266.

[257] Vimos acima que a validade da cláusula penal pode ser uma questão em certos ordenamentos jurídicos. O artigo 10.º regula a questão da lei aplicável à validade e estabelece que a existência e validade substancial do contrato e das suas disposições é regulada pela lei que seria aplicável nos termos do regulamento, caso o contrato ou a disposição fossem válidos. O artigo 10.º aplica-se à validade do contrato, como um todo, bem como, a cláusulas contratuais. Ilaria Queirolo, Art. 10, in *European Commentaries on Private International Law, – Commentary –Rome I Regulation*, Ulrich Magnus / Peter Mankowski, volume II, Otto Schmidt Verlag, 2017, § 1, p. 662. Quanto à interpretação de "validade", esta deve ser autónoma, Franco Ferrari / Jan A. Bischoff, article 10, in *Rome I Regulation. Pocket Commentary*, Franco Ferrari, Sellier European Law Publishers, 2015, p. 362, § 12. Cobre todas as questões de formação e validade com exceção das reguladas pelo artigo 11.º e 13.º, o que cobre vícios da vontade (como erro). Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), § 16.07, p. 719. Já se considerou que validade, numa interpretação que recorre ao artigo 4.º da CISG, que se trata de "any issue by which the domestic law would render the contract void, voidable or unenforceable". Franco Ferrari / Jan A. Bischoff, Art. 10.º, cit., (nt. 257), p. 362, § 12. Com base nesta visão, considera-se uma questão de validade a violação de uma proibição legal. Franco Ferrari / Jan A. Bischoff, Art. 10.º, cit. (nt. 257), p. 362, § 16. Poderíamos considerar, nesse caso, que também a cláusula penal que a lei doméstica considera inválida, no caso das *penalty clauses,* é uma questão de validade. Independentemente de se considerar que o é, tanto ao abrigo do artigo 10.º, como ao abrigo do 12.º (conforme desenvolvido *infra*), será regulada pela lei aplicável ao contrato.

[258] Franco Ferrari, Art. 12, in *European Commentaries on Private International Law, – Commentary –Rome I Regulation*, Ulrich Magnus / Peter Mankowski, volume II, Otto Schmidt Verlag, 2017, § 3, p. 720, referindo-se, genericamente ao artigo 12.º e não apenas à alínea c). O racional da norma, para o autor, é explicado por: *(i)* a lista de temas sujeitos à *lex causae* no § 1 não é exaustiva, *(ii)* o artigo 10.º ter o mesmo racional. *Idem,* § 3, p. 170.

Porém, cabe determinar o que se entende por "consequências do incumprimento" e, bem assim, se a cláusula penal, numa interpretação autónoma do Roma I, é uma "consequência do incumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano".

III. As consequências do incumprimento referem-se às consequências que a lei ou o contrato associam a um incumprimento contratual, seja em matéria de responsabilidade da parte que incumpriu, ou à resolução do contrato devido ao incumprimento[259].

Numa interpretação autónoma de cláusula penal (conforme vimos em § 3.2), considera-se esta uma estipulação contratual na qual as partes fixam antecipadamente o montante do dano a ser ressarcido em caso de incumprimento. Desta forma, parece-nos que tal se enquadra no sentido literal de "consequências do incumprimento"[260]. Ou seja, as cláusulas penais enquadram-se no âmbito de aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º do Roma I, por nelas estar em causa uma consequência do incumprimento do contrato, sendo reguladas pela lei aplicável ao contrato.

IV. Visto que estamos a analisar a redução da cláusula penal, cujo poder de redução é do tribunal, devemos continuar a analisar o artigo 12.º, alínea c).

