

O Favor *Debitoris* como princípio geral de direito*

José Carlos Moreira Alves

1. No mundo moderno, ganha relevo o exame da existência, ou não, do *favor debitoris* como princípio geral de direito na tentativa de se encontrar solução jurídica ao problema, relativo aos países em desenvolvimento, particularmente os da América Latina, do pagamento de sua dívida externa contraída na década de 1970, em que as condições econômicas dos credores públicos ou privados não faziam prever que as cláusulas impostas para a concessão desses créditos - e que visavam a garantir a revisão dos empréstimos em favor do credor, particularmente a da adoção de taxas flutuantes de juros -, acarretariam, em virtude das profundas mudanças na conjuntura econômica dos países ricos e industrializados em decorrência, principalmente, de políticas econômicas inspiradas no monetarismo e da enorme valorização do dólar em face das moedas dos países devedores, um explosivo aumento desses débitos, que, segundo dados estatísticos colhidos por PANIZZA¹, de sessenta milhões de dólares na metade dos anos setenta passaram a 850 milhões no início do ano de 2000, apesar do montante de juros pagos ter sido de valor, nesse período, várias vezes superior ao montante total dos empréstimos contraídos.

* Lição Doutoral proferida pelo Autor por ocasião do seu doutoramento *Honoris Causa* na Universidade de Roma "Tor Vergata", em 27 de novembro de 2003.

1 *Crecita esplosiva del debito estero dell'America Latina, in Roma e América. Diritto Romano Comune*, 14/2002, p. 211.

2. Com vistas a esse problema, sob seu aspecto jurídico, e para dar início a estudo sobre ser, ou não, o *favor debitoris* um princípio geral de direito, compreendido este como o que se obtém por um processo de indução e generalização das normas explícitas do ordenamento jurídico, a traduzir critério subjacente que inspirou essas normas, apresentei, em 1987, na cidade venezuelana de Mérida onde se realizou um congresso de direito romano, trabalho onde procurei demonstrar, pelo exame das normas do ordenamento jurídico romano no curso de sua longa evolução histórica, a existência nele desse princípio. Nessa ocasião, VICENZO GIUFFRÈ, em contribuição intitulada “*Il favor debitoris: araba fenice*”, para sustentar posição diversa, partiu da premissa de que as manifestações do *favor debitoris* seriam somente as normas que tutelavam o devedor fora da lógica comum, ou seja, da lógica consubstancial à técnica jurídica, na tentativa de mostrar, num exame que reconhecia não ser exaustivo, que poucas seriam as normas favoráveis ao devedor que não encontrariam justificativa lógica, para explica-las, em princípios de técnica jurídica ou em motivações culturais, sociais ou econômicas de determinado momento histórico.

No ano seguinte, elaborei amplo estudo² sobre as normas de proteção ao devedor e o *favor debitoris* - do direito romano ao direito latino-americano, no qual me esforcei para demonstrar - após nova análise das principais normas de favorecimento ao devedor no direito romano, e da acolhida de grande parte delas pelo direito espanhol antigo e moderno, pelas codificações civis da América Latina Espanhola, pelo antigo direito português e pelo direito brasileiro - a existência

2 As normas de proteção ao devedor e o *favor debitoris* – Do direito romano ao direito latino-americano, in *Debito Internazionale – Principi Generali del Diritto*, ps. 77/120, CEDAM, Padova, 1995.

