

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo nº 2625/20.9T8LSB.L1-7

Relator: LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA

Sessão: 21 Dezembro 2021

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: PARCIALMENTE PROCEDENTE

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

NEGÓCIO DISSIMULADO

MEIO DE PROVA ADMISSÍVEL

CLÁUSULA PENITENCIAL

REDUÇÃO EQUITATIVA

Sumário

I. A inserção num contrato de prestação de serviços, celebrado entre duas sociedades, de cláusula em que se prevê que a cliente, caso rescinda o contrato, terá de pagar uma indemnização à contraparte calculada com base em valores devidos pela cessação prévia da prestação de serviços a título pessoal pelo sócio único e gerente da prestadora, integra um acordo dissimulado com interposição fictícia de pessoas.

II. Nessa medida, está preterida a prova de tal acordo dissimulado com base em prova testemunhal e/ou por declarações de parte (Artigo 394º, nº2, do Código Civil).

III. Enquanto a cláusula penal tem por fundamento a prática de um facto ilícito pelo devedor (incumprimento ou cumprimento defeituoso), a denominada cláusula penitencial, cláusula de resgate ou multa penitencial, «consiste na convenção por que se atribuir ao devedor a faculdade de realizar uma prestação diferente da devida (em regra, a faculdade de realizar uma prestação em dinheiro), arrependendo-se, desistindo ou desvinculando-se do contrato», não tendo por fundamento a prática de ato ilícito.

IV. Constitui cláusula penitencial, e não cláusula penal, a cláusula em que se prevê a possibilidade de o cliente se desvincular unilateralmente do contrato, sem que tenha de fundamentar tal conduta em violação contratual da contraparte, desde que com uma antecedência de noventa dias, ficando tal

desvinculação condicionada ao pagamento de um valor composto de duas partes, sendo uma fixa e outra variável em função do período de vigência do contrato.

V. O Artigo 812º do Código Civil aplica-se, analogicamente, à cláusula penitencial, podendo esta ser reduzida equitativamente se se revelar manifestamente excessiva.

Texto Integral

Acordam os Juízes na 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa:

RELATÓRIO

BB, Unipessoal, Lda.. instaurou ação declarativa comum contra DD, Lda., requerendo a condenação desta no pagamento da quantia de € 207.897,95, acrescida de juros de mora vencidos e vincendos até efetivo e integral pagamento. Alega, em suma, que celebrou com a ré, em 30/04/2016, um contrato de prestação de serviços, no âmbito do qual se comprometeu a prestar-lhe serviços de consultoria e assessoria, no âmbito de desenvolvimento de negócios na área de computação e tecnologias de informação, mediante a contrapartida mensal fixa de € 9.000,00.

O contrato vigorou durante 37 meses, tendo sido denunciado pela ré em 28/02/2019, com efeitos a partir de 31/05/2019.

Na sequência dessa denúncia e por força do acordado, concretamente da cláusula 9ª, n.º 1, alíneas a) e b) [a qual foi convencionada em substituição da que resultava para o então gerente da autora - Sr. JCS - pela cessação do contrato de trabalho com a ré], a autora solicitou à ré o pagamento da compensação devida no valor de € 171.000,00, bem como do pagamento de € 27.750,00, correspondente a 1/12 de € 9.000,00 por cada mês de duração do contrato. Porém, a ré recusou-se a proceder ao pagamento de tais valores, o que, no entender da autora configura incumprimento contratual gerador de responsabilidade da ré nos termos dos artigos 406º, 798º e 799º, todos do Código Civil.

A ré contestou, impugnando os factos alegados pela autora e afirmando que: a cláusula 9ª deve ser declarada nula nos termos do artigo 240º, n.º 2, do Código Civil, por ter sido simulada; o montante previsto na cláusula 9ª não visa substituir uma qualquer compensação que tenha resultado para o então gerente da autora o Sr. JCS pela cessação do contrato de trabalho; a compensação prevista na cláusula 9ª do contrato, e cujo pagamento a autora peticiona, configura uma verdadeira cláusula penal, não tendo a autora direito ao pagamento de qualquer quantia com base na mesma, dado que não sofreu

danos na sua esfera jurídica por força da denúncia do contrato pela ré, sob pena da verificação de uma situação de enriquecimento sem causa; o montante fixado a título de cláusula penal na cláusula 9ª do contrato é manifestamente excessivo e, por isso, o tribunal, a julgar procedente a pretensão da autora, deve proceder à sua redução nos termos do artigo 812º, n.º 1, do Código Civil, para o montante de € 18.000,00.

Convidada a exercer o respetivo contraditório às exceções invocadas em sede de contestação, alega a autora que: incumbe a quem invoca a simulação o ónus de prova dos respetivos elementos, não tendo a ré esclarecido sequer quem é o terceiro enganado; o contrato em discussão foi celebrado por vontade e conveniência das partes e redigido e outorgado pela ré; com a cessação do contrato a autora deixou de receber a contrapartida financeira, o que configura um prejuízo efetivo; a compensação convencionada no n.º 2, da cláusula 10ª, do contrato em discussão, apenas corresponde a 50% da prestação antes recebida pela autora; a indemnização acordada na cláusula 9ª incorpora os direitos “cedidos” pelo Sr. Soares à autora, bem como os demais evidentes prejuízos decorrentes da cessação do contrato, tendo em conta que esta apenas prestava serviços à ré; a pretendida redução da cláusula penal só seria legalmente permitida se fosse “manifestamente excessiva”, patentemente exagerada ou usurária - o que apenas acontece quando o interesse do credor está em evidente contradição com as exigências de justiça e de equidade - face à visível e substancial desproporção entre o valor da cláusula e o dano efetivamente causado o que, manifestamente, não ocorre, nem a ré demonstrou.

Após julgamento, foi proferida sentença com o seguinte dispositivo:

«Tudo visto e ponderado, julgo procedente a presente acção e, em consequência, condeno a ré DD, Lda..” a pagar à autora “BB, Unipessoal, Lda.” a quantia global de € 198.750,00, acrescida de juros de mora, vencidos e vincendos, contados desde a citação até efetivo e integral pagamento.»

*

Não se conformando com a decisão, dela apelou o requerente, formulando, no final das suas alegações, as seguintes CONCLUSÕES:

1. O presente recurso tem por objeto a sentença proferida pelo Tribunal a quo, a qual julgou a presente ação procedente, por provada e, em consequência, condenou a Ré a pagar à Autora a quantia global de € 198.750,00, acrescida de juros de mora, vencidos e vincendos, contados desde a citação até efetivo e integral pagamento;
2. O Tribunal a quo errou na apreciação e valoração da prova produzida e, consequentemente, na decisão de facto;
3. O Tribunal a quo hipervalorizou os depoimentos prestados por JCS e por

JPR, tendo, ao invés, ignorado todo o demais circunstancialismo fáctico subjacente à celebração do contrato dos autos que resultou da instrução da causa;

4. O tribunal a quo considerou erradamente provado que “a autora prestou à ré os serviços referidos em 3.º durante 37 meses”, mais tendo considerado, também erradamente, que tal facto resultou provado “por acordo” - Cf. ponto 6 da matéria de facto provada.

5. Efetivamente, tal facto nunca poderia ter sido considerado provado por acordo, na medida em que a Ré, em sede de Contestação, arguiu a simulação absoluta do negócio, o que equivale a dizer que as Partes fingiram realizar um dado negócio, quando na verdade não queriam celebrar negócio algum; dar tal facto como provado “por acordo” é uma contradição com a alegação da Ré/ Recorrente;

6. O Tribunal a quo deu erradamente tal facto como provado única e exclusivamente com base nas declarações de Parte prestadas por JCS;

7. Quando não podia o Tribunal dar como provado determinado facto única e exclusivamente com base em declarações de Parte prestadas por quem, nessa qualidade, assume a posição de interessado no resultado da lide;

8. As declarações de parte funcionam apenas como mero auxiliar de prova, sendo normalmente insuficientes para valer como prova de factos favoráveis à procedência da ação, quando desacompanhadas de outras provas que as corroborem;

9. Apenas JCS aludiu, no seu depoimento, à execução do contrato, inexistindo quaisquer meios de prova que sejam aptos a sustentar tal conclusão;

10. A tal acrescentando que o mesmo, para além de parte, outorgou o contrato dos autos, na qualidade de gerente da Autora;

11. A Recorrida não carreou para os autos quaisquer elementos de prova, quer documentais, quer testemunhais, de onde resulte que o contrato dos autos foi efetivamente executado;

12. Em face do exposto, deve o facto dado como provado sob o n.º 6 ser julgado não provado;

13. O Tribunal a quo deu erradamente como provado que “JCS, sócio único e gerente da autora, foi diretor geral e gerente da ré entre 2006 e 30/04/2016” - Cf. ponto 8 da matéria de facto provada;

14. Tal facto peca por inexatidão, na medida em que, compulsado o registo comercial da Ré, se constata que JCS foi gerente daquela entre 05.05.2006 e 29.04.2019;

15. Em face do exposto, o facto dado como provado sob o n.º 8 deve passar a ter a seguinte redação: JCS, sócio único e gerente da autora, foi gerente da ré entre 05/05/2006 e 29/04/2019

16. O Tribunal a quo deu erradamente como provado que “No dia 30/04/2016, JCS enviou à ré a carta junta aos autos a fls. 80, cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, comunicando, entre outras, a cessação dos seus serviços para a ré” - Cf. ponto 9 da matéria de facto provada;

17. Sucede que tal facto peca por defeito, na medida em que, em sede de audiência final, foi junto um documento, que consubstancia uma carta remetida por JCS à Ré, por intermédio da qual o primeiro fez cessar um contrato de MSA com esta última firmado e com base na qual o mesmo renunciou a todos e quaisquer direitos ou pagamentos que lhe fossem devidos, prescindindo igualmente de demandar a Ré, tendo em vista exigir qualquer compensação pela celebração de tal acordo;

18. Em face do exposto, o facto dado como provado sob o n.º 9 deve passar a ter a seguinte redação:

“No dia 30/04/2016, JCS enviou à ré a carta junta aos autos a fls. 80, cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, comunicando a cessação dos seus serviços para a ré e renunciando a todos e quaisquer direitos que pudesse ter em virtude de tal cessação”.

