

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

**CLÁUSULA PENAL:
NATUREZA E FUNÇÃO NO DIREITO ROMANO**

SEPARATA

DE

**O SISTEMA CONTRATUAL ROMANO:
DE ROMA AO DIREITO ACTUAL**

**E D I Ç Ã O
E S P E C I A L
D A F A C U L D A D E
D E D I R E I T O
D A U N I V E R S I D A D E
D E L I S B O A**

2010

Coimbra Editora

F
342.1422
R696
CPN

STF00092404

CLÁUSULA PENAL: NATUREZA E FUNÇÃO NO DIREITO ROMANO

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema: natureza e função da cláusula penal contemporânea e sua posição no Direito Romano. 2. Cláusula penal como pena privada. 2.1. Cláusula penal no Direito mesopotâmico e no Direito grego. 2.2. Cláusula penal no Direito Romano: a concepção de pena privada. 3. Cláusula penal e ressarcimento de danos. 4. Cláusula penal e sua transposição do Direito Romano para o Direito medieval. 4.1. Ressurgimento da cláusula penal como pena privada. 4.2. Cláusula penal e seus controles canônicos: a usura debilita sua função punitiva. 4.3. Das presunções de usura à cláusula penal *in loco interesse*. 5. Conclusões.

ABREVIATURAS

- ALR — *Allgemeines Landrecht* (Código Territorial, Prússia, 1794)
ABGB — *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil da Áustria, 1812)
art. — Artigo
BGB — *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)
cf. — Conforme, confira
cit. — citado, *citatum*
D. — Digesto
ed. — Edição
op. — *opus*, obra
op. cit. — *opus citatum*, obra citada
p. — Página
par. — Parágrafo
s/d — sem data
s/e — sem edição
trad. — tradução, tradutor, traduzido

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: NATUREZA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL CONTEMPORÂNEA E SUA POSIÇÃO NO DIREITO ROMANO

F

342.3422

p. 696

cfw

As teorias ecléticas sobre a natureza e a função da cláusula penal ocupam, ainda, posição de preeminência no quadro teórico contemporâneo, atribuindo-se

a essa figura jurídica, ao menos no direito continental, a natureza de *pena privada* e de *admindculo de perdas e danos*. Coexistiriam, por assim, a função punitiva e a função ressarcitória. Existe, de entre as posições ecléticas, a admissão de uma terceira funcionalidade, a repressiva geral, com o uso da cláusula como técnica de desestímulo prévio ao incumprimento da obrigação. É a função de *desestímulo* do incumprimento.

Sob essa perspectiva, a cláusula penal atuaria como fator de repressão geral e de repressão especial, o que implicaria o desvalor da conduta e o desvalor do resultado como objetivos concomitantes da figura jurídica nos contratos.

Desde a publicação da obra de Walter Lindacher, na Alemanha, o dogma da natureza dúplice e da bifuncionalidade da cláusula penal sofreu sólida contestação científica. Segundo a concepção proposta nos estudos desse autor, dita monista, haveria uma cláusula penal punitiva (*Vertragsstrafe*), com cariz de pena privada, e uma cláusula penal ressarcitória, típico acordo global de compensação de danos (*Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen*).

Nas palavras de Walter Lindacher, "*das Dogma von der Bifunktionalität der Vertragsstrafe, auf dem die Kritik der Rechtsprechung gründet, erweist sich nämlich als Irrglaube. Zwar verfolgt der Gläubiger mit jeder Vertragsstrafenabrede typischerweise mehre Ziele. Ihm geht es sowohl um die Schaffung eines Sporns zu ordnungsgemäßer Erfüllung, als auch — für den Fall, daß dieses (zeitliche) Primärziel verfehlt wird — um die Erleichterung der Durchsetzung seines Ausgleichsinteresses, unter Umständen ferner auch darum, ein sonst nicht Ausgleichbares Nichtvermögensinteresse erstattungsfähig zu machen. Die Vertragsstrafe als Institut dient indes ausschließlich der Realerfüllungssicherung (§§ 11, 12, 14)*" (1).

Posteriormente, em França, com Denis Mazeaud, o monismo assume forma particular, com a definição da cláusula penal como uma espécie de pena privada (2). Em Portugal, na tese António Joaquim de Matos Pinto Monteiro, o monismo recebe fundamentação e é adotado, em termos legislativos, de modo expresso, no Código Civil de Macau (3).

Os debates entre o monismo e o dualismo da cláusula penal interessam profundamente ao Direito Romano.

Mais complexa do que se imagina, a questão acerca da natureza e da função da cláusula penal atende a dois resultados úteis: a) definir seus limites, o que

(1) LINDACHER, Walter F. *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe': Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag*. Frankfurt: Athenäum, 1972. p. 210.

(2) MAZEAUD, Denis. *La notion de clause pénale*. Paris: LGDJ, 1992. p. 293.

(3) PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Cláusula Penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 352.

implica a solução do problema de sua quantificação máxima; b) investigar a questão do poder dos juízes em reduzi-la.

O objeto desta comunicação, por conseguinte, é a propositura desse problema em sede romanística. Tentar-se-á provar que: a) a cláusula penal, em Roma, assumiu inicialmente função punitiva e, ao fim, ostentou função ressarcitória; b) as modificações operadas na cláusula penal no Direito Romano influenciarão o Direito medieval, que, por influxo do Direito Canônico, legará ao direito continental a cláusula penal ressarcitória.

