

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A DEGRADAÇÃO DO PROPÓSITO DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS
PARITÁRIOS: ESTUDO HISTÓRICO-COMPARATIVO

Angela Cristina Viero

Porto Alegre
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A DEGRADAÇÃO DO PROPÓSITO DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS
PARITÁRIOS: ESTUDO HISTÓRICO-COMPARATIVO

Tese apresentada como requisito final para
obtenção do grau de Doutor em Direito.

Doutoranda Angela Cristina Viero
Orientador Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha
Coorientador Prof. Dr. Riccardo Cardilli

Porto Alegre
2015

*Dedico esta tese à minha amada mãe,
Emilia, e à memória de Attilio Domenico
Viero, Carlos Adolpho Maia Menna
Barreto e Ney da Gama Ahrends.*

AGRADECIMENTOS

Ao refletir sobre o percurso trilhado ao longo dos últimos quatro anos, posso assegurar que a conclusão deste doutorado e a elaboração desta tese não teriam sido possíveis sem as contribuições e o estímulo que recebi durante este período. Àqueles que me acompanharam nesta empreitada, gostaria de dedicar algumas linhas, consciente, porém, de que minhas palavras jamais serão suficientes para expressar o meu profundo sentimento de gratidão.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu Orientador, Professor Doutor Carlos Silveira Noronha, e ao meu Coorientador Professor Doutor Riccardo Cardilli, da *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, por terem me acolhido como orientanda e pela confiança incondicional que em mim depositaram.

Ao meu Coorientador, sou extremamente grata, ainda, pela atenção e pelas orientações firmes, precisas e valiosas, principalmente nos momentos de dificuldade.

Ao caríssimo Professor Doutor Sandro Schipani, da *Università degli Studi di Roma La Sapienza*, minha eterna gratidão pelos ensinamentos transmitidos, especialmente sobre o valor da pesquisa acadêmica e pela habitual receptividade.

Agradeço ao Professor Doutor Sérgio José Porto pelo incentivo a ingressar no doutorado e por ter me apresentado ao meu Orientador.

Aos Professores Doutores Fabiano Menke, Gerson Luiz Carlos Branco e Luis Renato Ferreira da Silva, que me acompanharam durante o Estágio Docente, agradeço pela paciência e disponibilidade, sempre reveladas.

Sou grata aos Professores Doutores César Viterbo Matos Santolim, Ricardo Lupion, Gerson Luiz Carlos Branco e Karime Costalunga, pelas preciosas críticas tecidas por ocasião da Banca de Qualificação.

Ao Professor Doutor Alfredo de Jesus Dal Molin Flores, a quem muito devo pelo apoio constante e pelas oportunidades, muitíssimo obrigada.

Agradeço ao Professor Doutor António Joaquim de Matos Pinto Monteiro, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela generosa acolhida e valiosa interlocução.

Aos Professores Doutores Antonio Saccoccio, da *Università degli Studi di Brescia*, Enrico Gabrielli e David Esborraz, da *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, pela disponibilidade irrestrita, estímulo, amizade e interlocução.

Agradeço à Professora Doutora Roberta Drehmer de Miranda pela receptividade e pelo profícuo diálogo.

Aos funcionários da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Rosmari de Azevedo, Denise Dias de Souza e Anderson de Lima Kovalsky meu sincero agradecimento pela presteza, dedicação e paciência.

Agradeço às funcionárias da Secretaria do Doutorado da Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*, Valeria Boscolo e Maria Letizia Carpentieri, pela constante atenção e amizade.

À Silvia Tersigni, da Biblioteca do Departamento de História e Teoria do Direito da Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*, minha gratidão pela dedicação e auxílio na pesquisa bibliográfica.

Agradeço ao meu amado pai, Angelo Alberto, pelo amor incondicional e pelo apoio permanente às minhas escolhas.

À minha mãe, Emilia, muito obrigada por estar sempre ao meu lado.

Gratidão à minha irmã, Ana Cláudia, e ao meu cunhado Fernando, presentes em todos os momentos da minha vida.

Aos meus amados sobrinhos Lucas e Luiza, ao meu afilhado Murilo e sua irmãzinha Helena, muito obrigada pelo amor e alegria que me proporcionam.

Ao caríssimo Doutor Neiss Félix Santin, gratidão pelo apoio generoso, competente e amigo.

Meu agradecimento aos queridos amigos Ariadne Scaf Resing, Ricardo Pacheco Machado, Fábio Maciel Ferreira, Luciana Sanz de Oliveira e Silva, Letícia Fleck, Elisabeth Cruz, Diovana dos Santos, Liliana Urrutia, Antonio Vitale, Meire Magalhães, Ada Beatriz Gallicchio Kroef, Gisele Soares Gallicchio e Françoise Stoffel pela amizade sincera, pelo estímulo e companheirismo.

Ao amigo Marco de Curtis, agradeço pela paciente e generosa colaboração na revisão dos textos.

Aos colegas de doutorado Débora Grivot, da UFRGS, Solange Guida, Manuel Grasso e Luciana Rodrigues, da *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, agradeço pelos momentos compartilhados, discussões jurídicas, trocas de bibliografia, e, sobretudo, pela amizade.

Agradeço aos meus tios, primos e amigos, pela compreensão em minhas ausências.

Por fim, gratidão a Deus por ter-me concedido a dádiva da vida, por ter me presenteado com uma família amorosa, e por sempre colocar no meu caminho pessoas maravilhosas e admiráveis que fazem a diferença no mundo.

RESUMO

Esta tese se propõe a demonstrar, através do método histórico-comparativo, a degradação da cláusula penal enquanto instrumento de reforço das obrigações contratuais, no âmbito dos contratos paritários. Ancestral da cláusula penal, a *stipulatio poenae* do direito romano tinha por propósito fundamental reforçar o adimplemento de uma obrigação. Com o decurso do tempo, porém, tal escopo foi relativizado, como se depreende da comparação entre os sistemas de *common law* — que veda a cláusula penal — e de tradição civilista — que a admite. Atualmente, nos países da denominada família romano-germânica, a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social produziu diversas consequências no Direito Privado, entre elas a superação da intangibilidade das convenções privadas. Ao juiz é atribuído o poder-dever de restaurar, com base em equidade, o equilíbrio econômico do contrato e conformá-lo aos princípios da boa-fé e da função social. Com esta visão é que a intervenção judicial tem operado no campo das penas convencionais para reduzir o montante da pena manifestamente excessiva em relação à obrigação por ela reforçada. Verifica-se também, a teor de regras dos Códigos Civis italiano e brasileiro, que se o prejuízo causado pelo inadimplemento ou adimplemento inexato da obrigação superar o valor estipulado na cláusula penal, o credor só poderá exigir indenização pelo dano excedente se houver pacto expreso neste sentido. Evidencia-se, portanto, a degradação da finalidade de reforço ínsita à cláusula penal e o tratamento desigual para partes contratantes iguais. Primeiro porque não há previsão de aumento da cláusula penal irrisória; e, segundo, em virtude da possibilidade de a cláusula penal operar como cláusula de limitação do dever de indenizar. Nos moldes das referidas disciplinas italiana e brasileira a intervenção judicial nos domínios da autonomia privada é admitida somente em benefício do devedor, contrastando com o regime do instituto na França e na Alemanha.

Palavras-chave: Cláusula penal. Perspectiva histórico-comparativa. Reforço das obrigações contratuais. Degradação. Tratamento desigual para partes contratantes iguais.

SOMMARIO

Questa tesi si propone di dimostrare, tramite il metodo storico-comparativo, la degradazione della clausola penale quale strumento di rafforzamento delle obbligazioni contrattuali nell'ambito dei contratti paritari. Ancestrale della clausola penale, la *stipulatio poenae* del diritto romano aveva il proposito fondamentale di rafforzare l'adempimento di una obbligazione. Nel corso del tempo però tale scopo è stato relativizzato, come si deduce dalla comparazione tra il sistema di *common law* — che vieta la clausola penale — e quello di tradizione civilistica — che l'ammette. Attualmente, nei paesi della cosiddetta famiglia di diritto romano-germanico il cambiamento di paradigma dallo Stato Liberale allo Stato Sociale ha prodotto varie conseguenze in materia di Diritto Privato, tra le quali il superamento dell'intangibilità delle convenzioni private. Al giudice viene attribuito il potere-dovere di restaurare, in base all'equità, l'equilibrio economico del contratto e di conformarlo ai principi di buona fede e della funzione sociale. Con questa visione è che l'intervento giudiziale opera nel campo delle pene convenzionali per ridurre la penale manifestamente eccessiva riguardo all'obbligazione da quella rafforzata. Emerge anche dalle regole dei Codici Civili italiano e brasiliano che se il danno da inadempimento o da adempimento inesatto dell'obbligazione supera l'ammontare stabilito nella clausola penale, il creditore potrà esigere il risarcimento del danno eccedente soltanto in presenza di un'espreso patto in questo senso. Evidenziasi, dunque, la degradazione della finalità di rafforzamento propria della clausola penale e, inoltre, il trattamento disuguale alle parti contraenti uguali. Innanzitutto perchè non esiste previsione normativa che consenta l'aumento della clausola penale irrisoria; poi, in virtù della possibilità che la clausola penale operi come clausola di limitazione del dovere di risarcimento. Nella cornice delle suddette discipline italiana e brasiliana, l'intervento giudiziale nei domini dell'autonomia privata è ammesso unicamente in beneficio del debitore, in contrasto con il regime dell'istituto in Francia e in Germania.

Parole-chiave: Clausola penale. Metodo storico-comparativo. Rafforzamento delle obbligazioni contrattuali. Degradazione. Trattamento disuguale alle parti contraenti uguali.

ABSTRACT

The present thesis aims to demonstrate, through the historical-comparative method, the degradation of penalty clauses as an instrument to reinforce contractual obligations, in the field of paritary contracts. Ancestor to the penalty clause, the roman's law *stipulatio poenae* had the fundamental purpose of reinforcing the execution of an obligation. Notwithstanding as time gone by this scope has been relativised, as one can deduce through comparison of the systems of common law — which forbid penalty clause— and those of civilian tradition— that enables it. Presently, in the extent of the countries of the so called romanistic-germanic family, the change of the liberal State paradigm to the social State has produced several consequences in the Private Law, among them the superation of intangibility of the private conventions. To the judge is ensured the power-duty of restauring, based on equity, the contract economic balance and shape it to the principles of objective good faith and social function. Such approach has been guiding the judicial intervention in the field of conventional penalties in order to reduce the amount of the penalty unreasonable excessive referring the reinforced obligation. Also is observed through the rules of the italian and brazilian Civil Codes that if the damage caused by non-execution or inexact execution of the obligation comes to superate the amount stipulated on the penalty clause, the creditor will be authorized only to demand the indemnity for the excessive damage in case of existing express agreement in this sense. It is evident therefore, the degradation of the inferred reinforcing purpose of penalty clauses and also the unequal treatment for equal contracting parts. Firstly, because there is not a legal forecast to increase a penalty clause of insignificant amount; and, secondly, due the possibility of the penalty clause acts as a limitation clause of indemnity obligation. As the models of referred italian and brazilian disciplines are concerned, the judicial intervention in the domain of the private autonomy is only allowed in benefit of the debtor, contrasting to the regime of this institut in France and Germany.

Key-words: Penalty clause. Historical-comparative perspective. Reinforcement of contractual obligations. Degradation. Unequal treatment for equal contracting parts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
I. A CLÁUSULA PENAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA	21
1.1 Síntese panorâmica da evolução da obrigação romana e a relação entre as ideias de pena e ressarcimento de danos: da origem da <i>obligatio</i> à <i>stipulatio</i>	21
1.1.1 Natureza arcaica da <i>obligatio</i> : vínculo de garantia de natureza material e pessoal e a pena como preço de resgate	21
1.1.2 A <i>sponsio</i> : <i>obligatio</i> como vínculo jurídico (potencial) e a dúplice função prática da <i>poena</i>	27
1.1.3 A <i>obligatio ex contractu</i> e a sua representante mais ilustre: a <i>stipulatio</i>	34
1.2 A <i>stipulatio poenae</i>	45
1.2.1 Finalidade e estrutura	45
1.2.2 Exigibilidade da pena (<i>commissio poenae</i>)	50
1.2.3 Regime jurídico de responsabilidade: controvérsia doutrinária	58
1.2.4 Objeto e fixação do <i>quantum</i> da pena	66
1.3. A canonística medieval	75
1.3.1 O retorno da função punitiva da cláusula penal e os esforços para combatê-la como instrumento para camuflar a usura.....	75
1.3.2 A doutrina do interesse (<i>id quod interest</i>): concepção ressarcitória da cláusula penal	78
1.3.3 Ampliação do âmbito de aplicação e consolidação da doutrina do interesse.....	81
II. A CLÁUSULA PENAL NO DIREITO COMPARADO	83
2.1 O sistema de <i>common law</i>: distinção entre <i>penalties</i> e <i>liquidated damages</i>	83
2.1.1 Origem e evolução histórica	84
2.1.2 Sistema atual.....	92
2.1.3 Críticas ao sistema da <i>common law</i> em matéria de <i>liquidated damages</i> e <i>penalty doctrine</i>	99
2.2 O sistema de tradição civilista	101

2.2.1 Elementos comuns da cláusula penal nos países do sistema romano-germânico.	101
2.2.1.1 Modalidades de cláusula penal: compensatória e moratória.....	101
2.2.2 Controvérsia doutrinária acerca da(s) função(ões) da cláusula penal: dificuldades na individualização de uma função típica.....	102
2.2.2.1 Função punitiva (aflictiva) ou sancionatória	102
2.2.2.2 Função ressarcitória ou indenizatória (apenas eventualmente sancionatória)..	104
2.2.2.3 Doutrina da natureza híbrida ou mista.....	105
2.2.2.4 Função sancionatória com estrutura obrigacional	106
2.2.2.5 A tese da multiplicidade de funções	121
2.3. As codificações europeias: França, Alemanha e Itália	123
2.3.1 O <i>Code Civil</i>	123
2.3.2 O <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	135
2.3.3 O <i>Codice Civile italiano del 1942</i>	143
III - O MODELO BRASILEIRO: DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS AO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	153
3.1 O legado das Ordenações Filipinas e a Consolidação das leis civis.....	153
3.2 O Esboço do Código Civil.....	156
3.3 O Código Civil de 1916.....	161
3.4. O Código Civil de 2002.....	164
3.4.1 Alteração judicial equitativa do montante da pena.....	165
3.4.2 O efeito de limitação da indenização à pena pactuada na ausência de convenção expressa para ressarcimento do dano excedente.....	173
CONSIDERAÇÕES FINAIS	183
REFERÊNCIAS	187

INTRODUÇÃO

Esta tese se propõe a demonstrar, a partir de uma perspectiva histórica e comparativa, a degradação do propósito primordial da cláusula penal de reforço das obrigações contratuais. O estudo restringe-se ao âmbito dos contratos paritários ou “entre iguais”¹, regidos pelas normas gerais do direito das obrigações previstas em Códigos Civis. Ademais, referimo-nos aos contratos cujas cláusulas podem ser efetivamente negociadas. Estão, portanto, excluídos do campo de abrangência desta tese as relações de consumo e os contratos de adesão.

A escolha do tema foi fruto de uma sucessão de acontecimentos que passaremos a narrar. De 2004 a 2006, cursamos o Mestrado em *Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto e Diritto dell’Integrazione: esperienza europea e latinoamericana a confronto (con particolare riferimento all’unificazione del diritto dei contratti)*, na Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. O método de investigação científica propugnado no Curso era o histórico-comparativo, destinado à reconstrução diacrônica dos institutos (finalidade cognitiva) e à individuação do direito comum atual, ou seja, a multiplicidade de princípios, regras e conceitos que consentem ao jurista do sistema romano-germânico evitar, na elaboração de projetos de unificação sub-regional do direito, uma discrasia entre o direito civil comum atual e o direito civil supranacional futuro. As dissertações de mestrado tiveram como ponto de partida o estudo das fontes romanas relativas a específicos institutos de direito contratual, passando pelas sucessivas fases de desenvolvimento, do período medieval ao direito moderno europeu e latino-americano, incluindo os projetos sobre a unificação do direito contratual na Europa. Ao final das dissertações, cada estudante elaborou um articulado normativo sobre o tema desenvolvido, com referências às fontes de sustentação (romanas, medievais e modernas), seguidas de comentário doutrinário. Criava-se, assim, um interessante diálogo doutrinário sobre a vigência e a efetividade de um direito supranacional, e, portanto, sobre a atualidade do direito romano comum, envolvendo a Europa e a América Latina. A tradição jurídica comum de ambos os subsistemas que constitui a base de desenvolvimento dos respectivos ordenamentos jurídicos, possibilita identificar os pontos salientes da experiência do sistema do direito romano na

¹ Conforme MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação de antinomias pelo “diálogo das Fontes”. In: *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergências e Assimetrias*, PFEIFFER, Roberto A. C; PASQUALOTTO, Adalberto (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22: “Já o CC/2002 é um Código geral, um Código para os iguais, para relações entre iguais, civis e empresariais, puras.”

Europa, as suas sínteses e conclusões, propiciando a circulação em experiências extraeuropeias dos projetos de unificação atualmente em curso naquela Região.

Ao final do Mestrado, fomos convidados pelo Coordenador do Curso à época, Professor Doutor Sandro Schipani, a apresentar proposta de projeto de pesquisa pelo *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani-CSGLA* do departamento do *Istituto di Studi Giuridici Internazionali-ISGI* ao *Consiglio Nazionale delle Ricerche-CNR*. Aprovada a proposta, o projeto foi executado no período de 2008 a 2009. A atividade desenvolvida consistiu em reunir e sistematizar (conforme a estrutura do Código Civil italiano de 1942) em um *corpus* único², na forma de código (porém disposto em colunas para facilitar a comparação entre artigos), os articulados normativos elaborados nas dissertações de mestrado — incluindo aquelas de anos anteriores. Criou-se, também, um modelo uniforme a ser seguido posteriormente, formatado nos moldes do *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado* de Clóvis Bevilácqua. O projeto resultou na unificação do material de base para debates por um grupo de trabalho composto por juristas latino-americanos e europeus, denominado *Grupo para a Harmonização do Direito Privado Latino-americano*, constituído em 2008, na cidade Argentina de Rosário. Este Grupo reuniu-se, posteriormente, em diversos congressos, denominados Reuniões de Trabalho. O objetivo final deste macroprojeto é que o resultado dos trabalhos possa culminar na elaboração de um anteprojeto de Código-Modelo das Obrigações e dos Contratos para a América Latina.

Durante a execução daquele projeto, chamou-nos a atenção a disciplina da cláusula penal que inserimos naquele *corpus* único. Ela diferenciava-se — em alguns aspectos que consideramos de extrema relevância — dos regimes jurídicos da cláusula penal que então conhecíamos, dos Códigos Civis italiano de 1942 e brasileiros de 1916 e de 2002. Além disto, o exercício da advocacia e os constantes diálogos com colegas da área jurídica, principalmente após a entrada em vigor do “novo” Código Civil brasileiro, em 2003 — que trouxe duas inovações substanciais importantíssimas em tema de cláusula penal —, já nos haviam inquietado sobre a efetividade do instituto como instrumento que deve servir para reforçar o cumprimento dos contratos e dotar os negócios de maior confiabilidade e segurança jurídica, eis que confere maior grau de previsibilidade aos rumos da relação, ou melhor, às

² O projeto foi subsidiado pelo *Consiglio Nazionale delle Ricerche* através de contributo que nos foi concedido no âmbito do programa *Progetto Giovani Ricercatori*.

consequências que poderão advir em caso de inadimplemento ou adimplemento inexato (defeituoso ou moroso) da obrigação.

A cláusula penal é um instituto do direito obrigacional de capital importância³, de vasta e corrente utilização prática, sobretudo nas obrigações de fonte negocial, eis que o contrato é o instrumento jurídico mais importante para a circulação de riquezas. Além disto, é notória a relativização do desígnio fundamental do instituto, que é o de reforçar o cumprimento das obrigações contratuais, deteriorando-se a sua natureza. Por tais razões consideramos oportuna uma reflexão crítica profunda sobre esta temática, precisamente no que se refere aos contratos paritários.

Diz o mestre Mario Bretonne⁴:

A relação com o passado é contínua. Os pensamentos dos mestres mais antigos encontram uma correspondência, uma espécie de eco, nos pensamentos das gerações sucessivas. As citações não são paralisantes, chegam quando é necessário, têm uma finalidade: elas confirmam uma solução ou tornam-na preferível no confronto das alternativas, ou deixam entrever o caminho percorrido para chegar ao ponto atual.

As palavras do romanista italiano referem-se à utilização, pelos juristas romanos, das lições herdadas dos seus antecessores, mas bem poderiam aludir aos estudiosos do direito na contemporaneidade. Nada mais verdadeiro do que lançar o olhar para o passado para compreender o presente e pensar o futuro.

Nesta esteira, ressalta Gilissen⁵:

³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 10. ed. reelaborada, Coimbra: Almedina, 2006, p. 786. O autor enfatiza a importância das convenções disciplinadoras da responsabilidade civil, gênero do qual a cláusula penal é por ele classificada como espécie: “Em todo o caso, deve-se reconhecer que as estipulações sobre responsabilidade são particularmente significativas e frequentes a respeito dos negócios jurídicos. Sobretudo nos contratos de grande vulto, não raro as partes inserem cláusulas que regulam em termos diversos dos resultantes da lei a responsabilidade produzida por uma sua eventual violação.”

⁴ “Il rapporto con il passato è continuo. I pensieri dei maestri più antichi trovano una rispondenza, una sorta di eco, in quelli delle generazioni successive. Le citazioni non sono paralizzanti, arrivano quando è necessario, hanno un loro fine: esse confermano una soluzione, o la rendono preferibile nel confronto delle alternative, o lasciano intravedere il cammino percorso per arrivare al punto attuale.” BRETONNE, Mario. *Storia del diritto romano*. 8. ed. Roma-Bari: Laterza, 2001, p. 310. *Apud* SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. Bari: Cacucci, 2001, p. 363, n. 76.

⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. Antonio Manuel Hespanha, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 14.

O direito de cada país não foi criado de um dia para o outro; não foi instituído; antes é a consequência de uma evolução secular. De uma evolução que não é, de resto, própria de cada país. Pois, se desde a época moderna o direito é, antes de mais, nacional ou, dito de outro modo, se actualmente cada Estado soberano tem o seu próprio sistema jurídico, nem sempre assim foi.

Apesar de a pesquisa que resultou nesta tese ter escopo diverso das dissertações de mestrado apresentadas no Curso que concluímos em 2006 — já que não pretendemos propor um articulado normativo unificador da disciplina da cláusula penal para quiçá integrar um futuro projeto de Código Modelo — a lição aprendida acerca da importância do método histórico-comparativo de investigação científica permaneceu. A pesquisa que utiliza tal método na sua consecução permite compreender a gênese das instituições jurídicas, estrutural e funcionalmente, a sua utilidade no contexto social das várias épocas, as vicissitudes, bem como os porquês, seja das diferenças que se foram eventualmente formando com o decorrer do tempo em espaços diversos, seja da continuidade de problemas e/ou soluções.

Logo, a presente pesquisa adotou como ponto de partida o direito romano, pelas seguintes razões: ele constitui a origem do pensamento jurídico ocidental, tido ainda hoje como uma das maiores criações da inteligência humana, principalmente no que concerne ao direito das obrigações — no qual se insere o direito contratual e, por conseguinte, a cláusula penal —, considerado o *capolavoro* dos juristas romanos; ademais, não seria possível compreender o raciocínio que culminará nas reflexões críticas conclusivas se não iniciássemos a abordagem do tema desde uma perspectiva histórica.

A fim de qualificar o trabalho, realizamos estágio doutoral, com duração de cinco meses — de março a agosto de 2014 —, no Programa de Doutorado da mesma Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, intitulado “Direito e Tutela: experiência contemporânea, comparação, Sistema Jurídico Romanístico”. Este Programa tem por objetivo promover, conectando diversos ângulos, a lógica da interdisciplinaridade entre direito substancial e técnica de tutela, a partir da comparação entre ordenamentos. Funda-se na mais ampla abertura à experiência jurídica contemporânea, tendo como referenciais o

método comparativo e um sistema jurídico específico vinculado ao direito romano⁶. A linha de pesquisa daquele Programa em que nos inserimos foi aquela denominada “Direito romano, sistema jurídico romanístico, comparação”. Seu escopo é conferir uma preparação aprofundada do direito romano e do seu papel como base do sistema jurídico romanístico na Europa, na América Latina, nos países Islâmicos e na China, promovendo e orientando pesquisas sobre o desenvolvimento dos princípios comuns no direito romano e na sucessiva compilação do Imperador Justiniano. O método e os instrumentos utilizados são aqueles das ciências histórico-jurídicas levando em conta outras experiências jurídicas. A ênfase desta linha de pesquisa é o confronto e o diálogo entre modelos, como, por exemplo, aqueles de diferentes países da União Europeia e de países latino-americanos, cujo estudo destina-se à compreensão das dinâmicas que governam a circulação de modelos normativos, sua gênese, afirmação e sucessivo desenvolvimento⁷. Percebe-se, pois, a sua convergência com a linha de pesquisa a que está vinculada a presente tese no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, intitulada Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica⁸.

Pois bem. Acima ressaltamos a imprescindibilidade de iniciar o estudo do tema no contexto do direito romano antigo, a partir do qual será desenrolado o fio condutor que perpassará toda a tese: a análise da cláusula penal sob a ótica da sua *ratio essendi*: o reforço das obrigações contratuais. Com efeito, a conformação genética da *obligatio* desde o direito

⁶ “Diritto e Tutela: esperienza contemporanea, comparazione, Sistema Giuridico-Romanistico – Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”: Il Dottorato intende promuovere, collegando diverse angolazioni, la logica della interdisciplinarietà, tra diritto sostanziale e tecnica di tutela, vista nella comparazione tra ordinamenti. L’apertura alla esperienza contemporanea è la più ampia possibile, ma si segnalano come riferimenti il metodo comparatistico e un sistema giuridico specifico, quello collegato al diritto romano. L’articolazione in 2 indirizzi (...)”. Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

⁷ “Indirizzo Diritto Romano, Sistema Giuridico Romanistico, Comparazione: Il programma ha, da un lato, lo scopo di conferire una preparazione approfondita del diritto romano e del ruolo di esso come base del sistema giuridico romanistico in Europa, America Latina, Paesi Islamici e Cina. Esso promuove ed orienta ricerche sulla maturazione di tali principi nel diritto romano e nella sua successiva codificazione dell’Imperatore Giustiniano. Il programma utilizza i metodi e gli strumenti delle scienze storico-giuridiche in seno ad altre esperienze giuridiche. In particolare, si dà ampio risalto al confronto ed al dialogo con altri modelli quali, ad esempio, quello degli altri paesi dell’Unione Europea, quello dei paesi latinoamericani, quello nord-cinese, lo studio dei quali è finalizzato alla comprensione delle dinamiche che governano la circolazione di modelli normativi, alla loro genesi, affermazione e successivo sviluppo.” Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

⁸ “Essa linha de pesquisa se volta, em corte transversal pelos setores da experiência jurídica (civil, ...) a buscar uma linha intermédia entre a dogmática e a zetética, investigando a experiência jurídica por meio de análise crítica voltada à proposição de modelos dogmáticos. O atendimento dessa meta supõe investigação profunda tanto do ponto de vista analítico como do problemático, especialmente mediante a análise de casos paradigmáticos, sempre com o objetivo de reinserir as categorias dogmáticas no sistema constitucional, interpretando-o sistematicamente, assim nos seus aspectos mais gerais como nos seus contornos mais específicos. Essa linha, por sua abrangência, comporta ênfases em Direito Privado (Civil...)”. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/linhaspesquisa>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

romano arcaico evidencia como a noção de vínculo (jurídico) obrigacional — que se desenvolveu no decurso dos séculos — em um primeiro momento destinava-se essencialmente a garantir a posição do “credor”⁹ através de um poder atuado materialmente sobre a pessoa do “devedor”, que, concomitantemente, estava intimamente relacionado à ideia de pena. Interessa também mostrar como a evolução das noções de pena e de ressarcimento de danos — inicialmente paralelas — nas fases sucessivas do direito romano até Justiniano, acabou por entrelaçá-las. As fontes jurídicas romanas serão a base para individuar como foi se delineando o regime jurídico da *stipulatio poenae* — ancestral direta da cláusula penal —, cuja finalidade era reforçar o vínculo obrigacional, atuando como mecanismo de garantia e coação ao cumprimento da avença.

O entrelaçamento acima mencionado (ou “confusão”, como define Ratti¹⁰) foi fundamental para plasmar a função indenizatória da cláusula penal, a qual, após um período de “hibernação”, ressurgiu com os canonistas da Idade Média e foi posteriormente transplantada para o direito moderno.

Ocorre, todavia, que na Inglaterra medieval, em virtude de um “acidente histórico”¹¹, a cláusula penal teve outra sorte. Cabe-nos, assim, identificar, por meio da comparação entre o sistema de *common law* e os Códigos Civis de tradição civilista — francês, alemão, italiano, com especial ênfase no brasileiro — as vantagens e as desvantagens de um e outro modelo para fins de efetividade da finalidade genética da cláusula penal.

Cumprê-nos esclarecer, desde logo, que não pretendemos, absolutamente, desconsiderar os abusos perpetrados pelo titular do direito de crédito através da pena convencional. Certamente esta circunstância foi propiciada pelas regras impregnadas pela concepção voluntarista e individualista do Estado liberal característica dos Códigos de primeira geração, nos quais reinava absoluto o princípio *pacta sunt servanda*. Não! Nossa intenção não é, definitivamente, hastear a bandeira em defesa irrestrita da cláusula penal como instrumento que se deve colocar sempre a serviço de vorazes credores, tampouco desprezar a

⁹ Na esteira de MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 420, para maior clareza expositiva optaremos por utilizar, em alguns casos, impropriamente, os termos *credor* e *devedor*.

¹⁰ O substantivo é utilizado por RATTI, Umberto. Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, n. 40, fasc. 1, 1932, p. 173.

¹¹ Assim em BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: a Comparative Study of English and Continental Law. *The international and Comparative Law Quarterly*, v. 9, 1960, p. 605; e em RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. Napoli: Jovene, 2012, p. 132.

bem-vinda mudança do antigo paradigma para o novo: o Estado social e a consequente superação da intangibilidade das convenções privadas.

A ideia que defendemos consiste na revitalização do escopo da cláusula penal como mecanismo de reforço do vínculo obrigacional contratual direcionado ao adimplemento, justamente na busca da restauração do equilíbrio, da efetiva igualdade material de tratamento, para ambas as partes (substancialmente equiparadas) da relação contratual. Nem sempre o credor é o “vilão” e o devedor a “vítima”. Deve-se atentar para o atual contexto social marcado por crises moral, ética, econômica, política, no qual a palavra empenhada tem pouco valor¹².

A cláusula penal não deve ser interpretada a partir de uma ideia preconcebida ou presumida de que ela é resultado da ganância do poder opressor do credor. Já no direito romano, notícia Visky¹³, era comum a utilização de penas convencionais como instrumento de proteção ao crédito em função da constante ameaça de prejuízo representada pela desvalorização da moeda em determinado momento de crise.

Fossem as partes que contratam ciosas do cumprimento das obrigações, ou honrassem seriamente os compromissos e avenças que assumem, não haveria necessidade de cláusulas paralelas que procuram dar garantia ou reforçar a certeza do cumprimento. Realmente, sempre acompanha os contratos um grau de insegurança no atendimento do que neles consta estabelecido, gerando um grau de instabilidade nas relações econômicas e sociais. Quanto maiores as instabilidades de uma economia, e mais fortes as crises que assolam os povos, ou menos evoluída a consciência moral das pessoas, geralmente mais cresce a inadimplência das obrigações, ensejando mecanismos de defesa e proteção dos direitos e créditos emanados das convenções e contratos.

Por isto é que as discussões acerca das funções da cláusula penal retornaram à ordem do dia. A pouca confiança dos contratantes, um em relação ao outro, tem ressaltado o importante papel que a função sancionatória-compulsória da pena convencional pode desempenhar, pois é vista como propulsora das negociações por outorgar às partes maior

¹² CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, v. 27, n. 3, 2000, p. 470. Assim, também KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. IX: “Hoy, en que el hombre desafortunadamente ha debilitado el valor de la palabra empeñada, estos modos de garantía se han multiplicado por doquier. Existe entre los contratantes una manifiesta desconfianza, lo que motiva que rara vez no aparezcan cláusulas asegurativas estipuladas en las convenciones.”

¹³ VISKY, Karoly. L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *IURA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, n. 19, 1968, p. 81.

confiabilidade no cumprimento recíproco da convenção, e a consciência de que o inadimplemento aumenta o custo do contrato.

Além do mais, a instabilidade jurídica causada pela disciplina legal da cláusula penal em certos ordenamentos tem como efeito potencial — e muitas vezes efetivo — o aumento do custo do processo produtivo, pois o preço do risco assumido pelo credor transfere-se para a sociedade. Isto sem falar no custo para o Estado gerado pelas demandas judiciais fundadas em controvérsias originadas das penas convencionais, custo também suportado pela sociedade — tanto no sentido financeiro, já que é a receita de tributos que financia a máquina estatal, quanto no prejuízo consequente da má qualidade da prestação da tutela jurisdicional em virtude do altíssimo número de processos.

Um dos aspectos mais preocupantes da insegurança jurídica a que nos referimos diz respeito à modificação judicial do montante da pena. Há uma tendência nos ordenamentos de tradição civilista de admitirem-na quando seu valor for manifestamente excessivo. A redução, neste caso, deverá ser procedida com base em equidade. Porém, é de se indagar: como se opera esta *reductio ad aequitatem*? É evidente a subjetividade na consideração do que é manifestamente excessivo. A redução da pena pode conduzir, ao contrário do desejado, a resultados injustos à parte inocente, por exemplo, ao deixar de considerar os interesses não patrimoniais que podem ser frustrados pelo inadimplemento.

A possibilidade de redução da cláusula penal não fragiliza o propósito do instituto, beneficiando principalmente o devedor que não se comporta de acordo com os postulados da boa-fé objetiva?

Também não nos passa incólume o fato de a modificação judicial da pena ser autorizada, na maior parte das vezes, somente para as hipóteses de redução. O que ocorre se o montante da pena for insuficiente para cobrir os danos consequentes do inadimplemento? Poderia o juiz aumentá-lo? A pena convencional pode atuar como cláusula de limitação do dever de indenizar?

Estas são as inquietações que nos propusemos a enfrentar.

O estudo está dividido em três partes. A primeira consiste em traçar o perfil histórico do instituto. Parte-se de uma síntese panorâmica da formação do vínculo obrigacional, na origem, e das noções de pena e de ressarcimento de danos até a *stipulatio poenae*, com a identificação do regulamento a ela aplicável conforme o testemunho extraído das fontes do *Corpus Iuris*¹⁴. Após, será analisado o desenvolvimento do instituto no período medieval por obra dos canonistas. A segunda parte concentra-se na análise comparativa do tratamento jurídico atribuído à cláusula penal nos sistemas de *common law* e de tradição civilista. Destacaremos alguns aspectos essenciais comuns aos países do sistema romano-germânico e examinaremos os Códigos Civis da França, da Alemanha e da Itália, comparando-os entre si. A terceira parte é dedicada ao estudo do Direito Civil brasileiro, desde Teixeira de Freitas até o Código Civil de 2002. Sucessivamente será estudada, sob o enfoque comparativo, a disciplina do Código brasileiro em vigor, com a identificação dos aspectos que consideramos problemáticos, especificamente relacionados com a atuação da cláusula penal contra o credor, ou seja, em desconformidade com a noção de reforço da obrigação: a alteração judicial do montante da pena e o efeito de limitação do dever de indenizar que a cláusula penal pode produzir.

¹⁴ A tradução das fontes jurídicas romanas constantes no *Corpus Iuris Civilis* são todas de GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Trad. e comp., Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: «<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/>». Acesso em: 20 nov. 2005.

I. A CLÁUSULA PENAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

O processo histórico-evolutivo da *obligatio* romana é fundamental para que se possa compreender o porquê de muitos dos debates acerca da cláusula penal, entre eles o que versa sobre a sua função. Sem que se tracem as linhas gerais da formação do vínculo obrigacional, não seria possível compreender a relação entre as ideias de pena e de ressarcimento de danos, essencial para o instituto objeto desta tese, iniciada no direito romano e posteriormente retomada pelos canonistas na Idade Média, cuja influência marcará o direito moderno nos países de tradição civilista pela via do *Code Civil*.

1.1. Síntese panorâmica da evolução da obrigação contratual romana e a relação entre as ideias de pena e de ressarcimento de danos: da origem da *obligatio* à *stipulatio*

1.1.1 Natureza arcaica da ‘*obligatio*’: vínculo de garantia de natureza material e pessoal e a pena como preço de resgate

Relata Marrone¹⁵ que a sociedade romana primitiva era eminentemente agrícola e os grupos familiares tendiam a ser autossuficientes. O recurso ao crédito era fenômeno raro. As situações jurídicas relevantes configuravam-se precipuamente em termos de poder direto e imediato sobre coisas e pessoas.

O “Estado”, então incipiente, raramente intervém na repressão de crimes, cuja reação é autorizada aos ofendidos. Apenas em casos particulares, quando o crime representa infração à *pax deorum* — relação de paz que deve existir entre a *civitas* e seus deuses — há aplicação de sanções de natureza religiosa pelo rei, sumo sacerdote e chefe político da comunidade, àquele cujo comportamento expôs o inteiro grupo à cólera divina. Tem-se assim, distintos o direito penal público e o direito penal privado.

Contra os comportamentos ilícitos privados imputáveis a pessoas estranhas ao grupo familiar, a única forma de reação admitida era a vingança (*vindicta*), a punição do ofensor. A *poena* — sanção à prática de um delito privado — era corporal e aplicada pelo *pater familias* ofendido, através do apossamento imediato do estranho, autor do ilícito, com a intervenção de

¹⁵ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 418.

um magistrado da comunidade. O apossamento se atuava, em geral, através do mesmo procedimento que deu origem à *legis actio per manus iniectioem*¹⁶.

Não há ainda, nesta fase, a ideia de prestação entendida como comportamento devido por um devedor e esperado por um credor. No entanto, é possível já vislumbrar, sob o prisma da posição do ofensor exposto à vingança do ofendido, uma situação de responsabilidade.

O mais antigo comando em matéria de responsabilidade por ilícitos penais é a lei das XII Tábuas (Tábua VIII). Diferenciam-se crime (*crimina*) — relevante para o direito público, a exemplo da violação à *pax deorum* e dos crimes contra a comunidade — e delito — relevantes para o direito privado, como o furto e a injúria. Nesta lei impera o princípio do talião — reparação do mal com o mesmo mal — mas também é estabelecida a possibilidade de as partes substituírem-no por uma composição pecuniária, cuja importância deveria ser entre elas pactuada.

O ofendido, então, poderia renunciar à vingança se o ofensor, ou alguém em seu lugar, dispusesse-se a pagar-lhe a composição pecuniária. A partir de um determinado momento, foi-se afirmando — primeiro somente para alguns ilícitos, e, paulatinamente, para outros — o princípio em virtude do qual o ofendido não poderia recusar a composição pecuniária (desde que ela correspondesse a certos critérios). Evitava-se, assim, a pena corporal, e a soma em dinheiro resgatada pelo ofendido em substituição àquela, também era denominada *poena*¹⁷.

A pena era, portanto, concebida como meio de resgate, um ônus — e não como prestação devida — que poderia ser satisfeito por um terceiro para liberar o ofensor da vingança da vítima. Não se pensava em uma legítima expectativa do ofendido ao resgate da pena; ele era legitimado somente a proceder à sujeição do ofensor, ainda que a esta tivesse que renunciar se obtivesse a pena pecuniária¹⁸.

¹⁶ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Op. cit., p. 419. A *manus iniectio* consistia na recitação de um formulário pelo credor autor, em juízo e com a presença do réu, contendo a indicação do seu fundamento e do valor devido pelo adversário, e, em seguida, o credor colocava as mãos no devedor, estabelecendo a sujeição deste último ao seu poder, para dele dispor, vendendo-o como escravo fora do território de Roma (*trans Tiberim*) ou até mesmo matando-o. Este procedimento estava regulado na Tábua III da lei das XII Tábuas.

¹⁷ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Op. cit., p. 419.

¹⁸ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Op. cit., p. 419.

A propósito, enuncia Betti¹⁹:

O que tornou possível aos romanos a configuração civilista do direito penal privado, de forma a transformá-lo em um capítulo do direito das obrigações, foi o uso da composição amigável (*pacisci*) entre a parte lesada e o culpado, com o escopo de prevenir a pena corporal privada. Com o passar do tempo este expediente foi totalmente esquecido, passando a ter exclusivo relevo aquela função que a *poena* tinha desde a origem, mas que nos primórdios talvez tivesse importância secundária: a função de expiação e reparação do ilícito. Desde a origem a *poena* (...) era estabelecida com relação ao objeto pelo qual era prestada, não com a pessoa do ofensor. O seu valor era sempre estimado conforme a gravidade da lesão causada (...). Ela era, porém, uma reparação que o responsável pelo delito se propunha a prestar na medida em que fosse preservada a sua vida ou a sua liberdade ou a sua integridade pessoal. A sua função principal, portanto, era resgatar a pessoa da ameaça que sobre ela pesava. Todavia, com o decurso do tempo, a *poena* passa a ser considerada não mais como meio de resgate da pessoa, mas exclusivamente como reparação pecuniária da ofensa causada por um delito privado: reparação a que a parte lesada tem direito unicamente por ter sofrido a ofensa, e não por ter desistido da *vindicta*.

Percebe-se, por conseguinte, que a pena, primordialmente, diferenciava-se do ressarcimento de danos, pois não se destinava a recompor as coisas ao seu estado originário. Sua função — punitiva — era infligir um castigo ao responsável pelo dano e atribuir uma satisfação ao prejudicado.

Explica Zimmerman²⁰ que os romanos não tardaram a notar que o resgate, em substituição ao poder de aprisionamento, representava um conveniente meio de exercer pressão sobre outrem. Não havia razão, portanto, para que este meio de pressão se restringisse a coagir o pagamento de uma composição pecuniária derivada de delito privado e não fosse também aplicado como coação à observância de outros comportamentos. Assim, se um

¹⁹ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 190: “Ciò che ha reso possibile ai romani la configurazione civilistica del diritto penale-privato, così da farne un capitolo del diritto delle obbligazioni, è stato l'uso del componimento amichevole (*pacisci*) tra parte lesa e colpevole, allo scopo di prevenire la pena corporale privata. Con l'andar del tempo codesto espediente appare dimenticato del tutto e viene in esclusivo rilievo quella funzione che la *poena* aveva bensì avuto sin dall'origine, ma che in origine era forse d'importanza secondaria: la funzione di espiazione e riparazione del torto. Sin dall'origine la *poena* (...) era stata posta in rapporto con l'oggetto pel quale era prestata, non con la persona dell'autore del torto. Nella sua entità essa era sempre commisurata alla gravità della lesione causata. (...) Essa era, però una riparazione che il responsabile del delitto in tanto consentiva a prestare in quanto gli si lasciasse la vita o la libertà o l'integrità personale. La sua funzione principale era quindi quella di riscattare la persona dalla minaccia che le incombeva. Ma, in processo di tempo, la *poena* non è più considerata quale mezzo di riscatto della persona, bensì esclusivamente quale riparazione pecuniaria dell'offesa causata da un delitto privato: riparazione, alla quale la parte lesa ha diritto non per aver desistito dalla *vindicta*, bensì per il solo fatto di aver subito l'offesa.”

²⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1996, p. 4.

indivíduo quisesse coagir outro à prática de determinada conduta, poderia propor-lhe de sujeitar-se voluntariamente ao seu poder de aprisionamento em caso de não levar a cabo o comportamento a que se empenhara. Isto poderia ser feito através de uma transação entre as partes, com a finalidade de criar uma situação de responsabilidade similar àquela decorrente de delito privado, através, porém, de meios artificiais.

Com efeito, a natureza primitiva da *obligatio* se apresenta, quanto às suas características estruturais, como vínculo de garantia, de sujeição a uma responsabilidade em caso de não ser atendida a expectativa do “credor”. Trata-se de um vínculo de responsabilidade, primeiro materialmente pessoal e, posteriormente, patrimonial²¹. Betti²² define a natureza arcaica da *obligatio* como um aprisionamento redimível com função de garantia de uma pessoa estranha livre em relação à outra.

A sujeição ao poder do credor — a fim de que este possa obter o sub-rogado do adimplemento — pode ser do próprio devedor (autogarantia) ou de um terceiro em seu lugar (heterogarantia)²³. Os meios através dos quais a garantia se estabelecia eram vários.

Uma das mais antigas formas de garantir um comportamento foi o *nexum*, celebrado por meio de um ato solene *per aes et libram*, que exigia a presença das partes, de cinco testemunhas (cidadãos romanos púberes), de uma balança e do seu portador (*libripens*) e de metal para pesagem (que poderia ser efetiva ou simbólica, conforme o caso). Neste ritual eram pronunciadas palavras determinadas e praticados gestos específicos, por meio dos quais o “credor” afirmava para si o poder que constituía sobre a outra parte, sujeitando-se o “devedor” à condição de *nexus*, isto é, responsável perante o “credor” caso não resgatasse a si mesmo no prazo fixado para restituição da quantia recebida. O *nexum* se configurava — assim como o poder que se constituía sobre autores de delitos — também como um poder direto e imediato sobre uma pessoa. Ele dava lugar, conseqüentemente, a um vínculo atual, e não potencial como na *obligatio* clássica²⁴. O *nexus* era imediatamente submetido ao poder do

²¹ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino: UTET, 2003. p. 408-409; BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 5: “Ora per i romani l'effetto giuridico designato come «obligari» è costantemente identico, qualunque ne sia la fonte (v. del resto come si esprime Gaio: *obligatio nascitur, contrahitur, consistit uno genere, obligatio principalis etc.*); la figura della *obligatio* è unica e la sua intrinseca struttura di vincolo di garanzia è sempre la medesima, nè muta per il mutar della fonte.”

²² BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 84-85

²³ BISCARDI, Arnaldo. *La dottrina romana dell'obligatio rei*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 16.

²⁴ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 420.

“credor” e mantido em sua posse para que sobre ele exercesse coerção material, utilizando-o para atividades laborais e, se fosse o caso, aplicando-lhe punições corporais, até que o *nexus*, através do seu trabalho, pagasse o débito ou alguém pagasse por ele²⁵.

O principal propósito econômico do *nexus* — forma primitiva de mútuo — era assegurar a restituição de um empréstimo de dinheiro ou de metal usado como mercadoria de troca²⁶. Desde um determinado momento, o recurso ao crédito, que nos primórdios era fenômeno raro, como se referiu, assume relevo social não indiferente, em prejuízo dos plebeus — classe economicamente mais vulnerável — que com frequência necessitavam sujeitar-se como *nexi* ao poder dos patrícios. Com efeito, o *nexus* foi abolido pela lei *Poetelia Papiria*, de 326 a.C., a qual representou um passo fundamental para os plebeus no sentido de uma efetiva liberdade²⁷, já que limitou a *manus iniectio* aos casos de dívidas decorrentes de danos causados por delito, e representou o início da transfiguração da responsabilidade pessoal à patrimonial.

Outro escopo do *nexus* era, segundo o testemunho de Tito Livio a propósito da *Lex Poetelia Papiria*, prevenir a *vindicta* na forma do talião ou da *manus iniectio* penal, à qual estava exposto o autor de um ilícito penal privado. Tudo era feito ficticiamente. A vítima fingia entregar ao autor do delito uma determinada soma em dinheiro que este último fingia receber, empenhando-se a restituí-la com o próprio trabalho perante o lesado. A soma em dinheiro funciona então, como sub-rogado e preço de resgate da pessoa sujeita à *vindicta* (entrega e prisão do culpado em favor da parte lesada). Assim, ao critério de infligir mal por mal, subentra outro: o de troca de um bem por um valor pecuniário. A base do *nexus* aplicado ao delito privado é a ideia de um crédito pecuniário que se considera concedido pela vítima ao culpado, e por efeito do qual assumem as vestes jurídicas de credor e devedor, respectivamente. Esta construção artificial de uma relação de crédito abre os caminhos para superação da barreira que separa o conceito de delito do conceito de obrigação, para assimilação do culpado como devedor e do delito como causa de *obligatio*. Pressuposto do *nexus* derivado de delito é que a parte lesada e o ofensor convençionem uma *pactio* (do verbo *pacere*, fazer a paz), ou seja, uma composição amigável. O *nexus* configura, então, a execução de uma precedente transação sobre a *vindicta*, destinada à fixação da soma a ser

²⁵ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 420.

²⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Op. cit.*, p. 4; MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 420.

²⁷ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 420-421.

despendida a título de expiação e reparação (*damnum decidere*). Isto implica a renúncia da vítima ao exercício da rigorosa ação penal privada, ou seja, ao poder de *vindicta* (talião) autorizado pela *civitas* e adquirido sobre a pessoa do ofensor em razão do fato ilícito por este cometido²⁸. A condição da transação era o pagamento (*damnum*) por parte do ofensor de uma soma de dinheiro ou quantidade de valor pecuniário a ser pactuado (*decidere*), em medida tal que, expiando o ilícito, compensasse, além da lesão causada, a perda moral do ofendido por transigir sobre a *vindicta*. Os termos técnicos que os romanos utilizavam, desde a origem, para designar a soma ou quantidade a ser paga a título de expiação e reparação eram *poena* e *damnum*²⁹. Provavelmente o *nexum* era o ato de sujeição com que o culpado por um delito se empenhava a pagar, pessoalmente com o próprio trabalho, a compensação pactuada como condição para evitar a pena (capital ou corporal) privada³⁰.

Qualquer que fosse a causa do *nexum*, para a dissolução do vínculo com a consequente liberação do *nexi*, deveria ser realizada um ritual solene — nos mesmos moldes daquela de constituição do vínculo —, denominada *solutio per aes et libram*.

No campo das ações da lei (*legis actiones*) atuaram as mais antigas figuras conhecidas de garantidores, os *vades* e os *praedes*³¹. Os *vades*, garantiam o comparecimento em juízo da parte demandada. O *vas* era, nas palavras de Biscardi³², seguramente um garantidor-refém, que respondia pessoalmente pela ausência do demandado perante o magistrado, verossimilmente sujeitando-se à *manus iniectio*, enquanto o réu permanecia livre. O recurso aos *praedes litis et vindiciarum* se dava no âmbito da *legis actio sacramenti in rem*, a fim de garantir que a parte nomeada pelo pretor como possuidor interino da coisa litigiosa a restituísse (juntamente com os respectivos frutos) ao adversário em caso de sucumbência. É provável que as formalidades para assunção destas garantias fossem verbais, por meio do esquema pergunta e correspondente resposta positiva. Deste modo, surgia no interrogante a expectativa de um determinado resultado, assim como no credor da *obligatio* clássica³³.

²⁸ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 173.

²⁹ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 174.

³⁰ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 174.

³¹ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 421.

³² BISCARDI, Arnaldo. *La dottrina romana dell'obligatio rei*. *Op. cit.*, p. 18-19.

³³ A mais famosa definição de *obligatio* nos seus contornos clássicos encontra-se nas Institutas de Justiniano 3, 13 pr. *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. [A obrigação é um vínculo jurídico por força do qual somos constringidos pela necessidade de adimplir alguma prestação, em conformidade com os direitos da nossa comunidade política.]. A autoria do texto é atribuída indubitavelmente a um jurista clássico (talvez Papiniano). Sobressai no texto a ideia de *obligatio* como vínculo jurídico abstrato, potencial, que reconhece ao credor um poder em relação ao devedor, o qual deve

Contudo, a expectativa do credor não recaía sobre o comportamento do *vas* ou do *praes*: o comportamento esperado (comparecimento perante o magistrado ou restituição da coisa litigiosa) era do demandado em juízo. Na realidade, os *vades* e os *praedes* garantiam fato de terceiro: eram eles os responsáveis se o terceiro não observasse o comportamento por eles garantido. Adaptando esta situação à *obligatio* clássica, poderia se dizer que perante o credor — que tinha uma expectativa em relação a uma determinada prestação — colocavam-se distintamente o devedor (indivíduo de quem o credor esperava a execução da prestação) e os responsáveis, *vades* ou *praedes* (contra os quais o “credor” deveria agir em caso de inadimplemento). Débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*)³⁴ relacionavam-se a pessoas diversas. Estas figuras, nas relações entre privados, desapareceram no período pré-clássico³⁵.

Havia, ainda no campo processual, a figura do *vindex*. Este era um terceiro interveniente no procedimento da *legis actio per manus iniectioem* — ação de caráter executivo — que assumia o ônus de provar a carência de fundamento da pretensão do autor que exercia a *manus iniectio* contra o devedor³⁶. Diversamente das figuras acima mencionadas (*vas*, *praes*), e do *sponsor*, que será logo adiante analisado, os quais prestavam garantia preventivamente para assegurar o comportamento devido por outrem, no caso do *vindex* a garantia nascia no momento em que o credor fazia valer o seu direito contra o devedor. Uma vez declarada fundada a pretensão do autor, o *vindex*, contra o qual fora executada a *manus iniectio*, teria direito à mesma *legis actio per manus iniectioem* contra aquele em favor do qual havia intervindo, para recuperar o dobro do quanto havia pagado ao credor.

1.1.2. A ‘sponsio’: ‘obligatio’ como vínculo jurídico (potencial) e a dúplici função prática da ‘poena’

executar a prestação. A peculiaridade da relação obrigacional reside no fato de que a satisfação do interesse tutelado pelo ordenamento necessita da cooperação do devedor, cujo inadimplemento acarreta a sua responsabilidade patrimonial. MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 417-418.

³⁴ Dentre as teorias mistas da obrigação, a denominada dualista, proposta por Brinz foi a mais importante. Segundo esta doutrina, a relação obrigacional seria composta na sua estrutura por dois elementos distintos e autônomos: um de natureza pessoal, consistente no débito (*schuld*), por força do qual o devedor vinculava-se a uma conduta ou prestação; outro de natureza patrimonial, que seria a responsabilidade ou garantia (*haftung*), consistindo na sujeição do patrimônio do devedor para garantia do débito, em caso de inadimplemento. A responsabilidade era considerada o mais importante dos dois elementos e a verdadeira relação obrigacional: a obrigação seria essencialmente responsabilidade do devedor, com todos os seus bens pela não realização da prestação. Apesar das duras críticas tecidas a este teoria, ela teve por mérito chamar a atenção para o aspecto da responsabilidade, até então relegado a um segundo plano pelas teorias pessoalistas.

³⁵ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 421-422.

³⁶ Quando se tratasse de *manus iniectio iudicati* o *vindex* jamais poderia rediscutir a sentença, somente poderia negar a existência do julgado (*iudicatum*) ou arguir que o mesmo já havia sido satisfeito. MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 71, n. 29.

A *sponsio* é o mais antigo — e também o mais importante, para os fins do nosso estudo — ato produtivo de *obligatio ex contractu*³⁷ ou pelo menos de negócio que estabelece uma relação na qual é possível reconhecer a estrutura da *obligatio* clássica³⁸. Preleciona Biondi que a *sponsio* arcaica tinha caráter fundamentalmente mágico-religioso³⁹, reservada exclusivamente aos cidadãos romanos (*cives*), e, portanto, negócio *iure civili*. Ela era celebrada através de formulário ritual — no esquema de pronúncia de pergunta e equivalente resposta — com a utilização do verbo *spondere*: *Spondes? Spondeo*, do qual, segundo as antigas crenças, derivava um determinado resultado. Observa Biondi⁴⁰ ser muito difundida a opinião de que a *sponsio*, em origem, tinha função de garantia. Para Betti⁴¹, o sentido técnico primitivo de *spondere* não é aquele de prometer uma prestação, mas aquele de assegurar, garantir um evento. O *sponsor* não era o devedor, mas o garantidor: aquele se expõe ao assumir pessoalmente os efeitos do inadimplemento por parte do devedor. Esta é a base histórica adotada pela doutrina que distingue na noção de obrigação o débito (*Schuld*) — dever de executar a prestação — e a responsabilidade decorrente do inadimplemento (*Haftung*). Estes dois elementos, que conceitualmente poderiam ser separados, naquela época efetivamente o eram, porquanto se relacionavam a pessoas diferentes: a responsabilidade recaía sobre pessoa (*sponsor*) diversa daquela que deveria executar a prestação⁴². Esta tese tem a seu favor os seguintes argumentos: (a) *sponsor*, ainda na linguagem clássica, indica tecnicamente o garantidor; (b) na fórmula da *sponsio*, o credor interrogava o *sponsor* com os

³⁷ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 279, afirma categoricamente: “Che la *sponsio* sia il caso più antico di *obligatio ex contractu* è sicuro poichè non si può pensare ad altri tipi di contratto.”. Observa, ainda, que a terminologia arcaica sobrevive até hoje na nossa linguagem: os termos responsabilidade e responder são reminiscências dos antigos *spondere* e *sponsio*.

³⁸ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 422, é bem menos enfático que Biondi.

³⁹ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. *Op. cit.*, p. 281. A sacralidade da *sponsio* justifica-se na grande importância da magia nas sociedades primitivas. Ademais, quando não existia ou era parca a autoridade do Estado, a única força vinculante era a religião.

⁴⁰ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. *Op. cit.*, p. 282-283.

⁴¹ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 31: “(...) il senso tecnico primitivo di *spondere* non è quello di promettere una prestazione, bensì quello di assicurare, garantire un evento: *sponsor* è il garante che si espone.”

⁴² No mesmo sentido, BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. v. 4 Milano: Giuffrè, 1979 (ristampa), p. 28, após explicar os motivos das diversas críticas que a teoria de Brinz recebeu, aduz: “Data questa ricca documentazione storica, la distinzione tra debiti ed obbligazioni, tra *schuld* ed *haftung*, sembrò offrire la spiegazione dei più svariati e vessati problemi. Alcune applicazioni sono per vero erronee o per lo meno insignificanti ed equivoche, come quella relativa alle obbligazioni naturali. Ma non si può negare che un nucleo di verità vi sia nel concetto. È inoppugnabile dal punto di vista storico che nell'età primitiva si verifica una scissione tra i due momenti dell'obbligazione per cui chi pone in essere il fatto che secondo la nostra concezione odierna dovrebbe obbligarlo non subisce alcuna costrizione e in vece sua la subisce un altro soggetto. Non è la relazione stessa che nel diritto odierno viene ad essere stabilita tra debitore e garante o piuttosto, se si vuol richiamare questa relazione (e il richiamo non sarebbe erroneo), abbiamo che nel diritto primitivo il debitore non è obbligato, e il garante è obbligato in vece sua.”

termos *que me seja dado (dari oportere)*, e a forma passiva, impessoal, indica o fato do terceiro — não era dito *que tu me dês (dare oportere)* como posteriormente constará na fórmula quando o *sponsor* não mais será um garantidor, mas a própria pessoa do devedor. Permanece obscura, porém, a passagem da *sponsio* com função de garantia à assunção de responsabilidade própria do devedor⁴³. Sustenta-se, ainda, que o âmbito de aplicação da *sponsio* como garantia tenha sido o processo, com a função de assegurar a presença do devedor em juízo: o *vadimonium*, sucessor da *vadiatura* da época arcaica (garantia prestada pelo *vas*), foi substituído pela *sponsio*. Biondi⁴⁴, no entanto, coloca em dúvida esta hipótese: restaria sem explicação a origem da *sponsio*, já que se supõe um processo relativo a uma obrigação pré-existente.

A opinião que considera a *sponsio* originária a promessa de um garantidor, e não do devedor, é compartilhada por Betti⁴⁵. O garantidor, assegurando um evento e colocando à disposição um bem, expunha a sua própria pessoa à ação do credor para a hipótese em que a expectativa deste último não fosse atendida. Ela seria, em substância, uma exposição convencional à *manus iniectio* executiva. A exposição do *sponsor* subordinava-se à eventualidade de que o fato garantido não se verificasse e condicionava-se, ademais, ao não pagamento da compensação pecuniária pactuada (*poena*).

Criava-se com a *sponsio* um estado de aprisionamento potencial, capaz de converter-se em aprisionamento efetivo. Este estado de vínculo⁴⁶ que caracterizava o aprisionamento em sentido apenas ideal e metafórico, continuou a ser denominado *obligatio*⁴⁷.

O pagamento da compensação pactuada tinha a função de dissolver o vínculo precedentemente constituído, e, por isto, continuou a chamar-se *solutio*, vocábulo que,

⁴³ Esta opinião é também defendida por BISCARDI, Arnaldo. *La dottrina romana dell'obligatio rei*. *Op. cit.*, p. 25-26.

⁴⁴ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. *Op. cit.*, p. 283.

⁴⁵ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 148.

⁴⁶ Pertinente, neste aspecto, o quanto acentua CARDILLI, Riccardo. Archetipi dell'*oportere* nell'*oportere ex sponsione*. In: *Obligatio – Obbligazione: un Confronto Interdisciplinare*, (a cura di) COLOGNESI, Luigi Capogrossi; CURSI, M. Floriania. Napoli: Jovene, 2011, p. 16: “Non vi è né uno sviluppo lineare, né una evoluzione da un vincolo materiale ad un vincolo giuridico, ma al contrario l'emersione di uno schema giuridico nuovo che inizialmente si affianca e per alcuni secoli convive con schemi giuridici diversi, nei quali, invece, fa fatica ad emergere l'idea della 'doverosità' del comportamento rispetto alla responsabilità della *persona*. È, però, uno schema, quello dell'*oportere ex sponsione*, che ha dalla sua il futuro, perché strutturalmente veicola una idea di eguaglianza giuridica delle parti nel tempo, pur a fronte di un dovere ad una prestazione di una di esse. La forza di tensione nel tempo indotta dall'*oportere* è diretta a 'plasmare' il futuro giuridico in una determinata direzione senza incidere direttamente, sul piano dei 'poteri', sulla *persona* del debitore.”

