

**Acórdãos TRP**

Processo:  
Nº Convencional:  
Relator:  
Descritores:

Nº do Documento:  
Data do Acordão:  
Votação:  
Texto Integral:  
Privacidade:  
Meio Processual:  
Decisão:  
Indicações Eventuais:  
Área Temática:  
Sumário:

Reclamações:  
Decisão Texto Integral:

**Acórdão do Tribunal da Relação do Porto**

**64/10.9TBSJP.P1  
JTRP000  
ANA PAULA AMORIM  
COMPRA E VENDA  
CLÁUSULA PENAL  
REDUÇÃO**

**RP2011101764/10.9TBSJP.P1**

**17/10/2011  
UNANIMIDADE  
S  
1  
APELAÇÃO.  
CONFIRMADA.  
5ª SECÇÃO.**

.

I - A redução judicial da cláusula penal, nos termos do art. 812º CC não visa fazer coincidir a indemnização com os prejuízos reais ou até eliminá-la se prejuízos não existem. É sim rever a cláusula em razão do seu manifesto exagero, de modo a torná-la equitativa. Esse manifesto exagero deve definir-se em função do valor dos interesses em jogo e não em atenção à circunstância fortuita de — eventualmente — os prejuízos se revelarem muito mais baixos ou até inexistentes.

II. Recai sobre o devedor o ónus de alegação e prova dos factos que permitam concluir que a cláusula se revela "marnfestamente excessiva,"

Claus-penal-64-10.9TBSJP-227-11TRP  
Trib Jud São João da Pesqueira  
Proc.64-10.9TBSJP  
Proc. 227-11 -TRP  
Recorrente: B...  
Recorrido: C..., SA

Juiz Desembargador Relator: Ana Paula Amorim  
Juízes Desembargadores Adjuntos: José Alfredo Vasconcelos Soares Oliveira; António Mendes Coelho

\*  
\*  
\*  
\*  
\*

**Acordam neste Tribunal da Relação do Porto (5ª secção – 3ª Cível)**

**I. Relatório**

Na presente acção que segue a forma de processo prevista no DL 269/98 de 01/09 em que figuram como:

- AUTORA: C...s, SA (ex-C1..., SA); e
- RÉUS: B... e marido D... residentes na Rua ..., ....-.... ...

pede a Autora a condenação dos Réus no pagamento da quantia de € 7.500,00, acrescida de juros comerciais à taxa legal, que actualmente é de 8%, desde a citação até efectivo e integral pagamento.

A Autora alega que se dedica ao comércio de bebidas e os Réus exploraram um estabelecimento de café, sito em S. João da Pesqueira, denominado "E..."

Alega para o efeito e em síntese, que em 23.02.2006 celebrou com a Ré um contrato de compra exclusiva com mútuo gratuito, convencionando as partes nas cláusulas 3 e 4 desse contrato, que a Autora se obrigava a fornecer à Ré mulher directamente ou

através da distribuidora na área, cervejas, refrigerantes e águas minerais e por sua vez, a Ré mulher obrigava-se a comprar à Autora, ininterruptamente, esses produtos, a promover a sua venda e a não vender no seu estabelecimento cervejas de barril e garrafa de marcas não comercializadas pela Autora.

Mais refere, que resulta dos termos do contrato que as obrigações vigorariam por um período mínimo de quatro anos e máximo de cinco, com inicio em 27.07.2006, sendo a vigência efectiva dentro desta amplitude definida até a Ré atingir compras no total de 60.000 litros dos produtos objecto do contrato.

Como contrapartida das obrigações de compra e venda, com carácter de exclusividade, a Autora concedeu à Ré um empréstimo sem juros, no montante de € 75.000,00, que a Ré assumiu restituir à Autora, mediante o pagamento de 48 prestações, a primeira no montante de € 1.445,00 e as restantes, cada, no valor de € 1.565,00, importando a falta de pagamento de uma prestação o vencimento das restantes.

Alega, ainda, que em Novembro de 2009 a Ré entrou em situação de incumprimento, pois procedeu à cedência ou transmissão do estabelecimento comercial, sem prévia comunicação à Autora e sem proceder à cessão da sua posição no contrato ao novo proprietário do estabelecimento. De igual forma, a Ré não pagou as prestações convencionadas a título de restituição da quantia objecto de empréstimo, ascendendo o montante em dívida à quantia de € 21.910,00. Na mesma data a Ré tinha atingido o volume de vendas de 57.941 litros.

A Autora apóis notificação pessoal da Ré, por carta com AR, considerou o contrato resolvido, a partir de 12.01.2009.

Por fim refere, que no acordo celebrado, as partes convencionaram que em caso de incumprimento, por facto imputável à Ré, assistia à Autora o direito ao pagamento de uma indemnização correspondente a 10% da quantia mutuada, que no caso concreto corresponde a € 7.500,00.

A Autora reclama o pagamento desta quantia, face ao incumprimento da Ré, pois as prestações vencidas, no montante global de € 26.605,00, foram liquidadas em 13.01.2010, apóis o termo do prazo concedido para a sua regularização.

Considera, ainda, que o Réu marido é responsável pelo pagamento, porque a dívida foi contraída em proveito comum do casal.

Citada a Ré contestou, defendendo-se por exceção e por impugnação.

Alega, em síntese, que o contrato é nulo por vício de forma, pois atento o valor do mútuo, o contrato estava sujeito a escritura pública. Sendo nulo o contrato, não tem eficácia a cláusula penal convencionada, devendo as partes restituir tudo o que tiver sido prestado e uma vez que os Réus já procederam ao reembolso da quantia mutuada, nada mais é devido.

Mais refere, que a cláusula penal apenas funciona em caso de incumprimento e na situação presente estamos perante um caso de mora no cumprimento.

Alegam que o contrato de fornecimento vem sendo mantido pelo actual explorador do estabelecimento, apesar da falta de comunicação da cessão, sendo certo que a Ré cedeu o estabelecimento com todos os direitos e obrigações, incluindo os que resultavam da celebração deste contrato.