2. CLÁUSULA PENAL COMO PENA PRIVADA

2.1. Cláusula penal no Direito mesopotâmico e no Direito grego

Nos direitos da Antiguidade Oriental, especialmente na consolidação babilônica de HAMURABI, as sanções variavam conforme o estamento social da vítima ou do infrator. O homem livre (*awelum*, literalmente filho do homem), ocupando o vértice da sociedade, era credor das maiores reparações. Sua condição privilegiada, contudo, não o eximia de pagar as injúrias e ofensas a outrem (4). Embora não se identifiquem penas designadas convencionalmente, estabelecia-se a obrigação de responder pelo descumprimento de certos contratos mediante indenização: "102.º — Se um negociante emprestou dinheiro a um comissário para suas empresas e ele, no lugar para onde se conduz, sofre um dano, deverá indenizar o capital ao negociante". Nos contratos de transporte, era fixada uma pena de cinco vezes o valor trasladado em face do extravio ou da apropriação dos bens (5).

As dificuldades de pesquisa histórica do Direito grego antigo manifestam-se notadamente no âmbito da cláusula penal. Convém ressaltar a existência, no Direito ateniense, de uma estipulação de caráter desproporcional ao incumprimento obrigacional, de valor imódico, voltada ao desestímulo do *solvens* relapso. Essa

(4) "203.º — Se um nascido livre espanca um nascido livre de igual condição, deverá pagar uma mina.

204.º — Se um liberto espanca um liberto, deverá pagar dez siclos.

205.º — Se o escravo de um homem livre espanca um homem livre, se lhe deverá cortar a orelha" (LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 4).

(5) "112.º — Se alguém está em viagem e confia a um outro prata, ouro, pedras preciosas ou outros bens móveis e os faz transportar por ele e este não conduz ao lugar do destino tudo que deve transportar, mas se apropria deles, dever-se-á convencer esse homem que ele não entregou o que devia transportar e ele deverá dar ao proprietário da expedição cinco vezes o que recebeu" (LIMA, João Batista de Souza. *Op. cit.*, p. 13).

figura jurídica dissociava-se da efetividade do dano e era cumulável com a obrigação principal (6).

2.2. Cláusula penal no Direito Romano: a concepção de pena privada

A cláusula penal, como figura jurídica autônoma, é saudada como uma criação original dos romanos (Paul Jörs, Biondo Biondi) (7).

Sua *sedes materiae* primitiva era a *stipulatio* (8) (9)

A associação da *stipulatio* com a noção de pena deu-se sem expressivas dificuldades (10). Em Roma, como usual nos Direitos antigos, a pena era um mecanismo de franca utilização. No plano das relações obrigacionais, a célebre Tábua XVIII, *de delictis*, cominava sanções para a infidelidade do depositário, que, nesse caso, deveria pagar pena dupla (*“Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur...”*) (PAULUS, *Collectio* 10, 7, 11) (11).

Assim exposto, não é incompreensível que, para SAVIGNY, a cláusula penal em Roma fosse uma pena, cujo suporte estaria na vontade privada (12). No Direito Romano arcaico e clássico, a *stipulatio poenae*, como saldo daqueles tempos de severidade das sanções, revestia-se do caráter de uma verdadeira pena privada (13).

3. CLÁUSULA PENAL E RESSARCIMENTO DE DANOS

Com a evolução dos costumes, especialmente no direito pós-clássico, a partir de famosa sentença de PAPIANUS (D.45,1,115,2) (14), é possível inferir o

(6) BENJAMIN, Peter. Penalties, liquidated damages and penal clauses in commercial contracts: a comparative study of english and continental law. *International and Comparative Law Quarterly*, London: Eastern Press, v. 9, n. 1/4, p. 600 a 627, jan./dec. 1960.

(7) JÖRS, Paulo. *Derecho privado romano*. Edição refundida por Wolfgang Kunkel. Tradução da segunda edição alemã de L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937. p. 243; PETIT, Eugène. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 451.

(8) BIONDO, Biondi. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1952. p. 463.

(9) PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 352. Nesse sentido, em relação à *sponsio*: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituciones de derecho romano*. Tradução da 10 edição italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1952. p. 452.

(10) BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Milano: F. Vallardi, 1902. p. 377.

(11) *“Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur...”* (PAULUS, *Collectio* 10, 7, 11).

(12) SAVIGNY, Frederic Carl de. *Le droit des obligations: partie du droit romain actuel*. Traduction de T. Hippert. Bruxelles-Paris: Bruylant-Christophe, A. Durand, 1873. t. 2. p. 421.

(13) FLINIAUX, A. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. In: *Mélanges Fournier*. Paris: Sirey, 1929. p. 234.

(14) *“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*

nascimento de uma nova função à cláusula penal, a de reparação de danos (15). Essa divisão produziria efeitos sobre a dogmática que perduram até os dias atuais.

Outro aspecto considerado pelos romanos foi o vínculo de accessoriedade da *stipulatio poenae* por efeito da obrigação principal. Os fragmentos de CELSUS (D.45,1,97, pr.) e ULPIANUS (D.45,1,69) assim o demonstram. No primeiro, um promitente assume o dever junto ao promissor de se apresentar em juízo e, caso não o faça, promete dar um centauro ao promissário (16). Nesse caso, tem-se apenas a promessa, sem que se confira uma sanção fisicamente possível. A imperfeição da pena não afeta a obrigação. Reversamente, na parte final da segunda sentença (17), a promessa de dar coisa impossível enseja a inexigibilidade da pena acessória à obrigação.

Encontram-se menções ao uso da pena no processo civil romano clássico. Um excerto de ULPIANUS (D.4,8,11,2) (18) acentua a existência do *pecuniam*

tandiu 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”.

(15) MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, p. 293.

(16) *“Si ita stipulatus fuero: ‘te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?’ proinde erit, atque ‘te sisti’ solummodo stipulatus essem”*(CELSUS, D.45,1,97, pr.).

(17) *“Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur”* (ULPIANUS, D.45,1,69).