⁴⁷ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 148.

segundo Betti⁴⁸, equivale a resgate. Com o tempo, porém, o significado de *solutio*, único na origem, vai sendo ofuscado por um novo. Os romanos, em período posterior, continuaram a utilizar o termo *solutio*, porém não mais em alusão ao pagamento que o obrigado efetua exercendo a faculdade de resgate que lhe é reservada, ainda que implicitamente, pelo contrato. *Solutio*, na nova acepção, indica a obediência do obrigado a um *oportere*⁴⁹, isto é, ao cumprimento primeiro de um ônus, e, após, de um débito subsidiário destinado a indenizar o credor caso o fato garantido não se verifique. Isto quer dizer que a função de reparação pecuniária terminará sobrepondo-se à primitiva função de resgate de um prisioneiro, com a qual continuará a entrelaçar-se, até ofuscá-la completamente. Assim, a originária ideia de ônus de resgatar-se mediante o pagamento de uma pena será substituída pela ideia de débito de um equivalente pecuniário. Ademais, desde que o dinheiro devido passa a ser reconhecido apenas como meio para reparar uma diminuição patrimonial, não tarda conceber-se a obrigação como vínculo inerente à posição jurídica patrimonial do devedor, e não mais à sua pessoa física.

Ainda segundo Betti⁵⁰, a ideia de débito — entendido como razão jurídica da responsabilidade⁵¹ — que se afirmou com clareza na *sponsio*, deve ter aportado importante modificação também ao caráter intrínseco da própria garantia assim constituída. O garantidor não era mais mantido como prisioneiro, mas expunha-se à condição jurídica idêntica àquela em que, posteriormente, segundo a lei das XII Tábuas, era reduzido o devedor inadimplente condenado, conduzido à casa do credor após a *manus iniectio*⁵². O garantidor não mais substituída com a própria pessoa um terceiro, mas reservava-se a faculdade — que era ao mesmo tempo um ônus — de evitar ser ele próprio reduzido ao aprisionamento pagando uma determinada soma pecuniária que ele prometia a título de compensação. A pessoa do garantidor não era mais trocada pela pessoa do terceiro (devedor), ao invés, era resgatada mediante pagamento de determinada soma em dinheiro. Assim, uma vez admitido que a

⁴⁸ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 149.

⁴⁹ *Oportere* indica um vínculo *iure civili* que cria para o devedor a necessidade jurídica de praticar o comportamento devido. MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁰ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 150-151.

⁵¹ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 144-145.

⁵² Tabula III – 1. Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. 2. Post dinde manus iniectio esto. In ius ducito. 3. Ni iudicatum facita ut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore aut si volet minore vincito. [Tábua III – 1. Se o devedor confessar a dívida em juízo ou é pronunciada sentença condenatória, terá 30 dias para pagar. 2. Decorrido tal prazo sem que tenha havido pagamento, seja o devedor capturado e conduzido perante o magistrado. 3. Se o devedor não cumprir o julgado e ninguém dê garantia por ele, leve-o consigo o credor e amarre-o com correntes ou cepos de não mais de 15 libras, ou menos se o credor assim quiser.]

pessoa do garantidor fizesse as vezes de sub-rogado do dinheiro recebido ou prometido pelo devedor, para o caso em que este não o restituísse ou não cumprisse a promessa, por coerência lógica deveria se reconhecer, contemporaneamente, o princípio inverso: que a pessoa do garantidor pudesse, por sua vez, ser sub-rogada por uma soma pecuniária que ele próprio prometia pagar no lugar daquele que havia recebido ou prometido.

Conforme Betti⁵³, nesta nova *sponsio* deve ter sido habitual que o garantidor se reservasse, explicitamente, em uma cláusula do contrato, a faculdade de resgatar-se pagando uma determinada soma pecuniária — talvez equivalente a um múltiplo da soma emprestada ou prometida ao devedor. Esta soma que o garantidor prometia a título de preço de resgate da sua própria pessoa denominava-se *poena* e o novo contrato de garantia era uma *sponsio poenae*. A palavra *poena*, porém, não deve induzir ao entendimento de que o não pagamento por parte do devedor (terceiro) fosse imputado ao garantidor como um delito privado; a *poena* significava para os romanos uma simples razão de responsabilidade, nos termos acima explicitados. O significado originário do termo *poena* é, pois, o de preço de resgate de uma pessoa.

Para Visky⁵⁴ a circunstância de a pena convencional ter sido remotamente considerada como verdadeira punição justifica o uso do termo *poena* para designá-la. Isto porque para os romanos um comportamento contrário a uma obrigação contratual configurava um ilícito, assim como a prática de um delito. A diferença é que a *poena* era consequência de um delito privado, decorrente da violação das normas gerais de convivência, enquanto a *poena conventionalis* dependia da violação de um contrato por ela reforçado. Portanto, a primeira teria suas raízes fixadas nas regras de direito positivo, e a segunda em um contrato. Esta diferença de fundamento jurídico entre a pena delitual e a pena convencional impunha uma clara demarcação entre elas. Isto se confirma pelo fato de que os romanos, para perseguir a pena convencional, não utilizavam uma ação penal, mas uma ação reipersecutória, pois fundada sempre em estipulação das partes.

⁵³ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Op. cit., p. 151.

⁵⁴ VISKY, Karoly. La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato. In: *Studi in Onore di Edoardo Volterra*, v. 1, Milano: Giuffrè, 1971, p. 600-601.

O significado de *poena* como preço de resgate da pessoa obrigada, porém, foi-se desenvolvendo, contribuindo para a aproximação entre a obrigação derivada de delito e a obrigação constituída com um negócio jurídico⁵⁵.

A *poena*, até então perseguida pela vítima de um delito privado por meio de uma *actio poenalis*, gradativamente foi perdendo a sua função punitiva, na medida em que cada vez mais assumia a função de reparação do dano pecuniário causado à parte lesada por um delito privado.⁵⁶

A função jurídica da *poena* — prescindindo daquela originária de preço de resgate da exposição à pena privada — passa a consistir, em relação ao credor, na reparação da lesão a ser estimada segundo um critério mais ou menos discricionário e arbitrário, e, de todo modo, independente da extensão de eventual dano concomitante, que pode ser bem inferior ou até mesmo inexistente⁵⁷.

Reparação do ilícito delituoso e reparação da inadimplência contratual — denominadas pelos juristas clássicos *poena* e *res* — são noções paralelas, embora distintas. O traço comum entre elas é que ambas são sub-rogados destinados a servir de compensação ao credor para reparação de uma lesão patrimonial ou moral por este sofrida. O elemento convergente das figuras é, portanto, a função genérica de compensação pela diminuição ocasionada na esfera jurídica de uma pessoa e que constitui um ilícito privado (delituoso ou contratual). Tanto a *poena* quanto a *res* são perseguidas com ações de caráter jurídico civil — no sentido moderno, em antítese às ações penais — e estabelecem, com o seu exercício em juízo, um débito pecuniário. Por outro lado, a diferença entre a *res* e a *poena* é que a reparação do inadimplemento contratual pressupõe uma prestação não cumprida, que implica frustração de uma expectativa e lesão de um interesse patrimonial; a reparação fundada no delito, a seu turno, pressupõe uma ofensa, que pode ser independente de qualquer dano⁵⁸. A divergência entre as figuras radica-se, por conseguinte, na função específica de cada uma delas: o ilícito delituoso que a *poena* destina-se a compensar não é estimado pelo ordenamento como diminuição patrimonial, mesmo que esta seja, de regra, o parâmetro para mensurar o valor da *poena* (frequentemente um múltiplo daquela); o ilícito que a *res* destina-

⁵⁵ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Op. cit., p. 191.

⁵⁶ VISKY, Karoly. *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*. Op. cit., p. 600.

⁵⁷ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Op. cit., p. 190-191.

⁵⁸ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Op. cit., p. 190-191.

se a compensar, ao contrário, é estimado pelo ordenamento exclusivamente como diminuição patrimonial típica causada à esfera jurídica alheia, apresentando-se, assim, a *res*, como restituição ou ressarcimento daquela diminuição, que consiste no *damnum*, em geral⁵⁹.

Disto decorre que a *poena* pode, além de reparar lesão não patrimonial, reparar também uma diminuição patrimonial decorrente de delito, fazendo as vezes de ressarcimento. Neste caso, uma vez obtido o ressarcimento, desaparece o pressuposto jurídico da respectiva ação: o dano. A *res*, ao contrário, jamais poderia substituir-se à reparação de uma lesão não patrimonial. Os juristas clássicos admitiram, relativamente ao concurso com ações reipersecutórias, que algumas ações penais, juntamente com a função principal de reparação do ilícito derivado de delito, pudessem também ter resultado reipersecutório. Dado que na concepção dos juristas clássicos a diferença entre *poena* e *res* é apenas jurídica, funcional — já que uma se refere a ilícito delituoso e a outra a uma típica diminuição patrimonial —, é possível que material e concretamente, ambas se compenetrem e se identifiquem no mesmo *quanti ea res est*. Contudo, ideal e abstratamente, permanecem distintas, já que sob um aspecto, o *quanti ea res est* é prestado a título de reparação do delito, e, sob outro aspecto, é prestado a título de restituição ou ressarcimento⁶⁰. Este foi o percurso que aproximou as ações penais àquelas ações que serviam ao exercício de pretensões fundadas em contrato: as *actiones reipersecutoriae*⁶¹.

No curso geral da evolução da *obligatio* no direito romano, explica Betti⁶², revela-se uma tendência à passagem da heterogarantia do terceiro à autogarantia do próprio devedor; do heterorresgate ao autorresgate; e, por conseguinte, à reunião, na mesma pessoa, da posição de responsável e de devedor. Contudo, adverte Biondi⁶³, permanece obscura a passagem da *sponsio* com função de garantia à assunção de responsabilidade pelo próprio devedor. Marrone⁶⁴, por sua vez, pondera que na *obligatio* clássica débito e responsabilidade convergiam na pessoa do devedor, e que os juristas clássicos afirmaram o princípio segundo o qual era desprovida de efeitos a promessa do fato de terceiro. Esta seria a razão para que necessariamente as figuras do devedor e do responsável coincidissem na mesma pessoa.

⁵⁹ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 190-192.

⁶⁰ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 190-192.

⁶¹ VISKY, Karoly. *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*. *Op. cit.*, p. 600.

⁶² BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 147.

⁶³ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. *Op. cit.*, p. 283. Em sentido idêntico BISCARDI, Arnaldo. *La dottrina romana dell'obligatio rei*. *Op. cit.*, p. 26.

⁶⁴ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 424.

1.1.3. A *'obligatio ex contractu'* e a sua representante mais ilustre: a *'stipulatio'*

Aponta Betti⁶⁵ que modernamente, quando se fala em obrigação contratual, pensa-se em uma prestação e no ressarcimento do dano decorrente de seu eventual inadimplemento. Este, porém, não era o pensamento dos romanos quando da configuração da relação da *obligatio ex contractu* e tampouco no período clássico.

Foi a própria obrigação *ex contractu* que nos primórdios teve como conteúdo uma *poena*, primeiramente entendida como preço de resgate de uma pessoa e, posteriormente, como compensação pela frustração da legítima expectativa do credor. Esta compensação — que foi um primeiro meio rudimentar para estabelecer aquilo que mais tarde os juristas denominaram *interesse*⁶⁶ — começou por ser determinada não na medida do simples equivalente econômico da prestação descumprida, ou, em geral, do prejuízo realmente sofrido pelo credor, mas sim em um múltiplo do valor da prestação ou da extensão do dano — em qualquer caso, uma soma excedente⁶⁷.

No período clássico, Gaio (I. 3, 89⁶⁸) apresenta a famosa quadripartição das fontes de obrigação contratual — orientada com base no modo exterior em que se celebra o contrato, no

⁶⁵ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Op. cit., p. 198.

⁶⁶ Quanto ao sentido do termo *interesse*, importante referir o ensinamento de BETTI, Emilio. *Novissimo Digesto Italiano*. Voce 'Id quod interest'. v. 8 Torino: UTET, 1962, p. 133: "Il *quod interest*, ravvisato nel suo significato originario, allude ad una aspettativa protetta dal diritto e esprime — mediante un raffronto fra due situazioni, l'una di carenza, l'altra di appagamento — l'interesse di una persona al verificarsi dell'evento o dello stato di fatto cui si rivolge la sua aspettativa. (...) Il raffronto fra la situazione di carenza e la situazione di appagamento conduce, in processo di tempo, ad affermare l'esigenza di procacciare alla persona tutto il valore che il bene a lei sottratto, o da lei non conseguito, rappresentava per lei. E sotto questo profilo l'interesse non solo viene posto in antitesi col *verum pretium* e con la *vera rei aestimatio*, che in origine era caratterizzata da un rigoroso riferimento all'oggetto dell'aspettativa (D. 47, 8, 2, 13; D. 50, 16, 179) — ancorchè nella formola *quanti ea res est* possano ricomprendersi *aestimatio* ed interesse (D. 50, 16, 179; 193; D. 2, 3, 1, 4; D. 10, 4, 9, 8; D. 6, 1, 68; D. 43, 17, 3, 11) —, ma la stessa formola dell'*id quod interest*, attraverso una lenta elaborazione interpretativa, subisce una inavvertita eterogenesi di significati, che ne altera essenzialmente il senso originario. Il *quod interest* assume cioè, il senso di una differenza apprezzabile in termini di valore pecuniario, come il risarcimento di un danno che comprende tanto la perdita risentita (*damnum emergens*) quanto il guadagno mancato (*lucrum cessans*). Da notare è anche una eterogenesi di significati subita dalla formola *dommages-intérêts* (adottata nella civilistica italiana), con la quale nel linguaggio tecnico odierno si designa il risarcimento dovuto a titolo di responsabilità."

⁶⁷ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Op. cit., p. 198.

⁶⁸ Gai. 3, 89. *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. [Y veamos primero acerca de las que nacen porque se contraen. De éstas hay cuatro tipos: se contrae obligación por la propiedad, por palabras, por escritura o por acuerdo.] Tradução de SAMPER, Francisco. *Instituciones Jurídicas de Gayo: texto y traducción*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 248-249.

elemento determinante do surgimento do vínculo obrigacional⁶⁹ — segundo a qual as obrigações se contraem *re* (entrega de coisa que implique ou justifique a obrigação de restituir), *verbis* (pronuncia de palavras solenes), *litteris* (documento escrito) ou *consensu* (mero consentimento das partes, desde que este tenha por objeto interesses típicos reconhecidos pelo direito).

Em todas as quatro espécies do gênero obrigação contratual o consentimento figurava como elemento essencial. Entretanto, nos contratos *re*, *verbis* e *litteris* o mero consentimento não era suficiente à produção de efeitos obrigacionais; estes efeitos passam a ser produzidos: quanto às obrigações *re contractae* no momento da entrega da coisa; nas obrigações *verbis contractae*, quando da manifestação do consentimento verbalmente; e, nas obrigações *litteris contractae*, a partir da manifestação do consentimento por escrito⁷⁰.

Para os nossos fins, interessa a obrigação *verbis contracta*, e, dentre estas especificamente a *stipulatio* — instituto *iuris gentium*, cujo protótipo originário⁷¹ foi a *sponsio*⁷² — o mais importante dos contratos verbais⁷³, bilateral, formal e abstrato. Bilateral na medida em que na sua formação requeria a presença de duas pessoas (duas manifestações de vontade). As partes eram o estipulante (*stipulator*) e o promitente (*promissor*), surgindo, a encargo do promitente (que passava a ser o devedor), em favor do estipulante (que se tornava

⁶⁹ BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto Privato Romano. Op. cit.*, p. 420-421.

⁷⁰ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 456.

⁷¹ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 140 e 472; SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità. Op. cit.*, p. 25.

⁷² A origem da *stipulatio* foi a *sponsio*. Esta, a mais antiga fonte de *obligatio*, como já mencionamos, era negócio *iure civili*, reservado exclusivamente aos cidadãos romanos (*cives*), e que exigia o uso do verbo *spondere*. A *stipulatio* era negócio reconhecido *iuris gentium*, e, portanto, extensivo aos estrangeiros. Neste sentido, relevante o ensinamento de MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 473: “Ivi si dice pure — e anche questo giova richiamare in questo luogo — che la *sponsio* era negozio *iuris civilis*, tale per la fruibilità ed effetti (essendo riservata ai *cives* e sanzionata da azione civile). Adesso precisiamo che alla *sponsio* faceva riscontro la *stipulatio* compiuta — come si ammise molto presto — in forme diverse dalla *sponsio, iuris civilis* quanto agli effetti (perchè sanzionata da azione civile) ma *iuris gentium* quanto alla fruibilità (perchè estesa ai *peregrini*).” Como se deu a ampliação da *sponsio* à *stipulatio*? A resposta é dada por BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio. Op. cit.*, p. 284: “Poichè la *stipulatio* è istituto *iuris gentium*, possiamo dire che il suo riconoscimento dovette avvenire nello stesso modo con cui è avvenuto il riconoscimento di tutti gli istituti *iuris gentium*. Probabilmente la *stipulatio* è riconosciuta nell’ambito della giurisdizione del *praetor peregrinus*, ma successivamente l’istituto è stato inquadrato nel *ius civile*. Mentre gli istituti *iuris gentium* (*traditio*, compra vendita ecc.) rappresentano qualche cosa di nuovo rispetto a quelli di *ius civile*, la *stipulatio* non è altro che estensione della *sponsio*. La *sponsio* pertanto è assorbita nella *stipulatio*: la giurisprudenza presenta lo schema di atti in cui interviene la parola *spondere*, senza che si abbia tecnicamente una *sponsio*, e nel linguaggio volgare *sponsio* e *stipulatio* si confondono. All’ampliamento e laicizzazione dell’atto corrisponde il mutamento del linguaggio. L’atto non si chiama più *sponsio* nè contiene la parola *spondere*, che richiamava riti religiosi, ma *stipulatio* e qualunque parola impegnativa giova a costituire il rapporto.

⁷³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Op. cit.*, p. 68.

credor), uma obrigação sancionada *iure civili* por meio de uma *actio ex stipulatu*⁷⁴. Formal porque para a produção de efeitos jurídicos da manifestação de vontade, o consentimento deveria ser expresso por meio da pronúncia de palavras determinadas (*certa verba*), na forma de pergunta seguida de imediata (*unitas actus*) e congruente resposta (mediante a utilização, em primeira pessoa, do mesmo verbo, no mesmo tempo e modo da pergunta)⁷⁵. Abstrato em virtude de não estar vinculado à causa subjacente – entendido o termo causa como a relação substancial que as partes pretendem colocar em prática por meio da *stipulatio*. Isto significa dizer que o promitente deveria executar a prestação e, correlativamente, o estipulante adquiriria o direito de pretendê-la, pelo simples fato de terem pronunciado conscientemente aquelas determinadas frases. Assim, a *stipulatio* produzia todos os seus efeitos, qualquer que fosse a causa e independentemente dela⁷⁶.

Os mais variados tipos de prestação (*dare, facere, praestare*⁷⁷) poderiam ser deduzidos *in stipulatione*, formando-lhe o objeto. A ampla gama de interesses que podiam ser encerrados em uma *stipulatio* justifica-se pelo fato de que a sua tipicidade relacionava-se à forma, não ao conteúdo. Esta circunstância, aliás, é apontada pela doutrina romanista como expediente muito utilizado, à época, para correção da rigidez do esquema da tipicidade contratual⁷⁸, vale

⁷⁴ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 140 e 473-474.

⁷⁵ Gai. 3,92. *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti: 'dari spondes?' 'spondeo', 'dabis?' 'dabo', 'promittis?' 'promitto', 'fidepromittis?' 'fidepromitto', 'fideiubes?' 'fideiubeo', 'facies?' 'faciam'.*[La obligación mediante palabras se hace por pregunta y respuesta, como: “¿Prometes dar?” “Prometo”; “¿Darás?” “Daré”; “¿Prometes?” “Prometo”; “¿Prometes con lealtad?” “Prometo con lealtad”; “¿Avalas lealmente?” “Avalo lealmente”; “¿Lo harás?” “Lo haré”.] Tradução de SAMPER, Francisco. *Instituciones Jurídicas de Gayo. Op. cit.*, p. 250-251.

⁷⁶ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio. Op. cit.*, p. 341-342.

⁷⁷ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio. Op. cit.*, p. 326: “La *stipulatio* può avere anche come oggetto un *praestare*, che importa assunzione volontaria di responsabilità diversamente dal regime legale.” Sobre o sentido do termo *praestare*, veja-se, ainda, BETTI, Emilio. *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi. Op. cit.*, p. 31: “Difatti il senso tecnico primitivo del termine latino *praestare* è quello di star garante per un evento, il quale, per lo più dipende bensì dal contegno del debitore, ma può anche talvolta non dipenderne almeno in modo esclusivo: e tale è anche il senso etimologico del termine (*praes stare*).”

⁷⁸ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 472-473. No mesmo sentido BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano. Op. cit.*, p. 442: “Il ricorso allo schema formale della *stipulatio*, effettuato per dar vita a obbligazioni aventi qualsivoglia contenuto, per la persecuzione dei più disparati intenti, permette in pratica di superare la rigida tipicità del sistema contrattuale classico: si spiega così che la *stipulatio* sia il contratto di più diffusa applicazione e funga spesso da paradigma per la elaborazione del regime degli altri contratti.”; BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio. Op. cit.*, p. 269-270: “Il riconoscimento dei singoli tipi contrattuali avviene gradatamente; quel risultato tecnico che successivamente si raggiunge per mezzo dei singoli contratti tipici, un tempo si raggiungeva, sia pure in modo complicato ed imperfettamente, per mezzo della *stipulatio*, e nei casi in cui la legislazione non è ancora pervenuta, è sempre la *stipulatio* che provvede. (...) La *stipulatio* nel sistema romano ha la massima importanza; costituisce quasi il paradigma della dottrina generale del contratto e della obbligazione, come risulta dall’ampia trattazione di Gaio (3, 97-127) e dal nutrito titolo delle Pandette *de verborum obligationibus* (45, 1). Nei testi giuridici si parla di *stipulatio* e di *stipulari* con la stessa frequenza con cui noi moderni parliamo di contratto e di contrattare. Bene spesso anzi il giurista quando parla di *stipulari* forse allude non alla *obligatio verbis* ma a qualunque contratto.”

dizer, o enquadramento da espécie em determinados esquemas preestabelecidos, sem o que não eram tutelados, e, portanto, inaptos à produção de efeitos.

No âmbito do processo formular, a substituição da primitiva responsabilidade pessoal pela responsabilidade patrimonial teve a seguinte implicação: a condenação deveria ser sempre em pecúnia⁷⁹. Explica-se: em toda a fórmula que contivesse uma *condemnatio*⁸⁰, a sentença deveria consistir, necessariamente, em caso de sucumbência do réu, em um *condemnare* em termos pecuniários *aestimata re*⁸¹. Com isto, consagrou-se, sem exceções, o caráter patrimonial da prestação⁸².

Tratando-se de inadimplemento de um débito pecuniário, o devedor seria condenado ao pagamento da soma devida, com os respectivos juros, quando estes fossem admitidos. Mas em se tratando de inadimplemento de obrigações com conteúdo diverso, surgia o problema de proceder à estimação em dinheiro do dano (obrigação dita secundária de ressarcimento pecuniário), em substituição à obrigação dita primária de cumprir a prestação originariamente devida. Esta estimação (*litis aestimatio*) era procedida com base em critérios variáveis, conforme o diferente caráter formular da ação. Assim, se a ação tivesse por objeto uma coisa certa, cuja avaliação era deixada ao juiz com a cláusula *quanti ea res est* ou *erit* ou *fuit*, a estimação seria fixada, pelo menos originariamente, no valor objetivo da coisa (*aestimatio rei*) — no momento da *litis contestatio* ou em um momento anterior ou posterior à emanção da sentença —, ao qual se acrescentaria o valor de eventuais prestações acessórias (frutos,

⁷⁹ TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2013, p. 248; BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino: UTET, 2003, p. 608.

⁸⁰ Gai. 4,48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum hominem vestem argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat. [La condenación de todas las fórmulas que la lleven consiste en una cantidad de dinero. Si pedimos una cosa corporal, por ejemplo, un fundo, un esclavo, un vestido, oro o plata, el juez no condena al demandado a la cosa misma, como solía hacerse antes, sino que le condena a la cantidad de dinero en que se ha valorado el objeto o la cosa.] Tradução de SAMPER, Francisco. *Instituciones Jurídicas de Gayo*. *Op. cit.*, p. 336-337.

⁸¹ ALBANESE, Bernardo. *Il Processo Privato Romano delle Legis Actiones*. Palermo: Palumbo, 1987, p. 138: “(...) quel che avveniva nel processo formulare, in cui, in ogni formula con *condemnatio*, la sentenza doveva consistere necessariamente, in caso di soccombenza del convenuto, in un *condemnare* in termini pecuniari *aestimata re*.” No direito justiniano, o princípio da condenação pecuniária é superado, conforme PROVERA, Giuseppe. *Prova, sentenza, appello in diritto romano*. In: *Scritti Giuridici*, p. 4. Disponível em: <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html>>. Acesso em: 2 fev. 2015: “Nel diritto giustiniano, ridotta entro confini sembra più ristretti la sfera della autodifesa privata dei diritti soggettivi, è sentita come esigenza primaria l’attuazione della volontà della legge (e quindi dell’imperatore, fonte esclusiva di produzione del diritto). Ne consegue che la esecuzione della sentenza potrà avvenire anche in forma specifica, con l’intervento, se necessario, della forza pubblica. Il superamento del principio della *condemnatio pecuniaria* è ormai definitivo; si può ricorrere, ove sia possibile, all’esecuzione *in ipsam rem*.”

⁸² TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano*. *Op. cit.*, p. 248.

acessões). Se a ação tivesse por objeto um *incertum*, cuja avaliação era deixada ao juiz com a cláusula *quidquid dare facere oportet*, a estimação seria fixada segundo a avaliação do dano subjetivo suportado pelo credor em razão do inadimplemento (*id quod creditoris interest*), calculado como a diferença entre a sua efetiva situação patrimonial em razão do inadimplemento e a situação patrimonial hipotética se a prestação tivesse sido adimplida⁸³.

Ensina Betti⁸⁴ que os romanos não viam a prestação como algo que poderia destacar-se da individualidade do devedor, de modo que para a sua execução sempre deveria concorrer a atividade dele. Não se admitia, portanto, execução forçada específica para entrega de coisa — o que somente ocorrerá em época mais tardia e no processo extraordinário — ou para obrigações de fazer e de não fazer. Para fins de execução forçada, os romanos não consideravam a prestação devida pelo obrigado como fungível — realizável pelo credor, mediante substituição por obra de pessoa diversa do devedor, independentemente da vontade deste último: cada obrigação era em si mesma infungível. No direito clássico, o credor que aciona em juízo o devedor inadimplente não pode exigir seja ele condenado à própria prestação devida: o exercício da ação pessoal (*actio in personam*) tem por efeito absorver a obrigação na relação processual, fenômeno este que revela o íntimo nexo que liga a obrigação à ação que lhe é coordenada. A condenação a que o credor tem direito somente poderá ter por objeto um sub-rogado da prestação devida: sub-rogado este consistente sempre na *aestimatio* e, conseqüentemente, em uma determinada soma em dinheiro equivalente à prestação.

⁸³ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. *Op. cit.*, p. 608-609.

⁸⁴ BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. *Op. cit.*, p. 6-7: “I romani non ravvisano mai nella prestazione un che di distaccabile, entro certi limiti, dalla individualità del debitore e suscettibile di esecuzione forzata specifica senza il concorso della sua attività. Nulla infatti è più alieno dal loro pensiero dell'idea di procacciare al creditore, direttamente e per via indipendente dalla volontà del debitore, la prestazione stessa che questi gli deve. Essi non ammettono, se non in età assai tarda e nella procedura straordinaria, una esecuzione forzata per consegna o rilascio. Non conoscono una esecuzione forzata diretta delle obbligazioni di fare e di non fare, per la quale il creditore sia autorizzato a far eseguire la prestazione — o rispettivamente a distruggere quanto si sia fatto in contravvenzione all'obbligo di non fare — a spese del debitore. Il che vuol dire che agli effetti dell'esecuzione forzata i romani non pervengono in nessun caso a considerare la prestazione dovuta dall'obbligato come fungibile, ossia come realizzabile dal creditore mediante sostituzione, ad opera di persona diversa dall'obbligato, prescindendo dalla sua volontà. Nel loro pensiero ogni obbligazione è per se stessa infungibile. In diritto classico il creditore, il quale convenga in giudizio il debitore inadempiente, non può, come di regola oggi, esigerne la condanna a quella stessa prestazione specifica che gli è dovuta. Il diritto a codesta prestazione, anzi, subisce una conversione per ciò stesso che si fa valere in giudizio. L'esercizio dell'azione personale, infatti, ha per effetto — sempre che ne concorrano gli altri estremi — l'assorbimento dell'obbligazione nel rapporto processuale: fenomeno, questo, che rivela quale intimo nesso legghi, in diritto romano, l'obbligazione all'azione che le è coordinata. La condanna a cui il creditore ha diritto, non può mai avere per oggetto che un surrogato della prestazione dovuta: surrogato consistente sempre nella *aestimatio* e quindi in una determinata somma di danaro equivalente alla prestazione.”

Ocorre, porém, que no período clássico, qualquer interesse do credor poderia ser *patrimonializado* mediante o recurso à *stipulatio poenae*⁸⁵. A estipulação de pena consistia na promessa de pagamento de uma soma pecuniária (ou, excepcionalmente, de outro objeto, como será visto mais adiante) para o caso de inexecução de uma determinada prestação. Seu objetivo era exercer pressão sobre o devedor, obrigando-o a executar ou fazer executar a prestação condicional, ao fixar previamente os danos que seriam devidos por inexecução do dever a cargo do devedor⁸⁶.

Neste contexto, as pertinentes palavras de Girard⁸⁷ denotam a importância do uso da *stipulatio poenae*:

O objeto da execução deveria sempre ser aquele mesmo da obrigação, e em particular nas obrigações contratuais a prestação a que o devedor se empenhara. Mas, por força das próprias coisas, também no direito moderno e no direito romano recente, em muitos casos isto não ocorre, por exemplo, para não entrar em outras complicações, no caso de uma obrigação de fazer. Quando um operário se obriga a fazer um trabalho, um artista uma estátua, um mandatário uma viagem, não é possível a execução forçada *in natura*: são concebíveis somente os danos-interesses. Isto era ainda mais verdadeiro em Roma no período do processo formular, quando todas as condenações eram pecuniárias, assim como já era, na realidade, ao tempo das *legis*

⁸⁵ TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano. Op. cit.*, p. 248.

⁸⁶ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker&Humblot, 1980. p. 258-259.

⁸⁷ GIRARD, Paolo Federico. *Manuale Elementare di Diritto Romano*. Versión italiana sulla quarta edizione francese con aggiunte dell'Autore, e con postille bibliografiche di Carlo Longo. Milano: Società Editrice Libreria, 1909, p. 658-659: "L'oggetto dell'esecuzione sembrerebbe dover essere sempre quello stesso dell'obbligazione, ed in particolare, nelle obbligazioni contrattuali, la prestazione cui il debitore si è impegnato. Ma, per forza stessa delle cose, anche nel diritto moderno e nel diritto romano recente, in molti casi ciò non avviene, ad. es., per non entrare in altre complicazioni, nel caso di una obbligazione di fare. Quando un operaio si è obbligato a fare un lavoro, un artista una statua, un mandatario un viaggio, non è possibile una esecuzione forzata in natura: non sono concepibili che dei danni-interessi. Questo era anche più vero in Roma a tempo della procedura formulare, quando tutte le condanne erano pecuniarie, e già realmente pure a tempo delle *legis actiones*, quando l'esecuzione in via di *manus iniectio* non era applicabile che a crediti di denaro: il meccanismo del procedimento per ottenere l'esecuzione dell'obbligazione metteva spontaneamente capo a sostituire un credito di denaro non solo al credito che avesse ad oggetto un fare od un non fare, ma anche a quello avente ad oggetto un corpo certo. Questo sistema ha dovuto naturalmente dare una enorme importanza alla stima a denaro del valore dei crediti ed ha dovuto di buon'ora condurre ad un istituto che vige ancora nell'epoca recente e forse in un certo momento fu l'unico mezzo di realizzare praticamente delle obbligazioni aventi ad oggetto cose diverse dal denaro. Questo istituto è la *stipulatio poenae*, in cui il debitore promette una determinata somma pel caso que non esegua la prestazione convenuta; essa quindi trasforma in un credito condizionale di *pecunia numerata* il diritto di credito avente un oggetto diverso, ad. es., un fare, un non fare o la traslazione della proprietà di un corpo certo. Giustiniano ne raccomanda ancora l'uso per le obbligazioni di fare e di non fare; essa è pure molto usitata nell'epoca classica, e si può concepire un'epoca nella quale, non essendo le obbligazioni contrattuali suscettibili di avere ad oggetto un *incertum* e forse neppure una cosa diversa dal denaro, il solo mezzo di procurarsi un diritto alla prestazione di una *certa res* o di un fatto sia stato quello di concludere un contratto che desse diritto ad una certa somma in mancanza dell'adempimento del fatto o della dazione della *certa res*. (...) Questa necessità si presenta già pei crediti nascenti da delitto sotto le XII Tavole, e si è presentata pure in epoca anteriore all'introduzione della procedura formulare pei crediti nascenti da contratto."

actiones, quando a execução por meio da *manus iniectio* era aplicável apenas aos créditos de dinheiro: o mecanismo do procedimento para obter a execução da obrigação conduz espontaneamente a substituir por um crédito de dinheiro não somente o crédito que tivesse por objeto um fazer ou um não fazer, mas também aquele que tivesse por objeto um corpo certo.

Este sistema, naturalmente, deve ter dado uma enorme importância à estimação em dinheiro do valor dos créditos e deve ter, em boa hora, conduzido a um instituto que vige ainda em época recente e talvez em certo momento tenha sido o único meio de realizar, na prática, as obrigações cujo objeto fosse coisa diversa de dinheiro. Este instituto é a *stipulatio poenae*, em que o devedor promete uma determinada soma para o caso de não cumprir a prestação convencional; ela, portanto, transforma em um crédito condicional de *pecunia numerata* o direito de crédito que tenha um objeto diverso, por exemplo, um fazer, um não fazer, ou a transferência de propriedade de um corpo certo. Ainda Justiniano recomenda a sua utilização para as obrigações de fazer e de não fazer. Ela é muito utilizada no período clássico, e se pode conceber uma época na qual, não sendo as obrigações contratuais suscetíveis de ter como objeto um *incertum* e talvez nem mesmo uma coisa diversa do dinheiro, o único meio para perseguir o direito à prestação de uma *certa res* ou de um fato tenha sido a celebração de um contrato que desse direito a uma certa soma, na ausência de adimplemento do fato ou da dação da *certa res*. (...) Esta necessidade se apresenta já para os créditos oriundos de delito no período das XII Tábuas, e se apresentou também em época anterior à introdução do processo formular para os créditos derivados de contrato.

A *stipulatio poenae* tinha, em geral, dois escopos: tornar coercível um comportamento desprovido de conteúdo patrimonial; e, liquidar, preventiva e convencionalmente, o dano derivante de uma prestação em si mesma patrimonial, sobretudo nas hipóteses em que a liquidação de tal prestação fosse difícil ou incerta⁸⁸. Para evitar que o credor tivesse que produzir a árdua prova do montante do dano sofrido, as partes poderiam recorrer à estipulação de pena (*poena*) convencional, consistente na maioria das vezes em uma soma em dinheiro, a que se comprometia o devedor, mediante *stipulatio*, a pagar ao credor em caso de inadimplemento da prestação devida (dita pena convencional própria). À *stipulatio poenae* se poderia recorrer, também, para comprometer-se ao pagamento de uma pena para o caso de inadimplemento de uma prestação que não era diretamente devida, mas somente deduzida na *stipulatio poenae* como condição potestativa negativa da obrigação de pagar a pena (dita pena convencional imprópria). A esta última se costumava recorrer quando a prestação deduzida em condição não pudesse constituir objeto válido de obrigação⁸⁹. A pena convencional também poderia ser estabelecida por meio de um *pactum adiectum* (somente) nos contratos tutelados por *iudicia bonae fidei*⁹⁰.

⁸⁸ TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano*. Op. cit., p. 276.

⁸⁹ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. Op. cit., p. 609.

⁹⁰ TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano*. Op. cit., p. 276.

Evidencia-se, portanto, que por meio da *stipulatio poenae* se poderia reforçar o liame de uma obrigação plenamente válida, ao assegurar, por via indireta, a execução da prestação que era objeto da estipulação principal, pois pesava sobre o devedor a ameaça de agravar-se a sua obrigação se a condição da obrigação acessória — inexecução da dívida primária — se realizasse⁹¹.

Outrossim, a estipulação de pena revelava-se como instrumento útil para o reconhecimento da validade de relações que o direito não admitia ou relações jurídicas cuja sanção era somente imperfeita. Era comum o seu uso, por exemplo, para garantir o adimplemento de deveres derivados de pactos nus, os quais não eram considerados fonte de obrigação, e, por conseguinte, não eram tutelados por uma ação⁹². Neste caso, o meio jurídico para obter o adimplemento era justamente a estipulação da pena, com base na qual o credor obtinha uma ação para buscar o adimplemento da obrigação assumida no pacto pelo devedor.

A abstração da causa da *stipulatio*, porém, com o passar do tempo, foi-se relativizando. Gradativamente a causa do negócio passou a ser considerada para fins de sua eficácia. Este processo histórico, segundo Biondi⁹³, foi incessante, enquanto a partir da consideração das causas no âmbito dos negócios abstratos, estas acabaram sendo elevadas à categoria de institutos autônomos (como por exemplo, a doação, a constituição de dote, e assim por diante). Segundo o *ius civile*, a *stipulatio sine causa* era perfeitamente válida, mas o promitente, réu em juízo por inadimplemento da prestação, poderia opor uma *exceptio doli*, argumentando que o autor estava agindo com dolo.

No decorrer dos séculos, a *stipulatio* sofreu importantes modificações. Desde a última idade republicana tornou-se uso atestar o negócio (verbal) em um documento escrito, o qual

⁹¹ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 259.

⁹²No direito romano clássico os pactos não eram considerados fonte de obrigação, e logo não geravam ações, mas exceções, conforme D. 2.14.7.4. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. [Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro IV*. Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción.] BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. *Op. cit.*, p. 487, explica que: “Il patto di per sé (nuda pactio) non è di regola produttivo di obbligazione, e quindi sanzionato da azione, bensì solo eventualmente produttivo di effetti estintivi dell’obbligazione, specie in virtù della generica concessione dell’exceptio pacti, di cui abbiamo fatto cenno, ad opera del pretore.”.

⁹³ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. *Op. cit.*, p. 342-343.

durante o período clássico tinha valor meramente probatório da celebração da imprescindível solenidade oral⁹⁴.

No período pós-clássico o uso de fazer constar a estipulação por escrito muito se difundiu, e ao documento que atestava a celebração da solenidade verbal foi reconhecida plena validade, houvesse a solenidade efetivamente ocorrido ou não. Contudo, era necessário que o documento atestasse ter havido lugar a pergunta e a congruente resposta, segundo o esquema clássico⁹⁵.

No ano 472 o Imperador Leão admitiu a validade da *stipulatio* celebrada mediante a pronúncia de quaisquer outras palavras (*quibuscumque verbis*). Bastava que a consenso das partes houvesse sido expressado livremente, não importando quais as expressões verbais tivessem elas utilizado, ainda que fora do esquema pergunta-resposta⁹⁶.

O Imperador Justiniano, apesar de ter acolhido a constituição de Leão no *Codex*⁹⁷, confirmou o enquadramento clássico da *stipulatio* como contrato verbal. Não deixou, porém, de reconhecer a praxe pós-clássica sobre a validade do documento, em si mesmo, contendo a estipulação. Consequentemente, considera ser necessária a pronúncia de palavras, mas estabelece que as palavras da estipulação, em presença do respectivo documento, devem

⁹⁴ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 476.

⁹⁵ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 476.

⁹⁶ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano. Op. cit.*, p. 446-447; MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano. Op. cit.*, p. 476.

⁹⁷ CI. 8, 37, 10. *Imp Leo A Erythrio P P* – Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis consensu contrahentium compositae sunt, legibus cognitae suam habeant firmitatem. Dat. Kal. Inuar Constantinop Marciano et Zenone Conss (469) [*El Emperador Leon, Augusto á Eritrio, Prefecto del Pretorio* – Tengan su validez todas las estipulaciones reconocidas por las leyes, aunque no hayan sido hechas con palabras solemnes ó directas, sino con otras cualesquiera con el consentimiento de los contratantes. Dada en Constantinopla las Calendas de Enero, bajo el consulado de Marciano y de Zenon (469)]

I. 3, 15, 1. In hac re olim talia verba tradita fuerunt: «spondes? spondeo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubeo; dabis? dabo; facies? faciam.» Utrum autem latina an Graeca, vel qua alia lingua stipulatio concipitur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum eius linguae habeat; nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata responderé: quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressum est. [Tales fueron las palabras empleadas en otro tiempo en esta obligación: «¿ofreces espontáneamente? ofrezco espontáneamente; ¿prometes? prometo; ¿prometes por tu fe? prometo por mi fe; ¿sales fiador? salgo fiador; ¿darás? daré; ¿harás? haré.» Mas no importa que la estipulación se haga o en latín, o en griego, o en otra cualquiera lengua, con tal que ambos estipulantes entiendan dicha lengua; y no es necesario que ambos usen la misma lengua, sino que basta responder congruientemente a lo preguntado: por lo que, también dos griegos pueden contraer una obligación en lengua latina. Mas estas palabras solemnes estuvieron ciertamente en uso en otro tiempo; mas después se promulgó una constitución de Leon, la cual, suprimida la solemnidad de las palabras, requiere únicamente de una y otra parte una manifestación conocida y acorde, aunque se haya expresado con cualesquiera palabras.]

presumir-se pronunciadas, presunção esta que somente poderia ser ilidida mediante prova de que as partes não estivessem presentes na mesma cidade ou localidade no dia em que o documento houvesse sido redigido⁹⁸.

Ademais, adquire amplitude de regra geral a causalidade da *stipulatio*, com obliteração da sua abstração. Dado que no sistema jurídico justinianeu o *ius civile* e o direito pretoriano se fundiram na unidade do ordenamento jurídico, a *exceptio* deixou de ser a clássica cláusula formular que se contrapunha à *intentio* do autor para lhe neutralizar os efeitos, passando a ser alegação com força para desconstituir a pretensão do autor; o promitente *sine causa* não era devedor, de modo que poderia fazer valer a inexistência de causa por via da exceção. Destarte, requerendo o autor o adimplemento da prestação, poderia o réu opor-lhe a exceção de inexistência de causa, porém, sobre ele recairia o ônus da respectiva prova⁹⁹.

Enfim, no direito justinianeu qualquer convenção obrigatória, uma vez concluída de modo explícito e com observância dos requisitos antes mencionados constituiria *stipulatio*¹⁰⁰.

⁹⁸ C. 8, 37, 4, 2. *Imp* Iustinianus A Ioanni P P – Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum conscriptum est, nisi is, qui dicit, sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit, sese vel adversarium suum eo die civitate abfuisse; sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas. Dat Kal Novem post consulatum Pampadii et Orestis VV CC (531) [*El Emperador Justiniano, Augusto, á Juan, Prefecto del Pretorio* – Y si se dice que la cosa se hizo entre partes presentes, también se ha de creer esto, si, no obstante, ambas personas se hallaren en la misma ciudad aquel día en que se escribió tal instrumento, á no ser que el que dice que él o su adversario estaba ausente demostrar con claras y muy evidentes pruebas, y mejor ciertamente por medio de escritura, o a lo menos por testigos de todo punto idóneos y mayores de toda excepción, que él o su adversario estuvo ausente de la ciudad en aquel día; mas por utilidad de los contratantes se ha de dar crédito a tales escrituras. Dada las Calendas de Noviembre, después del consulado de Lampadio y de Oreste, varones esclarecidos (531)]

I. 3, 19, 12. Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed quum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, et non praesentes esse vel se vel adversários suos contententibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus; per quam disposuimus, tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idóneos approbaverit, in ipso Toto die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse. [También es inútil la obligación contraída por palabras entre ausentes. Mas como esto daba materia para litigios á los hombres pleitistas, que después de algún tiempo oponían quizás tales alegaciones, sosteniendo que ellos ó sus adversarios no se hallaban presentes, por ello, se introdujo para la rapidez en dirimir los litigios la constitución nuestra que dirigimos á los abogados de Cesaréa; por la cual dispusimos, que tales escrituras que indican que las partes estaban presentes, deben ser en un todo creídas, salvo si el que se vale de tales poco honradas alegaciones hubiere probado con evidéntísimas pruebas, ya por medio de escritura ya por testigos idóneos, que en todo aquel día en que se hacía el instrumento él o su adversario se hallaba en otro lugar.]

⁹⁹ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. *Op. cit.*, p. 342-343.

¹⁰⁰ BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto Privato Romano*. *Op. cit.*, p. 447.

A relação entre as ideias de *poena* e de ressarcimento de danos ao tempo de Justiniano torna-se bem mais complexa. Conforme Ratti¹⁰¹, o termo *delictum* tende a compreender o ato ilícito em geral, e é estendido ao dolo, seja contratual que extracontratual. Fala-se em delito também com referência à culpa. Um elemento delituoso, um delito em sentido amplo, encontra-se em todos os atos antijurídicos, todos eles sancionados com uma pena.

A distinção entre delito e ilícito civil, entre pena e ressarcimento, afigura-se obscura, o que se confirma com base nos escassos limites estabelecido no novo direito no concernente à antítese entre ação penal privada e ação de ressarcimento¹⁰².

No direito clássico a ação penal, regida por princípios próprios, nasce de uma *obligatio ex delicto* e visa a punir o autor do fato. No direito justiniano a ação penal privada é, substancialmente, aquela que excede a medida do ressarcimento, nos limites do excesso¹⁰³. Praticamente desaparece a antítese entre princípios próprios da ação penal e próprios da ação de ressarcimento. Isto se deve, em parte, à infiltração do elemento reipersecutório no campo da ação penal privada, e, vice-versa, em parte, à irrupção do elemento penal no campo da ação reipersecutória. Mesmo quando os antigos princípios permanecem hígidos, isto ocorre através de construções forçadas e frágeis, como aquela, por exemplo, segundo a qual o dolo contratual é um delito, mas a relativa obrigação deriva de contrato, não de delito.

Parece que o elemento delito coloca-se em posição de subordinação na configuração da violação contratual, assim como o elemento pena na configuração do ressarcimento. À ação de ressarcimento, entretanto, não é estranha uma função penal, do mesmo modo que não é estranho o elemento delituoso à violação contratual, sobretudo aquela que deriva de dolo.

Aspecto importante consiste na relação, neste período do direito romano mais recente, entre ressarcimento — entendido como pena em sentido amplo — e a pena convencional. Esta última, por vezes, compreende o ressarcimento, e, por vezes, a ele se acresce. No primeiro caso, as ideias de pena e ressarcimento se confundem de modo análogo ao que foi acima observado no tocante à noção justiniana de ressarcimento. A ação que deriva da violação

¹⁰¹ RATTI, Umberto. Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano. *Op. cit.*, p. 176-177.

¹⁰² RATTI, Umberto. Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano. *Op. cit.*, p. 177.

¹⁰³ RATTI, Umberto. Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano. *Op. cit.*, p. 177-178.

contratual é uma ação civil, que busca a pena convencionada por vontade das partes com um escopo dúplice: punitivo e reipersecutório.

A aludida confusão cria um problema específico no âmbito da *stipulatio poenae*. Na sede oportuna, trataremos com a devida profundidade a questão da fixação do montante da pena convencional. Pode-se, contudo, já adiantar, que a constituição de Justiniano contida no *Codex* 7, 47, 1, ao estabelecer um teto (duplo do valor da prestação) — que provavelmente não se refere somente à *poena* objeto da *stipulatio*, mas a todas as condenações — configura uma das duas únicas exceções à liberdade na determinação do *quantum* da pena.

1.2. A *stipulatio poenae*

1.2.1 Finalidade e Estrutura

Mencionamos acima, *en passant*, que a *stipulatio poenae* apresentava-se de duas formas. Esta afirmação encontra-se alicerçada no testemunho das fontes romanas, assim como a distinta finalidade pressuposta em cada uma das duas estruturas.

A *stipulatio poenae* própria, também denominada dupla ou não autônoma, caracterizava-se por conter duas estipulações, uma primária e outra secundária (penal), sendo esta última acessória, condicionada ao inadimplemento da obrigação primária.

Segundo Pasquale Voci¹⁰⁴, os fragmentos do Digesto que representam as mais antigas fontes de *stipulatio poenae* própria encontram-se em D. 17, 2, 71pr.¹⁰⁵ e D. 44, 7, 44, 6¹⁰⁶.

¹⁰⁴VOCI, Pasquale. Recensiones librorum: Rolf Knütel, *Stipulatio poenae*. Studien zur römischen Vertragsstrafe. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, v. 43, 1977, p. 638.

¹⁰⁵D. 17, 2, 71pr. *Paulus libro tertio epitomarum Alfeni digestorum*. Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: ‘haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?’ quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent ‘haec ita dari fieri spondes?’, futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati ‘ea ita dari fieri spondes?’ sed ‘si ea ita facta non essent, decem dari?’ non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.

D. 17, 2, 71pr. Paulo; *Epítome del Digesto de Alfeno, libro III*. – Dos constituyeron sociedad para enseñar gramática, y para que la ganancia que con esta enseñanza realizasen fuese común para ellos; consignaron en el pacto convenido de la sociedad lo que sobre el particular quisieron que se hiciera; después estipularon entre sí en estos términos: «lo que arriba se ha escrito cúmplase y hágase de este modo, y no se haga nada contra ello; y si de este modo no se hubiere cumplido y hecho, páguense entonces veinte mil»; se preguntó, si se hubiese hecho algo en contra, ¿podría ejercitarse la acción de sociedad? Respondió, que si verdaderamente en el pacto convenido hecho entre ellos respecto á la sociedad hubiesen estipulado de este modo: «¿prometes que así se cumplirá y hará esto?» habrá de suceder, que si tal hubiesen hecho por causa de novación, no se podría ejercitar la acción de sociedad, sino que se consideraría transferido á la estipulación todo el negocio. Pero que como hubiesen estipulado de esta manera: «¿prometes que así se cumplirá y hará esto?» sino, «si así no se hubiese hecho esto, dense diez», no le parecía que en la estipulación se comprendió el negocio, sino solamente la pena; porque el prometedor de una y otra cosa no se obliga á cumplirla y hacerla, y se no la hubiese hecho, á sufrir la pena, y por esto puede ejercitar la acción de sociedad.

D. 44, 7, 44, 6. Paulo; *Comentarios al Edicto del Pretor, libro LXXIV*. – Pero si estipulé que se hiciera una nave, y, si no la hicieres, la suma de ciento, se ha de ver si hay dos estipulaciones, una pura, y otra condicional, y si cumpliéndose la condición de la segunda no extinguirá la primera, ó si la transfiere á si, y se hace una como novación de la primera; lo que es más verdadero.

Assim estruturada a estipulação, a pena exercia função de garantia da obrigação principal.

Por outro lado, a *stipulatio poenae* dita imprópria ou simples, ou autônoma, é configurada por uma só estipulação, consistente na obrigação de dar, uma vez que um determinado comportamento (condição suspensiva da obrigação) se verifique (condição suspensiva positiva) ou não se verifique (condição suspensiva negativa).

Trata-se da *stipulatio poenae* condicional, na qual a pena é acordada para a hipótese de inexecução de uma determinada prestação, positiva ou negativa, que não está deduzida *in obligatione*. Neste caso, a prestação efetivamente pretendida aparece como mera condição, e o seu cumprimento é apenas um meio de evitar a aplicação da pena. Seu escopo, neste caso, é induzir o devedor ao cumprimento de um determinado comportamento.

¹⁰⁶ D. 44, 7, 44, 6. *Paulus libro septuagesimo quarto ad edictum praetoris*. Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est.

Esta hipótese de *stipulatio poenae* está retratada em D. 45, 1, 115, 2 e D. 44,7,44,5:

D. 45, 1, 115, 2¹⁰⁷. Papiniano; *Cuestiones, libro II*. – Asimismo, si alguno estipulara de este modo: «¿prometes dar ciento si no me dieres el esclavo Pánfilo?» respondió Pegaso, que no se incurre en la estipulación antes que hubiese dejado de poder ser dado Pánfilo. Pero Sabino opinaba, que, conforme á la intención de los contratantes, se podía ejercitar inmediatamente la acción, después que el esclavo pudo ser dado; y que no se podía ejercitar la acción de la estipulación mientras que en el prometedor no consistió no dar el esclavo; y defendía esto con el ejemplo de las provisiones legadas. Porque Mucio escribió, que el heredero, si hubiese podido dar las provisiones, y no las hubiese dado, quedaba obligado inmediatamente al dinero legado; y esto se admitió por causa de utilidad a favor de la voluntad del difunto, y por la naturaleza de la misma cosa. Así, pues, se puede admitir la opinión de Sabino, si la estipulación no comenzó por la condición, por ejemplo: «si no hubieres dado el esclavo Pánfilo ¿prometes dar tanto?» sino si la estipulación hubiera sido concebida así: «prometes dar el esclavo Pánfilo? ¿si no lo dieres, prometes dar tanto?» Lo que sin duda será verdad cuando se prueba que se trató esto, que, si no se hubiere dado el esclavo, se deberán el esclavo y el dinero. Mas se habrá de defender lo mismo, aunque se haya convenido de modo que no entregándose el esclavo se deba solamente el dinero, porque se prueba que fue la voluntad que se entregase el esclavo, ó se pidiese el dinero.

D. 44, 7, 44, 5¹⁰⁸. Paulo; *Comentarios al Edicto del Pretor, libro LXXIV*. - Si yo hubiera estipulado así: «¿si no dieres el fundo, prometes dar ciento?» sólo los ciento están comprendidos en la estipulación, y en el pago el fundo.

No primeiro caso, a obrigação contida na *stipulatio* é de dar cem, caso se verifique a condição, isto é, não seja dado o escravo Pánfilo. No segundo caso, igualmente, a promessa é de dar cem, caso não seja dado o fundo.

Aspecto importante da *stipulatio poenae* imprópria é que o comportamento objeto da condição poderia ser do próprio promitente ou de um terceiro. Era possível que o objeto da promessa fosse o fato de um terceiro, mas com responsabilidade própria do promitente, caso o

¹⁰⁷ D. 45, 1, 115, 2. *Papinianus libro secundo quaestionum*. Item si quis ita stipuletur: ‘si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?’ Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti ‘si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?’, sed ita concepta sit stipulatio: ‘Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?’ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

¹⁰⁸ D. 44, 7, 44, 5. *Paulus libro septuagesimo quarto ad edictum praetoris*. Si ita stipulatus sim: «si fundum non dederis, centum dare spondes?» sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

terceiro não a cumprisse. Esta era a via, também, por meio da qual se podia burlar o princípio *alteri stipulare nemo potest*, do qual decorria a nulidade da estipulação em favor de terceiro¹⁰⁹. É o que se lê em D. 45, 1, 38, 2, D. 45, 1, 38, 17 e I. 3, 19, 19:

D. 45, 1, 38, 2¹¹⁰. Ulpiano; *Comentarios á Sabino, libro XLIX*. Mas si alguno quisiera prometer um hecho ajeno, puede prometer uma pena, ó quanto importar la cosa. Pero ¿Cómo se considerará que es lícito tener? Si nadie promoviera controversia, esto, es, ni el mismo reo, ni sus herederos, o los sucesores de los herederos.

D. 45, 1, 38, 17¹¹¹. Ulpiano; *Comentarios á Sabino, libro XLIX*. Nadie puede estipular para otro, salvo si el esclavo estipulara para el señor, ó el hijo para el padre; porque estas obligaciones se inventaron para esto, para que cada cual adquiriera para sí por lo que le interesa; mas nada me interesa que se le dé á otro. Y si ciertamente yo quisiera hacer esto, convendrá que se estipule una pena, para que, si no se hubiere hecho tal como se consignó, se incurra en la estipulación aun respecto de aquel á quien nada le interesa; porque cuando alguno estipula una pena, no mira lo que interesa, sino cuál sea la cantidad, y cuál la condición de la estipulación.

No primeiro fragmento colacionado, Ulpiano sugere a estipulação de uma pena em favor do estipulante para a hipótese de inadimplemento por parte do terceiro. Neste caso, porém, o objeto da *stipulatio* não é o fato do terceiro, deduzido apenas como condição negativa, mas sim a pena ou o valor correspondente à coisa¹¹². Logo, a *stipulatio* não obrigava o terceiro, estranho ao ato; obrigado a que o terceiro executasse a prestação era o promitente, e, portanto, somente contra este último o estipulante poderia promover ação em virtude de descumprimento do acordo¹¹³.

No segundo passo, o mesmo jurista considera válida a estipulação da pena para o caso de inexecução da prestação em favor de um terceiro. Ainda que o estipulante não tivesse interesse na prestação em si mesma, o fato da estipulação da pena pecuniária em seu próprio favor era tido por si só suficiente. Assim, o estipulante tinha ação para pretender a pena, mas

¹⁰⁹ FREZZA, Paolo. La clausola penale. In: *Scritti*, (a cura di) AMARELLI, Francesco; GERMINO, Emilio, v. 2, Roma: Pontificia Universitas Lateranensis-Mursia, 2000, p. 335.

¹¹⁰ D. 45, 1, 38, 2. *Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum*. At si quis velit factum alienum promittere, poenam, vel quanti ea res sit, potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si Nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse réus, neque heredes eius, heredumve successores.

¹¹¹ D. 45, 1, 38, 17. *Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum*. Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

¹¹² BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. Op. cit., p. 326.

¹¹³ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. Op. cit., p. 352.

não a prestação inadimplida; e o terceiro era autorizado somente a receber a prestação, não adquiriria direito ou ação¹¹⁴.

I. 3, 19, 19¹¹⁵. Nadie puede, según arriba se ha dicho, estipular para otro; pues las obligaciones de esta clase han sido inventadas para esto, para que cada cual adquiriera para sí lo que le interesa; y por lo demás, nada importa al estipulante que se dé á otro. Mas si alguno quisiera hacer esto, convendrá que estipule una pena, para que si no se hubiere hecho la cosa del modo que se expresó, se realice la estipulación de la pena aun para aquel á quien nada importa; pues cuando alguno estipula alguna pena, no se considera lo que le importe, sino cuál sea la cuantía en la condición de la estipulación. Así, pues, si alguno estipulara que se dé á Ticio, el acto es nulo, pero si hubiere añadido esta pena: «¿si no le hubieres dado, prometes darme tantos áureos?» entonces es válida la estipulación.

Voci¹¹⁶ afirma que o testemunho mais antigo de estipulação única com função coercitiva está em 45, 1, 4, 1.

D. 45, 1, 4, 1¹¹⁷. Paulo; *Comentarios á Sabino, libro XII*. – Escribe Catón en el libro décimo quinto, que habiéndose prometido la pena de cierta cantidad, si se hubiera hecho alguna cosa de otro modo, y habiendo fallecido el que la prometió, si uno de los muchos herederos hubiere obrado contra lo que se convino, ó se incurrirá por todos los herederos en la pena con arreglo á su porción de herencia, ó por uno solo con arreglo á su propia porción. Por todos, si el hecho, sobre que se convino, fuera indivisible, como «que se haga un camino», porque lo que no se puede dividir en partes se considera hecho en cierto modo por todos. Mas si se hubiera convenido sobre cosa que admita división, como «que no se conduzca ya más», entonces el heredero que obró en contra de esto incurre él solo en la pena con arreglo á su porción. La razón de la diferencia es esta, que se considera que en el primer

¹¹⁴ BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. *Op. cit.*, p. 351-352.

¹¹⁵ I. 3, 19, 19. Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud insicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena nisi dederis, tor aureos dare spondes? Tunc committitur stipulatio.

¹¹⁶ VOCI, Pasquale. *Recensiones librorum*. *Op. cit.*, p. 638.

¹¹⁷ D. 45, 1, 4, 1. *Paulus libro duodecimo ad Sabinum*. Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti ‘iter fieri’, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti ‘amplius non agi’, tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem ‘per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?’ sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione ‘Titium heredemque eius ratum habiturum’: nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

caso, como no se podría incurrir en culpa sino juntamente, todos incurrieron en la estipulación, «¿no se hará por ti que no me sea lícito pasar y conducir?» Mas veamos si en este caso será lo mismo; pero más bien es lo mismo que en esta estipulación, «¿lo ratificarán Ticio y su heredero?» porque en esta estipulación estará solo obligado el que no hubiere ratificado, y ejercerá la acción solo aquel á quien se hubiere pedido; y esto le parece también á Marcelo; aunque el mismo dueño no puede ratificar en parte.

A partir de Alfeno, na *stipulatio poenae* própria (não autônoma), a *actio ex stipulatu* para obtenção da pena concorre, eletivamente, com a ação que nasce da prestação subjacente, desde que integre um contrato típico. Na *stipulatio poenae* imprópria ou autônoma, o interesse subjacente é absorvido na *stipulatio*, da qual nasce somente a *actio ex stipulatu* para obtenção da pena, e não ação para obtenção da prestação primária¹¹⁸.

1.2.2 Exigibilidade da pena ('*commissio poenae*')

A condição de eficácia da estipulação penal é o verificar-se do comportamento que a condiciona, negativa ou positivamente.

Tratando-se de um comportamento com conteúdo negativo — obrigação de não fazer (*non facere*) —, o crédito oriundo da estipulação penal tornava-se exigível uma vez praticado o ato a que o promitente deveria se abster¹¹⁹:

D. 45, 1, 122, 6¹²⁰. Scévola; *Digesto, libro XXVIII*. Dos hermanos dividieron entre si la herencia, y se dieron caución de que ellos no harían nada contra esta división; y, para si uno hubiese hecho lo contrario, el uno le prometió pena al otro; después de la muerte de uno, el que le sobrevivió les pidió á los herederos de aquél la herencia, como si le fuera debida por causa de fideicomiso dejado á él por el padre; y se falló contra él, como si también se hubiese transigido sobre esto; se preguntó, si se habrá incurrido en la pena. Respondió, que, según lo que se exponía, se incurrió en la pena.