A cláusula penal apenas funciona como penalização do incumprimento da obrigação principal, ou seja, em relação ao incumprimento da exclusividade e falta de restituição das quantias mutuadas. A falta de comunicação da cessão por constituir uma obrigação acessória não faz accionar a cláusula penal.

Mais refere, apóis a cessão, o novo explorador veio a adquirir mais de 2.000 litros de bebidas, pelo que o contrato já teria terminado, na medida em que foi atingido o máximo acordado.

Por fim, alega que o valor peticionado constitui um abuso de direito, pois o valor em dívida foi liquidado, no dia imediatamente seguinte ao termo do prazo concedido para o efeito e o volume de bebidas transaccionado atingia praticamente o limite do valor convencionado. Encontrando-se o contrato prestes a atingir o limite mínimo do prazo, caso não ocorresse a resolução, seria integralmente cumprido, pois conseguiria

atingir-se o volume de bebidas convencionado. A existir prejuízo seria diminuto e por isso, a cláusula penal deve ser reduzida ao prejuízo concreto.

Em sede de julgamento a Autora pronunciou-se sobre as excepções, mantendo a posição expressa na petição.

Realizou-se o julgamento, com gravação da prova e observância do legal formalismo.

Proferiu-se sentença com a decisão que se transcreve:

"Pelo exposto, julgo a acção procedente e, consequentemente, condeno os Réus B... e D... a pagar à Autora C.... S.A. a quantia de €7.500,00 (sete mil e quinhentos euros), acrescida de juros, à taxa de 8%, desde 14.04.2010 até efectivo e integral pagamento, aplicando-se quaisquer outras taxas que se venham a fixar relativamente aos juros comerciais.

Custas pelos Réus, nos termos previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 446.º do Código de Processo Civil."

Os Réus vieram interpor recurso da sentença.

Nas alegações que apresentaram os recorrentes formularam as seguintes conclusões:

"1º. A doura Sentença recorrida ajuizou como válido o "Contrato de Compra Exclusiva com Mútuo Gratuito" celebrado entre as partes, configurando-o como contrato atípico e misto, em consequência vindo a concluir pela condenação da R. ao pagamento da cláusula penal nele inserta para o caso de incumprimento ou mora no cumprimento do mesmo.

2º. Porém, o Contrato de mútuo com as características constantes dos factos provados (compra de equipamento para o estabelecimento desta, sem juros, como contrapartida das obrigações de compra, promoção e de venda em regime de exclusividade assumidas por esta, a quantia de € 75.000,00) não pode ser havido como gratuito, pois a onerosidade do mesmo resulta da exclusividade de compra de determinados produtos da comercialização da A.

3º. Ora, no contrato de mútuo, a obrigação que impendia sobre a mutuária, aqui R., é tão só a de restituir ao mutuante aqui A., a quantia que esta lhe emprestou e, no caso dos autos essa obrigação, foi cumprida não podendo haver lugar a qualquer dever de indemnizar, o que desde logo exclui a aplicação "in casu" da cláusula penal, a qual sempre teria de pressupor o incumprimento daquela obrigação.

4º. Por outro lado, questiona-se a validade da cláusula em mérito, porquanto surge muito claramente como uma obrigação de restituir a quantia mutuada, não tendo, nem pela sua natureza, nem de acordo com os usos comerciais, qualquer relação com o objecto desse contrato de mútuo,

5º. E, nessa medida é violadora do disposto na al. G) do n.º 1 do art.º 4.º da Lei n.º 18/2003, sendo nulas as cláusulas, face ao que dispõe o n.º 2 do mesmo preceito legal.

6º. Nulidade que naturalmente determina a nulidade da cláusula -, onde se estipula a cláusula penal de 7.500,00 para o incumprimento.

7º. E nem a invocação do princípio da liberdade contratual previsto no art. 405, nº 1 do Cód. Civil, porque esta liberdade de fixação do conteúdo dos contratos, tal como decorre do mesmo art. 405, nº 1, move-se dentro dos limites da lei, limites esses que visam a tutela de interesses das partes aliás em consonância com a Lei nº 18/2003, que ao instituir o Regime Jurídico da Concorrência em consonância com a legislação comunitária, impede que no contrato em análise se introduza uma cláusula com o teor da referida.

SEM PRESCINDIR, e no caso da improcedência das conclusões anteriores,

8º. No caso concreto, sendo a cláusula penal é meramente compensatória, pode nos termos do disposto no art.º 812.º, reduzir-se equitativamente.

- 9º. Porquanto, o cumprimento do contrato quer em termos temporais, quer em quantidade, estava quase no seu limite exigível e acordado.
- 10º. E constitui um abuso de direito a exigência e consequente pagamento da cláusula penal fixada em 10% que teve por base o valor da quantia mutuada de €75.000,00, e já devidamente restituída, faltando tão só para o cumprimento integral da obrigação assumida 4% da quantidade prevista!!!
- 11º. Ora a falta assacada à R., atento o exposto, não é apta a produzir prejuízo tão elevado quanto os 7.500,00 – valor estipulado para o inadimplemento total.
- 12º. Os princípios da proporcionalidade e equidade impõem que a cláusula penal convencionada deva ser reduzida em termos proporcionais, redução que poderá ser tida através de uma mera “regra de três simples.”
- 13º. Ou, se assim não for entendida, em termos substanciais o montante da cláusula penal deve ser reduzida.
- Conclui que a decisão recorrida violou por erro de interpretação e aplicação, o disposto nos arts 811º, nº 1 do C.C. e arts. 4º nº 1, al. C) e g) e 7º nº 1 da Lei nº 18/2003 de 11 de Junho, devendo o presente recurso merecer provimento, revogando-se a Sentença recorrida.

