

RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR E LIMITES À PRETENSÃO DO CREDOR.

(ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DÉBITO
DOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS)

ANTONIO SERRA

I

1. No caloroso debate, ainda aberto, sobre a estrutura da relação obrigatória e da separação de seus elementos constitutivos, um dado permanece sem controvérsia e certo: a responsabilidade (patrimonial) do devedor quanto ao cumprimento da dívida por ele assumida e que pesa sobre ele. E a razão está no fato da responsabilidade do devedor constituir a necessária e imprescindível condição para a satisfação do interesse do credor; em outras palavras, do mesmo modo como “a responsabilidade devedora exprime definitivamente a medida do esforço e do sacrifício que a relação obrigatória põe a cargo do devedor”: assim o interesse do credor exprime a razão pela qual tal esforço e tal sacrifício podem ser pretendidos judicialmente, como únicos instrumentos para permitir, no plano jurídico, a realização da mesma.

Esclarecendo previamente que este não é o forum para percorrer o debate sobre a estrutura da obrigação, não há dúvida de que a essência do relacionamento está na ligação que, unindo a obrigação devedor ao direito do credor, legitima a pre-

tensão deste último e torna exigível o dever (ou atualiza a responsabilidade) do devedor. Nesta perspectiva, portanto, qualquer que seja a opinião à qual se pretende aderir em relação ao problema estrutural da obrigação, não parece possível desvincular a noção de obrigação daquela "determinada categoria de situações em que um indivíduo se encontra juridicamente obrigado a um comportamento em relação a um outro", situações em que os dois indivíduos encontram-se, portanto, numa oposta situação de sujeição e de preeminência, que consiste para o devedor no fato de estar obrigado a uma determinada atitude a ele imposta pelo ordenamento jurídico e, para o credor, em pretender que o devedor siga aquela determinada atitude que, por ser deduzido IN OBBLIGATIONE, é aquela que satisfaz seu interesse.

2. As considerações que precedem, embora sumariamente, permitem perceber na violação da obrigação imposta pela lei ao devedor, o fundamento da relativa responsabilidade.

O princípio, comum aos ordenamentos mais desenvolvidos e expresso em fórmulas substancialmente equivalentes, chama o devedor a responder por danos conseqüentes ao fato dele não ter cumprido exatamente a prestação a seu cargo. O fundamento da responsabilidade, concebida como responsabilidade pelo inexato (ou incompleto) cumprimento de prestação, deve portanto ser individualizado (em linha de máxima) na mesma liberdade do devedor, o qual certamente é obrigado a cumprir o compromisso assumido, mas não está isento de violar o preceito de lei que aquela atitude lhe impõe.

Sob esse perfil, sendo tácito o problema da distinção entre obrigações contratuais e extra-contratuais e das fontes das obrigações, não parece contestável que a obrigação do devedor consista numa atividade pessoal "à qual o devedor está obrigado e a cujo cumprimento e ordenamento jurídico reconduz à satisfação do interesse do credor". Atividade pessoal esta que, por outro lado, depende sempre da vontade (entendida como escolha entre respeitar ou não o preceito legal do devedor), à qual se contrapõe, conseqüentemente, o pleno direito do cre-

dor, não tanto em obter o comportamento do devedor, através do qual conseguir tal bem.

Esta conclusão, que no plano da evolução histórica do instituto explica a passagem da concepção "Pessoal" (a pessoa do devedor objeto do direito do credor) à concepção patrimonial da obrigação, permite, outrossim, entender porque sempre nos interrogamos sobre o problema do fundamento e dos limites da responsabilidade devedora.

Na verdade, pela essência do relacionamento obrigatório resumir-se na posição de sujeição por parte do devedor em relação à correspondente posição de supremacia do credor legitimado em exigir desde o primeiro comportamento idôneo em satisfazer seu interesse, parece claro que o credor goza de uma forma de tutela absoluta, no sentido de que ela existe cada vez em que o devedor faltar (no todo ou em parte) ao dever do cumprimento. Em outros termos, quando o descumprimento por parte do devedor for considerado violação do direito do credor, o devedor é chamado a responder pessoalmente e com todo seu patrimônio, pois de um lado ele deve satisfazer o interesse do credor (responsabilidade pessoal) e por outro deve realizar tal cumprimento com o próprio patrimônio (responsabilidade patrimonial), que torna-se assim exposto à execução forçada por parte do credor. Posta a estrutura da relação de obrigatoriedade em termos de reciprocidade de posições (de sujeição ou de supremacia) disto advém que qualquer falta de cumprimento temporal ou espacial vem a constituir título de responsabilidade, no duplo sentido agora mencionado, para o devedor, que se encontra assim exposto à correspondente pretensão do credor sem limite algum.