¹¹⁸TALAMANCA, Mario. *Elementi di Diritto Privato Romano. Op. cit.*, p. 276.

¹¹⁹FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 338: “Nel secondo caso (*non facere*), la *poena* è *commissa* (ossia il credito nascente dalla stipulazione penale è esigibile) quando è stato compiuto l'atto contrario (...)”.

¹²⁰D. 45, 1, 122, 6. *Scaevola libro vicensimo octavo digestorum*. Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissae esset. respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam.

D. 19, 2, 54, 1¹²¹. Paulo; *Respuestas, libro V.* - Se convino entre el arrendador y el arrendatario de un fundo, que durante el tiempo del arrendamiento el arrendatario Seyo no fuera echado del fundo contra su voluntad; y si hubiese sido echado, que el arrendador Ticio pagase diez de pena al arrendatario Seyo, ó respecto de Ticio, que el arrendatario Seyo, si dentro del tiempo del arrendamiento quisiera dejarlo, estuviera pronto á pagar igualmente diez al arrendador Ticio, y así lo estipularon recíprocamente; pregunto, ¿no pagando el arrendatario Seyo la pensión de dos años continuos, podrá ser lanzado sin miedo á la pena? Paulo respondió, que aunque nada se haya expresado en la estipulación penal respecto al pago de las pensiones, es, sin embargo, verosímil, que convinieron de este modo respecto á que no fuese expulsado el colono dentro del tiempo prefijado, si hubiere pagado las pensiones, y cultivase como corresponde; y que por esto, si el que no satisfizo las pensiones hubiere comenzado á pedir la pena, habrá de aprovecharle al arrendador la excepción de dolo.

O caso concreto do parecer de Paulo em D. 19, 2, 54, 1 envolvia um contrato de locação de terras em que locador e locatário estipularam penas, reciprocamente, a fim de assegurarem a observância da avença. Quando da conclusão do contrato o locador comprometeu-se, mediante *stipulatio poenae*, a não expulsar o colono locatário da área de terras locada antes do prazo fixado. A seu turno, o locatário obrigou-se, também por meio de *stipulatio poenae*, a não abandonar as terras locadas até o prazo final do contrato. O locatário deixou de pagar a remuneração pela locação por dois anos consecutivos. Colocou-se então para Paulo a seguinte indagação: se o locador expulsar o locatário antes do término fixado no contrato face ao não pagamento do aluguel, terá ele que pagar a penal, mesmo que a interrupção da relação contratual tenha sido causada pelo comportamento omissivo do colono? A preocupação era legítima, pois o rigorismo do *ius civile* conduziria à obrigatoriedade de pagamento da pena a que se comprometera o locador por meio da *stipulatio*, ainda que ele não fosse subjetivamente imputável pelo descumprimento do seu dever de não expulsar o locatário¹²².

A resposta do jurista à questão é negativa. No seu entendimento deveria-se presumir, em sede de interpretação da vontade negocial, que o intuito das partes tivesse sido o de limitar a incursão na pena somente à hipótese de o locatário cumprir escrupulosamente as

¹²¹ D. 19, 2, 54, 1. *Paulus libro quinto responsorum.* Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. quaero, cum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.

¹²² GILIBERTI, Giuseppe. La ‘Stipulatio Poenae’ in D. 19.2.54.1 (Paul. 5 Resp.). *Labeo*, n. 29, 1983, p. 45-46.

suas obrigações contratuais. Paulo menciona que entre as obrigações fundamentais do locatário estavam a de pagamento da remuneração da locação e a de cultivo da terra. Portanto, se o locador fosse chamado em juízo para pagamento da pena, ele poderia opor contra a *actio ex stipulatu* do locatário uma *exceptio doli*¹²³.

Conforme os dois textos acima referidos, portanto, confirma-se a *commissio poenae* quando o devedor pratica o ato a cuja abstenção se obrigara¹²⁴, admitida, porém, a oposição de uma exceção de dolo pelo promitente que tivesse justificativa para o seu inadimplemento¹²⁵.

No tocante à *commissio poenae* nas estipulações envolvendo um comportamento com conteúdo positivo — obrigação de fazer (*facere*), a situação é mais complexa. Nem sempre as partes fixavam o prazo para o cumprimento da obrigação, e, quando isto ocorresse, era importante estabelecer-se o momento a partir do qual a pena se tornaria exigível. A distinção entre duas subespécies de *stipulatio poenae* condicionada a uma obrigação de fazer, conforme houvesse sido fixado um termo para o adimplemento ou não, é tratada nas fontes.

Na hipótese de que as partes tivessem estipulado o prazo final para cumprimento da obrigação de fazer, a pena só seria exigível com o advento do termo. Mesmo sobrevindo impossibilidade de cumprimento da obrigação, por perecimento da coisa devida, antes do prazo fixado, o credor deveria aguardar o dia do vencimento para demandar a pena:

D. 45, 1, 8¹²⁶. Paulo; *Comentarios á Sabino, libro II*. – En esta estipulación: «¿si en las calendas no hubieres entregado el esclavo Stico, ¿prometes dar diez?» fallecido el esclavo, se pregunta, si inmediatamente se podría ejercitar la acción antes de las calendas. Sabino y Próculo opinan, que el actor debe esperar al día; lo que es más verdadero, porque toda la obligación fue contraída bajo condición y á término; y aunque se considere que se incurrió en ella en cuanto á la condición, queda, sin embargo, el término. Mas se puede ejercitar desde luego la acción contra el que prometió de este modo: «si dentro de las calendas no hubiere tocado con el dedo al cielo»; y esto aprueba también Marcelo.

¹²³ GILIBERTI, Giuseppe. La ‘Stipulatio Poenae’ in D. 19.2.54.1 (Paul. 5 Resp.). *Op. cit.*, p. 46.

¹²⁴ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 338-339.

¹²⁵ VOCI, Pasquale. Recensiones librorum. *Op. cit.*, p. 641.

¹²⁶ D. 45, 1, 8. *Paulus libro secundo ad Sabinum*. In illa stipulatione: ‘si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?’ mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus expectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: ‘si intra kalendas digito caelum non tetigerit’, agi protinus potest. haec et Marcellus probat.

O parecer de Paulo, invocando a autoridade de Sabino e Prócuro — expoentes das duas opostas escolas jurídicas do primeiro século do Império —, sustentava o seguinte: se antes mesmo do vencimento do prazo há certeza de que é impossível o cumprimento do evento deduzido condicionalmente em uma *stipulatio poenae* imprópria, por perecimento da coisa devida, ainda assim o credor não poderia demandar a pena até o advento do termo. O jurista, imediatamente após citar a opinião de Sabino e Prócuro, manifesta o seu próprio entendimento seguindo a orientação dos mencionados juristas precedentes ao afirmar *quod est verius* (isto é verdadeiro). Esta circunstância, segundo o romanista italiano Paolo Frezza, demonstra que anteriormente a Sabino e Prócuro, a interpretação do caso concreto analisado era no sentido de que a impossibilidade da prestação *in conditione* tornava a pena *commissa*, ainda que antes do advento do termo¹²⁷.

Em outro texto, Paulo decide que a pena não é *commissa* antes do vencimento do prazo, não obstante a prestação tenha-se tornado impossível por fato do devedor promitente¹²⁸:

D. 2, 11, 10, 1¹²⁹. Paulo; *Comentarios á Plaucio, libro I*. - Si el hombre que se prometió presentar pereció por dolo del prometedor antes del día señalado, usamos de este derecho cierto, que no pueda pedirse la pena antes que hubiere llegado el día; porque toda estipulación se reputa referida á aquel día.

As afirmações de Paulo *certo iure utimur* (usamos este direito certo¹³⁰), no fragmento D. 2, 11, 10, 1 e *quod est verius* (isto é verdadeiro), em D. 45, 1, 8, indicam que o

¹²⁷ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 339.

¹²⁸ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 339.

¹²⁹ D. 2, 11, 10, 1. *Paulus libro primo ad Plautium*. Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris perit: certo iure utimur non ante poenam peti posse, quam dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur.

¹³⁰ Sobre o significado de *certo iure utimur*, MOHNHAUPT, Heinz. ‘Lex certa’ and ‘ius certum’: The Search for Legal Certainty and Security. In: *Natural law and laws of nature in early modern Europe: jurisprudence, theology, moral and natural philosophy*, (edited by) DASTON, Lorraine; STOLLEIS, Michael. Surrey: Ashgate Publishing, 2008, p. 79: “‘Jus’ is the more comprehensive term for law, ‘lex’ the more restricted. The lack of a system of law and fixed legislation is circumscribed as ‘incerto iure et consuetudine aliqua’ (D. 1.2.3). By contrast, in the case of fixed legislation, the term used is ‘certo iure utimur’ (D. 2.11.10). Even when a law exists, it can become uncertain as a result of interpretation by a lawyer and thus requires certainty anew — ‘quaerere, disputare’ results in a ‘ius controversum, ius dubium, ius varium’. It can be returned to the status of ‘ius certum’ by the ‘auctoritas’ of the ‘peritissimi’, as non-controversial law ‘sine dubio multo maxima est’.” Disponível em: <<https://books.google.com.br>>. Acesso em: 2 fev. 2015; BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Reprinted, Philadelphia: American Philosophical Society, 1991, p. 526: “Phrases like *certi iuris est* or *certo iure utimur* are used in juristic writings and imperial constitutions to indicate that the opinion of the jurist or the imperial decision is beyond question because it is based on a certain, doubtless legal rule.” Disponível em: <<https://books.google.com.br>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

entendimento de considerar a pena *commissa* somente após o vencimento do prazo, mesmo que antecedido pela impossibilidade da prestação, foi o resultado da elaboração do pensamento dos juristas precedentes, como Pláucio (segunda metade do séc. I d.C.), Sabino e Próculo (ambos da primeira metade do séc. I d.C.)¹³¹.

A mesma regra está expressa em um texto de Papiniano, mestre de Paulo:

D. 45, 1, 124¹³². Papiniano; *Definiciones, libro II*. - «¿Prometes que dentro de un bienio se hará una casa en aquel lugar?» No se incurre en la estipulación antes del fin del bienio, aunque el prometedor no la haya edificado, y reste solamente tanto tiempo que en él no se pueda construir el edificio; porque el estado de la estipulación, cuyo término se estableció cierto en el principio no se cambia por un hecho posterior. Y esto se determinó también respecto á la estipulación hecha por causa de presentarse en juicio, á saber, para que no se incurra en la estipulación antes del día, si comenzare a ser cierto que no se podía cumplir la estipulación en el tiempo restante.

Papiniano menciona duas situações envolvendo obrigações de fazer: a primeira, de edificar uma obra; a segunda, de *vadimonium*, isto é, a obrigação que o réu de uma ação judicial contrai perante o autor, mediante *stipulatio*, de comparecer em juízo na data acordada¹³³.

O segundo caso citado por Papiniano, responsabilidade por *vadimonium*, é análogo àquele tratado por Paulo em D. 2, 11, 10, 1, de responsabilidade do *vindex*. Isto confirma que o *certo iure utimur* no parecer de Paulo, refere-se não apenas à autoridade de Pláucio, mas também de seu próprio mestre Papiniano. Este último, por sua vez, afirmou *idque et in stipulatione iudicio sistendi causa facta placuit* (“e isto se decidiu também em relação à estipulação feita por causa de comparecimento em juízo”), provavelmente com alusão à autoridade de Pláucio, que se conhece através de Paulo¹³⁴.

¹³¹ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 340.

¹³² D. 45, 1, 124. *Papinianus libro secundo definitionum*. ‘Insulam intra biennium illo loco aedificari spondes?’ ante finem biennii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non aedificaverit et tantum residui temporis sit, quo aedificium extrui non possit: neque enim stipulationis status, cuius dies certus in exordio fuit, ex post facto mutatur. idque et in stipulatione iudicio sistendi causa facta placuit, scilicet ut ante diem stipulatio non committatur, si certum esse coeperit parere stipulationi residuo tempore non posse.

¹³³ MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. *Op. cit.*, p. 77.

¹³⁴ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 340.

A primeira situação descrita por Papiniano — obrigação de edificar uma obra — refere-se a uma discussão de Próculo, conservada no texto autêntico:

D. 45, 1, 113pr¹³⁵. Próculo; *Epístolas, libro II*. – Habiendo yo estipulado para mi una pena, si para antes de las calendas de Junio no se hubiera hecho á mi arbitrio una obra, y habiendo yo diferido el día, ¿opinas, Próculo, que verdaderamente puedo decir que la obra no se hizo á mi arbitrio antes de las calendas de Junio, habiendo yo mismo dado á mi arbitrio otro plazo más largo para la obra? Próculo respondió: no sin causa se ha de distinguir, que importa saber, si por parte del prometedor no haya habido morosidad para que la obra no se haya acabado antes de las calendas de Junio, como se comprendió en la estipulación, ó si, no pudiéndose hacer ya la obra antes de las calendas de Junio, el estipulante prorrogó el día á las calendas de Agosto; porque si el estipulante prorrogó el día cuando ya no podía ser hecha la obra antes de las calendas de Junio, opino que se incurrió en la pena, y que no hace al caso que haya habido algún tiempo antes de las calendas de Junio en que el estipulante no deseó que aquélla se hiciera antes de las calendas de Junio, esto es, en el que no determinó que se hiciera lo que no podía hacerse; ó si esto es falso, aunque el estipulante hubiera muerto el día antes de las calendas de Junio, no se habría incurrido en la pena, porque el muerto no habría podido determinar, y habría quedado después de su muerte algún tiempo para concluir la obra; y casi se habrá incurrido en la pena, aunque antes de las calendas de Junio haya comenzado á ser cierto que la obra no se podía hacer antes de aquel día.

O problema analisado por Próculo é o seguinte: se sendo certa a impossibilidade da prestação antes do termo fixado, poderia-se afirmar que a pena era *commissa* desde aquele momento, não obstante o credor tivesse concedido uma prorrogação do prazo para conclusão da obra¹³⁶.

O jurista distingue duas questões: a determinação da impossibilidade do tempestivo adimplemento da obrigação antes do prazo convencional; e a possibilidade de admitir-se a

¹³⁵ D. 45, 1, 113pr. *Proculus libro secundo epistularum*. Cum stipulatus sim mihi, Procule, si opus arbitrato meo ante kalendas Iunias effectum non sit, poenam, et protuli diem: putasne vere me posse dicere arbitrato meo opus effectum non esse ante kalendas Iunias, cum ipse arbitrio meo aliam diem operi laxiorem dederim? Proculus respondit: non sine causa distinguendum est interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante kalendas Iunias ita, uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur, an, cum iam opus effici non posset ante kalendas Iunias, stipulator diem in kalendis Augustis protulisset. nam si tum diem stipulator protulit, cum iam opus ante kalendas Iunias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus ante kalendas Iunias fuit, quo stipulator non desideravit id ante kalendas Iunias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat. aut si hoc falsum est, etiam si stipulator pridie kalendas Iunias mortuus esset, poena commissam non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset et propemodum etiam si ante kalendas Iunias futurum esse coepit opus ante eam diem effici non posse, poena commissam est.

¹³⁶ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 341.

ação do credor para obter a pena, sem que a concessão de prorrogação do prazo de entrega da obra pudesse ser interpretada como renúncia à pena¹³⁷.

A preocupação do requerente do parecer de Próculo consistia na possibilidade de oposição de uma *exceptio doli* à demanda (*actio ex stipulatu*) proposta para obtenção da pena. Isto porque o réu poderia alegar contradição no comportamento do autor ao requerer a pena após ter concedido prorrogação do prazo de entrega da obra, a qual poderia ser entendida como renúncia à pena. No caso submetido à apreciação de Próculo não havia sido convencionada a *clausula doli*, mas o estipulante havia inserido a cláusula *arbitratu meo* relacionada ao *arbitrium boni viri*, ou seja, um critério de avaliação que não consentia ao credor comportar-se de modo vexatório em relação ao promitente¹³⁸.

Em que pese a preocupação do requerente, Próculo decide que se o promitente era já em mora antes da concessão de prorrogação do prazo, esta não poderia ser interpretada como renúncia à pena. O conteúdo da decisão do jurista também coloca em relevo a possibilidade de que o inadimplemento do promitente, em se tratando de obrigação de fazer com termo suspensivo, possa ser constatado antes do prazo, e que esta constatação fundamenta a legitimação do estipulante a agir somente após o vencimento do prazo¹³⁹.

Vejam os agora a segunda subespécie de *stipulatio poenae* condicionada a uma obrigação de fazer: aquela em não houvesse sido fixado um termo para o adimplemento, e qual o momento em que a pena passaria a ser exigível.

A problemática era comum a ambas as formas de *stipulatio poenae* (própria e imprópria) e a sua solução dividia a opinião dos jurisconsultos romanos¹⁴⁰. No famoso texto de Papiniano, já citado anteriormente¹⁴¹, D. 45, 1, 115, 2¹⁴², estão retratados a divergência de

¹³⁷ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 341.

¹³⁸ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 341-342.

¹³⁹ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 342.

¹⁴⁰ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 267.

¹⁴¹ Ver página 47.

¹⁴² D. 45, 1, 115, 2. *Papinianus libro secundo quaestionum*. Item si quis ita stipuletur: ‘si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?’ Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti ‘si Pamphilum non

opiniões e o amadurecimento da disciplina jurídica da cláusula penal através do pensamento de Quinto Múcio Scévola, Sabino, Pegaso e do próprio Papiniano:

D. 45, 1, 115, 2. Papiniano; *Cuestiones, libro II*. – Asimismo, si alguno estipulara de este modo: «¿prometes dar ciento si no me dieres el esclavo Pánfilo?» respondió Pegaso, que no se incurre en la estipulación antes que hubiese dejado de poder ser dado Pánfilo. Pero Sabino opinaba, que, conforme á la intención de los contratantes, se podía ejercitar inmediatamente la acción, después que el esclavo pudo ser dado; y que no se podía ejercitar la acción de la estipulación mientras que en el prometedor no consistió no dar el esclavo; y defendía esto con el ejemplo de las provisiones legadas. Porque Mucio escribió, que el heredero, si hubiese podido dar las provisiones, y no las hubiese dado, quedaba obligado inmediatamente al dinero legado; y esto se admitió por causa de utilidad a favor de la voluntad del difunto, y por la naturaleza de la misma cosa. Así, pues, se puede admitir la opinión de Sabino, si la estipulación no comenzó por la condición, por ejemplo: «*si no hubieres dado el esclavo Pánfilo ¿prometes dar tanto?*» sino si la estipulación hubiera sido concebida así: «prometes dar el esclavo Pánfilo? ¿si no lo dieres, prometes dar tanto?» Lo que sin duda será verdad cuando se prueba que se trató esto, que, si no se hubiere dado el esclavo, se deberán el esclavo y el dinero. Mas se habrá de defender lo mismo, aunque se haya convenido de modo que no entregándose el esclavo se deba solamente el dinero, porque se prueba que fue la voluntad que se entregase el esclavo, ó se pidiese el dinero.

Conforme o texto, a opinião de Pegaso, sucessor de Próculo na escola proculeiana, era de que a pena não era exigível imediatamente (*confestim*); ela somente se tornaria exigível a partir do momento em que cessasse a possibilidade de cumprimento da obrigação, como, por exemplo, a libertação de um escravo que deveria ser entregue ao credor¹⁴³. Portanto, Pegaso aplicava rigidamente a doutrina da condição suspensiva negativa, e interpretava a ausência de um termo final em favor do devedor, e não do credor¹⁴⁴.

Sabino, ao contrário, entendia que a pena poderia ser reclamada tão logo o promitente tivesse os meios para cumprir a obrigação condicional e não o fizesse¹⁴⁵, ressalvada a hipótese de inexecução não imputável ao devedor. Este raciocínio derivava do pensamento de Quinto

dederis, tantum dare spondes?», sed ita concepta sit stipulatio: ‘Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?’ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

¹⁴³ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 267.

¹⁴⁴ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁵ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 267.

Múcio Scévola em matéria de *legatum penoris*¹⁴⁶: o legado produzia a única obrigação de o herdeiro pagar a pena, a qual era exigível imediatamente, salvo atraso no pagamento que não pudesse ser imputado ao devedor¹⁴⁷.

Os romanistas italianos Arnaldo Biscardi e Paolo Frezza afirmam que Papiniano adotou uma solução intermediária entre as orientações de Pegaso e de Sabino¹⁴⁸: ele aderia à opinião de Sabino apenas quando se tratasse de *stipulatio poenae* própria, ou seja, quando houvesse duas estipulações (“Prometes dar o escravo Pânfilo? Se não o deres, prometes dar cem?”). De fato, na *stipulatio poenae* própria, a estipulação primária gera a obrigação de dar o escravo Pânfilo, e esta obrigação é desde logo exigível; conseqüentemente, o crédito que nasce da obrigação acessória, torna-se exigível de imediato, tão logo o promitente tenha-se tornado inadimplente em relação à estipulação primária¹⁴⁹, salvo se não for imputável ao devedor o descumprimento desta.

Porém, Papiniano sustentava que no caso de *stipulatio poenae* imprópria — aquela em que há uma única estipulação (“Prometes dar cem...”) condicionada negativamente (“... se não deres o escravo Pânfilo?”) — valeria a opinião de Pegaso, segundo a qual pena somente poderia ser exigida quando o devedor não mais pudesse executar o fato objeto da condição¹⁵⁰.

1.2.3 Regime jurídico de responsabilidade: controvérsia doutrinária

Em relação à *commissio poenae*, outro aspecto de fundamental importância diz respeito aos critérios de imputabilidade do inadimplemento ao devedor, e, portanto, ao regime de responsabilidade aplicável para que o credor tenha efetivamente direito ao pagamento da pena¹⁵¹.

¹⁴⁶ Legado de provisões alimentares domésticas (*penus*). A propósito, veja-se ORMANNI, Angelo. *Penus legata*. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica. In: *Studi in Onore di Emilio Betti*, v. 4 Milano: Giuffrè, 1962, p. 581-736.

¹⁴⁷ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁸ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 267; FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁹ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 348.

¹⁵⁰ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 267.

¹⁵¹ SCOGNAMIGLIO, Margherita. *Profili Ricostruttivi della Stipulatio Poenae nell'Esperienza Giuridica Romana*. In: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, v. 5, 2012, p. 14. Disponível em: <<http://www.teoriaestoriadeldiritto.com/index.php?com=index&cID=211>>. Acesso em: 27 maio 2014.

O tema é controverso entre os romanistas, e a divergência resulta da ausência de uma solução unívoca nos textos romanos. A propósito esclarece Donatuti¹⁵²:

A doutrina é incerta e a incerteza deriva do estado das fontes, que apresentam uma dupla ordem de decisões, contrastantes entre si. Ao lado de textos em que é requerida, para o pagamento da penal, a culpa do devedor pelo inadimplemento da prestação principal, há aqueles que prescindem deste elemento.

Os doutrinadores que se dedicaram ao estudo deste tortuoso problema propuseram diferentes teorias, que vão desde a responsabilidade objetiva à responsabilidade subjetiva e à aplicação de um e outro regime de responsabilidade, conforme a estrutura da *stipulatio poenae* (simples/imprópria ou dúplice/própria).

Para Talamanca¹⁵³ o mecanismo da *stipulatio poenae*, de deduzir *in condicione* a prestação primária, fazendo da inexecução desta o pressuposto da obrigação de pagamento da pena convencional, permitia desvincular, abstratamente, a *poenae commissio* de um critério subjetivo de imputabilidade em relação ao inadimplemento da prestação primária. Segundo este jurista¹⁵⁴, é provável que esta tendência à aplicação do regime da responsabilidade objetiva tenha sido exclusiva, ou pelo menos dominante no início. Com efeito, o surgimento de critérios de imputabilidade subjetivos à estipulação penal é atribuído a Sabino (I séc. d.C.)¹⁵⁵.

Donatuti¹⁵⁶ defende que a hipótese de inadimplemento não imputável ao devedor, da obrigação a que é subordinada a penal, deve ser regulada diversamente nas duas espécies de estipulação penal, a própria e a imprópria. Na *stipulatio poenae* imprópria — em que a única obrigação é a de pagar a pena, ou seja, a prestação que realmente se quer é uma simples condição, cujo adimplemento é o meio para evitar a aplicação da pena —, não haveria razão

¹⁵² DONATUTI, Guido. Di un punto controverso in materia di stipulazione penale. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n. 1, fasc. 1, 1935, p. 299: “La dottrina, com’è noto, è incerta e l’incertezza deriva dallo stato delle fonti che presentano un doppio ordine di decisioni in contrasto fra di loro. Accanto ai passi ov’è richiesta per il pagamento della penale la colpa del debitore nell’inadempimento della prestazione principale, vi sono quelli che prescindono da quest’elemento.”

¹⁵³ TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto*. Voce Pena (Diritto Romano: Pena Privata). v. 32, Milano: Giuffrè, 1982, p. 722.

¹⁵⁴ TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto*. *Op. cit.*, p. 722.

¹⁵⁵ SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 43; KNÜTEL, Rolf. *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*. Forschungen zum Röm. Recht, 34. Köln;Wien: Böhlau, 1976, p. 208 ss. e 258. *Apud* TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto*. *Op. cit.*, p. 722, nota n. 83.

¹⁵⁶ DONATUTI, Guido. Di un punto controverso in materia di stipulazione penale. *Op. cit.*, p. 304.

para que a não realização da prestação, qualquer que fosse a sua causa, não importasse o pagamento da penal, a menos que o contrário não resultasse da vontade das partes. Uma vez que a obrigação de pagar a pena é subordinada à condição de que não se verifique a outra prestação, o inadimplemento ou a impossibilidade de adimplemento desta última importa o dever de pagar a pena¹⁵⁷. Por outro lado, sendo própria a *stipulatio poenae* — em que há a obrigação principal e a obrigação acessória de pagar a pena — e, portanto, com escopo de garantia, pretendendo-se que esta função seja reconhecida e tenha eficácia jurídica, é necessário limitar a obrigação de pagar a penal somente às hipóteses em que o inadimplemento da prestação primária seja imputável ao promitente. A função de estímulo à vontade do devedor desaparece quando este é obrigado a pagar a pena mesmo que o inadimplemento tenha ocorrido por causas alheias à sua vontade. Além disso, o caráter acessório que a estipulação penal tem nesta forma “própria” implica admitir que a extinção da obrigação principal acarreta a liberação do devedor relativamente à obrigação acessória.

O texto que constitui o núcleo das discussões é o já tratado D. 45, 1, 115, 2¹⁵⁸:

D. 45, 1, 115, 2. Papiniano; *Cuestiones, libro II*. – Asimismo, si alguno estipulara de este modo: «¿prometes dar ciento si no me dieres el esclavo Pánfilo?» respondió Pegaso, que no se incurre en la estipulación antes que hubiese dejado de poder ser dado Pánfilo. Pero Sabino opinaba, que, conforme á la intención de los contratantes, se podía ejercitar inmediatamente la acción, después que el esclavo pudo ser dado; y que no se podía ejercitar la acción de la estipulación mientras que en el prometedor no consistió no dar el esclavo; y defendía esto con el ejemplo de las provisiones legadas. Porque Mucio escribió, que el heredero, si hubiese podido dar las provisiones, y no las hubiese dado, quedaba obligado inmediatamente al dinero legado; y esto se admitió por causa de utilidad a favor de la voluntad del difunto, y por la naturaleza de la misma cosa. Así, pues, se puede admitir la opinión de Sabino, si la estipulación no comenzó por la condición, por ejemplo: «si no hubieres dado el esclavo Pánfilo ¿prometes dar tanto?» sino si la estipulación hubiera sido concebida así: «prometes dar el esclavo Pánfilo? ¿si no lo dieres, prometes dar tanto?» Lo que sin duda será verdad cuando se prueba que se trató esto, que, si no se hubiere dado el esclavo, se

¹⁵⁷ DONATUTI, Guido. Di un punto controverso in materia di stipulazione penale. *Op. cit.*, p. 304.

¹⁵⁸ D. 45, 1, 115, 2. *Papinianus libro secundo quaestionum*. Item si quis ita stipuletur: ‘si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?’ Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti ‘si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?’, sed ita concepta sit stipulatio: ‘Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?’ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

deberán el esclavo y el dinero. Mas se habrá de defender lo mismo, aunque se haya convenido de modo que no entregándose el esclavo se deba solamente el dinero, porque se prueba que fue la voluntad que se entregase el esclavo, ó se pidiese el dinero.

Segundo Talamanca¹⁵⁹, este fragmento parece fornecer informações de caráter tendencialmente geral. As diferentes opiniões de Pegaso e de Sabino quanto à exigibilidade da pena na ausência de prazo fixado para o cumprimento da obrigação *in conditione*, deixaria também antever a divergência de orientação dos mesmos juristas no que concerne ao critério de imputabilidade para fins de *poenae commissio*, subjetivo para Sabino, e objetivo para Próculo, e, talvez, dúplice para Papiniano, conforme se tratasse de *stipulatio poenae* com estrutura simples ou dupla.

Já tivemos a oportunidade de referir que, na ausência de prazo fixado para o cumprimento da obrigação, Pegaso entendia que a pena só poderia ser exigida quando cessasse a possibilidade de ser adimplida a prestação, solução que expressa a rígida doutrina da condição suspensiva negativa, e, portanto, da responsabilidade objetiva do devedor.

Na mesma sede, vimos que a opinião de Sabino era diferente: ele seguia a orientação de que a pena poderia ser exigida a partir do momento em que o promitente, podendo cumprir a obrigação condicional, não o fizesse¹⁶⁰, salvo na hipótese em que a inexecução não pudesse ser imputada ao devedor¹⁶¹.

Referimos, ainda, que Papiniano adotou uma solução intermediária. Ele seguia o entendimento de Sabino quando se tratasse de *stipulatio poenae* própria, ou seja, com estrutura dúplice, aplicando, por conseguinte, o regime da responsabilidade subjetiva. Excluía, portanto, a responsabilidade do promitente pelo pagamento da pena se o inadimplemento da prestação primária não pudesse ser atribuído à sua culpa.

Nos casos de *stipulatio poenae* imprópria (estrutura unitária) Papiniano seguia a lição de Pegaso, ou seja, a pena poderia ser exigida somente quando o devedor não mais pudesse executar o fato objeto da condição¹⁶², mas o elemento culpa não tinha qualquer relevância.

¹⁵⁹ TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto. Op. cit.*, p. 721.

¹⁶⁰ BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 267.

¹⁶¹ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 348.

¹⁶² BISCARDI, Arnaldo. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *Op. cit.*, p. 267.

Outros textos também reportam casos que demonstram ser temerário negar a existência de uma responsabilidade objetiva¹⁶³. Assim, por exemplo, em uma estipulação penal para transferência de um escravo, em que sobrevenha morte (D. 9, 2, 22pr¹⁶⁴) ou furto (D. 47, 2, 68, 1¹⁶⁵) do homem prometido; ainda, na hipótese em que, no momento de ser adimplida a obrigação, não subsista quem possa cumpri-la (D. 22, 2, 9¹⁶⁶ e D. 45, 1, 77¹⁶⁷). Em todos estes fragmentos se depreende que a pena é devida independentemente de culpa do devedor.

Relevante referir, o fragmento D. 22, 2, 9, acima citado, que trata de empréstimo marítimo (*pecunia traiecticia*)¹⁶⁸, foi objeto de aceso debate doutrinário no respeitante à estrutura da *stipulatio poenae* mencionada por Labeão. O defensor da hipótese de que se trata de uma estipulação penal unitária (imprópria) é Biscardi¹⁶⁹, aduzindo ser esta a forma que se pode implicitamente deduzir do texto. Em sentido contrário, entendendo tratar-se de estipulação penal própria (com estrutura dupla, portanto) manifestam-se, entre outros, Bertolini¹⁷⁰, Donatuti¹⁷¹ — este inclusive reconhecendo que este texto escaparia à lógica segundo a qual em uma *stipulatio poena* própria, o regime de responsabilidade seria subjetivo

¹⁶³ TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto. Op. cit.*, p. 721.

¹⁶⁴ D. 9, 2, 22pr. *Paulus libro vicensimo secundo ad edictum*. Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. [Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XXII*. Por lo tanto, si mataste al esclavo que bajo pena prometí entregar, la utilidad viene comprendida en este juicio.]

¹⁶⁵ D. 47, 2, 68, 1. *Celsus libro duodecimo digestorum*. Si tibi surreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisi, ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coestimabitur. [Celso; *Digesto, libro XII*. Si se te hurtó aquello por lo que prometiste pena, si no lo hubieses entregado en cierto día, y por ello fue necesario sufrir esta, esto será estimado también en la acción de hurto.]

¹⁶⁶ D. 22, 2, 9. *Labeo libro quinto Pithanon a Paulo epitomatorum*. Si traiecticiae pecuniae poena, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris. [Labeon; *dichos recopilados por Paulo, libro V*. Si se prometió, como se acostumbra, pena por el dinero traiecticio, aunque desde el primer día que hubiere de pagarse el dinero no viviere nadie que debiese este dinero, puede no obstante incurrirse en la pena lo mismo que si hubiese habido un heredero del deudor.]

¹⁶⁷ D. 45, 1, 77. *Paulus libro quinquagesimo octavo ad edictum*. Ad diem sub poena pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita. [Paulo; *Comentarios al Edicto, libro LVIII*. Prometido dinero á término bajo pena, se incurrirá en la pena también habiendo fallecido el prometedor antes del término, aunque no haya sido adida la herencia.]

¹⁶⁸ Para BISCARDI, Arnaldo. ‘Pecunia traiecticia’ e ‘stipulatio poenae’. *Labeo*, n. 24, 1978, p. 278, a nomenclatura correta do empréstimo marítimo, dentre várias utilizadas para designar este negócio (por exemplo, *foenus nauticum* e *pecunia nautica*), é *pecunia traiecticia*, pois em D. 15, 1, 3, 8 encontra-se documentada a denominação técnica do negócio através do nome da ação formular aplicável à espécie, qual seja, *actio (de peculio) ex poena traiecticiae pecuniae*.

¹⁶⁹ BISCARDI, Arnaldo. *Actio Pecuniae Traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1974, p. 29; BISCARDI, Arnaldo. ‘Pecunia traiecticia’ e ‘stipulatio poenae’. *Op. cit.*, p. 292-293.

¹⁷⁰ BERTOLINI, Cesare. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, n. 15, 1894. p. 195-196.

¹⁷¹ DONATUTI, Guido. Di un punto controverso in materia di stipulazione penale. *Op. cit.*, p. 305.

—, Knütel¹⁷², e Amália Sicari¹⁷³, da qual citamos o argumento em resposta à Biscardi, que nos parece suficientemente convincente:

Da estrutura do ato se ocupa Biscardi, com um raciocínio que pode ser inteiramente invertido: creio que justamente o fato de ser especificado, a nível textual, que pudesse haver (e era frequente que houvesse) uma penalidade, consente deduzir que esta poderia também não estar prevista. Isto significa que a *traiecticia pecunia* tinha uma autonomia, e poderia, portanto, ser estabelecida através de um negócio apropriado. Se assim é, pode-se também admitir a estrutura dúplice. E é deste tipo o caso da *pecunia traiecticia* discutido em D. 22, 2, 9.

Partindo deste pressuposto, Sicari¹⁷⁴ chama a atenção para o fato de que, mesmo à distância de quase dois séculos, a opinião de Labeão¹⁷⁵, aludida por Paulo¹⁷⁶ em D. 22, 2, 9, e o posicionamento pessoal deste último, expresso em D. 45, 1, 77 — ambos relativos a estipulações penais com estrutura dúplice —, são substancialmente idênticos no sentido do automatismo da responsabilidade do devedor, ancorada no dado objetivo que o descumprimento da prestação representa.

Ainda, outro grupo de textos que retrata a rigidez do regime de responsabilidade na *stipulatio poenae* envolve a *mora creditoris*. Interessante notar que mesmo contra o credor — o qual deveria ser beneficiado pela estipulação penal, já que ela serve para reforçar a sua posição na relação jurídica, operando em seu favor — a inflexibilidade interpretativa conduz, segundo Sicari¹⁷⁷, a uma valoração sempre objetiva do comportamento das partes. Assim é em D. 22, 2, 8¹⁷⁸:

¹⁷² KNÜTEL, Rolf. *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*. Forschungen zum Röm. Recht, 34. Köln;Wien: Böhlau, 1976, p. 40. *Apud* BISCARDI, Arnaldo. ‘Pecunia traiecticia’ e ‘stipulatio poenae’. *Op. cit.*, p. 292-293.

¹⁷³ SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 261, nota 55: “Della struttura dell’atto Biscardi (*Actio pecuniae traiecticiae*, p. 593 = *Actio* p. 29) si occupa con un ragionamento che può essere del tutto rovesciato: io credo che proprio il fatto che sia specificato, a livello testuale, che può esservi, ed era solito che vi fosse (*uti solet*) una penalità, consente di dedurre che questa può anche mancare; e se può mancare, ciò significa che la *traiecticia pecunia* ha una sua autonomia e può dunque essere disciplinata con un apposito negozio. Se così è, si può ammetterne anche la stuttura duplice. Ed è di questo tipo, appunto il caso della *pecunia traiecticia* discusso in D. 22, 2, 9.”

¹⁷⁴ SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 315-320.

¹⁷⁵ Jurista do primeiro Principado (Otaviano Augusto), nasceu por volta do ano 45 a.C e faleceu no início do I séc. d.C (provavelmente antes do ano 22).

¹⁷⁶ Jurista do período tardo clássico, viveu no III séc. d.C.

¹⁷⁷ SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 338.

¹⁷⁸ D. 22, 2, 8. *Ulpianus libro septuagesimo septimo ad edictum*. Servius ait, pecuniae traiecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quominus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.

D. 22, 2, 8. Ulpiano; *Comentários al Edicto, libro LXXVII*. Dice Servio, que no se puede pedir la pena del dinero trayecticio, sí en el acreedor hubiese consistido no recibirlo dentro del tiempo cierto prefijado.

O fragmento de Ulpiano contém a opinião de Sêrvio Sulpício Rufo em tema de empréstimo marítimo, e demonstra que desde a época tardo-republicana, por volta da metade do séc. I a. C, define-se o princípio de que, uma vez atribuída ao credor a impossibilidade de o devedor restituir o capital, não lhe será concedido pretender o valor da pena¹⁷⁹. O princípio enunciado é simples: se a penal é predisposta para garantia em favor do credor, do exato adimplemento no modo e no tempo estabelecido pelas partes, e se é exatamente o credor a impedir o adimplemento, é justo que ele próprio arque com as consequências, perdendo, portanto, o direito à pena¹⁸⁰.

O que torna o texto curioso é o fato de não ser mencionado o motivo que conduziu o credor a não receber a prestação. Porém, uma decisão posterior, de Ulpiano referindo o posicionamento de Próculo (D. 4, 8, 23, 1¹⁸¹), revela que o fator determinante para a exoneração do devedor ao pagamento da pena era o fato objetivo do impedimento do credor ao adimplemento da obrigação, sendo irrelevante a razão do impedimento (mera recusa ou justa causa)¹⁸²:

D. 4, 8, 23, 1. Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XIII*. - Añade el mismo, que si hubiere mandado que yo te diera una cosa, y por enfermedad, ú otra justa causa estuvieras impedido para recibirla, estima Próculo que no

¹⁷⁹ SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 338-339.

¹⁸⁰ A solução adotada por Sêrvio para o caso de *pecunia traiectica* foi estendida a um âmbito geral, para aplicação sem limitações a qualquer hipótese de obrigação garantida por *stipulatio poenae*, como testemunha Pompônio, citando juristas mais antigos, entre os quais Sêrvio, em D. 4, 8, 40. *Pomponius libro undecimo ex variis lectionibus*. *Arbiter calendis Ianuariis adesse iussit et ante eum diem decessit: alter ex litigatoribus non adfuit. procul dubio poena minime commissa est: nam et Cassium audisse se dicentem Aristo ait in eo arbitro, qui ipse non venisset, non esse commissam: quemadmodum Servius ait, si per stipulatorem stet, quo minus accipiat, non committi poenam.* [Pomponio; *Doctrina de Autores varios, libro XI*. – Un árbitro mandó que se compareciera en las Calendas de Enero, y falleció antes de este día, y uno de los litigantes no compareció; no cabe duda de que en manera ninguna se incurrió en la pena. Porque dice Ariston que también á Cassio le oyó decir, que tratándose de aquel árbitro que él mismo no se hubiese presentado, no se incurre en la pena; así como dice Servio, que si consistiere en el estipulante que no la reciba, no se incurre en pena.] A situação descrita neste fragmento, em matéria de *compromissum*, é ainda mais contundente, pois a exoneração da responsabilidade do devedor deve-se ao fato do não comparecimento do árbitro no dia marcado, por falecimento deste, e mesmo que o promitente não tivesse comparecido em juízo, ainda que por culpa sua, ele não deveria pagar a pena. Conforme SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 339-347.

¹⁸¹ D. 4, 8, 23, 1. *Ulpianus libro tertio decimo ad edictum*. *Idem ait, si iusserit me tibi dare et valetudine sis impeditus, quo minus accipias, aut alia iusta ex causa, Proculum existimare poenam non committi, nec si post kalendas te parato accipere non dem. sed ipse recte putat duo esse arbitri praecepta, unum pecuniam dari, aliud intra kalendas dari: licet igitur in poenam non committas, quod intra kalendas non dederis, quoniam per te non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das.*

¹⁸² SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 341-343.

se incurre en pena, ni aunque después de las Calendas hallándote tú dispuesto á recibirla, yo no te la diera. Pero con razón opina el mismo que son dos los preceptos del árbitro, uno, que se dé el dinero, otro, que se dé dentro de las Calendas, y así, aunque no incurras en pena, porque no lo hubieres dado dentro de las Calendas, puesto que por ti no quedó, incurres, sin embargo, en esta parte, porque no lo das.

Ainda que o credor, posteriormente, dispusesse-se a receber a prestação e o devedor se recusasse a cumpri-la, a pena não seria devida, restando ao credor apenas o direito de exigir o recebimento da coisa objeto da prestação principal.

Para Sicari, sobressai o indubitável rigor em que era inspirado o instituto em apreço, concebendo sempre uma valoração quase mecânica de causa e efeito no bojo da sua disciplina, ancorada em elementos exteriores, não deixando, em princípio, espaço a uma perquirição sobre a imputabilidade dos comportamentos subjetivos¹⁸³.

Para finalizar este ponto relativo ao regime de responsabilidade da pena convencional, merece registro a orientação de Voci, defensor isolado da teoria da responsabilidade subjetiva do devedor de uma *stipulatio poenae*.

Consoante o citado romanista, a *stipulatio poenae* é um instituto estabelecido para proteger os interesses do credor. Ela atua, portanto, sob a ótica do interesse do credor, de forma preventiva; e de maneira repressiva no que concerne ao devedor. Da natureza de instituto sancionatório da estipulação de pena deriva o corolário que define o regime da responsabilidade subjetiva¹⁸⁴.

A sanção do ato ilícito pressupõe a imputabilidade do agente, quer se trate de verdadeira pena privada, quer se trate de ressarcimento do dano. A pena convencional não é consequência automática da realização da condição¹⁸⁵.

Ocorre que, como visto nos textos reportados, seria totalmente despropositado excluir o regime de responsabilidade objetiva, ainda que este não fosse o único aplicado. A propósito,

¹⁸³ SICARI, Amalia. *Pena Convencional e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 344.

¹⁸⁴ VOICI, Pasquale. La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'. In: *Studi di Diritto Romano*, v. 1 Padova: Cedam, 1985, p. 373.

¹⁸⁵ VOICI, Pasquale. La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'. *Op. cit.*, p. 374.

em uma constituição do ano 200 d.C., é requerida um nexó de imputabilidade subjetivo para que a pena seja *commissa*:

C. 4, 55, 2¹⁸⁶. *Los Emperadores Severo y Antonino, Augustos á Nedimo*. Si te aseguraste para que tuvieras el derecho de echarle mano al esclavo, puedes usar de tu derecho. Pero si lo omitiste, y estipulaste una pena, el esclavo quedó ciertamente sujeto al fisco, pero tú adquiriste la acción de lo estipulado. Mas respecto á todos se investiga, si por voluntad del dueño fue al lugar prohibido. Publicada á 7 de las Calendas de Noviembre, bajo el segundo consulado de Severo, Augusto, y el de Victorino [200]

Trata-se de uma pena convencional estipulada para tutelar o pacto de proibição a que o escravo vendido faça estadia em determinados lugares. Para que a pena seja devida, a decisão estabelece que a permanência do escravo em lugar proibido tenha-se dado por vontade do promitente¹⁸⁷.

É plenamente aceitável, portanto, que a determinação do regime de responsabilidade na *stipulatio poenae* tenha sido *ius controversum*, com prevalência, inicialmente, de critérios objetivos — como já acenara Talamanca¹⁸⁸ —, que, com o passar do tempo e de um processo evolutivo, cederam lugar à prevalência da responsabilidade de tipo subjetivo¹⁸⁹.

1.2.4 Objeto e fixação do ‘quantum’ da pena

Já tivemos oportunidade de referir que a função característica da pena convencional era oferecer ao credor uma prestação de segura coercibilidade. Sendo assim, é natural que o objeto da pena fosse normalmente uma soma em dinheiro¹⁹⁰. Entretanto, a pena poderia consistir em outra prestação. Esta “outra prestação”, dita *res vice poenae*, consoante

¹⁸⁶ C. 4, 55, 2. *Impp. Severus et Antoninus AA. Nedymo*. Si, ut manus iniunctionem haberes, avisti tibi, iure tuo uti potes. Quod si omisisti, et poenam stipulatus es, homo quidem fisco commissus est, tu vero nactus ex stipulatu actionem. In omnibus tamen quaeritur, an domini voluntate in locum prohibitum venerit PP. VII. Kal. Nov. Severo A. II et Victorino Cons. [200].

¹⁸⁷ TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto*. *Op. cit.*, p. 722, nota 82.

¹⁸⁸ TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto*. *Op. cit.*, p. 722.

¹⁸⁹ SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. *Op. cit.*, p. 348-372. A conclusão de Sicari é resumida por SCOGNAMIGLIO, Margherita. *Profili Ricostruttivi della Stipulatio Poenae nell’Esperienza Giuridica Romana*. *Op. cit.*, p. 16, nota 36, da seguinte forma: “A. Sicari, *Pena*, cit., propende per l’accentuazione dello *ius controversum*, ma dà del problema anche una lettura in chiave storico-evolutiva: inizialmente avrebbe avuto maggiore riscontro un tipo di responsabilità oggettiva, poi, col passare dei decenni ha prevalso un criterio di responsabilità di tipo soggettivo.”

¹⁹⁰ Vejam-se os textos colacionados na p. 47.

Talamanca¹⁹¹, é diretamente mencionada em D. 4, 8, 11, 2, e, indiretamente, em D. 45, 1, 97pr e D. 45, 1, 126, 3¹⁹²:

D. 4, 8, 11, 2. Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XIII*. – Lo que dice el Pretor, «que se haya fijado una cantidad como pena» debemos entenderlo no si por una y otra parte se hubiese prometido una pena pecuniaria, sino también si otra cosa en lugar de pena, si alguno no hubiere estado á la sentencia del árbitro; y así lo escribe Pomponio: ¿Qué se hará, pues, si las cosas hubiesen sido depositadas en poder del árbitro con el pacto de que las diera al que hubiere vencido, ó de que entregase aquella cosa, si no se obedeciese la sentencia; habrá de ser obligado á pronunciar sentencia? Y no opino que ha de ser obligado, y otro tanto también si se depositase para esto en su poder una cantidad cierta. Por lo tanto, también si el uno hubiere prometido al estipulante una cosa, y el otro dinero, el compromiso es perfecto, y se obligará á pronunciar sentencia.¹⁹³

D. 45, 1, 97 pr. Celso; *Digesto, libro XXVI*. – Si yo hubiere estipulado así: «¿prometes que tu comparecerás, y que si no comparecieres me darás un hipocentauro?» será lo mismo que si yo hubiese estipulado solamente que comparecerás.¹⁹⁴

D. 45, 1, 126, 3. Paulo, *Cuestiones, libro III*. – Si yo hubiere estipulado que comparezcas, y que si no hubieres comparecido se dé alguna cosa, que es imposible para el que la promete, permanece útil la primera, deducida la segunda estipulación; y esto será lo mismo que si yo hubiese estipulado que comparecieras.¹⁹⁵

Segundo Frezza¹⁹⁶, o texto de Paulo, exemplo de estipulação penal com objeto diverso (expresso com as palavras *aliquid dari*) de um montante em dinheiro, demonstra como o jurista romano, buscando esquematizar o conteúdo da estipulação de pena, não podia contentar-se com o exemplo recorrente *centum dari*.

¹⁹¹TALAMANCA, Mario. *Enciclopedia del Diritto. Op. cit.*, p. 712, n. 4: “Si poteva, fra l’altro, promettere una *res vice poenae*, com’è, indirettamente, attestato in Cels. 26 *dig.*, D. 45, 1, 97 pr., e Paul. 3 *quaest.*, D. 45, 1, 126, 3, e direttamente — con una problematica particolare al *compromissum* ed al *receptum arbitri* — in Ulp. 13 *ad ed.*, D. 4, 8, 11, 2. Al di là di questo ricordo, la tematica in questione non viene ulteriormente sviluppata dai giuristi.” Também BERTOLINI, Cesare. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. *Op. cit.*, p. 92, ao tratar de D. 4, 8, 11,2, aduz: “Come d’ordinario fosse oggetto della pena convenzionale una somma di denaro lo vediamo anche in questa legge, che per *alia res* usa l’espressione *vice poenae*.”

¹⁹² A principal problemática tratada nos fragmentos D. 45, 1, 97 pr. e D. 45, 1, 126, 3, é que a nulidade da cláusula penal própria (ou dupla) não prejudica a validade da obrigação primária.

¹⁹³ D. 4, 8, 11, 2. *Ulpianus libro tertio decimo ad edictum*. Quod ait praetor: ‘pecuniam compromissam’, accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria, sed si et alia res vice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit. quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum. tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere.

¹⁹⁴ D. 45, 1, 97 pr. *Celsus libro vicensimo sexto digestorum*. Si ita stipulatus fuero: ‘te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?’ proinde erit, atque ‘te sisti’ solummodo stipulatus essem.

¹⁹⁵ D. 45, 1, 126, 3. *Paulus libro tertio quaestionum*. Si ita stipulatus fuero te sisti et, nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.

¹⁹⁶ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 337.

No que se refere ao montante ou quantidade da pena, as partes eram livres para fixá-lo como lhes aprouvesse. Isto se justificava tanto em razão da liberdade concedida em geral às partes ao contratar, quanto pela índole e escopo da pena convencional, destinada não apenas a assegurar o ressarcimento ao credor promissário, mas também a constranger o devedor promitente ao perfeito e tempestivo adimplemento da obrigação. Note-se que o valor da prestação condicional não era parâmetro para a medida da pena¹⁹⁷. A regra da ausência de limitação do *quantum* da pena encontra-se descrita nos seguintes textos:

D. 4, 8, 32pr¹⁹⁸. Paulo; *Comentarios al Edicto, libro XIII*. No distinguiremos en los compromisos si la pena es menor ó mayor que la cosa de que se trata.

D. 45, 1, 38, 17¹⁹⁹. Ulpiano; *Comentarios á Sabino, libro XLIX*. Nadie puede estipular para otro, salvo si el esclavo estipulara para el señor, ó el hijo para el padre; porque estas obligaciones se inventaron para esto, para que cada cual adquiriera para sí por lo que le interesa; mas nada me interesa que se le dé á otro. Y si ciertamente yo quisiera hacer esto, convendrá que se estipule una pena, para que, si no se hubiere hecho tal como se consignó, se incurra en la estipulación aun respecto de aquel á quien nada le interesa; porque cuando alguno estipula una pena, no mira lo que interesa, sino cuál sea la cantidad, y cuál la condición de la estipulación.

I. 3, 19, 19²⁰⁰. Nadie puede, según arriba se ha dicho, estipular para otro; pues las obligaciones de esta clase han sido inventadas para esto, para que cada cual adquiriera para sí lo que le interesa; y por lo demás, nada importa al estipulante que se dé á otro. Mas si alguno quisiera hacer esto, convendrá que estipule una pena, para que si no se hubiere hecho la cosa del modo que se expresó, se realice la estipulación de la pena aun para aquel á quien nada importa; pues cuando alguno estipula alguna pena, no se considera lo que le importe, sino cuál sea la cuantía en la condición de la estipulación. Así, pues, si alguno estipulara que se dé á Ticio, el acto es nulo, pero si hubiere añadido esta pena: «¿si no le hubieres dado, prometes darme tantos áureos?» entonces es válida la estipulación.

¹⁹⁷ BERTOLINI, Cesare. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁸ D. 4, 8, 32pr. *Paulus libro tertio decimo ad edictum*. Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena quam res de qua agitur.

¹⁹⁹ D. 45, 1, 38, 17. *Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum*. Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

²⁰⁰ I. 3, 19, 19. Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena nisi dederis, tor aureos dare spondes? Tunc committitur stipulatio.

Ainda a guisa de exemplo, nas estipulações por evicção a pena normalmente consistia no dobro do valor da coisa²⁰¹. Como mostra o texto a seguir, todavia, a pena poderia ser superior:

D. 21, 2, 56²⁰². Paulo; *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro II*. Si se hubiere dicho al vender, que se prometa el simple importe, ó se prometiese el triplo ó el cuádruplo, podrá ejercitarse la acción perpétua por la compra; mas no debe dar también fianza, como opina el vulgo, el que promete el duplo, sino que basta la nuda promesa, si no se hubiere convenido otra cosa.

Contudo, a regra da liberdade na fixação do montante ou quantidade da pena encontrava exceção nas estipulações usurárias ilícitas.

Na explanação de Visky²⁰³, apesar de a pena convencional e os juros serem institutos jurídicos com função originária diversa, eles se aproximavam em se tratando de juros de mora, com os quais o credor obtinha o ressarcimento do dano — consistente na perda de proveito do capital — causado pelo inadimplemento. Os juros de mora, portanto, também poderiam ter caráter penal, e, assim como a pena convencional, serviam para impulsionar o devedor ao exato adimplemento da sua obrigação no prazo fixado. Isto significa que as partes contratantes podiam escolher entre estipular a pena convencional ou os juros de mora, vale dizer, o credor podia assegurar o pagamento de um valor pelo uso do seu capital não somente por meio da estipulação de juros, mas também por meio da cláusula penal.

Ocorre que já no mundo romano antigo, a cobrança de juros era regulada através da imposição de limites máximos, os quais variaram no decorrer da história de Roma²⁰⁴.

²⁰¹ BERTOLINI, Cesare. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. *Op. cit.*, p. 92 e 93: “E tutti ricordano che la stipulazione penale per l’evizione comprendeva d’ordinario il doppio del valore della cosa; nè al doppio bisognava arrestarsi, chè si poteva senza dubbio stipulare il triplo, il quadruplo e forse anche più.” Com efeito, o Título II do Livro XXI do Digesto intitula-se *De evictionibus et duplae stipulatione* (*De las evicciones y de la estipulación del duplo*).

²⁰² D. 21, 2, 56. *Paulus libro secundo ad Edictum Aedilium Currulium*. Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum, aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit; non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisfacere debet, qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit.

²⁰³ VISKY, Karoly. L’applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *IURA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, n. 19, 1968, p. 70-71.

²⁰⁴ VISKY, Karoly. L’applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *Op. cit.*, p. 69-70: “Anche un regolamento dell’interesse si trova già nelle XII tavole ed è in rapporto appunto col «nexus», uno dei più antichi istituti del diritto civile romano. Nel mondo romano — come anche oggi — l’interesse era la ricompensa dovuta per l’uso d’un capitale altrui che il debitore riceveva a titolo di mutuo, ovvero utilizzava

Um dos artifícios utilizados para mascarar a cobrança de juros acima do limite permitido era a estipulação de cláusula penal com montante excedente à taxa legal. Visky²⁰⁵ relata que tal prática devia ser muito frequente, pois a questão aparece repetidamente nas fontes jurídicas, revelando que a infração às normas relativas à usura exigiu intervenção jurídica.

O limite legal de juros não era aplicável²⁰⁶ a raras exceções, como por exemplo, o empréstimo marítimo (*pecunia traiectica*), já que este implicava alto risco ao credor. Portanto, explicita Biscardi, a limitação tampouco era aplicada à cláusula penal que garantia o negócio: (...) *aquelas limitações não se aplicam à cláusula penal da 'pecunia traiectica', já que no empréstimo marítimo as 'usurae infinitae' representam o respectivo 'pretium periculi'*²⁰⁷.

Ressalta Visky²⁰⁸, além disto, que as fontes jurídicas concernentes à relação entre a pena convencional e os juros acima da taxa legal são todas da primeira metade do século III em diante. Neste mesmo período o Império romano atravessou uma grave crise econômico-financeira — a qual vinha se delineando desde o início daquele século — e que teve como uma de suas consequências a perda de valor das moedas em circulação. A instabilidade monetária aumentou o risco inerente ao crédito, gerando uma atmosfera de incerteza para mutuantes e outros credores de dinheiro, acerca do valor que seria recebido no momento do

senza avere il consenso del creditore o contro la volontà di quest'ultimo. Anche il limite massimo dell'interesse fu fissato nelle XII tavole. L'eccesso del limite del «*foenus unciarium*» ivi rammentato venne punito col quadruplo e ciò sembra naturale, perchè il «*foenus unciarium*» — inteso come interesse mensile — costituiva il cento per cento del capitale nell'anno di 12 mesi. Nei secoli posteriori della storia di Roma il tasso massimo delle usure subì spesso modifiche. Già circa cento anni dopo la codificazione delle XII tavole il suo limite fu abbassato alla metà (*foenus semiunciarium*) e verso la fine dell'epoca repubblicana le «*centesimae usurae*» — 1% mensile o 12% annuali — costituivano il limite massimo dell'interesse. Tale limite rimase invariato, almeno in generale, anche durante i secoli dell'Impero e solo con la riforma monetaria avvenuta sotto Costantino si modificò il tasso a 12 e 1/2%. Il limite massimo delle usure fu poi regolato di nuovo da Giustiniano nella misura del 6%; fu consentito, però, che in certe categorie di negozi potesse essere più alto o più basso. Le usure che accedevano il limite stabilito, non erano azionabili. Gli interessi che fossero stati pagati oltre il limite stabilito, dovevano essere messi in conto capitale e potevano essere rivendicati, se il capitale stesso e gli interessi leciti di esso erano già stati saldati.”

²⁰⁵ VISKY, Karoly. L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *Op. cit.*, p. 77-78.

²⁰⁶ VISKY, Karoly. L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *Op. cit.*, p. 72.

²⁰⁷ BISCARDI, Arnaldo. 'Pecunia traiectica' e 'stipulatio poenae'. *Op. cit.*, p. 286: “(...) quelle limitazioni non si applicano alla clausola penale della *pecunia traiectica*, poiché nel prestito marittimo le *usurae infinitae* rappresentano il corrispettivo del *pretium periculi*.”

²⁰⁸ VISKY, Karoly. L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *Op. cit.*, p. 78-79.

reembolso: se apenas o valor nominal objeto da obrigação ou o valor efetivo que lhes competia. A estipulação de juros em observância à taxa legal não era suficiente para eliminar os riscos de prejuízo, daí o recurso à estipulação de uma pena em um montante considerado adequado, por vezes superior ao capital acrescido dos respectivos juros legais. É verossímil que no curso do século III estas estipulações ocorressem sempre com maior frequência. Por esta razão, enfatiza Visky²⁰⁹, esta tendência não pode ser atribuída somente à avidez dos credores; é provável que em um elevado número de casos esta prática tenha sido motivada para defesa dos credores contra a constante ameaça de prejuízo representada pela desvalorização da moeda.

As fontes romanas a seguir transcritas retratam a relação entre a limitação dos juros e a pena convencional e a respectiva solução jurídica:

D. 22, 1, 9pr²¹⁰. Papiniano; *Respuestas, libro XI*. No habiéndose pagado dentro de cierto dia la deuda del dinero dado á interés, yo respondi, que no obliga la estipulation del duplo por otro tanto sobre el limite del interés legal; por lo cual tendrá validez la estipulación á proporción de cualquier tiempo, deducido el exceso.

O texto trata de um caso em que o credor estipulou o dobro do capital a título de pena para a eventualidade de o devedor não o restituir no prazo avençado. Segundo o parecer de Papiniano tal estipulação não tinha efeito vinculante porquanto a pena excedia a taxa legal de juros. A estipulação era válida, portanto, apenas na parte que não superava o limite máximo de juros. Vislumbra-se no texto a tese segundo a qual a pena estipulada não podia superar o máximo legal de juros²¹¹.

Em outro fragmento, relativo a um contrato de compra e venda, Ulpiano refere o pensamento de Papiniano, o que leva a crer que o parecer deste último tivesse um valor geral, isto é, que fosse aplicável a obrigações derivadas de qualquer tipo de contrato²¹²:

²⁰⁹ VISKY, Karoly. L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *Op. cit.*, p. 81.

²¹⁰ D. 22, 1, 9pr. *Papinianus libro undecimo responsorum*. Pecuniae foenebris intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae, respondi, non tenere; quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit.

²¹¹ VISKY, Karoly. L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *Op. cit.*, p. 72.

²¹² VISKY, Karoly. L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *Op. cit.*, p. 72.

D. 19, 1, 13, 26²¹³. Ulpiano; *Comentarios al Edicto, libro XXXII*. - En el mismo lugar dice Papiniano, que él respondió, que si se hubiere convenido, que no habiéndose pagado el precio en su día se pagaría el duplo al vendedor, se considera añadido esto en fraude de las Constituciones, porque excede del interés legítimo, y dice que es diversa esta causa de la de la ley comisoría, porque en el caso de ésta, añade, no se contrata un interés ilícito, sino que se expresa para el contrato una condición no reprobada.