(18) *“8.11 Ulpianus libro 13 ad edictum pr. Litigatores ierint, mox ad eundem arbitrum redierint, praetorem non debere eum cogere inter eos disceptare, qui ei contumeliam hanc fecerunt, ut eum spernerent et ad alium irent.*

1. *Arbitrum autem cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit.*

2. *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.*

3. *Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum, ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit.*

4. *Item Iulianus scribit non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non. Idem dicit, et si sub condicione fuerit poena compromissa, veluti ‘si navis ex Asia venerit, tot milia’: non enim prius arbitrum cogendum sententiam dicere, quam condicio exstiterit: ne sit inefficax deficiente condicione. Et ita Pomponius libro trigensimo tertio ad edictum scribit”.*

compromissam, cujo objeto poderia ser uma pena consistente em prestação de dar pecúnia ou outra coisa em seu lugar (*alia vice poenæ*).

Esse fragmento declara a proximidade do procedimento judicial (*rectius, iudex = arbiter = arbitral*) com a figura moderna da arbitragem, na proporção em que as partes se submetiam a um contrato (*rectius, compromissam*) pelo qual acolhiam a decisão do árbitro (*iudex*). Em caso de descumprimento da sentença arbitral (*sententia*), caberia à parte exigir a pena estipulada (*pecuniam compromissam*) ou outra (*alia vice poenæ*). Essa última expressão é constantemente invocada para sustentar a existência de diferentes manifestações materiais da pena, não necessariamente em pecúnia ⁽¹⁹⁾.

Ao credor era lícito exigir, *ad libitum*, a obrigação ou a pena.

ULPIANUS (D.2,14,10,1), com base em SABINUS, coloca a questão sob um duplo enfoque: (a) havendo, no contrato, uma *stipulatio poenae*, o credor poderia invocar a *exceptio pacti* ou a ação para exigir a pena estipulada? (*Si pacto subjecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio?*); (b) uma vez escolhida a pena, por meio da ação própria, seria possível volver e exigir a obrigação descumprida? Ao primeiro problema, responde que se trata de uma escolha lícita ao credor. Tanto a *actio ex stipulatu* quanto a *exceptio pacti* são igualmente adequadas. Mas, eleita uma das formas de exigibilidade, não se permite o retorno à outra via ⁽²⁰⁾.

Em passagens diferentes do Digesto, está figurada a hipótese de cumulação da pena com a obrigação principal, como nas transações (HERMOGENIANUS, D.2,15 fr. 16) ⁽²¹⁾.

A hipótese de execução parcial da obrigação e seus impactos no *quantum* da pena encontravam sólido óbice no direito romano clássico. Uma sentença de PAULUS (D.45,1,85,6) aduzia que, se não for cumprida uma obrigação de dar, a pena acessória tornar-se-ia exigível, mesmo que ocorresse a execução proporcional. Não adiantava ofertar o *fundus*, com todas as partes, menos uma. A pena, nessas circunstâncias, era devida ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ "La clausola penale è la promessa di una prestazione, in genere una somma di denaro, per il caso d' inadempimento dell'obbligazione assunta" (BONFANTE, Pietro. *Op. cit.*, p. 377).

⁽²⁰⁾ "Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre" (ULPIANUS, D.2,14,10,1).

⁽²¹⁾ "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".

⁽²²⁾ "Item si ita stipulatio facta sit: 'si fundus titianus datus non erit, centum dari?', nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere".

Segundo A. Santos Justo, uma de suas principais vantagens da cláusula penal decorrente da *stipulatio* era a dispensa da *litis aestimatio* do juiz ⁽²³⁾.

4. CLÁUSULA PENAL E SUA TRANSPOSIÇÃO DO DIREITO ROMANO PARA O DIREITO MEDIEVAL

4.1. Ressurgimento da cláusula penal como pena privada

SANTO ISIDORO, bispo de Sevilha, revelando as tensões entre duas culturas que se amalgamavam após uma cruenta sucessão histórica, estimulou a adoção dos conceitos romanos na organização político-jurídica da nova Hispânia. Assim, disse, numa concepção surpreendentemente visionária, que o *praemio* ou a *poena* são os moderadores da vida humana ⁽²⁴⁾. SANTO ISIDORO fez a correlação entre a conduta e sua recompensa. Ao exemplo do velho anexim de SÊNECA "[q]uod quisque fecit, patitur: auctorem scelus repetit, suoque premitur exemplo nocens", cada qual sofre o mal cometido: o crime reflete-se sobre o autor e o culpado é premido da mesma intensidade de seu dano. Em outra etimologia, o autor articulou que a pena é o pagamento do tropeço, podendo assumir aquela as formas de cárcere, exílio ou morte ⁽²⁵⁾.

Em França, por influência das invasões germânicas, conforme A. FLINIAUX ⁽²⁶⁾, a prática de instituir a cláusula penal generalizou-se de tal modo que não seria temerário afirmar "*q'aucun contrat, qu'aucun acte de la vie civile, affranchissement, testament, adoption etc., ne se formaient sans qu'une clause pénale n'en garantit l'exécution*".

Era refulgente seu cariz de castigo sancionador, inerente às penas espirituais ⁽²⁷⁾. A propósito, ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO aduz que as incertezas, o medo e a desconfiança nas relações jurídicas foram as condições que propiciaram a célere expansão da cláusula penal como pena privada ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ SANTOS JUSTO, A. *Direito privado romano II (Direito das Obrigações)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 179.

⁽²⁴⁾ ISIDORO DE SEVILHA, Santo. *Etymologiarum*. Madrid: BAC, 1982. v. 1. *Liber V*, XIX, 1.

⁽²⁵⁾ ISIDORO DE SEVILHA, Santo. *Etymologiarum... Liber V*, XXVII, 1-2: "[1] *Dupliciter malum appellatur: unum, quod homo facit, alterum, quod patitur. Quod facit, peccatum est; quod patitur, poena. Malum autem tunc plenum est, cum et praeteritum est et inpendet, ut sit et dolor et metus. [2] Poena dicta quod puniat. Est autem epithetum nomen, et sine adiectione non habet plenum sensum: adicis poena carceris, poena exilii, poena mortis, et inpleo sensum*".