19. O Tribunal a quo deu erradamente como provado que “A cláusula 9.a do acordo referido em 2º foi convencionada entre autora e ré por forma a compensar JCS da cessação das suas funções para a ré, melhor identificadas em 8.º” - Cf. ponto 10 da matéria de facto provada;

20. O Tribunal a quo não poderia ter dado tal facto como provado, na medida em que o negócio dos autos é absolutamente simulado;

21. A Autora alegou, em sede de Petição Inicial, que a compensação constante do contrato de prestação de serviços dos autos foi convencionada em substituição da que resultava para o então gerente da Autora, JCS, pela cessação do seu contrato de trabalho que (alegadamente) mantinha com a RT, actual DD, Lda., tendo-se procurado assegurar uma maior flexibilidade numa eventual necessidade de saída de JCS sem que se estivesse perante um vínculo laboral, mas sim ao abrigo de um contrato de prestação de serviços;

22. Assim a Autora, pese embora não tenha enquadrado juridicamente tal pretensão, alegou que a Cláusula 9.a do contrato dos autos se consubstanciava num acordo simulatório;

23. A simulação exige, para a sua verificação, a reunião cumulativa de três pressupostos: (i) Divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante; (ii) Intuito de enganar terceiros; (iii) Acordo de declarante e declaratório nessa divergência e intuito;

24. Todos os pressupostos se encontram verificados in casu;

25. Existiu, em primeiro lugar, uma divergência entre a vontade real e a

vontade declarada das Partes, já que estas, na verdade, não visavam a celebração de um contrato de prestação de serviços de desenvolvimento empresarial e outros assuntos relativos a tecnologias de informação e informática;

26. Divergência essa que, ademais, é reconhecida, quer pela própria recorrida, quer pela sentença recorrida;

27. Em segundo lugar, resulta clara a intenção de enganar terceiros, na medida em que as Partes recorreram a um contrato de prestação de serviços, tendo nele feito intervir as sociedades de que eram, à data, gerentes, uma vez que tal procedimento lhes permitia, designadamente, pagarem menos impostos e assim ludibriar a Autoridade Tributária e Aduaneira;

28. Para a prova deste requisito, é suficiente que exista intenção, por parte dos simuladores, de enganar terceiros, bastando que aqueles conjeturem tal engano;

29. A prova de estados subjetivos íntimos, como o intuito de enganar terceiros, é sempre de difícil verificação, na medida em que os simuladores atuam com estratégia e com astúcia, de modo a enganar terceiros;

30. Não é, assim, possível provar diretamente a simulação, devendo o tribunal recorrer-se a indícios ou a presunções judiciais ou naturais, inspiradas nas máximas da experiência comum;

31. No caso, existem diversos indícios nos autos que deveriam ter levado o Tribunal a quo a concluir pela presença de um negócio absolutamente simulado;

32. Tais como a confissão judicial da própria Autora, em sede de Petição Inicial, ao referir que o contrato dos autos, na verdade, se destinava a substituir uma compensação a que JCS teria direito em virtude da cessação das suas funções para a Recorrente enquanto trabalhador;

33. E, de igual forma, o facto de JCS ter, em sede de declarações de Parte, aludido de forma contraditória e confusa à existência de uma relação laboral e, de igual modo, à existência de uma relação de gerência e de Direcção-Geral mantidas com a Recorrente, o mesmo tendo sucedido com a testemunha JPR;

34. A tal acresce que JCS era, à data dos factos, gerente de ambas as sociedades intervenientes no contrato;

35. E, bem assim, que a Cláusula 9.a do contrato dos autos previa uma indemnização exorbitante, tendo em conta as que são ou costumam ser previstas em contratos deste tipo;

36. Em virtude um contrato que lhe proporcionava (alegadamente) uma retribuição mensal fixa de € 9.000,00, em caso de denúncia, a Autora receberia a módica quantia de € 198.750,00;

37. Para mais, o montante compensatório fixado na Cláusula 9.a do contrato

dos autos é contraditório com a Cláusula 8.a do contrato, que previa que o mesmo poderia ser rescindido por ambas as Partes de forma unilateral;

38. A Sociedade Autora foi constituída enquanto sociedade comercial unipessoal por quotas em 27.04.2016, sendo que o contrato dos autos foi firmado apenas três dias depois, em 30.04.2016;

39. Assim, mediante a constituição de uma sociedade (a alegada beneficiária do negócio), JCS celebrou um contrato de que era, em última instância, o verdadeiro beneficiário;

40. Resultou ainda clara a grande proximidade e conluio existentes entre JCS e JPR - Cf. para este efeito o depoimento do primeiro no ficheiro áudio 20210505093434_19942195_2871034 [00:49:00] a [00:51:00];

41. Todos estes indícios foram incompreensivelmente ignorados pelo Tribunal a quo, que se demitiu de os apreciar;

42. Sendo o negócio absolutamente simulado, a consequência é, nos termos prescritos no n.º 2 do artigo 240.º do C.C, a sua nulidade, a qual acarreta a destruição total dos efeitos do negócio celebrado, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 289.º do C.C;

43. É, em abstrato, possível admitir que as Partes pretendem celebrar um negócio diferente do que declararam celebrar, estando assim em causa uma simulação relativa, prevista no n.º 1 do artigo 241.º do C.C;

44. A prova do negócio dissimulado compete sempre àquele que dele se pretende prevalecer;

45. A Autora não logrou provar a existência de qualquer acordo dissimulado, na medida em que alegou que a Cláusula 9.a do contrato dos autos foi estabelecida em substituição dos direitos que, para JCS, adviriam da cessação do seu contrato de trabalho com a Recorrente; contudo, tal relação laboral não resultou provada;

46. De igual forma, não resultou provado que a compensação prevista na Cláusula 9.a desempenhasse a função de compensar JCS da cessação das suas funções de gerente da Recorrente;

47. O Tribunal a quo entendeu que sim, tendo-se servido, para o efeito, dos depoimentos de JCS e de JPR;

48. Contudo, não poderia tê-lo feito, na medida em que o n.º 2 do artigo 394.º do C.C veda a prova, por testemunhas, do negócio dissimulado, quando invocado pelos simuladores, conforme a Recorrente referiu em sede de audiência final - Ficheiro áudio 20210505093434_19942195_2871034 [01:11:00] a [01:13:00];

49. Tal proibição apenas cede quando exista um documento que constitua um princípio de prova, isto é, que permita criar uma convicção que as testemunhas possam posteriormente sedimentar;

50. Sucede que o documento constante dos autos não constitui um princípio de prova documental, na medida em que do mesmo não resulta, com um grau de verosimilhança, os factos, em suma, uma convicção, que as testemunhas possam confirmar;

51. Inexiste qualquer documento nos autos que prove, ainda que indiciariamente, a existência do negócio dissimulado invocado pela Autora, isto é, a existência de um relação laboral entre JCS, actual gerente da Autora, e a Recorrente - O que o Tribunal a quo, de resto, reconheceu, ao dar tal facto como não provado;

52. Assim, ao ter-se servido dos depoimentos prestados por JCS e por JPR, o Tribunal a quo serviu-se de prova ilícita;

53. Ainda que assim não se entenda, sempre se dirá que tal facto - como aliás a sentença recorrida reconhece, - foi dado como provado única e exclusivamente com base nos depoimentos prestados por JCS e por JPR;

54. Os quais são partes interessadas no desfecho da presente lide, tendo em conta que JCS é o actual Gerente da Sociedade Autora, tendo sido Gerente da Recorrente entre os anos de 2006 e 2019 e tendo prestado, em sede de audiência de julgamento, depoimento, tendo em vista a obtenção de uma decisão favorável que lhe permitisse, a final, receber a final a quantia a que a Ré foi condenada;

55. De igual modo, e conforme se alcança da certidão comercial ora junta, a que supra se fez referência -, JPR foi, de igual modo, gerente da Ré entre 31.03.2006 e 29.04.2019, tendo ambos intervindo no contrato dos autos, o primeiro na qualidade de Gerente da Autora e o segundo na qualidade de Gerente da Ré;

56. Em tais casos, não obstante não exista uma inabilidade para depor, devem tais depoimentos ser valorados tendo em conta esta concreta circunstância, assim se aferindo da credibilidade dos depoentes;

57. As referidas declarações de parte e depoimento encontram-se eivadas em inúmeras contradições, inexatidões e até falsidades e omissões inexplicáveis para quem devia ter conhecimento direto dos factos, por neles ter intervindo pessoalmente - Cf. para este efeito o depoimento de JCS no ficheiro áudio 20210505093434_19942195_2871034 [00:01:00] a [00:05:00], [00:10:00] a [00:26:00], [00:28:00] a [00:33:00], [00:41:00] a [00:43:00], [00:46:00] a [00:49:00] e [00:51:00] a [00:56:00] e o depoimento de JPR no ficheiro áudio 20210505105409_19942195_2871034 [00:01:00] a [00:04:00], [00:08:00] a [00:12:00], e [00:18:00] a [00:20:00];