O texto trata de uma cláusula penal adjeta a contrato de compra e venda com função de pacto usurário, e, portanto, no que excedesse à medida legal dos juros era reputada inválida. No entanto, o montante da pena que estivesse em conformidade com a regra relativa aos juros era devido e exigível cumulativamente com as obrigações contratuais do comprador²¹⁴.

A regra que declara ilícita a estipulação de uma pena excedente ao limite máximo de juros consta também em um breve fragmento de Modestino:

D. 22, 1, 44²¹⁵. Modestino; *Pandectas, libro X*. Nadie puede estipular en lugar de los intereses una pena, que sea superior á la cuantía lícita de los intereses.

No período justinianeu o Imperador definiu a questão ao emanar a famosa constituição²¹⁶ *De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur*²¹⁷ (C. 7, 47, 1²¹⁸), restringindo a pena ao dobro do valor da prestação:

²¹³ D. 19, 1, 13, 26. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*. Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit: diversamque causam commissoriae esse ait, cum ea specie, inquit, non faenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur.

²¹⁴ FREZZA, Paolo. La clausola penale. *Op. cit.*, p. 355.

²¹⁵ D. 22, 1, 44. *Modestinus libro decimo pandectarum*. Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.

²¹⁶ BERTOLINI, Cesare. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. *Op. cit.*, p. 93.

²¹⁷ *De las Sentencias que se profieren respecto á los intereses*. GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Trad. e comp., Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: «<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/>». Acesso em: 20 nov. 2005.

²¹⁸ C. 7, 47. 1pr. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.* – Cum pro eo, quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt: melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. §1. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, Iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus, et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat: cum scimus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. §2. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia et ex eo veteres id quod interest, statuerunt. Et sit omnibus secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis, huius constitutionis recitatio. Dat. Kal. Septemb. *Constantinop.* post consulatum Lampad. et Orest. Cons. 530.

C. 7, 47, 1pr. *El Emperador Justiniano, Augusto*, á Juan, *Prefecto del Pretorio*. Como se han llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto á los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible.

§1. Así, pues, mandamos que en todos os casos que contienen una cantidad ó cosa cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con su sutileza los jueces, que se encargan de dirimir las causas, que para que se restituya el daño que en realidad se infiere, y no se lleve por virtud de ciertas maquinaciones y de inmoderadas alteraciones á inextricables rodeos, no sea que elevándose el cómputo á lo infinito quede sin efecto por su propia imposibilidad, pues sabemos que es conforme á la naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación, ó que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites.

§2. Y esto lo comprende nuestra constitución no solamente respecto al daño, sino también en cuanto al lucro, porque también respecto á éste determinaron los antiguos el interés. Y sea para todos términos de la antigua prolijidad, conforme á lo que se ha dicho, el contexto de esta constitución.

Dada en Constantinopla las Calendas de Septiembre, después del consulado de Lampadio y de Oreste, varones esclarecidos [531]

Conforme Bertolini²¹⁹, esta constituição de Justiniano não se referia à pena convencional, mas sim ao interesse a ser determinado pelo juiz. Argumenta o doutrinador que a expressão *poena* no direito justinianeu era utilizada com o significado de *interesse*²²⁰.

Parece-nos mais plausível, no entanto, a explanação de Sebastiano Tafaro²²¹. De fato, diz o jurista, o sentido atribuído ao termo *poena* na constituição contida no C. 7, 47 não é claro. No *Codex* o vocábulo *poena* corresponde a uma pluralidade de significados, que vão desde a pena objeto de obrigações nascidas *ex delicto* à pena convencional e à pena criminal. A palavra *poena* é encontrada, também, para indicar, em termos gerais, a desvantagem que uma das partes contratantes pudesse sofrer ou a consequência de sucumbência em um litígio. Tafaro inclina-se a considerar que o termo *poena* na constituição tenha sido propositalmente utilizado com significado genérico, provavelmente para que, em razão da sua ambiguidade,

²¹⁹ BERTOLINI, Cesare. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, Op. cit., p. 93.

²²⁰ Veja-se p. 34, n. 66.

²²¹ TAFARO, Sebastiano. CI. 7.47.1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore. In: *L'usura ieri ed oggi*, (a cura di) TAFARO, Sebastiano. Bari: Cacucci, 1997, p. 213-230; TAFARO, Sebastiano. La Limitazione dei debiti. *Diritto @ Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 6, 2007. Disponível em: «<http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Tafaro-Limitazione-dei-debiti.htm>». Acesso em: 2 fev. 2015.

pudesse abarcar qualquer situação de desvantagem passível de resultar em uma condenação processual²²².

Esta regra, portanto, resultou na imposição geral de uma limitação aos débitos, fossem eles oriundos de obrigações de restituir um capital e os respectivos juros ou ressarcir o interesse (*id quod interest*) ou, ainda, pagar uma *poena*. A amplitude da disposição era tamanha que nenhum débito poderia superar o dobro do objeto originário²²³.

Ratti²²⁴ interpreta que a *ratio* da norma estabelecida por Justiniano era evitar que o ressarcimento, por ter atingido uma medida muito elevada, punisse com rigor demasiado o devedor. A norma teria em mira resultados práticos: talvez a sua oportunidade, na mente do legislador, consistisse na limitação dos poderes do juiz e na outorga de clemência em favor do devedor; ou, talvez, visasse a favorecer a conclusão dos contratos, ou melhor, dos débitos contratuais, já que o limite do dobro reduziria drasticamente as garantias do credor.

Tafaro, nesta mesma esteira, afirma que a constituição em C. 7, 47, 1 — ao determinar o teto das condenações judiciais — representa o ápice da política legislativa de Justiniano que almejava a contenção das pretensões creditórias e o temperamento das situações que tornassem a condição dos devedores excessivamente gravosa e insuportável²²⁵. Somente assim poderia haver real, e não fictício desenvolvimento do comércio²²⁶.

²²² TAFARO, Sebastiano. CI. 7.47.1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore. *Op. cit.*, p. 229.

²²³ TAFARO, Sebastiano. La Limitazione dei debiti. *Op. cit.*, p. 7-8.

²²⁴ RATTI, Umberto. Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano. *Op. cit.*, p. 173.

²²⁵ TAFARO, Sebastiano. CI. 7.47.1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore. *Op. cit.*, p. 225.

²²⁶ TAFARO, Sebastiano. CI. 7.47.1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore. *Op. cit.*, p. 227-228: “La costituzione di CI. 7. 47. 1 era il logico sbocco di un pensiero già formulato in precedenza. (...) Nella legislazione di Giustiniano vi era una costante, espressa in più provvedimenti ma in termini analoghi: quella di limitare i debiti, imponendo il limite del *duplum* o, comunque, una drastica riduzione di essi che avrebbe contribuito a renderli sopportabili, e a ridurre a poca cosa l’enorme mole di calcoli e discussioni che li avevano fino ad allora contrassegnati. Alla base di essa si può notare una intuizione di grande respiro e di eccelsa sottigliezza giuridica: la dichiarazione e la consapevolezza che l’eccessiva gravosità dei debiti non produce soltanto la umiliazione e, spesso, la rovina dei debitori, ma, contrariamente a quanto potrebbe sembrare, porta alla caduta del debito. Giustiniano intuì che l’onerosità eccessiva, di là da un certo limite, non si traduce in un vantaggio del creditore, bensì in uno svantaggio, perchè anziché rafforzarne la posizione la indebolisce, in quanto sfocia nel dissolvimento dell’obbligazione. L’Imperatore riteneva che fosse interesse dei creditori innanzitutto la certezza e la solvibilità dei debiti; i quali, per corrispondere a siffatti requisiti, non dovevano essere smodati e non dovevano dar luogo a calcoli e discussioni inestricabili. Mi pare che nella costituzione di CI. 7. 47. 1 siano espresse le linee di una politica legislativa che riguardo ai debiti avevano presenti due punti essenziali: evitare l’oppressione del debitore e, soprattutto, porre le condizioni perchè il commercio potesse svilupparsi realmente e non solo fittiziamente.”

Conclui Ratti²²⁷ que seja qual for a verdade sobre este ponto, permanece sempre implícita na citada constituição de Justiniano uma confusão entre pena e ressarcimento, e um desvio do conceito da função puramente reipersecutória do ressarcimento de danos.

No direito justinianeu, portanto, ressalta o carácter ressarcitório da pena convencional, como reparação de um interesse lesado por inadimplemento ou por adimplemento inexato, exonerado o credor de provar qualquer dano. A função de coação resta relegada a um plano secundário²²⁸.

E é justamente a construção justinianéia do instituto que constitui a base da pena convencional moderna, não sem antes, porém, passar por alguns percalços.

1.3 A canonística medieval

1.3.1 O retorno da função punitiva da cláusula penal e os esforços para combatê-la como instrumento para camuflar a usura

A queda do Império Romano do Ocidente, ocorrida em 476, provocou forte impacto nos países que dele faziam parte, gerando um movimento de regresso das instituições²²⁹. Neste contexto, o emprego da cláusula penal como sanção privada com carácter punitivo retomou vigor²³⁰, como bem observa Peter Benjamin²³¹:

Com o declínio do Império Romano do Ocidente e a chegada da Idade das Trevas, as estipulações penais (ou cláusulas, como são hoje chamadas)

²²⁷ RATTI, Umberto. Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano. *Op. cit.*, p. 173.

²²⁸ VISKY, Karoly. La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato. *Op. cit.*, p. 601.

²²⁹ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge (Origine des art. 1152, 1226 et ss. du Code Civil français). In: *Mélanges Paul Fournier*, Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 235-236.

²³⁰ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 370-371: "As carências do Estado, a brutalidade dos costumes, a incerteza, o medo e a desconfiança nas relações jurídicas, foram, entre outras, condições altamente favoráveis a um generalizado emprego da cláusula penal, concebida esta como pena privada, meio de repressão e de castigo sobre o devedor."

²³¹ BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: a Comparative Study of English and Continental Law. *The international and Comparative Law Quarterly*, v. 9, 1960, p. 608: "With the decline of the Western Roman Empire and the arrival of Dark Ages, penal stipulations (or clauses as they are now called) abandoned their hybrid nature and became once more wholly repressive in character, being regarded solely as a means of securing performance of an obligation and not as a means of assessing the damages likely to ensue from default. This new use of penal clauses enjoyed considerable favour."

abandonaram sua natureza híbrida e tornaram-se mais uma vez totalmente repressivas, sendo vistas apenas como um meio para assegurar o cumprimento de uma obrigação e não como meio de avaliação dos prováveis danos decorrentes de eventual inadimplemento. Este novo uso das cláusulas penais granjeou considerável aprovação.

Com efeito, na Idade Média generalizou-se de tal modo a utilização da cláusula penal com caráter cominatório que se chegou a afirmar *que nenhum contrato, nenhum ato da vida civil, liberação, testamento, adoção, etc., não se poderia constituir sem que uma cláusula penal garantisse o seu cumprimento*²³². Não obstante, foi também mais tarde neste período, por obra dos canonistas, que o caráter punitivo da cláusula penal foi abrandado, ressurgindo a concepção da sua natureza ressarcitória ou indenizatória²³³:

Ao mesmo tempo em que se operou uma reação contra a índole punitiva da cláusula penal, foi-se desenvolvendo uma doutrina que haveria de remeter a figura para o campo da indemnização, passando a entender-se comungar a primeira da natureza da última.

A vedação da usura — entendida, à época, como tudo aquilo que, de qualquer modo, fosse acrescido ao capital²³⁴ —, inicialmente restrita ao clero, com base no Concílio de Nicéia de 325²³⁵, foi estendida aos laicos com a promulgação, por Carlos Magno, da *Admonitio Generalis* de 789, adotada ainda no mesmo ano pelo Concílio de Aix-la-Chappelle²³⁶. Nos séculos XI a XIV, a Igreja, em que pesem os inconvenientes que a referida proibição causava, mormente por razões econômicas e sociais, mostrava-se inflexível. Os Concílios de Latrão (1139 e 1179) proclamaram a vedação à usura como lei universal da Igreja, conforme ao direito natural²³⁷.

²³² No original: “(...) qu’aucun contrat, qu’aucun acte de la vie civile, affranchissement, testament, adoption, etc., ne se formait sans qu’une clause pénale en garantit l’exécution.” As célebres palavras são de GLASSON, in *Histoire du droit français et des institutions de la France*, t. 3, Paris, 1887-1903, v. 3, p. 235. *Apud* FLINIAUX, Andre. L’évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 236; BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 608; ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 31; PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op.cit.*, p. 370, nota n. 833.

²³³ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 371.

²³⁴ *Quodcumque sorti accidit usura est ; Usura est ubi amplius requiritur quam datur*. FLINIAUX, Andre. L’évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 237; GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. *Op. cit.*, p. 767: “No Ocidente, uma Capitular de 789 proíbe sem restrição todo o empréstimo a juros: *Omnino omnibus interdictum est ad usuram aliquid dare* (é proibido a todos dar qualquer coisa em usura); a palavra usura adquiriu o sentido de todo o juro, seja ele qual for: *usura est ubi amplius requiritur quam datur* (a usura consiste em exigir de volta mais do que se deu).”

²³⁵ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 371.

²³⁶ FLINIAUX, Andre. L’évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 236-237.

²³⁷ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. *Op. cit.*, p. 767: “Com efeito, apesar da severidade das sanções, a Igreja nunca pôde impedir inteiramente o recurso ao empréstimo a juros, tanto por razões econômicas

Explica Pinto Monteiro que foi justamente ao buscar combater à usura, em todas as formas através das quais se apresentasse (direta ou dissimulada), que foi atribuída, pelo direito canônico, natureza indenizatória à cláusula penal²³⁸.

Era frequente, no âmbito dos negócios, a estipulação de empréstimos a juros, porém, ao invés de se convencionar uma cláusula de juros (inválida segundo as leis civis vigentes e sujeitando o usurário à sanção penal canônica da excomunhão), convencionava-se uma cláusula penal, através da qual se acordava que, em não sendo o capital restituído na data do vencimento, seria pago pelo devedor um montante superior²³⁹. Obviamente, o credor nestes casos não pretendia assegurar o pagamento do capital na data aprazada; na verdade, intencionava que o devedor descumprisse a obrigação e incorresse na pena, de valor superior²⁴⁰.

Não tardou para que a íntima relação entre a pena e a usura chamasse a atenção dos teólogos e canonistas, os quais, contudo, não podiam proibir a cláusula penal de maneira geral, pois isto significaria contrariar o direito romano e certas disposições do Decreto de Graciano. A solução encontrada foi, então, vedá-la todas as vezes em que fosse *in fraudem usurarum apposita*²⁴¹. Isto ocorreria quando a cláusula penal não fosse destinada a estimular o devedor a restituir o capital no termo fixado, mas, ao invés, servisse ao escopo do credor de obter, ante a impossibilidade de reembolso na data aprazada, qualquer coisa *ultra sortem* (além do capital). Esta foi a orientação sustentada por Bernardo de Pavia no final do séc. XII, e por Roberto de Courçon e Raimundo de Peñafort no início do séc. XIII²⁴².

Este critério puramente subjetivo, vinculado, portanto, ao domínio da consciência e, por isto mesmo de difícil investigação, não contentava na mesma medida os teólogos e os

(desenvolvimento do comércio, da banca, etc.) como sociais (empréstimo aos pobres, aos camponeses, aos artesãos); a proibição do juro é a negação do crédito.” Na mesma linha, PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 372: “A Igreja manteve-se intransigente, não obstante as dificuldades que acarretava esta proibição, principalmente quando, por efeito dos novos inventos e da descoberta de outros continentes, as relações comerciais se multiplicaram imenso.”

²³⁸ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 371.

²³⁹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 372.

²⁴⁰ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 238.

²⁴¹ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 238.

²⁴² FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 238. Citado também por PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 373.

canonistas. Estes últimos preferiam encontrar critérios objetivos, e foi com este afã que Raimundo de Peñafort os propôs, sob a forma de duas presunções. Presumir-se-ia ter sido a pena estipulada *in fraudem usurarum* por quem tinha o costume de praticar usura; e, igualmente se a pena tivesse sido estabelecida em forma de prestações escalonadas no tempo (*per singulos menses vel annos*)²⁴³.

Sem embargo, nenhuma das duas presunções mostrou-se plenamente satisfatória. A primeira presunção foi declarada inaplicável aos contratos de mútuo pela Magna Glosa. No concernente à segunda, os usurários buscaram um modo simples para ilidi-la: bastava, ao invés de acordar prestações distribuídas no tempo, estipular um valor global a título de pena²⁴⁴.

Neste contexto, após várias tentativas frustradas de resolver o problema²⁴⁵, a solução foi encontrada em uma teoria que os próprios canonistas haviam lentamente elaborado no início do séc. XIII, com base no material legado pelo direito romano: a denominada doutrina do interesse²⁴⁶.

1.3.2 A doutrina do interesse ('id quod interest'): concepção ressarcitória da cláusula penal

Esta doutrina se reveste da máxima importância, pois ela, como enfatiza Pinto Monteiro *haveria de influenciar decisivamente a concepção sobre a natureza da cláusula penal*²⁴⁷.

Os legistas da escola de Bolonha, principalmente Azo, nos seus comentários às leis romanas sobre o *interesse (id quod interest)*²⁴⁸ — que hoje designamos perdas e danos

²⁴³ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 239.

²⁴⁴ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 239.

²⁴⁵ Conforme GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. *Op. cit.*, p. 768: “Os próprios cristãos imaginaram numerosos processos para contornar a proibição do juro. A Igreja interveio por vezes expressamente para os denunciar e os proibir, sem todavia conseguir impedir o seu desenvolvimento, sobretudo a partir da renovação económica do séc. XIII.”

²⁴⁶ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 239.

²⁴⁷ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 374. No mesmo sentido FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 239-240: “(...) la théorie connue sous le nom de doctrine de l'*interesse*, sur laquelle il convient de nous arrêter quelques instants avant d'exposer les transformations profondes qu'allait subir la notion de clause pénale de la part des canonistes, suivis plus tard dans cette voie par les civilistes eux-mêmes.”

devidos em caso de inexecução das obrigações —, estenderam o campo de aplicação da antítese entre a usura e o interesse, estabelecida em um célebre fragmento do Digesto que contém a chamada lei *Socium qui* (D. 17, 2, 60pr²⁴⁹). Eles pregavam que, no caso de estar em mora o devedor, qualquer que fosse o contrato²⁵⁰, poderia ele ser condenado a pagar ao credor não a usura, no sentido técnico da palavra — isto é, um determinado percentual por certo período de tempo —, mas sim danos e interesses (*interesse*), cujo montante, a ser fixado pelo juiz, deveria ser igual ao interesse que o credor teria tido se o devedor não estivesse em mora²⁵¹. Desta forma, não se atribuía ao credor um benefício, mas sim uma reparação²⁵².

Os canonistas, então, com base neste ensinamento dos legistas de Bolonha, defenderam que a noção de *usura* — no sentido já referido de tudo aquilo que, de qualquer modo, se acresce ao capital — não se confunde com a de *interesse*, isto é, com perdas e danos. Eles afirmaram veementemente que o *interesse* nada tem em comum com a *usura*, pois se o credor, de fato, pretender o *interesse*, em razão da não restituição do valor objeto do mútuo na data aprazada — e for julgada fundada esta pretensão —, não se pode dizer que esta soma, que se acrescerá ao capital *de direito*, seja *ultra sortem*. Em síntese, aquilo que o credor perseguir em virtude do *interesse*, não constitui, juridicamente, um ganho ou um lucro, e sim a reparação de um dano²⁵³.

O principal defensor destas novas ideias foi João Teutônico. Após expor o princípio de que somente constituem *usuræ*, vedadas pela Igreja, as convenções que servem à obtenção de um lucro (*lucrum*), afirma que tal proibição não compreende as estipulações que tenham por única finalidade evitar um dano (*damnum*)²⁵⁴.

²⁴⁸ Veja-se p. 34, n. 66.

²⁴⁹ *Pomponius libro tertio decimo ad Sabinum*.— *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit cum ea pecunia ipse usus sit, usuræ quoque eum præstare debere* Labeo ait, sed non quasi usuræ, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse; sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. (...)

Pomponio; Comentários á Sabino, libro XIII.— Dice Labeon, que el socio que incurrió en mora al entregar aquello que ganase por razón de la sociedad, habiendo usado él de aquel dinero, debe pagar también los intereses, pero no como intereses, sino por lo que le importe á su socio que él no hubiese incurrido en mora; pero si ó no hubiera usado de aquel dinero, ó no hubiere sido moroso es lo contrario. (...)

²⁵⁰ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 374, nota n. 844.

²⁵¹ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 240.

²⁵² PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 374.

²⁵³ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 240-241; PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 374-375.

²⁵⁴ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 241.

O princípio enunciado por Teutônico foi reproduzido por outros canonistas, em especial Vicente Hispano e Raimundo de Peñafort. Este último foi o primeiro canonista a estabelecer a relação entre *poena* e *interesse*. Ocupou-se Peñafort²⁵⁵ do seguinte problema: seria possível o montante da pena superar o montante do interesse? A solução, entretanto, não foi encontrada. Canonistas sucessivos procuraram colmar a lacuna. Inocêncio IV era da opinião que a pena poderia exceder o interesse²⁵⁶. Guilherme de Rennes, na condição de anotador da *Summa* de Peñafort, buscou deduzir o sentimento do autor — a partir do desenvolvimento dos seus estudos sobre a usura —, concluindo que este seria no sentido de restringir a licitude da pena à equivalência do interesse²⁵⁷. Contudo, Rennes dissentia, pessoalmente, daquela conclusão²⁵⁸: no seu ponto de vista, se a pena houvesse sido convencionada sem fraude, ela poderia ser exigida na sua totalidade, por ser de interesse público que as estipulações sejam respeitadas e que os devedores não defraudem os credores²⁵⁹.

Porém, em outra anotação de Rennes à *Summa*, ele se mostra menos incisivo, propondo uma importante distinção entre duas funções que a cláusula penal pode exercer. Ora a pena é prometida *loco interesse*, ou seja, quando as partes entendem expressamente considerá-la como uma avaliação convencional das perdas e danos (indenização), e, neste caso, só se poderá exigir a pena dentro dos limites do interesse; ora a pena é acordada *pro contumacia*, isto é, com o objetivo de punir a falta praticada pelo devedor, caso em que poderá ser exigida na sua integralidade, salvo se houver sido estabelecida *in fraudem usurarum*²⁶⁰.

Esta exceção aludida por Rennes sela o retorno da complexa questão de saber quando a pena deve ser considerada estabelecida para ilidir a vedação à usura — problema que os critérios objetivos anteriormente propostos por Peñafort não haviam resolvido de forma

²⁵⁵ *Utrum autem liceat, tales (poenae conventionales) exigere quantum ad interesse tantum, aut etiam ultra.* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 242.

²⁵⁶ *Credimus quod etiam si poena interesse excedat, quod licite tota poena petitur.* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 242.

²⁵⁷ *Quod quantum ad interesse tantum liceat hujusmodi poenae exigi.* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 243.

²⁵⁸ *Ego autem credo quod ubi sine fraude poena est apposita, potest exigi tota, quia publice interest pacta servari et creditores a debitoribus jnon defraudari.* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 243.

²⁵⁹ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 242-243; PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização.* *Op. cit.*, p. 375.

²⁶⁰ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 243.

satisfatória. Os canonistas, assim, sugerem a utilização de outro critério objetivo, consistente em uma distinção elaborada na *Magna Glossa* em matéria de cláusula penal. Esta preconizava que se deveria diferenciar a pena conforme ela fosse estabelecida em relação a um fato (*facto*) ou a um específico objeto (*speciei*), ou a uma soma de dinheiro (*quantitati*). Nas duas primeiras hipóteses não há risco de fraude, sendo desnecessário limitar o montante da pena. Ao contrário, quando a pena relacionar-se a uma soma em dinheiro, a fraude deverá ser presumida, e, conseqüentemente, ela não poderá ultrapassar a taxa legal de juros (*legitimus modus usurarum*)²⁶¹.

Ocorre que não ultrapassar a taxa legal de juros significa o mesmo que admitir a respectiva cobrança — mesmo limitada —, contrariando o direito canônico que vedava por completo o empréstimo a juros, qualquer que fosse a sua taxa²⁶².

Foi o Cardeal Ostiense, no séc. XIII, o primeiro a adotar aquele novo critério, e, para determinar o que se entendia por *legitimus modus usurarum*, sem ferir os cânones eclesiásticos, recorreu à teoria do *interesse*. Em um contrato de mútuo, por exemplo, a pena não incorrerá na proibição à usura sempre que ela representar o *interesse*, vale dizer, as perdas e danos (indenização) devidas em virtude de o dinheiro objeto do mútuo não ter sido reembolsado na data fixada²⁶³. Disto decorre que a pena se sujeita às mesmas regras que regem especificamente o interesse²⁶⁴. Surge, assim, no cenário jurídico, a concepção ressarcitória (ou indenizatória) da cláusula penal²⁶⁵.

1.3.3 Ampliação do âmbito de aplicação e consolidação da doutrina do interesse

²⁶¹ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 243-244.

²⁶² FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 244.

²⁶³ *Est ergo praesumendum contra stipulantem poenam in mutuo nisi petatur poena quae loco interesse succedit.* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 244-245. A propósito, GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. *Op. cit.*, p. 768-769: “Os canonistas admitiram a legitimidade dos juros de mora se fossem compensatórios de um prejuízo (*damnum*) suportado pelo credor; distinguem desde então a usura e o interesse, admitido em caso de *damnum* (donde a expressão moderna: *dommages-intérêts* — perdas e danos).”

²⁶⁴ *Cum loco interesse succedat (poena), ergo eodem jure fungi debet.* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 245.

²⁶⁵ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 376: “Torna-se evidente, pois, a identificação, operada por HOSTIENSIS, no século XIII, entre *poena* e *interesse*: a concepção indenizatória da cláusula penal fazia a sua aparição.”

A doutrina de Ostiense foi adotada por seus sucessores, os quais, no entanto, alargaram o âmbito de sua aplicação. Pensada na origem exclusivamente para os casos em que a pena fosse convencionada em uma estipulação cujo objeto fosse uma soma de dinheiro (*quantitas*), a sua aplicabilidade foi estendida aos acordos que tivessem por objeto um bem em espécie (*species*) ou um comportamento (*factum*)²⁶⁶. Assim, preleciona Pinto Monteiro²⁶⁷, *a concepção indenizatória da cláusula penal ultrapassava aquela que fora a sua circunstância histórica — proibição da usura e dos processos que tentavam iludi-la —, para se arvorar na ‘ratio essendi’ da figura.*

Outro aspecto relevante da teoria formulada por Ostiense é aquele concernente à redução judicial da pena. Este canonista, sob o argumento de que a pena funcionava como substituta das perdas e danos (indenização) devidos em face do inadimplemento, afirmou que ela poderia ser reduzida pelo juiz quando superasse o dobro do valor da coisa objeto da obrigação²⁶⁸ — conforme o limite estabelecido ao *interesse* por Justiniano (C. 7, 47, 1²⁶⁹). Parnomitanus, ao revés, se opunha à faculdade do juiz de reduzir a pena, sustentando atuar a cláusula penal como uma avaliação fixa das perdas e danos (indenização), destinada a desonerar o credor da prova do *interesse*²⁷⁰. De qualquer sorte, como é evidente, o debate não versou sobre a natureza indenizatória ou punitiva da cláusula penal, permanecendo ambas as distintas soluções propostas dentro dos limites da concepção ressarcitória ou indenizatória²⁷¹.

Posteriormente, no séc. XVI, Charles Dumoulin, legista e canonista, procedeu à fusão do direito canônico e do direito civil relativamente à natureza da cláusula penal. O conceito ressarcitório que ele adotou, na condição de canonista, no seu *Tractatus contractuum usurarum er redituum*, foi também por ele defendido na condição de legista no seu *Tractatus*

²⁶⁶ A generalização da teoria foi constatada por Laurent de Rodolphis: *Sed hodie nullo modo petitur poena adjecta in fraudem usurarum. Et subditur, quod tu potes sic concludere de jure canonum, et dicere, si poena adjicitur facto, peti potest ut interesse et quantum interest.* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 245.

²⁶⁷ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização.* *Op. cit.*, p. 377.

²⁶⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Op. cit.*, p. 471: “El Cardenal Ostiense parece haber sido quien primero afirmó en forma categórica la naturaleza resarcitoria de la cláusula penal, y sobre esta base consideró que la pena era judicialmente reducible si contrariaba el límite al que se sujetaba la indemnización de perjuicios en algunas disposiciones romanas (C.J. 7.47.1): es decir, al duplo del valor de la cosa que era objeto de la obligación.”

²⁶⁹ Veja-se texto colacionado na p. 73.

²⁷⁰ FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 246; PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização.* *Op. cit.*, p. 377.

²⁷¹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização.* *Op. cit.*, p. 377.

de eo quod interest. Desta feita, foram conduzidos ao direito civil os resultados obtidos pelo direito canônico em tema de cláusula penal.

No *Tractatus de eo quod interest*, Dumoulin adota fórmula análoga àquela de Ostiense ao afirmar *poenae loco ejus quod interest subrogantur. Igitur ejus naturam imitari debent*²⁷².

Ao concluir a análise da cláusula penal na Idade Média, acentua Pinto Monteiro²⁷³:

Eis, pois, como, a culminar este movimento de reacção dos canonistas contra o emprego da cláusula penal com o fim de iludir a proibição da usura, pena e indemnização se *identificam*: aquela ocupa o lugar desta, a sua natureza é a mesma. Já não se trata de afirmar, meramente, que a pena *dispensa* o credor de recorrer à indenização, como sucedida no direito romano; agora, é a própria *natureza indenizatória* da cláusula penal que se proclama abertamente.

No séc. XVIII, Pothier, no seu *Traité des Obligations*²⁷⁴, ao tratar da cláusula penal, exprime a mesma ideia de Dumoulin:

Esta pena é estipulada com a intenção de indenizar o credor pela inexecução da obrigação principal: ela é, por consequência, compensatória dos danos e interesses que ele sofre pela inexecução da obrigação principal.

Os ensinamentos de Dumoulin tiveram grande influência sobre Pothier, cuja doutrina inspirou o *Code Civil* em grande medida. Em tema de cláusula penal isto significou o *triunfo da concepção indenizatória*²⁷⁵, não apenas na França, mas em muitos outros países, face à ampla circulação deste modelo de codificação.

II. A CLÁUSULA PENAL NO DIREITO COMPARADO

2.1 O sistema *de common law*: distinção entre *penalties* e *liquidated damages*

²⁷² *Tractatus de eo quod interest*, n. 156 (*Op. omn.* Paris, 1681, t. 3, p. 469). *Apud* FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 246.

²⁷³ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 378.

²⁷⁴ “Cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale : elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale.” POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations*. In : *Oeuvres complètes de Pothier. Nouvelle Édition*. t. 1, part. 2, Paris : Thomine et Fortic, 1821, p. 318. Disponível em: «<http://gallica.bnf.fr/>». Acesso em: 20 nov. 2014.

²⁷⁵ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 379.

2.1.1 Origem e evolução histórica

Na *common law* o acordo através do qual uma das partes se compromete a pagar uma soma de dinheiro (na maioria das vezes) caso não cumpra a prestação a seu encargo, ou não a cumpra na forma convencionada, é qualificado por dois diferentes esquemas. Conforme as circunstâncias, pode se tratar de uma *penalty* ou de uma determinação preventiva do montante do ressarcimento, *liquidated damages* ou *estimated damages*. A compreensão desta distinção é possível a partir da análise das origens de tal construção²⁷⁶.

A cláusula penal no direito de *common law* teve sua origem no *penal bond*, instituto introduzido na Inglaterra por volta do séc. XIII pelos banqueiros italianos. Antes disso, documentos com caráter puramente obrigacional eram pouco conhecidos no direito inglês²⁷⁷.

O *penal bond* consistia em um documento (*deed*) que continha a promessa unilateral do devedor de pagamento de uma certa soma em dinheiro, condicionada resolutivamente ao adimplemento de uma prestação diversa. No início, o devedor que não pagava no termo fixado era obrigado a pagar uma soma que consistia geralmente no dobro daquela devida inicialmente²⁷⁸.

O fato de a cláusula ser inscrita em um documento formal (*act under seal*) conduzia a que o magistrado, conforme os princípios que regiam o direito inglês, não pudesse investigar a causa da atribuição patrimonial²⁷⁹.

Os *penal bonds* tornaram-se muito comuns, pois serviam como instrumento que facilitava o empréstimo de dinheiro com cobrança de juros, sem (aparentemente) contrariar a, então existente, vedação canônica à usura²⁸⁰, posteriormente relativizada²⁸¹ em razão do incremento do comércio e da conseqüente demanda de crédito.

²⁷⁶ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 39.

²⁷⁷ Consoante LOYD, William H. Penalties and Forfeitures: Before Peachy v. The Duke of Somerset. *Harvard Law Review*, v. 29, n. 2, dec. 1915, p. 119. Disponível em: «<http://www.jstor.org/stable/1326220>». Acesso em: 11 nov. 2014: “So, when Britannia had grown sufficiently cosmopolitan to become a borrower, it was the medieval Italian banker who seems to have brought into common use in England the penal bond, where, we are told, documents of a purely obligatory character were rare before the latter part of the thirteenth century.”

²⁷⁸ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 40.

²⁷⁹ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 40.

²⁸⁰ LOYD, William H. Penalties and Forfeitures. *Op. cit.*, p. 119.

Esta forma de estipulação, no entanto, era utilizada também para outras finalidades. Especialmente através dela se realizava um meio muito eficaz de pressão sobre o devedor para induzi-lo ao adimplemento²⁸². Portanto, além da possibilidade de acionar o devedor para obtenção do ressarcimento (*action of assumpsit*), o credor contava com a possibilidade de realizar, por via indireta, uma espécie de execução específica (*specific performance*), a qual ainda não era admitida pelo ordenamento²⁸³.

Neste período os tribunais de *common law* eram bastante rígidos, e consideravam obrigatórias estas estipulações. Apenas excepcionalmente, quando era evidente que o *penal bond* havia sido utilizado para burlar a vedação à usura — e que a cláusula era fictícia, configurando, na verdade empréstimo sujeito a juros —, rechaçavam a sua exigibilidade²⁸⁴.

Eram, contudo, considerados válidos os acordos se a condição fosse efetivamente verdadeira na vontade das partes, ainda que a *penalty* tivesse valor superior ao da prestação a que se relacionava o adimplemento²⁸⁵.

Progressivamente, o ordenamento inglês foi evidenciando cada vez mais a contradição entre o respeito ao compromisso assumido formalmente e a necessidade de temperamentos de caráter equitativo²⁸⁶. Na Inglaterra houve uma duplicação do sistema judiciário²⁸⁷: o tradicional (*common law*), voltado às questões de direito estrito; e a *equity*, inspirado em princípios de equidade²⁸⁸.

²⁸¹ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 41, afirma que a vedação à usura foi ab-rogada por um *Statute* de 1545, em decorrência da influência calvinista na Inglaterra durante o período Elisabetano. Com efeito, sob o reinado de Henrique VIII, foi decretado o *Act against usury*, o qual limitava a cobrança de juros em 10% e estabelecia que a prática de juros acima deste percentual seria considerada ilegal.

²⁸² ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 41, relata que esta técnica teve particular importância no âmbito das obrigações que não contavam com a tutela do ordenamento.

²⁸³ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 41.

²⁸⁴ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 41.

²⁸⁵ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 42.

²⁸⁶ A propósito GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3. ed. Torino: UTET, 2008, p. 73: “Nell’ottica di una giustizia basata sulla morale cristiana il formalismo non ha alcuno spazio, pertanto i diritti potevano essere attribuiti a Tizio o a Caio prescindendo completamente dal formalismo negoziale di cui era ricca la common law.”

²⁸⁷ Sobre a jurisdição de *common law* e a jurisdição de *equity*, ver GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. *Op. cit.*, pp. 53 e ss., e também DAVID, René. *Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 370 e ss.

²⁸⁸ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 42.

Foi nas cortes de *equity*, que se desenvolveu a praxe contrária às *penalties*²⁸⁹ (posteriormente denominada *penalty doctrine*), consideradas como caso de *conscience*²⁹⁰ em face da desarrazoada (*unconscionable*) desproporção entre a soma formalmente devida a título de ressarcimento (acionável por meio da *action of assumpsit*) e o valor da prestação originária prometida.

O critério adotado pela *equity* consistia na indagação da intenção das partes, a fim de averiguar se a convenção fora celebrada com objetivo moralmente lícito (ressarcimento do dano), ou se com finalidade imoral (criação de uma sanção para o devedor inadimplente). Além disso, buscava-se evitar a possibilidade de que, através de uma cláusula penal, se pudesse obter uma vantagem maior do que seria obtida se a prestação fosse cumprida nos exatos termos pactuados²⁹¹.

Todavia, tendo em vista que a *equity* levava em consideração a substância e não a forma da convenção, a soma fixada a título de *penalty* era admitida em favor do credor, desde que correspondesse ao montante do dano efetivo.

Sucessivamente foi afirmada a regra geral segundo a qual²⁹²: *equity suffers not advantage to be taken of a penalty or forfeiture where compensation can be made* (Não há vantagem em recorrer à *equity* para obter a penalidade ou o confisco onde possa ser feita a

²⁸⁹ BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 605: “The distinction between penalties and liquidated damages would appear to be an historical accident, and, like many a rule of English law, it owes its origin to the conflicts of jurisdiction between the courts of equity and the common law courts. One of the peculiarities of the common law is the use which is made of historical accidents in order to create a thoroughly workable system of law.”;

²⁹⁰ Sobre o princípio de *conscience*, conforme DURFEE, Edgar N. Basis of Relief from Penalties and Forfeitures. *Michigan Law Review*, v. 20, n. 6, april 1922, p. 647. Disponível em: «<http://www.jstor.org/stable/1278293>». Acesso em: 11 nov. 2014: “In truth, relief from penalties and forfeitures involves a nullification of the intent of the parties, a refusal to give legal effect to their solemn agreements, and constitutes a glaring exception (not, of course, the only one) to the general rule that parties of full capacity are bound by their agreements. And this exception must be referred to “conscience”, the principle of natural justice upon which equity has relieved from a great variety of unconscionable transactions, and with which, more recently, the common law has fallen in love.” No mesmo sentido, porém referindo-se a período posterior, BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 605-606: “As to the principles applied to determine equitable relief in the case of penalties, it would appear that, at any rate from the latter part of the eighteen century, the courts of equity reduced penalties which they regarded as oppressive and unconscionable because it was regarded as contrary to natural justice to have contractual clauses that were *in terrorem*.”

²⁹¹ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 132: “La diversità della disciplina dei *liquidated damages* e della *penalty* — originatesi come accidente storico per l’intervento dell’*Equity*, volto ad evitare l’abuso derivante dalla possibilità che attraverso una clausola penale una parte potesse trarre un vantaggio maggiore di quello derivante dall’esatto adempimento della prestazione — si trova poi codificata senza sostanziali differenze rispetto al modello inglese, nell’*Uniform Commercial Code*.”

²⁹² LOYD, William H. Penalties and Forfeitures. *Op. cit.*, p. 125.

compensação). Significa que a ação para pretender a penal na jurisdição de *equity* poderia ser negada, uma vez que fosse possível a obtenção do ressarcimento do dano pelo modo ordinário²⁹³.

Aspecto interessante, porém, diz respeito aos contratos em que a obrigação era de fazer ou de não fazer, em que as partes fixavam um montante razoável a título de dano que poderia advir da violação do acordo. Neste caso, o *penal bond* poderia ser requerido. A doutrina menciona, a propósito, o caso *Tall v. Ryland*²⁹⁴:

Dois peixeiros com estabelecimentos contíguos resolveram algumas diferenças surgidas entre eles. Um deles, obrigando-se a não menosprezar a mercadoria do outro, deu-lhe uma garantia de £ 20. Nas palavras do relatório: “O autor (o devedor) depois perguntou ao cliente do réu, enquanto barateava uma parcela de linguados, por que ele iria comprar do réu, e disse-lhe que aqueles peixes cheiravam mal, e assim o réu perdeu este cliente” e, muito naturalmente, exigiu a garantia. O devedor apresentou uma exceção com base em equidade para ser dispensado de um veredito sobre a pena, o qual o credor objetou alegando que “sendo a garantia para preservar a amizade e a boa vizinhança, a sua violação enseja a exigibilidade da pena a que o devedor se submeteu a pagar, e não pode haver julgamento para mensurar os danos pela violação da condição, que não aqueles estipulados pelas partes.” O juiz, Sir Orlando Bridgeman, acolheu a objeção, mas declarou que isto “não configurava um precedente no caso de uma garantia de £ 100 ou similar.”

Andrea Zoppini²⁹⁵ afirma que no caso acima descrito a exigibilidade da promessa foi assegurada pelo julgador em virtude da impossibilidade de se determinar a medida do dano causado. Discorda desta conclusão William Loyd. Este último entende ser indubitável a influência do reduzido montante envolvido (vinte libras esterlinas) na decisão do Conselheiro do Rei, embora o caso em exame seja típico²⁹⁶. Alega que as razões pelas quais os tribunais

²⁹³ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 43.

²⁹⁴ A citação transcrita foi extraída de LOYD, William H. *Penalties and Forfeitures*. *Op. cit.*, p. 128: “Two fishmongers with contiguous shops having settled certain differences that had arisen between them, a bond in £20 was given by one to the other conditioned not to disparage his goods. In the words of the reporter: “The plaintiff (the obligor) afterwards asked the defendant’s costumer whilst cheapening a parcel of flounders, why he would buy of the defendant, and told him those fish stunk, and so the defendant lost that costumer,” and, very naturally, sued on the bond. The obligor filed a bill in equity to be relieved of a verdict for the penalty, to which the oblige demurred on the ground that “the bond being to preserve amity and neighborly friendship for the breach of which the plaintiff did submit to pay that penalty, and there can be no trial had to measure the damages for breach of the condition, other than the parties have submitted to.” The lord keeper, Sir Orlando Bridgeman, sustained the demurrer, but declared this was “not to be a precedent in the case of a bond of £100 or the like”.”; O caso é também tratado por ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 43-44.

²⁹⁵ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 44.

²⁹⁶ LOYD, William H. *Penalties and Forfeitures*. *Op. cit.*, p. 128. O autor, na n. 47, remete para outros casos.

distinguiram as *penalties* e os *liquidated damages*, são de difícil reconhecimento, mas que a dificuldade na estimação dos danos não pode ser aceita como critério seguro.

Durante o séc. XVII o entendimento das cortes de *equity* acerca das *penalties* foi ampliado. Havendo um *bond* para assegurar uma obrigação subjacente de pagar uma certa soma em dinheiro, a *equity* consideraria inexigível o *bond*, com a condição, porém, de que o devedor pagasse o valor principal da dívida, acrescido de juros e outras despesas. Se o *bond* já tivesse sido pago, a *equity* concederia um reembolso da *penalty* efetivamente paga, obrigando o credor a devolver ao devedor o valor que excedesse o montante principal, calculado com os respectivos juros e outras despesas.

Se a *penalty* fosse estipulada para o descumprimento de uma obrigação de fazer, a *equity* concederia uma medida restringindo a ação *at law*, ou restringindo a execução baseada em uma decisão judicial, com a condição de ressarcimento dos danos por parte do devedor.

A regra relativa aos *penal bonds* surgida nas cortes de *equity* tornou-se, no final do séc. XVII e início do séc. XVIII *Statute Law (Administration of Justice Acts de 1696*²⁹⁷ e

²⁹⁷ O *Statute of William III (1696) 8 & 9 Will 3 c 11*, intitulado *An Act for the Better Preventing of Frivolous and Vexatious Suits*, dispunha o seguinte: “Section 8 – And be it further enacted, that in all actions, which shall be commenced or prosecuted in any of his Majesty’s courts of record, upon any bond or bonds, or on any penal sum, for nonperformance of any covenants or agreements in any indenture, deed, or writing contained, the plaintiff or plaintiffs may assign as many breaches as he, she or they shall think fit, and the jury, upon trial of such action or actions, shall and may assess, not only such damages and costs of suit as have heretofore been usually done in such cases, but also damages of such of the said breaches so to be assigned, as the plaintiff upon the trial of the issues shall prove to have been broken, and that the like judgment shall be entered on such verdict as previously have been usually done in such like actions; And if judgment shall be given for the plaintiff on a demurrer, or by confession, or *nihil dicit*, the plaintiff upon the roll may suggest as many breaches of the covenants and agreements as the plaintiff shall think fit, upon which shall issue a writ to the sheriff of that county where the action shall be brought, to summon a jury to appear before the justices or justice of assize, or *nisi prius*, of that county, to enquire of the truth of every one of those breaches, and to assess the damages that the plaintiff shall have sustained thereby; In which writ it shall be commanded to the said justices or justice of assize, or *nisi prius*, that he, she or they shall make return thereof to the court from whence the same shall issue, at the time in such writ mentioned; And in case the defendant or defendants, after such judgment entered, and before any execution executed, shall pay unto the court where the action shall be brought, to the use of the plaintiff or plaintiffs, or his, her or their executors or administrators, such damages so to be assessed by reason of all or any of the breaches of such covenants, together with the costs of suit, a stay of execution of the said judgment shall be entered upon record; Or if by reason of an execution executed, the plaintiff or plaintiffs, or his, her or their executors or administrators, shall be fully paid or satisfied all such damages so to be assessed, together with his, her or their costs of suit, and all reasonable charges and expenses for executing the said execution, the body, lands, or goods of the defendant, shall be thereupon forthwith discharged from the said execution, which shall likewise be entered upon record; But notwithstanding in each case such judgment shall remain, continue, and be, as a further security to answer to the plaintiff or plaintiffs, and his, her or their executors or administrators, such damages as shall or may be sustained for further breach of any covenant or covenants in the same indenture, deed, or writing contained, upon which the plaintiff or plaintiffs may have a *scire facias* upon the said judgment against the defendant, or against his or her heir, terre-tenants, or his or her executors or administrators, suggesting other breaches, of the said covenants or agreements, and to summon him,

1705²⁹⁸), e, assim, vinculante para os juízes de *common law*, os quais passaram a exercer jurisdição em casos envolvendo *penalties*.

Com base nestes *Statutes*, o credor deveria fazer prova do inadimplemento e poderia obter a parte do montante deduzido na penal que fosse equivalente aos danos sofridos. Este fato contribuiu significativamente para consolidar a distinção, no direito inglês, entre a *penalty*, vedada, e os *liquidated damages*, admitidos.

Especula-se que o surgimento da doutrina dos *liquidated damages* tenha ocorrido apenas no início do séc. XIX, quando do julgamento, em 1801, do caso *Astley v. Weldon*²⁹⁹. Tratava-se de um contrato celebrado entre um administrador de teatro e uma atriz, contendo várias obrigações de fazer, em que a atriz descumpriu algumas das obrigações a que se comprometera. Havia sido pactuado que na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas por qualquer das partes, o contratante faltoso deveria pagar ao outro o valor de £200. Entenderam os magistrados que a soma acordada pelas partes representava uma

her or them respectively to show cause why execution shall not be had or awarded upon the said judgment, upon which there shall be the like proceeding as was in the action of debt upon the said bond or obligation, for assessing of damages upon trial of issues joined upon such breaches, or inquiry thereof upon a writ to be awarded in manner as aforesaid; And that upon payment or satisfaction in manner as aforesaid, of such future damages, costs, and charges, as aforesaid, all further proceedings on the said judgment are again to be stayed, and so *toties quoties*, and the defendant, his or her body, lands, or goods, shall be discharged out of execution, as aforesaid.” Disponível em: <http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1834/>. Acesso em: 13 nov. 2014.

²⁹⁸ O *Statute of Anne (1705) 4 & 5 Anne c 16*, a seu turno, estabelecia: “Section 12 – And be it further enacted that where any action of debt shall be brought upon any single bill, or where action of debt, or *scire facias*, shall be brought upon any judgment, if the defendant has paid the money due upon such bill or judgment, the payment shall and may be pleaded in bar of such action or suit, and where an action of debt is brought upon any bond that has a condition or defeasance to make void the same upon payment of a lesser sum at a day or place certain, if the obligor, his or her heirs, executors or administrators, have, before the action brought, paid to the obligee, his or her executors or administrators, the principal and interest due by the defeasance or condition of such bond, though such payment was not made strictly according to the condition or defeasance; Yet it shall and may nevertheless be pleaded in bar of such action, and shall be as effectual a bar thereof, as if the money had been paid at the day and place according to the condition or defeasance, and had been so pleaded.

Section 13 – And be it further enacted, that if at any time, pending an action upon any such bond with a penalty, the defendant shall bring into the court where the action shall be depending, all the principal money, and interest due on such bond, and also all such costs as have been expended in any suit or suits in law or equity upon such bond, the said money so brought in shall be deemed and taken to be in full satisfaction and discharge of the said bond, and the court shall and may give judgment to discharge every such defendant of and from the same accordingly.” Disponível em: <www.legislation.act.gov.au/a/db.../rtf/db_1835.rtf>. Acesso em: 13 nov. 2014.

²⁹⁹ *Reports of Cases Argued and Determined in the Courts of Common Pleas, and Exchequer Chamber, and in the House of Lords: from Michaelmas Term 42 Geo. III. 1799, to Michaelmas Term 42 Geo. III, 1801, Both Inclusive. With Tables of the Cases and Principal Matters*. London: Printed by A. Strahan, 1802, pp. 346-354. Disponível em: <<http://books.google.com/>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

Também em *The Jurist: Containing Reports of Cases Determined in Law and in Equity; and a General Digest of All the Cases Published and Statutes Passed During the Year 1840. With a Table of Cases and Index*. v. 4, London, 1841, p. 666-668. Disponível em: <<http://books.google.com/>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

penalty, e não *liquidated damages*, sob o fundamento de que a estipulação de pagamento das £200 referia-se à totalidade das *performances* teatrais a que se obrigara a atriz.

A jurisprudência, em princípio, a fim de tentar justificar a intervenção no acordo de vontades celebrado entre as partes, sustentou que os juízes entendiam ser este o modo para concretizar a efetiva vontade dos contratantes. Em um primeiro momento, o critério para distinguir entre *liquidated damages* e *penalty* consubstanciava-se nas expressões utilizadas no contrato. Todavia, este critério puramente formal foi superado no julgamento de outro relevante *leading case* (*Kemble v. Farren*³⁰⁰) de 1829, o qual, no entanto, tampouco contribuiu para a formulação de um critério alternativo àquele fundado na intenção das partes³⁰¹. A situação concreta envolvia um contrato celebrado entre o administrador do teatro de *Covent Garden* e um ator, em virtude do qual o ator deveria se apresentar como principal comediante do teatro nas quatro temporadas teatrais seguintes e comportar-se conforme as regras estabelecidas pelo Teatro. O valor a ser pago ao ator consistia em aproximadamente £6 por cada noite em que o estabelecimento estivesse aberto para apresentações teatrais, com uma noite de folga em cada temporada, conforme certos termos especificados na convenção. Pactuaram os contratantes que, por força do descumprimento do contrato, ou de qualquer parte dele, ou de qualquer estipulação nele contida, o contratante inadimplente deveria pagar à parte prejudicada a soma de £1000 a título de danos liquidados e apurados, e não uma penalidade ou soma penal. Durante a segunda temporada teatral o ator recusou-se a atuar nas apresentações, e, então, o administrador do teatro promoveu contra ele ação para obter os *liquidated damages* acordados, ou seja, as £1000.

O veredito do júri concedeu ao autor da ação £750 por danos, sujeitos a aumento para £1000, se a Corte entendesse que, com base no contrato, o autor tivesse direito à soma integral reclamada como *liquidated damages*.

A decisão da *House of Lords* manteve o veredito de £750 a título de danos, sob o fundamento de que em um acordo contendo várias estipulações — algumas delas de maior importância para as partes, e outras de menor ou nenhuma importância —, a cláusula geral de

³⁰⁰ *Reports of Cases Argued and Determined in the Court of Common Pleas, and Other Courts. With Tables of the Cases and Principal Matters: from Trinity Term, 10 Geo. IV. 1829, to Trinity Term, 11 Geo. IV. 1830, Both Inclusive*. London: Printed by A. Strahan, 1830, p. 141-149. Disponível em: <<http://books.google.com/>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

³⁰¹ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 45-46.

liquidação dos danos pela violação de qualquer delas não deve ser levada a efeito, por mais clara e precisa que seja a linguagem utilizada no instrumento. Se a convenção consiste em uma única estipulação; ou, se a cláusula dos *liquidated damages* limitar-se ao descumprimento de alguma ou de algumas das estipulações específicas, a cláusula é válida e deve ser *enforced*. Isto não representa violação da regra segundo a qual os instrumentos escritos devem ser interpretados de acordo com a intenção das partes; quanto a estas, deve-se entender que tenham descurado do efeito das suas palavras quando, em função de uma cláusula geral de *liquidated damages*, elas propõem um absurdo, tal como o pagamento de uma soma desproporcionalmente onerosa pela inobservância de uma estipulação menos importante do contrato. Ponderou-se que, por exemplo, as partes poderiam ter pretendido estabelecer *liquidated damages* de £1000 se o ator tivesse desistido de apresentar-se no *Covent Garden Theatre* para apresentar-se no estabelecimento teatral concorrente; por outro lado, seria difícil admitir tivessem as partes fixado o pagamento das mesmas £1000 para a hipótese de o ator não comparecer a apenas uma apresentação, ou de o administrador do *Covent Garden Theatre* omitir-se do pagamento ao ator de apenas uma noite de apresentação teatral, no valor de aproximadamente £6.

Uma vez que a estipulação dos *liquidated damages* é geral e aplica-se, em igualdade de termos, tanto no caso de violação das obrigações menos importantes, quanto das obrigações mais importantes, a Corte não teria condições de determinar a qual obrigação descumprida as partes se referiam para aplicação dos danos estimados. Consequentemente, estes casos deveriam ser submetidos à apreciação do júri a fim de determinar o provável montante do dano.

O resumo do julgamento teve o seguinte teor: *Danos liquidados não podem ser estabelecidos em um acordo que contenha várias estipulações com vários graus de importância, a menos que o acordo especifique a qual particular estipulação ou estipulações os danos liquidados se referem*³⁰².

³⁰² “Liquidated damages cannot be reserved on an agreement containing various stipulations, of various degrees of importance, unless the agreement specify the particular stipulation or stipulations to which the liquidated damages are to be confined.”

Com efeito, consoante a lição de William Loyd³⁰³, havia nesta época duas escolas de pensamento. Uma delas, denominada *tough-minded*, defendia que os tribunais não deveriam desconsiderar nenhuma intenção claramente expressada pelas partes sob o fundamento de que os juízes conhecem os negócios das pessoas melhor do que elas próprias os conhecem. A outra escola, dita *tender-minded*, por sua vez, afirmava que as negociações contratuais nem sempre são feitas em igualdade de condições, e que as necessidades de uma parte em face do superior ardil da outra, sempre implicarão risco de desequilíbrio durante a execução do contrato. Segundo esta última escola, uma soma excessiva poderia decorrer da confiança exagerada no resultado por parte do devedor ou ser estipulada *in terrorem*, e não como uma pré-estimação genuína do provável ou possível interesse do credor no integral cumprimento da obrigação; logo, por que razão deveria o Estado, através das suas cortes, assegurar os frutos de um negócio gravoso?

Esclarece Loyd³⁰⁴ que nas cortes de *equity* ambas as visões tiveram influência, ainda que nenhuma delas tenha triunfado totalmente. Resulta que se a soma de uma quantia menor for assegurada por uma maior, a estipulação será considerada como *penalty*. Contudo, se o objeto do acordo for uma conduta diversa do pagamento de uma soma em dinheiro e o dano decorrente do eventual descumprimento não puder ser estimado com exatidão (dependendo de circunstâncias extrínsecas), a estipulação dos danos pode ser acolhida com base na interpretação da linguagem do contrato.

2.1.2 Sistema atual

O ressarcimento do dano causado por inadimplemento do contrato tem natureza compensatória. Este consiste no pagamento de uma soma pecuniária para compensar os danos ou prejuízos decorrentes do descumprimento da obrigação, e se manifesta exteriormente por meio da reintegração da parte prejudicada pelo *breach of contract* à mesma situação em que se encontraria se o inadimplemento não houvesse ocorrido³⁰⁵.

Não faz parte da lógica compensatória do ressarcimento do dano a função punitiva. Isto repercute sobre os danos preventivamente acordados entre as partes, as quais devem

³⁰³ LOYD, William H. Penalties and Forfeitures. *Op. cit.*, p. 129.

³⁰⁴ LOYD, William H. Penalties and Forfeitures. *Op. cit.*, p. 129.

³⁰⁵ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 127.

observar, ao determinar a soma que será devida em caso de inadimplemento, que esta não represente uma sanção com função punitiva, reservada, no âmbito do direito privado, à responsabilidade civil³⁰⁶.

Os danos que as partes convencionam, chamados *liquidated damages*, consistem na estimação antecipada de um montante razoável correspondente às efetivas perdas que poderão sofrer. São denominados danos subliquidados (*underliquidated damages*) quando destinados a ser subcompensativos, e levam o nome de cláusula penal (*penalty clause*) quando são deliberadamente sobrecompensativos, quando a finalidade é a criação de uma sanção ulterior (*penalty*)³⁰⁷.

No sistema de *common law*, as cláusulas penais são proibidas com base na *penalty doctrine*, enquanto que os *liquidated damages* e os *underliquidated damages* são admitidos. A preocupação do direito inglês é antes a de assegurar que não haja elementos punitivos, e não garantir a eventual ocorrência de uma compensação superior ao efetivo dano. No sistema de *common law*, permitir a total liberdade em relação à predeterminação da soma devida no âmbito de uma cláusula de danos seria incoerente com a respectiva política legal, na qual a compensação dos danos prevalece sobre os danos punitivos³⁰⁸.

Assim, para que seja considerada admissível uma cláusula de liquidação dos danos por inadimplemento, convencionada pelas partes, a medida da quantificação do dano deverá ser equitativa, adequada e proporcional (*genuine pre-estimate of damage*)³⁰⁹.

Tanto no direito inglês como no direito norte-americano, o termo *liquidated damages* indica o montante predeterminado no contrato dos danos que um dos contraentes, uma vez inadimplida uma obrigação sua, se compromete a pagar ao outro contraente (prejudicado), a título de ressarcimento. A validade de um pacto deste gênero está condicionada ao fato de o valor acordado constituir uma razoável estimação dos prováveis danos consequentes de um eventual inadimplemento futuro. O mesmo não ocorre, entretanto, no concernente às

³⁰⁶ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 128.

³⁰⁷ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 128.

³⁰⁸ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 128.

³⁰⁹ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 128.

chamadas penais *in terrorem*, já que não encerram uma predeterminação de danos, mas sim configuram um tipo de sanção privada para punir o descumprimento da obrigação³¹⁰.

Como consequência, por exemplo, se a soma acordada pelas partes for manifestamente excessiva, em flagrante desproporção em relação ao dano efetivo derivado do descumprimento, ela poderá ser considerada como verdadeira *penalty*, e, portanto, nula e não obrigatória³¹¹. Esta circunstância representa uma importante diferença entre o sistema de *common law* e o sistema de *civil law*, eis que na maioria dos ordenamentos que integram este último é prevista a possibilidade de redução da cláusula penal manifestamente excessiva, sem, no entanto, configurá-la como caso de nulidade.

No sistema de *common law*, o contratante que sofreu o dano decorrente do inadimplemento pode exigir o pagamento dos *liquidated damages*, prescindindo da demonstração de ter efetivamente suportado o dano e a extensão deste. Por outro lado, não pode renunciar ao pagamento dos danos liquidados para requerer o ressarcimento no caso de o prejuízo ter sido superior ao montante previsto na cláusula. Pode, porém, a parte prejudicada pelo descumprimento requerer o ressarcimento dos danos pela via ordinária, com o ônus de provar a existência do dano e a sua extensão, se o montante estipulado a título ressarcitório for considerado uma *penalty*, e, portanto, nula a respectiva cláusula³¹².

As regras de interpretação hoje vigentes no direito inglês, no pertinente à matéria objeto do presente estudo, foram fixadas através de uma série de casos julgados pela *House of Lords* no período compreendido entre 1905 e 1915 que culminaram com o *leading case Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*³¹³.

A *Dunlop*, conhecida fabricante de pneus e acessórios automotivos, celebrou contrato denominado *Price Maintenance Agreement* (Acordo de Manutenção de Preço) com a revendedora *New Garage*. Esta última, em contrapartida aos descontos concedidos pela *Dunlop*, comprometeu-se a: não adulterar as marcas nos produtos; não vender as mercadorias por preço inferior ao de tabela; não revender as mercadorias a pessoas suspensas pela

³¹⁰ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 129.

³¹¹ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 129.

³¹² RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 129.

³¹³ [1915] AC 79. Disponível em: «<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1914/1.html>». Acesso em: 12 nov. 2014.

produtora; não exibir ou exportar as mercadorias sem expressa autorização da fabricante. Na cláusula quinta do acordo, foi fixada a soma de £5 por cada peça de mercadoria vendida ou oferecida em descumprimento das obrigações assumidas pela *New Garage*, a título de *liquidated damages* e não como *penalty*.

A contratante *Dunlop* descobriu que a *New Garage* havia vendido os produtos por preço inferior ao tabelado e promoveu ação contra a revendedora demandando os danos. O descumprimento do contrato foi provado e, inicialmente, a causa foi julgada procedente, entendendo o magistrado tratar-se de *liquidated damages*. A ré *New Garage* recorreu para a *Court of Appeal*, que, por maioria, decidiu que a soma de £5 por peça representava uma *penalty*, e reduziu o valor para £2, como *nominal damages*. Houve, então, recurso da *Dunlop* para a *House of Lords*, a qual, reformando a decisão combatida, reconheceu que a soma pactuada caracterizava *liquidated damages*. Por ocasião do julgamento, o magistrado *Lord Dunedin*, pronunciou seu clássico *statement* em tema de *liquidated damages*³¹⁴:

³¹⁴ “1. Though the parties to a contract who use the words "penalty" or "liquidated damages" may *prima facie* be supposed to mean what they say, yet the expression used is not conclusive. The Court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or liquidated damages. This doctrine may be said to be found *passim* in nearly every case.