⁽²⁶⁾ *Op. cit.*, p. 236.

⁽²⁷⁾ FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 235.

⁽²⁸⁾ WILLIAM SPENCER CHURCHILL (*História dos povos de língua inglesa*. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 2005. p. 82) revela, em uma página de viva força, o quanto esse estado de coisas era perturbador aos homens daquela época: "Um ocase vermelho; uma

De molde a emprestar a coerção oficial, o credor “chegava a conceder ao fisco parte do montante da pena estipulada” (29).

Na conspícua Lei das Sete Partidas, encontra-se a pena convencional ao lado de diversas outras espécies, todas com natureza tipicamente punitiva (30). Registre-se, porém, que, ao longo do século XX, foram sendo delimitados os espaços da pena privada e da sanção penal, conquanto ainda se encontrasse alguma dificuldade em segregá-las na jurisprudência (31).

4.2. Cláusula penal e seus controles canônicos: a usura debilita sua função punitiva

Paradoxalmente, essa pena privada, cujas funções tinham a mencionada justificativa histórica, ocupou as atenções dos canonistas por causa dos desvios que se lhe imputavam, especialmente a utilização da cláusula punitiva como instrumento da usura (32).

SANTO TOMÁS DE AQUINO, na Suma Teológica, condenou veementemente a usura, valendo-se de diversas passagens bíblicas, ao estilo do Êxodo (capítulo XXII, versículo 25) (33) e do Evangelho segundo SÃO LUCAS (capítulo VI, versículos 34-35) (34). Para o doutor da Igreja, era simplesmente ilícito perce-

longa noite; uma pálida e nevoenta alvorada! Contudo, à medida que a luz aumenta, torna-se evidente para a posteridade remota que tudo mudou. A noite caíra sobre a Britânia. A madrugada desceu sobre a Inglaterra, humilde, pobre, bárbara, degradada e dividida, mas viva. A Britânia tomara parte ativa num estado mundial; a Inglaterra era uma vez mais uma ilha bárbara. Fora cristã, agora era pagã. Seus habitantes haviam-se deleitado em cidades bem planejadas, com templos, mercados, academias. (...) Durante quatrocentos anos houvéra ordem e lei, respeito pela propriedade e crescente cultura. Tudo desaparecera”.

(29) PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 370-371.

(30) FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27.

(31) SCHMIDT, Jean-Charles. *Faute civile et faute pénale*. Paris: Recueil Sirey, 1928. p. 125 e ss.

(32) A usura era conhecida e, geralmente, aceita, ainda que com algumas restrições, pelos povos da Antiguidade Oriental e Clássica. Encontrava-se no Código de HAMURABI a limitação dos juros em 20% nos mútuos feneratícios. Os romanos passaram da liberdade usurária ao limite de 12%, no Império. A influência cristã provocou a redução progressiva dessas taxas (cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 766).

(33) “(25) Se emprestares dinheiro a alguém do meu povo, ao pobre que está contigo, não lhe serás como um credor: não lhe exigirás juros.”

(34) “(34) Se emprestais àqueles de quem esperais receber, que recompensa mereceis? Também os pecadores emprestam aos pecadores, para receberem outro tanto.

(35) Pelo contrário, amai os vossos inimigos, fazei bem e emprestai, sem daí esperar nada. E grande será a vossa recompensa e sereis filhos do Altíssimo, porque Ele é bom para com os ingratos e maus”.

ber juros em um contrato de mútuo (35). Ampliando o sentido do versículo do Êxodo (“*Se emprestares dinheiro a alguém do meu povo, ao pobre que está contigo...*”), o autor afirma que “receber juro por um mútuo é injusto em si, porque implica a venda do que não existe, com o que manifestamente se produz uma desigualdade contrária à justiça” (36).

Tão censurável o pecado da usura, que foi objeto de proibição nos Concílios de Nicéia (325) (37), Latrão I (1.139) e Latrão II (1.179). Nas Decretais, GRACIANO “reúne todos os textos para mostrar que a usura (= juro) é um roubo, e que o usurário deve ser excomungado se não restitui” (38). DANTE ALIGHIERI, em pleno Renascimento, consagrou aos usurários o sétimo círculo do inferno, prefigurando esses danados como a gente mesta que carregava uma bolsa vazia ao pescoço, de cujo lhes rebentava a dor, defendendo-se ora com uma, ora com outra mão, sobre o solo em brasa, de vapores ardentes (39).

A sanção aos atos de usura dar-se-ia em três planos: (a) civil, com a nulidade do negócio; (b) canônico, com a excomunhão; (c) laico, com o confisco em benefício do senhor (40).

O rigorismo da proibição, como sói ocorreria no mundo dos negócios e da economia, infenso aos controles ditados pela religião, deu ensejo ao surgimento de técnicas de usura dissimulada. A cláusula de retrovenda foi assaz utilizada com esse propósito. Simulava-se a venda e compra de um imóvel e, ao exercer a faculdade de recompra, o alienante deixava de fazê-lo em troca do juro. Tal prática onzenária não foi, contudo, superada em sua expressão prática pelo uso da cláusula penal. Esta última era fixada, em termos mui elevados, não como estímulo ao cumprimento exato e pontual da obrigação, mas, em verdade, como esperança de que ocorresse o inadimplemento e, com este, fosse possível remunerar o capital mutuado sob o disfarce da pena (41).

4.3. Das presunções de usura à cláusula penal *in loco interesse*

Identificada a burla, tentaram os canonistas impedi-la. RAIMUNDO DE PENAFORTE propôs, inicialmente, um critério subjetivo: a cláusula desnaturar-se-ia

(35) Suma Teológica — II-IIæ (*Secunda secundae*), Q. 78, art. 1.