58. Tais depoimentos não merecem, assim, qualquer credibilidade;

59. Em face do exposto, deve o facto dado como provado sob o n.º 10 ser julgado não provado;

60. Consequentemente, tendo em conta a argumentação supra expendida, deve igualmente o facto dado como provado sob o n.º 11 ser julgado não provado;
61. O Tribunal a quo deu erradamente como provado que “Após o termo do contrato referido em 2º, a autora não logrou angariar qualquer outro cliente durante três meses” - Cf. ponto 14 da matéria de facto provada;
62. Tal facto foi, uma vez mais, julgado provado única e exclusivamente com base nas declarações de parte de JCS;
63. Não consta dos autos qualquer elemento, mormente documental, constante da contabilidade da Autora, que demonstre que esta sofreu prejuízos com a denúncia do contrato por banda da Recorrente, muito menos durante três meses;
64. Não pode o Tribunal a quo dar como provado determinado facto única e exclusivamente com base em declarações de Parte prestadas por quem, nessa qualidade, assume a posição de interessado no resultado da lide;
65. Em face do exposto, o facto dado como provado sob o n.º 14 deve passar a ter a seguinte redação:
“A Autora não sofreu quaisquer danos com o termo do contrato referido em 2.”.
66. Caso assim não se entenda, refira-se que a Cláusula 9.a do contrato dos autos, ao prever a atribuição de uma compensação à Autora em caso de denúncia do contrato por banda da Ré configura uma verdadeira cláusula penal;
67. Nesse sentido, nos termos prescritos no n.º 3 do artigo 811.º do C.C, não pode o credor em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal, assistindo à Recorrente o direito de provar - como o fez -, que da sua conduta não resultaram quaisquer prejuízos para a Autora;
68. Caso assim não se entenda, deve a compensação a pagar à Autora ser substancialmente reduzida, nos termos prescritos no n.º 1 do artigo 812.º do C.C;
69. As Partes celebraram um negócio simulado, tendo declarado que o pagamento da indemnização prevista na Cláusula 9.a do contrato dos autos, (que, recorde-se só ocorreria em caso de cessação do contrato por denúncia caso fosse a Recorrente a denunciá-lo...), seria devido pelos serviços prestados no âmbito do contrato quando, alegadamente, pretenderam que espelhasse a compensação devida pela cessação de funções de JCS de gerência da Ré:
70. Terá sido assim esta a finalidade visada pelas Partes com a Cláusula 9.a do contrato dos autos, razão pela qual, destinando-se a redução da cláusula penal a tutelar a boa-fé e eventuais abusos no exercício do direito à pena, tal

circunstância não pode, evidentemente, deixar de ser sopesada;

71. A entender-se que o negócio dissimulado é válido - o que apenas por mera cautela de patrocínio se admite, sem, todavia, conceder -, a Autora recebeu quantias de elevada monta a título de execução do mesmo, nunca tendo existido qualquer incumprimento (sequer culposos) por parte da Recorrente, pelo que o seu grau de culpa é diminuto;

72. Ponderando o circunstancialismo que esteve subjacente à celebração do contrato, ainda que se conclua (como fez a sentença recorrida) que a Cláusula 9.a do contrato dos autos foi concebida como determinando uma compensação em substituição da devida a JCS pelo exercício das suas funções de gerência, sempre se dirá que a mesma é totalmente excessiva, na medida em que tal cessação não confere, em regra, qualquer tipo de compensação ao gerente cessante, uma vez que, vigora entre nós a regra da livre destituibilidade dos gerentes;

73. Com o estabelecimento da cláusula penal na Cláusula 9.a do contrato dos autos, tal traduziu-se numa vantagem patrimonial desproporcionada para a Autora, na medida em que lhe permitiu beneficiar de uma compensação de cerca de € 200.000,00 quando, na verdade e em circunstâncias normais, tal compensação pura e simplesmente inexistiria;

74. Com a denúncia do contrato, a Autora obteve, de imediato, na sua esfera jurídica, uma compensação de cerca de € 200.000,00 quando, em bom rigor, não sofreu quaisquer danos em virtude de tal cessação;

75. Em face do exposto, requer-se a redução da cláusula penal fixada no contrato de prestação de serviços sub judice, em montante nunca inferior a 60% do valor inicialmente estipulado;

76. Caso assim não se entenda, sempre se dirá que a redução da cláusula penal pode também ter lugar por intermédio do instituto do abuso de direito, na modalidade de desequilíbrio no exercício de posições jurídicas;

77. Em face do exposto, e com base neste concreto fundamento, requer-se a redução da cláusula penal fixada no contrato de prestação de serviços sub judice, em montante nunca inferior a 60% do valor inicialmente estipulado;

78. Ao ter decidido como decidiu, o Tribunal a quo violou os artigos 240.º, n.ºs 1 e 2, 342.º, n.º 1, 394.º, n.º 2, 811.º, n.º 3 e 812.º, todos do C.C e os artigos 414.º e 607.º, n.º 4, ambos do CPC, pelo que a decisão deve ser revogada.

Nestes termos, e com o duto suprimento de V. Exas, deve ser concedido provimento ao presente recurso e, em consequência, deve ser revogada a decisão recorrida e substituída por outra que julgue a presente ação totalmente improcedente, por não provada e que, em consequência, absolva a Ré do pedido contra si formulado pela Autora.

Assim se fazendo JUSTIÇA!»

*

Contra-alegou a apelada, propugnando pela improcedência da apelação.

QUESTÕES A DECIDIR

Nos termos dos Artigos 635º, nº4 e 639º, nº1, do Código de Processo Civil, as conclusões delimitam a esfera de atuação do tribunal *ad quem*, exercendo um função semelhante à do pedido na petição inicial. [\[1\]](#) Esta limitação objetiva da atuação do Tribunal da Relação não ocorre em sede da qualificação jurídica dos factos ou relativamente a questões de conhecimento oficioso, desde que o processo contenha os elementos suficientes a tal conhecimento (cf. Artigo 5º, nº3, do Código de Processo Civil). Também não pode este Tribunal conhecer de questões novas que não tenham sido anteriormente apreciadas porquanto, por natureza, os recursos destinam-se apenas a reapreciar decisões proferidas, ressaltando-se as questões de conhecimento oficioso, v.g., abuso de direito. [\[2\]](#)

Nestes termos, as questões a decidir são as seguintes:

- i. Impugnação da decisão da matéria de facto (conclusões 1 a 65);
- ii. Admissibilidade e redução da cláusula 9ª do contrato (conclusões 66 a 78).

Corridos que se mostram os vistos, cumpre decidir.

FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

A sentença sob recurso considerou como provada a seguinte factualidade:

1º A autora é uma sociedade por quotas que tem por objecto, entre outros, a prestação de serviços de consultoria e assessoria, no âmbito de desenvolvimento de

negócios, na área da computação e tecnologias de informação.

2º No dia 30/04/2016, a autora e a ré (então denominada “RT, Lda.”) celebraram o acordo escrito junto aos autos a fls. 5 a 17, cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

3º No âmbito do acordo escrito referido em 2º, a autora comprometeu-se a prestar à ré, de modo exclusivo e mediante o pagamento da quantia mensal de € 9.000,00, “serviços de desenvolvimento empresarial e outros assuntos relativos a tecnologias de informação e informática”.

4º No âmbito do acordo escrito referido em 2º, concretamente na cláusula 9ª, n.º 1, alíneas a) e b), autora e ré estipularam que “*No caso de rescisão deste contrato por parte do cliente (...) o prestador de serviços tem direito a receber uma indemnização por todos os serviços prestados no âmbito do presente e que será igual ao seguinte: a. O montante correspondente à taxa fixa mensal prevista no parágrafo 1 da cláusula 3 multiplicada por dezanove (19); e b) um duodécimo da taxa fixa mensal prevista no parágrafo 1 da cláusula 3 por cada*

mês de duração deste contrato.»

5⁰ O acordo escrito referido em 2^o foi celebrado sem prazo, tendo autora e ré estipulado que qualquer uma delas podia pôr termo ao mesmo mediante comunicação escrita com 90 dias de antecedência.

6⁰ A autora prestou à ré os serviços referidos em 3^o durante 37 meses.

7⁰ No dia 28/02/2019, a ré enviou à autora, que recebeu, a carta junta aos autos a fls. 18 v^o, com o seguinte teor: «*Conforme o disposto na cláusula 8 do “services agreement” celebrado entre a DD, Lda. Portugal Lda. (ao tempo denominada RT, Lda.) e a BB, Unipessoal, Lda., em 30 de Abril de 2016, somos pela presente a denunciar o referido contrato, produzindo a denúncia efeitos no próximo dia 31 de maio de 2019.»*

8⁰ JCS, sócio único e gerente da autora, foi diretor geral e gerente da ré entre 2006 e 30/04/2016.

9⁰ No dia 30/04/2016, JCS enviou à ré a carta junta aos autos a fls. 80, cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, comunicando, entre outras, a cessação dos seus serviços para a ré.

10^o A cláusula 9^a do acordo referido em 2⁰ foi convencionada entre autora e ré por forma a compensar JCS da cessação das suas funções para a ré, melhor indicadas em 8⁰,

11^o tendo a autora e a ré acordado que a mesma só seria acionada se esta pusesse termo ao acordo escrito.