2. The essence of a penalty is a payment of money stipulated as *in terrorem* of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage (*Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda*).

3. The question whether a sum stipulated is penalty or liquidated damages is a question of construction to be decided upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of as at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach (*Public Works Commissioner v. Hills and Webster v. Bosanquet*).

4. To assist this task of construction various tests have been suggested, which if applicable to the case under consideration may prove helpful, or even conclusive. Such are:

(a) It will be held to be penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach. (Illustration given by Lord Halsbury in *Clydebank Case*).

(b) It will be held to be a penalty if the breach consists only in not paying a sum of money, and the sum stipulated is a sum greater than the sum which ought to have been paid (*Kemble v. Farren*). This though one of the most ancient instances is truly a corollary to the last test. Whether it had its historical origin in the doctrine of the common law that when A. promised to pay B. a sum of money on a certain day and did not do so, B. could only recover the sum with, in certain cases, interest, but could never recover further damages for non-timeous payment, or whether it was a survival of the time when equity reformed unconscionable bargains merely because they were unconscionable, - a subject which much exercised Jessel M.R. in *Wallis v. Smith* - is probably more interesting than material.

(c) There is a presumption (but no more) that it is penalty when "a single lump sum is made payable by way of compensation, on the occurrence of one or more or all of several events, some of which may occasion serious and others but trifling damage" (Lord Watson in *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.*).

On the other hand:

(d) It is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage, that the consequences of the breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossibility. On the contrary, that is just the situation when it is probable that pre-estimated damage was the true bargain between the parties (*Clydebank Case*, Lord Halsbury; *Webster v. Bosanquet*, Lord Mersey).

1. Embora *prima facie* possa-se supor que o significado das palavras “penalidade” ou “danos liquidados” utilizadas pelas partes de um contrato seja verdadeiro, mesmo assim a expressão utilizada não é conclusiva. O Tribunal deve verificar se o pagamento estipulado é em verdade uma pena ou liquidação de danos. Esta doutrina pode ser encontrada *passim* em quase todos os casos.

2. A essência de uma pena é um pagamento em dinheiro estipulado como *in terrorem* à parte ofendida; a essência dos danos liquidados é uma genuína convenção de pré- estimação de danos (*Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda*).

3. A questão se uma soma estipulada é pena ou danos liquidados é uma questão de construção a ser decidida conforme os termos e circunstâncias inerentes a cada contrato particular, no momento da celebração do contrato e não por ocasião da sua violação (*Public Works Commissioner v. Hills and Webster v. Bosanquet*).

4. Para auxiliar nesta tarefa de construção, vários testes têm sido sugeridos, os quais se aplicáveis ao caso considerado podem ser úteis ou mesmo conclusivos. São eles:

(a) Será considerada pena se a soma estipulada for extravagante e em quantia desarrazoada em comparação com a maior perda que poderia ser concebivelmente provada como decorrência da violação. (Ilustração dada pelo Lord Halsbury no *Clydebank Case*).

(b) Será considerada uma pena se a violação consistir apenas no não pagamento de uma quantia em dinheiro, e a soma estipulada for uma soma maior do que o montante que deveria ter sido pago (*Kemble v. Farren*). Apesar de ser esta uma das instâncias mais antigas, ela é verdadeiramente um corolário do último teste. Se ele teve a sua origem histórica na doutrina da *common law*, pela qual quando A prometeu pagar a B uma soma de dinheiro em um determinado dia e não o fez, B só poderia recuperar a soma com juros, em certos casos, mas nunca lograria recuperar danos excedentes decorrentes do pagamento em atraso; ou se foi um remanescente do tempo em que a *equity* reformava negócios desarrazoados, meramente porque desarrazoados, — um tema que foi muito exercitado por Jessel M.R. em *Wallis v. Smith* — é, provavelmente, mais interessante do que material.

(c) Há uma presunção (mas não mais do que isto) de que é pena quando “um único montante fixo é pago a título de compensação, na ocorrência de um, mais do que um ou a totalidade de vários eventos, alguns dos quais podem ocasionar danos mais graves e outros danos insignificantes” (Lord Watson em *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.*).

Por outro lado:

(d) Não há obstáculo à soma estipulada como genuína pré-estimação de danos, desde que as consequências da violação sejam tais que tornem quase impossível fazer uma pré-estimação precisa destes. Ao contrário, esta é justamente a situação quando é provável que o dano pré-estimado foi o verdadeiro ajuste entre as partes (*Clydebank Case*, Lord Halsbury; *Webster v. Bosanquet*, Lord Mersey).

É de extrema importância a distinção entre as duas figuras, nos termos acima enunciados, eis que são diversas as respectivas consequências jurídicas. Quando o montante estipulado for interpretado como *liquidated damages*, ele deverá ser pago integralmente, ainda que o dano efetivo seja maior, menor, ou mesmo inexistente. Assim, não há necessidade de prova da existência de prejuízo, tampouco da sua extensão. Por outro lado, se o montante

pactuado for interpretado como uma *penalty* — com o mero objetivo, portanto, de assegurar o cumprimento do contrato —, a parte prejudicada será adequadamente indenizada se for ressarcida da sua perda efetiva; e será tido como injusto o seu comportamento se tentar obter o montante fixado no contrato se este for desproporcional ao dano sofrido. Por conseguinte, se o dano sofrido for menor do que o valor da *penalty*, a parte prejudicada somente será ressarcida do efetivo valor do prejuízo, e deverá produzir a prova pertinente. Ocorre que, se o dano efetivo superar o montante da *penalty*, o sistema não oferece uma solução clara. Nesta última hipótese, tendencialmente admite-se que o contratante prejudicado renuncie à *penalty* e pretenda obter o ressarcimento do efetivo dano pelas vias ordinárias, salvo se a cláusula for interpretada como limite da responsabilidade³¹⁵.

Nos Estados Unidos, o *Uniform Commercial Code*³¹⁶ estabeleceu, em consonância com as regras antes mencionadas, o seguinte³¹⁷:

§ 2-718. Liquidação ou limitação de danos; Depósitos.

(1) Danos por violação de qualquer das partes poderão ser liquidados no acordo, mas somente em um montante que seja razoável à luz dos danos antecipados ou reais causados pela violação, das dificuldades de prova do prejuízo, e da inconveniência ou da inviabilidade em obter de outro modo uma solução adequada. Um termo que fixa danos liquidados desarrazoadamente altos é nulo como uma pena.

O comentário oficial ao dispositivo acima colacionado tem o seguinte teor³¹⁸:

³¹⁵ BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 603-604.

³¹⁶ O *Uniform Commercial Code* é um Código Modelo que reúne sugestões de regras relativas a transações comerciais, a fim de promover a uniformização normativa nesta área do direito nos vários estados norte-americanos. É o resultado de um projeto comum integrado por organizações privadas, a *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) e o *American Law Institute* (ALI). A primeira edição oficial, com comentários explicativos — que servem como diretrizes de interpretação —, foi publicada em 1952. O UCC não tem força de lei e só se torna obrigatório na medida em que seja adotado pelos estados. Cada jurisdição, uma vez que o adote, pode promover as modificações necessárias para adequar as suas recomendações à lei estatal.

³¹⁷ § 2-718. Liquidation or Limitation of Damages; Deposits.

(1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.”

³¹⁸ “Under subsection (1) liquidated damage clauses are allowed where the amount involved is reasonable in the light of the circumstances of the case. The subsection sets forth explicitly the elements to be considered in determining the reasonableness of a liquidated damage clause. A term fixing unreasonably large liquidated damages is expressly made void as a penalty. An unreasonably small amount would be subject to similar criticism and might be stricken under the section on unconscionable contracts or clauses.”

De acordo com a subseção (1) cláusulas de liquidação de danos são permitidas quando o valor envolvido é razoável à luz das circunstâncias do caso. A subseção prevê explicitamente os elementos a serem considerados na determinação da razoabilidade de uma cláusula de liquidação de danos. Um termo que fixa danos liquidados desarrazoadamente altos é expressamente nulo como uma pena. Um montante desarrazoadamente baixo seria alvo de críticas semelhantes e poderia ser enquadrado na seção relativa aos contratos ou cláusulas abusivas.

Resulta evidente que o objetivo da cláusula é, portanto, de um lado, exonerar as partes das dificuldades e dos custos que envolvem a prova do dano efetivo; e, de outro, permitir que os *liquidated damages* atuem, substancialmente, como uma válida cláusula de limitação da responsabilidade do devedor³¹⁹, não obstante o comentário ao § 2-718, Subseção 1, *in fine*, do *Uniform Commercial Code*.

A propósito da interpretação da cláusula penal como limite à responsabilidade do devedor inadimplente, vale citar o caso *Cellulose Acetate Silk Co. Ltd. v. Widnes Foundry Ltd.*. Neste, a primeira contratou a segunda para a construção de uma fábrica de produtos químicos, a qual deveria ser entregue no prazo de dezoito semanas. Acordaram as partes, a título de *penalty* (cláusula 10), que a inobservância do prazo de entrega por parte da construtora implicaria a obrigação desta de pagar à contratante prejudicada £20 por semana de atraso. O prazo não foi cumprido e a *Widnes Foundry* concluiu a obra com trinta semanas de atraso. A *Cellulose Acetate* então promoveu ação requerendo o ressarcimento dos prejuízos sofridos, no valor de £5.850. A ré defendeu-se, sustentando que deveria pagar apenas £600, por força da cláusula 10 do contrato, que limitava a sua responsabilidade. A *House of Lords* decidiu que a ré deveria pagar somente o valor pré-fixado na cláusula 10 do contrato. Sustentou-se na decisão que a vontade das partes expressa na referida cláusula 10 era a de restringir a responsabilidade da construtora ao pagamento de £20 por semana de atraso, nem mais nem menos, não importando o montante efetivo do dano sofrido pela autora. No entendimento dos julgadores, o montante estabelecido não constituía uma *penalty*, embora houvesse sido assim nominado pelas partes, pois o seu objetivo não era atuar *in terrorem*; ademais, as contratantes, quando da celebração do contrato, deveriam ter conhecimento de que os danos decorrentes de eventual atraso na entrega da obra seriam muito superiores a £20 por semana, e, mesmo assim, resolveram acordar dita quantia, a qual, portanto, indicava

³¹⁹ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. Op. cit., p. 129-130.

representar o limite de responsabilidade da contratante inadimplente para a compensação integral do prejuízo³²⁰.

2.1.3 Críticas ao sistema da ‘common law’ em matéria de ‘liquidated damages’ e ‘penalty doctrine’

Os críticos do tratamento dispensado aos *liquidated damages* e às *penalties* no sistema de *common law* sustentam ser problemático que as partes, por ocasião da celebração do contrato, nunca possam ter certeza de que a cláusula de pré-estimação dos danos decorrentes de eventual descumprimento do acordo terá eficácia obrigatória, restando dependente de interpretação judicial³²¹. Isto é, não se pode assegurar que a cláusula será considerada como *liquidated damages*, ou como *penalty* — portanto nula, obrigando a parte prejudicada a fazer uso da *standard* ação de ressarcimento de danos, com todos os inconvenientes a ela inerentes.

Posner descreve a *penalty doctrine* como *a major unexplained puzzle in the economic theory of the common law*³²², o que significa, na opinião de De Geest e Wuyts³²³, que a *penalty doctrine* representa uma importante exceção à tese geral de Posner sobre a eficiência da *common law*.

Normalmente, os critérios utilizados pela jurisprudência para considerar obrigatória uma cláusula de *liquidated damages*, consistem em que: (a) tenha sido intenção das partes a fixação de um determinado montante a título de pré-estimação de danos; (b) que os danos sejam de difícil determinação; (c) que a estimação dos danos seja razoável, correspondente à perda que a parte prejudicada suportaria em caso de inadimplemento³²⁴. No entanto, não há nas cortes de *common law* uniformidade acerca da adequada aplicação dos três citados

³²⁰ RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. *Op. cit.*, p. 130-131.

³²¹ KAPLAN, Phillip R. A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages. *Southern California Law Review*, v. 50, 1977-1978, p. 1055-1056. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

³²² POSNER, Richard. Some Uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, p. 290. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2864&context=journal_articles>. Acesso em: 16 jun. 2014.

³²³ DE GEEST, Gerrit; WUYTS, Filip. Penalty Clauses and Liquidated Damages. *Encyclopedia of Law and Economics*, v. 3, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, p. 142.

³²⁴ CLARKSON, Kenneth; MILLER, Roger; MURIS, Timothy. Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?. *Wisconsin Law Review*, 1978, p. 352-353. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

critérios, e, por vezes, o critério baseado na intenção das partes é desconsiderado em face da desproporção do montante pactuado na cláusula em relação aos danos efetivos³²⁵.

Segundo Kaplan, importante parcela do problema consiste no fato de que as decisões judiciais em tema de obrigatoriedade da cláusula de *liquidated damages* geralmente se fundam em uma estimativa dos danos posterior ao inadimplemento. Assevera o doutrinador que seria mais vantajoso se as regras contratuais fossem aplicadas a partir da perspectiva do momento da celebração do acordo, respeitando-se a vontade das partes livremente manifestada³²⁶.

Entretanto, qual seria a vantagem da obrigatoriedade da cláusula de *liquidated damages* em relação à utilização do usual instrumento (ação judicial) para a obtenção de ressarcimento de danos? Kaplan responde esta indagação apresentando três argumentos³²⁷.

O primeiro deles é que tanto as partes como a sociedade seriam beneficiadas de várias formas com a obrigatoriedade da cláusula de *liquidated damages*. A prova dos danos em juízo — frequentemente complexa e demorada — seria dispensada, representando economia de tempo e de custos para os tribunais e para as partes envolvidas, gerando, por consequência, maior eficiência na atividade jurisdicional, em função da redução do número de processos. Além disso, a probabilidade de acordos extrajudiciais seria aumentada, já que estes funcionam, no mais das vezes, como uma espécie de previsão do resultado. Os impasses neste tipo de negociação costumam surgir quando as partes avaliam diferentemente as suas chances de sucesso no litígio, ou, em outras palavras, quando discordam a respeito do montante do dano que provavelmente será apurado ao final de uma eventual ação de ressarcimento. Uma vez que a cláusula de *liquidated damages* fixa o montante devido por prejuízos oriundos do inadimplemento, o problema da incerteza da avaliação dos danos seria resolvido³²⁸.

³²⁵ CLARKSON, Kenneth; MILLER, Roger; MURIS, Timothy. *Liquidated Damages v. Penalties*. *Op. cit.*, p. 353, mencionam que alguns tribunais consideram necessários apenas os critérios elencados das letras ‘b’ e ‘c’ para que a cláusula seja interpretada como *liquidated damages*. Na mesma esteira KAPLAN, Phillip R. *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*. *Op. cit.*, p. 1061-1062: “Older opinions tested liquidated damages agreements by the criterion of the parties’ intention alone. The modern trend, on the other hand, is virtually to ignore intention. Indeed, where courts find that the stipulated sum exceeds actual damages, they will refuse to enforce the clause no matter how clear the parties’ intention. In those cases in which the court, in upholding such a clause, cited the intention of the parties as controlling, the amount stipulated was reasonable in relation to actual damages.”

³²⁶ KAPLAN, Phillip R. *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*. *Op. cit.*, p. 1056.

³²⁷ KAPLAN, Phillip R. *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*. *Op. cit.*, p. 1056.

³²⁸ KAPLAN, Phillip R. *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*. *Op. cit.*, p. 1056-1058.

O segundo argumento levantado por Kaplan em favor dos *liquidated damages* envolve o, por assim dizer, “sub-ressarcimento” (*undercompensation*) dos prejuízos, de ocorrência não rara nas ações de ressarcimento de danos. Um processo envolve muitos custos, e dentre eles há os que muitas vezes não são recuperáveis (v.g. os honorários do advogado contratado para promover a ação). Ademais, sempre existe o risco de não se lograr êxito total na produção da prova do real dano suportado. Neste sentido, os *liquidated damages* são preferíveis à comum ação de ressarcimento³²⁹.

Em terceiro lugar, a não obrigatoriedade da cláusula de *liquidated damages*, quando negociada de boa-fé, atenta contra um princípio basilar do direito contratual, em virtude do qual, na ausência de coação ou fraude, os tribunais devem reconhecer o efeito obrigatório da convenção e da alocação dos riscos conforme estabelecido pelas partes³³⁰.

2.2 O sistema de tradição civilista

2.2.1 Elementos comuns da cláusula penal nos países do sistema romano-germânico

2.2.1.1 Modalidades de cláusula penal: compensatória e moratória

Tradicionalmente, a cláusula penal apresenta duas modalidades: a compensatória e a moratória.

Compensatória é aquela com que as partes estabelecem a indenização a que o credor terá direito caso ocorra o inadimplemento da obrigação principal³³¹. Nesta modalidade, a cláusula penal atua como substitutiva da obrigação. Ou seja, a parte prejudicada deve escolher entre exigir o cumprimento da prestação assegurada pela penal, ou a prestação objeto da penal, esta última normalmente, mas não necessariamente, fixada em pecúnia.

³²⁹ KAPLAN, Phillip R. A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages. *Op. cit.*, p. 1058-1060.

³³⁰ KAPLAN, Phillip R. A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages. *Op. cit.*, p. 1056-1057.

³³¹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 281.

Diz-se moratória a cláusula penal quando tiver por objetivo reparar o dano causado pelo atraso no cumprimento da obrigação³³². Nesta modalidade a pena é cumulativa, isto é, pode ser exigida juntamente com a prestação descumprida.

Chama a atenção Jorge Cesa Ferreira da Silva para que não se confunda esta distinção entre as modalidades de cláusula penal com as diferentes espécies de inadimplemento (absoluto ou mora). Lembra o autor que a cláusula penal compensatória não se relaciona exclusivamente com o inadimplemento absoluto, assim como a cláusula penal moratória não se restringe à mora. A essência da distinção entre as duas modalidades de cláusula penal é a consequência jurídica de cada uma delas: a compensatória é satisfativa, substitui a prestação originalmente avençada; a moratória é cumulativa, não substitui a prestação, a ela se acresce daí poderem ser exigidas conjuntamente³³³.

Um problema que muitas vezes se coloca é saber quando a cláusula penal pactuada no negócio jurídico é compensatória ou moratória. Observa Judith Martins-Costa³³⁴ tratar-se de uma questão de *hermenêutica contratual*, devendo-se indagar a intenção das partes na declaração de vontade manifestada, em vista de todas as circunstâncias do negócio, os usos e a sua função econômico-social concreta.

2.2.2 Controvérsia doutrinária acerca da(s) função(ões) da cláusula penal: dificuldades na individualização de uma função típica

São muitas as teorias a respeito do aspecto funcional da cláusula penal, e sobre a sua estrutura. Tradicionalmente, a doutrina reconhece na cláusula penal as seguintes funções: punitiva (aflictiva) ou penal; ressarcitória ou indenizatória (e apenas eventualmente sancionatória); a tese dualista, reconhecendo ambas as funções (penal e ressarcitória) simultaneamente. Modernamente, foram sustentadas as teorias da função sancionatória com estrutura obrigacional e da multiplicidade de funções.

2.2.2.1 Função punitiva (aflictiva) ou sancionatória

³³² PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 281.

³³³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254-255.

³³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed., t. 2, v. 5 Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 636.

Para Trimarchi³³⁵, jurista italiano expoente desta teoria, existe uma tendência que traz à luz a influência da cláusula penal sobre a obrigação principal: esta última é reforçada, uma vez que o risco de incorrer na penal constitui um estímulo sobre o devedor para o adimplemento.

Por outro lado, é possível verificar na cláusula, com referência à obrigação de ressarcimento, uma liquidação convencional preventiva dos danos que podem decorrer do inadimplemento ou do retardo no adimplemento. E, por fim, é sustentado, autonomamente, ou no âmbito das referidas tendências ser também possível uma específica função de pena³³⁶.

Se considerada a hipótese (limite) em que totalmente ausente, ou seja (convencionalmente ou de fato) excluída a consideração do caráter de ressarcimento do dano, é possível individuar uma cláusula penal pura, na qual a penal é prevista (ou cominada) somente como sanção pelo inadimplemento ou pelo retardo. Trimarchi considera que esta é, sem dúvida, a hipótese típica prevista no art. 1382 do Código Civil italiano, a qual afasta a possibilidade de vislumbrar na cláusula penal uma cláusula de liquidação preventiva do dano. A justificar esta posição está o fato de que o citado dispositivo legal do Código Civil vigente refere apenas que a cláusula penal tem por efeito limitar o ressarcimento à prestação prometida, não mencionando, como fazia o Código Civil italiano de 1865, no art. 1211, 1, a “compensação dos danos”. Além disto, o n° 2 do art. 1382 indica especificamente que a existência e a medida do dano não têm nenhuma relevância para fins de exigibilidade da pena³³⁷.

Por outro lado, conforme Trimarchi, não é correto falar-se de liquidação preventiva do dano enquanto a relativa obrigação é ainda abstrata e potencial, e também em virtude de a liquidação não comprometer as partes e não ser definitiva³³⁸.

A função de coação indireta, ao contrário, é indubitavelmente operante em qualquer caso, porque a obrigação principal, em sentido objetivo, é reforçada pela pressão mais

³³⁵ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *La Clausola Penale*. Milano: Giuffrè, 1954; TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Novissimo Digesto Italiano*. Voce ‘Clausola Penale’, v. 3 Torino: UTET, 1957, p. 351-353.

³³⁶ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Novissimo Digesto Italiano*. *Op. cit.*, p. 352.

³³⁷ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Novissimo Digesto Italiano*. *Op. cit.*, p. 352.

³³⁸ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Novissimo Digesto Italiano*. *Op. cit.*, p. 352.

enérgica e eficaz que se exerce sobre o sujeito que deve adimplir a obrigação ou observar o dever de conduta³³⁹.

Na opinião de Trimarchi, a função penal como causa típica também está presente na cláusula penal não pura. A prestação convencionada, além de representar uma penal, constitui a medida do ressarcimento do dano. No art. 1382 do Código Civil italiano se coloca em ato uma determinação de limites: se o credor se vale do direito à penal, só poderá invocar o ressarcimento do dano nos limites em que este é coberto pela penal³⁴⁰.

2.2.2.2 Função ressarcitória ou indenizatória (e apenas eventualmente sancionatória)

Com base nesta teoria não haveria razão para diferenciar-se juridicamente a cláusula penal conforme o objetivo perseguido pelas partes — estipulação de uma sanção ao descumprimento ou fixação antecipada da indenização. A cláusula penal seria sempre adequada à persecução de ambos estes fins³⁴¹.

O objetivo pretendido pelas partes somente se revelaria após o descumprimento, conforme o montante estabelecido a título de pena fosse muito superior ao prejuízo real ou não. A distinção acerca do escopo das partes ao entabularem a cláusula penal seria, pois, juridicamente irrelevante para fins de qualificação unitária do instituto, submetido a idêntico regime³⁴².

Porém, em que pese o reconhecimento da dupla função da cláusula penal, à sua unidade conceitual corresponde uma natureza fundamentalmente indenizatória³⁴³.

Esta tese consiste basicamente na doutrina dos canonistas da Idade Média, a qual pelo pensamento de Pothier, influenciado por Dumoulin, consagrou-se no *Code Civil*.

De Cupis, na Itália, e Orlando Gomes, no Brasil, eram partidários desta teoria.

³³⁹ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Novissimo Digesto Italiano. Op. cit.*, p. 352.

³⁴⁰ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Novissimo Digesto Italiano. Op. cit.*, p. 352.

³⁴¹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização. Op. cit.*, p. 290.

³⁴² PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização. Op. cit.*, p. 291.

³⁴³ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização. Op. cit.*, p. 291.

O jurista baiano entendia ser função precípua da cláusula penal a de pré-liquidação dos danos. Afirmava que, não obstante a insistência do posicionamento doutrinário no sentido de considerá-la como meio para constranger o devedor a adimplir a obrigação (resultante da sua força intimidativa), este efeito da cláusula seria meramente accidental³⁴⁴.

Corroborando a teoria da função indenizatória, dizia Orlando Gomes, o fato de a cláusula penal funcionar, por vezes, de forma a reduzir o montante do ressarcimento que seria devido em caso de liquidação das perdas e danos procedida conforme as regras comuns que a regem³⁴⁵.

Não fosse apenas isso, lecionava o doutrinador, existe a possibilidade de a pena vir a ser reduzida judicialmente, não se permitindo que o valor pactuado seja superior ao da obrigação principal. Estas restrições bastariam para justificar o amortecimento do efeito intimidativo que a doutrina majoritária atribui à cláusula penal³⁴⁶.

No mesmo sentido, De Cupis, asseverava que a redução judicial da pena restringia a função penal; por outro lado, a função constante e principal da cláusula penal consistiria na preventiva liquidação dos danos passíveis de ressarcimento³⁴⁷.

2.2.2.3 Doutrina da natureza híbrida ou mista

Esta construção propõe uma síntese das duas primeiras teorias analisadas. Tendo em vista que a tese indenizatória não exclui de todo o caráter sancionatório, por coerência, forçoso seria reconhecer a natureza mista ou híbrida da cláusula penal, eis que composta por ambos os elementos: sanção ou pena e indenização³⁴⁸.

Somente assim se poderiam sanar as contradições da teoria indenizatória, como, por exemplo, que a pena seja devida independentemente da ocorrência de dano efetivo; ou que a

³⁴⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 190.

³⁴⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. *Op. cit.*, p. 190.

³⁴⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. *Op. cit.*, p. 190.

³⁴⁷ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: Teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 226-227.

³⁴⁸ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 338-339.

redução da pena seja autorizada somente em casos excepcionais e quando for efetuada não esteja adstrita a critérios que regulam a indenização por danos³⁴⁹.

Por um viés, a cláusula penal tem por função coagir psicologicamente o devedor ao exato adimplemento da prestação, ante os riscos de incorrer na penal tornando-se mais gravosa a obrigação; por outro, em caso de inadimplemento, está exonerado o credor de fazer prova do dano e da sua extensão, eis que já se encontra pré-liquidado graças à função indenizatória da pena convencional. Difícil, destarte, estabelecer uma hierarquia entre as duas funções.

2.2.2.4 Função sancionatória com estrutura obrigacional

A tese da função sancionatória consistente na determinação antecipada e convencional de uma sanção com estrutura obrigacional consequente do inadimplemento ou retardo no adimplemento de uma obrigação, foi apresentada por Anibale Marini³⁵⁰, um dos grandes nomes do direito civil italiano.

Sustenta o jurista que esta cláusula representa, inequivocamente, uma manifestação de autonomia privada destinada a atuar no plano sancionatório, quer se considere a noção mais ampla e geral de sanção, quer a mais restrita e específica³⁵¹.

Isto porque a cláusula penal, em caso de inadimplemento ou retardo no cumprimento da obrigação, atua independentemente do dano, e, portanto, parece funcionalmente destinada a reprimir a transgressão de um dever de conduta específico a encargo de um sujeito determinado³⁵².

Assim, os argumentos adotados para contestar a qualificação sancionatória do ressarcimento — atinentes essencialmente à função reparatória do dano — não podem ser considerados em relação ao efeito que deriva da cláusula penal³⁵³.

³⁴⁹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 339.

³⁵⁰ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. Napoli: Jovene, 1984.

³⁵¹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 2.

³⁵² MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 6.

³⁵³ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 6.

Aduz Marini que nos ordenamentos jurídicos modernos, em linha de princípio, o momento sancionatório é reservado à competência exclusiva do ordenamento, tanto na fase de predisposição quanto na fase de atuação da sanção³⁵⁴. Esta competência é indiretamente reafirmada através do princípio do *numerus clausus* das sanções e pela vedação da autotutela privada. Menciona, ainda, que o princípio da tipicidade das sanções não se limita à matéria penal, embora a maior relevância social que caracteriza a pena em relação às outras sanções — uma vez que se considere que ela é destinada a atingir a esfera pessoal do autor do ilícito — tenha induzido o legislador a determinar, taxativamente, em que podem consistir as penas e quais sejam as respectivas hipóteses de aplicação³⁵⁵.

Professa que o procedimento de determinação das sanções civis é tecnicamente diverso, e que, para estas, o legislador estabeleceu uma disciplina geral em tema de ressarcimento do dano, o mais importante — sob o aspecto aplicativo — remédio repressivo do ilícito civil, mas não o único³⁵⁶.

Sustenta que também no âmbito privado é sempre o ordenamento que predetermina as consequências decorrentes da violação dos deveres de conduta imposta aos consociados, ainda que, de regra, seja prevista a intervenção de uma fonte determinativa diversa, representada por um provimento judicial ou por um ato de autonomia privada, ao escopo de proporcionar a sanção, abstratamente prevista pelo legislador, às várias espécies de ilícito que se verificam em concreto³⁵⁷.

Isto explica o porquê de não se poder tratar a atividade privada no campo sancionatório a partir de uma perspectiva geral e indiferenciada de legitimação da autonomia privada, mas sim a partir do caráter subordinado e circunscrito de tal legitimação. Quer dizer, a atuação da autonomia privada pode ser admitida no campo sancionatório apenas em relação às hipóteses nominadas e nas condições expressamente fixadas pelo legislador³⁵⁸.

Neste contexto, o problema central é a individuação do âmbito e dos limites da autonomia privada no campo sancionatório e a consequente questão da derrogação do

³⁵⁴ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 6.

³⁵⁵ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 6.

³⁵⁶ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 8.

³⁵⁷ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 8.

³⁵⁸ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 9.

esquema típico predisposto pelo legislador e a possibilidade de se recorrer a esquemas atípicos.

Segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a função própria da cláusula penal, enquanto esquema típico, deveria se identificar na facilitação da aplicação da sanção normal do ressarcimento do dano. Esta aplicação frequentemente apresenta dificuldades e acaba por comportar certa discricionariedade do juiz, não obstante a aparência objetiva de critérios de causalidade, previsibilidade, consequência imediata e direta, ou ordinária e não remota, etc...

Justamente com o objetivo de eliminar as incertezas e as delongas do procedimento judicial de liquidação do dano — a fim de determinar o seu montante — como consequência do inadimplemento da obrigação, as partes fixariam, preventivamente e *a forfait*, a sua liquidação convencional, representada pela prestação a que se obriga o devedor para o caso de inadimplemento³⁵⁹.

Porém, se a cláusula penal, conforme este posicionamento, é destinada a facilitar a aplicação da normal sanção ressarcitória, seria forçoso admitir-se, sempre, por parte do réu, a prova de que não há qualquer fonte de dano ressarcível segundo as regras jurídicas relativas à matéria, ou, ainda, por vezes, poderia ser requerida ao autor a prova positiva da existência do dano, restando sempre incólume o montante determinado que as partes haviam fixado³⁶⁰.

Ocorre que esta função da cláusula, ainda que abstratamente admissível e presente na evolução histórica do instituto³⁶¹, contraria a normativa do art. 1382, n. 2, do Código Civil italiano de 1942, o qual dispõe: *La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno* (a pena é devida independentemente da prova do dano).

Consequentemente, uma vez excluída a relevância do dano, resta afastada a função de liquidação preventiva e *a forfait* do prejuízo como elemento caracterizante da cláusula penal³⁶².

³⁵⁹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 11.

³⁶⁰ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 11.

³⁶¹ GABRIELLI, Enrico. Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale. *Rassegna di Diritto Civile*, v. 2, n. 4, ano 5, 1984, p. 906.

³⁶² MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 15.

Poderia, por outro lado, justificar-se a função ressarcitória da cláusula penal em virtude de um intrínseco caráter danoso da conduta ilícita (inadimplemento ou retardo) do devedor?

Para Marini, o interesse do credor na prestação não conduz, necessariamente, a vislumbrar no inadimplemento da obrigação uma hipótese de dano passível de ressarcimento segundo as regras jurídicas relativas à matéria, servindo apenas para indicar a exigência de que a prestação seja útil para o credor e que valha para a satisfação de um interesse patrimonial ou não patrimonial, de um sujeito determinado. Assim, é possível que o inadimplemento não cause nenhum dano passível de ressarcimento, especialmente nas obrigações vinculadas por um nexo de reciprocidade³⁶³ ou nas obrigações que visam a satisfazer um interesse não econômico do credor³⁶⁴. Pode, portanto, existir inadimplemento que não causa algum dano passível de ressarcimento ao credor³⁶⁵.

Argumenta Marini que o dano passível de ressarcimento, enquanto dado da realidade jurídica, resulta positivamente delimitado à lesão de um interesse patrimonial de um sujeito decorrente do inadimplemento de um dever de comportamento que pesa sobre outro sujeito. O dano em sentido jurídico, è, portanto, em princípio, apenas o dano patrimonial.

Ora, se o inadimplemento do devedor não causar um dano, não se produzirá o efeito (sancionatório) do respectivo ressarcimento, mas ocorrerão outras consequências previstas pela lei (execução em forma específica, resolução por inadimplemento, exceção de

³⁶³ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 18. O autor cita como exemplo deste tipo de obrigação uma situação trazida por Giorgianni na obra *L'obbligazione*, Milano, 1968: Tício vende a Caio trezentos quilos de um determinado gênero alimentício, os quais devem ser entregues depois de seis meses da data da celebração do contrato, pelo preço de 100 Liras por cada 100 quilos, a serem pagos no momento da entrega. Chegado o momento do cumprimento da obrigação, Caio se recusa a adimplir a sua obrigação de pagar o preço convencionado, e Tício se vale da faculdade que lhe confere o art. 1515 do cc italiano de 1942 (execução coativa por inadimplemento do comprador), segundo o qual o vendedor pode alienar a coisa por conta do comprador inadimplente e às expensas deste. Se durante o lapso temporal de seis meses entre a celebração do contrato e o seu termo o preço de cada cem quilos daquele determinado gênero alimentício subiu de 100 Liras para 200 Liras, evidentemente que o inadimplemento de Caio não terá causado nenhum dano ressarcível, e, portanto, Tício não poderá reclamar ressarcimento.

³⁶⁴ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 18. É o caso de um determinado sujeito que contrata músicos para tocar em uma festa no interior, em local afastado. Os músicos não comparecem, e não é possível substituí-los em razão do local distante onde acontece a festa. Também nesta hipótese, ainda que a prestação seja destinada a satisfazer um interesse do credor, o inadimplemento da obrigação não causa dano passível de ressarcimento.

³⁶⁵ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 18.

inadimplemento, entre outras) para tutela do credor, sejam elas revestidas ou não de um caráter propriamente sancionatório³⁶⁶.

Desta feita, ainda que com efeitos diversos daqueles ressarcitórios, o inadimplemento permanece juridicamente relevante³⁶⁷.

Marini conclui o argumento afirmando que a tentativa de atribuir à cláusula penal a função de liquidação preventiva e *a forfait* do dano mediante o recurso ao conceito de dano como consequência necessária do inadimplemento da obrigação não é admissível³⁶⁸.

Outro argumento que poderia ser levantado consiste no caráter reparatório do prejuízo que a cláusula penal assumiria em caso de inadimplemento da obrigação com causação de dano. Neste caso a cláusula assumiria a função de determinação preventiva e *a forfait* do dano. Este raciocínio encontraria guarida no art. 1382, 1, do Código Civil italiano, segundo o qual a cláusula penal tem por efeito limitar a o ressarcimento à prestação prometida³⁶⁹.

Ocorre que, consoante este raciocínio, a função ressarcitória da cláusula penal resultaria não somente eventual, mas também hipotética, porquanto condicionada à existência de um dano passível de ressarcimento, determinável somente em momento sucessivo ao inadimplemento e à verificação do dano. Apenas se e enquanto o dano existisse seria possível delinear a suposta função ressarcitória, devendo-se, em caso contrário, referir-se a uma função diversa³⁷⁰.

Evidente que esta última conclusão é inaceitável, pois não se pode individuar a função de um ato a partir de um evento (dano) meramente hipotético e eventual, sucessivo ao próprio ato³⁷¹.

Por conseguinte, a função da cláusula não pode ser deduzida a partir de um evento sucessivo (dano), assim como não pode ter uma função diversa conforme tal evento resulte existente ou não. Em qualquer caso, e independentemente da existência em concreto do dano,

³⁶⁶ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 19.

³⁶⁷ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 19.

³⁶⁸ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 19.

³⁶⁹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 19.

³⁷⁰ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 20.

³⁷¹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 20.

a obrigação penal não é destinada a repará-lo, impondo-se reconhecer, portanto, que a cláusula não tem função preventiva e *a forfait* do dano³⁷².

Para Marini, as insuficiências e as contradições da teoria da função ressarcitória da cláusula penal conduziram a uma radical revisão das suas premissas, sendo necessário delinear outra teoria capaz de identificar uma diversa função apta a caracterizar o esquema típico da cláusula penal previsto no Código Civil italiano de 1942.

No entanto, tampouco a nova orientação logrou um resultado unívoco. Ao contrário, a diversidade das posições particulares acabou por refletir-se sobre a própria unitariedade da função, criando certa confusão não apenas terminológica, mas também conceitual, que caracteriza a inteira elaboração.

O elemento comum é representado por uma relevância genérica atribuída, em sede de individuação do esquema típico, à função punitiva. Mas além deste dado, nenhuma concordância subsiste, nem sobre o exato papel que se deveria reconhecer para tal fim à função punitiva, nem sobre a mais precisa consistência desta.

Assim, enquanto de um lado se afirma a essencialidade da função punitiva como própria e caracterizante do esquema típico da cláusula, por outro lado se releva que na cláusula penal, pela sua essência, as duas funções, de pena e de indenização, são sempre cumuladas e, por isto, nela fundidas e indistintas, e, enfim, procedeu-se à elaboração de dois diversos tipos de cláusula penal, denominadas *cláusula penal pura* e *cláusula penal não pura*, conforme a relação em que a obrigação penal se coloque com a obrigação de ressarcimento. Mais precisamente, a cláusula penal pura, à diferença da cláusula penal não pura, não incidiria limitando-a sobre a obrigação de ressarcimento, que seria, em tal caso, suscetível de autônoma e integral atuação³⁷³.

Na opinião de Marini, as incertezas e as dificuldades relativas ao tema no âmbito doutrinário, derivam, em primeiro lugar, do próprio procedimento seguido na elaboração da pretendida função punitiva. Esta função punitiva deve ser individuada não por meio de um apriorístico, e por isto mesmo arbitrário, recurso a conceitos válidos em outros campos do

³⁷² MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 20.

³⁷³ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 23.

direito, mas sim exclusivamente tomando-se por base a disciplina estabelecida pelo legislador no tocante a esta matéria. Ou seja, a referência à função punitiva não representa nada além de uma síntese verbal onde não se especifique, antes de tudo, o que se entende por função punitiva conforme o ordenamento vigente³⁷⁴.

A propósito, deve-se verificar a consistência de uma determinação puramente negativa da noção, que se apoie sobre um critério de ordem subjetivo.

Trata-se, isto é, de estabelecer se a função punitiva ou de, assim denominada, pena privada, que se assume caracterizante da cláusula penal como esquema típico, possa configurar-se somente enquanto, segundo a intenção das partes, a cláusula não resulte dirigida a uma função de ressarcimento ou satisfativa³⁷⁵.

A parte as dificuldades de ordem aplicativa que comporta a adoção de um critério subjetivo, pode-se observar como a mencionada doutrina se limite, em boa substância, a excluir a relevância do dano em sede de individuação da função, e, dentro de tais limites, pode ser considerada exata. Se, portanto, a função punitiva é entendida no sentido puramente negativo, de função não reparatória do dano, pode resultar correta a referência que da mesma se faça à cláusula penal. Porém, a exclusão da função ressarcitória, enquanto se refere a um gênero sancionatório, não pode valer como tal para caracterizar a cláusula penal como esquema típico: a qualificação da função punitiva como função não ressarcitória, ainda que exata em si mesma mostra-se insuficiente em sede de individuação do esquema típico³⁷⁶.

Tampouco se chega a um resultado convincente quando se busca identificar o conceito de pena com o conceito de sanção, e se entenda a função punitiva como equivalente à função sancionatória ou coercitiva. Este raciocínio conduz à redução da função punitiva a uma pura e simples categoria geral (a sanção), privando-a de qualquer consistência do ponto de vista construtivo³⁷⁷.

A referência à cláusula da função punitiva no sentido especificado de função coercitiva serve, com efeito, apenas para insistir no pertencimento da cláusula ao âmbito

³⁷⁴ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 24.

³⁷⁵ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 24.

³⁷⁶ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 26.

³⁷⁷ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 26.

sancionatório, e não para resolver o problema da individuação da função idônea que a caracteriza como esquema típico³⁷⁸.

De fato, tanto a teoria da determinação preventiva e *a forfait* do dano, quanto a teoria da função punitiva incorrem em um idêntico equívoco metodológico. Ambas as teorias, ao invés de partirem do dado positivo para alcançar a individuação da função, tomam como premissa de investigação uma noção pré-constituída e abstrata da função da cláusula e a esta adaptam a interpretação da disciplina³⁷⁹. Esta circunstância gera um ulterior defeito metodológico que as caracteriza: a tentativa de proceder ao enquadramento da cláusula através da sua inclusão em uma ou outra das tradicionais categorias sancionatórias, mais especificamente, ou naquela ressarcitória, ou naquela da pena, sem considerar que se trata de categorias que, mesmo por motivos diversos, não se prestam para abarcar um diverso esquema sancionatório típico dotado de disciplina distinta e autônoma³⁸⁰.

Na perspectiva em que o problema da função da cláusula penal foi situado e resolvido, fica claro que a sua adaptação à função ressarcitória ou à punitiva só foi possível por meio de uma alteração de tais funções, o que, por consequência, as fez perder o efetivo valor construtivo. Isto porque não se poderia excluir da função ressarcitória a relevância do dano, que é dela um componente essencial, insuscetível de ser eliminado; tampouco a determinação puramente negativa e subjetiva da função punitiva (entendida como função não ressarcitória), enquanto genérica, poderia ser idônea para caracterizar a penal como esquema típico, ou mesmo reduzindo a própria função punitiva ao plano puramente sancionatório, privando-a, portanto e definitivamente, de toda a consistência³⁸¹.

Prossegue Marini na análise da teoria que identificou duas *fattispecie* diversas de cláusula penal, unidas sob a denominação, por ele criticada, de cláusula penal pura e cláusula penal não pura.

Esta teoria parte da premissa construtiva de que a cláusula penal constitui um tipo único, caracterizado por uma função punitiva em sentido amplo³⁸².

³⁷⁸ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 26.

³⁷⁹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 27.

³⁸⁰ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 27.

³⁸¹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 27.

³⁸² MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 27-28.

Por consequência, a individuação de duas diversas figuras de cláusula penal (pura e não pura) não comportaria uma pluralidade de tipos de cláusula penal, mas exprimiria a possibilidade de que o único tipo de cláusula penal possa se enriquecer com um conteúdo ulterior³⁸³.

A cláusula penal pura, segundo esta doutrina, seria caracterizada por uma função punitiva, em que a penal é prevista (ou cominada) apenas como sanção por inadimplemento ou por retardo, sem qualquer referência ao ressarcimento do dano. Neste caso, as duas obrigações, a penal e a ressarcitória, subsistiriam na sua integralidade, e o credor, uma vez verificado o retardo, poderia pretender o pagamento da pena e o ressarcimento integral do dano, como também poderia limitar-se à penal ou ao ressarcimento. A pena se acresceria ao normal ressarcimento do dano.

A cláusula penal não pura, a seu turno, seria caracterizada por uma função ressarcitória ao lado da função punitiva, e ocorreria quando as partes fizessem expressa referência ao ressarcimento do dano, declarando que a prestação fixada no acordo em caso de retardo ou de inadimplemento é convencionada a título de pena e de ressarcimento. Tem-se penal não pura, enfim, quando as partes convencionam o duplice título (ressarcitório e punitivo) da prestação, enquanto, como já referido, a penal é pura quando ausente uma consideração positiva do ressarcimento do dano por obra das partes³⁸⁴.

Na cláusula penal não pura seria considerado o efeito limitativo da obrigação de ressarcimento (previsto no art. 1382, n. 1, do Código Civil italiano), e, portanto, esta obrigação de ressarcimento estaria limitada à prestação determinada na cláusula³⁸⁵. Entre as duas obrigações (a penal e a ressarcitória) seria possível haver várias combinações. O credor poderia pretender apenas a penal ou apenas o ressarcimento integral do dano, e, se a cumulação fosse expressamente prevista, poderia o credor exigir a penal e o ressarcimento integral do dano. Ainda, tendo função permissiva o pacto de ressarcimento do dano ulterior,

³⁸³ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 28.

³⁸⁴ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 28.

³⁸⁵ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 28.

pode o credor contentar-se com a pena ou pretender a pena e o ressarcimento do dano ulterior (desde que provada a existência deste e o seu montante)³⁸⁶.

Marini critica esta teoria desde a sua premissa inicial: a de contemplar a cláusula penal pura e a não pura em um tipo unitário. Assevera o jurista que o pressuposto implícito desta doutrina é a individuação do tipo com base na sua função, de modo que a diversidade desta reflète-se, necessariamente, sobre o tipo. Por conseguinte, se a cláusula penal não pura fosse caracterizada por uma função de ressarcimento, mesmo que unida a uma função punitiva, a pretensa unitariedade do tipo resultaria intrinsecamente contraditória em relação à premissa que deveria justificá-la. A partir de outro ponto de vista, continua Marini, pode-se perceber como pareça controvertida a admissão de um tipo unitário, representado na hipótese da cláusula penal não pura, que, porém, resultaria individuado com base em uma dúplici função punitiva e ressarcitória, cuja coexistência não se justifica nem com fundamento na intenção das partes, nem no direito vigente³⁸⁷.

A disciplina estabelecida pelo legislador em tema de cláusula penal exclui inequivocamente toda e qualquer relevância do dano. Se, portanto, a função da cláusula deve ser deduzida a partir da disciplina ditada pelo legislador, forçoso reconhecer que a função ressarcitória da cláusula penal não pura parece mais afirmada do que demonstrada.

Em verdade, o problema não reside na individuação de duas distintas figuras de cláusula penal (pura e não pura) reunidas em um único tipo, mas sim na individuação de uma cláusula penal como esquema típico dotado de uma disciplina própria e caracterizado por uma específica função; outro problema, de certo modo vinculado ao primeiro, diz respeito aos limites e ao poder da autonomia privada de introduzir, ao lado da cláusula penal típica, um esquema sancionatório atípico, dotado de uma função diversa daquela da cláusula penal, e sujeito, por esta razão, a uma disciplina distinta³⁸⁸.

Também é criticada a orientação dada à relação entre obrigação de ressarcimento e obrigação penal.

³⁸⁶ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 29.

³⁸⁷ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 29.

³⁸⁸ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 30.

O significado do art. 1382, n. 1, do Código Civil italiano não contempla uma verdadeira e própria limitação da obrigação de ressarcimento, pela qual, verificado o inadimplemento, o devedor não deve cumprir cumulativamente a obrigação de ressarcimento e a penal, ainda que a primeira seja limitada, no seu montante, ao valor da prestação penal. A vontade do legislador é, antes, oferecer, por meio do instrumento da cláusula penal, uma pronta e imediata realização do interesse do credor, sem, contudo, ao mesmo tempo, onerar excessivamente o devedor³⁸⁹.

A relação entre as duas obrigações é, portanto, disciplinada no sentido de uma relação alternativa: a estipulação da cláusula impede, no tocante à *fattispecie* prevista na cláusula, o surgimento da obrigação ressarcitória, de modo que a sanção penal substitui uma sanção diversa, de caráter ressarcitório.

O pacto de ressarcimento do dano ulterior não comporta uma efetiva derrogação de tal princípio porquanto, neste caso, o concurso se realiza entre a obrigação penal e a obrigação de ressarcimento somente nos limites do dano superior ao valor da penal³⁹⁰.

Deste modo, o pacto de ressarcimento do dano ulterior comprova justamente como a relação entre a obrigação penal e a obrigação ressarcitória é propriamente alternativo e como, portanto, a referência legislativa à limitação do ressarcimento do dano à prestação prometida é imprópria. Mais correto seria referir que a obrigação penal exclui o direito ao ressarcimento do dano³⁹¹.

Poderia, então, colocar-se a indagação se a disciplina examinada, a qual intui uma relação alternativa entre obrigação penal e ressarcitória pode ser derogada pela autonomia privada³⁹².

Marini menciona que foi sustentado em doutrina ser dispositiva a norma do art. 1382, n. 1, do Código Civil italiano, e que o denominado efeito limitativo do ressarcimento, próprio da penal, poderia ser excluído pela autonomia privada, relacionando esta exclusão com a configuração da cláusula penal chamada pura. A penal pura ocorreria quando as partes

³⁸⁹ GABRIELLI, Enrico. Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale. *Op. cit.*, p. 909.

³⁹⁰ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 32.

³⁹¹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 32.

³⁹² MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 32.

houvessem excluído o efeito limitativo, de maneira que a obrigação penal coexistiria, cumulativamente, com a obrigação de ressarcimento, a qual seria suscetível de autônoma e integral atuação³⁹³.

O jurista discorda de tal posicionamento, afirmando que a natureza dispositiva do citado dispositivo legal não resulta conforme a sua correta interpretação. Desde um ponto de vista textual, o art. 1382, n. 1, do Código Civil italiano permite a derrogação do efeito limitativo do ressarcimento, mas apenas em um sentido e um âmbito bem determinados: isto é, por meio da estipulação do pacto de ressarcimento do dano ulterior.

Em outros termos, sob este ângulo, a disciplina legal em matéria de concurso entre obrigação penal e de ressarcimento é passível de derrogação apenas e exclusivamente em relação ao dano ulterior, vale dizer, ao dano superior ao valor da penal. Ainda, além do teor literal da norma, a sua justificação substancial deixa facilmente antever o fundamento da impossibilidade de derrogação, haja vista o escopo do legislador de evitar que a cláusula penal se transforme, em contraste com a sua função, em instrumento de imposição de excessivo ônus ao devedor. Esta intenção é clara na disciplina da cláusula penal no Código italiano, tanto no art. 1383 — que sanciona a vedação de cumulação da prestação penal com a prestação principal —, quanto no art. 1384 — o qual estabelece a possibilidade de redução da penal manifestamente excessiva. Ambas as normas são consideradas insuscetíveis de derrogação por ato de autonomia privada³⁹⁴.

A afirmação da natureza dispositiva do art. 1382, n. 1, do Código Civil italiano é consequência de uma premissa inexata. Esta reside, de um lado, na transposição, em termos de efeito negocial, de uma disciplina puramente legal relativa à regulamentação de relações entre duas sanções (a penal e a ressarcitória); e, de outro, no postulado — não expresso, mas sempre subentendido em todas as construções jurídicas nesta matéria — de um poder geral da autonomia privada de incidir no campo sancionatório, ressalvados os limites expressamente impostos pelo ordenamento³⁹⁵.

³⁹³ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 32.

³⁹⁴ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 33.

³⁹⁵ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 33-34.

Para Marini, a discussão acerca da natureza dispositiva da norma sob comento carece de fundamento. Isto porque o efeito limitativo do ressarcimento do dano nada mais é do que a solução de um problema de relações entre sanções; além disto, a solução de tais problemas, como quaisquer outros relacionados com o âmbito sancionatório, é, em linha de princípio, subtraída da competência dispositiva da autonomia privada por ser reservada à competência do ordenamento. Ademais, deve-se ter em justa linha de conta seja o teor literal, seja a *ratio* da disciplina legal da matéria.³⁹⁶

Por conseguinte, sustenta que deve ser contestada a legitimidade, em comparação com a disciplina vigente, da distinção entre cláusula penal não pura e cláusula penal pura. O critério que diferencia as duas figuras está centrado na admissibilidade de concurso entre obrigação penal e obrigação ressarcitória, e, portanto, deve ser reconduzido a um problema de relações entre sanções, o qual é resolvido pelo legislador com uma normativa inderrogável que exclui a legitimidade do concurso, salvo que a autonomia privada não preveja, mediante pacto apropriado, o ressarcimento do dano ulterior que exceder o montante da penal³⁹⁷.

À clausula penal não se pode, destarte, atribuir uma função consistente na criação de uma nova sanção, diversa daquelas já predispostas pelo ordenamento, e, portanto, atípica em relação às mesmas³⁹⁸.

Com efeito, o ordenamento reconhece expressamente à autonomia privada a possibilidade de predeterminar, concretamente, uma função específica, qual seja, a obrigação penal, abstratamente prevista como consequência do inadimplemento de uma obrigação primária de conduta, para a qual o mesmo ordenamento predispõe uma disciplina própria.

A obrigação penal é, assim, como a obrigação de ressarcimento, uma sanção predisposta em abstrato e em geral pelo ordenamento, em virtude de ser uma sanção não prevista pela lei em relação a um fato específico, mas sim em relação a uma série de fatos possíveis, ainda que dotados de certas características preventivamente fixadas pelo ordenamento (o inadimplemento ou o retardo de uma obrigação)³⁹⁹.

³⁹⁶ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 34.

³⁹⁷ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 34.

³⁹⁸ GABRIELLI, Enrico. *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale. Op. cit.*, p. 910.

³⁹⁹ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 35.

Resulta evidente, então, que ambas as obrigações tem um conteúdo indeterminado, mas determinável e a determinação do respectivo conteúdo é uma condição para a aplicabilidade delas no caso concreto.

Na obrigação de ressarcimento a determinação deverá ser efetuada judicialmente, após à verificação do fato sancionatório e com base em critérios prefixados pelo legislador, que servem para restringir a discricionariedade do juiz, entre os quais o dano causado ao credor, que qualifica a obrigação como tipicamente ressarcitória do dano.

Na obrigação penal, ao contrário, tem-se a determinação do conteúdo, antes do inadimplemento ou retardo, mediante um específico acordo das partes da relação obrigacional principal, reconhecido e tutelado pelo ordenamento como concreta especificação da sanção. O critério de determinação é representado, aqui, pelo acordo das partes, de modo que a especificação da sanção penal, se por um lado é antecipada em relação à ocorrência do fato sancionatório, por outro é voluntária, no sentido que a sua aplicação somente é possível havendo acordo entre as partes sobre a concreta medida da sanção. Ausente tal acordo, não haverá obrigação penal, e não será possível a sua aplicação no caso concreto⁴⁰⁰.

A função da cláusula penal consiste, assim, na determinação antecipada (em relação ao inadimplemento ou retardo) e convencional de uma sanção com estrutura obrigacional como consequência do inadimplemento ou do retardo no adimplemento de uma obrigação.

É nesta função que se pode chegar a uma convincente justificação do seu caráter penal, prescindindo de generalizações abstratas e arbitrárias. A obrigação penal, na realidade, sucessivamente à estipulação da cláusula, aparece como sanção já determinada e específica em relação a um fato singular e, sob este aspecto, apresenta precisas e acentuadas analogias com o instituto da pena.

Como bem observado por Carnelutti, o que distingue a pena do ressarcimento é a sua independência (pelo menos relativa) da medida da culpa, e, por isto, a possibilidade da sua determinação antecipada e, por consequência também a simplicidade de sua atuação. Ainda,

⁴⁰⁰ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 36.

identificou-se neste caráter (e não na pretendida maior gravidade da pena), a razão da sua mais intensa atividade intimidadora⁴⁰¹.

Portanto, os critérios próprios da obrigação penal como sanção civil típica e alternativa à obrigação de ressarcimento são a sua independência em relação ao dano causado ao credor, e a predeterminação da sanção, operada através da cláusula penal, e, conseqüentemente, a simplicidade da sua atuação. A cláusula penal se insere, logo, como momento negocial, no processo determinativo da sanção, tornando possível a aplicação no caso concreto⁴⁰².

Sob esta perspectiva, a cláusula penal pode então ser considerada instrumento de reforço da posição creditória, pois através dela o credor pode dispor de uma sanção (obrigação penal) dotada dos caracteres antes indicados (determinação antecipada, simplicidade de atuação, e eficácia intimidadora mais intensa), e não em razão de uma pretensa maior gravidade desta sanção em relação à ressarcitória, ou de uma intenção punitiva perseguida pelas partes.

A aplicação da sanção ressarcitória é, com efeito, uma operação longa, custosa e arriscada, principalmente em razão das naturais dificuldades probatórias. Explica-se, assim, que o legislador tenha previsto, como alternativa àquela, uma sanção diversa, estruturalmente idêntica à primeira (consistente em uma obrigação) demandando a sua aplicação à autonomia privada, independentemente de qualquer relevância do dano.

Trata-se de uma sanção mais eficaz do que a ressarcitória, ainda que a predeterminação da sanção penal seja, frequentemente, face à natural resistência do adversário, efetuada em medida muito limitada, na qual aquilo que se ganha em termos de prontidão se perde na entidade da sanção. Efetivamente, a prática da cláusula penal mostra que geralmente a sanção penal, ao contrário do que se pensa, é estabelecida em montante muito inferior ao dano real calculado em rigorosa observância aos critérios fixados pelo legislador.

Esta circunstância, aliás, leva à consideração crítica da disciplina legislativa do Código Civil italiano, que limita o poder judicial de adequação da sanção somente na hipótese de a

⁴⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. Il danno e il reato. *Apud* MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 37.

⁴⁰² MARINI, Anibale. *La Clausola Penale. Op. cit.*, p. 37.

cláusula penal ser manifestamente excessiva, e não também na hipótese oposta. Válido recordar que na França, quando da reforma na disciplina da cláusula penal no *Code*, levada a efeito pela Lei n° 75-597 de 1975, foi introduzida a possibilidade de redução judicial da penal manifestamente excessiva, assim como de aumento da prestação penal irrisória.

A função penal assim identificada difere, portanto, seja da função (propriamente) ressarcitória — face à irrelevância do dano no que tange à primeira —, seja da função punitiva, em sentido subjetivo — em virtude de ser igualmente irrelevante, para a subsistência da própria função, a intenção de punir o devedor inadimplente⁴⁰³.

2.2.2.5 A tese da multiplicidade de funções

Esta teoria é defendida pelo jurista lusitano Antônio Pinto Monteiro em sua tese doutoral. Segundo o Professor da Faculdade de Direito de Coimbra, devem-se distinguir três espécies de cláusula penal, conforme a intenção das partes ao convencená-la, o interesse prático que elas buscam resguardar, a finalidade por elas perseguida⁴⁰⁴. Salienta o citado jurista que a diferenciação entre as espécies de cláusula penal é indispensável para a correta solução de problemas de regime jurídico⁴⁰⁵, não *inteiramente coincidente*⁴⁰⁶, consoante a finalidade para a qual a pena foi acordada.

A *cláusula penal de fixação antecipada da indenização* é aquela que as partes convencenam a fim de liquidar antecipadamente eventual dano futuro. Por meio de tal estipulação buscam as partes evitar litígios e os seus inconvenientes, mormente em relação à prova do dano e à apuração judicial do seu montante.

⁴⁰³ MARINI, Anibale. *La Clausola Penale*. *Op. cit.*, p. 38. Na mesma linha GABRIELLI, Enrico. Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale. *Op. cit.*, p. 911: “In questa chiave di interpretazione riesce piú agevole il rapporto tra la clausola penale e l'istituto della pena, in quanto essa si inserisce, quale momento negoziale, nel processo di determinazione della sanzione rendendone possibile l'applicazione al caso concreto, in virtù del fatto che, quale sanzione civile tipica ed alternativa a quella rissarcitoria, l'obbligazione penale, per la sua indipendenza dal danno arrecato al creditore e per la sua predeterminazione nella clausola penale è di semplice e facile attuazione, e, quindi, ha una piú intensa efficacia intimidatrice. La funzione penale, così segnata, è diversa sia da quella rissarcitoria, per l'irrelevanza del danno nei confronti della prima, sia dalla funzione punitiva, in senso soggettivo, perché è, in definitiva, insignificante l'intento di punire il debitore inadempiente, per la sussistenza della funzione stessa.”

⁴⁰⁴ PINTO MONTEIRO, Antonio. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 25, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004, p. 122.

⁴⁰⁵ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 647.

⁴⁰⁶ PINTO MONTEIRO, Antonio. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Op. cit.*, p. 122.

A *cláusula penal compulsivo-sancionatória* tem por função atuar como meio de pressão psicológica sobre o devedor, impelindo-o ao cumprimento da obrigação. O objetivo da pena pactuada é puramente coercitivo⁴⁰⁷, não guardando relação com a reparação de eventuais danos em caso de inadimplemento. Aqui, o montante convencionado a título de pena é um *plus* que se *acresce à execução específica da prestação ou à indenização pelo não cumprimento*⁴⁰⁸.

Na *cláusula penal propriamente dita ou em sentido estrito* a pena acordada entre as partes funciona como instrumento de coação do devedor ao cumprimento da obrigação, eis que configura uma ameaça a pesar sobre este último a faculdade de o credor exigir, em caso de inadimplemento, prestação diversa (e mais gravosa) daquela que constitui o objeto da obrigação principal. Neste caso a prestação objeto da cláusula será substitutiva da indenização, pois *o seu valor contempla já a satisfação do interesse do credor*⁴⁰⁹. A finalidade desta espécie de cláusula penal — compelir o devedor ao cumprimento da obrigação — constitui seu traço distintivo em relação à cláusula penal de liquidação antecipada do dano; e é, também, o que a aproxima da cláusula penal com função compulsivo-sancionatória. Entretanto, à diferença desta última, a pena em sentido estrito não acresce à indenização ou à execução específica da prestação.

A propósito, esclarece Pinto Monteiro⁴¹⁰

É que a pena – não tendo ela uma finalidade *exclusivamente* compulsória, caso em que *acrescerá* à indenização – substitui a obrigação de indemnizar, dispensa o recurso a esta, na medida em que constitui uma prestação que o credor poderá exigir, em *alternativa* à prestação devida, uma vez que esta não seja satisfeita. Ao exercer a sua faculdade alternativa, o credor está a colocar a pena no lugar da prestação inicial, pelo que o cumprimento daquela impedi-lo-á, obviamente, de exigir a indenização. O que significa, portanto, que a sanção, que a pena traduz, não é exercida através da indenização, antes por meio de uma outra prestação, que o credor tem a faculdade de exigir, em vez da prestação inicial ou da indenização pelo seu não cumprimento. A compreensão da cláusula penal como fonte de uma *obrigação com faculdade alternativa do credor* explica, assim, que a pena goze de eficácia compulsória e, ao mesmo tempo, constitua um meio de satisfazer o credor, sem, todavia, ser, ela própria, uma indenização.