A Autora veio apresentar contra-alegações onde, em síntese, refere que o regime previsto na Lei da Concorrência não tem aplicação ao caso concreto, conforme resulta dos normativos comunitários nesta matéria. Considera, ainda, que a sua conduta não representa um manifesto abuso de direito, limitando-se a recorrer a exigir o cumprimento das obrigações assumidas pelos recorrentes. Da mesma forma considera que carece de fundamento peticionar a redução da indemnização fixada na cláusula penal.

O recurso foi admitido como recurso de apelação.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

## **II. Fundamentação**

### **1. Delimitação do objecto do recurso**

O objecto do recurso é delimitado pelas conclusões da alegação do recorrente não podendo este tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas, sem prejuízo das de conhecimento oficioso – art. 685º- A CPC.

As questões a decidir consistem em saber:

- se as cláusulas 7ª, 8ª e 10ª do contrato são nulas, por violação das regras de concorrência;
- do direito à indemnização fixada na cláusula penal;
- se as circunstâncias do incumprimento justificam a redução da cláusula penal, ao abrigo do art. 812º CC.

### **2. Os factos**

Com relevância para a apreciação das conclusões de recurso cumpre ter presente os seguintes factos provados no tribunal da primeira instância:

1º Por força da escritura pública de fusão celebrada em 26 de Dezembro de 2007 e do respectivo registo comercial de 28 do mencionado mês de Dezembro, a sociedade incorporante C..., S.A., NIPC ..... sucedeu, em todos os direitos e obrigações, à sociedade C1..., S.A., NIPC .....

2.º A Autora é uma sociedade comercial que se dedica à comercialização, distribuição e venda de bebidas.

3.º Os Réus são comerciantes, tendo possuído o estabelecimento comercial de venda de bebidas denominado "E...", situado na ..., em S. João da Pesqueira, que a R. mulher explorou directamente.

4.º No exercício das citadas actividades, a Autora e a Ré mulher celebraram, em 23.02.2006, um contrato denominado de “compra exclusiva com mútuo gratuito”.

5.º De acordo com o teor das cláusulas 3 e 4 desse contrato, a Autora obrigou-se a

fornecer à Ré mulher, directamente ou através da sua distribuidora na área: F..., os produtos objecto da sua actividade comercial, isto é, cervejas, refrigerantes e águas minerais.

6.º Por seu turno, e de acordo com as mesmas cláusulas, à Ré mulher obrigou-se a comprar à Autora ininterruptamente esses produtos, a promover a sua venda e a não vender naquele seu estabelecimento cervejas de barril e garrafa de marcas não comercializadas pela Autora.

7.º Ficou estipulado entre as partes, na cláusula 11.ª, que as recíprocas obrigações contratuais vigorariam por um período mínimo de quatro anos e máximo de cinco, com início em 23.02.2006, sendo a vigência efectiva dentro desta amplitude definida pelo atingir de compras da Ré mulher no total de 60.000 litros dos produtos objecto deste contrato.

8.º Nos termos das cláusulas 7.ª e 8.ª do contrato, a Autora emprestou à Ré, para compra de equipamento para o estabelecimento desta, sem juros, como contrapartida das obrigações de compra, de promoção e de venda em regime de exclusividade assumidas por esta, a quantia de €75.000,00, que esta devia restituir à Autora em 48 prestações mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira em 01.04.06, no valor de €1.445,00 e as restantes de €1.565,00, no dia 1 dos meses subsequentes.

9.º Na cláusula 9.ª, a Autora e a Ré mulher estipularam que “o não pagamento de qualquer das prestações na data do seu vencimento, importa o vencimento imediato de todas as restantes prestações”.

10.º Na cláusula 10.ª, a Autora e a Ré mulher estipularam que:

“1 – No caso de incumprimento ou mora no cumprimento de qualquer das obrigações decorrentes deste contrato que não seja remediada dentro do prazo de 15 dias a contar da recepção da comunicação escrita que para o efeito, dirigir ao contraente faltoso, poderá o outro contraente resolver o contrato.

2 – A resolução não terá efeito retroactivo.

3 – O incumprimento dará lugar ao pagamento, pelo contraente faltoso, de uma indemnização que por acordo, se fixa em 10% da quantia mutuada.

4 – Para além da indemnização prevista no número anterior, o incumprimento, por parte do REVENDEDOR determina o vencimento imediato de todas as prestações em dívida (...”).

11.º Na cláusula 12.ª, a Autora e a Ré mulher estipularam que:

“1 – Se durante a vigência deste contrato o revendedor trespassar ou ceder por qualquer outro título algum ou alguns dos estabelecimentos (...) ou a sua exploração, deverá o respectivo contrato incluir a transmissão dos direitos e obrigações decorrentes do presente contrato para o trespassário ou cessionário, ficando, porém, o revendedor solidariamente responsável pelo seu cumprimento e pelas consequências contratuais emergentes do seu incumprimento ou resolução.

2 – A transmissão do estabelecimento ou a cessão da sua exploração deverá ser comunicada, por carta registada, dirigida ao fornecedor.

3 – Não se verificando a transmissão dos direitos e obrigações conforme o convencionado no n.º 1 da presente cláusula (...), este considerar-se-á imediata e automaticamente resolvido pelo revendedor, sem necessidade de qualquer interpelação a este ou ao novo proprietário ou cessionário do estabelecimento, ficando essa resolução sujeita aos efeitos consignados nos n.ºs 2, 3 e 4 da antecedente cláusula 10.ª”.

12.º A Ré mulher, em Novembro de 2009, devia à Autora a quantia de €21.910,00, relativa a prestações do empréstimo entretanto já vencidas.

13.º Os Réus, em Novembro de 2009, cederam a exploração do seu estabelecimento a terceiros.

14.º A cessão de exploração não foi comunicada à Autora por carta registada, nem por qualquer outro meio.

15.º A Ré mulher não incluiu no contrato de cessão de exploração a transmissão dos direitos e obrigações decorrentes do contrato que celebrou com a Autora.