É, portanto, movendo-se desta (abstrata) premissa, que por outro lado corresponde presumivelmente ao originário conteúdo da posição de sujeição do devedor, que as leis ditam regras expressas ou consentem, em consonância com os princípios gerais nos quais se inspiram, fixar limites à pretensão do credor, subordinando, em linha de máxima, a tutela do mesmo ao fato que "o dever de cumprimento por parte do devedor seja reali-

zado em vida e possa encontrar atuação ou não constitua razão de iníquo aproveitamento por parte do credor”.

3. Foi escrito que a tutela do credor vai até onde o dever de cumprimento por parte do devedor seja realizado em vida e possa encontrar atuação ou não constitua razão de iníquo aproveitamento por parte do credor. Este é o necessário equilíbrio entre a posição de sujeição e a de preeminência que se constituem em ponto principal do relacionamento obrigatório, expressão não somente de exigências de justiça e de solidariedade civil mas também de reflexo da transformação da prestação em obrigação de atividade que o devedor deve por em prática para a concretização do interesse do credor. Neste sentido o dever de cumprimento do devedor nada mais é que a obrigação jurídica de manter o comportamento idôneo de satisfazer o credor e, portanto, a obrigação de respeitar as normas que determinam tal atitude.

Assim como o devedor não pode ser obrigado a uma ação, ou se assim se preferir, a uma atividade diferente daquela à qual é obrigado, do mesmo modo a pretensão do credor não pode encontrar tutela a não ser no âmbito das normas que fixam os termos da responsabilidade devedora. É tarefa da própria legislação traçar os limites de tal responsabilidade e, conseqüentemente, apontar os limites nos quais deve ser desenvolvida a ação do devedor de maneiras que a mesma seja idônea em satisfazer o interesse do credor.

Este é o atual estágio evolutivo da disciplina do relacionamento obrigatório e que pode ser resumido, a título exemplificativo, no art. 1.218 do Código Civil, segundo o qual “o devedor que não cumprir com a prestação devida é obrigado ao ressarcimento do dano, caso não prove que a inadimplência ou que o atraso foi determinado por impossibilidade da prestação derivante de motivo não imputável a ele”. É necessário sair desta fase, caso se queira isolar a correlação existente entre a responsabilidade do devedor e a pretensão do credor. A esse respeito parece possível uma primeira indicação preliminar: consistindo o dever de cumprimento no respeito às regras que

a legislação dita ao devedor em função da satisfação do credor, parece em vão procurar limites abstratos ou estranhos ao ordenamento jurídico no sentido de estabelecer os limites da responsabilidade devedora e da correspondente pretensão credora. É intuitivo que limites e fronteiras de ambas as partes possam localizar-se em princípios que remontem a razões de justiça substancial, mas a legitimidade de sua localização e de sua aplicabilidade será dada pela existência, no interior da própria legislação, de normas que se inspiram nos mesmos princípios e que tenham traduzido em REGULAE JURIS soluções e formas de tutela que respondam às exigências econômicas e sociais sublevadas, dignas de consideração.

4. À luz das precedentes observações podem ser procurados alguns limites, considerados de aplicação geral, à pretensão do credor.

Para tais fins é necessário considerar que quando se assume a obrigação, como uma situação em que um sujeito se encontra juridicamente obrigado a um comportamento em relação a um outro sujeito, a relativa responsabilidade não pode ser vinculada ao fato de que o devedor tenha cumprido aqueles atos que o vínculo obrigatório lhe requeria. Em outros termos “a responsabilidade não é senão uma consequência em que se manifesta negativamente a intensidade do vínculo obrigatório. O julgamento de responsabilidade quer dizer que o devedor realizou um esforço inferior àquele que o vínculo obrigatório lhe solicitava”.