(36) *Idem, ibidem*.

(37) Somente para os eclesiásticos, silenciando quanto aos leigos (GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 767).

(38) GILISSEN, John. *Op. cit., loc. cit.*

(39) “*Per li occhi fora scoppiava lor duolo;*

Di qua, di là soccorrien con le mani

Quando a' vapori, e quando al caldo suolo;” (ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia: inferno*. 1 ed., 8 reimpressão. Tradução e notas de Ítalo Eugenio Mauro. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 122).

(40) PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 372.

(41) Nesse sentido: FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 237; GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 767-769.

em instrumento usurário se visasse ao inadimplemento, o que, na prática, implicaria uma intuição do intérprete do contrato. Ora, a intenção do mutuante era algo excessivamente intangível. Assim, o próprio RAIMUNDO DE PENAFORTE irá recomendar um novo gradiente, dessa vez objetivo, fundado em presunções. Seriam onzenárias as cláusulas estipuladas *in fraudem usurarum*, por quem fosse habitual mutuante fenerático, ou *per singulos menses vel annos*, hipótese de mútuo com pena distribuída no tempo ⁽⁴²⁾.

A suposta objetividade não existia. Permaneciam trêmulos os meios de aferição da natureza fraudulenta da cláusula penal. A Magna Glosa “tornou ineficaz a primeira presunção, declarando-a inaplicável ao contrato de empréstimo” ⁽⁴³⁾. Quanto à presunção *per singulos menses vel annos*, simplesmente os mutuantes suprimiram a modalidade escalonada de multa convencional, fazendo-a, na prática, improficua ⁽⁴⁴⁾.

A virada nessa matéria ocorreu graças aos juristas da Escola de Bolonha, com a atilada distinção entre *usura*, remuneração ilícita de um capital, contrária à natureza das coisas ⁽⁴⁵⁾ e *interesse*, a significar reparação. Este último, conforme PETER BENJAMIN ⁽⁴⁶⁾, nem de longe poderia ser confundido com lucro, sendo, antes, uma legítima restituição do prejuízo sofrido com a mora do devedor. Para se honrar a terminologia francesa, diz-se que a usura corresponderia a um *intérêt* tão-somente. O *interesse* corresponderia aos *dommages et intérêts* ⁽⁴⁷⁾.

A polêmica remanesceria entre os canonistas. O caráter ressarcitório, que ganhara importantes posições, ainda não havia sido plenamente benquisto, pelo natural receio de se suprimir a proteção contra os negócios usurários. RAIMUNDO DE PENAFORTE, prosseguindo em seus estudos, constituiu uma histórica departição entre as funções reparatória e punitiva da cláusula penal. A FLINIAUX ⁽⁴⁸⁾ comenta que esse canonista propôs uma cláusula *in loco interesse*, fixada convencionalmente com fins reparatórios, limitando-se seu valor ao do *interesse*. E, uma outra, *pro contumacia*, de cunho punitivo, exigível integralmente, salvo se *in fraudem usurarum*.

As derradeiras resistências, especialmente ante a fragilidade reentrante da exceção *in fraudem usurarum*, foram vencidas pelo contributo teórico de HEN-

⁽⁴²⁾ FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 238.

⁽⁴³⁾ PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 374.

⁽⁴⁴⁾ FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 239.

⁽⁴⁵⁾ Para SANTO TOMÁS DE AQUINO (Suma Teológica — II-IIæ (Secunda secundae), Q. 78, art. 1, 3), citando ARISTÓTELES, a aquisição de dinheiro a título fenerático está completamente fora da ordem da natureza das coisas.

⁽⁴⁶⁾ In. Penalties, liquidated damages and penal... p. 609.

⁽⁴⁷⁾ FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 240.

⁽⁴⁸⁾ FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 234. No mesmo sentido: PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 376.

RICUS DE SEGUSIO, Cardeal HOSTIENSIS, cuja máxima “*est ergo praesumendum contra stipulantem poenam in mutuo nisi petatur poena quae loco interesse succedid*” ⁽⁴⁹⁾ absolveria a pena do timbre fenerático, na medida em que essa representasse a reparação do dano efetivo. Em um escrito de 1277, o canonista aponta o caso de um empréstimo de dinheiro, cujo mutuante era um mercador que não tinha a usura como atividade habitual. Nessa hipótese, se o devedor era moroso, aquela violação poderia acarretar lesões efetivas ao credor, por conta do não-recebimento pontual do *quantum debeatur*. A pena, assim, seria substitutiva desse prejuízo. Logo, perfeitamente legítima ⁽⁵⁰⁾. É esse o surgimento teórico da cláusula penal de matiz indenizatório ⁽⁵¹⁾, todavia, não exclusivamente. Em verdade, por não haver limite *objetivo* ao valor da cláusula, mas a genérica finalidade *in loco interesse*, não fica de todo afastada a finalidade repressiva, ainda que acidental. Daí ser tomada essa afirmação *modus in rebus*.

A intervenção para rever a cláusula contrária aos bons costumes ou usurária, situações concomitantemente presentes na novela da *Gesta Romanorum*, era uma possibilidade aceita por HENRICUS DE SEGUSIO, Cardeal HOSTIENSIS. Se a pena funcionava *in loco interesse*, operava-se o efeito de que variando este, seria alterável aquela. Em contrário, acudiria ANTONIUS MONGITORIUS PANORMITANUS. Para esse outro canonista, a cláusula penal deveria ser concebida como um *forfait*, voltada a eximir o credor do ônus probatório do *interesse* ⁽⁵²⁾.

A transmigração dessas soluções ao direito civil somente ocorreria no período histórico subsequente, graças a um homem que conciliava as vestes do canonista e do jurista, CHARLES DUMOULIN.