12^o Até à presente data, a ré não pagou à autora os valores referidos na cláusula 9^a, n.º 1, alíneas a) e b) do acordo escrito referido em 2⁰.

13^o No âmbito do acordo referido em 2⁰, a autora obrigou-se perante a ré a não exercer concorrência com esta durante o período de 12 meses a contar do termo do contrato, caso a ré assim o exigisse, o que não sucedeu.

14^o Após o termo do contrato referido em 2⁰, a autora não logrou angariar qualquer outro cliente durante três meses.

15^o O acordo escrito referido em 2⁰ foi redigido pelos serviços de assessoria jurídica da ré e outorgado pelo gerente da DD, Lda. Espana SL, enquanto representante da entidade detentora de 100% do capital social da ré.

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

Impugnação da decisão da matéria de facto.

Em primeiro lugar, a apelante pretende que o facto provado sob 6 (“*A Autora prestou à Ré os serviços referidos em 3^o durante 37 meses*”) seja revertido para não provado, argumentando que tal facto não está provado por acordo na medida em que, na contestação, a apelante arguiu a simulação absoluta do negócio, sendo ainda que a apelada não carrou para os autos quaisquer

elementos de prova de onde resulte que o contrato foi efetivamente executado. O tribunal a quo fundamentou a resposta ao facto 6 nestes termos: «O facto 6º resultou provado por acordo.»

Apreciando.

No artigo 5º da petição, alegou a autora: «*Durante 37 meses, a Autora prestou à Ré os serviços convencionados e esta pagou, como contrapartida dos mesmos, o montante referido em 3º.*»

Na contestação, a Ré impugnou especificadamente os factos constantes dos artigos 10º a 12º da petição (artigo 5º da contestação) e arguiu a simulação absoluta da cláusula 9ª do contrato celebrado (artigos 6º a 18º).

Assim, a posição expressa pelo tribunal *a quo* está correta. Note-se que, durante a realização das declarações de parte do legal representante da Autora, a Mma. Juíza fez questão de expressar quais os factos em que havia acordo entre as partes, especificando este facto, o que não deu azo a qualquer reação dos mandatários da apelante.

Acresce que, na carta expedida em 30.4.2016, na qual a apelante fez cessar o contrato, nada foi alegada pela mesma quanto a incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato por parte da Autora. E, finalmente, a prestação de tais serviços foi explicitada pelo legal representante da autora, em sede de declarações de parte, sem que tal asserção tenha sido colocada em dúvida pelos mandatários da apelante, sendo certo que a apelante não indica nenhuma das suas testemunhas inquiridas para infirmar tal prestação de serviços.

Improcede a impugnação neste segmento.

Em segundo lugar, a apelante pretende que a redação do facto provado sob 8 (“*JCS, sócio único e gerente da autora, foi diretor geral e gerente da ré entre 2006 e 30.4.2016*”) seja alterada para: *JCS, sócio único e gerente da autora, foi gerente da Ré entre 5.5.2006 e 29.4.2019*. Invoca, para tanto, o teor do registo comercial da ré, junto aos autos.

O tribunal *a quo* fundamentou a resposta ao facto 8 assim: «O facto 8º resultou provado com base nas declarações unânimes do legal representante da autora e das testemunhas JPR, JMN e DR, os quais demonstraram conhecimento direto dos factos.»

Apreciando.

O início e a cessação das funções de gerente estão sujeitos a registo comercial (Artigo 3º, nº1, al. m), do Código de Registo Comercial), não estando sujeita a registo o início e cessação das funções de diretor comercial.

Da certidão junta a fls. 74 resulta que JCS foi designado gerente por deliberação de 5.5.2006 e que, em 29.4.2019, renunciou a tal cargo.

Assim, na procedência parcial da impugnação, altera-se a redação do facto 8

para:

8 - JCS, sócio único e gerente da autora, foi diretor geral e gerente da ré entre 5.5.2006 e 29.4.2016.

Em terceiro lugar, pretende a apelante que a redação do facto provado sob 9 (“No dia 30/04/2016, JCS enviou à ré a carta junta aos autos a fls. 80, cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, comunicando, entre outras, a cessação dos seus serviços para a ré”) seja alterada para: *No dia 30/04/2016, JCS enviou à ré a carta junta aos autos a fls. 80, cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais, comunicando a cessação dos seus serviços para a ré e renunciando a todos e quaisquer direitos que pudesse ter em virtude de tal cessação.*

Fundamentando tal pretensão, alega que, em sede de audiência final, foi junto um documento que consubstancia uma carta remetida por JCS, da qual decorrerá a versão/redação pretendida pela apelante.

O tribunal *a quo* fundamentou a resposta ao facto 9 nestes termos:

«O facto 9º resultou provado com base no documento de fls. 80, cujo teor vai ao encontro das declarações restadas pelo seu autor em audiência final (JCS, representante legal da autora).»

Apreciando.

A alteração na redação do facto 9, pretendida pela apelante, não foi por esta alegada em qualquer articulado e, muito menos, pela parte contrária.

Atenta a causa de pedir nestes autos (cf. artigos 9º e 10º da petição, que deram azo ao facto provado 10º), o segmento fáctico que a apelante pretende adicionar ao elenco dos factos provados assume a natureza de facto essencial excetivo, constituindo um facto principal cuja alegação oportuna lhe incumbia (cf. Artigo 5º, nº1, do Código de Processo Civil) sob pena de preterição (cf. Artigo 573º, nº1, do Código de Processo Civil), não podendo ser introduzido *ex novo* em sede de recurso. Todavia, mesmo que fosse qualificável como facto complementar, certo é que os factos complementares, nos termos do Artigo 5º, nº2, al. b), do Código de Processo Civil, só podem ser introduzidos no processo no decurso do julgamento em primeira instância, mediante requerimento da parte ou oficiosamente. Em qualquer dessas circunstâncias, assiste à parte beneficiada pelo facto complementar e à contraparte a faculdade de requererem a produção de novos meios de prova para fazer a prova ou contraprova dos novos factos complementares – cf. Geraldes, Abrantes/Pimenta, Paulo/Sousa, Luís Filipe, *Código de Processo Civil Anotado*, I Vol., 2020, 2ª ed., Almedina, pp. 31-32.

Não tendo a apelante desencadeado tal mecanismo de ampliação fáctica nem tendo o mesmo sido utilizado oficiosamente pelo tribunal quanto ao segmento em causa (cf. ata de julgamento), está precludida a ampliação da matéria de

facto com tal fundamento em sede de apelação porquanto o conteúdo da decisão seria excessivo por envolver a consideração de factos essenciais complementares ou concretizadores fora das condições previstas no art. 5º (cf. Geraldês, Abrantes/Pimenta, Paulo/Sousa, Luís Filipe, *Código de Processo Civil Anotado*, I Vol., 2020, 2ª ed., Almedina, p. 825) ou, segundo Alberto dos Reis, ocorreria erro de julgamento por a sentença/acórdão se ter socorrido de elementos de que não podia socorrer-se (*Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, pp. 145-146). Note-se que a ampliação da matéria de facto (Artigo 662º, nº2, al. c), *in fine*, do Código de Processo Civil) tem por limite a factualidade alegada, tempestivamente, pelas partes, não constituindo um sucedâneo do mecanismo sucedâneo do Artigo 5º, nº2, al. b), do Código de Processo Civil).

Improcede a pretendida alteração da matéria de facto.

Em quarto lugar, a apelante requer que os factos provados sob 10 e 11 (“10º *A cláusula 9ª do acordo referido em 2º foi convencionada entre autora e ré por forma a compensar JCS da cessação das suas funções para a ré, melhor indicadas em 8º*”; 11º *Tendo a autora e a ré acordado que a mesma só seria acionada se esta pusesse termo ao acordo escrito*”) passem a não provados.

Fundamentando tal pretensão alega que:

- o negócio dos autos é absolutamente simulado;
 - da interpretação dos artigos 10º e 11º da petição deriva que a cláusula 9ª consubstancia um acordo simulatório;
 - as declarações de parte de JCS e o depoimento da testemunha JPR são contraditórias e confusas quanto à existência de uma relação de gerência e de direção-geral mantidas com a apelante;
 - a autora foi constituída três dias antes de ser firmado o contrato dos autos, sendo que JCS era, em última instância, o verdadeiro beneficiário de tal sociedade;
 - atento o disposto no Artigo 394º, nº2, do Código Civil, o tribunal *a quo* não podia ter dado como provado o negócio dissimulado com base em depoimento, sendo o negócio simulado invocado pelos próprios simuladores;
 - inexistente qualquer documento nos autos que prove, indiciariamente, a existência de relação laboral entre o JCS e a apelante;
 - as declarações de parte de JCS e o depoimento de JPR são contraditórias, inexatas, contêm falsidades e são interessadas, não merecendo credibilidade.
- O tribunal *a quo* fundamentou a resposta aos factos 10 e 11 nestes termos: «Os factos 10º, 11º e 15º resultaram provados com base nas declarações unânimes do legal representante da autora e da testemunha JPR, representantes legais da ré à data dos factos em apreço, os quais afirmaram peremptoriamente que o acordo escrito em discussão foi redigido pela

assessoria jurídica da ré (“escritório de advogados em Portugal”) e que foi intenção desta em passar a atribuir à autora as funções de gerência antes atribuídas a JCS. Mais esclareceram que a cláusula 9ª do acordo escrito foi pensada para compensar JCS pela cessação das funções de gerente da ré. É verdade que ambos afirmaram estar convencidos que o vínculo existente entre JCS e a ré era, à data dos factos, um vínculo laboral e que a indemnização que seria devida ao gerente/trabalhador JCS pela cessação do contrato de trabalho ficou salvaguardada com a redação da cláusula 9ª do acordo em discussão, a ser accionada no futuro caso a ré pusesse termo ao acordo celebrado com a autora. É verdade também que o alegado vínculo laboral, como infra explicitaremos, não resultou provado. Porém, essa circunstância não abalou a convicção do tribunal no que respeita à real intenção das partes ao inserir a cláusula 9ª no acordo escrito em discussão: à data dos factos a ré (então representada pela testemunha JPR) reconheceu que JCS tinha direito a uma compensação/indemnização pela cessação das funções de gerência e, ao invés de a atribuir de imediato, condicionou esse pagamento a um evento futuro no âmbito de um acordo celebrado com a autora que, legalmente, é representada pelo sócio único, precisamente o mesmo JCS. Acresce ainda, e por último, que as testemunhas oferecidas pela ré, porque não intervieram na realização e negociação do acordo em discussão e nada sabem sobre a cláusula 9ª, não lograram infirmar a convicção do tribunal.»