em todos esses ordenamentos jurídicos do *favor debitoris* como princípio inspirador de um conjunto de normas expressas, e, conseqüentemente, como princípio geral de direito neles. Para isso, parti da premissa de que, embora não se encontre nas fontes romanas a expressão *favor debitoris*, que é moderna, se acham nelas inúmeros textos em que se utiliza da palavra *favor* seguida dos genitivos *libertatis*, *dotium*, *nuptiarum*, *pupilli* ou *pupillorum*, *liberorum*, *puccitiae*, *populi*, *religionis*, a significar o fundamento, ainda que não o único, em que se inspirou a jurisprudência ou o legislador para desviar-se do rigor do direito, bastando para esse desvio que não prescindisse ele da influência exercida por uma daquelas causas que eram favorecidas no direito romano (como a liberdade, o dote, o casamento, os pupilos, os filhos, a pudicícia, o povo, a religião), mas dela sendo manifestação. E foram os autores modernos que, verificando que tanto no direito romano quanto na legislação de diversos países esses desvios muitas vezes decorriam de uma mesma *causa favorabilis*, passaram a empregar a expressão *favor* para traduzi-la, e, extraindo dos textos jurídicos romanos e modernos outras dessas *causae favorabiles*, criaram expressões como *favor testamenti*, *favor rei*, *favor matrimonii*, *favor debitoris*. De outra parte, salientei que essa tendência, com relação ao devedor, não decorre necessariamente de sentimentos religiosos ou humanitários, mas também de motivos jurídicos que podem ser até cumulativos. Tendo em vista, porém, que apenas com o exame de cada ordenamento jurídico é possível verificar-se se nele existe, como princípio geral, essa *causa favorabilis* que é o *favor debitoris*, tive necessidade de analisar sob esse aspecto os ordenamentos jurídicos acima referidos. E para chegar à conclusão de que neles o *favor debitoris* era um princípio geral, procurei, em primeiro lugar,

refutar, quanto ao direito romano, as objeções de VICENZO GIUFFRÈ, tendo acentuado que a tendência de proteção e de apoio ao devedor, em que se traduz o *favor debitoris*, não resulta, apenas, de normas que o tutelem fugindo da lógica consubstancial à técnica jurídica, mas também daquelas que, sem desvio dessa natureza, vão contra o rigor dos princípios básicos que regem o crédito para proteger o devedor de abusos ou de iniquidades, ou, ainda, de situações que, pelo apego injustificado a rígidos princípios racionais, lhe dificultem liberar-se do débito. Assim, as normas de proteção a ele quanto à lesão enorme, à usura, ao anatocismo, à *lex commissoria*, entre outras, não resultavam simplesmente da aplicação do princípio de preservação de equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação que, de certa forma, se oponha ao da liberdade jurídica de contratar, porquanto essas medidas só se aplicavam quando houvesse desequilíbrio anormal, abusivo ou iníquo. Ademais, no próprio direito romano, se as providências contra a *voracitas creditorum* podiam ser justificadas, pelo lado do credor, como medidas de punição à sua malícia, da parte do devedor - em cujo favor, aliás, vertia o crédito que era perdido a título de pena privada - visavam, sem dúvida alguma, a protegê-lo dos abusos daquele. Feita mais largamente a refutação dessas objeções, salientei, em seguida, que muitas eram as normas de direito romano que se inspiravam no *favor debitoris*, e que, acolhidas em sistemas jurídicos que lhe sucederam, indicavam a existência neles da tendência do favorecimento ao devedor em contraposição aos princípios que informavam o direito de crédito, tendência essa, que, sendo o fundamento de várias normas do direito das obrigações, configurava princípio geral nessa parte do direito privado. E então observei que, à semelhança do que HOFMANN, em *Kritische Studien in*

*römischen Recht*³, publicado em 1885, salientara no sentido de ser a liberdade de testar a razão do *favor testamenti*, era o *favor debitoris* - e é esta, acrescento agora, a explicação da aproximação ao *favor testamenti* - manifestação específica, na área das obrigações, de um *favor libertatis* em acepção ampla (e em acepção ampla por que este se aplica também a outras partes do ordenamento jurídico e não apenas ao direito das obrigações) que visava a diminuir as restrições à liberdade jurídica que o devedor, em face do credor, sofre em virtude do vínculo resultante da relação obrigacional, até que este se extinga, o que, normalmente, resulta do pagamento: a *solutio* a extinguir o *vinculum iuris*. Daí, ter eu, então, concluído: “Das normas que, no direito das obrigações dos sistemas jurídicos que estudamos, se fundam no *favor debitoris*, verifica-se que este se apresenta como manifestação do *favor libertatis* em sentido amplo, quer naquelas que visam a impedir ou a diminuir o desequilíbrio que circunstancialmente (pelas condições econômico-sociais de uma época ou de um momento) torna o devedor a parte mais débil na relação obrigacional, quer naquelas que se inspiram no princípio, que já deflui de vários textos romanos, de que, “quem se obriga, se obriga sempre pelo menos”, e ao qual se refere FERRINI⁴, ao dizer, quanto ao tratamento favorável ao devedor na imputação do pagamento, que é *conforme alla teoria generale il lasciare sussistere la mínima obbligazione*”. E princípio esse que tem sua razão de ser última no que, no século XVIII, RICHERI⁵, em sua célebre obra “Universa

3 P. 174, Manz'sche K.K. Hof – Verlag und Universitäts – Buchandlung, Wien.

4 *Manuale di Pandette*, 4ª. ed., Milano, 1953, n° 496, ps. 488/489.