⁴⁰⁷ PINTO MONTEIRO, Antonio. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Op. cit.*, p. 124.

⁴⁰⁸ PINTO MONTEIRO, Antonio. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Op. cit.*, p. 124.

⁴⁰⁹ PINTO MONTEIRO, Antonio. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Op. cit.*, p. 125.

⁴¹⁰ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 647-648.

A diferenciação das espécies de cláusula penal terá importância também quanto aos critérios a serem utilizados para redução da pena, dos quais trataremos mais detalhadamente na Terceira Parte deste trabalho.

2.3 As codificações europeias: França, Alemanha e Itália

2.3.1 O 'Code Civil'

Foi já mencionado que Pothier, cuja doutrina teve grande influência sobre o legislador do Código Napoleão, acolheu, no que concerne à cláusula penal, os ensinamentos de Dumoulin — este, por sua vez, influenciado pela teoria de Ostiense — e como este fato representou o *triunfo da concepção indenizatória* na ciência jurídica da época⁴¹¹.

O *Code* regula a cláusula penal em dois diferentes âmbitos, parecendo referir-se a duas cláusulas diversas.

O art. 1152, inserido na seção dedicada às perdas e danos decorrentes da inexecução da obrigação⁴¹², na versão original, estabelecia⁴¹³:

Artigo 1152. Quando a convenção disponha que aquele que a descumprir pagará uma certa soma a título de perdas e danos, não pode ser atribuída à outra parte uma soma maior, nem menor.

O restante da disciplina forma uma seção própria, intitulada *Des obligations avec clauses pénales*⁴¹⁴ (*Das obrigações com cláusulas penais*), que compreende os arts. 1226 a 1233. A definição de cláusula penal contida no art. 1229 é praticamente idêntica àquela do *Traité des Obligations (Tratado das Obrigações)* de Pothier, que considera admissível a

⁴¹¹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 379.

⁴¹² Livre III. *Des biens et des différentes manières dont on acquiert la propriété*, Titre III. *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Chapitre III. *De l'effet des obligations*, Section IV. *De dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*.

⁴¹³ Article 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

⁴¹⁴ Livre III. *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, Titre III. *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Chapitre IV. *Des diverses espèces d'obligations*, Section VI. *Des obligations avec clauses pénales*.

pena somente em relação ao interesse, colocando no núcleo da figura a função ressarcitória ou indenizatória⁴¹⁵:

Artigo 1229. A cláusula penal é a compensação das perdas e danos que o credor sofre pelo descumprimento da obrigação principal. Ele não pode exigir simultaneamente o principal e a pena, a menos que ela tenha sido estipulada para o caso de simples atraso.

O art. 1226, do qual emerge a função da figura também se vincula à doutrina de Pothier, mas não passa despercebida, igualmente, a influência do direito romano com uma reminiscência da *stipulatio poenae*⁴¹⁶:

Artigo 1226. A cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, para garantir o cumprimento de uma convenção, se compromete a alguma coisa no caso de descumprimento.

Estas primeiras noções já denotam certa discrasia, no plano lógico, entre os conteúdos do art. 1152 e dos arts. 1226 e 1229, com uma possível diferenciação entre a cláusula penal propriamente dita (arts. 1226 e 1229), e a convenção de liquidação antecipada dos danos (art. 1152).

A distinção entre as duas cláusulas não é meramente aparente. Explicita Jacques Mestre⁴¹⁷ que além dos diferentes contextos sistemáticos em que estão inseridas as referidas disposições legais, o cotejo dos respectivos conteúdos mostra claramente que a cláusula prevista no art. 1152 não se identifica, necessariamente, com a cláusula penal:

Esta última, tal como demonstram os artigos 1226 e 1229, apresenta duas particularidades: inicialmente, o objeto do compromisso ao qual se submete

⁴¹⁵ Article 1229. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

⁴¹⁶ Article 1226. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

⁴¹⁷ MESTRE, Jacques. De la notion de clause pénale et de ses limites. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1985, p. 373 : Celle-ci, telle que la relèvent les articles 1226 et 1229, présentent deux particularités : d'abord, l'objet de l'engagement qu'y souscrit le débiteur en cas d'inexécution («faire quelque chose» à titre de compensation pour le créancier); ensuite, son caractère nécessairement comminatoire, incitatif à l'exécution puisque l'engagement, nous dit l'article 1226, est pris «pour assurer l'exécution d'une convention». (...) La clause qu'envisage l'article 1152 c'est, en revanche, celle qui, par avance, fixe forfaitairement les dommages-intérêts que devra le débiteur en cas d'inexécution de l'obligation. Ceci étant, il est vrai qu'une telle clause peut constituer — et constituera souvent — une clause pénale, dès lors que, par une forte évaluation des dommages-intérêts dus, supérieurs au préjudice prévisible, elle prendra un aspect comminatoire. Mais, une fois encore, la concordance n'est nullement inéluctable. La clause pénale est à la fois plus large que la clause de l'article 1152 puisque son objet n'est pas nécessairement pécuniaire.

o devedor em caso de descumprimento («fazer alguma coisa» a título de compensação ao credor); em seguida, seu caráter necessariamente cominatório que incita ao cumprimento, uma vez que o compromisso, na dicção do artigo 1226, é assumido «para reforçar o cumprimento de uma convenção». (...) A cláusula de que se ocupa o artigo 1152 é, ao contrário, aquela que, antecipadamente, fixa uma quantia invariável das perdas e danos exigíveis do devedor em caso de inadimplemento da obrigação. Assim sendo, verdadeiro é que tal cláusula pode constituir – e constituirá frequentemente – uma cláusula penal, quando, face à superestimação das perdas e danos devidos, superiores ao prejuízo previsível, ela adquira um aspecto cominatório. Mas, ainda uma vez, a concordância não é de modo algum inelutável. A cláusula penal é, portanto, mais abrangente do que a cláusula do artigo 1152, já que seu objeto não é necessariamente pecuniário.

Apesar da afirmada distinção, a doutrina francesa não atribui relevância à separação entre avaliação preventiva e *a forfait* dos danos e cláusula penal, como faz o direito de *common law*, com a clara distinção entre *liquidated damages* e *penalty*⁴¹⁸.

Importante salientar que não em toda a disciplina relativa à cláusula penal o legislador seguiu as lições de Pothier (que ele herdara de Dumoulin, o qual, por sua vez, acolhia a doutrina de Ostiense). Assim o foi no tocante à redução judicial da pena. Neste particular, o *Code Civil*, conforme esclarece Fliniaux, preferiu acolher a opinião defendida por Panormitanus, que reconhecia a cláusula penal como uma avaliação fixa das perdas e danos (indenização), destinada a desonerar o credor da prova do *interesse*, e, portanto, excluía do poder judicial a possibilidade de alterar o montante da pena⁴¹⁹.

O art. 1152 do *Code*, na versão original, estabelecia apenas que a inexecução da convenção conduz ao pagamento, pelo inadimplente, de certo montante a título de perdas e danos, não podendo ser atribuído à parte prejudicada, nem uma soma superior, nem inferior. A seu turno, o art. 1229 definia que a cláusula penal é a compensação das perdas e danos que o credor sofre em razão da inexecução da obrigação principal. A única exceção que outorgava ao juiz a possibilidade de reduzir a pena constava no art. 1231 (na versão original), restrita aos

⁴¹⁸ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 60; MESTRE, Jacques. De la notion de clause pénale et de ses limites. *Op. cit.*, p. 374 : “Mais, après avoir été soulignée par quelques auteurs au lendemain du code (V. par ex. Duranton, *Cours de droit civil français suivant le code civil*, t. X, 1830, p. 507) la distinction paraît s’être rapidement évanouie dans la doctrine de droit civil (...) Mais l’habitude est cependant prise de ne plus distinguer l’article 1152 de l’article 1226, et c’est ainsi que, aujourd’hui, notre droit est très généralement présenté comme ignorant la distinction entre la simple évaluation conventionnelle et forfaitaire de dommages-intérêts et la clause pénale, à la différence, par exemple, du droit anglais qui oppose les clauses *providing for the payment of liquidated damages* aux *penalties*.”

⁴¹⁹ FLINIAUX, Andre. L’évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. *Op. cit.*, p. 247.

casos de adimplemento parcial da obrigação principal: *La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie* (A pena pode ser modificada pelo juiz quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte).

A doutrina de Pothier — assim como a de Dumoulin — defendia a redução judicial da pena com base na natureza ressarcitória (indenizatória) da convenção. Para este jurista, a possibilidade de redução da pena teria o fim de evitar que houvesse um aproveitamento, por parte do credor, de um estado de necessidade do devedor, constatando, a propósito, que a penal manifestamente excessiva comprometeria o equilíbrio das prestações, e, por tal razão, seria contrária à equidade que deve reinar nos contratos comutativos. Segundo Pothier, deveria se presumir que, quando um devedor se sujeita a uma pena excessiva, o faz com a equivocada confiança de que honrará o cumprimento da obrigação, de modo que o consentimento fundado em erro é inválido⁴²⁰:

Não obstante tais razões, a decisão de Dumoulin parece mais equânime. Quando um devedor se submete a uma pena excessiva, em caso de inadimplemento da obrigação primitiva que ele contrata, há espaço para presumir-se que é a falsa confiança que ele tem de que não faltará a esta obrigação primitiva que lhe conduz a se submeter a uma pena também excessiva; que ele acredita não se comprometer a nada ao se submeter; e que ele se encontra na disposição de não se comprometer, pois se ele acreditasse na ocorrência da pena prevista; então o consentimento que ele dá à obrigação de uma pena também excessiva, sendo um consentimento fundado sobre um erro e sobre uma ilusão que ele se cria, não é um consentimento válido: razão porque essas penas excessivas devem ser reduzidas ao máximo valor verossímil que podem atingir as perdas e danos do credor resultantes do inadimplemento da obrigação primitiva. Esta decisão se aplica aos contratos comutativos, pois em decorrência da equidade que deve reinar em tais contratos, não permitindo que uma das partes se locuplete e enriqueça às custas da outra, seria contrário a esta equidade que o credor se enriquecesse às custas do devedor, exigindo deste uma pena demasiadamente excessiva, e manifestamente acima dos prejuízos efetivamente sofrido pelo inadimplemento da obrigação primitiva.

⁴²⁰ POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations. Op.cit.*, p. 323-324: “Nonobstant ces raisons, la décision de Dumoulin paraît plus équitable. Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexécution de l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive ; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant ; et qu'il est dans la disposition de ne s'y pas soumettre, s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver; qu'ainsi le consentement qu'il donne à obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur un erreur et sur une illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable: c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages et intérêts du créancier résultants de l'inexécution de l'obligation primitive. Cette décision doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parce que l'équité qui doit régner dans ces contrats, ne permettant pas que l'une des parties profite et s'enrichisse aux dépens de l'autre, il serait contraire a cette équité que le créancier s'enrichît aux dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop excessive, et trop manifestement au-dessus de ce qu'il a souffert de l'inexécution de l'obligation primitive.”

O tema foi objeto de muitos debates ao longo dos trabalhos preparatórios do *Code*. Os argumentos invocados são relevantes para que se possa compreender o porquê da disciplina legal quando da publicação do Código e as razões que conduziram às reformas sofridas no tocante à modificação da pena. Na redação inicial do Projeto, o art. 1152 foi assim proposto⁴²¹:

Quando a convenção disponha que aquele que a descumprir pagará uma certa soma, não pode ser atribuído à outra parte uma soma maior, ainda que o dano seja superior. O juiz pode, ao contrário, moderar a soma estipulada, se ela excede evidentemente o dano efetivo.

Contemplava-se, portanto, a possibilidade de minorar o montante fixado pelas partes. Por ocasião das discussões do Conselho de Estado, o conselheiro Bigot-Prémeneu, responsável pelo Título II do Livro III do Projeto — correspondente ao Título III do Livro III do *Code* —, começou seu discurso a respeito do art. 1152 anunciando que as opiniões sobre este dispositivo inicialmente eram divididas. Passou a discorrer sobre os diferentes pontos de vista e apresentou a redação consensual⁴²²:

Dizia-se, de um lado, que os contratos devem ser cumpridos de boa-fé, seria justo reduzir a soma estipulada pelas partes a título de perdas e danos, desde que a mesma evidentemente excedesse o valor dos prejuízos apurados; que o devedor tenha consentido em elevar a fixação muito além da justa proporção, porque ele estava convencido de poder cumprir seus compromissos, e que não estaria exposto à pena por descumprimento; que se ele houvesse previsto os obstáculos supervenientes, ele não teria se submetido a perdas e danos tão exorbitantes; que, enfim, estes princípios seriam aqueles da jurisprudência atual. Dizia-se, por outro lado, que as

⁴²¹ FENET, P. A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*. t. 13, Paris: Vedecoq, 1856, p. 11. Disponível em: «<http://gallica.bnf.fr/>». Acesso em: 20 nov. 2014: “Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme, il ne peut être alloué à l’autre partie une plus forte somme, quoique le dommage se trouve plus grand. Le juge peut au contraire modérer celle stipulée, si elle excède évidemment le dommage effectif.”

⁴²² FENET, P. A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*. *Op. cit.*, p. 56-57: “On disait, d’un côté, que les contrats devant être exécutés de bonne foi, il était juste de réduire la somme à laquelle les parties avaient fixé les dommages-intérêts, si elle excédait évidemment la valeur du dommage ; que le débiteur n’a consenti à en élever la fixation beaucoup au-delà de la juste proportion, que parce qu’il s’est persuadé qu’il pourrait remplir ses engagements, et qu’il ne serait pas exposé à la peine de l’inexécution; que s’il eût prévu les obstacles qui l’ont arrêté, il ne serait pas soumis à des dommages-intérêts si considérables; qu’enfin ces principes étaient ceux de la jurisprudence actuelle. On disait, d’un autre côté, que les parties sont les appréciateurs les plus sûrs du dommage que peut résulter de l’inexécution d’un engagement ; qu’ainsi leur volonté doit être respectée ; que si l’on accorde au juge le droit de diminuer les dommages-intérêts qu’elles ont fixés, il faut donc aussi lui donner le pouvoir de les augmenter lorsque les circonstances portent la perte du créancier au-delà de ce qui avait été prévu. (...) Au milieu de ces difficultés, la section s’est arrêtée à une règle simple; elle a pensé que quand les parties ont fixé elles-mêmes le taux des dommages-intérêts, leur prévoyance ne devait pas demeurer sans effets, et qu’il fallait respecter leur convention, d’autant plus que, dans d’autres contrats, on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives. La section propose, en conséquence, la rédaction suivante : “Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certe somme, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre.”

partes são os apreciadores mais fidedignos dos danos que podem resultar do descumprimento de um compromisso; que assim, a vontade delas deve ser respeitada; que se ao juiz é dado o direito de reduzir as perdas e danos estabelecidos pelas partes, é necessário também, conseqüentemente, dar-lhe o poder de aumentá-los quando as circunstâncias conduzem ao prejuízo do credor além do que havia sido previsto. (...) Face a estas dificuldades, a seção se deteve em uma regra simples; ela pensou que quando a estipulação das perdas e danos fosse determinada pelas partes, a sua previsão não deveria ficar sem efeitos, sendo necessário respeitar a sua convenção, tanto mais porque nos demais contratos não se corrigem as estipulações que as circunstâncias tornem excessivas em momento posterior. A seção propõe, portanto, a seguinte redação: “Quando a convenção disponha que aquele que a descumprir pagará certa soma, não pode ser atribuída à outra parte uma soma maior nem menor.”

Por ocasião da Comunicação Oficiosa do Projeto à Seção de Legislação do *Tribunat* foi sugerido que no art. 1152, após as palavras *une certaine somme* (uma certa soma), fosse acrescido à *titre de dommages-intérêts* (a título de perdas e danos), com o objetivo de determinar a justa aplicação do artigo, e de marcar a diferença entre a cláusula de *dommages-intérêts* (perdas e danos), a qual o juiz não pode modificar, e a cláusula penal, que é suscetível de redução⁴²³. A redação proposta pelo Conselho de Estado (acima colacionada), com o acréscimo sugerido pela *Section de Législation* (Secção de Legislação), após o final dos trabalhos, acabou por constituir a redação definitiva do art. 1152 do *Code*.

Quando da apresentação e exposição de motivos do Projeto ao Corpo Legislativo, o conselheiro Bigot-Prémeneu, acerca do art. 1152, afirmou⁴²⁴:

Previmos o caso em que a soma a pagar a título de perdas e danos, em caso de inadimplemento, seria fixada pela própria convenção. Inicialmente, temíamos que esta fixação não fosse sempre equânime; Temíamos um excesso de rigor da parte do credor, facilidade ou imprudência excessivas da parte do devedor que, não prevendo os obstáculos ao cumprimento de seu compromisso, não poderia se imaginar ante o dever de pagar seriamente a quantia a qual ele teria se submetido. Pareceu então prudente fazer intervir o juiz para reduzir a soma que excederia evidentemente o dano efetivo. Mas

⁴²³ FENET, P. A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil. Op. cit.*, p. 147.

⁴²⁴ FENET, P. A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil. Op. cit.*, p. 233-234: “On a prévu le cas où la somme à payer à titre de dommages et intérêts, en cas d’inexécution, aurait été fixée par la convention même. On avait d’abord craint que cette fixation ne fût pas toujours équitable; on avait craint trop de rigueur de la part du créancier, trop de facilité ou d’imprudence de la part du débiteur, qui, ne prévoyant point d’obstacles à l’exécution de sa convention, n’aurait pas imaginé qu’il eût sérieusement à craindre de payer la somme à laquelle il se serait soumis. Il avait paru prudent de faire intervenir le juge pour réduire la somme qui excéderait évidemment le dommage effectif. Mais cette évidence, comment la caractériser? Il faut supposer des conventions déraisonnables. Si on eût donné aux juges le droit de réduire la somme convenue, il eût aussi fallu leur donner celui de l’augmenter en cas d’insuffisance. Ce serait troubler la foi due aux contrats. La loi est faite pour les cas ordinaire, et ce n’est pas pour quelques exceptions que l’on devrait ici déroger à cette règle fondamentale, que les conventions sont la loi des partis.”

como caracterizar tal evidência? Seria necessário supor convenções desproporcionais. Tendo sido dado aos juízes o direito de reduzir a soma convencionada, seria também necessário dar-lhes igualmente o direito de aumentá-la quando insuficiente. De outro modo desestabilizar-se-ia a fé devida aos contratos. A lei é feita para os casos ordinários, e não é por algumas exceções que se deveria aqui derogar a regra fundamental, segundo a qual as convenções fazem lei entre as partes.

Na mesma oportunidade, a propósito do art. 1231, sustentou Bigot-Prémeneu⁴²⁵:

A pena estipulada pelos contratantes faz lei entre eles. O credor não deve ser admitido a dizer que tal pena é insuficiente, nem o devedor pretender que ela seja excessiva. Qual seria o juiz que, melhor que as partes, poderia conhecer as circunstâncias e os interesses respectivos que determinaram a fixação da pena? Devemos aplicar aqui os raciocínios feitos acerca da fixação de uma soma estipulada para perdas e danos.

Sucessivamente, na Comunicação Oficial do Projeto ao *Tribunat*, o tribuno Favart, na sua relação a respeito dos arts. 1152, observou⁴²⁶:

Quando as perdas e danos foram previstas, o juiz não pode acordar senão aquilo que foi estipulado; mas também ele não pode acordar menos. Assim, esta disposição descarta toda ideia de cláusula cominatória, e encerra uma excelente moral, sujeitando os homens a contarem com o cumprimento literal do que foi estipulado.

Em um dos trechos relativos às disposições sobre a cláusula penal, Favart manifestou o seguinte⁴²⁷:

Uma cláusula penal deve ser executada rigorosamente?

⁴²⁵ FENET, P. A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil. Op. cit.*, p. 262: “La peine stipulée par les contractans fait la loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu’elle est excessive. Quel serait le juge, qui mieux que les parties, pourrait connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine? On doit appliquer ici les raisonnemens faits sur la fixation d’une somme stipulée pour dommages et intérêts.”

⁴²⁶ FENET, P. A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil. Op. cit.*, p. 323-324: “Lorsque les dommages et intérêts ont été prévus, le juge ne peut accorder que ceux qui sont stipulés; mais aussi il ne peut pas accorder moins. Ainsi, cette disposition écarte toute idée de clause comminatoire, et renferme une excellente morale, en assujétissant les hommes à compter sur l’exécution littérale de ce qui ils ont stipulé.”

⁴²⁷ FENET, P.A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil. Op. cit.*, p. 336: “ Une clause pénale doit-elle être exécutée rigoureusement ? Dans les tribunaux, autrefois, on la modifiait ; quelquefois on la supprimait, quand il n’y avait qu’un retard dans l’exécution, et le juge se contentait de condamner à quelques dommages et intérêts. Cette jurisprudence, qui prenait sa source dans des sentiments louables, avait pourtant un grand vice: elle accoutumait les hommes à se jouer de leurs engagements, à promettre plus qu’ils ne voulaient tenir, sûrs que les tribunaux les favoriseraient. Le projet de loi, plus sévère et plus juste, ne permet plus aux juges d’affranchir le débiteur de mauvaise foi de la peine qu’il a stipulé lui-même et librement. Il est du devoir du législateur de forcer les hommes à voir des lois dans les contracts, et à les exécuter avec ponctualité: moyen infaillible de les ramener à la bonne foi la plus scrupuleuse.”

Nos tribunais, em outros tempos, nós a modificávamos; algumas vezes nós a suprimíamos, quando se tratava de um atraso no adimplemento, e o juiz se contentava em condenar a algumas perdas e danos.

Esta jurisprudência, que extraía sua fonte em sentimentos louváveis, possuía, entretanto, um grande vício: ela acostumava os homens a se aventurarem em seus compromissos, prometendo mais do que eles pretendiam assegurar, reconfortados de que os tribunais lhes favoreceriam.

O projeto de lei, mais severo e mais justo, não permite mais aos juízes liberar o devedor de má-fé da pena que ele próprio livremente estipulou. É dever do legislador forçar os homens a ver leis nos contratos, e a cumpri-los com pontualidade: meio infalível de reconduzi-los à boa-fé a mais escrupulosa.

O tribuno Mouricault, ao pronunciar discurso perante o Corpo Legislativo, acerca do art. 1152, contestou os argumentos de Pothier no tocante à possibilidade de redução do montante convencionalmente fixado a título de *dommages-intérêts*. Mouricault esclareceu que não se pode considerar inválido o consentimento do devedor com base em presunção de erro em favor do devedor que se comprometeu ao pagamento de uma pena excessiva. Se erro houve por parte do devedor, capaz de atingir a validade do consentimento, este deve ser arguido e provado, e por este fundamento é que o juiz deverá decidir, não em função da enormidade do valor das perdas e danos estimados pelas partes. Em continuação, aduziu⁴²⁸:

Se inexistir erro provado, é necessário se conduzir pela fixação feita pelas partes, crer que seu interesse lhes guiou suficientemente nesta apreciação, da qual elas seriam os melhores árbitros, e nunca esquecer que todo contrato é a lei que as partes fazem para si mesmas, que elas não podem reclamar por terem se submetido, e que não se deve substituir nenhuma vontade àquela que elas mutuamente consagraram.

Pode-se concluir, portanto, em primeiro lugar, que o legislador entendia diferenciarem-se a cláusula de *dommages-intérêts* (perdas e danos) e a cláusula penal; e, em segundo lugar, que o pensamento de Pothier sobre a redução judicial da pena não prevaleceu essencialmente em razão da exigência de harmonizar os institutos de direito privado ao princípio preconizado pelo art. 1134⁴²⁹ do *Code*, segundo o qual os contratos entre as partes têm força de lei e devem ser rigorosamente observados (*pacta sunt servanda*):

⁴²⁸ FENET, P. A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*. *Op. cit.*, p. 421: “S’il n’y a point d’erreur prouvée, il faudra s’en rapporter à la fixation faite par les parties, croire que leur intérêt les a suffisamment guidées dans cette appréciation dont elles étaient les meilleurs arbitres, et ne jamais oublier que tout contrat est la loi que les parties se sont faites à elles-mêmes, qu’elles ne peuvent se plaindre d’y être soumises, et qu’on ne doit substituer aucune volonté à celle qu’elles ont consacrée.”

⁴²⁹ Article 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Artigo 1134. As convenções legalmente formadas têm força de lei àqueles que as fizeram.
 Elas não podem ser revogadas senão por mútuo consentimento das partes ou pelas causas que a lei autoriza.
 Elas devem ser cumpridas de boa-fé.

Consagrou-se, destarte, o princípio da imutabilidade (ou intangibilidade) da cláusula penal, exceto, como já se advertiu, nos casos de cumprimento parcial da obrigação principal.

Assim, embora tenha prevalecido no entendimento da doutrina e da jurisprudência francesas a função preponderantemente indenizatória da cláusula penal, o princípio da estrita observância das convenções e o sacrossanto respeito à liberdade contratual, acabaram por fortalecer a função cominatória da pena. As vantagens proporcionadas pela cláusula penal — prever as consequências de eventual inadimplemento e evitar os riscos de um processo — fizeram com que ela se difundisse. Ao mesmo tempo surgiam, com o avanço das técnicas, novos tipos contratuais, nos quais se introduziam cláusulas penais para assegurar a estabilidade contratual necessária aos imperativos econômicos⁴³⁰.

O problema é que a vedação da redução judicial da pena propiciou inúmeros e manifestos abusos na sua utilização. O fenômeno se desenvolveu significativamente a partir da década de sessenta do século passado, com a frequente inserção de cláusulas penais exorbitantes em contratos de adesão, principalmente contratos de crédito e, entre estes, em particular os de *leasing*⁴³¹. Um típico esquema contratual com característica eminentemente cominatória consistia em estabelecer-se uma conexão entre a cláusula resolutiva expressa — na qual se indicavam os eventos com idoneidade para causar o desfazimento do vínculo — e a cláusula penal — em que se definiam as consequências patrimoniais decorrentes do inadimplemento⁴³².

Tornavam-se consideravelmente mais numerosos os litígios judiciais concernentes à cláusula penal, em que os devedores deduziam argumentos baseados tanto no princípio da equidade quanto em razões estritamente de direito. Porém, não obstante o apoio de parte da

⁴³⁰ EVADE, Jean-Louis. La reduction des clauses pénales excessives — A propos de la loi du 9 juillet 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale. *Gazette du Palais*, Doctrine, 1976, 2^e sem., p. 449.

⁴³¹ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 66; EVADE, Jean-Louis. La reduction des clauses pénales excessives. *Op. cit.*, p. 449; NEGRI, Alba. La Legge Francese sulla Clausola Penale. *Rivista di Diritto Civile*, anno 23, 1977, parte prima, Padova: CEDAM, p. 448.

⁴³² ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 66.

doutrina, a jurisprudência, na maioria dos julgados, manifestava-se impotente para decidir contra os ditames legais. Foi necessária, então, a intervenção do legislador⁴³³, destinada a coibir os abusos a que a cláusula penal dava margem. Em que pese a flagrante e urgente necessidade de reformar a disciplina aplicável à pena convencional, no momento de elaborar o novo texto reproduziram-se os debates suscitados por ocasião dos trabalhos preparatórios do Código⁴³⁴.

Ao final, sobreveio a Lei 75-597 de 9 de julho de 1975, alterando os artigos 1152 e 1231 do *Code*, prevalecendo a tese da possibilidade de redução judicial da pena. Os referidos artigos passaram a ter a seguinte dicção:

Artigo 1152. Quando a convenção disponha que aquele que a descumprir pagará certa soma a título de perdas e danos, não pode ser atribuída à outra parte uma soma maior, nem menor.

Todavia, o juiz pode moderar ou aumentar a pena convencional, se ela for manifestamente excessiva ou irrisória. Toda estipulação contrária será reputada não escrita.⁴³⁵

Art. 1231. Quando o compromisso tiver sido cumprido em parte, a pena convencional pode ser reduzida pelo juiz na proporção do interesse que o cumprimento parcial proporcionou ao credor, sem prejuízo da aplicação do artigo 1152. Toda estipulação contrária será reputada não escrita.⁴³⁶

É de se salientar que o *Code*, após a aludida alteração legal, passou a ser a primeira e única codificação que prevê a hipótese de aumento judicial da pena irrisória.

A reação da doutrina à reforma legislativa não foi, todavia, totalmente pacífica. Alba Negri considera ser em parte justificada a contrariedade manifestada por alguns juristas franceses. Diz a autora que, por um lado, a modificação é motivo de aplausos; por outro, é passível de crítica quanto aos meios para operacionalizá-la. É que com a alteração dos arts. 1152 e 1231 foram concedidos amplos poderes aos magistrados para decidir com base em equidade, de forma que eles podem remanejar certas cláusulas do contrato para fazer prevalecer a justiça substancial. Este poder judicial, porém, é tido como uma erosão dos

⁴³³ EVADE, Jean-Louis. La réduction des clauses pénales excessives. *Op. cit.*, p. 449.

⁴³⁴ NEGRI, Alba. La Legge Francese sulla Clausola Penale. *Op. cit.*, p. 441.

⁴³⁵ Article 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

⁴³⁶ Art. 1231. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

princípios fundamentais da autonomia privada e da certeza do direito, ainda mais perigosa quando estes corolários são derogados não por meio de exceções rigidamente estabelecidas, mas por meio de critérios elásticos, aplicáveis conforme a discricionariedade do juiz⁴³⁷.

Com efeito, após a reforma, foram propostos pela doutrina critérios que pudessem servir de balizas a serem observadas para fins de minoração judicial da pena excessiva. A título de exemplo, colacionamos o quadro elaborado por Thilmány⁴³⁸, prevendo as diferentes situações possíveis de excesso, bem como as consequências que elas podem produzir no plano da redução. Segundo as palavras do seu autor, o esquema pode também ser utilizado, com as devidas adaptações, nos casos menos comuns de majoração da pena irrisória⁴³⁹:

<i>Montante da cláusula (Montant de la clause)</i>	<i>A. Estão reunidas as condições de intervenção do juiz? (Les conditions d'intervention du juge sont-elles réunies?)</i>	<i>B. É oportuno reduzir a cláusula? (Est-il opportun de réduire la clause?)</i>	<i>C. Em que medida o juiz reduzirá a cláusula? (Dans quelle mesure le juge va-t-il réduire la clause?)</i>
<i>Excesso não manifesto (Excès non manifeste)</i>	<i>1.1. Não (Non)</i>	<i>1.2.</i>	<i>1.3.</i>
<i>Excesso manifesto (Excès manifeste)</i>	<i>2.1. Sim (Oui)</i>	<i>2.2.1. Não, vistas as circunstâncias da espécie (ex. má-fé flagrante, culpa grave do devedor) (Non, vu les circonstances de l'espèce (ex. mauvaise foi patente, faute lourde du débiteur))</i>	<i>2.3.1.</i>
		<i>2.2.2. Sim, Vistas as circunstâncias da espécie (Oui, vu les circonstances de l'espèce)</i>	<i>2.3.2.1. Acima do patamar do excesso manifesto, Vistas as circunstâncias da espécie (ex. má-fé flagrante, culpa grave do devedor) (Au-delà du seuil d'excès manifeste, vu les circonstances de l'espèce (ex. mauvaise foi patente, faute lourde du débiteur).)</i>

⁴³⁷ NEGRI, Alba. La Legge Francese sulla Clausola Penale. *Op. cit.*, p. 442.

⁴³⁸ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*. v. 32, n. 1, jan-mars, 1980, p. 35.

⁴³⁹ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 35, n. 94.

			<p>2.3.2.2. <i>Acima do patamar do excesso manifesto</i>, p. ex. vista a ausência de circunstâncias especiais (<i>Au seuil d'excès manifeste</i>, p. ex. vu l'absence de circonstances spéciales)</p>
			<p>2.3.2.3. <i>Abaixo do patamar do excesso manifesto, mas além do montante do dano efetivo</i>, Vistas as circunstâncias da espécie (ex. devedor de boa-fé e desafortunado ou credor de má-fé) (<i>En-deçà du seuil d'excès manifeste, mais au-delà du montant du dommage réel</i>, vu les circonstances de l'espèce (ex. débiteur de bonne foi et malchanceux, ou créancier de mauvaise foi).)</p>

Com o advento da Lei n. 85-1097 de 11 de outubro de 1985, os artigos 1152 e 1231 do Código Napoleão foram novamente alterados. Foi introduzida a possibilidade de alteração *ex officio* do montante da pena. A redação atual dos referidos dispositivos é a seguinte:

Artigo 1152. Quando a convenção disponha que aquele que a descumprir pagará certa soma a título de perdas e danos, não pode ser atribuída à outra parte uma soma maior, nem menor.
Todavia, o juiz pode, mesmo de ofício, moderar ou aumentar a pena convencionada, se ela for manifestamente excessiva ou irrisória. Toda estipulação contrária será reputada não escrita.⁴⁴⁰

Art. 1231. Quando o compromisso tiver sido cumprido em parte, a pena convencionada pode, mesmo de ofício, ser reduzida pelo juiz na proporção do interesse que o cumprimento parcial proporcionou ao credor, sem prejuízo da aplicação do artigo 1152. Toda estipulação contrária será reputada não escrita.⁴⁴¹

No concernente à aplicação da norma que atribuiu ao juiz o poder de redução da pena manifestamente excessiva (Lei 75-597 de 9 de julho de 1975), Denis Mazeaud, em artigo

⁴⁴⁰ Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

⁴⁴¹ Article 1231. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

publicado em 2008⁴⁴², elogia a atuação judicial. Aponta o doutrinador, em síntese, que trinta anos após a entrada em vigor da referida lei, é forçoso admitir que a existência de um poder de revisão judicial não causa necessariamente instabilidade contratual e tampouco implica a ruína das colunas do templo contratual. Ressalta, ainda, que após todos estes anos de exercício de tal poder, os juízes não neutralizaram as cláusulas penais, que continuam a florescer em muitos contratos, nem enfraqueceram a sua força obrigatória, já que a liberdade contratual que se cristaliza nesta cláusula é alterada pelo juiz apenas excepcionalmente, e tampouco fragiliza a força obrigatória dos contratos em geral, já que a Corte de Cassação francesa jamais sucumbiu à tentação de estender o poder de moderação resultante do artigo 1152, n. 2, do *Code Civil*, a outras cláusulas, apesar da insistente pressão de alguns autores defensores ferrenhos da justiça contratual.

2.3.2 O ‘*Bürgerliches Gesetzbuch*’

A disciplina concernente à cláusula penal (*Vertragsstrafe*) no BGB encontra-se nos §§ 339-345, com o seguinte teor⁴⁴³:

§ 339 Exigibilidade da pena contratual⁴⁴⁴

Se o devedor promete ao credor o pagamento de uma soma de dinheiro a título de pena para o caso em que não cumpra ou não cumpra no modo devido a própria obrigação, a pena é exigível se ele (o devedor) incorrer em mora. Se a prestação devida consistir em uma omissão, a exigibilidade se verificará com o cumprimento da ação.

§ 340 Promessa de pena por inadimplemento⁴⁴⁵

⁴⁴² MAZEAUD, Denis. La révision du contrat: rapport français. In: *Le contrat. Journées brésiliennes/Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Paris: Société de Législation Comparée, 2008, p. 559: “Or, près de trente ans après l’entrée en vigueur de cette loi, les oiseaux de mauvaise augure en sont pour leurs frais et doivent admettre que l’existence d’un pouvoir de révision judiciaire ne rime pas fatalement avec l’instabilité contractuelle et n’emporte pas nécessairement la chute des colonnes du temple contractuel. En clair, après trente ans d’exercice de leur pouvoir, les juges n’ont, ni neutralisé les clauses pénales, qui continuent à fleurir dans bon nombre de contrats, ni affaibli leur force obligatoire, puisque la liberté contractuelle qui se cristallise dans cette clause n’est qu’exceptionnellement altérée par le juge, ni d’ailleurs fragilisé la force obligatoire du contrat en général puisque la Cour de cassation n’a jamais succombé à la tentation d’étendre le pouvoir modérateur, issu de l’article 1152, alinéa 2, du Code civil, à d’autres clauses que la seule clause pénale, en dépit de l’insistante pression de quelques auteurs épris de justice contractuelle.” Disponível em: <<http://www.henricapitant.org/sites/default/files/3.%20R%C3%A9vision%20du%20contrat%20Rapport%20fran%C3%A7ais%20D.%20Mazeaud.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

⁴⁴³ A tradução dos artigos do BGB foi realizada a partir da tradução italiana de PATTI, Salvatore (traduzione e presentazione). *Codice Civile Tedesco*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 203-207.

⁴⁴⁴ § 339 *Verwirkung der Vertragsstrafe*

Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

⁴⁴⁵ § 340 *Strafversprechen für Nichterfüllung*

(1) Se o devedor prometeu a pena para o caso de não cumprir a própria obrigação, o credor pode pretender a pena no lugar do adimplemento. Se o credor exigir do devedor a pena, fica excluída a pretensão ao adimplemento.

(2) Se ao credor competir uma pretensão ao ressarcimento do dano por inadimplemento, ele poderá pretender a pena como importância mínima do dano. Não é excluído o direito de pretender o dano ulterior.

§ 341 Promessa de pena por adimplemento inexato⁴⁴⁶

(1) Se o devedor prometeu a pena para o caso em que não cumpra a própria prestação no modo devido, especialmente para o caso em que não cumpra na data estabelecida, o credor poderá pretender, além do adimplemento, a pena.

(2) Se ao credor competir uma pretensão ao ressarcimento do dano por adimplemento inexato, aplicam-se as disposições do § 340, n. 2.

(3) Se o credor aceitar o adimplemento, ele somente poderá pretender a pena se por ocasião da aceitação se reservar tal direito.

§ 342 Pena não consistente em soma pecuniária⁴⁴⁷

Se a título de pena é prometida uma prestação diversa do pagamento de uma soma em dinheiro, aplicam-se as disposições dos §§ 339 a 341; a pretensão ao ressarcimento do dano é excluída se o credor exige a pena.

§ 343 Redução da pena⁴⁴⁸

(1) Se a pena for desproporcionadamente excessiva, ela poderá ser reduzida, mediante requerimento do devedor, com sentença, a uma importância adequada. No juízo de adequação deverá ser levado em consideração todo legítimo interesse do credor, não apenas o interesse patrimonial. Após o pagamento da pena a sua redução é excluída.

(2) O mesmo também vale para além dos casos dos §§ 339, 342, se alguém promete uma pena para o caso em que cumpra ou omita-se de cumprir uma ação.

(1) Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

(2) Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

⁴⁴⁶ § 341 Strafversprechen für nicht gehörige Erfüllung

(1) Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

(2) Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so findet die Vorschrift des § 340 Abs. 2 Anwendung.

(3) Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

⁴⁴⁷ § 342 Andere als Geldstrafe

Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

⁴⁴⁸ § 343 Herabsetzung der Strafe

(1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

(2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

§ 344 Promessa ineficaz da pena⁴⁴⁹

Se a lei declara ineficaz a promessa de uma prestação, é igualmente ineficaz o acordo sobre a pena para o caso de inadimplemento da promessa, mesmo se as partes conheciam a ineficácia da promessa.

§ 345 Ônus da prova⁴⁵⁰

Se o devedor contestar a exigibilidade da pena por ter cumprido a própria obrigação, ele deverá provar o adimplemento, a menos que a prestação devida não consista em uma omissão.

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, percebe-se que o legislador alemão não definiu a cláusula penal, tendo-se limitado a descrever os seus aspectos funcionais (§ 339). Entretanto, embora tal descrição deixe transparecer reminiscências que a identificam como verdadeira pena, a concepção do legislador — seguindo a tradição do direito comum e do direito romano — emerge de modo evidente nos *Motive*⁴⁵¹ que acompanham o Código: a cláusula penal seria caracterizada por uma dúplici função, de estímulo ao adimplemento e de ressarcimento. Com o inadimplemento, encerrar-se-ia a fase de estímulo, iniciando-se a fase ressarcitória (valendo o montante da pena como mínimo ressarcimento do dano — § 340, n. 2)⁴⁵². Ocorre que a subsistência concomitante das duas funções não se dá no mesmo grau, prevalecendo o caráter de penalidade sobre a ideia de indenização. Peter Benjamin⁴⁵³ aponta que na exposição de motivos do BGB o legislador afirmou a natureza híbrida da cláusula penal, reconhecendo-a, primeiramente, como meio de constrangimento do devedor, e, em seguida, como fixação antecipada das perdas e danos devidos em caso de inexecução.

⁴⁴⁹ § 344 Unwirksames Strafversprechen

Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

⁴⁵⁰ § 345 Beweislast

Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

⁴⁵¹ Especialmente o *Motive* II, 275. Conforme ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 85, n. 208.

⁴⁵² ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 85. Assim também PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 311: “Quer dizer, apesar de se atribuir à cláusula penal uma dupla função, decorre dos *Motive* que haverá que considerar, para o efeito, duas fases ou momentos diferentes: a pena começa por ter uma finalidade compulsória, e só após (*sodann*) a frustração deste escopo, perante a violação do contrato, se considerará a função indemnizatória.”

⁴⁵³ BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 617; THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 49. Veja-se a tradução de PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 311: “Com efeito, pode ler-se nos *Motive*: “O Projecto parte da concepção dominante no direito comum e (no direito) moderno sobre o sentido da pena convencional, nos termos da qual ela tem a *doppelte Funktion* de servir de meio de coerção (*Zwangsmittel*) contra o devedor e, seguidamente («*sodann*»), de facilitar e assegurar ao credor o direito à reparação (*Interessenforderung*)”.”

O § 339 trata da hipótese de a pena ser estipulada em um determinado montante em dinheiro, enquanto o § 342 prevê expressamente a possibilidade de a pena ser convencionalizada com objeto outro que não uma soma em dinheiro, de modo que não pairam dúvidas sobre a configuração de penas não pecuniárias⁴⁵⁴.

São claramente distintas as penas por inadimplemento e por adimplemento inexato, cuja hipótese mais significativa (mas não a única) é representada pelo atraso no cumprimento da obrigação⁴⁵⁵. Sobressai que o BGB adota uma perspectiva mais ampla do que muitos outros códigos modernos. A maioria deles se limita a disciplinar a hipótese de atraso no adimplemento⁴⁵⁶. No Código alemão, a distinção diz respeito à pretensão de exigibilidade da obrigação principal. No caso da penal por inadimplemento, há uma relação de exclusão entre a prestação principal e a pena, sendo, portanto, vedada a respectiva cumulação (§ 340, n. 1). Na hipótese de adimplemento inexato ou defeituoso, há perfeita compatibilidade entre a exigibilidade da penal e da obrigação principal cumulativamente (§ 341, n. 1). Sobre a relação entre a pena e a indenização por danos, o BGB autoriza o ressarcimento dos danos excedentes (os quais deverão ser provados) tanto no caso de inadimplemento total (§ 340, n. 2), quanto no caso de adimplemento inexato (§ 341, n. 2), quando, então, o montante fixado a título de pena será considerado como valor mínimo de ressarcimento do dano. Neste aspecto, percebe-se um distanciamento entre a disciplina do BGB e o regime do Código Civil italiano, cujo art. 1382 condiciona a postulação do dano ulterior à existência de pacto expresso das partes prevendo esta faculdade. No BGB, apenas na hipótese de o objeto da penal não ser uma prestação pecuniária é que se exclui a possibilidade de ressarcimento por dano excedente (§ 342).

Importante referir, a doutrina majoritária na Alemanha, no tocante à relação de alternatividade entre a exigibilidade da prestação principal ou da pena, sustenta que a norma contida no § 340, n. 2, é de natureza dispositiva, permitindo às partes convencionar a concorrência da pena estipulada e do ressarcimento do dano⁴⁵⁷. A propósito desta peculiaridade, observa Peter Benjamin⁴⁵⁸:

⁴⁵⁴ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di Diritto Privato Europeo*. v. 2 Milano: Giuffrè, 2007, p. 561.

⁴⁵⁵ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di Diritto Privato Europeo*. *Op. cit.*, p. 561.

⁴⁵⁶ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 85.

⁴⁵⁷ Quanto à doutrina dominante, ver por todos LARENZ, *Schuldrecht*, p. 380; relativamente à posição minoritária ver LINDACHER, *Phänomenologie des 'Vertragsstrafe'*, p. 188. *Apud* ZOPPINI, Andrea. *La pena*

Não obstante esta disposição é possível, na prática, pretender tanto o cumprimento da obrigação contratual quanto o pagamento da pena, uma vez que os tribunais têm sustentado que as disposições do artigo 340 podem ser excluídas por acordo, e eles têm estado dispostos a interpretar o acordo em que a pena tem por finalidade compelir ao cumprimento de uma obrigação em oposição à abstenção de praticar algum ato.

O § 343 do BGB prevê a possibilidade de redução judicial da pena manifestamente excessiva, desde que requerida pelo devedor, à diferença do que dispõe o *Code Civil* — arts. 1152 e 1231, após a reforma de 1985, que acrescentou a expressão *même d'office* em ambos os dispositivos — e da orientação pacificada na jurisprudência italiana — ocorrida com a prolação da *Sentenza* 18128/2005 das *Sezioni Unite Civili* da *Corte Suprema di Cassazione*). Zimmermann⁴⁵⁹ noticia que na Alemanha esta faculdade atribuída ao magistrado foi reconhecida como *highly exceptional*, e só foi aceita, após muita hesitação, no esboço final do BGB. Segundo Roberto Calvo esta inovação deveu-se às críticas tecidas por Otto von Gierke ao projeto original⁴⁶⁰. Observa Zimmermann que o poder judicial de modificação do montante da pena conflita com a doutrina pandectística, defensora fiel do liberal princípio romano da literal coercibilidade das penas convencionais. A justificativa para ter prevalecido, ao final, a possibilidade de controle judicial das cláusulas penais consiste na ascendência da função de penalidade sobre a função de indenização, bem como na vontade do legislador de garantir um mecanismo destinado a evitar que o credor pudesse aproveitar-se da inexperiência ou do descuido de seu devedor utilizando-se de um meio de pressão excessivo⁴⁶¹. Comenta Calvo⁴⁶² que nada disto obstou a que a literatura jurídica alemã rotulasse o § 343 do BGB de *corpo estranho ao sistema privado*.

contrattuale. *Op. cit.*, p. 86; BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 618.

⁴⁵⁸ BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 618: “Notwithstanding this provision it is possible in practice to sue both for performance of the contractual obligation and for payment of the penalty, for the courts have held that the provisions of article 340 can be excluded by agreement, and they have been particularly ready to infer such an agreement where the penalty is designed to compel performance of an obligation as opposed to refraining from doing some act.”

⁴⁵⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. *Op. cit.*, p. 108.

⁴⁶⁰ CALVO, Roberto. Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno 56, n. 1, marzo 2002, p. 299, n. 8, citando RIEBLE, sub § 343, in VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, *Recht der Schuldverhältnisse* (§§ 328-361), Berlin, 1995, p. 351.

⁴⁶¹ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 49: “L’ascendant que reçoit l’aspect «penalité» sur l’idée «indemnitaire» et la volonté du législateur allemand d’empêcher le créancier de profiter, grâce à un moyen excessif de pression, de l’inexpérience ou de l’étourderie de son débiteur justifient le contrôle judiciaire des clauses pénales.”

⁴⁶² CALVO, Roberto. Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale. *Op. cit.*, p. 299.

Ainda no que se refere à modificação judicial do montante da pena, vislumbra-se que o BGB não prevê, ao contrário do *Code* (art. 1152, na redação pós-reforma de julho de 1975), a possibilidade de aumento da penal irrisória. No entanto, uma disposição específica para tal finalidade é desnecessária na codificação alemã e coerente com o seu próprio sistema, já que é autorizada a pretensão de ressarcimento pelos danos excedentes, independentemente de convenção expressa das partes⁴⁶³.

Ademais, segundo Castronovo e Mazzamuto⁴⁶⁴, para que a pena seja suscetível à redução judicial não basta que ela seja iníqua; é imprescindível que haja manifesta desproporção entre a penalidade e o inadimplemento. Ao reduzir a pena a um montante adequado, o juiz deve considerar não apenas o puro interesse patrimonial do credor, mas também qualquer outro interesse justificado dele. Esta circunstância permite antever a funcionalidade da cláusula penal tanto para fins de ressarcimento do credor (inclusive quanto ao dano que exceder o montante da pena), quanto para fins compulsórios à exata observância do comportamento devido por parte do devedor, que se exprimem necessariamente pelo caráter aflitivo da pena convencionada. Thilmany⁴⁶⁵ aduz não ser necessário haver correspondência entre o montante da pena — fixado pelas partes ou reduzido judicialmente — e o prejuízo patrimonial, efetivo ou possível, suportado pelo credor, justamente porque a função indenizatória da cláusula penal no BGB é relegada a segundo plano.

Consoante Thilmany, para valorar o montante razoável ao qual convém reduzir a pena desmedidamente elevada, o magistrado deve levar em conta todos os interesses legítimos do credor (e não apenas o interesse patrimonial), nos termos do § 343. Contudo, é essencial, também, como explicitou Beuthien⁴⁶⁶, que seja considerado pelo juiz o fato de a cláusula penal constituir um meio para garantir a execução do contrato. Nesta ordem de ideias, prossegue Thilmany⁴⁶⁷, resta evidente que a redução sistemática da penal ao nível do prejuízo real — ou previsível por ocasião da formação do contrato —, equivaleria a esvaziar a sua primordial utilidade cominatória.

⁴⁶³ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di Diritto Privato Europeo*. *Op. cit.*, p. 562.

⁴⁶⁴ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di Diritto Privato Europeo*. *Op. cit.*, p. 562.

⁴⁶⁵ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁶⁶ BEUTHIEN, «Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe». *Festschrift Larenz*, 1973, p. 52. *Apud*

THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁶⁷ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 49.

Zoppini⁴⁶⁸ menciona dois exemplos de critérios utilizados pela jurisprudência alemã para avaliar se a pena deve ou não ser reduzida, com base nos interesses não patrimoniais do credor: a valoração do grau de culpa — o qual, quando leve, pode justificar a diminuição —; e o risco de ulterior inadimplemento, que pode conduzir à manutenção da pena acordada pelos contratantes.

Outra relevante questão muito debatida na Alemanha diz respeito à relação entre a cláusula penal (*Vertragsstrafe*), cuja vocação principal é cominatória, e a cláusula de liquidação antecipada da indenização (*vertragliche Schadensersatzpauschalierung*) devida em caso de inexecução ou execução inexata (insatisfatória ou tardia) da obrigação⁴⁶⁹.

O problema é que o Código Civil alemão não disciplina de modo expresso a admissibilidade de uma estipulação destinada exclusivamente à liquidação *ex ante* do dano, desprovida de toda e qualquer característica sancionatória ou aflagrante. Assim, a configuração da cláusula de liquidação antecipada da indenização suscita dificuldades de duas ordens: a primeira, a de identificar a sua natureza, diferenciando-a da penal, além da intenção manifestada pelas partes; a segunda relaciona-se com a disciplina aplicável, mais precisamente no que concerne à possibilidade de redução judicial do montante fixado antecipadamente pelos contraentes a título de indenização, e como operacionalizá-la⁴⁷⁰.

Quanto ao primeiro aspecto, a jurisprudência orientou-se no sentido de subordinar a eficácia da cláusula de liquidação antecipada da indenização à efetiva existência de um dano passível de ressarcimento⁴⁷¹, ou à verificação da substancial correspondência entre o montante provável do dano e o montante da liquidação antecipada⁴⁷². No tocante à possibilidade de redução judicial, a doutrina e a jurisprudência tendencialmente a rejeitam⁴⁷³: a cláusula de fixação antecipada dos danos não constitui uma pena contratual; ela tem por objetivo simplesmente facilitar a indenização, e, portanto, não lhe são aplicáveis os §§ 339 e seguintes do BGB, salvo se do elevado valor fixado pelas partes resultar, objetivamente, que se trata de

⁴⁶⁸ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 86, n. 212.

⁴⁶⁹ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁷⁰ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁷¹ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di Diritto Privato Europeo*. *Op. cit.*, p. 561; ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 89.

⁴⁷² ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 89.

⁴⁷³ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di Diritto Privato Europeo*. *Op. cit.*, p. 561; ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 89.

uma cláusula penal mascarada. Esta é a posição mais profusa na doutrina e na jurisprudência⁴⁷⁴.

Além disto, embora a função da cláusula de fixação antecipada da indenização seja a de estimar com precisão suficiente o montante das perdas e danos que o credor poderá sofrer em caso de descumprimento da obrigação, pode ocorrer que a previsão efetuada pelos contraentes não seja exata. Neste caso, admite-se a redução judicial, não com observância dos critérios ditados pelo § 343, mas com base no efetivo prejuízo⁴⁷⁵.

Thilmany e Zoppini compartilham a opinião de que a diferenciação entre a cláusula penal e a cláusula de liquidação antecipada da indenização na Alemanha pode aparentemente seduzir; todavia, na prática ela perde grande parte da sua pertinência⁴⁷⁶. Isto porque subjaz em toda a cláusula penal — não obstante a preponderância da função cominatória neste sistema — a função de facilitar a indenização. Além disso, nem sempre se poderá afirmar com absoluta certeza que o excesso verificado entre o montante fixado antecipadamente a título de indenização e o prejuízo — real ou possível — não exprima um caráter penal manifesto. Assim, independentemente do *nomen iuris* que se atribua ao instituto, consideram os nominados juristas que deva ser sempre assegurada a possibilidade de controle judicial da prestação manifestamente excessiva.

Para finalizar este ponto, importante referir que o debate acerca da redução judicial da cláusula penal excessiva não se estende às convenções celebradas por um comerciante no exercício de suas atividades profissionais. O § 348 do HGB⁴⁷⁷ exclui a aplicação do § 343 do BGB à matéria comercial, impedindo qualquer minoração do montante fixado na cláusula⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 50; ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale. Op. cit.*, p. 89.

⁴⁷⁵ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale. Op. cit.*, p. 89; THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁷⁶ THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Op. cit.*, p. 51; ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale. Op. cit.*, p. 91.

⁴⁷⁷ § 348 HGB. A penalty promised by a merchant in the course of his business cannot be reduced on the basis of paragraph 343 of the BGB. KARRER, Pierre. Liquidated Damages and Penalty Clauses — A Comparative Study. *The International Contract — Law & Finance Review*, v. 1, n. 1, 1980, p. 228.

⁴⁷⁸ BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts. *Op. cit.*, p. 618: “Article 343 is however of limited interest where most commercial transactions are involved, due to its application being expressly excluded by the Commercial Code, and for this reason it is not proposed to dwell on the application of Article 343 in practice.” Prossegue o jurista, na mesma página, nota n. 79: “The Commercial Code applies to professional merchants and their professional acts, see Art. I of the HGB. On the exact scope of these provisions see Cohn, in the *Manual of German Law 1950*, I, pp. 212 *et seq.*, and the references there cited. Dr. Cohn in particular draws attention to the fact that certain rules of the HGB, including the exclusion of Art.

Por outro lado, O Código de Comércio não derroga a regra do § 340, n. 2, do BGB, o qual autoriza o credor a buscar o ressarcimento do dano que exceder o valor estabelecido a título de penal⁴⁷⁹.

2.3.3 O ‘Codice Civile italiano del 1942’

A disciplina da cláusula penal no Código Civil italiano de 1942 — inserida no Livro IV (Das Obrigações), Título II (Dos contratos em geral), Capítulo V (Dos efeitos do contrato), Seção II (Da cláusula penal e das arras)⁴⁸⁰ — é concisa, constando apenas de três artigos (1382 a 1384)⁴⁸¹:

Art. 1382 Efeitos da cláusula penal

A cláusula com a qual se convencionou que em caso de inadimplemento ou de retardo no adimplemento (1218), um dos contraentes obriga-se a uma determinada prestação, tem o efeito de limitar o ressarcimento à prestação prometida, se não foi convencionado o ressarcimento do dano ulterior (1223).

A penal é devida independentemente da prova do dano.

Art. 1383 Vedação de cumulação

O credor não pode demandar conjuntamente a prestação principal e a penal, se esta não foi estipulada para o simples retardo.

Art. 1384 Redução da penal

A penal pode ser reduzida equitativamente pelo juiz, se a obrigação principal foi cumprida em parte ou se o montante da penal for manifestamente excessivo, tendo-se sempre em consideração o interesse do credor ao adimplemento (1174, 1181, 1256, 1526-2).

343 of the BGB, apply only to that person on whose side a contract is a commercial one. Thus, where the debtor is a merchant within the meaning of the HGB, its provisions will apply, but not where he is not a merchant.”

⁴⁷⁹ ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. *Op. cit.*, p. 86; THILMANY, Jean. *Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé*. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁸⁰ Libro IV - Delle Obligazioni, Titolo II - Dei Contratti in Generale, Capo V - Degli Effetti del Contratto, Sezione II - Della Clausola Penale e della Caparra.

⁴⁸¹ Art. 1382 Effetti della clausola penale

La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento (1218), uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (1223).

La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

Art. 1383 Divieto di cumulo

Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo.

Art. 1384 Riduzione della penale

La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento (1174, 1181, 1256, 1526-2).

Percebe-se claramente a opção do legislador italiano em não definir a cláusula penal, preferindo desde logo determinar os seus efeitos: limitar o ressarcimento à prestação da pena prometida; e ser devida a pena independentemente da existência de dano.

Quanto ao primeiro efeito, a regra é, portanto, que o credor não pode exigir o ressarcimento do dano excedente ao valor da pena, salvo se as partes houverem convencionado em sentido contrário.

Logo, se as partes não acordaram o ressarcimento do dano ulterior, o credor não pode pretender o ressarcimento ao invés da penal, pois neste caso a cláusula opera no interesse do devedor como limite ao ressarcimento⁴⁸².

Bianca⁴⁸³ perfilia-se a este entendimento de que o efeito limitativo da pretensão ressarcitória responde ao interesse do devedor acerca da certeza do montante de ressarcimento do dano. Porém, de tal orientação discorda em parte, enfatizando que este interesse do devedor é secundário relativamente ao interesse primário que a cláusula penal destina-se a tutelar: o interesse do credor à preventiva definição do seu direito de ressarcimento.

A estipulação da pena convencional com o objetivo principal de limitar a responsabilidade do devedor faria da cláusula penal um negócio indireto⁴⁸⁴ utilizado para um fim anômalo, que tenderia a reduzir efetivamente o montante do ressarcimento em relação à previsível extensão do dano⁴⁸⁵.

Assim, entende Bianca⁴⁸⁶ que a limitação do dano passível de ressarcimento na medida da cláusula penal não se aplica em favor do devedor responsável por dolo ou culpa grave — propósito deliberado ou comportamento desconforme à diligência mínima que é própria de qualquer homem normal⁴⁸⁷. A interpretação da norma sobre a cláusula penal deve ser rigorosamente conduzida no sistemático respeito dos princípios inderrogáveis do ordenamento, especialmente ao princípio que veda a exoneração preventiva de

⁴⁸² SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. t. 2, 3. ed. Torino: UTET, 2004, p. 164.

⁴⁸³ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*. v. 5 Milano: Giuffrè, 1994 (ristampa), p. 235.

⁴⁸⁴ Por negócio indireto entende-se o negócio destinado à obtenção de um fim diverso daquele que a sua causa típica tem em vista, por exemplo, o mandato irrevogável para venda com a finalidade de atribuição do bem ao mandatário. BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*. v. 3, 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 485.

⁴⁸⁵ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*. v. 5. *Op. cit.*, p. 235.

⁴⁸⁶ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*. v. 5, *Op. cit.*, p. 235.

⁴⁸⁷ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*. *Op. cit.*, p. 90.

responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave, constante no art. 1229⁴⁸⁸ do Código Civil:

Art. 1229. Cláusulas de exoneração de responsabilidade

É nulo qualquer pacto que exclui ou limita preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave.

É também nulo qualquer pacto preventivo de exoneração ou de limitação de responsabilidade nos casos em que o fato do devedor ou de seus auxiliares constitua violação de obrigações derivadas de normas de ordem pública.

A cláusula penal, portanto, liquida e limita preventivamente o dano, mas não constitui instrumento para isentar o devedor das consequências da sua responsabilidade: o devedor sempre será integralmente responsável pelo ressarcimento do dano que causar por dolo ou culpa grave. Além disso, não se admite nenhuma limitação preventiva de dano causado por violação de obrigações derivadas de normas de ordem pública, como, por exemplo, aquelas concernentes aos direitos da personalidade. Nestes casos, a cláusula penal não é preclusiva do ressarcimento do dano ulterior⁴⁸⁹.

Giorgio De Nova⁴⁹⁰ diverge desta opinião e argumenta: se não há convenção prevendo a possibilidade de ressarcimento pelo dano excedente, o credor não pode requerer o ressarcimento ao invés da penal, já que a cláusula opera no interesse do devedor como limite ao ressarcimento. Há que se ter presente, porém, que o limite ao ressarcimento depende da respectiva invocação pelo devedor em juízo, não sendo passível de aplicação *ex officio* pelo magistrado. Segundo De Nova, a circunstância de a cláusula penal, na ausência de acordo para o ressarcimento do dano ulterior, ter por efeito a limitação do ressarcimento, não deve induzir a confundí-la com a cláusula de limitação da responsabilidade disciplinada no art. 1229 do Código Civil. Cláusula penal e cláusula de limitação da responsabilidade são cláusulas diversas. A cláusula penal prevê um *forfait* (montante fixo), devido independentemente da prova do dano; a cláusula de limitação da responsabilidade estabelece um *plafond* (teto), de modo que o ressarcimento é devido na medida da prova do dano, até o teto convencionado, excluindo-se o dano excedente, ainda que comprovado. Todavia, adverte

⁴⁸⁸ Art. 1229. Clausole di Esonero da Responsabilità

È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

⁴⁸⁹ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*. v. 5, *Op.cit.*, p. 235 e 236.