Isto posto, é intuitivo que o primeiro limite imposto à pretensão do credor se origine, em linha de princípio, no grau de diligência que a legislação impõe ao devedor de acordo com o comportamento que este deve manter para satisfazer o interesse do credor, o que significa, por exemplo, que a legislação pode estipular a responsabilidade do devedor prescindindo do grau de diligência usado, tal como se verifica no impingir ao devedor o risco da ocorrida impossibilidade e/ou do fortuíto ou o inteiro risco econômico de contrato, nos assim chamados contratos de ilimitado risco econômico, como os

contratos da bolsa. Nesta hipótese a razão do limite deve ser identificada na necessidade de não expor o devedor às consequências de um provável não cumprimento que ele não pode impedir, apesar de razoáveis esforços e sacrifícios.

Como foi corretamente observado “o devedor é isentado da responsabilidade de pagamento se tiver esgotado todas as possibilidades de cumprir (segundo a norma diligencial)”, com a intuitiva exatidão, com que é remetido à lei a definição de “normal diligência” ou de outros termos que a ela se remetem, entre os quais o primeiro é a culpa. Acrescenta-se, confirmando quanto dito anteriormente (item 3) que a noção admitida de impossibilidade liberatória, referida ao impedimento de que o esforço diligente devido não é idôneo para evitar ou superar, constitui “uma proposição que não está sujeita a demonstrações históricas ou lógicas” mas exprime especialmente uma certa regra de responsabilidade que pode ser ou não vigente em um determinado tempo ou em uma determinada ordem”, tal como demonstra a experiência italiana e francesa, deduzida através da jurisprudência, a qual “mostra justamente poder unir intimamente os limites da responsabilidade devedora aos limites do devido esforço diligente”.

No âmbito dos limites assim traçados, a pretensão do credor se detém perante a impossibilidade do dever de cumprimento se realizar, devendo-se assim encontrar na impossibilidade ocorrida — ou em fórmulas equivalentes — uma solução geral que encontre sua razão de ser, em última análise, na não imputabilidade ao devedor, dos fatos e/ou dos eventos que tornam inatuável o dever de cumprimento e, substancialmente, que tornam inexecutível a prestação, por causas anteriores ao não pagamento (e sempre que, segundo uma contestável teoria, a prestação for insubstituível e a impossibilidade se refira à prestação e não ao bem, como no exemplo do indivíduo obrigado a fornecer energia elétrica que invoque como causa ocorrida a destruição do estabelecimento: a resolução foi negada porque objeto da promessa fôra o fornecimento de energia e não o uso do estabelecimento).

No fundo de tudo isso está, na verdade, uma avaliação do vínculo obrigatório que, mesmo estando no início de uma correlata situação de sujeição e de preeminência, não pretende prescindir, em linha de base, de uma normal (ou se desejar) equânime distribuição do risco e da colaboração do credor na satisfação do próprio interesse. E é nesta perspectiva que, além da especificidade de simples disposições, se impõe ao credor um dever de retidão sobre cuja dimensão teremos ocasião de voltar, exatamente correspondente, em sua amplitude, àquele imposto ao devedor (art. 1175).

5. A avaliação do vínculo obrigatório, cada vez mais comum nas legislações, segundo a qual o dever de cumprimento e a relativa responsabilidade se inspiram “numa normal distribuição do risco” (Sacco, 984-5), permite determinar um ulterior limite à pretensão do credor, identificável na instituição da excessiva onerosidade (ocorrida). Apesar de todas as necessárias precisações para sublinhar a distinção entre a hipótese, anteriormente considerada, da impossibilidade sobrevinda e aquela em exame, e a definição de Sacco sobre devedor *ex-contractu*, a este respeito não se pode negar que a disciplina da excessiva onerosidade constitua um instrumento de tutela do devedor “em relação à idéia fundamental que o vínculo jurídico exige uma certa normalidade das condições do seu desenvolvimento”. Aliás, foi convincentemente salientado a propósito, como se deve identificar, no instituto em questão, um remédio geral que encontre sua razão de ser na “relutância do legislador” (...) “em levar à ruína o devedor sem uma justificativa completamente satisfatória do sacrifício que lhe é imposto”. Isto explica, outrossim, porque o remédio da excessiva onerosidade ocorrida, mesmo quando não expressamente sancionada em lei, encontra aplicação constante através do recurso a outros instrumentos como a boa fé, a cláusula da imprevisibilidade e similares (Cacco, 982).