5 *Apud* G. SABATINI, *In dubbio pro reo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vl. VIII, p. 612, nota 9

civilis et criminalis iurisprudentiae iuxta seriem institutionum ex naturali et romano iure deprompta et ad usum fori perpetuo accomodata”, fundava para justificar que, na interpretação, se ampliassem as leis que favoreciam os devedores: “quia suadet naturalis aequitas, atque humanitas, ut proniores simus ad liberandum, quam ad obligandum.

3. Como se vê, para concluir que o *favor debitoris* era um princípio geral de direito nos ordenamentos jurídicos romano, espanhol antigo e moderno, latino-americano de língua espanhola, português antigo e brasileiro, tomei a expressão *princípios gerais de direito* no sentido de princípios que se extraem do espírito do ordenamento jurídico examinado, ao qual se chega pelo exame do conjunto de normas que, num mesmo âmbito, nele se encontram, ainda que algumas possam sofrer exceção circunstancial, ou ainda que disciplinem relações jurídicas específicas, mas que tendem a estender-se a outras pela inspiração comum que as anima, como a da proteção à debilidade jurídica ou econômica de uma das partes dessa relação. E, por isso mesmo, o fiz sem apelos à razão, à equidade ou à justiça, mas com base num conjunto de preceitos positivos, concernentes ao direito das obrigações, dos ordenamentos jurídicos então examinados, e que são, também nesse particular, fortemente inspirados em normas advindas do direito romano.

Quanto a essa tendência ao favorecimento do devedor, a que se alude com a expressão *favor debitoris*, quer resulte de preceitos que o protegem em circunstâncias em que ele aparece, em face do credor, como a parte economicamente mais débil, quer decorra de normas em que essa situação patrimonial não seja levada em consideração, o que é certo

é que, em ambos os casos, esses dispositivos legais têm um fundamento comum que é o do já mencionado princípio referido por FERRINI - *quem se obriga, obriga-se sempre pelo menos* -, a implicar a menor onerosidade possível para a limitação à liberdade que a posição de devedor necessariamente acarreta. Daí, PUIG PEÑA⁶, com relação a não dizer o Código Civil espanhol quem, se o credor ou se o devedor, deverá escolher a coisa a ser dada dentro de certos limites de qualidade, salientar: “porém, a doutrina é unânime em entender que, por aplicação do princípio chamado de *favor debitoris*, corresponderá aquela eleição ao devedor, ainda que, certamente, possa ser em alguma hipótese atribuída de modo expresso ao credor ou a terceiro”.

Como os princípios gerais do direito, em diversos ordenamento jurídicos, servem - e é essa sua função integradora - de fonte subsidiária, à falta de lei ou de costume que disciplinem determinada necessidade social, para o suprimento de lacunas no ordenamento jurídico relativo às obrigações, no tocante à inexistência neles de institutos - como a lesão, o estado de perigo, a excessiva onerosidade superveniente - que as mais das vezes protegem o devedor, a doutrina e a jurisprudência para o suprimento dessas lacunas se têm fundado, expressa ou implicitamente, no *favor debitoris* tomado pelo ângulo da proteção do devedor em hipóteses que este se apresenta como a parte mais débil em face do credor. Assim, no direito brasileiro, na vigência do Código Civil de 1916, para se abrir brecha, com a teoria da imprevisão, no princípio, então rígido, do *pacta sunt servanda*, foi fundamental a obra clássica - “Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão” - de ARNOLDO MEDEIROS DA

6 *Compendio de Derecho Civil Español*, tomo III, vl. I, p.108, Barcelona, 1966.