16.º A Autora, através de carta expedida em 22.12.2009, sob registo e com aviso de recepção, solicitou à Ré mulher que remediasse a situação faltosa no prazo de 15

20/11/09  
Arquivo de Tribunal do Distrito de Funchal

dias, sob pena de a Autora considerar o contrato automática e imediatamente resolvido com os efeitos consignados na cláusula 10.<sup>a</sup> do contrato.

17.<sup>º</sup> Aquela missiva foi recebida pela Ré mulher em 28.12.2009.

18.<sup>º</sup> A Autora considerou o contrato resolvido em 12.01.2010.

19.<sup>º</sup> Em 13.01.2010, a Autora recebeu da Ré mulher a totalidade das prestações do empréstimo vencidas.

20.<sup>º</sup> Desde o início da vigência do contrato até àquela data, a Ré mulher adquiriu à Autora 57.941 litros de produtos.

21.<sup>º</sup> Os Réus são casados no regime de comunhão de bens adquiridos e o estabelecimento foi adquirido após o casamento.

22.<sup>º</sup> A dívida provém do exercício da actividade comercial da Ré mulher e os proventos da exploração do estabelecimento comercial concorrem para os encargos normais da vida familiar dos Réus.

23.<sup>º</sup> O actual explorador do estabelecimento continua a comprar produtos à Autora, embora através de distribuidor distinto do identificado no contrato realizado entre a Autora e a Ré mulher.

Julgaram-se “Não Provados” os seguintes Factos:

24.<sup>º</sup> Até 12.01.2010, a Ré mulher e o actual explorador do estabelecimento abstiveram-se de comprar e comercializar marcas não comercializadas pela Autora.

25.<sup>º</sup> O contrato de exclusividade vem sendo mantido pelo actual explorador do estabelecimento, G....

### **3. O direito**

A apelante não impugna a matéria de facto, pois não questiona a relação dos factos dada como assente na primeira instância.

Como tal, têm-se tais factos como pacíficos, já que também se não vê razão para a modificabilidade da decisão da matéria de facto, ao abrigo do disposto no artº. 712º do CPC (cfr. artº 713º, nº6, do CPC).

Impõe-se, por isso, passar à apreciação das questões suscitadas nas conclusões da apelação.

#### *- Da nulidades das cláusulas 7<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup> e 10<sup>a</sup> do contrato, por violação das regras de concorrência -*

Na contestação os recorrentes – réus suscitaram a nulidade do contrato e consequentemente da cláusula 10<sup>a</sup>, com fundamento em vício de forma, por considerarem que o contrato estava sujeito a escritura pública (art. 1143º CC).

Nas conclusões de recurso, sob os pontos 4 a 7, suscitam os recorrentes a validade das cláusulas 7<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup>, 10<sup>a</sup>, porque o seu regime contraria a previsão do art. 4º/1, al. g) da Lei **18/2003** de 11.06 – Lei da Concorrência.

A recorrida, em contra-alegações, defende que o regime ali previsto não tem aplicação ao contrato dos autos, porque foi expressamente excepcionado nas normas de Direito Comunitário.

Analisando.

O recurso, como refere Professor Castro Mendes, consiste no pedido de reponderação sobre certa decisão judicial, apresentada a um órgão judiciariamente superior ou por razões especiais que a lei permite fazer valer (Direito Processual Civil – Recursos, pag. 5).

O recurso ordinário (que nos importa analisar para a situação presente) não é uma nova instância, mas uma mera fase (eventualmente) daquela em que a decisão foi proferida.

O recurso é uma mera fase do mesmo processo e reporta-se à mesma relação jurídica processual ou instância (ob. cit., pag. 24-25 e Alberto dos Reis, Código de Processo Civil”, vol V, pag. 382, 383).

A respeito do objecto do recurso têm surgido na doutrina duas posições:

- o objecto do recurso é a questão sobre que incidiu a decisão recorrida; e

- o objecto do recurso é a decisão recorrida, que se vai ver se foi aquela que “ex lege” devia ter sido proferida.

O Professor Castro Mendes escreve a este respeito que: “o nosso sistema de recursos inclina-se para a segunda solução – o objecto do recurso é a decisão. Dentro desta orientação tem a nossa jurisprudência repetidamente afirmado que os recursos visam modificar decisões e não criar soluções sobre matéria nova.

(...) o tribunal de recurso vai reponderar a decisão tal como foi proferida. Em regra deve aplicar a lei vigente ao tempo da decisão e cingir-se aos factos sobre que esta incidiu. Mas esta regra sofre pelo menos duas atenuações:

- a parte pode apresentar ao tribunal de segunda instância e de revisão documentos supervenientes (art. 712º/1/c), 749º, 771º/c);

- as partes podem alterar, ainda em segunda instância, o pedido, de comum acordo (art. 272º CPC). (ob cit., pag. 25-26).

Na jurisprudência entre outros sobre esta questão, podem ler-se: os Ac. STJ 07.07.2009, Ac. STJ 20.05.2009, Ac. STJ 28.05.2009, Ac. STJ 11.11.2003 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), merecendo-nos particular relevo o Ac. STJ 28.05.2009 onde se refere: “*E, do específico ponto de vista da instância recursiva, tem-se por certo que, como é jurisprudência uniforme, sendo os recursos meios de impugnação das decisões judiciais, destinados à reapreciação ou reponderação das matérias anteriormente sujeitas à apreciação do tribunal a quo e não meios de renovação da causa através da apresentação de novos fundamentos de sustentação do pedido (matéria não anteriormente alegada) ou formulação de pedidos diferentes (não antes formulados), ou seja, visando os recursos apenas a modificação das decisões relativas a questões apreciadas pelo tribunal recorrido (confirmando-as, revogando-as ou anulando-as) e não criar decisões sobre matéria nova, salvo em sede de matéria indisponível, a novidade de uma questão, relativamente à anteriormente proposta e apreciada pelo tribunal recorrido, tem inherente a consequência de encontrar vedada a respectiva apreciação pelo Tribunal ad quem (art. 676º CPC).*”

Ponderando o exposto a respeito do objecto do recurso, verifica-se que os recorrentes vêm apresentar novos fundamentos de sustentação da defesa, que não oportunamente alegados na contestação e a respeito dos quais o tribunal “a quo” não se pronunciou. Conclui-se, assim, nos termos do art. 676º CPC que o tribunal de recurso está impedido de apreciar a excepção que não foi considerada na decisão objecto de recurso, pois ao tribunal de recurso apenas cumpre reapreciar as matérias anteriormente sujeitas à apreciação do tribunal “a quo” ficando por isso vedado a apreciação de novos fundamentos de sustentação da defesa (matéria não anteriormente alegada).