Mesmo no caso em questão, estamos diante de uma hipótese em que a atuação do dever de cumprimento tornou-se possível somente obrigando o devedor a um ônus de diligência e

a um sacrifício bem superiores (nos limites do respeito, na norma) àqueles a ele pedidos em via ordinária pelo vínculo obrigatório e previstos no momento da sua aceitação, ou mesmo revertendo os termos do problema sobre uma hipótese em que a atuação do dever do cumprimento não é possível porque o devedor esgotou todas as possibilidades a ele acessíveis, utilizando-se da normal diligência.

O remédio assim previsto, prescindindo das formas em que se traduz (resolução ou modificação da prestação) tem ainda a função atribuída à impossibilidade ocorrida: eximir o devedor de responsabilidade, no todo ou em parte, para não constrangê-lo a um sacrifício superior a aquele considerado exigível (pela lei) em via ordinária e no respeito do comportamento necessário para garantir a realização do interesse do credor.

6. Diferentemente da hipótese anterior e também mais articulada, é a correlação entre a responsabilidade devedora e pretendida do credor, cada vez que o vínculo obrigatório tenha surgido ou esteja ligado ao estado de necessidade (devido a perigo ou a necessidade do devedor).

A tal respeito podem distinguir-se diversas eventualidades:

- a) ato lesivo do direito de crédito realizado pelo devedor, como instrumento, com a finalidade de conseguir a própria salvação ou de outrem (art. 2045) (e casos do vetor ou do depositário);
- b) violação do dever de pagamento já que é o mesmo pagamento que apresenta o caráter da periculosidade (ocorrida periculosidade da prestação);
- c) aceitação do vínculo obrigatório em estado de perigo ou de necessidade fora dos limites previstos pela lei (art. 1447 e 1448).

Reconhecendo-se algum risco de generalização, estas como outras eventualidades possíveis (atos de terceiros, instrumentos públicos, fenômenos da natureza, incapacidade da pessoa do devedor), permitem afirmar que todas as vezes que “o estado de necessidade (...) incide na realização da relação de obrigatoriedade, é sempre reconduzível a noção de impedimen-

to à prestação” e então, substancialmente, a uma hipótese um tanto assimilável, sob o perfil da responsabilidade devedora, àquela na qual o dever de cumprimento não é possível (como na impossibilidade ocorrida e são os casos considerados nos itens *a* e *b*).

A uma lógica diferente parece responder a eventualidade do item *c*), em relação, qual vem a ser não um impedimento ao dever de pagamento mas um sacrifício maior em relação a aquele que deveria ter comportado a aceitação do vínculo em condições de normalidade. Em outros termos, aqui como na excessiva onerosidade superveniente, o respeito ao dever de pagamento se traduz na aceitação de um sacrifício e portanto de um comportamento muito superior àquele exigível segundo os parâmetros da (normal) diligência de maneira que o remédio (da rescisão) acaba por absorver a função atribuída pela legislação ao instituto geral da onerosidade superveniente: eximir o devedor de uma responsabilidade também derivante de um comportamento que, para satisfazer o interesse do credor, deve exceder os limites de exigibilidade normal.

7. Chegados a este ponto pode-se formular uma primeira reflexão. O dever de cumprimento encontrando sua razão no vínculo obrigatório, e portanto no dever jurídico de manter um determinado comportamento em relação ao credor, eventuais limites à pretensão do credor podem nascer e ser opostos somente se já transformados em “*regulae iuris*” no interior da legislação fornecida”.