⁴⁹⁰ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. *Op. cit.*, p. 164.

o jurista⁴⁹¹ que a vedação de que trata o art. 1229 não é irrelevante para a cláusula penal sem ressarcimento do dano ulterior. Uma cláusula penal sem ressarcimento do dano excedente não é necessariamente uma cláusula limitativa de responsabilidade. Se a pré-determinação do dano ressarcível é congruente com os danos prováveis, não há limitação de responsabilidade. Neste caso, havendo cláusula penal sem previsão de ressarcimento pelo dano ulterior, o credor não poderá pretender o ressarcimento integral, nem mesmo se imputável ao devedor por dolo ou culpa grave. Ao contrário, se a pré-determinação do dano ressarcível é incongruente com os danos prováveis, porque o montante da cláusula penal é irrisório, ela será nula por fraude à norma imperativa do art. 1229, e, então, o credor poderá requerer o ressarcimento integral do dano onde o inadimplemento seja imputável ao devedor por dolo ou culpa grave. Explica De Nova⁴⁹² que a tese oposta sustentada por Bianca, com base na qual não obstante a previsão de uma cláusula penal, o credor sempre seria autorizado a demandar o ressarcimento integral em razão de dolo ou culpa grave, conduziria à reconstrução do sistema da seguinte forma: (a) o credor poderia requerer o ressarcimento do dano excedente imputável ao devedor por culpa simples somente mediante acordo de ressarcimento do dano ulterior; (b) o credor poderia pretender o ressarcimento do dano excedente imputável ao devedor por dolo ou culpa grave ainda que não houvesse ajuste prevendo o ressarcimento do dano ulterior. Em outras palavras, conclui De Nova⁴⁹³, a cláusula penal (sem acordo de ressarcimento do dano ulterior) limita o ressarcimento apenas se o dano é imputável ao devedor por culpa simples, solução esta não prevista no art. 1382 do Código Civil.

Em que pese os bem lançados argumentos de De Nova, não nos convence a conclusão apresentada de que a tese oposta, propugnada por Bianca, conduziria a uma solução não prevista no art. 1382. Cremos que a orientação de Bianca mostra-se mais adequada à resolução do problema, eis que baseada na interpretação sistemática do art. 1382 à luz dos princípios do ordenamento italiano.

No que se refere ao segundo efeito da cláusula penal estatuído no art. 1382, a respectiva interpretação é mais tranquila: o credor pode obter a pena sem ter que provar a existência de dano e o devedor não pode liberar-se da obrigação de prestar a pena mesmo

⁴⁹¹ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto. Op. cit.*, p. 164-165.

⁴⁹² SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto. Op. cit.*, p. 165.

⁴⁹³ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto. Op. cit.*, p. 165.

provando inexistir qualquer dano⁴⁹⁴. Quando dizemos ser mais tranquila a interpretação da sobredita norma, referimo-nos ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial consolidado, pois já houve época em que alguns doutrinadores italianos, nomeadamente Ghiron e Butera⁴⁹⁵, mesmo considerando a cláusula penal como meio de liquidação convencional e preventiva do dano sustentavam que tal liquidação não deveria ser considerada definitiva, pois a função preminente da cláusula, referida no art. 1382, n. 2, só poderia ser vista como “simplificação probatória”. Daí que esta disposição legal deveria ser interpretada como mera inversão do ônus da prova do dano. Ou seja, o credor poderia exigir a penal sem provar o dano, mas ela não seria devida se o devedor provasse não ter havido dano. Sendo assim, a cláusula penal seria considerada substancialmente como um pacto, tipicamente previsto, relativo ao ônus da prova, mais especificamente um regulamento de prova do dano diferente do normal, já que favorável ao credor. Aduz Andrea Magazzù⁴⁹⁶ que conforme esta discutível tese, seria forçoso admitir, por coerência, que a penal pudesse ser reduzida, uma vez provado pelo devedor que o dano efetivamente sofrido pelo credor fosse de valor menor do que aquele liquidado na cláusula penal, circunstância esta conflitante com o taxativo teor do art. 1384 do Código Civil. Esta tese, todavia, não se propagou, tendo permanecido isolada⁴⁹⁷.

Outra questão extremamente importante, que suscitou acirrados debates na doutrina italiana, diz respeito ao art. 1384 do Código Civil, o qual prevê a possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a penal manifestamente excessiva.

Desde a entrada em vigor do Código⁴⁹⁸, prevaleceu o entendimento jurisprudencial no sentido de que a possibilidade de redução da pena manifestamente excessiva dependia do respectivo requerimento do devedor em juízo. Esta orientação tinha por fundamento, entre outros, que o art. 1384 não contemplava exceções, razão pela qual o juiz somente poderia pronunciar-se nos limites dos pedidos das partes. A propósito, vale a pena trazer à baila os

⁴⁹⁴ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto. Op. cit.*, p. 165.

⁴⁹⁵ GHIRON. Della clausola penale e della caparra. In: *Obbligazioni*, (a cura di) D'AMELIO; FINZI. v. 1, Firenze, 1948, p. 537 e ss; BUTERA. *Codice civile italiano. Obbligazioni*. v. 1, Torino, 1943, p. 353. *Apud* MAGAZZÙ, Andrea. *Enciclopedia del Diritto*. Voce Clausola Penale. v. 7 Milano: Giuffrè, 1960, p. 187; e SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto. Op. cit.*, p. 157, n. 3.

⁴⁹⁶ MAGAZZÙ, Andrea. *Enciclopedia del Diritto. Op. cit.*, p. 187.

⁴⁹⁷ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto. Op. cit.*, p. 157, n. 3.

⁴⁹⁸ O Código Civil italiano foi promulgado em 16 de março de 1942 e entrou em vigor em 21 de abril do mesmo ano.

comentários de Enrico Moscati à *Sentenza* n. 2479/1980 da Corte Suprema de Cassação italiana, a qual resultou na seguinte máxima⁴⁹⁹:

O poder do juiz de reduzir a pena manifestamente excessiva se funda na necessidade de corrigir o poder da autonomia privada, que, exercido além dos limites reconhecidos como dignos de tutela do ordenamento jurídico, se resolve em um abuso contrário aos princípios de liberdade e de igualdade entre os contraentes.

Conforme Moscati⁵⁰⁰, o julgado, ao afirmar o princípio do poder do juiz de reduzir a pena manifestamente excessiva e estabelecer uma correlação entre a redução da pena e os limites da autonomia privada se reveste de especial importância para fins de reconstrução do instituto da cláusula penal. Com efeito, a referência na decisão ao cânone da tutela do interesse (art. 1322 do Código Civil⁵⁰¹) quando apartado da tutela da igualdade entre os contraentes — uma das frequentes justificativas para fundamentar o poder de redução judicial — configura um elemento novo, que oferece o ponto de partida para algumas considerações sobre a natureza jurídica e a função da cláusula penal no sistema dos contratos. Ressalta o jurista⁵⁰² serem conhecidas as dificuldades encontradas pelos intérpretes na reconstrução do instituto. Contestada por grande parte da doutrina a função sancionatória da cláusula penal — a qual seria meramente eventual e complementar —, é difusa a opinião de que se trata de um pacto não autônomo, já que é acessório a um contrato, do qual surgem obrigações ao menos para uma das partes. Seguindo um raciocínio similar, há quem identifique a função da cláusula penal com a liquidação preventiva e *a forfait* do dano. Ambas as concepções acenadas conduzem ao redimensionamento do papel da cláusula penal. Se a função típica é somente a de liquidação convencional do dano, permanece na sombra o outro aspecto, não menos relevante, de coerção ao adimplemento. Em qualquer caso, resolvendo-se em uma modalidade de ressarcimento, resta excluída a possibilidade de uma função autônoma da cláusula penal⁵⁰³. É indubitável que esta ótica reducionista é fruto de uma prevenção à

⁴⁹⁹ “Il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva si fonda sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata, che, esercitato al di fuori dei limiti riconosciuti meritevoli di tutela dall’ordinamento giuridico, si risolve in un abuso contrario ai principi di libertà e di uguaglianza tra i contraenti.” MOSCATI, Enrico. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*. *Giurisprudenza Italiana*, serie 7, v. 134, Torino: UTET, 1982, p. 1784.

⁵⁰⁰ MOSCATI, Enrico. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*. *Op. cit.*, p. 1783-1784.

⁵⁰¹ Art. 1322. *Autonomia contrattuale*.

Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.

⁵⁰² MOSCATI, Enrico. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*. *Op. cit.*, p. 1784.

⁵⁰³ MOSCATI, Enrico. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*. *Op. cit.*, p. 1785.

finalidade sancionatória da cláusula penal, que emerge com clareza do próprio *nomen iuris* do instituto. É famosa a desconfiança *epidérmica* da doutrina italiana e estrangeira no atinente ao instrumento da pena privada, da qual a cláusula penal seria a manifestação mais significativa. Neste sentido, já foi sustentado que, uma vez absorvido pelo ressarcimento do dano o espaço que no passado era exclusivo da pena privada, a cláusula penal com função tipicamente sancionatória constituiria um *corpo estranho*⁵⁰⁴ ao sistema de direito privado. Além disso, reconhecer ao contraente privado o poder de cominar sanções à contraparte significaria recolocar em discussão as esferas do direito civil e do direito penal, já claramente delimitadas nos ordenamentos modernos. Sem, no entanto, entrar no mérito da problemática da pena privada, aduz Moscati, não se pode negar que a cláusula penal, justamente pela sua estrutura bilateral é capaz de cumprir egregiamente uma função sancionatória nas relações interpretativas. O princípio da igualdade recíproca⁵⁰⁵, representativo de uma das diretivas do sistema de direito privado também à luz da Constituição (art. 3⁵⁰⁶), poderia não ser tão bem assegurado no caso de um ato unilateral (por exemplo, disposições testamentárias a título de pena) ou de expressão de posições autoritaristas (v.g. as sanções disciplinares aplicadas pelo empresário nas relações de trabalho e as penas das associações aos associados). As incertezas sobre o fundamento do poder sancionatório do empresário ou do grupo acabaram por envolver a própria cláusula penal, de modo que mesmo aqueles que não desprezam a função coercitiva do adimplemento, apressam-se a especificar que o pagamento da pena tem uma coloração neutra, resolvendo-se no ressarcimento do dano consequente ao inadimplemento. Neste estado das coisas, esclarece Moscati⁵⁰⁷, a decisão examinada projeta nova luz sobre a natureza jurídica e a função da cláusula penal. A referência à tutela do interesse (art. 1322 do Código Civil) significa que o poder de redução judicial não é absolutamente um desfavor legislativo contra a função sancionatória da cláusula penal, tratando-se, isto sim, de uma manifestação do controle normal que o ordenamento estatal reservou-se sobre todos os atos de autonomia privada: assim, por exemplo, um juízo de congruência está na base da anulação da deliberação de expulsão de um associado ou da declaração de ilegitimidade de uma sanção disciplinar. Em

⁵⁰⁴ Segundo MOSCATI, Enrico. Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata. *Op. cit.*, p. 1785, a expressão *corpo estranho*, por ele utilizada, seria a tradução de *Fremdkörper*, empregada por FLUME em *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, p. 390.

⁵⁰⁵ MOSCATI, Enrico. Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata. *Op. cit.*, p. 1786.

⁵⁰⁶ Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

⁵⁰⁷ MOSCATI, Enrico. Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata. *Op. cit.*, p. 1786.

outros termos, o poder do juiz não é incompatível com a natureza penal da cláusula. É inegável que, presente a normativa dos arts. 1382 a 1384 do Código Civil, a cláusula penal seja concebida como *tipo legal*. Consequentemente, a sua função penal é *in re ipsa*, ao menos em matéria contratual. O problema, no entanto, é outro: o de identificar o limite além do qual um ato de autonomia privada, voltado a cominar sanções à contraparte, deixa de ser digno de tutela. O parâmetro de valoração consta no próprio art. 1384, o qual refere expressamente *o interesse do credor ao adimplemento*. Explica-se, então, porque a pena pode ser reduzida pelo juiz quando tenha havido adimplemento parcial ou quando o seu montante seja manifestamente excessivo. Em ambos os casos, a função encontra limite no interesse superior do ordenamento em que a sanção, por si e em si legítima, não se transforme em meio de opressão da contraparte. Especialmente quando a pena exorbita do interesse do credor ao adimplemento, a função sancionatória ultrapassa os limites potencialmente não dignos de tutela. Potencialmente, mas não concretamente: sobressai claramente da formulação do art. 1384 que a pena, ainda que evidentemente desproporcional, pode permanecer inalterada, pois o juiz tem somente a faculdade, e não o dever, de reduzir o seu montante. Observa Moscati⁵⁰⁸ que os argumentos por ele esgrimidos encontram-se pontualmente confirmados na tendência jurisprudencial de considerar o art. 1384 do Código Civil norma inderrogável, excluindo, ao mesmo tempo, que o juiz possa proceder à redução da pena de ofício. Estes dois enunciados se completam reciprocamente. A natureza de norma inderrogável se justifica em função do controle que o ordenamento se reserva sobre a medida da pena (do que resulta irrelevante a renúncia preventiva do devedor de utilizar-se do art. 1384, já que isto impediria a possibilidade de controle sobre a licitude de tutela do interesse do credor). Quanto à impossibilidade de redução judicial de ofício, trata-se da comprovação que a pena exorbitante não torna nula a cláusula, tendo em vista que o ordenamento se reserva o poder de valorar, caso a caso, a sua compatibilidade com os próprios fins, tanto é que o juiz *pode* e não *deve*, mesmo perante requerimento expresso do devedor, proceder à redução do montante pactuado. Conclui o jurista⁵⁰⁹ com a advertência de que a redução da pena deve ser procedida equitativamente, o que exclui qualquer correlação rígida com a extensão do dano efetivamente sofrido pelo credor, sendo esta a demonstração mais eloquente da autonomia da função penal em relação à função de ressarcimento do dano da pena convencional.

⁵⁰⁸ MOSCATI, Enrico. Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata. *Op. cit.*, p. 1788.

⁵⁰⁹ MOSCATI, Enrico. Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata. *Op. cit.*, p. 1788.

Este entendimento consolidado, porém, foi posto em discussão no acórdão da Primeira Seção Civil da Suprema Corte de Cassação italiana (*Sentenza* 10511/1999), que julgou passível de redução judicial equitativa a cláusula penal, prescindindo de requerimento do devedor. A decisão resultou na seguinte máxima⁵¹⁰:

O poder do juiz de reduzir a pena manifestamente excessiva corresponde a uma função objetiva de controle da autonomia privada — em sintonia com o princípio constitucional de solidariedade, concernente também às relações negociais, e com a cláusula de boa-fé, inerente também à fase de formação do contrato — e pode, por consequência, ser exercido de ofício, mesmo na ausência de requerimento da parte interessada.

Nas razões de decidir da referida *Sentenza*⁵¹¹, entenderam os julgadores que: (a) a interpretação até então prevalente do disposto no art. 1384 do Código Civil italiano de 1942, não mais se encontrava em sintonia com a natureza e a função da cláusula penal e com o sistema da respectiva disciplina, que foi se desenvolvendo no tempo também por efeito de um fenômeno geral de releitura dos institutos do Código Civil à luz dos preceitos superiores da Constituição Republicana, promulgada em 27 de dezembro de 1947, e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948; (b) não há no art. 1384 qualquer referência à necessidade de pedido do interessado, limitando-se o dispositivo a estabelecer que *a pena pode ser reduzida equitativamente pelo juiz*, sem qualquer exigência de requerimento da parte para tanto; (c) nos sistemas jurídicos modernos, o ocaso do dogma da intangibilidade das convenções repercutiu também sobre o fenômeno da redutibilidade da penal, a qual acabou por perder sua coloração subjetiva para assumir conotações funcionais decisivamente mais objetivas, de modo que a explicação do fato deslocou-se de uma suposta tutela da vontade das partes para um interesse primário do ordenamento, avaliando-se a intervenção judicial não mais com caráter de excepcionalidade, mas sim como simples aspecto do controle normal que o ordenamento se reservou sobre os atos de autonomia privada⁵¹²; (d) tal controle implica também um balanceamento de *valores* de igual relevância constitucional, presente a

⁵¹⁰ “Il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata - in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto - e può di conseguenza essere esercitata d'ufficio, anche in difetto di istanza della parte interessata.” Disponível em: «<http://www.lep.polito.it/diritto/nozioni/Archivio/sesta%20esercitazione/estratto%20da%20Cass.%20%20n.%2010511-99%20-%20riduzione%20della%20clausola%20penale.htm>». Acesso em: 26 jun. 2014.

⁵¹¹ Disponível em:

«<http://www.lep.polito.it/diritto/nozioni/Archivio/sesta%20esercitazione/estratto%20da%20Cass.%20%20n.%2010511-99%20-%20riduzione%20della%20clausola%20penale.htm>». Acesso em: 26 jun. 2014.

⁵¹² Já havíamos mencionado anteriormente que este argumento foi sustentado por MOSCATI, Enrico. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*. *Op. cit.*, p. 1786; MOSCATI, Enrico. *Enciclopedia del Diritto*. Voce Pena (Diritto Privato). v. 32 Milano: Giuffrè, 1982, p. 785.

reconhecida confluência na relação negocial — ao lado do valor constitucional da *iniziativa econômica privada* (art. 41 da Constituição italiana⁵¹³), que se exprime justamente através do instrumento contratual — de um concorrente *dever de solidariedade* nas relações intersubjetivas (art. 2º da Constituição italiana⁵¹⁴), o qual, entrando em sinergia com o cânone geral de boa-fé objetiva e probidade, a um só tempo lhe atribui uma *vis* normativa e o enriquece de conteúdos positivos, que englobam deveres, também instrumentais, de proteção da pessoa e das coisas da contra-parte; (e) o poder atribuído ao magistrado pelo art. 1384 configura-se como um poder-dever para a realização de um interesse objetivo do ordenamento, que assume neste caso conotações de valência ainda mais acentuada, uma vez que, perante a inegável função sancionatória da cláusula penal, tal interesse se especifica e se consolida na exigência de garantir a adequação e a proporção da sanção ao ilícito que ela é destinada a prevenir ou reprimir.

Esta orientação inovadora, contudo, em um primeiro momento, não se consagrou. A jurisprudência da *Corte Suprema di Cassazione* continuou a adotar o posicionamento segundo a qual a redução judicial da pena só seria possível mediante requerimento do interessado.

Em 2005, porém, a *Sentenza* n. 18128, prolatada pelas *Sezioni Unite Civili* (Seções Unidas Civis) da *Corte Suprema di Cassazione*, unificou o entendimento divergente entre as Seções Civis, confirmando definitivamente *o poder de reduzir equitativamente a pena, atribuído ao juiz pelo art. 1384 do Código Civil, pode ser exercido mesmo de ofício*⁵¹⁵. Este acórdão adotou os mesmos fundamentos deduzidos por ocasião da *Sentenza* n. 10511/1999 acima comentada. Cumpre mencionar, apenas a título de esclarecimento quanto ao aspecto processual, que os julgadores não vislumbraram qualquer ofensa ao princípio da correspondência entre o postulado e o pronunciado, expresso no art. 112⁵¹⁶ do Código de

⁵¹³ Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

⁵¹⁴ Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

⁵¹⁵ O item n. 7 da *Sentenza* n. 18128/2005 (fl. 21), tem o seguinte teor: "È questa la lettura della norma che porta ad affermare il principio che «il potere di diminuire equamente la penale, attribuito dall'art. 1384 cod. civ. al giudice, può essere esercitato anche d'ufficio»."

⁵¹⁶ Art. 112. Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato

Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti.

Processo Civil italiano. Com efeito, sustentou-se que⁵¹⁷, uma vez requerida pelo credor a condenação do devedor ao pagamento da pena em um determinado montante, o limite estabelecido pelo art. 112 do Código de Processo Civil impediria o juiz de condenar o devedor em montante superior ao postulado pelo credor, mas nada obstaría que o magistrado condenasse o devedor a um montante inferior. Ademais, o referido dispositivo do diploma processual preconiza a vedação ao magistrado de conhecer de ofício exceções que só podem ser opostas pelas partes, contudo, deixa subentendido que existem exceções que não são oponíveis somente pelas partes, as quais podem, portanto, ser conhecidas de ofício. Neste contexto, o art. 1384 do Código Civil não exige que o juiz, para exercer o poder de redução da pena que a lei lhe confere, deva ser provocado pelo interessado. O silêncio da norma sobre este ponto depõe contra a tese de que seria necessário o requerimento da parte, principalmente porque a intervenção do juiz, em casos tais como a redução da pena manifestamente excessiva, tem função de correção da vontade manifestada pelas partes.

III - O MODELO BRASILEIRO: DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 O legado das Ordenações Filipinas e a Consolidação das leis civis

Mesmo após proclamada a Independência do Brasil em 1822, permaneceram vigentes no Império (por força da lei de 20 de outubro de 1823) as Ordenações Filipinas, além das Leis e Decretos emanados pelo Rei de Portugal até 25 de abril de 1821 *enquanto se não*

⁵¹⁷ Item 6.8.1 da *Sentenza* n. 18128/2005 (fls. 9 a 11): “(...) Ora, il giudice che riduca l’ammontare della penale, al cui pagamento il creditore ha chiesto che il debitore sia condannato, non viola in alcun modo la prima proposizione del richiamato art. 112 cod. proc. civ., atteso che il limite postogli dalla norma è, in linea generale, che egli non può condannare il debitore ad una somma superiore a quella richiesta, mentre può condannarlo al pagamento di una somma inferiore. Ma l’art. 112 cod. proc. civ. dispone anche che il giudice non può pronunciare d’ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti. La norma lascia intendere che vi sono, oltre alle eccezioni proponibili soltanto dalle parti, anche eccezioni che non lo sono e, in quanto tali, rilevabili d’ufficio. Se così è, allora il problema della riducibilità della penale non è risolto dall’art. 112 cod. proc. civ., ma dalla risposta al quesito se la riduzione della penale sia oggetto di una eccezione che può essere proposta soltanto dalla parte. (...) L’art. 1384 cod. civ. (...) non fa alcuna menzione della necessità della eccezione della parte o, quantomeno, della necessità che il giudice debba essere sollecitato ad esercitare il potere di riduzione della penale conferitogli dalla legge. Il silenzio della norma sul punto non depone certamente a favore della tesi secondo cui la riduzione della penale debba essere chiesta dalla parte, ma fa propendere, se mai, a favore della tesi contraria, specie se si guardi ad altre previsioni del codice civile nelle quali l’intervento del giudice è visto in funzione correttiva della volontà delle parti (...), non solo nell’ipotesi della riduzione della penale manifestamente eccessiva (art. 1384 cod. civ.), ma anche nei casi di riduzione dell’indennità dovuta per la risoluzione della vendita con riserva di proprietà (art. 1526 cod. civ) (...).”

organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados⁵¹⁸. As Ordenações Filipinas se ocupavam da pena convencional no Livro 4, Tít.70⁵¹⁹.

Não obstante o art. 179, inciso XVIII, da Constituição Imperial de 1824⁵²⁰ tenha disposto sobre a iminência da elaboração dos códigos civil e penal⁵²¹, foi somente em 1853 que José Tomás Nabuco de Araújo, então Ministro da Justiça, a fim de impulsionar a preparação da codificação civil, solicitou ao jurista Augusto Teixeira de Freitas um plano e o

⁵¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 66.

⁵¹⁹ *Das penas convencionaes, e judiciaes, e interesses, em que casos se podem levar*. As penas convencionaes, que por convença das partes forem postas e declaradas nos contractos, não podem ser móres; nem crescer mais que o principal. E isto não sómente haverá lugar, quando o devedor for obrigado dar, ou entregar bens de raiz, ou moveis, ou semoventes, assi como scravo, cavallo, ou outra cousa semelhante, mas tambem quando for obrigado a alguma obra, ou feito, que promettesse fazer a tempo certo; porque em tal caso não a fazendo ao tempo, a que se obrigou, deve ser estimada a obra, que houvera de ser feita, e quanto for a estimação, tanto poderá crescer a pena, e mais não. E em isto não fazemos differença entre a pena, que he posta e promettida por multiplicação de dias, ou mezes, e a que he posta juntamente, porque em todo caso se poderá levar até outro tanto, como o principal e mais não. E isto, que dito he das penas convencionaes, haverá lugar nas judiciaes, postas per alguns Juizes á algumas partes, ou fiadores em algum caso. 1. Sendo a pena convencional posta e promettida em contracto de emprestimo, ou outro, em que o devedor se obrigue dar e pagar certa quantidade de dinheiro, ouro, prata, trigo, cevada, azeite, mel, ou outras cousas semelhantes, que se costumam dar e pagar por conto, peso e medida, postoque o devedor não pague o principal ao tempo, a que se obrigou, não se poderá por isso a pena levar, nem demandar, porque se presume as taes penas serem em estes casos promettidas em fraude das usuras; e por tanto com sã consciencia se não podem levar, nem demandar, e isto quer a pena seja juntamente posta, quer por multiplicação de dias; e sómente poderão as pessoas, a que em estes casos forem penas promettidas, demandar e haver a perda, que receberam, ou interesse, que perderam, por lhes as pagas das ditas quantidades e dividas principaes não serem feitas aos tempos limitados. E por esta determinação não he nossa tenção revogar cousa, alguma do que temos dito no Titulo 67: *Dos contractos usurários*. 2. E quanto aos contractos de arrendamentos, ou alugueres, que se fizerem per pessoas, que não costumam tratar com seu dinheiro, nem dar dinheiro a ganho, e que arrendarem suas rendas, ou propriedades a quaesquer pessoas, e poserem penas, não lhes pagando a certo tempo, as poderão levar, com tanto que se não levem mais que o principal, ora sejam postas juntamente, ora por multiplicação de dias. 3. Outrossi, e em algum contracto torpe fôr posta pena, ou em outro, que segundo razão natural não se pode cumprir, não se pode levar, nem demandar tal pena. Nem quando o contracto fôr per Direito reprovado, de maneira que per juramento não possa ser confirmado; assi como, se algum homem promettesse á outro sob certa pena de o fazer herdeiro em parte, ou em todo, ou lhe fizesse doação entre vivos sob certa pena de todos seus bens moveis e de raiz, direitos e auções, havidos e por haver, não reservando delles para si cousa alguma: Ou fosse feito contracto sobre a herança de pessoa viva, per que aquelle, que não devia ser seu herdeiro, o seja sob certa pena, porque taes contractos são assi illicitos e per Direito reprovados, que não podem per juramento ser confirmados: E por consequente as penas em elles postas se não podem pedir, nem demandar. 4. E sendo os contractos taes, que posto que sejam contra Direito, podem ser confirmados per juramento, poder-se-ha levar a pena entre os contrahentes posta, se o contracto não fôr cumprido por aquelle, que prometteu de o cumprir; assi como, se fosse feito contracto entre dous, ou mais, que speravam ser herdeiros por morte de algum, que ainda seja vivo, que por sua morte algum delles não herdasse em sua herança, ou se algum delles fizer convença com aquelle, de cuja herança se trata per que não possa herdar nella, ou em outro semelhante caso; porque ainda que tal contracto em alguns casos per Direito não valha, pode-se confirmar segundo Direito Canonico por juramento, por não ser tão reprovado, como os outros, de que se acima faz menção. E por tanto bem se pode pedir e levar a pena promettida em elle, se se não cumprir.

⁵²⁰ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

⁵²¹ O Código Penal foi promulgado em 1830.

enunciado das condições que o jurista considerasse necessários à revisão do antigo direito civil⁵²².

Teixeira de Freitas, então, apresentou seu plano, asseverando que preliminarmente seria necessário conhecer o direito vigente, para depois consolidá-lo e apenas então codificá-lo. Em 1855 o jurista foi encarregado de colocar em ação o seu projeto para codificação, e em 1857 finalizou a primeira etapa do trabalho, a que chamou Consolidação das leis civis.

Para Pontes de Miranda⁵²³ a Consolidação de Teixeira de Freitas caracterizou-se por ser “*ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857.*”

Nesta representativa obra de consolidação do direito vigente, dois artigos dedicavam-se à cláusula penal⁵²⁴:

Art. 391. As *penas convencionaes* são permittidas, mas não podem exceder o valor da obrigação principal; ou esta seja de dar, ou seja de fazer.

Art. 392. Se o contracto fôr nullo, ou torpe, e reprovado, a *pena convencional* será também nulla (84).

Não exagerou Pontes de Miranda ao enaltecer a obra em comento. Apesar de sucinta a disciplina pertinente à cláusula penal, é de suma importância o art. 391 da Consolidação, inspirado na regra das Ordenações Filipinas (L. 4, Tít.70, princípio e § 2º) e no art. 431 do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850⁵²⁵. A limitação ao montante da pena caracteriza um significativo traço distintivo em relação às codificações europeias modernas analisadas as quais, como vimos, não o fazem. A regra proposta por Teixeira de Freitas evidencia o elo que a encadeia ao espírito da constituição de Justiniano em C. 7, 47 e da teoria do Cardeal

⁵²² GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamerica: Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 496.

⁵²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Op. cit., p. 80.

⁵²⁴ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. v. 1 Obra fac-similar, Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003, p. 274.

⁵²⁵ Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial.

(...)

Art. 431. A pena convencional não poderá ser maior do que o valor da demanda; e ficará precepto o recurso si a parte que recorrer, dentro de tres dias depois de requerida pelo valor da pena estipulada, não o depositar na mão do arbitro da parte contraria, ou no Deposito Publico, para ella o receber ou levantar quando quizer.

Ostiense no Medievo, que permanece até os nossos dias, já que o Código Civil brasileiro de 2002 contém dispositivo idêntico.

Na nota ao art. 391, Teixeira de Freitas expunha que a disposição legal contida a Lei de 24 de Outubro de 1832⁵²⁶ — facilitadora da liberdade das convenções quanto aos juros —, prejudicava o disposto nas Ordenações Filipinas L. 4, Tít. 70, § 1º, referente aos interesses do contrato de mútuo, identificando-os com a pena convencional. Enfatizava, porém, que o tal prejuízo não ocorria em relação ao artigo por ele elaborado, pois:

É necessário distinguir os *juros*, e a *pena convencional*. Os juros não são pena, porém uma renda do capital, uma compensação do risco e prejuízos do credor. Vid. Arts. 128 et 218 do Cod. do Com. Não se póde exigir ao mesmo tempo a *pena convencional* e o cumprimento do contracto; só tem logar demandar-se uma cousa, ou outra.

O art. 392, a seu turno, ratifica o antigo princípio segundo o qual o acessório segue a sorte do principal⁵²⁷.

Apesar das críticas à Consolidação⁵²⁸, fora exitosa a conclusão da primeira parte do plano de Teixeira de Freitas e, assim, iniciou-se a sua segunda fase. Em 1859, o jurista foi novamente contratado pelo Governo Imperial para a elaboração do *Esboço* do Código Civil⁵²⁹.

3.2 O Esboço do Código Civil

Se a disciplina da pena convencional na Consolidação era sucinta, como afirmamos, o mesmo não se pode dizer do tratamento dispensado ao instituto no *Esboço*. Neste projeto a

⁵²⁶ Lei de 24 de Outubro de 1832. Sobre o juro ou premio de dinheiro, de qualquer especie.

(...)

Art. 1º O juro ou premio de dinheiro, de qualquer especie, será aquelle que as partes convencionarem.

(...)

Art. 3º Quando alguém fôr condemnado em Juizo a pagar juros que não fossem taxados por convenção, contar-se-hão a 6% ao anno.

⁵²⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. *Op. cit.*, p. 274, n. 84: “Ord. L. 4º T. 48 § 1º, e T. 70 § 3º. A *pena convencional* é obrigação *accessoria*, e da natureza do acessório é não poder subsistir sem o principal — *Quum causa principalis non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum obtinent*. Mas, como o principal não depende do acessório, a nullidade da pena não faz nullo o contracto.”

⁵²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, *Op. cit.*, p. 80.

⁵²⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamerica*. *Op. cit.*, p. 500.

cláusula penal é tratada na Parte Especial (Dos direitos), Livro Segundo (Dos direitos pessoais), Seção I (Dos direitos pessoais em geral), Título II (Das obrigações em relação ao seu objeto), Capítulo VI (Das obrigações com cláusula penal)⁵³⁰ e o seu regime compõe-se de 14 (quatorze) artigos:

Art. 990. É livre designar nos atos jurídicos uma pena ou *multa* para o caso, em que o devedor incorra em falta.

Essa cláusula produzirá seus efeitos, ou seja estipulada juntamente com a obrigação principal, ou seja estipulada depois.

Art. 991. As cláusulas penais podem ter por objeto o pagamento de uma soma de dinheiro, ou outra qualquer prestação de dar ou fazer, uma vez que não seja impossível ou ilícita (art. 552); quer a benefício do próprio credor, quer a benefício de um terceiro.

Art. 992. O credor não poderá exigir a pena senão quando o devedor ficar constituído em mora; e exigindo-a não terá direito a qualquer outra indenização de perdas e interesses, ainda mesmo provando que a pena não é indenização suficiente; salvo se nos atos jurídicos se tiver disposto de outro modo.

Art. 993. Para haver a pena, não está o credor obrigado a provar que sofrera prejuízo; nem o devedor poderá eximir-se de cumpri-la, provando que o credor não sofrera prejuízo, ou que a pena é excessiva.

Art. 994. Não poderá o credor exigir ao mesmo tempo o cumprimento da obrigação principal, e a pena. Só poderá exigir uma e outra coisa, sem prejuízo do que se tiver disposto nos atos jurídicos.

Art. 995. A nulidade do ato jurídico por motivo da obrigação principal induzirá nulidade quanto à cláusula penal, mas a nulidade do ato jurídico por motivo da cláusula penal não prejudicará a subsistência da obrigação principal (arts. 803, e 966).

Art. 996. Subsistirá, porém, a cláusula penal, ainda que haja nulidade por motivo da obrigação principal:

1º. Quando se contratar a obrigação por um terceiro, com a cláusula de se incorrer na pena, se esse terceiro não aceitar o contrato.

2º. Quando se contratar em favor de um terceiro debaixo da mesma cláusula.

Art. 997. Se a obrigação principal se extinguir, ou resolver sem culpa alguma da parte do devedor, também ficará extinta ou resolvida a obrigação acessória da cláusula penal.

Art. 998. Se a obrigação principal só tiver sido cumprida em parte, ou por modo irregular, ou fora de lugar próprio, ou fora de tempo; haverá na pena um abatimento proporcional, que o Juiz mandará arbitrar, sendo que as partes não concordem.

⁵³⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil — Esboço*. v. 1 Brasília: Ministério da Justiça — Departamento de Imprensa Nacional, co-edição com a Universidade de Brasília, 1983, p. 238-239.

Art. 999. Ou a obrigação principal seja divisível, ou indivisível, cada um dos co-devedores, ou dos co-herdeiros do devedor, não incorrerá na pena senão em proporção de sua cota, uma vez que seja divisível a obrigação da cláusula penal.

Art. 1.000. Cada um dos co-devedores, ou dos co-herdeiros do devedor, ficará obrigado à pena por inteiro:

1º. Se a obrigação da cláusula penal for indivisível, ou, posto que seja divisível, se for solidária.

2º. Se houver hipoteca, anticrese, ou penhor, para segurança da cláusula penal; observando-se neste caso o disposto nos arts. 997, nºs 1 e 2, 978, 979, e 980.

Art. 1.001. Depois de incurso na pena, o devedor não poderá mais evitá-la contra a vontade do credor, ainda que posteriormente seja cumprida a obrigação principal.

Art. 1.002. Não se entenderá que o devedor pode arrepender-se, pagando a pena ou multa, em vez de cumprir a obrigação, senão nos casos em que nos títulos se tenha expressamente reservado este direito.

Art. 1.003. Ainda que o devedor tenha direito de arrepender-se, pagando a pena ou multa; será impossível o arrependimento, depois que tiver cumprido a obrigação no todo ou em parte.

Frequentemente o autor comentava as propostas de artigos indicando os respectivos princípios jurídicos romanos que as embasavam, embora não explicitasse a fonte de onde eram extraídos.

Ao comentar o art. 990⁵³¹, por exemplo, Teixeira de Freitas citou a regra romana ‘*Et in ejusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere*’, contida nas Institutas de Justiniano 3, 15, 7⁵³².

⁵³¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil — Esboço. Op. cit.*, p. 238.

⁵³² I. 3, 15, 7. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. Et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. Itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poena debet: si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes? Sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda: si adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?

[Mas no sólo cosas pueden ser objeto de una estipulación, sino también hechos, como si estipuláramos que se hiciera ó que no se hiciera alguna cosa. Y en tales estipulaciones será lo mejor agregar una pena, á fin de que no quede incierta la cuantía de la estipulación, y sea necesario al actor probar en cuanto le interese. Así, pues, si alguno estipulara que se haga alguna cosa, debe agregarse la pena de este modo: «si no se hubiere hecho así, ¿ofreces espontáneamente darme entonces diez áureos á título de pena?» Pero si en uno y el mismo enunciado se estipulase que se hagan unas cosas y que no se hagan otras, deberá añadirse una clausula como esta: «si contra esto se hubiere hecho alguna cosa, ó si algo no se hubiere hecho de este modo, ¿ofreces espontáneamente darme entonces diez áureos á título de pena?»]

Nas referências ao art. 993⁵³³, menciona: ‘*Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae est quantitas, quaeque conditio stipulationis*’, constante em D. 45, 1, 38, 17⁵³⁴.

Com relação ao art. 994, explicita: *Sem prejuízo do que se tiver disposto nos atos jurídicos, isto é, ‘cum id actum probatur’*. — ‘*Ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur*’, em alusão ao disposto no D. 45, 1, 115, 2⁵³⁵. E complementa: ‘*Sed et poenam quae, si contra placitum fecerit, rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur*’, orientação extraída de D. 2, 15, 16⁵³⁶.

⁵³³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil — Esboço. Op. cit.*, p. 238.

⁵³⁴ D. 45, 1, 38, 17. *Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum*. Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque conditio stipulationis.

[Ulpiano; *Comentarios á Sabino, libro XLIX*. Nadie puede estipular para otro, salvo si el esclavo estipulara para el señor, ó el hijo para el padre; porque estas obligaciones se inventaron para esto, para que cada cual adquiera para sí por lo que le interesa; mas nada me interesa que se le dé á otro. Y si ciertamente yo quisiera hacer esto, convendrá que se estipule una pena, para que, si no se hubiere hecho tal como se consignó, se incurra en la estipulación aun respecto de aquel á quien nada le interesa; porque cuando alguno estipula una pena, no mira lo que interesa, sino cuál sea la cantidad, y cuál la condición de la estipulación.]

⁵³⁵ D. 45, 1, 115, 2. *Papinianus libro secundo quaestionum*. Item si quis ita stipuletur: ‘si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?’ Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti ‘si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?’ sed ita concepta sit stipulatio: ‘Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?’ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

[Papiniano; *Cuestiones, libro II*. — Asimismo, si alguno estipulara de este modo: «¿prometes dar ciento si no me dieres el esclavo Pánfilo?» respondió Pegaso, que no se incurre en la estipulación antes que hubiese dejado de poder ser dado Pánfilo. Pero Sabino opinaba, que, conforme á la intención de los contratantes, se podía ejercitar inmediatamente la acción, después que el esclavo pudo ser dado; y que no se podía ejercitar la acción de la estipulación mientras que en el prometedor no consistió no dar el esclavo; y defendía esto con el ejemplo de las provisiones legadas. Porque Mucio escribió, que el heredero, si hubiese podido dar las provisiones, y no las hubiese dado, quedaba obligado inmediatamente al dinero legado; y esto se admitió por causa de utilidad a favor de la voluntad del difunto, y por la naturaleza de la misma cosa. Así, pues, se puede admitir la opinión de Sabino, si la estipulación no comenzó por la condición, por ejemplo: «si no hubieres dado el esclavo Pánfilo ¿prometes dar tanto?» sino si la estipulación hubiera sido concebida así: «prometes dar el esclavo Pánfilo? ¿si no lo dieres, prometes dar tanto?» Lo que sin duda será verdad cuando se prueba que se trató esto, que, si no se hubiere dado el esclavo, se deberán el esclavo y el dinero. Mas se habrá de defender lo mismo, aunque se haya convenido de modo que no entregándose el esclavo se deba solamente el dinero, porque se prueba que fue la voluntad que se entregase el esclavo, ó se pidiese el dinero.]

⁵³⁶ D. 2, 15, 16. *Hermogenianus libro primo iuris epitomarum*. Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur.

Objeto do comentário ao art. 995 é o princípio *accessorium sequitur principale*. Refere-se também a *Quum causa principalis non consistit nec ea quidem quae sequuntur locum obtinent*. Trata-se de uma regra geral de direito romano antigo — o título 17 do Livro 50 do Digesto intitula-se *De diversis regulis iuris antiqui (Das diversas regras de direito antigo)* — expressa no fragmento D. 50,17,129,1⁵³⁷.

No esclarecimento ao art. 996, ao citar inicialmente a vedação da estipulação em favor de terceiro ‘*Alteri stipulari nemo potest*’, mais uma vez alude Teixeira de Freitas ao texto de D. 45, 1, 38, 17: ... *Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sicut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei cujus nihil interest*.

Salta aos olhos, a minúcia do insígne autor do projeto ao redigir a disciplina do nosso tema, em comparação com a Consolidação; igualmente, não demanda esforço identificar a continuidade da tradição romanista nele consubstanciada.

Mas o *Esboço* não foi aprovado. Em 1863 foi designada pelo Governo uma comissão revisora a qual, no período que operou — entre abril e agosto de 1865 — criticou duramente a elaboração, terminando por suspender os trabalhos⁵³⁸.

Pontes de Miranda e Guzmán Brito esclarecem que Teixeira de Freitas, em 1867, modificou sua concepção sistemática⁵³⁹, entendendo que deveria corrigir o plano inicial e codificar todo o direito privado e não só o civil⁵⁴⁰. Aduz o primeiro⁵⁴¹:

Teixeira de Freitas desejava o Código Geral de Direito Privado: geral, aliás, segundo o seu plano, pois a primeira Parte (Código Geral, chamava) não seria mais do que a Parte Geral e o ‘*Einführungsgesetz*’ do B. G. B. ou a

[Hermogeniano; *Epítome del Derecho, libro I*. – El que quebranta la fe de una transacción lícita, no tan sólo será repelido por la excepción, sino que también será obligado á pagar la pena que debidamente había prometido al estipulante quedando válido el pacto, si hubiere obrado contra lo convenido.]

⁵³⁷ D. 50, 17, 129, 1. Paulus libro XXI. ad Edictum. Quum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

[Paulo; Comentários al Edicto, libro XXI. Cuando no subsiste la causa principal no tienen ciertamente lugar las cosas que son consiguientes.]

⁵³⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamerica. Op. cit.*, p. 501.

⁵³⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamerica. Op. cit.*, p. 502.

⁵⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. Op. cit.*, p. 81.

⁵⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Op. cit.*, p. 81.

Introdução e Parte Geral do Código Civil brasileiro, assaz desenvolvida e aplicável em todo o campo do direito privado. Dividir-se-ia em dois livros: 1.º) Das causas jurídicas (subdividido em três seções: pessoas, bens, fatos); 2.º) Dos efeitos jurídicos. Levava-o a esta concepção bem defensável do Código Geral de Direito Privado, em vez da Parte Geral, a “grande massa das matérias que, por isso mesmo que entram em todos os ramos da legislação, não pertencem a algum dos ramos peculiares.”. Aí, acrescentava, e somente aí é que aparecerão definições, regras sobre direito no espaço e no tempo.

Em 1872 declarou-se a resolução do contrato de Teixeira de Freitas. Entretanto, a importância doutrinária do trabalho por ele desenvolvido é inquestionável. Nas palavras de Guzmán Brito⁵⁴², o *Esboço* constitui:

Un *unicum* en la historia de la codificación americana, por su originalidad, por haberse adelantado en sus concepciones a resultados posteriores y por haber sido el primer trabajo sobre la materia que dio entrada a un sistema, si no calcado, al menos inspirado en el espíritu de la Pandectística alemana. En contraste, le perjudicaron su desmedida longitud, su tendencia al detalle y su doctrinarismo.

Sucederam ao *Esboço* outros projetos, entre os quais aqueles de José Tomás Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, até que em 1899 Clóvis Bevilacqua foi convidado a empreender o plano de redação do Código Civil.

3.3 O Código Civil de 1916

A disciplina da cláusula penal no Código Civil de 1916 encontrava-se no Livro III (Do direito das obrigações), Título I (Das modalidades das obrigações), Capítulo VII, nos arts. 916 a 927. Seu conteúdo refletia a concepção patrimonialista do direito civil, baseada no liberalismo econômico, fruto do momento histórico e ideológico em que foi elaborado.

Art. 916. A cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior.

Art. 917. A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 918. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

⁵⁴² GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamerica. Op. cit.*, p. 501.

Art. 919. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 921. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora.

Art. 922. A nulidade da obrigação imporá a da cláusula penal.

Art. 923. Resolvida a obrigação, não tendo culpa o devedor, resolve-se a cláusula penal.

Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

Art. 925. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores e seus herdeiros, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado. Cada um dos outros só responde pela sua quota.

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra o que deu causa à aplicação da pena.

Art. 926. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor, ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva.

O autor do Código, Clóvis Beviláqua⁵⁴³, entendia ser a cláusula penal um recurso que os contratantes poderiam utilizar com o fim de assegurar a execução das obrigações, e a definia como *um pacto acessório, em que se estipulam penas, ou, antes, multas, contra aquêle que deixar de cumprir o ato ou fato a que se obrigou, ou apenas retardar a sua execução*.

A respeito da aludida definição, Mucio Continentino — autor de uma das mais antigas monografias específicas sobre a cláusula penal no direito brasileiro — observa que a noção penal do instituto suavizara-se em comparação com o direito romano, pois deixara de ser uma sanção a um réu para ser uma pena civil⁵⁴⁴. Além disto, a pena convencional, que no direito

⁵⁴³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 8. ed. rev. e atual. por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, p. 64.

⁵⁴⁴ CONTINENTINO, Mucio. *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1926, p. 16.

antigo poderia ser estruturada de dois modos diversos — não autônomo ou autônomo⁵⁴⁵ —, passou a ser admitida apenas como convenção acessória⁵⁴⁶.

O art. 921 descrevia o suporte fático para incursão do devedor na cláusula penal: o vencimento do prazo da obrigação, ou, na ausência deste, quando fosse constituído em mora. Não havia menção à imputabilidade do comportamento faltoso ao devedor; a conduta culposa era mencionada apenas indiretamente no art.923, em tema de resolução da obrigação sem culpa do devedor, cuja consequência era a resolução também da cláusula penal. A doutrina majoritária⁵⁴⁷, no entanto, fez-se ouvir no silêncio da norma: conforme Serpa Lopes⁵⁴⁸, a cláusula penal pressupõe o inadimplemento total ou parcial da obrigação, por força de um fato imputável ao devedor, culposo ou doloso. Na mesma senda Mucio Continentino⁵⁴⁹:

Para que o devedor incorra sob a sanção da clausula penal, faz-se mister a integração de dois elementos: — a culpa e a mora; um objectivo e outro subjectivo. É certo que a mora já contém em si a culpa; esta é uma das componentes daquela. (...) Mora e culpa confluem para uma só ideia — a que preside todo o assumpto: *inexecução*, total, parcial, ou simplesmente retardada.

Pontes de Miranda⁵⁵⁰ discordava desta orientação, entendendo que o único elemento a ser verificado para incursão na cláusula penal era a mora. A culpa só deveria ser averiguada em caso de impossibilidade superveniente da prestação, cuja consequência seria a resolução ou resilição do negócio jurídico. Segundo o jurista, era imperioso distinguir entre impossibilidade superveniente e mora⁵⁵¹:

Tem-se de separar da *questão* da impossibilidade superveniente, onde o elemento da culpa é de se examinar, a questão da mora, que independe disso, pôsto que, se impossibilitação houve, sem culpa, não se possa pensar em infração do dever, em inadimplemento. Se nasceu o direito de resolução, ou de resilição, sem ser por inadimplemento, mora não há, porque não há

⁵⁴⁵ Vimos na primeira parte deste trabalho que a *stipulatio poenae* poderia ter duas estruturas diversas: a denominada própria ou dupla ou não autônoma, que continha duas estipulações, uma primária e outra secundária (penal), sendo esta última acessória, condicionada ao inadimplemento da obrigação primária; e a imprópria ou simples ou autônoma, configurada por uma só estipulação, consistente na obrigação de dar, uma vez que se verificasse ou não um determinado comportamento (condição suspensiva da obrigação).

⁵⁴⁶ CONTINENTINO, Mucio. *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁴⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247.

⁵⁴⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. v. 2, 5. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 157.

⁵⁴⁹ CONTINENTINO, Mucio. *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*. *Op. cit.*, p. 79.

⁵⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 26, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1971, reimpressão, p. 74.

⁵⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 26, 3. ed., *Op. cit.*, p. 75.

imputabilidade (= não há falar-se de inadimplemento se não se tinha de adimplir).

Concluía Pontes de Miranda⁵⁵² afirmando ser *acertadíssima* a lei brasileira ao mencionar a culpa na disciplina da cláusula penal somente ao tratar da resolução ou resilição sem culpa, nos termos do art. 923.

O art. 927 evidencia a concepção voluntarista e a autoridade do princípio *pacta sunt servanda* ao estabelecer que o devedor não poderia eximir-se de cumprir a pena convencional a pretexto de ser excessiva.

3.4 O Código Civil de 2002

O Diploma em vigor estabelece o regime do instituto na Parte Especial, Livro I (Do Direito das Obrigações), Título IV (Do Inadimplemento das Obrigações), Capítulo V (Da Cláusula Penal), nos arts. 408 a 416:

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.

⁵⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 26, 3. ed., *Op. cit.*, p. 75.

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convenionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

A primeira importante modificação aportada pelo Código Civil de 2002 em tema de cláusula penal consiste no deslocamento da respectiva disciplina do Título referente às *modalidades das obrigações* — onde estava colocada no Diploma revogado — para o Título relativo ao *inadimplemento das obrigações*. Entendemos ter sido acertada tal alteração, justamente porque se trata de instituto cuja produção de efeitos está condicionada ao inadimplemento ou adimplemento inexacto⁵⁵³.

Percebe-se, também, que o legislador do Código Civil de 2002 eximiu-se de definir a cláusula penal. No art. 408, que abre o capítulo dedicado ao instituto, está descrita apenas a hipótese de incidência da pena convencional: o descumprimento da obrigação ou a mora, exigindo-se, em qualquer caso, a culpa do devedor. Ao inserir o elemento culpa no suporte fático para incursão na cláusula penal, o legislador do Código de 2002 resolveu definitivamente a discussão doutrinária havida sob a égide do Código anterior.

O Código de 2002 na disciplina da cláusula penal trouxe duas inovações substanciais de capital relevância, as quais constam nos artigos 413 e 416, § único.

3.4.1 Alteração judicial equitativa do montante da pena

⁵⁵³ Neste sentido SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. *Op. cit.*, p. 235, ao referir a negociabilidade como característica da natureza jurídica da cláusula penal, preconiza: “Tendo em conta essa característica, é de ser aplaudida a sua alocação no novo Código, sensivelmente mais voltado à sua função. Por um lado, deixou-se a antiga posição — devida à influência de Pothier — de incluir as regras sobre cláusula penal entre as que regulam as modalidades das obrigações. Por outro, evitou-se confundir a sua essência com a sua apresentação mais comum, o que sugeriria a sua inclusão entre as normas contratuais, a exemplo do Código Civil italiano (arts. 1.382-1.384). Incluindo-a entre as normas dedicadas ao inadimplemento das obrigações, o novo Código optou pela alocação — sistemática e didaticamente — mais correta.”

O art. 413 — cujo correspondente no Código anterior, art. 924, previa a redução proporcional do montante da pena tão somente nas hipóteses de adimplemento parcial da obrigação — preconizou também o dever de o magistrado reduzir, com base em equidade, a pena manifestamente excessiva.

Significa que a legislação brasileira aderiu à tendência — discutível quanto às suas vantagens — de alteração judicial do montante da pena quando este se mostrar manifestamente excessivo.

Nota-se, também, que o critério para a redução da pena, em qualquer das hipóteses previstas — adimplemento parcial ou excesso manifesto considerado em relação à natureza e aos fins do negócio — passou a ser equidade, em ambos os casos.

Na opinião de Judith Martins-Costa⁵⁵⁴, no entanto, a noção de equidade que norteia a redução da pena nos casos de adimplemento parcial da obrigação — art. 413, primeira parte — é diversa daquela que deve orientar o julgador na hipótese de pena manifestamente excessiva — art. 413, segunda parte. No primeiro caso, a equidade assumiria significado de proporcionalidade; no segundo, de razoabilidade. A duplicidade de significados, porém, não exclui o objetivo único da equidade nas duas situações: evitar que a cláusula penal propicie abuso de poder, enriquecimento injustificado ou injustiça contratual. Preleciona a jurista gaúcha:

A etimologia indica sugerir o termo “equidade”, primeiramente, as ideias de proporção e igualdade. Na sua origem era a equidade verdadeiramente um “conjunto de princípios”, medida de avaliação das relações humanas independente do ius, embora não contraditória ao ius. Mas surge, igualmente, como correção da lei em atenção às particularidades do caso concreto em tudo o que a lei se revele insuficiente em seu caráter universal. Da rica tradição dessa ideia, da Grécia antiga aos nossos dias, aparece, pois, a equidade ora como correção da lei ora retoma a acepção etimológica como mandamento de proporção, um dos critérios aristotélicos da justiça. Essa duplicidade de significados encontra ressonância na duplicidade de hipóteses prevista no art. 413: a primeira hipótese diz respeito ao fato de a obrigação principal haver sido em parte cumprida; a segunda atine ao caso de o montante da penalidade ser “manifestamente excessivo”, tendo-se em conta a “natureza e a finalidade do negócio”. Surge então a questão de saber se há para ambas e diversas hipóteses um mesmo e unívoco comando, isto é, se a palavra “equidade” aponta, num e

⁵⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Op. cit.*, p. 684-686.

noutro caso, para idêntico significado e eficácia ou se efetivamente reflete a duplicidade de significados que vem da tradição histórica.

Creemos que a equidade referida no texto do art. 413 por seu advérbio de modo — “equitativamente” — não tem significado unívoco, antes apontando, nas duas regras contidas no texto também a uma duplicidade de significados, que sintetizaremos, respectivamente, como equidade-proporção e como equidade-razoabilidade.

Porém, embora a diversidade de significados do termo “equidade” que encontramos no art. 413, em ambas as dimensões há um mesmo telos que é o de evitar que um instrumento útil, e em si mesmo legítimo, como a cláusula penal, se transforme em instrumento de ilegítimo exercício do maior poder contratual, ou via para o enriquecimento injustificado, ou para a consagração da injustiça contratual.

Na equidade-proporção, aduz Martins-Costa⁵⁵⁵, a ideia de proporcionalidade deve ser entendida como uma das acepções do princípio da equidade e também como postulado normativo que orienta o juiz sobre como proceder à redução da pena visando à realização do fim para o qual foi estabelecida a cláusula penal havendo adimplemento parcial. Assim, para que se justifique a limitação do direito do credor a valoração deve considerar três aspectos: a adequação do montante da pena ao inadimplemento; a necessidade de redução da pena, em face da sua desproporção em relação à parte da obrigação que foi adimplida, sendo que, neste caso, imperioso sopesar as circunstâncias e motivações do conjunto de todas as obrigações pactuadas; e, por fim, o propósito ínsito ao valor justiça proporcional. Advertete a jurista⁵⁵⁶, porém, que a proporcionalidade que guia a redução da pena não é matemática, e sim axiológica, face ao grau de importância da parte da obrigação adimplida em relação à sua utilidade para o credor, o interesse que representa para a economia do contrato, o tipo negocial e sua função econômico-social, a racionalidade do agente econômico e a busca de eficiência do sistema.

Pondera Jorge Cesa Ferreira da Silva⁵⁵⁷ que o fato de o legislador ter eliminado do texto a proporcionalidade para redução da pena em relação à parte da obrigação que foi cumprida, tem significado importante. Menciona o autor que apesar de a proporcionalidade ser abrangida pela noção de equidade, esta última é mais ampla. Por conseguinte, quando se fala em proporcionalidade para os fins do art. 413, primeira parte, o sentido não é aquele de proporcionalidade direta ou matemática. Refere como exemplo, se foi cumprida metade da

⁵⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Op. cit.*, p. 688-689.

⁵⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Op. cit.*, p. 688-689.

⁵⁵⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações. Op. cit.*, p. 273

obrigação, isto não conduz à redução da cláusula penal na mesma proporção de 50%. As circunstâncias do caso é que irão determinar se e quanto deve ser abatido da pena.

Por outro lado, na segunda parte do art. 413 — redução da pena manifestamente excessiva — o critério de equidade assume, como esclarece Martins Costa⁵⁵⁸, o significado de justiça corretiva ou equidade corretiva, ou equidade como moderação. Devem, portanto, ser descartadas as ideias de equidade supletiva ou de equidade substitutiva. O juízo de equidade a ser procedido pelo magistrado para minoração da pena neste caso destina-se a conformar o excesso a um patamar moderado e razoável conforme as particularidades de cada caso concreto. Se a norma estatui que o excesso manifesto somente poderá ser considerado como tal se a pena mostrar-se exorbitante frente à natureza e à finalidade do negócio, a valoração do magistrado não pode apoiar-se, como defende Martins Costa⁵⁵⁹, em critérios rígidos e idênticos para todas as espécies e modalidades de cláusula penal. Imperioso, pois, avaliar todas as circunstâncias e interesses envolvidos no negócio, por exemplo, se o contrato é civil ou comercial, qual o segmento do mercado em que o negócio está inserido, entre outros, inclusive — o que é de extremo relevo para os fins do presente estudo — se formado por adesão ou após processo negociatório, se pactuado entre contratantes situados num patamar de relativa igualdade ou se há manifesta assimetria contratual.⁵⁶⁰

A respeito dos critérios que devem ser utilizados pelo juiz para determinar se a pena pode ser reduzida e em que medida deve se operar tal redução, Pinto Monteiro⁵⁶¹ indica que o primeiro deles, mas não o único, consiste na diferença entre o montante do real prejuízo sofrido e o valor da pena, fator este de cunho objetivo.

Contudo, a simples superioridade do valor consubstanciado na cláusula penal em relação ao dano efetivamente sofrido não é suficiente para conduzir à diminuição da pena. Assim, se a cláusula penal houver sido estipulada como substitutiva da indenização, o seu caráter de pré-liquidação dos danos não autoriza a sua redução em caso de pequenas variações. Já se a cláusula penal tiver sido convencionada para fins de sanção compulsória destinada a impelir o devedor ao cumprimento, a sua eficácia, do mesmo modo, pressupõe que somente na hipótese de manifesta desproporção haverá lugar para o exercício do controle

⁵⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Op. cit.*, p. 694-695.

⁵⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Op. cit.*, p. 701.

⁵⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Op. cit.*, p. 701.

⁵⁶¹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização. Op. cit.*, p. 741.

judicial⁵⁶². Citando expressão de Carbonnier, diz o jurista lusitano⁵⁶³ que a desproporção entre o valor da pena e o montante do prejuízo deve saltar aos olhos (*saute aux yeux*) ou representar *abuso gritante*⁵⁶⁴.

Na França, após a reforma de 1975, a doutrina procurou definir critérios para a redução da pena, mas a Corte de Cassação consolidou apenas um: a diminuição da pena não pode conduzi-la a montante inferior ao dano efetivo⁵⁶⁵.

O problema da redução da pena não se resolve mediante a aplicação de critérios meramente quantitativos. O excesso manifesto da pena só poderá ser determinado pelo juiz mediante a ponderação de vários fatores envolvidos em cada caso concreto, conforme a equidade. Podem ser considerados elementos tais como: a gravidade da infração, o grau de culpa do contratante faltoso, as vantagens que este pode obter com o descumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação econômica das partes, a sua boa ou má-fé, a natureza do contrato, as condições da negociação, entre outros⁵⁶⁶.

Enfatiza Pinto Monteiro⁵⁶⁷ que um aspecto merece atenção especial: a finalidade perseguida pelas partes ao convencionarem a cláusula penal é determinante para fins de identificar a adequação ou não entre o montante da pena e o objetivo visado pelos contraentes. Os fatores a serem levados em consideração pelo juiz terão graus de importância diversos, conforme o escopo pretendido pelas partes, ou seja, a espécie de pena ajustada.

Por exemplo, na cláusula penal estipulada como liquidação preventiva dos danos, a diferença entre o valor do prejuízo efetivo e do montante da pena *assume importância decisiva*. Isto não ocorrerá quando a pena convencional houver sido acordada como sanção compulsória, caso em que o elemento mais importante a considerar será o interesse do credor ao adimplemento, e não o prejuízo real sofrido. Nesta última hipótese, haverá que se perquirir

⁵⁶² PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 741.

⁵⁶³ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. v. 4 (*Les Obligations*), 13. ed. Paris: 1988, p. 323. *Apud* PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 742.

⁵⁶⁴ SANZ, Sylviane. La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 Juillet 1975, et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 75, 1977, p. 284. *Apud* PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 742.

⁵⁶⁵ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 742-743.

⁵⁶⁶ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 744.

⁵⁶⁷ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. *Op. cit.*, p. 744.

qual o montante necessário para realização da finalidade de *estimular* o devedor ao cumprimento. Trata-se, assim⁵⁶⁸,

em último termo, de uma *ponderação de interesses* que, partindo do *prioritário* interesse do credor ao cumprimento, para o *reforço e protecção* do qual a cláusula foi estipulada, se preocupe em averiguar se o montante que se convencionou era adequado, segundo um juízo de razoabilidade, à *eficácia* da ameaça, que a pena consubstancia.