Improcedem, desta forma, as conclusões de recurso sob os pontos 4 a 7.

#### *- Do direito à indemnização fixado na cláusula penal -*

Nas conclusões de recurso sob os pontos 1 a 3, consideram os recorrentes, que o contrato dos autos, configurado como contrato de mútuo, impõe à mutuária a obrigação de restituição ao mutuante da quantia que esta lhe emprestou, obrigação que foi cumprida, o que exclui a obrigação de indemnizar consignada na cláusula penal, porque a mesma pressupõe o incumprimento.

Analisando.

No recurso não se questiona a qualificação e enquadramento jurídico do contrato tal como consignado na sentença, pelo Juiz do tribunal “a quo”, que atribuiu ao contrato a natureza de um contrato atípico, misto e oneroso, que engloba no seu conteúdo elementos do contrato de empréstimo comercial (art. 394º e 395º do Código Comercial) e ainda, elementos da compra e venda.

Não encontramos motivos para alterar tal enquadramento, que tem sido acolhido na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – Ac. 13.11.2001 (Proc. 01A1123 e Ac. STJ 04.06.2009 (Proc. 257/09.1YFLSB [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Apenas nos cumpre salientar, que contrariamente ao afirmado no ponto 2 das conclusões de recurso, na sentença em recurso decidiu-se que o contrato tem a

natureza de um contrato oneroso, porque o empréstimo concedido está dependente da exclusividade de compra de determinados produtos da comercialização da Autora. Por esse motivo foi o mesmo qualificado como contrato de empréstimo comercial. Retomando a apreciação da questão em apreço.

Os contratos devem ser pontualmente cumpridos, e o devedor que falte culposamente ao cumprimento da sua obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que cause ao credor (artigos 406º, nº 1, e 798º do Código Civil).

Assim, se o devedor, em geral, não realizar pontualmente a sua prestação, por culpa, e se com isso gerar ao credor prejuízo, constitui-se na obrigação de o indemnizar no quadro da responsabilidade civil contratual.

Temos, pois, que a responsabilidade civil contratual decorre do incumprimento de uma obrigação anterior, como que em quadro de modificação do dever de prestar em dever de indemnizar.

Os seus pressupostos são, assim, o facto ilícito contratual, a culpa, o dano ou prejuízo reparável e o nexo de causalidade adequada entre este e aquele (artigos 562º, 563º, 564º, nº 1, 566º, 798º, 799º e 808º, nº 1, do Código Civil).

Dir-se-á, em síntese, que a responsabilidade civil contratual ou obrigacional é a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto ilícito e culposo, é obrigado a indemnizar outrem dos prejuízos que lhe causou (artigos 483º, nº 1, 762º, nº 1 e 798º do Código Civil)

Entre os factos derivantes da responsabilidade civil obrigacional contam-se o não cumprimento de obrigações, a mora no seu cumprimento, o seu cumprimento defeituoso e a impossibilidade da prestação imputável ao devedor (artigos 798º, 801º, nº 1, 804º, nº 1, 898º, 899º, 908º, 913º e 1223º do Código Civil).

Resulta dos factos provados que as partes, por acordo, fixaram no contrato a Cláusula 10ª com o seguinte teor:

“10.º Na cláusula 10.ª, a Autora e a Ré mulher estipularam que:

“1 – No caso de incumprimento ou mora no cumprimento de qualquer das obrigações decorrentes deste contrato que não seja remediada dentro do prazo de 15 dias a contar da recepção da comunicação escrita que para o efeito, dirigir ao contraente faltoso, poderá o outro contraente resolver o contrato.

2 – A resolução não terá efeito retroactivo.

3 – O incumprimento dará lugar ao pagamento, pelo contraente faltoso, de uma indemnização que por acordo, se fixa em 10% da quantia mutuada.

4 – Para além da indemnização prevista no número anterior, o incumprimento, por parte do REVENDEDOR determina o vencimento imediato de todas as prestações em dívida (...”).

A cláusula reveste a natureza de uma cláusula penal e por isso, a recorrência estava dispensada de provar o dano resultante do eventual incumprimento do contrato pelos recorrentes, visto que ambos convencionaram para o efeito uma cláusula penal indemnizatória.

Decorre do art. 810º CC que a cláusula penal consiste no acordo celebrado entre as partes do montante da indemnização exigível.

Nos termos do art. 811º/2 CC o estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes.

A doutrina destaca como um dos elementos que caracterizam o instituto, a “fixação antecipada” do montante da indemnização.