Daí parece difícil obter limites à pretensão credora (ou hipótese de isenção de responsabilidade do devedor) oriundos de princípios que, embora conhecidos na tradição, e atuais em outras experiências jurídicas, não tenham tido atuação prática nos textos normativos. Nesta perspectiva podem, aliás, tornar-se estéreis todos os debates relacionados à permanência ou não da mesma, nos ordenamentos modernos, de tais princípios (entre os quais o assim chamado “FAVOR DEBITORIS” e de sua atual dimensão).

Na verdade, a propósito do “FAVOR DEBITORIS”, pode-se notar que, qualquer que seja sua relevância no direito romano, pode-se encontrar nos ordenamentos atuais uma sua progressiva erosão, fruto sobretudo das diferentes exigências econômicas que inspiraram a evolução da disciplina do direito das obrigações e, particularmente, aquele mesmo setor pertinente à circulação do crédito e ao financiamento das atividades econômicas. Deste ponto de vista, e quando se tiver presente o ponto de chegada daquela evolução, parece dificilmente contestável que o princípio do “FAVOR DEBITORIS” tenha sofrido uma verdadeira e própria mudança, transformando-se, através de modificações convencionais, antes, das regras que as continham e, sucessivamente, a aceitação de tais modificações no interior de cada “CORPORA JURIS” em “FAVOR CREDITORIS”. Situação totalmente evidente lá onde, através de uma unificação do direito das obrigações as especiais regras do “IUS MERCATORUM” terminaram por tornar-se elas mesmas em regras gerais (basta pensar no código civil italiano de 1942) e situações de menor evidência, mas não de menor relevância prática, lá onde a convivência de um sistema dicotômico de direito civil e de direito comercial restringe cada vez mais o âmbito de aplicação das normas civis, praticamente subtraindo às mesmas o governo dos tráfegos comerciais e, portanto, todos os perfis atuais do direito das obrigações. A reconhecida licitude dos juros moratórios e compensatórios através da superação do assim chamado direito de usura; a presunção da onerosidade de contratos como o depósito e o mandato; a solução geral da venda em leilão e da essencialidade do termo e a disciplina das relações de crédito são alguns dos tantos índices desta substancial mudança de tendência, não por acaso sinteticamente individualizado pela Ripert na “COMMERCIALISATION DU DROIT PRIVÉ”, expressão que já se tornou comum.

Nesta perspectiva, ao invés de interrogar-se sobre a função e a atual invocação do assim chamado “FAVOR DEBITORIS”, parece mais útil indagar e avaliar se, e a quais institutos do

moderno direito das obrigações, a tutela das exigências econômicas e sociais que inspiraram ou inspiram tal "FAVOR", na falta de explícitos confrontos normativos, e entregar à jurisprudência a tarefa de conseguir de cláusulas gerais e da adequação da norma do direito privado aos princípios gerais (e constitucionais) do ordenamento, aqueles limites que, concretamente, imponham ao devedor somente comportamentos exigíveis e compatíveis com o dever de cumprimento assumido com o vínculo obrigatório.

Sob esta ótica, não há dúvida de que a investigação resultaria certamente profíqua: excessivo ônus da prestação, lesão "ULTRA DIMIDIUM", impossibilidade constatada, veto do pacto promissório, interpretação (em caso de obscuridade do texto a ser negociado) a favor do obrigado, dever do devedor e do credor de se comportarem segundo as regras da correção. relevância geral da boa fé constituem certamente instrumentos que o ordenamento põe em salvaguarda do devedor contra a pretensão injusta do credor, enquanto prevaricadora dos juro do devedor, tido a cumprir em conformidade e nos limites da obrigação assumida.

Se, depois, estes e outros remédios hipotéticos devam ser atribuídos a um persistente (e anterior) "FAVOR DEBITORIS" e não a uma imprescindível exigência de tutela da liberdade e da autonomia do devedor, que não pode ser mantido afastado daquilo que a lei lhe impõe como dever de cumprimento no ato de assumir o vínculo obrigatório, pode considerar-se mais um momento de curiosidade do que um problema a ser resolvido.