Apreciando.

É de subscrever a valoração/interpretação feita pelo tribunal *a quo* quanto ao sentido útil das declarações de parte prestadas pelo legal representante da Autora (JCS) e pela testemunha JPR. De facto, das declarações e depoimento em causa decorre que o intuito da cláusula (sobretudo primeira parte da mesma) foi o de transferir “*as regalias compensatórias*”, “*custas laborais foram transpostas para a nova cláusula*”, “*essa cláusula foi para espelhar as condições do contrato anterior*” (declarações de JCS) que este tinha pelo facto de estar a trabalhar para a Ré desde 2003, regalias emergentes da cessação do contrato. Por sua vez, JPR foi bastante taxativo quando ao intuito de tal cláusula 9ª ser o de transpor as garantias que o trabalhador JCS tinha para o novo contrato, era “*para compensar os direitos do trabalhador JCS*”.

É certo que o convencimento de ambos quanto à existência de um genuíno contrato de trabalho não está correto, consoante sinalizou o tribunal *a quo*. Todavia, há que atender a que se trata de duas pessoas especialistas em informática, cuja formação técnica não passa pela aquisição de conhecimentos de direito laboral, daí emergindo o entendimento comum de que se estava perante um contrato de trabalho. O declarante JCS, quando instado especificamente sobre a cisão entre contrato de trabalho e de prestação de

serviços, acabou por reconhecer que “*desconheço esses pormenores*”, sendo que o JPR, simetricamente, afirmou “*creio que era um contrato de trabalho*” e, por isso, mudaram o contrato em 2016. Daí as hesitações e contradições invocadas pela apelante, as quais apenas demonstram que o conhecimento jurídico do declarante e da testemunha são escassos, atuando os mesmos sob o convencimento sincero de que estavam perante uma realidade do foro laboral. Essas contradições e hesitações evidenciam sinceridade, não devendo ser valoradas como declarações/depoimento descartáveis por ser interessados, pelo contrário. Note-se que a elaboração do contrato teve mesmo assessoria jurídica por parte dos serviços da Ré (cf. facto 15).

Sem prejuízo do que fica dito, a verdade é que os factos provados sob 10 e 11 demonstram a existência de um negócio dissimulado.

Dispõe o Artigo 240º, nº1 do Código Civil que, se por acordo entre declarante e declaratório, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado, sendo nulo (nº2 do mesmo preceito).

A simulação é, assim, o acordo entre o declarante e o declaratório, no sentido de celebrarem um negócio que não corresponde à sua vontade real e no intuito de enganarem terceiros. Tem como elementos:

- Divergência entre a vontade real e a declarada;
- Acordo ou conluio (*pactum simulationis*) entre declarante e declaratório, o que não exclui a possibilidade de simulação nos negócios unilaterais;
- Intenção de enganar terceiros (*animus decipiendi*) - cf. Art. 240º, nº1 do Código Civil.

No que tange a este último requisito, “O engano de terceiros consiste em fazer parecer real o que, em relação aos simuladores, não o é. Se a simulação é a criação artificiosa do que não se quer ou a ocultação do que se quer, tem em si imanente o fim de enganar; quando se simula, isto é, se finge ou oculta, tende-se a enganar terceiros. Não há dúvida que a simulação tem sempre por fim enganar terceiros. Geralmente, as partes criam uma aparência com o propósito de iludir direitos ou expectativas de terceiros, não sendo, porém, necessário o intuito fraudulento” - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.5.1995, *Afonso de Melo*, CJ AcSTJ - II, p. 119; cf. ainda Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.97, *Pais de Sousa*, CJ AcSTJ - I, p. 124 e de 7.5.2003, *Nuno Cameira*, acessível em www.dgsi.pt/jstj. Para o preenchimento deste requisito basta o propósito de criar perante outrem a aparência de um ato que, na realidade, não existe entre os simuladores - cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23.9.99, *Garcia Marques*, BMJ nº 489, p. 309, de 26.4.1995, *Afonso de Melo*, 086542, de 9.10.2003, *Oliveira Barros*, 03B2536, de 9.3.2021, *Pinto de Almeida*, 2891/18. «O legislador basta-se com

o mero intento de enganar: as partes pretendem, criando uma aparência jurídica, ludibriar todos os terceiros externos à mancomunação, levando-os a acreditar que a vontade manifestada é realmente querida. É a coexistência de duas vontades que permite, ao intérprete-aplicador, concluir pela intencionalidade de enganar terceiros» - A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Simulação no Direito Civil*, Almedina, 2014, pp. 72-73.

Na simulação absoluta, as partes fingem celebrar um negócio jurídico e na realidade não querem nenhum negócio jurídico, v.g. venda fantástica ou doação simulada com fins de pompa ou ostentação. Há, apenas, o negócio simulado e, por detrás dele, nada mais (*“colorem habet, substantiam vero nullam”*).

A simulação é subjetiva quando as partes no negócio não são aquelas que aparentemente nele intervêm, ou seja, há uma interposição fictícia de pessoas. As razões que presidem a essa situação podem derivar do facto de o verdadeiro contraente não poder celebrar o negócio com o simulador ou só o poder fazer em condições que não se verificam no caso, podendo ainda acontecer que ao simulador não interesse que aquela pessoa surja como parte no negócio.

No caso em apreço, está afastada a existência de simulação absoluta, atento o facto provado sob 6 (cf. supra).

O que ocorre é uma simulação subjetiva por interposição fictícia de pessoas, em que uma pessoa aparecer com parte no negócio, mas, em virtude de acordo oculto, os efeitos dele destinam-se a outra pessoa, não adquirindo de facto o interposto a posição que exteriormente parece assumir (cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26.11.2009, *Ferreira de Sousa*, 336/1999, de 9.3.2021, *Pinto de Almeida*, 2891/18). Ou seja, no que tange à cláusula 9ª do contrato sob apreciação, a intervenção da BB, Unipessoal, Lda. é a título de mero testa de ferro, havendo um acordo entre as duas partes formais no contrato, por um lado, e JCS, por outro, no sentido de que os valores previstos em tal cláusula (máxime primeira parte) emergem de um crédito prévio de JCS e se destinam a este, que não à BB, Unipessoal, Lda. Em suma, os factos provados sob 10 e 11 demonstram a existência de um negócio dissimulado entre as partes.

Ao contrário do que entendeu o tribunal *a quo*, o intuito de enganar terceiros é facilmente apreensível. Com efeito, o Estado é considerado terceiro para efeitos de aplicação do regime da simulação, sendo que as simulações para enganar o Estado abrangem os casos em que se manifesta concluir um negócio distinto do tipo realmente pretendido, com o propósito de diminuir os impostos cobrados em resultado do valor ou forma do negócio - cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Simulação no Direito Civil*, Almedina, 2014, p. 74.

Ora, à data da celebração do contrato (30.4.2016) vigorava o Artigo 2º, nº4, do CIRS, com o seguinte teor:

« 4 - Quando, por qualquer forma, cessem os contratos subjacentes às situações referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1, mas sem prejuízo do disposto na alínea d) do mesmo número, quanto às prestações que continuem a ser devidas mesmo que o contrato de trabalho não subsista, ou se verifique a cessação das funções de gestor público, administrador ou gerente de pessoa coletiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente, as importâncias auferidas, a qualquer título, ficam sempre sujeitas a tributação:

a) Pela sua totalidade, na parte que corresponda ao exercício de funções de gestor público, administrador ou gerente de pessoa coletiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente;

b) Na parte que exceda o valor correspondente ao valor médio das remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses, multiplicado pelo número de anos ou fração de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora, nos demais casos, salvo quando nos 24 meses seguintes seja criado novo vínculo profissional ou empresarial, independentemente da sua natureza, com a mesma entidade, caso em que as importâncias serão tributadas pela totalidade » (sublinhado nosso).

Atento os valores em causa, a taxa de IRS correspondente seria de 48% (cf. Artigo 68º do CIRS).

Já o recebimento da quantia em causa pela autora poderá dar azo à liquidação de IRC porquanto nos termos do Artigo 20º, nº1, alínea i), do CIRC:

1 - Consideram-se rendimentos e ganhos os resultantes de operações de qualquer natureza, em consequência de uma ação normal ou ocasional, básica ou meramente acessória, nomeadamente:

(...)

i) Indemnizações auferidas, seja a que título for.

Todavia, aqui a taxa é substancialmente inferior (21% nos termos do Artigo 87º do CIRC), ficando a cargo da autora.