Como refere Galvão Teles, a cláusula penal constitui, assim, “a convenção através da qual as partes fixam o montante da indemnização a satisfazer em caso de eventual inexecução do contrato. Trata-se, de uma liquidação convencional antecipada dos prejuízos, tomando o termo liquidação no sentido técnico já nosso conhecido de determinação do montante de uma obrigação de quantitativo incerto. A liquidação da indemnização é feita, aqui, a fortait, visto não se saber ainda qual o valor real dos prejuízos nem mesmo se eles virão a produzir-se. (“Direito das Obrigações, 4ª edição,

pag. 350)

De igual forma, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, definem a cláusula penal como: “a estipulação em que as partes convencionaram antecipadamente uma determinada prestação, normalmente uma quantia em dinheiro, que o devedor terá de satisfazer ao credor em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito (maxime, em tempo) da obrigação.(Carlos Alberto Mota Pinto “Teoria Geral do Direito Civil, 4<sup>a</sup> ed. pag. 589)

Também Ana Prata no seu estudo “ Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual ”salienta este aspecto, quando refere que as convenções sobre responsabilidade, onde se inclui a cláusula penal, são “todas as estipulações convencionais que, estabelecidas em momento prévio ao da verificação do facto de que a lei faz decorrer a obrigação de indemnizar, dispõem sobre os elementos integradores da previsão da norma de que decorre o dever de indemnizar e/ ou sobre a extensão deste dever (...).” (pag. 119)

Em particular, a respeito da cláusula penal refere a mesma autora que a “fixação de um quantum indemnizatório certo, exigível em caso de não cumprimento ou de mora, imputáveis ao devedor, constitui o incontrovertido objecto da cláusula penal.

O quantitativo, antecipada e convencionalmente estabelecido, será aquele que o devedor haverá de pagar e o credor de exigir, se se preencher a condição de que depende a emergência da obrigação de indemnizar: a inexecução imputável.” (pag. 625)

De igual forma salientam Pires de Lima e Antunes Varela: “a pena convencional (a cláusula penal) (...) tanto pode referir-se à inexecução completa da obrigação (principal) como à de qualquer cláusula especial.” (Código Civil Anotado, vol. II, 4<sup>a</sup> ed., pag. 78).

No caso concreto, resulta dos factos provados, que no âmbito do contrato os Réus assumiram as seguintes obrigações:

- a Ré mulher obrigou-se a comprar à Autora ininterruptamente esses produtos, a promover a sua venda e a não vender naquele seu estabelecimento cervejas de barril e garrafa de marcas não comercializadas pela Autora (ponto 6 dos factos provados).
- ficou estipulado entre as partes, na cláusula 11.<sup>a</sup>, que as recíprocas obrigações contratuais vigorariam por um período mínimo de quatro anos e máximo de cinco, com início em 23.02.2006, sendo a vigência efectiva dentro desta amplitude definida pelo atingir de compras da Ré mulher no total de 60.000 litros dos produtos objecto deste contrato (ponto 7 dos factos provados).
- nos termos das cláusulas 7.<sup>a</sup> e 8.<sup>a</sup> do contrato, a Autora emprestou à Ré, para compra de equipamento para o estabelecimento desta, sem juros, como contrapartida das obrigações de compra, de promoção e de venda em regime de exclusividade assumidas por esta, a quantia de €75.000,00, que esta devia restituir à Autora em 48 prestações mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira em 01.04.06, no valor de €1.445,00 e as restantes de €1.565,00, no dia 1 dos meses subsequentes (ponto 8 dos factos provados).
- na cláusula 9.<sup>a</sup>, a Autora e a Ré mulher estipularam que “o não pagamento de qualquer das prestações na data do seu vencimento, importa o vencimento imediato de todas as restantes prestações” (ponto 9 dos factos provados).
- na cláusula 12.<sup>a</sup>, a Autora e a Ré mulher estipularam que:
  - “1 – Se durante a vigência deste contrato o revendedor trespassar ou ceder por qualquer outro título algum ou alguns dos estabelecimentos (...) ou a sua exploração, deverá o respectivo contrato incluir a transmissão dos direitos e obrigações decorrentes do presente contrato para o trespassário ou cessionário, ficando, porém, o revendedor solidariamente responsável pelo seu cumprimento e pelas consequências contratuais emergentes do seu incumprimento ou resolução.
  - 2 – A transmissão do estabelecimento ou a cessão da sua exploração deverá ser comunicada, por carta registada, dirigida ao fornecedor.
  - 3 – Não se verificando a transmissão dos direitos e obrigações conforme o convencionado no n.<sup>o</sup> 1 da presente cláusula (...), este considerar-se-á imediata e automaticamente resolvida pelo revendedor, sem necessidade de qualquer

interpelação a este ou ao novo proprietário ou cessionário do estabelecimento, ficando essa resolução sujeita aos efeitos consignados nos n.ºs 2, 3 e 4 da antecedente cláusula 10.<sup>a</sup> (ponto 11 dos factos provados).

Em relação a todas as obrigações se prevê o funcionamento da cláusula penal – Cláusula 10<sup>a</sup> do contrato – sem qualquer exclusão, o que significa que se aplica tanto ao incumprimento das obrigações principais, como quanto ao incumprimento de obrigações acessórias.

De igual forma, decorre dos factos apurados, que em Novembro de 2009 a Ré mulher devia à Autora a quantia de € 21.910,00, relativa a prestações do empréstimo entretanto vencidas (ponto 12º dos factos provados).

Acresce que nessa data tinha cedido o estabelecimento comercial que explorava, sem incluir no contrato a transmissão dos direitos e deveres decorrentes do contrato que celebrou com a Autora e sem comunicar a cedência à Autora (pontos 13,14,15 dos factos provados).

A situação de incumprimento determinou a resolução do contrato, segmento da decisão que não é questionado pelos recorrentes.

Os recorrentes não lograram provar o cumprimento da obrigação do pagamento do preço, nem ilidiram a presunção de culpa pelo incumprimento, como era seu ónus nos termos do art. 799º e 342º/2 CC.

Apurou-se, tão só, que operada a resolução do contrato, após interpelação admonitória nos termos consignados no contrato, os recorrentes procederam ao pagamento das quantias devidas a título de restituição da quantia mutuada.

Resulta, assim, demonstrado o incumprimento do contrato, por facto imputável à Ré – recorrente, o que confere à Autora o direito a ser indemnizada dos prejuízos sofridos.

Como se observou na sentença recorrida, atento o disposto no art. 811º CC, o reembolso das quantias mutuadas, não impede que o credor venha exigir o pagamento da indemnização fixada na cláusula penal, porquanto o incumprimento do contrato não se circunscreve à falta de pagamento da contrapartida devida pelo mútuo, nem a mora no cumprimento obsta a que o credor seja indemnizado dos prejuízos sofridos.