II

1. As considerações gerais aqui expostas podem ser avaliadas à luz de uma experiência concreta (mesmo se totalmente peculiar) como é a do débito dos países latino-americanos. Além dos perfis, embora de grande importância, eco-

nômicos e políticos do problema, a experiência em questão caracteriza-se, sob o perfil jurídico, pelos seguintes aspectos:

- a) posição do devedor é constantemente agravada pelo inserimento em contrato de cláusulas diretas que garantem a revisão das condições do empréstimo a favor do credor;
- b) a onerosidade do empréstimo implica, não obstante o pagamento de enormes valores a título de juros, na não redução do mesmo e aliás aumenta a dívida-capital (mesmo se por via capitalização dos juros moratórios e dos juros sobre os juros);
- c) as condições do devedor (apareciam e) aparecem de forma a considerar provável que a obrigação de devolver o empréstimo (não podia e) não pode ser cumprida.

2. Perante esta situação que indubitavelmente não pode deixar de suscitar perplexidade, foram invocadas intervenções diretas para aliviar a posição do devedor e foram projetadas soluções que, interior dos proponentes, deveriam legitimar o resultado de uma redução ou de uma modificação do valor ou das condições do empréstimo. Na verdade nenhuma das soluções projetadas parece satisfatória. Em primeiro lugar, e pelo menos nos termos em que foram formuladas, não podem ser divididas no plano jurídico, as opiniões daqueles que endossam ao credor as consequências da inadimplência do devedor no pressuposto de que o mesmo credor teria induzido o devedor ao recurso ao crédito ao invés de opor uma negação aos pedidos neste sentido. Prescindindo do fato que uma solução como esta dá por demonstrada a existência de um dever jurídico ao credor de rejeitar a proposta (contratual) do devedor convém replicar que a responsabilidade e os consequentes efeitos negativos para o credor, no caso de indução culposa do devedor à dívida, é em "RE IPSA", porque ela se traduz na vã dedução do patrimônio do devedor, que vai resultar incapaz de satisfazer a pretensão do credor. O inconveniente

niente, se assim pode ser dito, está no fato de que a não realização do interesse do credor pressupõe a insolvência do devedor e, portanto, o esgotamento de suas disponibilidades patrimoniais.

Analogamente inaceitável, pois não idônea para salvaguardar o devedor da liquidação de seu patrimônio, é a tese daquelas que reconduzem a situação do devedor e do credor anteriormente descrita no âmbito da concessão abusiva do crédito. E na verdade claro está, ainda quando se verificar que o credor violou as obrigações de retidão (empresarial) ao conceder o crédito, que razão da repressão da concessão abusiva é a tutela do terceiro (que vê reduzida em relação a ele mesmo a garantia patrimonial constituída pelo patrimônio do devedor), enquanto nas relações assim ditas internas entre devedor e credor, a situação jurídica das partes permanece imutável e sua regulamentação se resolve nos próprios termos em que se resolve aquela das relações entre devedor e credor na hipótese anteriormente examinada.

Enfim, deixando a hipótese de impor o crédito aos países onde reside o credor (banco) pela sua nítida antijurisprudência, resta a solução daqueles que invocam a matéria para uma renegociação da dívida, aplicação da cláusula "REBUS SIC STANTIBUS" no sentido que, tendo-se produzido uma mutação substancial das circunstâncias em cuja presença a dívida havia sido assumida, o devedor seria exonerado do cumprimento por ter a relativa prestação se tornado impossível (ou excessivamente onerosa, ou ainda mais porque sua execução comprometeria os interesses vitais do devedor).

O limite jurídico desta posição está, de um lado (como será esclarecido em seguida) na possibilidade de estender a eficácia da cláusula "REBUS SIC STANTIBUS" às obrigações pecuniárias e, por outro, na individualização da autoridade à qual remeter o acerto das mudadas condições do devedor em relação à situação original na qual a dívida foi contraída (certo é que entre outras coisas um ponto em contestação é a competência do tribunal natural indicada em contrato).

3. Com a finalidade de chegar a uma aceitável solução do problema, deve-se partir da premissa da qual, nas obrigações pecuniárias, “ao devedor pecuniário não é permitido alegar como justificativa a demonstração de se ter dedicadamente esforçado ao cumprimento”. Afirmação que contém algo de verdadeiro, no sentido de que certamente não se pode alegar a impossibilidade de efetuar a prestação (pagar o valor deduzido “IN OBLIGATIONE”), mas que de per si não é suficiente para excluir que possam existir hipóteses nas quais falta a responsabilidade do devedor por fatos imprescindíveis e independentes de sua vontade.