CHARLES DUMOULIN, um homem do direito temporal e espiritual, propôs uma verdadeira fórmula de compromisso quanto à natureza da cláusula penal, cuja influência se estenderá pelas centúrias seguintes. A síntese está em seu *Tractatus de eo quod interest* ⁽⁵³⁾, inspirada no Cardeal HOSTIENSIS: “*poenae loco eius quod interest subrogantur. Igitur eius naturam imitari debent*”. A pena e a indenização teriam a mesma natureza, bem entendido, aquela imitaria esta. A cláu-

⁽⁴⁹⁾ FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 244-245.

⁽⁵⁰⁾ As duas obras mais importantes do Cardeal HOSTIENSIS são *Summa aurea* (Lugduni: Paganum, 1537) e *Lectura* (Venetiis, 1581), indisponíveis no Brasil, daí as referências aos escritos deste canonista serem baseadas em A. FLINIAUX (*Op. cit.*, *loc. cit.*). Interessante observar que a sentença condenando JOHN DUNS ESCOTO a retratar-se por heresia, nos famosos julgamentos dos franciscanos insurgentes, foi proferida por esse príncipe da Igreja.

⁽⁵¹⁾ Nesse sentido: LINDACHER, Walter F. *Op. cit.*, p. 52-53; FLINIAUX, A. *Op. cit.*, *loc. cit.*; BENJAMIN, Peter. *Op. cit.*, p. 610; PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 376.

⁽⁵²⁾ LINDACHER, Walter F. *Op. cit.*, p. 53-54. No mesmo sentido: PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 377.

⁽⁵³⁾ FLINIAUX, A. *Op. cit.*, p. 246.

sula penal assume os contornos de uma disposição pré-fixadora das perdas e danos, podendo, em caso de ter valor excessivo, merecer sua redução⁽⁵⁴⁾.

Discípulo de CHARLES DUMOULIN, ROBERT JOSEPH POTHIER desenvolveu essa noção, que, em última análise, servirá de fundamento aos dispositivos do Código Civil francês de 1804. Para este último, a cláusula penal é a que nasce de uma convenção em virtude da qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma primeira convenção, obriga-se, sob a forma de pena, a alguma coisa em caso de inexecução obrigacional⁽⁵⁵⁾. Quanto à natureza da cláusula, ela é acessória da obrigação principal⁽⁵⁶⁾, o que importa a inseqüência de sua nulidade para a validade daquela, enquanto aquela outra, em sendo nula, comprometerá a idoneidade jurídica da cláusula⁽⁵⁷⁾. A função indenizatória é nítida: a pena é estipulada com a finalidade de indenizar o credor pela inexecução da obrigação principal. Ela é compensatória das perdas e danos advindas do incumprimento⁽⁵⁸⁾.

Quanto à redução da pena, ROBERT JOSEPH POTHIER indica que o juiz poderá reduzir ou moderar a pena quando lhe parecer excessiva. Esse princípio é deduzido “de uma decisão de Dumoulin, de seu Tratado *de Eo quod interest*, n.ºs 159 *et seq.* Ele fundamenta-se em que a natureza da pena é de suprir as perdas e danos que o credor poderia pretender em caso de inexecução obrigacional”⁽⁵⁹⁾. Por comungarem da mesma natureza, pena e perdas e danos, a excessividade da primeira confere ao juiz a prerrogativa de reduzi-la. Não esquecendo o problema da usura, ROBERT JOSEPH POTHIER ressaltou que, se as penas exorbitantes demandam minoração, com maior razão devem ser reduzidas a taxas legítimas as que se fixarem nos contratos cuja prestação seja pecuniária ou tenha por objeto outro bem consumível⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁴⁾ PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 380.

⁽⁵⁵⁾ “L’obligation pénale est, comme nous l’avons déjà vu, celle qui naît de la clause d’une convention par laquelle un personne, pour assurer l’exécution d’un premier engagement, s’engage, par forme de peine, à quelque chose, en cas d’inexécution de cet engagement” (POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations: Ouvres complètes*. 2 ed. Paris: Marchal et Billard, 1861. t. 2. p. 173.

⁽⁵⁶⁾ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, loc. cit.

⁽⁵⁷⁾ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 174-175.

⁽⁵⁸⁾ “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. *Op. cit.*, p. 176).

⁽⁵⁹⁾ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 179.

⁽⁶⁰⁾ “Il reste à observer que, si la peine qui tient lieu de dommages et intérêts ordinaires, est réductible lorsqu’elle est excessive, à plus forte raison les peines stipulées en cas de défaut de paiement d’une somme d’argent ou autre chose qui se consomme par l’usage, doivent-elles être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu, ou même entièrement rejetées, dans les cas auxquels il n’est pas permis d’en stipuler” (POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 181).

As concepções de ROBERT JOSEPH POTHIER influenciaram decisivamente o Código Civil de 1804, em especial quanto à prevalência da função indenizatória⁽⁶¹⁾.

No direito de língua alemã, a função indenizatória da cláusula penal gozou de semelhante preeminência.

O ALR adotou a solução canônica, posteriormente levada ao direito civil por CHARLES DUMOULIN, de uma cláusula penal *preponderantemente* ressarcitória. A *Konventionalstrafe*, pena convencional, pode ser estipulada em um contrato ao fim de reparar o descumprimento de obrigação nos termos avençados. ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO (*Op. cit.*, p. 392) afirma que o ALR, em seu §292⁽⁶²⁾, “aceitava, de modo ‘claro’, a ‘concepção indenizatória’”. Todavia, como recita o mesmo autor, “o Código prussiano consagrava o limite máximo do dobro do dano efectivo, pelo que a pena seria reduzida a este valor, caso ela o excedesse”. Ora, por mais que fosse notória a função de ressarcimento (*interesse*), suportada por outros dispositivos do mesmo ALR (§ 293⁽⁶³⁾; § 296)⁽⁶⁴⁾, o § 301 estabelecia como *limite máximo da pena o dobro do dano*