FONSECA⁷, na qual este, após referir a crítica de LACERDA DE ALMEIDA ao referido Código por sua frieza em face do problema da proteção dos mais fracos, e de demonstrar, com a análise da legislação posterior à promulgação desse Código, que a exploração dos fracos pelos fortes ficara reprimida por diversas leis, concluiu pela admissibilidade dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, salientando: “Somos assim levados a reconhecer que, presentemente, em face dos princípios que resultam da legislação vigente, a superveniência de acontecimentos imprevistos e imprevisíveis, *alterando radicalmente o ambiente objetivo* existente ao tempo da formação do contrato e acarretando para um dos contratantes uma *onerosidade excessiva* e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste, pode dar lugar a intervenção judicial para resolver o vínculo contratual”. E foi inspirado nessa tendência de favorecimento ao devedor - em que se traduz o *favor debitoris* -, que dera margem à construção doutrinária referida, que o novo Código Civil brasileiro, que entrou em vigor neste ano, adotou o instituto da onerosidade excessiva nos artigos 478, 479 e 480, dos quais o teor é o seguinte: “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas

7 3ª. ed., ps..345/346, Forense, Rio Janeiro, 1958.

uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. E, no artigo 317, relativo ao objeto do pagamento foi além, ao admitir a correção judicial, a pedido da parte prejudicada, do valor da prestação devida, *verbis*: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. Nesse caso concreto, ocorrido no direito brasileiro, teve-se o *favor debitoris*, como fonte supletiva de direito a permitir que o juiz, na lacuna da lei e dos costumes, julgasse com base nele como princípio geral de direito, e, criado, posteriormente, por lei o instituto que supriu essa lacuna, foi nele que se encontrou a inspiração em que se fundara essa lei. Outro exemplo nesse mesmo sentido oferece o atual direito privado brasileiro. A doutrina e a jurisprudência, em favor do devedor, admitiam a presunção de renúncia de direito do credor pela tolerância deste a comportamento diverso do devedor, e agora o artigo 330 do novo Código Civil dispõe que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Situação semelhante, aliás, já ocorrera no direito privado italiano, sob a vigência do Código Civil de 1865 que era omissivo quanto à proibição do enriquecimento injustificado, levando parte da doutrina e quase toda a jurisprudência a, partindo de algumas normas esparsas na referida codificação, considerá-las como aplicação de um princípio geral não expresso; e o legislador, posteriormente, no Código Civil de 1942, inspirado nesse princípio, editou os artigos 2041 e 2042, onde se disciplina o enriquecimento sem causa.

4. Em 1995, desenvolvendo críticas que fizera no verbete “Obbligazioni” da Enciclopédia de Direito editada pela Giuffrè, o ilustre civilista italiano Prof. PIETRO RESCIGNO, no artigo intitulado “Favor debitoris - ambiguità de una formula antica”, escrito para os “Studi in onore di ELIO FAZZALARI” e publicado também em “Debito Internazionale - Principi Generali del Diritto”⁸, voltou a atacar a tese de que o *favor debitoris* seria um princípio geral de direito em face do ordenamento jurídico italiano. Para isso, partindo da circunstância de que o legislador no artigo 12 das “prelegi” não mais adotava a expressão “princípios gerais de direito”, mas, sim, “princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”, e de que no Código não se colocaram os princípios da ideologia do sistema nas relações privadas, sustenta ele que para se chegar a esses princípios se há de ter uma rigorosa aderência ao ordenamento positivo das relações jurídicas, não se podendo socorrer da equidade e da natural justiça apresentadas como imanescentes do sistema na ausência de regras codificadas. Observa que a disciplina do trabalho subordinado daria uma base mais sólida de confronto quanto à proteção do sujeito economicamente débil, mas não se poderia extrair daí um princípio geral para se ter o devedor como a parte frágil pela mera sujeição ao dever de prestar que prescinde da subalternidade ao poder econômico e à contraposição de classes sociais, o mesmo ocorrendo com a tentativa de extrair o *favor debitoris* da regra do ônus da prova em geral ser do credor como o autor de ação contra o devedor. Por outro lado, sendo os devedores no Código Civil, no que diz respeito aos contratos e às relações de negócios, operadores econômicos, são raras as normas e escassos os remédios