Nas obrigações pecuniárias, de fato, “o problema fundamental do não cumprimento pertence não tanto à responsabilidade do devedor quanto à efetiva garantia patrimonial da dívida. A existência de bens patrimoniais do devedor oferece como via de regra a este sujeito os meios adequados para cumprir a prestação e, segundo o comum convencimento a liquidação do patrimônio entra no âmbito do esforço necessário à dívida pecuniária”. Disto resulta que, permanecendo a destinação do patrimônio à garantia, em linha de princípio o não cumprimento por parte do devedor se manifesta na não realização pontual da prestação (atraso), ficando claro então que pode se reconhecer a não responsabilidade do devedor se, impedido (como é o caso da superveniente periculosidade da prestação por causa de perseguição política e em geral por estado de necessidade), enquanto que não pode constituir excludente de responsabilidade a incapacidade financeira (no máximo as causas que determinam a incapacidade, financeira podem, em casos totalmente excepcionais, dar lugar a um julgamento de não responsabilidade, posta a constante possibilidade de identificar na incapacidade o verificar-se de riscos comuns que incidem na posição patrimonial ou na atividade de lucro do devedor, riscos que o dedicado devedor pecuniário deve oportunamente prever, prevenir ou cobrir, se comprometerem sua capacidade de cumprimento). Em linha de máxima a falta de culpa seria percebida somente no recurso de eventos ex-

traordinários, como aqueles normalmente subtraídos aos riscos asseguráveis. Sob este perfil a incapacidade e reconduzível à incapacidade original ou ocorrida (pela qual se põe somente um julgamento de previsibilidade) ao cumprimento. A este respeito aliás se afirma que “com relação à incapacidade ocorrida a responsabilidade do devedor está excluída se este tiver manifestado o esforço devido, na medida abstrata normativamente imposta para prevenir ou superar o obstáculo. Ora, quando a incapacidade é inicial o esforço diligente dirigido em prevenir a inadimplência se manifesta principalmente como esforço da capacidade de adimplência com a finalidade de não encorrer numa posição obrigatória que, em relação às circunstâncias, implique em sua situação de inadimplência” (mesmose a tese foz contrariada, porque admitiria um comportamento pré-obrigatório enquanto que deveria ter cuidado somente com o comportamento tido para fins de pagamento).

4. À luz destas afirmações, nos devemos perguntar como regular a posição do devedor no caso em questão.

Pelos motivos expostos não parece possível invocar o limite da impossibilidade ocorrida que constitui causa que se exime de responsabilidade todas as vezes que, por fatos independentes e imprevisíveis por parte do devedor, a prestação tornou-se impossível no sentido anteriormente dito (por ter o devedor esgotado todas as possibilidades nos limites do “esforço diligente” a ele imposto pela lei e pelo contrato).

Nos casos a problemática da dívida internacional, traduzindo-se a inadimplência em atraso na execução da prestação, devemos avaliar se tal atraso é imputável ou não ao fato do devedor, mas a isenção de responsabilidade não pode certamente consistir na incapacidade financeira (sendo aliás dever do devedor remover as causas que podem provocar o nascimento, a seu cargo, de responsabilidade devedora).

Excluído que a incapacidade financeira, originária ou em si e de per si, possa se transformar em causa de isenção de responsabilidade devedora, deve-se ver se pode sê-lo a incapacidade ocorrida à inadimplência. E, também em relação a isso,

a resposta parece deva ser negativa pois, se a execução da responsabilidade deve ser atribuída ao sobrevir de circunstâncias imprevisíveis que agravam o dever de cumprimento (ou o comportamento) do devedor além do esforço a ele solicitado pela lei, então a incapacidade ocorrida tende a identificar-se ou na impossibilidade ocorrida ou naquelas outras causas (periculosidade da prestação, estado de necessidade) que, nas obrigações pecuniária, não atribuam culpa ao atraso mas também não extingam ou não resolvam a obrigação do devedor ou a pretensão do credor.