Ou seja, o teor da cláusula 9ª teve a virtualidade de contornar a tributação das quantias devidas pela cessação das funções de gerente (cf. facto 8), convolvando tais quantias numa cláusula penitencial (cf. infra) que tinha como beneficiário formal uma testa de ferro de JCS, a qual ficará sujeita a um imposto substancialmente inferior ao que seria pago por JCS.

Nos termos do Artigo 394º do Código Civil:

«1. É inadmissível a prova por testemunhas, se tiver por objeto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico ou

dos documentos particulares mencionados nos artigos 373º a 379º, quer as convenções sejam anteriores à formação do documento ou contemporâneas dele, quer sejam posteriores.

2. A proibição do número anterior aplica-se ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocado pelos simuladores.»

Esta proibição é extensiva às declarações de parte. Conforme se refere em Luís Filipe Sousa, *Direito Probatório Material Comentado*, 2ª ed., Almedina, 2021, p. 279:

«Estando ambas [*declarações de parte e prova testemunhal*] no mesmo patamar probatório e abrangendo a ratio de tais exclusões também as declarações de parte (a segurança, fidelidade e credibilidade deste meio de prova são equiparáveis às ínsitas ao comum depoimento testemunhal), haverá que aplicar analogicamente os arts. 393º a 395º quanto à inadmissibilidade/exclusão das declarações de parte.»

Destarte, estava preterido às partes (simuladores) fazer a prova do negócio dissimulado através de prova testemunhal e/ou de declarações de parte, como foi precisamente o caso. Tratando-se de factos cuja prova se estribou apenas em declarações de parte e depoimento testemunhal, em prova proibida, há que reverter tais factos 10 e 11 para factos não provados, consoante peticionado pela apelante, o que se determina. Note-se que não se mostra juntos aos autos qualquer princípio de prova escrita proveniente da Ré que dê azo à admissibilidade da prova testemunhal – sobre esta matéria, cf., desenvolvidamente, Luís Filipe Sousa, *Direito Probatório Material Comentado*, 2ª ed., Almedina, 2021, pp. 222-232.

Finalmente, pretende a apelante que a redação do facto provado sob 14 (“*Após o termo do contrato referido em 2, a autora não logrou angariar qualquer outro cliente durante três meses*”) passe a ser: “*A Autora não sofreu quaisquer danos com o termo do contrato referido em 2.*”, o que alegou nos artigos 36º e 37º da sua contestação.

Fundamentando tal pretensão, invoca que tal facto foi dado como provado só com base nas declarações de parte de JCS, não podendo o tribunal estribar-se nas declarações prestadas por quem assume a posição de interessado no resultado da lide.

O tribunal *a quo* justificou a prova do facto 14 assim:

«O facto 14 resultou provado com base nas declarações do legal representante da autora, serenas e espontâneas, não infirmadas por outros meios probatórios, designadamente oferecidos pela ré.»

Por volta do minuto 33 das suas declarações, JCS declarou – de facto – que, durante três meses, a autora não teve receita nenhuma porque perdeu a sua única fonte de receitas, vindo a celebrar novo contrato com outra empresa,

passados três meses, mas por valores inferiores aos do contrato que teve com a Ré.

No que tange à função e valoração das declarações de parte existem três teses essenciais: (i) tese do caráter supletivo e vinculado à esfera restrita de conhecimento dos factos; (ii) tese do princípio de prova e (iii) tese da autossuficiência das declarações de parte.

A análise desta questão está devidamente escalpelizada no Acórdão desta Relação de 24.4.2017, *Luís Filipe Sousa*, 18591/15 e em *Luís Filipe Sousa, Direito Probatório Material Comentado*, 2ª ed., Almedina, 2021, pp. 289-300, para onde remetemos por brevidade.

A apelante pretende que esta Tribunal subscreva a tese do princípio de prova, a qual é maioritária na jurisprudência.

Todavia, pelas razões expendidas no acórdão referido e na obra citadas, admitimos a tese da autossuficiência das declarações de parte, sendo esse o caso. Com efeito, as declarações prestadas evidenciaram ser sinceras, assertivas, contextualizadas. É certo que poderiam ter sido complementadas por outras provas, nomeadamente pelo depoimento de um contabilista da autora, por exemplo. Todavia, há que aplicar um *princípio de uniformidade e de igualdade de tratamento*: se as declarações de parte foram atendidas supra por serem credíveis (mesmo no que tange ao negócio dissimulado), há que aplicar a mesma valoração - na ausência de qualquer contraprova - quanto ao facto concreto em causa.

Assim sendo, improcede a impugnação neste segmento.

Resumindo:

i. O facto 8 passou a ter a seguinte redação:

8 - JCS, sócio único e gerente da autora, foi diretor geral e gerente da ré entre 5.5.2006 e 29.4.2016.

ii. Os factos 10 e 11 passam a ser considerados não provados.

Admissibilidade e redução da cláusula penal (conclusões 66 a 78).

Argumenta a apelante que a cláusula 9ª do contrato integra uma cláusula penal, a qual:

§ Não deve ser admitida nos termos do Artigo 811º, nº3, do Código Civil, por consubstanciar uma indemnização que excede o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal;

§ Subsidiariamente, deve ser substancialmente reduzida, nos termos do Artigo 812º do Código Civil, para um montante nunca inferior a 60% do valor inicialmente estipulado, quer porque, admitindo a validade do negócio dissimulado, a cláusula penal é excessiva na medida em que a cessação das funções de gerência, em regra, não confere qualquer tipo de compensação ao gerente cessante, quer porque se justifica essa redução pelo abuso de direito,

na modalidade de desequilíbrio no exercício de posições jurídicas.

O tribunal *a quo* considerou que a cláusula 9ª do contrato consubstancia uma cláusula penal indemnizatória que visa fixar «*antecipadamente a indemnização a pagar à autora pelo dano verificado na sua esfera jurídica associado à abrupta cessação do contrato*», tendo recusado a redução da mesma entendendo «*não se mostrarem manifestamente excessivos os montantes indemnizatórios previstos na cláusula 9ª do contrato em discussão, condenando assim a ré ao seu pagamento à autora.*»

Apreciando.

O teor da cláusula 9ª é o seguinte:

«9. INDEMNIZAÇÃO

1. *No caso de rescisão deste Contrato por parte do Cliente [RT Lda.], salvo em caso de violação no âmbito dos parágrafos 2 e 4 da Cláusula 8 ou em caso de rescisão pelo Prestador de Serviços [BB, Unipessoal, Lda..] devido a violação por parte do Cliente, o Prestador de Serviços terá direito a receber uma indemnização por todos os serviços prestados no âmbito do presente e que será igual ao seguinte:*

a. O montante correspondente à taxa fixa mensal prevista no parágrafo 1 da Cláusula 3 multiplicada por dezanove (19); e

b. Um duodécimo da taxa fixa mensal prevista no parágrafo 1 da Cláusula 3 por cada mês de duração deste Contrato.

2. *O pagamento da referida indemnização é o único e exclusivo recurso do Prestador de Serviços pelo termo ou rescisão do contrato e o Cliente não terá direito a qualquer reclamação, à qual prescinde desde já, por lucros cessantes ou por quaisquer outros danos e despesas.*

(...))»

Por sua vez, dos parágrafos 2 e 4 da Cláusula 8 consta designadamente o seguinte:

«2- *Além de qualquer outro direito de rescisão que as partes tenham direito no âmbito deste Contrato, uma Parte (a “Parte Lesada”) poderá rescindir com efeito imediato mediante notificação escrita à outra parte (a “Parte Faltosa”) no momento ou a qualquer momento após a Parte Faltosa ter infringido uma obrigação material no âmbito deste Contrato e, no caso de a infração puder ser alvo de resolução, mediante a resolução no prazo de 30 dias a contar do dia após a receção da notificação escrita pela Parte Lesada.*

(...)

4- *Este Contrato será automaticamente e imediatamente rescindido sem qualquer direito a indemnização para qualquer Parte no caso do Prestador de Serviços e/ou do Gerente do Prestador de Serviços cometer(em) falta grave ou inadequada, tal como (...).*»

Nos termos do Artigo 810º, nº1, do Código Civil, «*As partes podem, porém, fixar por acordo o montante de indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.*»

A cláusula penal constitui, de um ponto de vista formal, uma simples promessa a cumprir mais tarde e, materialmente, uma medida sancionatória privatística, de cariz pecuniário e ao serviço do credor, com vista à tutela do interesse deste em obter o cumprimento da prestação a que tem direito.

A cláusula penal pode assumir duas modalidades ou tipos: a cláusula penal em sentido estrito, enquanto sanção compulsória e a cláusula penal enquanto como liquidação *forfaitaire* do dano, com a natureza de indemnização. A cada cláusula penal corresponde uma finalidade e de acordo com esta é que se determina o seu regime jurídico.

A questão da determinação da modalidade da cláusula penal acordada constitui um problema de interpretação negocial a dirimir, desde logo, nos termos do Artigo 236º, nos. 1 e 2, do Código Civil. Há que respeitar a intenção dos contraentes, sendo a qualificação da cláusula determinada pelo escopo concretamente prosseguido pelas partes ao estipulá-la.