⁽⁶¹⁾ ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO (*Op. cit.*, p. 381-391) assinala que os arts. 1.226 a 1.233 “reproduzem, quase integralmente, a doutrina defendida por aquele jurista [ROBERT JOSEPH POTHIER]. Mesmo no seio dos trabalhos preparatórios do *Code*, os vários intervenientes limitam-se, na maior parte dos casos, a invocar as razões apontadas por Pothier, fazendo-o, frequentemente, nos próprios termos por que este as expusera”. No entanto, o autor aponta um aparente equívoco histórico da dogmática francesa, ao considerar simétricos, quanto à natureza, o art. 1.226 (“A cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, compromete-se a [dar] alguma coisa em caso de inexecução”) com o art. 1.152, cuja versão primitiva [anterior às Leis n.ºs 75-597, de 9-7-1975, e 85-1097, de 11-10-1985] definia que “quando a convenção declarar que aquele que deixar de executar pagará uma certa quantia a título de perdas e danos, não poderá ser concedida à outra parte uma quantia maior nem menor.” Assim, a doutrina francesa identificaria “ambas as figuras, subsumindo-as a um conceito *unitário* de cláusula penal, acentuando a sua natureza indenizatória, ainda que sem repudiar a tese da dupla função, mas carecendo a função coercitiva de qualquer autonomia em face da indenização” (*Op. cit.*, p. 388). DENIS MAZEAUD (*Op. cit.*, p. 293-294) reconhece que, no direito medieval, a cláusula assumiu um caráter tipicamente indenizatório. Todavia, é radicalmente contrário à diminuição de seu caráter compulsório, no que tange à natureza jurídica do instituto no *Code* de 1804.

⁽⁶²⁾ “§ 292. *Das Interesse, welches ein Kontrahent dem Andern, bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages, zu vergütten hat, kann durch Verabreden einer Strafe im Voraus bestimmt werden*” (cf. PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 392). Por esse artigo, os danos que um contraente causar ao outro pela execução do contrato em seus termos devidos podem ser antecipadamente fixados pela determinação de uma pena.

⁽⁶³⁾ “§ 293. *Wo dergleichen Strafe festgesetzt worden, da findet die Forderung eines höheren Interesses nicht statt*” (PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Op. cit.*, loc. cit.). Esse artigo assim prescreve: “Quando uma pena for estabelecida, é vedado demandar indenização por dano superior”.

⁽⁶⁴⁾ “§ 296. *War hingegen die Strafe auf die gänzliche Nichterfüllung gesetzt, so darf in Füllen, wo nur ein Teil des Vertrages unerfüllt geblieben, oder nur in der Art, der Zeit, oder*

efetivo. Ultrapassado este último, seria lícito reduzir a pena. “Esse limite não valeria, contudo, no caso de se provar que não era possível calcular antecipadamente o montante do dano”, ao estilo do §302⁽⁶⁵⁾. A mera existência desse limite, que ultrapassa o valor do *interesse*, é indicativo de que a função punitiva remanesce na cláusula penal do ALR, minorando os rigores da afirmação de ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO⁽⁶⁶⁾. Esse problema, no direito luso-brasileiro da Idade Moderna, já estava resolvido, ao menos na hipótese de inadimplemento total, com os lindes objetivos da pena, firmados no Livro IV, Título 70⁽⁶⁷⁾, das Ordenações del Rey D. FELIPE⁽⁶⁸⁾. Nesse caso, a função é

dem Orte der Erfüllung gefehlt ist, nicht die Strafe, sondern nur das erweisliche Interesse geleistet werden” (PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 393). De acordo com essa regra, quando for estipulada uma pena ao caso de inadimplemento total da obrigação e ocorrer o incumprimento parcial ou moroso, não é lícito demandar a pena, mas somente os danos efetivamente sofridos e provados.

⁽⁶⁵⁾ PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁽⁶⁶⁾ O autor (*Op. cit.*, p. 394), em página seguinte, reconhecerá a coexistência das funções: “O que significa, por conseguinte, ser a reparação do dano o ponto central da construção do ALR: o valor do dano era o único critério pelo qual se determinava o montante máximo da pena ou, pelo contrário, se decidia o afastamento desse limite, caso aquele não fosse susceptível de uma exacta pré-avaliação. Mas daqui extrai-se, igualmente, que o ALR permitia que a pena fosse utilizada, *de facto, também como meio coercitivo*. Pois se a soma acordada poderia exceder o prejuízo efectivo, contanto que não ultrapassasse o dobro deste, o credor poderia servir-se dela com a finalidade de compelir a outra parte ao cumprimento”. Todavia, na nota 914, na mesma página, ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO insiste em que “isso não significa, necessariamente, que o ALR atribuisse à pena convencional igualmente uma função coercitiva, ou que colocasse esta no mesmo plano da função indenizatória”.

⁽⁶⁷⁾ “As penas convencionaes, que por convença das partes forem postas e declaradas nos contractos, *não podem ser môres, 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 também 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 ter feita, e quanto for a estimação, tanto poderá crescer a pena, e mais não”. Confira-se a posição de WALTER F. LINDACHER (*Op. cit.*, p. 51), quando este, a respeito da função indenizatória da cláusula penal, construída na Idade Moderna, diz que: “*Für das geltende deutsche Recht steht außer Zweifel, daß das Institut der Vertragsstrafe den Parteien nicht nur zur ex ante-Fixierung einer etwaigen Schadensersatzpflicht an die Hand gegeben ist: Es wird nicht nur geduldet, daß die Parteien ein na sich rein schadensersatzrechtlich konzipiertes Institut im Einzelfall als Pressionsmittel verwenden, wie dies in Frankreich der Fall ist. Die Väter des BGB haben die Vertragsstrafe vielmehr von vornherein auch qua Institut als ein Mittel zur Erfüllungssicherung verstanden. Das ergibt sich eindeutig aus den Motiven. (...) Verständnis der Einrichtung Vertragsstrafe: Auch in Deustschland war bis in die Dezennien unmittelbar vor Schaffung des BGB die rein schadensersatzrechtliche Konzeption wiet verbreitet*”.