8 Ps. 131/143.

para situações relativas aos economicamente modestos, como ocorre com o artigo 1525, ligado ao consumo. Em seguida, contesta que as normas, em que as mais das vezes se buscam como fundamento do *favor debitoris* - e são os artigos 1184, 1.199, 1.237, 1286, primeira parte, e 1371 combinado com o 1.362 e outros que se apresentam como aplicações específicas destes -, o sejam, argumentando, primeiramente, que essas normas não servem para entrar no difícil terreno da comparação de interesses e do confronto entre categorias econômicas e classes sociais, e, depois, que não têm o caráter de absoluta proteção ao devedor que se lhes pretende dar, como se vê do próprio texto delas. Acrescenta ainda que - ao contrário do que ocorre no campo da responsabilidade civil, em que se pode, excepcionalmente, responsabilizar equitativamente o incapaz; em que a condição das partes pode influir na escolha da forma de reparação; e em que a pedido do interessado o juiz pode condenar à reparação de forma específica, salvo se muito onerosa para o devedor - essas normas não se prestam a generalização, e confirmam que é estranho ao direito das obrigações o relevo dado à condição econômica dos sujeitos da relação jurídica para fixar a medida da obrigação e da responsabilidade, não servindo sequer o princípio da "correteza" (artigo 1175) para remover desigualdades econômicas. O mesmo sucede com relação ao nascimento e à persistência das obrigações, que podem sofrer influência da situação das partes por motivos de solidariedade familiar, o que lhes tira também a possibilidade de generalização. Mas, no terreno do inadimplemento e da decorrente responsabilidade, a condição econômica das partes, e particularmente a do devedor, não tem influência, tanto que, a mudança das condições patrimoniais do devedor que façam perigar a satisfação do crédito dá margem à concessão ao credor de instrumentos

de auto-tutela . Além disso, analisando a posição do obrigado com referência às vicissitudes e à extinção do vínculo , bem como relativamente ao destino da prescrição, sustenta que não podem conduzir a um geral *favor debitoris*, por considerações estranhas à sua área, a necessidade do consentimento do devedor na cessão de crédito ou as regras para facilitar o cumprimento da obrigação como sucede com a relativa à oferta real, ou a existência de “privilégios de consciência”. Por fim, argumenta que, com relação aos institutos da lesão, do pacto comissório, da usura, da onerosidade excessiva superveniente, o reconhecimento desses meios em favor do devedor se desloca da disciplina da relação e do adimplemento para o regime do contrato e dos remédios que o sistema admite em razão da debilidade do sujeito e da iniquidade das condições estabelecidas no momento do acordo, e mais tarde como reação ao desequilíbrio superveniente na economia do contrato por circunstâncias imprevisíveis.

5. Essa crítica, apesar da força de sua fundamentação, se baseia numa análise circunscrita ao direito privado italiano à luz de um sentido restrito que se dá à expressão “princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”, e sentido que, de certa forma, não os distingue da *analogia*, fazendo com que ambos estejam sujeitos à mesma regra de irrestrita exclusão do direito excepcional, na linha exatamente seguida pelos opositores, na vigência do Código Civil italiano de 1865, da corrente dominante que, como já foi referido anteriormente, integrou no então ordenamento jurídico italiano o instituto do enriquecimento sem causa.

Mas, do próprio ordenamento jurídico italiano atual parece-me possa resultar o *favor debitoris* como um dos princípios

gerais de direito, à luz de uma concepção, já referida, menos estreita, porque extraídos do espírito desse ordenamento, ao qual se chega pelo exame do conjunto de normas que, num mesmo âmbito, nele se encontram, ainda que algumas possam sofrer exceção circunstancial, ou ainda que disciplinem relações jurídicas específicas, mas que tendem a estender-se a outras pela inspiração comum que as anima, como a da proteção à debilidade jurídica ou econômica de uma das partes dessa relação.

Continuo, pois, convencido de que o *favor debitoris* é um princípio geral de direito nos ordenamentos jurídicos que consagram normas que inequivocamente revelam a tendência ao favorecimento do devedor para, sem evidentemente renegar o direito de crédito, tornar o menos gravosas possível as restrições à sua liberdade que a relação obrigacional lhe impõe.