A designação adotada pelas partes constitui um primeiro indício acerca da intenção prosseguida. “Em grande parte dos casos, todavia, é certo que esse escopo e, portanto, o sentido da cláusula só poderá determinar-se *comparando* o valor da soma estabelecida com o dos danos previsíveis: mostrando-se aquela *adequada* à reparação destes, tendo em conta as particularidades do caso concreto e os interesses em jogo, ela valerá como liquidação antecipada do dano; se, ao invés, essa soma exceder o valor *máximo* dos danos que era razoável prever, isso indicará uma função compulsória, pelo que se tratará de uma cláusula penal propriamente dita ou em sentido estrito” - pinto monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, 1990, p. 642.

A cláusula penal tem por fundamento a prática de um *facto ilícito* pelo devedor. Conforme refere Nuno Pinto Oliveira, *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, 2008, p. 73, «A cláusula penal concretiza-se na convenção por que se atribui ao credor a faculdade de exigir uma prestação (em regra, uma quantia em dinheiro) para o caso de o devedor *não cumprir* o contrato, ou de o *não cumprir perfeitamente*.»

Constitui realidade diversa, e sem consagração expressa no Código Civil, a denominada cláusula penitencial, cláusula de resgate ou multa penitencial, a qual «consiste na convenção por que se atribuir ao devedor a faculdade de realizar uma prestação diferente da devida (em regra, a faculdade de realizar uma prestação em dinheiro), arrependendo-se, desistindo ou desvinculando-se do contrato» - Nuno Pinto Oliveira, *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, 2008, p. 75.

«Existindo uma cláusula penal, o direito do credor (ou promissário) dependerá de um *facto ilícito*, de um facto contrário ao devedor, do promitente (ou devedor).

(...)

As cláusulas penitenciais e o sinal penitencial, esses, não se destinam nem a compelir o devedor/promitente ao cumprimento, nem a determinar a indemnização devida ao credor/promissário no caso de não cumprimento: e, por isso, o funcionamento da cláusula penitencial, ou cláusula de resgate, e do sinal penitencial não pressupõem *nunca* um facto ilícito, não pressupõe nunca um facto contrário a um dever jurídico, pressupõe sempre um facto *lícito*; não pressupõe nunca o *não cumprimento*, pressupõe sempre uma *dação em cumprimento*.

Se o contraente a quem é concedido um direito ao arrependimento ou um direito de desistência o exerce, e o exerce *eficazmente*, faz uma dação em cumprimento; se faz uma dação em cumprimento, o dever de prestar extingue-se (art. 837º); e não pode haver cumprimento de um dever de prestar extinto» - Nuno Pinto Oliveira, *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, 2008, pp. 86-87. Na síntese do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.1.2021, *Catarina Serra*, 3443/18:

«É, com efeito, possível, as partes (ou alguma das partes) reservarem para si a faculdade de se desvincularem livremente do contrato mediante o pagamento de uma determinada soma. Sempre que tal ocorra - explica António Pinto Monteiro - “[d]eixará de poder exigir-se o cumprimento do contrato, dada a faculdade de arrependimento, que nele se convencionou”^[25].

Trata-se de uma cláusula de resgate ou multa penitencial, em que se dispõe sobre os efeitos da desistência (lícita), e não de uma cláusula penal, em que se dispõe sobre os efeitos do não cumprimento (ilícito).

A diferença entre a cláusula de resgate e a cláusula penal é fácil de entender. Parafraseando Nuno Manuel Pinto Oliveira: enquanto a cláusula penal “*não dá nunca aos contraentes a faculdade jurídica de se desvincularem do contrato e, por isso, de deixarem licitamente de cumprir*”, a multa penitencial “*dá-lhes sempre a faculdade jurídica de se desvincularem*”^[26].»

A cláusula 9ª integra uma genuína cláusula penitencial, cláusula de resgate ou multa penitencial e não uma cláusula penal. Com efeito, o pressuposto de aplicação de tal cláusula não assenta num ato ilícito de uma das partes, num incumprimento contratual. O incumprimento contratual está previsto e regulamentado na Cláusula 8ª, pontos 2 e 4, aí se estipulando as condições em que o contrato pode ser resolvido com fundamento em incumprimento contratual pela contraparte. Por sua vez, o ponto 1 da Cláusula 8ª prevê a rescisão por mútuo acordo escrito.

O que a Cláusula 9ª prevê é a possibilidade de o cliente se desvincular unilateralmente do contrato, sem que tenha de fundamentar tal conduta em violação contratual da contraparte, desde que com uma antecedência de noventa dias (cf. Cláusula 8ª, ponto 1), ficando tal desvinculação condicionada ao pagamento de um valor composto de duas partes, sendo uma fixa e outra variável em função do período de vigência do contrato. Estão, pois, reunidos os requisitos constitutivos da cláusula penitencial.

Conforme se refere em *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, 2018, p. 1165:

«Este tipo de estipulação – com natureza afim, mas distinta da cláusula penal – pode ser autorizado no exercício da autonomia privada. Procura-se, por esta via, conjugar, *por um lado*, o princípio da estabilidade – donde resultaria a necessidade de cumprir o contrato até ao seu termo (cf. artigo 406º, nº1) – e, *por outro lado*, a faculdade de «arrependimento» e de desvinculação unilateral. Tendo presente que, nestes caso, a cessação do contrato não é antecedida de inadimplemento pelo devedor, é frequente que a contrapartida devida pela parte que pretenda antecipadamente desvincular-se do contrato seja, em grande medida, onerosa. Com efeito, o desiderato destas cláusulas é precisamente dificultar a cessação antecipada do contrato e independentemente de um incumprimento contratual.

Sem prejuízo do exposto, justifica-se aplicar o regime jurídico previsto para a cláusula penal em matéria de configuração, conteúdo e limites de admissibilidade, tendo presente que ambas as figuras comungam das mesmas funções e têm uma natureza consensual. Evidencia-se, pois, uma afinidade substancial entre os dois tipos de cláusula (a cláusula penal e a denominada cláusula «penitencial»).»

Fazendo o ponto da situação, temos que a cláusula 9ª do contrato integra uma cláusula penitencial ou multa penitencial, sendo incorreta a sua qualificação como cláusula penal, adotada pelo tribunal *a quo* e pelas partes.

Neste pressuposto, não tem pertinência a invocação feita pela apelante do regime do Artigo 811º, nº3, do Código Civil.

Questão diversa é a da admissibilidade da redução da cláusula penitencial, por aplicação analógica ou interpretação extensiva do Artigo 812º do Código Civil. Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, p. 309, nota 550, afirma que enquanto «preço da desistência do contrato que facultam ao devedor (...), a multa penitencial e o sinal penitencial não devem poder ser reduzidos nos termos da cláusula penal.»

Em sentido oposto, no *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, 2018, p. 1176, defende-se que:

«A redução da cláusula penal pode operar relativamente a qualquer espécie ou figurino de cláusula penal (...)

Por outro lado, é igualmente defensável a aplicação, «por interpretação extensiva ou por analogia - a outras figuras ou cláusulas com idêntica finalidade» - vd. Pinto Monteiro, 1990:209 e 730.

Por conseguinte, deve admitir-se o controlo judicial, com base no artigo 812º, designadamente, das cláusulas penitenciais sempre que estas se caracterizem por um conteúdo manifestamente ofensivo de princípios vetores de Direitos dos Contratos, entre os quais, o princípio da proporcionalidade.»

Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, pp. 209-210, analisa a questão nestes termos:

«O art. 812º surge, pois, como norma de controlo, como norma destinada a permitir uma *fiscalização judicial* de penas convencionais cujo exercício, na circunstância concreta, se revele *abusivo*. A sua *ratio* permite, todavia, estendê-lo - por interpretação extensiva ou por analogia - a outras figuras ou cláusulas com idêntica finalidade, mormente tratando-se de sanções de índole compulsória. Os termos por que o art. 812º foi formulado mostram que esta norma encerra *virtualidades* que o intérprete não deve desperdiçar.

Não parece, a esta luz, que a referida norma seja, para este efeito, um preceito verdadeiramente excecional. O art. 812º está conforme a inúmeros outros princípios, acolhidos pelo Código Civil, que *relativizam* a liberdade contratual. Haja em vista, entre outros, o princípio de que a alteração anormal das circunstâncias pode conduzir à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade (art. 437º); o princípio de que as partes, tanto nos preliminares como na formação do contrato, bem como no cumprimento da obrigação, devem proceder segundo a boa fé (arts. 227º e 762º, nº2); e, sobretudo, o princípio de que é ilegítimo o exercício abusivo de um direito (art. 334º).

Tendo em conta estes e outros princípios, reveladores do sopro *ético-jurídico* que o legislador insuflou no Código Civil, com base nos quais deve aferir-se o comportamento e a atuação dos contraentes, é razoável concluir, parece-nos, que o art. 812º é *expressão* de um *princípio* mais vasto, conforme aos postulados do direito contemporâneo, destinado a impedir *abusos* ao nível do exercício de sanções compulsórias.»

Mais à frente (p. 730), o mesmo autor retoma o raciocínio nestes termos:

«Como anteriormente dissemos, trata-se de um preceito que é de aplicar a *todas as espécies de penas convencionais*, e não só à que o Código expressamente prevê, no art. 810º, nº1. Haja a pena sido estipulada a título indemnizatório ou como sanção compulsória, ela será abrangida pelo poder conferido ao juiz, nos termos do art. 812º. Assim como entendemos que esta

norma é igualmente aplicável, ainda que indiretamente ou por analogia, ao sinal e a outras figuras afins ou similares, sem pôr de parte certo tipo de sanções no âmbito associativo e do foro laboral. E isto, porque nos parece que o art. 812º encerra um *princípio de alcance geral*, destinado a corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação das consequências do não cumprimento das obrigações.»