Como referem Pires de Lima e Antunes Varela, em anotação ao art. 811ºCC: “É realmente, no caso de mora que melhor se comprehende a justifica a intenção do contraente de estimular através de cláusula penal a cessação dessa situação e em que nada repugna aceitar, por conseguinte, a exigência da cláusula ao lado da prestação devida. De contrário, a pena convencional (...) perderia toda a sua eficácia” (ob. cit., pag. 79)

Com efeito, na interpelação admonitória consignada na carta expedida em 22.12.2009 a Autora dá conhecimento dos vários fundamentos de incumprimento – trespasso ou cessão sem comunicação e sem transmissão da posição contratual no contrato e montante das prestações vencidas.

Como se refere na sentença recorrida: “... as partes convencionaram o funcionamento da cláusula penal em caso de atraso na realização da prestação (atraso esse que resultou provado, no caso dos autos, relativamente ao pagamento das prestações do mútuo, ascendendo a quantia em mora a €21.910,00, em Novembro de 2009) – sendo certo que, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 804.º do Código Civil, a mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor.

Além disso, provou-se existir uma situação de incumprimento de uma obrigação contratual por parte da Ré (a obrigação de transmitir o contrato em caso de cessão da exploração do estabelecimento) – obrigação esta que é distinta da de restituir, em prestações, a quantia mutuada. O incumprimento de tal obrigação não se deve considerar resarcido com a mera devolução da totalidade da quantia mutuada, por parte da Ré mulher; com efeito, no caso concreto, tendo a Autora exercido o direito de resolução, subsiste o seu direito a ser indemnizada pelos prejuízos resultantes daquela, reportados ao seu interesse contratual negativo, isto é, os prejuízos que a Autora não teria sofrido se o contrato não tivesse sido celebrado (cf. o artigo 908.º do Código Civil).

Em síntese, no caso sub iudice, resulta das cláusulas 10.<sup>a</sup> e 12.<sup>a</sup>, n.º 3, do contrato

que a cláusula penal aí estabelecida tem como escopo indemnizar a Autora dos prejuízos causados pelo atraso no pagamento das prestações do mútuo e pelo incumprimento das obrigações contratuais (incluindo a obrigação de transmitir o contrato em caso de cessão da exploração do estabelecimento), pelo que nada impede a Autora de exigir o pagamento das prestações vencidas e em dívida, à data da resolução, e concomitantemente a indemnização prevista para o atraso na satisfação de tais prestações e para o incumprimento de outras obrigações contratuais.”

Conclui-se, assim, que os recorrentes não lograram provar o cumprimento da obrigação, nem ilidiram a presunção de culpa, sendo por isso devida, pela inexecução do contrato imputável aos Réus, a indemnização convencionada e fixada na cláusula penal.

Improcedem, as conclusões de recurso, sob os pontos 1 a 3.

- *Da redução da cláusula penal, ao abrigo do art. 812º CC –*

Na sentença o Juiz do tribunal “a quo” considerou que não se justificava a redução da cláusula penal.

Nas conclusões de recurso sob os pontos 8 a 13 consideram os recorrentes que as circunstâncias do incumprimento justificam a redução da cláusula penal, porquanto à data do incumprimento faltava garantir a aquisição de mercadoria numa percentagem correspondente a 4% do valor total, para atingir a quantidade fixada no contrato.

A falta imputada à Ré não é apta a produzir o prejuízo correspondente à indemnização fixada e propõe a sua redução em termos proporcionais.

A recorrida defende a manutenção do valor da indemnização.

Analisando.

O art. 812º CC prevê a redução judicial da cláusula penal “*de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente,*”, sendo ainda, admissível a redução se a “*obrigação tiver sido parcialmente cumprida.*”

Como refere Pinto Monteiro “o Código Civil permite ao tribunal a redução equitativa de penas manifestamente excessivas, respeitando, porém, a natureza de soma invariável (“*forfaitaire*”) – própria da cláusula penal -, pois os termos em que essa redução é permitida mostram que só em circunstâncias excepcionais, em face de penas abusivas e iníquias, é que o tribunal poderá atenuá-la. Doutra forma, anular-se-ia a cláusula penal, quando, do que se trata, é apenas de evitar abusos, traduzidos em penas “manifestamente excessivas ou injustificadas.” (Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil”, 2003, pag. 143)

Este tem sido o critério seguido na jurisprudência dos tribunais superiores, como se anota entre outros no Ac. Rel. Porto 03.02.2009 (Proc. 0822319 – [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Sublinha-se que a redução judicial da cláusula depende de se considerar a pena manifestamente excessiva, não bastando que seja superior ou excessiva em face do dano.

Na mesma linha de raciocínio, Galvão Teles defende que o objectivo da redução da cláusula penal “não é fazer coincidir a indemnização com os prejuízos reais ou até eliminá-la se prejuízos não existem. É sim rever a cláusula em razão do seu manifesto exagero, de modo a torná-la equitativa. Esse manifesto exagero deve definir-se em função do valor dos interesses em jogo e não em atenção á circunstância fortuita de – eventualmente – os prejuízos se revelarem muito mais baixos ou até inexistentes.” (ob. cit., pag. 355)

Assim, na ponderação do valor ajustado, como refere Pinto Monteiro: “o tribunal não deverá, em princípio, fixar a pena abaixo do prejuízo efectivo do credor, como (...) não terá de fazer coincidir necessariamente a pena com aquele prejuízo (...) e só excepcionalmente poderá fazer coincidir a pena com o dano real. (...) a redução destina-se a afastar o exagero da pena e não a anulá-la.” (ob. cit., pag. 143)

Apreciando o caso concreto concluímos que não se justifica a redução da cláusula. Desde logo, atendendo à função da cláusula penal, resarcir o prejuízo e por outro lado, estimular o cumprimento, o valor convencionado - € 7.500,00 - não se mostra

excessivo, ponderando que o contrato tinha por objecto um empréstimo de € 75.000,00 e ainda, a obrigação de consumir com carácter de exclusividade os artigos do comércio da recorrida, durante um período no mínimo de quatro anos e no máximo de cinco, até atingir um volume de 60.000 litros. Acrescia a estas obrigações o dever de comunicar a cessão do estabelecimento comercial e ainda, ceder a posição no contrato ao novo proprietário do espaço.