Isto não deve, todavia, induzir à conclusão de que neste caso a pena não possa ser reduzida, já que outros fatores importantes podem ter tornado-a manifestamente excessiva, passível, portanto, de adequada redução judicial. Ressalta Pinto Monteiro⁵⁶⁹ que mesmo mantida a adequação do montante fixado pelas partes quando da violação da obrigação, considerando-se o interesse do credor ao cumprimento, a natureza do contrato, ou outros fatores, tendo em vista a finalidade compulsória da pena, ainda assim ela poderá ser reduzida. É que a conduta do devedor pode justificar a diminuição, sobretudo quando o grau de culpa for mínimo em face das circunstâncias do descumprimento. Para o mencionado jurista, a equidade é fator decisivo a ser considerado. Ademais, conforme os fatores acima aludidos, a estipulação da pena pode ter sido adequada à espécie, entretanto, quando do seu exercício no caso concreto poderá revelar-se manifestamente excessiva. O juízo de equidade, por conseguinte, deverá ser procedido a partir da valoração da *finalidade* buscada pelos contratantes através da estipulação da cláusula penal, pois desta decorrerá o diverso grau de importância dos demais fatores.

A inovação na norma do art. 413 do Código Civil suscitou muitos debates na doutrina, chegando ao ponto de em apenas uma das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal — a IV Jornada, no ano de 2006 —, fossem aprovados 5 (cinco) Enunciados⁵⁷⁰, os quais servem de diretrizes de apoio à respectiva interpretação:

355 – Art. 413: Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.

356 – Art. 413: Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

⁵⁶⁸ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. Op. cit., p. 745.

⁵⁶⁹ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. Op. cit., p. 745-746.

⁵⁷⁰ Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

357⁵⁷¹ – Art. 413: O art. 413 do Código Civil é o que complementa o art. 4º da Lei n. 8.245/91.

358 – Art. 413: O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos.

359 – Art. 413: A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido.

Acerca da redução equitativa da pena na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, cumpre verificar como o Superior Tribunal de Justiça vem interpretando a regra do art. 413, primeira parte. Tomemos por base, primeiramente o julgamento do Recurso Especial nº 1.186.789/RJ⁵⁷², cujo caso concreto era o seguinte:

A Rede Globo de Televisão e o jornalista e apresentador Celso de Freitas, no dia 1º de abril de 2000, firmaram “contrato de locação de serviços e outras avenças”, com cláusula de exclusividade, com duração de 4 (quatro anos). Acordaram as partes que não havendo manifestação expressa de qualquer delas no sentido de encerrar o contrato no termo final fixado (31 de março de 2004), o contrato seria prorrogado automaticamente por mais 3 (três) meses, portanto, até 30 de junho de 2004. Não tendo ocorrido manifestação de qualquer das partes no intuito de encerrar a relação contratual, esta se prorrogou na forma pactuada. Ocorre que no mês de abril de 2004, ainda durante a vigência do contrato que havia se prorrogado entre a Globo e Celso de Freitas, a TV Record anunciou a estreia deste jornalista como apresentador do seu Programa Domingo Espetacular. Somente após a veiculação da informação na mídia é que no dia 16 de abril de 2004, a Globo recebeu fax do jornalista notificando-a da intenção em rescindir o contrato. Já no dia 18 de abril de 2004 Celso de Freitas iniciou o trabalho na emissora concorrente. A Globo, então, promoveu ação de indenização contra Celso de Freitas e a produtora Multimídia Produções Comunicações S.C, pretendendo o retorno do jornalista e apresentador ao trabalho, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou, alternativamente, a condenação dos demandados ao

⁵⁷¹ O Enunciado 357 cancelou o Enunciado 179 da III Jornada, o qual previa: Art. 572: A regra do art. 572 do novo Código Civil é aquela que atualmente complementa a norma do art. 4º, 2ª parte, da Lei n. 8.245/91 (Lei de Locações), balizando o controle da multa mediante a denúncia antecipada do contrato de locação pelo locatário durante o prazo ajustado.

⁵⁷² Recurso Especial nº 1.186.789/RJ, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 20-03-2014, votação unânime, publicado no DJe em 13-05-2014.

pagamento de R\$ 1.200.500,00 (um milhão duzentos mil e quinhentos reais), corrigidos monetariamente e com acréscimo de juros legais, conforme previsto na cláusula penal estabelecida para o caso de rescisão unilateral e imotivada do contrato, cujo valor, conforme descrito na cláusula, era irredutível, independentemente do tempo de contrato que houvesse decorrido.

Em primeiro grau a sentença considerou as demandadas incurso na cláusula penal, cujo montante, entretanto, foi reduzido à metade, R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), em virtude do parcial cumprimento do contrato. A decisão desacolheu o argumento dos demandados, os quais propugnavam que o cálculo da pena fosse procedido conforme uma equação matemática, de modo que cada fração útil da prestação cumprida fosse descontada do montante da pena, nos termos do art. 413 do Código Civil. Assim, considerando o período do contrato efetivamente cumprido pelo jornalista — equivalente ao proveito útil de 95,22% do contrato pela TV Globo —, a pena deveria restringir-se, proporcionalmente, ao período faltante para o seu término — 4,78% do tempo de contrato que fora descumprido. Face à sucumbência parcial, apelaram os vencidos, mas no atinente ao montante da pena o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a sentença. Inconformadas, as partes interpuseram Recursos Especiais, os quais não foram providos. O Acórdão resultou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO CIVIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE CELEBRADO ENTRE REDE DE TELEVISÃO E APRESENTADOR (ÂNCORA) DE TELEJORNAL. ART. 413 DO CDC (sic). CLÁUSULA PENAL EXPRESSA NO CONTRATO.

1. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil - cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação principal -, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido. Há dois tipos de cláusula penal, o vinculado ao descumprimento total da obrigação e o que incide quando do incumprimento parcial desta. A primeira é denominada pela doutrina como compensatória e a segunda como moratória.

2. A redução equitativa da cláusula penal a ser feita pelo juiz quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte não é sinônimo de redução proporcional. A equidade é cláusula geral que visa a um modelo ideal de justiça, com aplicação excepcional nos casos legalmente previstos. Tal instituto tem diversas funções, dentre elas a equidade corretiva, que visa ao equilíbrio das prestações, exatamente o caso dos autos.

3. Correta a redução da cláusula penal em 50%, visto que o critério adotado pelo Código Civil de 2002 é o da equidade, não havendo falar em percentual de dias cumpridos do contrato. No caso, as rés informaram à autora sobre a rescisão contratual quando os compromissos profissionais assumidos com outra emissora de televisão já estavam integralmente consolidados.

4. Entender de modo contrário, reduzindo a cláusula penal de forma proporcional ao número de dias cumpridos da relação obrigacional, acarretaria justamente extirpar uma das funções da cláusula penal, qual seja, a coercitiva, estimulando rupturas contratuais abruptas em busca da melhor oferta do concorrente e induzindo a prática da concorrência desleal.

5. Sob a vigência do Código Civil de 1916, era facultado ao magistrado reduzir a cláusula penal caso o adimplemento da obrigação fosse tão somente parcial, ao passo que no vigente Código de 2002 se estipulou ser dever do juiz reduzir a cláusula penal, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, afastando-se definitivamente o princípio da imutabilidade da cláusula penal. A evolução legislativa veio harmonizar a autonomia privada com o princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato, instrumentário que proporcionará ao julgador a adequada redução do valor estipulado a título de cláusula penal, observada a moldura fática do caso concreto.

6. No caso ora em exame, a redução da cláusula penal determinada pelas instâncias inferiores ocorreu em razão do cumprimento parcial da obrigação. Ainda que se considere a cláusula penal em questão como compensatória, isso não impossibilita a redução do seu montante. Houve cumprimento substancial do contrato então vigente, fazendo-se necessária a redução da cláusula penal.

7. No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

8. Recursos especiais não providos.

Sobressai no julgamento o acerto do critério utilizado para minoração do valor da penal, confirmando o entendimento doutrinário e o conteúdo dos enunciados no sentido de que a proporcionalidade motriz da redução equitativa da pena não é matemática, e também desconsiderando a cláusula em que as partes estipulavam a irredutibilidade da pena, eis que se trata de norma imperativa.

Nada obstante, percebe-se nitidamente que não há substancial diferença, ou melhor, não é clara a distinção quanto às circunstâncias do negócio levadas em conta no juízo de ponderação para redução da pena no caso do art. 413, primeira parte, e na hipótese da segunda parte do mesmo artigo.

3.4.2 O efeito de limitação da indenização à pena pactuada na ausência de convenção expressa para ressarcimento do dano excedente

O art. 416, antigo art. 927 do diploma revogado, dispõe em seu parágrafo único a limitação da indenização ao valor convencionado a título de pena, se as partes não houverem

ressalvado, expressamente, a possibilidade de o credor exigir o dano que superar o montante da pena. Por um lado, ao permitir que as partes pactuem expressamente a exigibilidade do dano que ultrapassar o valor da pena a referida norma disponibilizou um instrumento ao credor para resguardar o seu direito à reparação integral. Por outro lado, no entanto, o dispositivo dá margem à mesma problemática que referimos quando tratamos do art. 1382 do Código Civil italiano. Como mencionamos alhures, se as partes não convencionam expressamente a faculdade de o credor exigir o ressarcimento do dano ulterior — na dicção do art. 1382 do Código Civil italiano — ou a indenização suplementar — segundo a redação do art. 416, § único, do Código Civil brasileiro de 2002 — e o prejuízo efetivo exceder o montante fixado a título de pena, o credor não poderá exigir indenização suplementar, restando limitado o ressarcimento ao montante estabelecido na cláusula penal. Significa dizer que a indenização pelo dano excedente é preclusa ao credor.

É sabido que as cláusulas penais diferem das cláusulas de limitação do dever de indenizar. Acentua Pinto Monteiro⁵⁷³ que tais figuras distinguem-se seja no tocante à finalidade, seja no que concerne ao seu modo de funcionamento ou atuação. A cláusula penal constitui-se tipicamente como *sanção destinada a compelir o devedor* ao adimplemento, configura, pois, um instrumento *de reforço do contrato e de tutela do credor*. A cláusula limitativa, por sua vez, ao estabelecer um teto máximo ao montante da indenização, *beneficia o devedor*. É certo, todavia, que a cláusula penal pode também ser pactuada com o escopo de pré-liquidação dos danos (dita *cláusula de fixação antecipada da indenização*), e, neste caso, nada impede que as partes estipulem uma limitação ao *quantum* indenizatório por meio da cláusula penal. Haverá, portanto, evidente aproximação dos institutos quanto à sua finalidade última. De qualquer sorte, mantém-se a distinção relativa ao seu funcionamento. A cláusula penal *estabelece um valor fixo, invariável*, que obsta a pretensão à indenização, ressalvada a hipótese de as partes terem pactuado o contrário. A cláusula de limitação do dever de indenizar estatui um *plafond*, limite máximo a que poderá chegar o valor da indenização, mesmo que os danos efetivos superem tal valor. Ademais, diversamente da cláusula penal, a cláusula de limitação do dever de indenizar não desincumbe o credor de provar o prejuízo sofrido e o seu montante, o qual poderá ser reparado até o valor máximo acordado⁵⁷⁴.

⁵⁷³ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. Op. cit., p. 263.

⁵⁷⁴ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula Penal e Indemnização*. Op. cit., p. 264.

No mesmo sentido, Ana Prata assevera⁵⁷⁵:

A cláusula penal, na sua conformação comum, tem a eficácia prática de uma cláusula de agravamento da responsabilidade do devedor, o que justifica a sua concepção funcional como sendo a de uma garantia do cumprimento ou de reforço da obrigação principal. É, de facto, usual que ela se concretize num montante previsivelmente excedente do valor dos danos, havendo autores que reservam o conceito de cláusula penal, em sentido próprio, para esta convenção que, sendo agravadora da responsabilidade devedora pelo não cumprimento, actua como uma garantia deste. No entanto, não constituindo tal configuração uma imposição legal na maior parte dos ordenamentos jurídicos, resulta ela de uma previsão negocial que, além de poder falhar, não é necessária, nos termos da lei, bem podendo, inversamente, traduzir-se num montante previsto como inferior ao dos danos ou como tendencialmente equivalente ao deles.

Prossegue a jurista⁵⁷⁶, refutando a doutrina que se apoia na cláusula penal para afastar a vedação às cláusulas de limitação de responsabilidade:

E, por outro lado, se se verificar que a concepção funcional legal da cláusula penal é a de uma proteção da posição creditícia e que é justamente em atenção a tal função — que a cláusula, aliás, comumente desempenha na prática negocial — que a lei a admite, então parece estar definitivamente afastado o argumento que da cláusula penal se procura retirar para permissão das cláusulas de limitação da indemnização.

Embora a cláusula penal e a cláusula de limitação de responsabilidade sejam, portanto, distintas, é inegável que elas podem ter como ponto de contato a limitação do montante do ressarcimento. A cláusula penal compensatória — através da qual se estabelece um montante predeterminado, como liquidação preventiva dos danos, a ser pago pela parte inadimplente em caso de descumprimento total ou parcial da obrigação —, tem por efeito limitar a indenização, salvo convenção expressa das partes prevendo a possibilidade de a parte prejudicada exigir eventual dano excedente ao valor da pena. A ausência de tal ajuste conduz à limitação do dever de indenizar, que é, justamente, o efeito típico da cláusula limitativa.

Na mesma esteira a posição de Fernanda Girardi Tavares⁵⁷⁷:

⁵⁷⁵ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Coimbra: Almedina, 2005 (reimpressão), p. 52-54.

⁵⁷⁶ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. *Op. cit.*, p. 624-625.

⁵⁷⁷ TAVARES, Fernanda Girardi. Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar. In: MARQUES, Cláudia (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 369-370.

A cláusula penal compensatória poderá ser utilizada para atingir a finalidade comumente buscada por meio das cláusulas de limitação de responsabilidade civil, toda vez que aquela for estipulada sem que seja ressalvada, expressamente, a possibilidade de percepção de indenização suplementar (a ser acrescida ao mínimo convencionado na cláusula penal, mediante prova da extensão do dano), a teor do que dispõe o art. 416 do CC/ 2002.

Com efeito, havendo estipulação da cláusula penal compensatória, estar-se-á prefixando o valor com o qual o devedor irá arcar na hipótese de inexecução culposa da obrigação, caso o credor não opte pela exigência da prestação *in natura* (quando o seu cumprimento ainda for possível e interessar ao credor). Isso faz com que o credor abdique da reparação, pelas vias ordinárias, das perdas e danos decorrentes do inadimplemento culposos da obrigação, já que o ressarcimento ficará limitado àquilo que houver sido convencionado na cláusula penal.

A aproximação da cláusula penal à função exercida pela cláusula de limitação de responsabilidade é reconhecida pela doutrina, reconhecendo-se que, muitas vezes, “a cláusula penal servirá como limitadora do direito de requerer uma indenização pelo inadimplemento do devedor, até mesmo porque o credor, salvo estipulação em contrário, terá a reparação limitada ao valor ajustado na cláusula, sendo-lhe como se expôs, vedado optar por apurar a indenização pela avaliação das efetivas perdas e danos.”

Assim, como visto, ainda que o prejuízo supere ou fique aquém do valor consubstanciado na cláusula penal, estipulada negocialmente entre as partes, não é facultado ao credor desconsiderá-la para que seja buscado o ressarcimento na exata medida do dano sofrido. Admitindo-se tal hipótese, estar-se-ia por suprimir a eficácia de uma das funcionalidades mais prestantes da cláusula penal, além de se estar desconsiderando o pactuado pelas partes, especialmente diante da nova dicção do art. 416. Isso porque o intuito, ao se estipular cláusula penal compensatória sem a ressalva da possibilidade de suplementação da indenização pode, justamente, ser a limitação da reparação do dano decorrente da inexecução.

Judith Martins-Costa⁵⁷⁸, ao comentar o parágrafo único do art. 416, alude à utilidade para o credor em estipular a cláusula penal, prefixando o que lhe caberá em caso de descumprimento imputável e culposos da obrigação que a pena convencional visa a assegurar. Esta consiste em facilitar o recebimento da indenização, evitando que o credor deva produzir em juízo a prova da existência do dano e da sua extensão, bem como resguardar-se de alegação do devedor de ausência de interesse patrimonial. Entretanto, ao estabelecer a cláusula penal, o credor assume o risco de que o eventual dano decorrente do inadimplemento ou do adimplemento inexato seja superior ao montante fixado a título de pena. Para eliminar este risco, podem as partes pactuar a possibilidade de indenização suplementar. Não o fazendo, deverá o credor contentar-se com a prestação objeto da cláusula penal. Sobre a

⁵⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Op. cit.*, p. 727.

ausência de convenção das partes relativa à exigibilidade do prejuízo excedente ao montante da pena, aduz a jurista⁵⁷⁹:

A regra é dispositiva: se nada pactuaram as partes, o que foi estabelecido na cláusula penal deve ser considerado atinente ao total da indenização devida.

(...)

A autonomia privada permite essa figura mista de cláusula penal e de cláusula de limitação de indenização.

Tendo em vista, porém, as diferentes finalidades a que se destina a cláusula penal — reforçar a obrigação contratual, e, por conseguinte, tutelar a posição do credor — e a cláusula de limitação do dever de indenizar — beneficiar o devedor — admitir que a primeira possa produzir efeito típico da segunda, especialmente quando a cláusula penal consubstancia montante insuficiente ou irrisório, em prejuízo do credor, parece-nos contraditório. Particularmente porque a situação inversa é autorizada pela lei, isto é, quando a cláusula penal for demasiadamente gravosa para o devedor, ela deve ser reduzida judicialmente, mesmo de ofício.

No caso do Brasil a situação é ainda mais delicada. À diferença do Código Civil italiano, cujo art. 1229 veda expressamente as cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade contratual por dolo ou culpa grave, ou, ainda, por violação de obrigações derivadas de normas de ordem pública —, no nosso Código Civil vigente tais convenções não são reguladas. Mais ainda, a tendência no Brasil é que as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade sejam reconhecidas como válidas, com algumas ressalvas, elencadas por Tavares⁵⁸⁰:

Passando ao exame dos limites pertinentes à estipulação das cláusulas de não indenizar em contratos paritários, ver-se-á que possuem diversas origens e podem ser assim sistematizados: (a) ordem pública; (b) dolo ou culpa grave; (c) elemento essencial do contrato; e (d) limitações legais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite as cláusulas de exclusão de responsabilidade mesmo em alguns tipos de contrato de consumo⁵⁸¹ e de adesão⁵⁸², desde que

⁵⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. *Op. cit.*, p. 727-728.

⁵⁸⁰ TAVARES, Fernanda Girardi. Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Op. cit.*, p. 386

⁵⁸¹ Lei nº 8.078/90, Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

escritas de forma clara, propiciando efetivo conhecimento do seu conteúdo. São também permitidas cláusulas de exclusão de responsabilidade em contratos de seguro, por exemplo, no que respeita à cobertura de danos morais, desde que excluídos expressamente dos danos pessoais⁵⁸³.

Na Alemanha a situação que descrevemos como contradição entre a finalidade da cláusula penal e seu possível efeito de limitar a indenização ocorre apenas excepcionalmente. O credor é autorizado a pretender o prejuízo que superar o valor da pena, valendo este último como importância mínima do dano (§340, n. 2, do BGB), exceto no caso de o objeto da cláusula penal não consistir em uma soma pecuniária (§ 342 do BGB). Esta é também a interpretação de Ana Prata⁵⁸⁴:

No direito alemão federal, porém, o regime da cláusula penal parece indiciar a sua clara concepção de agravamento da responsabilidade, pois, estando a sua exigibilidade dependente do não cumprimento, não lhe constitui obstáculo a inexistência de danos; mas, verificando que estes — isto, é, constituindo a inexecução o credor num direito indemnizatório de acordo com o regime legal — pode o credor exigir a pena, como quantitativo mínimo do dano, não estando, do mesmo passo, impedido de provar dano excedente, obtendo a respectiva indemnização. Isto é, a pena convencional configura-se, nos termos da segunda parte do § 340 do BGB, como indemnização mínima, que não afasta o direito ao ressarcimento nos termos

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

⁵⁸² No Superior Tribunal de Justiça, as cláusulas de exclusão ou de limitação de responsabilidade são aceitas em alguns tipos de contrato de consumo e de adesão: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão." Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 319707/SP, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para o acórdão Ministro Castro Filho, julgado em 07-11-2002, votação não unânime, publicado no DJ em 28-04-2003, p. 198). Porém, há que observar certas circunstâncias, como por exemplo, o disposto nas Súmula n° 302: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado; e Súmula n° 130: A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento. Ainda: Consumidor. Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão. Prequestionamento. Extravio de mercadoria em transporte aéreo internacional. Limitação do ressarcimento pela Convenção de Varsóvia. CDC. Aplicabilidade. - Não incorre em omissão o acórdão que analisa a questão sob enfoque legal diverso do consignado pela parte. - Inviável o recurso especial quando ausente o prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados. - Não prevalece a limitação da indenização preconizada pela Convenção de Varsóvia na vigência do CDC. Recurso provido. (REsp 658748/RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04-08-2005, votação unânime, publicado no DJ em 22-08-2005, p. 268; REPDJ 05-09-2005, p. 402).

⁵⁸³ Este entendimento encontra-se sufragado na Súmula 402 do STJ: O contrato de seguro por danos pessoais compreende danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão.

⁵⁸⁴ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Op. cit., p. 54.

gerais, caso este seja mais extenso, excepto no caso de a pena não consistir numa prestação pecuniária (§ 342).

Na França o problema é mitigado, dada a possibilidade de aumento judicial da pena irrisória, a teor do disposto no art. 1152 do *Code Civil*.

Não há dúvidas de que conforme o montante fixado na cláusula penal, as partes podem lhe atribuir feição agravadora ou limitadora da responsabilidade, vale dizer, podem pactuar uma soma excedente ou insuficiente em relação aos danos previsíveis. Isto faz parte da álea inerente à cláusula penal⁵⁸⁵.

Contudo, a cláusula penal pode funcionar como instrumento de ilegal limitação da responsabilidade do devedor, quando, por exemplo, o montante da pena for irrisório — em si mesmo ou no tocante à extensão dos danos —, ou quando o seu valor for previsível e verificadamente muito inferior ao prejuízo. Por outro lado, o ordenamento brasileiro não impede que a pena convencionada seja insuficiente para ressarcir os danos, não admitindo, pelo menos expresamente, a elevação judicial do montante da pena manifestamente inferior aos danos. Esta circunstância impõe dificuldades a que a cláusula penal com efeito prático de limitação do dever de indenizar possa ser tratada como se típica cláusula limitativa fosse. No caso de a cláusula penal atuar como cláusula limitativa em fraude à lei, a solução da questão é mais simples, já que a subtração convencional do devedor às consequências decorrentes de sua conduta dolosa ou gravemente culposa atenta contra a ordem pública⁵⁸⁶.

A situação é mais complexa quando, por erros na previsão de eventuais danos ou por alteração das circunstâncias após a estipulação da cláusula, o montante fixado a título de pena venha a revelar-se desproporcionadamente insuficiente. Não há falar, aqui, da possibilidade de aplicação à cláusula penal do regime das cláusulas limitativas do dever de indenizar. Contudo, é possível perquirir se a solução não poderia ser encontrada no princípio da equidade — que rege a redução judicial da pena manifestamente excessiva — no sentido de admitir-se a possibilidade de reforço judicial da pena quando o montante da pena insuficiente, de modo excessivamente gravoso para o credor em relação ao dano por ele sofrido⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Op. cit., p. 109-111.

⁵⁸⁶ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Op. cit., p. 113.

⁵⁸⁷ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Op. cit., p. 115.

Vale a pena, nesta sede, tecer uma brevíssima retrospectiva histórica sobre a redução judicial da cláusula penal. Não se discute que a pena convencional tenha sido utilizada, durante muito tempo, como referimos anteriormente, de forma abusiva por parte dos credores, oprimindo os devedores com cláusulas penais exorbitantes, mormente em razão da força econômica dos primeiros. Este mau uso do instituto conduziu à intervenção do legislador, atribuindo ao juiz o poder de moderar equitativamente as penas. Aduz Ana Prata⁵⁸⁸ que a mesma exigência não se fez sentir na situação contrária (cláusulas penais irrisórias ou insuficientes), em virtude de a cláusula penal ser concebida, via de regra, como instrumento de pressão sobre o devedor, cujo montante é, frequentemente superior aos danos previsíveis, bem como tratar-se de casos menos comuns. Além disso, o problema da fixação da pena em valor inferior ao prejuízo previsível foi subsumido na discussão sobre as cláusulas de limitação de responsabilidade.

A propósito, explicita Nelson Rosenvald⁵⁸⁹:

Há tempos já abandonamos a concepção de ser o devedor invariavelmente a parte mais frágil da relação obrigacional. Se na maior parte dos casos será ele o contratante tutelado, em algumas hipóteses será o credor que se encontrará em posição de fragilidade, diante de uma cláusula penal de valor irrisório. Cuida-se, também, de uma situação em que o juiz será convocado para reforçar equitativamente a pena.

Desta feita, entendemos, seguindo a proposição de Ana Prata⁵⁹⁰, que a mesma razão de equidade legitimadora da redução judicial da pena manifestamente excessiva, autoriza a sua majoração, sobretudo nas relações paritárias. Assegurar tal simetria de tratamento, ademais, concretizaria substancialmente o aclamado princípio da igualdade.

Outra solução plausível seria atribuir ao credor, em caso de pena manifestamente irrisória ou insuficiente frente ao real prejuízo sofrido, a faculdade de requerer a cláusula penal ou renunciar a ela mediante a opção pela indenização conforme as regras gerais, pelas vias ordinárias.

⁵⁸⁸ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Op. cit., p. 115-116.

⁵⁸⁹ ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

⁵⁹⁰ PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Op. cit., p. 116-117.

Orientação similar foi adotada em um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa tem o seguinte teor⁵⁹¹:

APELAÇÃO CÍVEL. RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE APARTAMENTO. CLÁUSULA PENAL CUJA INCIDÊNCIA É MANIFESTAMENTE INSUFICIENTE PARA, NO CASO CONCRETO, RECOMPOR O PREJUÍZO DA PROMITENTE-VENDEDORA, CONSIDERANDO A OCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELOS PROMITENTES-COMPRADORES POR MAIS DE DEZ ANOS. INDENIZAÇÃO COM BASE NO ALUGUEL DO IMÓVEL, AFASTADA, TODAVIA, A CLÁUSULA PENAL, POIS CONSISTE NA PREFIXAÇÃO DOS PREJUÍZOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.

Lê-se no corpo do acórdão que os julgadores entenderam, de ofício, por afastar a cláusula penal substitutiva da indenização, em face da peculiaridade de que o seu montante resultava muito aquém do prejuízo suportado pelo credor. Reconheceram-lhe, por outro lado, o direito ao ressarcimento. Nas razões de decidir aludiu o relator:

Colegas: em ações da espécie, a regra é admitir a dedução de apenas 10% das parcelas pagas pelo promitente-comprador, o que normalmente é suficiente para indenizar o promitente-vendedor. Ainda mais em se tratando de terreno, pois seu valor, quando vendido novamente, é bem superior ao pelo qual prometido vender ao inadimplente.

O caso dos autos, todavia, é peculiar, e merece, por isso, solução diversa.

Os apelados estão na posse do imóvel desde junho de 1994, ou seja, há quase onze anos. Pela sentença, receberão os valores pagos com correção monetária, deduzida a cláusula penal de 10% sobre o valor do contrato, também atualizado.

Ora, mesmo considerando a atualização monetária do valor do contrato, do que resultaria mais de *vinte e cinco mil reais* de cláusula penal, ainda assim tem razão a apelante que seu prejuízo é infinitamente maior, pois os apelados não a indenizariam pelo tempo em que residiram no imóvel, cujo aluguel de mercado, conforme as contra-razões, é de R\$ 500,00, valor, aliás, bastante razoável. Assim, tem-se que, até a efetiva desocupação do imóvel, o prejuízo pelo não-uso do imóvel pela apelante seria de mais de *sessenta mil reais*, que deve ser recomposto.

Logicamente, sendo a cláusula penal a prefixação das perdas e danos, ela não pode coexistir com a indenização efetiva dos prejuízos. Do contrário, estar-se-ia indenizando duplamente o lesado, o que não se pode admitir.

Deste modo, devem os apelados indenizar a apelante pelo tempo de uso do imóvel, desde a imissão na posse até a efetiva desocupação, considerando-se o aluguel mensal de *quinhentos reais* (valor estimado pela apelante e não impugnado, o que dispensa inclusive futura liquidação da sentença, que não

⁵⁹¹ Apelação Cível n. 70009187022, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 10-3-2005, acórdão publicado no DJ n. 3063 de 17-3-2005. Em sentido idêntico Apelação Cível n. 70010785194, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 7-4-2005, acórdão publicado no Diário da Justiça n. 3087 de 22-4-2005.

é do interesse de qualquer das partes), corrigido pelo IGPM a partir de outubro/2003, além de juros de mora de 6% ao ano, eleváveis para 12% ao ano, a partir de janeiro/2003, em conformidade com o art. 406 do novo Código Civil, c/c art. 161, § 1º, do CTN, contados da citação. Juros que, nos mesmos percentuais, incidirão sobre os valores pagos pelos apelados, a partir da sentença.

Em consequência, fica afastada a incidência da cláusula penal concedida pela sentença.

(grifos no original)

A sensibilidade dos julgadores neste caso deve ser ressaltada, pois embora a solução para o caso não estivesse expressa na lei, resolveram o conflito com base em equidade, realizando, como assevera Pietro Rescigno⁵⁹², no sentido genérico do termo, a *justiça do caso concreto*.

⁵⁹² RESCIGNO, Pietro. Giudizio «necessario» di equità e «principi regolatori della materia». *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n. 1-2, anno 87, 1989, p. 2: “Col nome di equità s’intende (secondo una formula generalmente ripetuta, ma derivata da un’aprossimativa lettura di testi classici) la giustizia del caso concreto; più correttamente vuole indicarsi l’ipotesi di una decisione che il giudice prenda in ragione della particolarità e singolarità del fatto presentato al suo esame, operando una deroga o introducendo una eccezione al diritto comune.”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É da essência da cláusula penal, como foi possível demonstrar no presente estudo, o propósito de reforçar o adimplemento das obrigações contratuais. No entanto, esta finalidade tem sido relativizada no decorrer dos séculos, para isto tendo contribuído uma série de fatores.

No direito romano clássico a utilização da *stipulatio poenae*, como vimos, era muito conveniente, pois gerava diversos benefícios ao credor, atrelados à sua eficácia de atribuir coercibilidade a comportamentos desprovidos de conteúdo patrimonial e a relações não tuteladas pelo direito — e, portanto, reforçar o cumprimento da avença. Neste sentido, deve-se destacar a aptidão da estipulação penal para *patrimonializar* qualquer interesse do credor, tornando-o passível de ser exigido judicialmente.

Sobretudo no período clássico se formaram as interpretações acerca do regime jurídico aplicável à figura, posteriormente consolidadas no *Corpus Iuris Civilis* e que serviram de material para reelaboração das respectivas regras e desenvolvimento do instituto nos sucessivos períodos da história.

Desde os últimos períodos do direito romano a aproximação das ideias de pena e de ressarcimento de danos propiciou que a cláusula penal se delineasse com contornos próprios e peculiares.

Releva considerar que gradativamente a *stipulatio poenae* foi encontrando os até então inexistentes limites relativos à sua quantificação. Vimos que o direito romano comportava duas exceções à liberdade de fixação do *quantum* da pena: no período clássico com o objetivo de reprimir a usura e no direito justiniano com a fixação do dobro do valor da prestação originária como teto para todos os débitos. Esta determinação de Justiniano foi o primeiro golpe à finalidade da cláusula penal de reforço ao adimplemento, que teve por efeito restringir a garantia do credor.

Com a derrocada do Império Romano do Ocidente, instalou-se o caos e a instabilidade em todos os âmbitos da vida em sociedade. Retorna a praxe de utilização da cláusula penal com caráter coercitivo irrestrito para assegurar o cumprimento das convenções. Não obstante,

no afã de combater a burla à vedação canônica da usura, os canonistas desenvolveram, com base em uma releitura das fontes romanas, a doutrina do interesse, adequada para reprimir a prática ilícita sem ferir a tradição romana da *stipulatio poenae*. Ressurge, assim, a concepção da natureza indenizatória da cláusula penal, que, adotada por Dumoulin influenciou Pothier e consagrou-se no *Code Civil*.

Na Inglaterra medieval, em face de um *acidente histórico* — representado pela *equity* —, a cláusula penal não prosperou, e acabou por ser vedada no sistema da *common law*. Este modelo proibitivo que vigora até hoje, apesar das críticas exprimidas por operadores deste sistema provoca uma grave incerteza em relação à efetividade da cláusula. Caberá ao julgador determinar se a estipulação tem por fim instituir uma *penalty* ou liquidar danos, impondo-se sempre a dificuldade de prever se a cláusula será válida ou não. Encoraja-se, assim, o comportamento oportunista do devedor. Esta solução ademais, não é eficiente, já que os custos do risco são repassados à sociedade consumidora, e novamente suportados pela sociedade em virtude dos custos públicos gerados por eventual demanda judicial.

Nos países de tradição civilista, até hoje se discute acerca da natureza jurídica da pena convencional e das suas funções. Não há uniformidade de regimes. Foi possível verificar como a concepção individualista e voluntarista do Estado liberal influenciou a consolidação e a aplicação das regras relativas aos contratos, e, no tema da cláusula penal, isto propiciou a perpetração de abusos pelas partes economicamente mais fortes. Ocorre que houve o movimento de reação, de mudança de paradigma, impôs-se a concepção do Estado social, com novos postulados, orientando a elaboração e a interpretação das regras de Direito Privado conforme os princípios constitucionais, tendo a pessoa humana no epicentro do sistema.

No âmbito dos contratos, superou-se o princípio da intangibilidade. Ao juiz é atribuído o poder-dever de restaurar, com equidade, o equilíbrio econômico do contrato, buscando a justiça do caso concreto, atribuindo tratamento desigual aos desiguais para garantir a igualdade material, e conformando a relação contratual aos cânones da boa-fé objetiva e da função social.

Porém, ao estabelecer novas regras para a cláusula penal, não todas as codificações civis analisadas observaram que aos iguais deve ser atribuído idêntico tratamento.

Na França, quando das reformas legislativas de 1975 e de 1985, procurou-se estabelecer uma simetria de tratamento aos contratantes, propiciando que em certa medida a cláusula penal permaneça atuando como reforço ao adimplemento. O *Code*, ao prever a redução judicial de ofício da cláusula penal manifestamente excessiva, prevê também a hipótese, menos comum, mas não inexistente, de aumento da cláusula penal irrisória.

Na Alemanha, além da redução da cláusula penal manifestamente excessiva depender de pedido da parte interessada, se os prejuízos efetivos decorrentes do inadimplemento ou do adimplemento inexato superarem o montante fixado pelas partes a título de pena é assegurada a importância da penal como mínimo ressarcimento do dano (salvo na hipótese de a prestação objeto da cláusula penal não consistir em montante em dinheiro), facultado ao credor buscar o ressarcimento do dano excedente, mediante produção da prova pertinente.

O mesmo não ocorre na Itália e no Brasil. Nos Códigos Civis destes dois Estados o montante da pena deverá ser modificado equitativamente pelo juiz, de ofício, somente nas hipóteses de pena manifestamente excessiva, não havendo previsão de aumento da penal irrisória. Ainda, se o prejuízo causado pelo inadimplemento ou adimplemento inexato da obrigação superar o valor estipulado na cláusula penal, o credor só poderá exigir indenização pelo dano excedente se houver pacto expresso neste sentido, proporcionando que a cláusula penal opere como verdadeira cláusula de limitação do dever de indenizar.

Evidencia-se, portanto, flagrante degradação da finalidade de reforço do contrato ínsita à cláusula penal, nos referidos diplomas legais italiano e brasileiro, que, ademais, estabelecem soluções desiguais para contratantes iguais, pois a intervenção judicial nos domínios da autonomia privada, inclusive de ofício, é admitida somente em benefício do devedor.

Parece-nos, portanto, conveniente repensar a disciplina da cláusula penal nos Códigos Civis italiano e brasileiro, tendo como ponto de partida os modelos do *Code* e do BGB, singularmente considerados, ou conjugados. Nesta última hipótese, ao juiz seria atribuído (como já o é) tanto o poder-dever de redução do montante da pena manifestamente excessivo, quanto de majoração da cláusula penal irrisória (art. 1152 do *Code*); em qualquer dos casos, porém, o juízo de adequação no montante da pena seria procedido equitativamente com base em todos os legítimos interesses do credor, inclusive, mas não somente, o interesse patrimonial (§343 BGB).

A admissibilidade da majoração de ofício do valor da pena consistiria em desestímulo ao devedor, que, ao pretender reduzir judicialmente o montante da pena, poderia ser surpreendido com resultado contrário: a majoração do respectivo valor. Por conseguinte, em tese, as partes seriam mais incentivadas a cumprir suas obrigações contratuais e, sendo o caso, avaliariam com maior cautela a conveniência, ou não, de ingressar em juízo para discutir o valor da pena, em face do risco de pronúncia judicial contrária à pretendida.

Em relação ao problema do prejuízo superior ao valor da pena, entendemos que a faculdade de o credor exigir ressarcimento pelo dano excedente deveria ser reconhecida em qualquer caso, sem condicioná-la à convenção expressa. Isto porque somos da opinião que a cláusula penal, cujo propósito primeiro é reforçar o contrato, e, por conseguinte, tutelar a posição do credor, não possa ser utilizada como instrumento de limitação do dever de indenizar quando isto significar demasiada gravosidade ao credor.

Nas relações contratuais paritárias, com cláusulas de conteúdo negociado não há justificativa para se dispensar tratamento privilegiado ao devedor (redução da pena) em detrimento do credor (ausência de previsão de majoração da pena). A equidade que justifica a redução judicial da pena manifestamente excessiva justifica igualmente a majoração da pena manifestamente insuficiente.

O argumento de que o devedor quando celebra um contrato assume obrigações com a crença de que as cumprirá também é válido, ao inverso, para o credor, pois também este quando contrata cria legítimas expectativas de que os seus interesses serão satisfeitos. Ambas as partes estão sujeitas à crença de que o contrato celebrado será cumprido, e, portanto, igualmente podem submeter-se a cláusulas penais injustas que podem interferir no equilíbrio do negócio.

Entendemos, portanto, que a diferença de tratamento jurídico das partes contratantes nas relações paritárias, em flagrante desfavor do credor, degrada a finalidade de reforço da obrigação e fere o princípio da igualdade material. Enfim, o interesse primário do ordenamento que fundamenta o controle dos atos de autonomia privada — harmonizando-os com os princípios da solidariedade e da boa-fé objetiva, deve valer para todos os atos de autonomia privada e não apenas para aqueles praticados pelo titular do direito de crédito.

REFERÊNCIAS

- AGNINO, Francesco. *Clausola penale e tutela del consumatore*. Milano: Giuffrè, 2009.
- AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Le obbligazioni con clausola penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- ALBANESE, Bernardo. *Il Processo Privato Romano delle Legis Actiones*. Palermo: Palumbo, 1987.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 10. ed. reelaborada, Coimbra: Almedina, 2006.
- AMARAL NETO. Francisco dos Santos. A Equidade no Código Civil. *Revista do CEJ*, Brasília, abr./jun. 2004, n. 25, p. 16-23.
- ANKUM J. A. ‘Utilitatis causa receptum’. Sur la méthode pragmatique des juristes romains classiques. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, v. 15, 1968, p.119-133.
- BARATELLA, Maria Grazia. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 2006.
- BEEVER, Allan. The structure of aggravated and exemplary damages. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, 2003, p. 87-110.
- BENJAMIN, Peter. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: a Comparative Study of English and Continental Law. *The international and Comparative Law Quarterly*, v. 9, 1960, p. 600-627.
- BERGER, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Reprinted, Philadelphia: American Philosophical Society, 1991. Disponível em: <<https://books.google.com.br>>. Acesso em: 2 fev. 2015.
- BERTOLINI, Cesare. *La ratifica degli atti giuridici nell diritto privato romano*. v. 1 e 2 Roma: La Pasqualucci, 1891.
- _____. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. *Studi e Documenti di Storia e Diritto*, n. 15, 1894. p. 91-130 e 193-237.
- BETTI, Emilio. *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*. Roma: Edizioni Ricerche, 1958.
- _____. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: Giuffrè, 1955.

_____. *Lezioni di diritto romano: Rischio contrattuale - Atto illecito - Negozio giuridico*. Roma: Edizioni Ricerche, 1959.

_____. *Novissimo Digesto Italiano*. Voce 'Condanna' (Diritto Romano), v. 3 Torino: UTET, 1959, p.1081-1084.

_____. *Novissimo Digesto Italiano*. Voce 'Id quod interest'. v. 8 Torino: UTET, 1962, p. 133.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. v. 4 Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917.

_____. *Direito das Obrigações*. 8. ed. rev. e atual. por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile*. v. 3, 2. ed Milano: Giuffrè, 2000.

_____. *Diritto Civile*. v. 5 Milano: Giuffrè, 1994 (ristampa).

BIONDI, Biondo. *Contratto e stipulatio*. Milano: Giuffrè, 1953.

BISCARDI, Arnaldo. *Actio Pecuniae Traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1974.

_____. *La dottrina romana dell'obligatio rei*. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. La double configuration de la clause pénale en droit romain. *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*. Berlin: Duncker&Humblot, 1980. p. 257-268.

_____. 'Pecunia traiecticia' e 'stipulatio poenae'. *Labeo*, n. 24, 1978, p. 276-300.

_____. Riflessioni minime sul concetto di 'aequitas'. In: *Studi in memoria di Guido Donatuti*, v. 1, Milano: Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, 1973, p. 137-142.

BOBBIO, Norberto. *Novissimo Digesto Italiano*. Voce 'Sanzione'. v. 16 Torino:UTET, 1957, p. 530-540.

BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. v. 4 Milano: Giuffrè, 1979 (ristampa).

BONINI, Roberto. Obbligazioni indivisibili e clausola penale. *Archivio Giuridico*, n. 161, 1961. p.108-125.

BROGGINI, Gerardo. Riflessioni sull'equità. *Jus – Rivista di Scienze Giuridiche*, anno 22, fasc. 1, mar. 1975, p.1-43.

BRUNI, Alessandra. Clausola Penale e Poteri Riduttivi del Giudice. In: *Le Pene Private*, (a cura di) BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido. Milano: Giuffrè, 1985, p. 287-289.

BRUTTI, Massimo. *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*. v. 1 e 2 Milano: Giuffrè, 1973.

BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. 4. ed. Torino: UTET, 2003.
CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *Contracts*. Black Letter Series, 3. ed. St.Paul, Minn.: West Group, 1999.

CARDILLI, Riccardo. Archetipi dell'*oportere* nell'*oportere ex sponsione*. In: *Obligatio – Obbligazione: un Confronto Interdisciplinare*, (a cura di) COLOGNESI, Luigi Capogrossi; CURSI, M. Floriana. Napoli: Jovene, 2011. p. 1-16.

CASTRO VÍTORES, Germán de. *La clausula penal ante la harmonización del derecho contractual europeo*. Madrid: Dykison, 2009.

CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di Diritto Privato Europeo*. v. 2 Milano: Giuffrè, 2007.

CHERTI, Stefano. *La pena convenzionale nel diritto europeo*. Napoli: Jovene, 2013.

CIULEI, Georges. Éléments de la philosophie grecque dans la conception ciceronienne de l'équité. In : *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence: Faculté de Droit et des Sciences Économiques d'Aix-en-Provence, 1970, p. 201-207.

_____. Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, n. 46, 1968, p. 639-647.

CLARKSON, Kenneth; MILLER, Roger; MURIS, Timothy. Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?. *Wisconsin Law Review*, 1978, p. 351-390. Disponível em: «<http://heionline.org>». Acesso em: 16 jun. 2014.

COING, Helmut. A Typical Development in the Roman Law of Sales. *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht: 1947-1975*, Band 1. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1982, p. 61-74.

CONTINENTINO, Mucio. *Da Cláusula Penal no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1926.

CORRAL TALCIANI, Hernán. La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del cono sur. *Revista Chilena de Derecho*, v. 27, n. 3, 2000, p. 469-484.

COUDERT, Jean. *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*. Nancy: Société d'Impression Typographiques, 1957.

COVIELLO, Nicola. *Dell'equità nei contratti*. Napoli: Pesole, 1896.

DAVID, René. *Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: Teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946.

DE GEEST, Gerrit; WUYTS, Filip. *Encyclopedia of Law and Economics*. Penalty Clauses and Liquidated Damages, v. 3, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2000, p. 141-161.

DE ROBERTIS, Francesco M. *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione: Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*. v. 1 Bari: Cacucci, 1983.

_____. 'Quanti res est – id quod interest' nel sistema della grande Compilazione (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano). *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n. 32, 1966, p. 114-128.

DONATUTI, Guido. Di un punto controverso in materia di stipulazione penale. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n. 1, fasc. 1, 1935, p. 299-306.

DRAETTA, Ugo; LAKE Ralph B. Les clauses pénales et les pénalités dans la pratique du commerce international. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 3, 1993, p. 261-272.

DURFEE, Edgar N. Basis of Relief from Penalties and Forfeitures. *Michigan Law Review*, v. 20, n. 6, apr. 1922, p. 646-649. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1278293>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

EVADE, Jean-Louis. La reduction des clauses pénales excessives — A propos de la loi du 9 juillet 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale. *Gazette du Palais, Doctrine*, 1976, 2^e sem., p. 449-451.

FENET, P.A. *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*. t. 13, Paris: Vedecoq, 1856, p. 336. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

FLINIAUX, Andre. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge (Origine des art. 1152, 1226 et ss. du Code Civil français). In: *Mélanges Paul Fournier*, Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 233-247.

FORZIERI VANNUCCHI, Olga. *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*. Milano: Giuffrè, 1973.

FREZZA, Paolo. La clausola penale. In: *Scritti*, (a cura di) AMARELLI, Francesco; GERMINO, Emilio, v. 2, Roma: Pontificia Universitas Lateranensis-Mursia, 2000, p. 335-377.

GABRIELLI, Enrico. Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale. *Rassegna di Diritto Civile*, v. 2, n. 4, ano 5, 1984, p. 901-930.

_____. *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*. Torino: Giappichelli, 2012.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3. ed. Torino: UTET, 2008.

GANDOLFI, Giuseppe. *Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici: Corso di Egesi delle fonti del diritto romano*. Milano: La Goliardica, 1962.

_____. Criteri sussidiari e fine primario dell'ermeneutica negoziale. In: *Studi in Onore di Gaetano Scherillo*, v. 1, Milano: Istituto Editoriale Cisalpino – La Goliardica, 1972, p. 29-40.

_____. *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1966.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Trad. e comp., Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México. Disponível em: «<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/>». Acesso em: 20 nov. 2005.

GILIBERTI, Giuseppe. La 'Stipulatio Poenae', in D. 19.2.54.1 (Paul. 5 Resp.). *Labeo*, n. 29, 1983, p. 44-49.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. Antonio Manuel Hespanha, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIRARD, Paolo Federico. *Manuale Elementare di Diritto Romano*. Versión italiana sulla quarta edizione francese con aggiunte dell'Autore, e con postille bibliografiche di Carlo Longo. Milano: Società Editrice Libreria, 1909.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GROSSO, Giuseppe. *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione: Obbligazioni alternative e generiche*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1955.

GUARINO, Antonio. *La Società in Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 1988.

_____. *Novissimo Digesto Italiano*. Voce 'Equità' (Diritto Romano), v. 6, Torino: UTET, 1960, p. 619-624.

_____. L' 'aequitas'. In: *Pagine di Diritto Romano*, v. 4, Napoli: Jovene, 1994, p. 198-210.

GUARNERI CITATI, Andrea. *Studi sulla obbligazioni indivisibili nel diritto romano*. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972.

GUASTALLA, Emanuele Lucchini. Riflessioni in tema di clausola penale. *Rivista di Diritto Civile*, v. 60, n.1, jan/fev, 2014, p. 91-102.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamerica: Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

HUC, Théophile. *Commentaire Théorique & Pratique du Code Civil*. t.7, Paris: Pichon, 1894.

KAPLAN, Phillip R. A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages. *Southern California Law Review*, v. 50, 1977-1978, p. 1055-1090. Disponível em: «<http://heinonline.org>». Acesso em: 16 jun. 2014.

KARRER, Pierre. Liquidated Damages and Penalty Clauses — A Comparative Study. *The International Contract — Law & Finance Review*, v. 1, n. 1, 1980, p. 225-230.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

KNÜTEL, Rolf. *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*. Forschungen zum Röm. Recht, 34. Köln;Wien: Böhlau, 1976.

LOYD, William H. Penalties and Forfeitures: Before *Peachy v. The Duke of Somerset*. *Harvard Law Review*, v. 29, n. 2, dec. 1915, p. 117-136. Disponível em: «<http://www.jstor.org/stable/1326220>». Acesso em: 11 nov. 2014.

MAGAZZÙ, Andrea. *Enciclopedia del Diritto*. Voce Clausola Penale. v. 7 Milano: Giuffrè, 1960, p. 186-196.

MAGDELAIN, André. *Le consensualisme dans l'édit du préteur*. Paris: Sirey, 1958.

MARINI, Annibale. *La Clausola Penale*. Napoli: Jovene, 1984.

MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação de antinomias pelo “diálogo das Fontes”. In: *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Convergências e Assimetrias*, PFEIFFER, Roberto A. C; PASQUALOTTO, Adalberto (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-82.

MARRONE, Matteo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Palermo: Palumbo, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed., t. 2, v. 5 Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZZARESE, Silvio. *Clausola Penale: Artt. 1382-1384*. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. Clausola Penale e Pena Privata. In: *Le Pene Private*, (a cura di) BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido. Milano: Giuffrè, 1985, p. 259-286.

MAZEAUD, Denis. *La notion de clause pénale*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.

_____. La révision du contrat: rapport français. In: *Le contrat. Journées brésiliennes/Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Paris: Société de Législation Comparée, 2008, p. 553-589. Disponível em: «<http://www.henricapitant.org/sites/default/files/3.%20R%C3%A9vision%20du%20contrat%20Rapport%20fran%C3%A7ais%20D.%20Mazeaud.pdf>». Acesso em: 24 jun. 2014.

MESTRE, Jacques. De la notion de clause pénale et de ses limites. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1985, p. 372-377.

MIGLIASSO, Davide. *La clausola penale*. Milano: Giuffrè, 2007.

MOHNHAUPT, Heinz. 'Lex certa' and 'ius certum': The Search for Legal Certainty and Security. In: *Natural law and laws of nature in early modern Europe: jurisprudence, theology, moral and natural philosophy*, (edited by) DASTON, Lorraine; STOLLEIS, Michael. Surrey: Ashgate Publishing, 2008, p. 73-88. Disponível em: «<https://books.google.com.br>». Acesso em: 2 fev. 2015.

MOSCATI, Enrico. *Enciclopedia del Diritto*. Voce Pena (Diritto Privato). v. 32 Milano: Giuffrè, 1982, p. 770-787.

_____. Pena Privata e Autonomia Privata. In: *Le Pene Private*, (a cura di) BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido. Milano: Giuffrè, 1985, p. 235-249.

_____. Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata. *Giurisprudenza Italiana*, serie 7, v. 134, Torino: UTET, 1982, p. 1783-1788.

NANNA, Concetta Maria. *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*. Padova: Cedam, 2010.

NEGRI, Alba. La Legge Francese sulla Clausola Penale. *Rivista di Diritto Civile*, anno 23, 1977, parte prima, Padova: CEDAM, p. 440-458.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2008.

ORMANNI, Angelo. Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica. In: *Studi in Onore di Emilio Betti*, v. 4 Milano: Giuffrè, 1962, p. 581-736.

OROSIMBO, Nonato. *Curso de Obrigações (Generalidades – Espécies)*. v. 2 Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PARDOLESI, Roberto. Liquidazione Contrattuale del Danno. In: *Le Pene Private*, (a cura di) BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido. Milano: Giuffrè, 1985, p. 251-257.

PASTORI, Franco. *Il negozio verbale in diritto romano*. Bologna: Cisalpino, 1994.

PATTI, Salvatore (traduzione e presentazione). *Codice Civile Tedesco*. Milano: Giuffrè, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 2, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINTO MONTEIRO, Antonio. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 25, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004, p. 113-141.

_____. *Cláusula Penal e Indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

PLESCIA, Joseph. The development of agency in roman law. *Labeo*, n. 30, 1984, p.171-190.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. 24, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1971. Reimpressão.

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. 26, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1971. Reimpressão.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, em conformidade com o Código Civil de 2002, t. 24 Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, em conformidade com o Código Civil de 2002, t. 26 Campinas: Bookseller, 2003.

PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*. Coimbra: Almedina, 2005 (reimpressão).

POSNER, Richard. Some Uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, p. 281-306. Disponível em: «http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2864&context=journal_articles». Acesso em: 16 jun. 2014.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations*. In: *Oeuvres complètes de Pothier. Nouvelle Édition*. t. 1, part. 2, Paris: Thomine et Fortic, 1821. Disponível em: «<http://gallica.bnf.fr/>». Acesso em: 20 nov. 2014.

RATTI, Umberto. Il rissarcimento del danno nel diritto Giustiniano. *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, n. 40, fasc. 1, 1932, p. 169-199.

RESCIGNO, Pietro. Giudizio «necessario» di equità e «principi regolatori della materia». *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n. 1-2, anno 87, 1989, p. 1-12.

Reports of Cases Argued and Determined in the Courts of Common Pleas, and Exchequer Chamber, and in the House of Lords: from Michaelmas Term 42 Geo. III. 1799, to Michaelmas Term 42 Geo. III, 1801, Both Inclusive. With Tables of the Cases and Principal Matters. London: Printed by A. Strahan, 1802, p. 346-354. Disponível em: «<http://books.google.com/>». Acesso em: 12 nov. 2014.

Reports of Cases Argued and Determined in the Court of Common Pleas, and Other Courts. With Tables of the Cases and Principal Matters: from Trinity Term, 10 Geo. IV. 1829, to Trinity Term, 11 Geo. IV. 1830, Both Inclusive. London: Printed by A. Strahan, 1830, p. 141-149. Disponível em: «<http://books.google.com/>». Acesso em: 12 nov. 2014.

RICCOBONO JR, Salvatore. Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano, sino all'età degli Antonini. *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, v. 29, Palermo: Tipografia Michele Montaina, 1962, p. 105-458.

RIPOSATI, Benedetto. Una singolare nozione di 'aequitas' in Cicerone. In: *Studi in Onore di Biondo Biondi*, v. 2, Milano: Giuffrè, 1965, p. 445-465.

RODGER, Alan. Labeo, Proculus and the Ones that Got Away. *The Law Quarterly Review*, n. 88, 1972, p. 402-413.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2011.

ROSENVOLD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROWAN, Solène. Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 3, 2010, p. 495-517.

RUSSO, Andrea. *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*. Napoli: Jovene, 2012.

RUSSO, Domenico. *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. t. 2, 3. ed. Torino: UTET, 2004.

SACCONI, Giuseppina. *Ricerche sulla 'stipulatio'*, Napoli: Jovene, 1989.

_____. 'Stipulatio poenae' e 'quasi novatio' in D. 44.7.44.6, Paul. ad Ed. Praet., *Archivio Giuridico*, n. 204, 1984, p. 53-96.

SAMPER, Francisco. *Instituciones Jurídicas de Gayo: texto y traducción*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

SANTARONI, Massimo. Spunti Comparatistici in Tema di Clausola Penale. In: *Scritti in Onore di Rodolfo Sacco: La Comparazione Giuridica alle Soglie del 3° Millenio*, Tomo I, Milano: Giuffrè, 1994, p. 1057-1082.

SCARCELLA, Agatina Stefania. Libertà matrimoniale e 'stipulatio poenae'. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n. 66, 2000, p.147-164.

SCOGNAMIGLIO, Margherita. *Profili Ricostruttivi della Stipulatio Poenae nell'Esperienza Giuridica Romana*. In: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, v. 5, 2012, p. 1-32. Disponível em: «<http://www.teoriaestoriadeldiritto.com/index.php?com=index&cID=211>». Acesso em: 27 maio 2014.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. v. 2, 5. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SERRAO, Feliciano. *Sul danno da reato in diritto romano*. In: *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, serie 6, v. 20, Modena: Società Tipografica Modenese, 1956. p. 16-66.

SICARI, Amalia. *Pena Convenzionale e Responsabilità*. Bari: Cacucci, 2001.

SILLI, Paolo. *Digesto delle discipline privatistiche*. 'Equità' (Storia del Diritto). Sezione Civile 7, Torino: UTET, 1991, p. 477-498.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOLAZZI, Siro. Transazione e 'stipulatio aquiliana' nei giuristi e nei papiri. In: *Scritti di Diritto Romano*, v. 6, Napoli: Jovene, 1972, p. 531-536.

Statute of Anne (1705) 4 & 5 Anne c 16. Disponível em: «www.legislation.act.gov.au/a/db.../rtf/db_1835.rtf». Acesso em: 13 nov. 2014.

Statute of William III (1696) 8 & 9 Will 3 c 11 (Act for the Better Preventing of Frivolous and Vexatious Suits). Disponível em: «http://www.legislation.act.gov.au/a/db_1834/». Acesso em: 13 nov. 2014.

STEIN, Peter. *Regulae Iuris: From Juristic to Legal Maxims*. Edinburgh: University Press, 1966.

TAFARO, Sebastiano. CI. 7.47.1: Giustiniano e i limiti alla condanna del debitore. In: *L'usura ieri ed oggi*, (a cura di) TAFARO, Sebastiano. Bari: Cacucci, 1997, p. 213-230.

_____. *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*. Napoli: Jovene, 1980.

_____. La Limitazione dei debiti. *Diritto @ Storia Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 6, 2007. Disponível em: «<http://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Tafaro-Limitazione-dei-debiti.htm>». Acesso em: 2 fev. 2015.

_____. 'Emptio uno pretio' e 'id quod interest'. *Labeo*, n. 19, 1973, p. 31-41.

TALAMANCA, Mario. 'Conventio' e 'stipulatio' nel sistema dei contratti romani. In: *Le droit romain et sa reception en Europe*. Varsovie: Éditions de l'Université de Varsovie, 1978, p.195-266.

_____. Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano. In: *Mélanges Meylan*, v. 1, Lausanne, 1963, p. 325-337.

_____. F. Sturm, Stipulatio aquiliana. Textgestalt und tragweite der aquilianischen ausgleichsquittung im klassischen roemischen recht. *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, n. 76, 1973, p. 295-332.

_____. *Enciclopedia del Diritto*. Voce Pena (Diritto Romano: Pena Privata). v. 32, Milano: Giuffrè, 1982, p. 712-733.

_____. *Ricerche in tema di 'compromissum'*. Milano: Giuffrè, 1958.

TAVARES, Fernanda Girardi. Os instrumentos de equilíbrio contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: estudo da cláusula penal e da cláusula de não indenizar. In: MARQUES, Cláudia (coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 360-399.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil — Esboço*. v. 1 Brasília: Ministério da Justiça – Departamento de Imprensa Nacional, co-edição com a Universidade de Brasília, 1983.

_____. *Consolidação das leis civis*. v. 1 Obra fac-similar, Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.

The Jurist: Containing Reports of Cases Determined in Law and in Equity; and a General Digest of All the Cases Published and Statutes Passed During the Year 1840. With a Table of Cases and Index. v. 4, London, 1841, p. 666-668. Disponível em: «<http://books.google.com/>». Acesso em: 12 nov. 2014.

THILMANY, Jean. Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*. v. 32, n. 1, jan-mars, 1980, p. 17-54.

THOMAS, Joseph Anthony Charles. Words are tools, not masters. In: *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, v. 1. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino - La Goliardica, 1982, p. 23-32.

_____. Concurrence of Actions with ‘Actio Pro Socio’. *The Irish Jurist*, n. 7, 1972, p. 151-160.

_____. Sale Actions and other Actions. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, n. 26, 1979, p. 417-435.

TRIMARCHI, Michele. *La Clausola Penale*. Milano: Giuffrè, 1954.

_____. *Novissimo Digesto Italiano*. Voce ‘Clausola Penale’, v. 3 Torino: UTET, 1957, p. 351-353.

United Kingdom House of Lords Decisions: Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd. v New Garage & Motor Co Ltd [1915] AC 79, [1914] UKHL 1. Disponível em: «<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1914/1.html>». Acesso em: 12 nov. 2014.

VACCA, Letizia. Considerazioni sull’‘aequitas’ come elemento del metodo della giurisprudenza romana. In: *Studi in memoria di Giuliana D’Amelio*, v. 1 Milano: Giuffrè, 1978. p. 397-424.

VINEY, Geneviève. D. Mazeaud. La notion de clause pénale. *Revue Internationale de Droit Comparé*. v. 45, n. 3, jui.-sep. 1993. p. 721-722. Disponível em: «http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_00353337_1993_num_453_475_6». Acesso em: 23 jun. 2014.

VISKY, Karoly. La pena convenzionale in diritto romano all’inizio del principato. In: *Studi in Onore di Edoardo Volterra*, v. 1 Milano: Giuffrè, 1971, p. 597-635.

_____. L’applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale nel diritto romano. *IURA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, n. 19, 1968, p. 67-82.

_____. Clausole accessorie di garanzia delle obbligazioni all’epoca di Gaio. In: *Atti del 4° Convegno, Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia, 1981, p. 473-500.

VOCI, Pasquale. Una 'quaestio' di Papiniano in tema di 'stipulatio poenae': D. 45,1,115. In: *Studi di Diritto Romano*, v. 1 Padova: Cedam, 1985, p. 343-362.

_____. La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'. In: *Studi di Diritto Romano*, v. 1 Padova: Cedam, 1985, p. 363-406.

_____. *Le obbligazioni romane: corso di Pandette: il contenuto dell'obligatio*. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. *Enciclopedia del Diritto*. Voce 'Interpretazione del negozio giuridico' (Diritto Romano). v. 22 Milano, 1972, p. 252-277.

_____. Recensiones librorum: Rolf Knütel – Stipulatio Poenae. Studien zur römischen, Vertragsstrafe. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, v. 43, 1977, p. 637-645.

WATSON, Alan. *The law of obligations in the later roman republic*. Oxford: Clarendon Press, 1965.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1996.

ZOPPINI, Andrea. *La pena contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1991.