Sob outro ponto de vista deve ser analisado o que se refere ao remédio de lesão "ULTRA DIMIDIUM". A aplicabilidade ou não do instituto à hipótese da dívida internacional depende, de fato, de circunstâncias aplicáveis ao momento da conclusão do contrato de financiamento e, pois, de uma avaliação da situação das partes no momento do nascimento do vínculo obrigatório. E, no caso em questão, a dívida foi contraída numa situação de absoluta normalidade.

Resta examinar o terceiro dos remédios anteriormente mencionados: a excessiva onerosidade da prestação.

Prescindindo dos remédios práticos que podem ser adotados (resolução, modificação equânime das condições contratuais, renegociação da dívida ou sua conversão) esta parece ser a via concreta e juridicamente mais aplicável. E, na verdade, se como a doutrina mais recente tende a sublinhar, na base do instituto está "a normal distribuição do risco" contratual (veja-se o que foi dito no art. 1.463 do Código Civil), não se pode negar que o remédio em questão constitua a melhor garantia contra alterações (extraordinárias e imprevisíveis) da posição dos contratantes e, no caso em questão, daquele que entre eles resulte devedor (enquanto obrigado à devolução do valor mutuado).

A solução assim projetada parece totalmente correspondente à situação que se criou na realidade: evitar que seja endossado ao devedor (além e prescindindo da responsabilidade de quem originou o fato e, portanto, sem um problema de

culpável comportamento do credor) um sacrifício superior a aquele considerado exigível em substrato pela lei e, desde quando o devedor tenha tido o comportamento necessário para garantir a realização do interesse do credor.

A solução deve ser mantida mesmo diante das cláusulas que endossaram contratualmente a parte do empréstimo ao devedor. E a razão deve ser localizada quer na imprevisibilidade e na extraordinariedade do fato em relação ao risco normal que, no fato em hipótese, em que entra em jogo o princípio da retidão, da boa fé ou da cláusula geral pela qual o credor não pode aproveitar-se de sua força contratual além dos limites de um seu enriquecimento sem causa.

E, na verdade, não parece poder negar como o juízo sobre a excessiva onerosidade pressuponha que o equilíbrio entre sujeição do devedor e supremacia do credor não possa ir além do limite de assegurar tutela ao interesse que leve, sem motivação plausível, o devedor à ruína.

Provavelmente esta é a chave de leitura do inteiro problema: a excessiva onerosidade da prestação se tem todas as vezes em que o comportamento exigido ao devedor crie a este, por circunstâncias que ele não podia prever no ato de assumir a obrigação, um sacrifício desproporcional não somente em relação aos meios normalmente utilizáveis para executar a prestação, mas também em relação ao mesmo interesse do credor como concretamente havia sido avaliado e como, ainda hoje, é avaliável.

Assim, como não se pode pedir ao devedor para efetuar uma prestação cuja execução corresponde a sua ruína pessoal (mas análogo discurso vale para a integridade da empresa), do mesmo modo não se pode exigir a dívida cujo pagamento equivalha a comprometer a mesma persistência das estruturas democráticas do Estado (aqui o problema da "democracia"). Nestes limites, repito, podem variar as formas com as quais se realize o remédio mas não certamente o efeito que não pode ser outro senão o da resolução da modificação das condições.

5. Resta considerar um último ponto relativo às modalidades para fazer valer o remédio ligado à ocorrência excessiva onerosidade da prestação.

E a tal respeito, provavelmente, pode-se identificar neste, um ideal ponto de convergência entre a atividade e a intervenção política e a reflexão do jurista. A iniciativa do político deveria de fato ser canalizada em persuadir as partes no sentido de subtrair o juízo da ocorrência excessiva onerosidade às cortes ordinárias e remetê-lo ao arbítrio de uma autoridade que decida não somente o mérito da controvérsia mas que possa, outrossim, dar uma vinculante indicação sobre as condições mais equânimes às quais modificar a originária obrigação do devedor.

Trata-se, é intuitivo, de uma indicação de perspectiva sobre a qual convidar mais uma vez à reflexão, na certeza de que não existe, em pontos particulares ou na questão em geral, uma solução se a mesma não é conforme ao direito que é tal somente quando resolvível em regra de pessoa para pessoa.