A situação de incumprimento é despoletada em Novembro de 2009, verificando-se o incumprimento generalizado de todas as obrigações assumidas no contrato e não mero incumprimento parcial.

Nessa data, em relação ao reembolso do contrato de empréstimo estavam em dívida € 21.910,00 (prestações vencidas) (ponto 12 dos factos provados), que correspondia a cerca de um terço do capital mutuado.

O volume de mercadoria fornecida ascendia a 57.941 litros, o que significa que não tinham atingido o limite previsto no contrato – 60.000 litros.

O valor em falta correspondia a 4% do volume total.

Por outro lado, o termo do prazo mínimo de vigência do contrato – 4 anos – estaria para breve – Fevereiro de 2010.

Porém, nenhuma das circunstâncias justifica o incumprimento dos Réus.

O facto de se provar que em 13 de Janeiro de 2010 os recorridos restituíram a quantia devida a título de mútuo, não equivale a considerar que a recorrida está resarcida dos danos sofridos.

A restituição do devido ocorre depois de se operar a resolução do contrato, nos termos e forma convencionados no contrato.

Pelo menos em Novembro de 2009 os recorrentes já não exploravam o estabelecimento comercial e procederam à cedência do espaço, sem comunicação à recorrida e sem transmitirem ao novo explorador a posição que detinham no contrato, não logrando os Réus provar que, após essa data, a Autora continuou a fornecer bebidas com carácter de exclusividade.

Recaía sobre os Réus o ónus de alegar e provar, em obediência às regras de repartição do ónus da prova (art. 342º/2 CC), que os prejuízos sofridos pela recorrida com o incumprimento, ascendiam a um valor inferior ao indicado na cláusula penal, factos que não lograram demonstrar e que poderiam ser atendidos para efeitos de avaliar do carácter excessivo da cláusula.

Conclui-se, assim, que os recorrentes não lograram demonstrar que o valor da cláusula penal se revela manifestamente excessivo e por isso, não se justifica a sua redução, nos termos do art. 812º CC.

Os recorrentes invocam ainda o exercício abusivo do direito pela recorrida, sem indicarem novos ou diferentes argumentos, face à decisão proferida que julgou improcedente a excepção.

Dispõe o art. 334º CC, sob a epígrafe “Abuso de Direito” que:

*“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”*

Pires de Lima e Antunes Varela referem que: “o abuso do direito pressupõe logicamente a existência do direito (direito subjectivo ou mero poder legal), embora o titular se exceda no exercício dos seus poderes. A nota típica do abuso do direito reside, por conseguinte, na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido (Código Civil Anotado, vol. I, pag. 297).

Com base no abuso de direito, o lesado pode requerer o exercício moderado, equilibrado, lógico, racional do direito que a lei confere a outrem; o que não pode é, com base no instituto, requerer que o direito não seja reconhecido ao titular, que este seja inteiramente despojado dele.” (Código Civil Anotado, vol.I, pag. 297)

Almeida Costa refere, a este respeito, que: "exige-se, um abuso nítido: o titular do direito deve ter excedido manifestamente esses limites impostos ao seu exercício." (Direito das Obrigações, pag. 75).

Para apurar se as partes envolvidas no negócio agiram segundo os ditames da boa-fé cumpre ao juiz considerar: "as exigências fundamentais da ética jurídica, que se exprimem na virtude de manter a palavra e a confiança, de cada uma das partes proceder honesta e lealmente, segundo uma consciência razoável, para com a outra parte, interessando as valorizações do círculo social considerado, que determinam expectativas dos sujeitos jurídicos." De igual modo, "não se pode esquecer o conteúdo do princípio da boa fé objectivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, assim como a estrutura da hipótese em apreço." (Almeida Costa, ob. cit., pag. 104-105).

Na situação presente não se pode considerar que a Autora fez um uso ilegítimo do direito, pois para além de exercer o direito com fundamento nos termos convencionados no contrato celebrado entre as partes, o direito à indemnização pelos prejuízos decorrentes do incumprimento do contrato tanto pela mora, como pelo dano negativo têm a tutela da lei.

Acresce que não resulta dos factos provados que a recorrida tenha adoptado qualquer comportamento que criasse a convicção nos Réus que renunciava à indemnização devida e fixada na cláusula penal, pois o recebimento das prestações vencidas, não se confunde com resarcimento dos prejuízos decorrentes do incumprimento das obrigações.

Aliás, operada a resolução do contrato, a recorrida apresentou a petição em juízo em Abril de 2010, ou seja, decorridos que foram apenas cerca de três meses sobre a resolução do contrato.

Conclui-se, assim, que a Autora-recorrida veio exercer um direito, ao abrigo de uma convenção celebrada entre as partes, reconhecido por lei e não se provaram factos que justifiquem paralisar os efeitos decorrentes do seu exercício.

Improcedem, desta forma, as conclusões de recurso sob os pontos 8 a 13.

Nos termos do art. 446º CPC as custas são suportadas pelos recorrentes.

### **III. Decisão:**

Face ao exposto, acordam os juízes desta Relação em julgar improcedente a apelação e confirmar a sentença recorrida.

Custas pelos recorrentes.

\*

\*

\*

\*

\*

Porto, 17.10.2011

processsei e revi – art. 138º/5 CPC )

Ana Paula Pereira Amorim

José Alfredo Vasconcelos Soares Oliveira

António Mendes Coelho