---

[259] Segundo Mario Giuliano e Paul Lagarde tem especial relevância para interpretar o teor da CR. Mario Giuliano / Paul Lagarde, *Report on the*, cit (nt. 218). *In casu,* o disposto no artigo 10.º da CR, relativa ao âmbito de aplicação da lei do contrato, entende-se que ainda que tenha algumas diferenças de redação, na sua versão inglesa, face à alínea c), ao artigo 12.º do Roma I, alínea c), tal não equivale a uma mudança na sua substância, Franco Ferrari, "Art. 12", cit. (nt. 258), § 1, p. 720; possibilitando assim o recurso ao relatório relativo à CR, para interpretar o Roma I, como seu relevante elemento histórico de interpretação. No sentido de recorrer ao relatório para interpretação a alínea, Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), § 17.46-47, p. 755.

[260] No mesmo sentido, Jan D. Lüttringhaus, "article 12", in *Rome I Regulation. Pocket Commentary,* Franco Ferrari, Sellier European Law Publishers, 2015, § 20, p. 411, que considera consequências do incumprimento reguladas pela lei aplicável segundo o regulamento: penalidades contratuais, cláusulas de fixação de montantes de perdas e outras cláusulas contratuais expressamente acordadas pelas partes; bem como, Michael Mcparland, *The Rome I,* cit. (nt. 223), § 17.71, pp. 761-762 que entende que a validade e escopo de cláusulas de liquidação de danos (*liquidated damage clause*), o escopo de clausulas de exoneração (*exemption clause*) e a eficácia ou limitação de responsabilidade nos termos do contrato, são tudo matérias reguladas pela lei aplicável segundo o Roma I, bem como as naturezas e consequências de qualquer requisito de mitigação de danos pelo incumprimento de uma obrigação contratual; Franco Ferrari, Art. 12, cit. (nt. 270), § 20, p. 729 entende que se inclui nas consequências de qualquer incumprimento contratual sujeito à *lex contractus,* se a cláusula penal é válida e quais os efeitos que esta tem. O autor também ressalva que a *lex contractus* também se irá aplicar para aferir a existência de um incumprimento contratual. *Idem,* § 21, p. 730.

Dispõe a alínea c) do artigo 12.º que "Nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respetiva lei de processo" e "na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei", a lei aplicável ao contrato regula as consequências do incumprimento (total ou parcial) da obrigação.

Está subjacente um problema de qualificação no tocante à avaliação do dano e de interpretação sobre se a mesma avaliação é uma questão substantiva ou processual. De facto, no Direito inglês tratam-se as regras relativas à *remoteness* e recuperáveis *heads of damages* como questões de substância, regulados pela *lex cause* (a lei aplicável ao contrato), enquanto a medida e a quantificação do dano são questões processuais, reguladas pela lei do foro[261]. Outros sistemas tratam a questão da quantificação do dano como questões de substância[262].

O Roma I solucionou a divergência e, nos seus termos, entende-se hoje que a lei que regula o contrato, regula também a avaliação dos danos (regras que fixam e controlam o montante da compensação ou que regulam a fixação de danos ou limitações contratuais quanto aos danos), mas as questões de facto (como o cálculo aritmético do dano) dependerão da lei do foro[263].

Quanto à expressão "na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei", significa que a lei do estado do foro estabelece quais são os limites dos poderes[264] do tribunal, na aplicação do remédio contratual estabelecido pela lei aplicável ao contrato[265].

Isto significa que, no Direito inglês, não existindo a previsão da redução da cláusula penal, e forçando a lei estrangeira a aplicá-la, teremos de verificar se os

---

[261] Lord Collins of Mapesbury / Jonathan Morris, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws,* volume II, 16th ed., Sweet & Maxwell, United Kingdom, 2022, www.uk.westlaw.com, acesso em 16-05-2023, § 32-187.

[262] Jan D. Lüttringhaus, article 12, cit. (nt. 260), p. 413, § 24.