Nuno Pinto de Oliveira dissente da posição de Pinto Monteiro, formulando as seguintes críticas. Em primeiro lugar, sustenta que «a aplicação por analogia do art. 812º ao sinal penitencial conflituaria com o princípio da autonomia privada, devolvendo ao juiz a faculdade de controlar a justiça de um preço de arrependimento ou de desistência» (*Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, 2008, p. 260). Em segundo lugar, advoga que o «controlo judicial da relação de valor entre a prestação e a contraprestação constitui uma restrição desproporcionada ou excessiva de direitos fundamentais [direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à iniciativa económica privada] (p. 260). Em terceiro lugar, afirma que:

«A aplicação por analogia do art. 812º do Código Civil ao sinal penitencial constituiria o juiz no dever de controlar o conteúdo de um contrato autónoma e responsabilmente conformado, reduzindo um sinal penitencial desproporcionado ou excessivo e, por isso (alegadamente) injusto, para proteger o direito potestativo de o devedor, de o promitente, se desvincular (licitamente).

O devedor/promitente poderá querer desvincular-se do contrato por duas razões: por causa de uma alteração das circunstâncias ou por causa de uma proposta alternativa de conclusão de contrato em condições mais favoráveis. O primeiro grupo de casos, de alteração das circunstâncias, deverá resolver-se por aplicação do art. 437º, pelo que o problema da redução do sinal há de relacionar-se, essencial ou exclusivamente, com o segundo grupo de casos. O juiz deverá proteger o direito do devedor de se desvincular do contrato antigo, *menos favorável*, para se vincular a um contrato novo, *mais favorável*? Deverá proteger o direito do devedor de atuar de uma forma oportunista? Deverá fazer baixar o *custo* ou o *preço* da conduta de um devedor que quer desvincular-se do contrato – e, conseqüentemente, deverá fazer aumentar os seus *lucros*?

A resposta *deverá ser* – em definitivo, *terá de ser* – uma resposta *negativa*» (pp. 261-262).

Salvo o devido respeito, as críticas formuladas não se mostram decisivas. O princípio da liberdade contratual/autonomia privada, por si só, não permite uma distribuição justa e equitativa dos bens. Conforme afirma Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Almedina, 2016, pp. 19-20:

«O princípio da autonomia privada constitui um dos pilares do sistema económico e social vigente, hoje pouco contestado, e qualquer limitação a este princípio tem de ser analisado tendo em conta a circunstância de se tratar de uma base desse sistema. Isto não significa que não possam existir limites, até porque esses limites são, em muitos casos, o resultado de uma necessidade do próprio sistema económico e social.»

O princípio da autonomia privada não pode ser sacralizado nem absolutizado, contendo limites que se ancoram – em última instância – no princípio constitucional da proporcionalidade (Artigo 18º, nº3, da Constituição), contemplando a lei comum diversos institutos que visam atalhar o exercício desequilibrado do princípio da autonomia privada, designadamente a alteração das circunstâncias e o abuso de direito. Nesta linha de raciocínio, afirma Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo I*, 1999, p. 213: «Deve ainda assinalar-se que as injustiças prevenidas pelo instituto do abuso de direito são usadas, pelos Tribunais – e bem – para reforçar soluções já obtidas com base noutros institutos. Sirva de exemplo a redução equitativa da cláusula penal, permitida pelo artigo 812º e que, além disso, seria inculcada pelo artigo 334º.»

Ou seja, o regime do artigo 812º constitui o exemplo acabado de um instituto que visa corrigir situações de desequilíbrio na sequência do exercício da autonomia privada.

Deste modo, a posição protagonizada por Pinto Monteiro merece a nossa adesão. Conforme refere este autor, em última análise, «(...) destinando-se o sinal penitencial [a cláusula penitencial] a permitir a retratação, uma atitude contrária à sua redutibilidade, no caso de ele se vir a revelar manifestamente excessivo, poderia levar a que a retratação, na prática, não funcionasse, frustrando-se, assim, a finalidade visada pelos contraentes ao constituírem o sinal [a cláusula penitencial] (*Op. Cit.*, p. 221).

Assente a aplicabilidade, por analogia, do Artigo 812º do Código Civil à cláusula penitencial em apreço, há que aquilatar os termos da respetiva redução.

No que tange aos critérios que presidem a essa redução, «Entre os índices que devem ser ponderados pelo julgador, na tarefa de redução equitativa da cláusula penal, pode referir-se, designadamente: (i) a gravidade do incumprimento; (ii) o interesse das partes; (iii) as vantagens que, para o devedor, resultam do incumprimento; (iv) o interesse do credor na prestação; (v) o prejuízo efetivo do credor; (vi) a situação económica de ambas as partes; (vii) a boa ou má-fé das partes; (viii) a natureza e a finalidade do contrato; (ix) as circunstâncias em que foi negociado; (x) a finalidade prosseguida com a estipulação da cláusula penal (...)» - *Comentário ao Código Civil, Direito das*

Obrigações, Das Obrigações em Geral, Universidade Católica Editora, 2018, p. 1174. O valor do excesso tem de ser apurado à luz do momento do cumprimento do clausulado, impondo uma valoração *ex post* direcionada a esclarecer os efeitos da convenção na situação particular em que será aplicada - *Op. Cit.*, p. 1174.

No caso em apreço, resulta da cláusula 9ª que o valor da cláusula penitencial é de € 198.750, assim calculado: $19 \times € 9.000 = € 171.000 + 27.750$ (€ 9.000: 12 = € 750 x 37 meses de contrato).

Como parâmetros factuais provados e relevantes temos que:

- O contrato teve a duração de 37 meses;
- O valor mensal pago pela Ré à Autora foi de € 9.000;
- Pelo que o valor global pago foi de € 333.000;
- A autora ficou, após a cessação do contrato, três meses sem obter receitas;
- O contrato foi redigido pelos serviços jurídicos da ré.

Considerando que os factos provados sob 10 e 11 foram revertidos para não provados, não releva especificamente a finalidade das partes, ao outorgarem a cláusula 9ª, como sendo a de transferir um crédito de JCS para a sociedade deste.

Tendo em conta o reduzido período de execução do contrato (37 meses), o valor de € 198.750 representa 59,68% do valor pago pelo cumprimento regular do contrato durante a sua vigência de 37 meses (€ 333.000). Assim, reputamos manifestamente excessivo e desproporcional um preço de desvinculação de um contrato, após 37 meses de execução, em que a multa penitencial corresponde a 59,68% do valor do contrato executado. Se o contrato tivesse durado o dobro (74 meses), o valor da cláusula 9ª seria de € 226.500 (mais € 27.750 do que ao fim de 37 meses), correspondendo a 34% do valor do contrato executado em 74 meses (€ 666.000).

Nesta medida, cremos que o preço da desvinculação da Ré não será manifestamente excessivo se reduzido a € 125.000, correspondendo a 37,53% do valor contratual executado (€ 333.000), exercendo ainda a sua função precípua de multa penitencial. Na prática, este valor significa que a cláusula penitencial equivale a mais de um ano de execução de um contrato que vigorou durante três anos e um mês.

Feita esta redução equitativa da cláusula penitencial, deixa de fazer qualquer sentido a invocação do instituto do abuso de direito, ficando sanada a situação.

Conforme se refere em António Menezes Cordeiro (coord.), *Código Civil Comentado, II - Das Obrigações em Geral*, CIDP, Almedina, 2021, pp.

1069-1070, «O exercício abusivo de uma cláusula penal, mormente por desequilíbrio no exercício distingue-se da sua sujeição ao 812º/1. O exercício abusivo é mais grave, entrando em conflito com a boa-fé e os dados básicos do

sistema. Já a redução equitativa tem a ver com uma correção a introduzir num contrato livremente celebrado e que, em princípio, deve ser respeitado.» A fundamentação autónoma da condenação em custas só se tornará necessária se existir controvérsia no processo a esse propósito (cf. art. 154º, nº1, do Código de Processo Civil; Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs. 303/2010, de 14.7.2010, *Vítor Gomes*, e 708/2013, de 15.10.2013, *Maria João Antunes*).

DECISÃO

Pelo exposto, acorda-se em julgar parcialmente procedente a apelação e, em consequência, reduz-se a condenação da Ré a pagar à autora para o valor de € 125.000, acrescida de juros de mora, vencidos e vincendos, contados desde a citação até efetivo e integral pagamento.

Custas pela apelante pela apelada, na vertente de custas de parte, na proporção de 62, 89% e 37,11%, respetivamente (Artigos 527º, nºs 1 e 2, 607º, nº6 e 663º, nº2, do Código de Processo Civil).

Lisboa, 21.12.2021

Luís Filipe Sousa

José Capacete

Carlos Oliveira

[1] Abrantes Geraldês, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 5ª ed., 2018, p. 115.

[2] Abrantes Geraldês, *Op. Cit.*, p. 119.

Neste sentido, cf. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9.4.2015, *Silva Miguel*, 353/13, de 10.12.2015, *Melo Lima*, 677/12, de 7.7.2016, *Gonçalves Rocha*, 156/12, de 17.11.2016, *Ana Luísa Geraldês*, 861/13, de 22.2.2017, *Ribeiro Cardoso*, 1519/15, de 25.10.2018, *Hélder Almeida*, 3788/14, de 18.3.2021, *Oliveira Abreu*, 214/18. O tribunal de recurso não pode conhecer de questões novas sob pena de violação do contraditório e do direito de defesa da parte contrária (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2014, *Fonseca Ramos*, 971/12).