⁽⁶⁸⁾ Mantidos até hoje no direito nacional, primeiramente sob o art. 920 (“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”), do Código Civil de 1916, e, agora, com seu equivalente literal, o art. 412 (“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”), do Código Civil de 2002.

puramente ressarcitória, conquanto limitada pela autonomia da vontade e pela lei, mas sem que se possa, mesmo indiretamente, reconhecer-lhe o cariz punitivo.

O Código austríaco trata da cláusula penal em seu § 1.336, considerando-a uma pré-fixação indenizatória⁽⁶⁹⁾. Não se constitui *ne varietur*. O juiz, em caso de excesso, poderá justificadamente reduzir seu valor⁽⁷⁰⁾. O ABGB possui as alvíssaras por haver sido o primeiro diploma moderno a permitir a moderação judicial da pena, dès que provada sua excessividade pelo *solvens*, além de ser necessário o concurso de louvados⁽⁷¹⁾.

5. CONCLUSÕES

A cláusula penal no Direito Romano acompanhou a evolução social e dos costumes. Foi punitiva, nos períodos de maior insegurança jurídica e menor estabilidade das instituições políticas, e, ao final, por influência crescente do Cristianismo, amoldou-se à natureza ressarcitória. A circunstância de se tomar como fontes os fragmentos dos *Corpus Iuris Civilis*, alguns suspeitos de interpolação, gera algumas incertezas quanto a essa distinção, que é agora proposta. No entanto, o desenvolvimento dessa figura jurídica na Idade Média acompanhou idêntico processo de passagem da natureza sancionatória-penal à indenizatória, com limites ditados pelo controle da usura e de negócios onzenários, hipóteses bastante presentes no que se refere à cláusula penal.

A romanística necessita aprofundar o exame da cláusula penal sob o influxo das novas teorias monistas. A atribuição à figura de natureza dúplice e bifuncionalidade apresenta-se mais como uma amoldagem superveniente da cláusula penal às teorias duais, que, por muito tempo, gozaram de prestígio quase unânime na dogmática civilística. Essa amoldagem da cláusula penal romana ao estado-da-arte do Direito Civil não foi benéfica a pureza da figura jurídica, muito menos ao estudo romanístico mais reflexivo.

BIBLIOGRAFIA

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia: inferno*. 1 ed., 8 reimpressão. Tradução e notas de Ítalo Eugenio Mauro. São Paulo: Editora 34, 2001.

⁽⁶⁹⁾ “As partes podem fixar, entre elas, um *dedit* ou uma pena convencional” (SAINT-JOSEPH, Anthoine de. *Concordance entre les Code Civils étrangers et le Code Napoléon*. 2 ed. Paris: Cotillon, 1856. t. 1. p. 126).

⁽⁷⁰⁾ SAINT-JOSEPH, Anthoine de. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁽⁷¹⁾ PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Op. cit.*, p. 395.

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Tradução da 10 edição italiana por José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1952.
- BENJAMIN, Peter. Penalties, liquidated damages and penal clauses in commercial contracts: a comparative study of english and continental law. *International and Comparative Law Quarterly*, London: Eastern Press, v. 9, n. 1/4, p. 600 a 627, jan/dec. 1960.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Milano: F. Vallardi, 1902.
- BIONDO, Biondi. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1952.
- CHURCHILL, William Spencer. *História dos povos de língua inglesa*. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, 2005.
- FLINIAUX, A. L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen âge. In: *Mélanges Fournier*. Paris: Sirey, 1929.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- ISIDORO DE SEVILHA, Santo. *Etymologiarum*. Madrid: BAC, 1982. v. 1. *Liber V, XIX, 1*.
- JÖRS, Paulo. *Derecho privado romano*. Edição refundida por Wolfgang Kunkel. Tradução da segunda edição alemã de L. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1937.
- LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1983.
- LINDACHER, Walter F. *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe': Vertragsstrafe, Schadensersatzpau-schalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag*. Frankfurt: Athenäum, 1972.
- MAZEAUD, Denis. *La notion de clause pénale*. Paris: LGDJ, 1992.
- PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Cláusula Penal e indemnização*. Coimbra: Alme-dina, 1999.
- PETT, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations: Ouvres complètes*. 2 ed. Paris: Marchal et Billard, 1861. t. 2
- SAINT-JOSEPH, Anthoine de. *Concordance entre les Code Civils étrangers et le Code Napoléon*. 2 ed. Paris: Cotillon. 1856. t. 1.
- SANTOS JUSTO, A. *Direito privado romano II (Direito das Obrigações)*. Coimbra: Coimbra Edi-tora, 2008.
- SAVIGNY, Frederic Carl de. *Le droit des obligations: partie du droit romain actuel*. Traduction de T. Hippert. Bruxelles-Paris: Bruylant-Christophe, A. Durand, 1873. t. 2.
- SCHMIDT, Jean-Charles. *Faute civile et faute pénale*. Paris: Recueil Sirey, 1928.

Rodrigues Junior, Otavio Luiz.
Cláusula penal : natureza e função no
direito romano / Otavio Luiz Rodrigues
Junior. --
No.sist: 912320

AUTO

TÍTUL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BIBLIOTECA

Rodrigues Junior, Otavio Luiz.
Cláusula penal : natureza e função no
direito romano / Otavio Luiz Rodrigues
Junior. --
No.sist: 912320

.....

Nº Regis F
342.1422
Nº Chan R696
CPN

STF00092404

STF102.081

912 320