[263] Lord Collins of Mapesbury / Jonathan Morris, *Dicey, Morris &,* cit. (nt. 261), § 32-186. Para compreender o preceito tem de se atender à sua história legislativa. O tema da avaliação do dano esteve na base dos problemas na elaboração do artigo 10.º, n.º 1, c) da CR. De acordo com algumas delegações, a avaliação de danos era uma questão de facto que não deveria ser regulada pela CR, *(i)* por implicar que o tribunal considerasse as condições económicas e sociais no seu país, *(ii)* por ser fixado por um júri, e ainda *(iii)* por alguns países utilizarem métodos de cálculo da indemnização que não eram aceites por outros países. Outras delegações, contra-argumentaram que *(i)* em vários sistemas legais há regras de cálculo da indemnização¸ *(ii)* várias convenções internacionais fixam limites de indemnização, *(iii)* o que seria devido a título de pagamento pelos danos sofrido em caso de incumprimento, é muitas vezes fixado no contrato, e existiriam grandes dificuldades para as partes se estes montantes tivessem de ser determinados posteriormente pelo tribunal em sede judicial. O preceito resultou assim numa solução de compromisso. Mario Giuliano / Paul Lagarde, *Report on the,* cit. (nt. 218).

[264] Utilizamos o termo porque é aquele que é utilizado pelo Roma I.

[265] Lord Collins of Mapesbury / Jonathan Morris, *Dicey, Morris &*, cit. (nt. 261), § 32-190.

poderes processuais dos tribunais o permitem[266]. Realça-se que os tribunais ingleses podem recusar a aplicação da lei quando isso exige a supervisão constante do tribunal[267].

No Direito português e espanhol, a redução será admissível ao abrigo dos poderes do tribunal do estado do foro[268].

Conclusões

O presente estudo versou sobre a determinação do direito aplicável à cláusula penal em contratos internacionais de construção, sobretudo no que respeita à possibilidade de redução do montante estipulado pelas partes em caso de incumprimento do contrato. A ausência de um regime harmonizado vinculativo a nível internacional ou europeu torna imprescindível a determinação do direito aplicável ao contrato.

À luz do Roma I, a escolha do direito aplicável recai sobre as partes, em contratos internacionais de construção, e a seleção do mesmo, nomeadamente no tocante às cláusulas penais, assume uma importância determinante, não só quanto à validade da cláusula, mas também relativamente à possibilidade de controlo judicial do seu conteúdo.

Os limites impostos à autonomia privada, neste caso, diferem muito em função do ordenamento jurídico em causa. Por este motivo, deve ser especialmente ponderada a redação destas cláusulas e a escolha do direito aplicável ao contrato, sob pena de a validade da cláusula poder ser colocada em causa em sede de um processo judicial.

---

[266] Lord Collins of Mapesbury / Jonathan Morris, *Dicey, Morris &*, cit. (nt. 261), § 32-190: "Accordingly, the outer limits of the court's remedial powers are determined as a matter of English law, although this is unlikely to give rise to significant difficulty in view of the broad terms of ss.37 and 49 of the Senior Courts Act 1981.".

[267] Lord Collins of Mapesbury / Jonathan Morris, *Dicey, Morris &*, cit. (nt. 261), § 32-190.

[268] Note-se que, sem prejuízo do exposto, não deixará de ser admissível recusar a aplicação da lei estrangeira, por violação da reserva de ordem pública internacional, à luz do artigo 21.º do Roma I. Ao abrigo do Direito alemão, realça Ferrari que mesmo que a lei aplicável ao contrato permita que se imponha *punitive damages,* pode ser excluída a sua aplicação por incompatibilidade com os princípios fundamentais do direito alemão. Franco Ferrari, art. 12, Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts in *Internationales Vertragsrecht – Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ,* Ferrari / Kieninger / Mankowski / Otte / Saenger / Schulze / Staudinger, 3. Auflage, C.H.Beck, 2018, www.beck-online.beck.de, acesso em 17-06-2023, § 18. Fazemos referência ao exposto por força da possibilidade que uma decisão que aplique o Direito espanhol, quando esteja em causa a existência de uma determinada cláusula penal, não seja reconhecida no Direito português, por ser contrária à reserva de ordem pública internacional, conforme ocorreu com a decisão referida acima (nt. 46).