Aliás, o próprio Prof. RESCIGNO, no trabalho anteriormente citado, reconhece que a relação obrigacional cria um vínculo à liberdade da pessoa e se compreende por isso que na dúvida se deva negar, e não afirmar, a existência deste, e a este se deva dar também a menor extensão, justificando-se, assim, uma disciplina ditada pela transitoriedade da limitação da liberdade, compreendendo-se as garantias aprestadas para a liberação do devedor, sobretudo onde o adimplemento requeira a ativa cooperação do credor que deve receber a prestação.

E SABATINI⁹, aplicando ao direito das obrigações o princípio fundamental - *libertas omnibus rebus favorabilior est* (D. 50, 17, 112) - que sempre orientou a jurisprudência romana nas situações jurídicas dúbias e que persiste como diretriz do direito moderno com relação a elas, não hesita em concluir:

9 In dúbio pro reo cit., p.612.

“Desses e de outros passos se pode deduzir um princípio geral de direito que se enuncia nos seguintes termos: a posição do sujeito que suporta uma limitação na própria esfera de liberdade jurídica é favorecida pelo direito, no sentido de que tal limitação seja sempre a menos gravosa possível no regulamento dos interesses opostos”.

Ora, é do conjunto das normas que favorecem o credor que, por indução, se extrai que o *favor debitoris* seja o pressuposto em que elas se baseiam, e conjunto esse amplo quer no ordenamento jurídico romano, quer, inclusive por influência dele, nos ordenamentos jurídicos recentemente reformulados no âmbito das relações obrigacionais.

Com efeito, no direito romano são em grande número os institutos jurídicos que revelam a tendência que se traduz com a expressão *favor debitoris*. Assim, a título exemplificativo, o *beneficium competentiae*, a *querella non numeratae pecuniae*, a *datio in solutum* necessária, a concessão de prazos de graça, a proibição da usura e do anatocismo, o instituto da *laesio enormis*, a vedação da *lex commissoria*, as providências várias contra uma gama de comportamentos iníquos dos credores, a proibição de cárcere privado para a execução pessoal dos devedores, o efeito liberatório da *depositio in publicum* da prestação devida, a vedação da *cessio in potentiolem* e da *cessio bonorum* conducente á miséria do devedor.

Boa parte desses institutos se encontram nas legislações espanholas e portuguesas antigas, fortemente influenciadas pelo direito romano. Na Espanha antiga, já no Código de Eurico se vedam a usura e a *translatio ad potentiores*. No *Fuero Juzgo*, proíbem-se a *cessio in potentiolem* e a usura pessoal e real. No *Fuero Real*, aumenta-se o número de

normas que visam à proteção do devedor, destacando-se a acolhida da *laesio enormis*; do estabelecimento de penas severas contra o devedor que, sem ordem do juiz ou do meirinho, se apodere de coisa do devedor a título de penhor; da responsabilidade dos herdeiros até as forças da herança; da opção do devedor na imputação do pagamento; da proibição da usura. Avoluma-se o número das restrições ao exercício do direito crédito nas Siete Partidas: admitem-se o *beneficium inventarii* e o *beneficium competentiae*; estabelecem-se moratórias; permite-se o emprego da *querella non numeratae pecuniae*; há a presunção de que o termo é concedido em favor do devedor; acolhe-se a lesão; vedam-se o pacto comissório e a *cessio bonorum*; impõem-se penas contra o credor que pretende fazer justiça com as próprias mãos; condenam-se atitudes iníquas do credor contra o devedor, proibindo-se, por exemplo, que aquele arreste o cadáver deste, ou embargue o seu enterro; facilita-se a extinção do débito com normas relativas ao efeito liberatório do depósito em pagamento, à imputação do pagamento e à redução do débito pela maioria dos credores; acolhe-se o *beneficium inventarii*; adota-se a concepção canônica de usura para se proibirem contratos a juros. E nas demais fontes legais que se seguem - assim, para citar as mais importantes, o Ordenamiento de Montalvo, a Nueva Recopilación e a Novíssima Recopilación que são sucessivamente dos séculos XV, XVI e XIX - também se encontram normas favoráveis ao devedor, sendo de destacar nesta última a admissão da rescisão por lesão enorme, a proibição da usura, a vedação da doação de todos os bens, o combate contra os rigores da execução por dívida no tocante aos lavradores e a algumas categorias profissionais, e o preceito de que não se presume solidariedade entre os devedores.

Em Portugal, as três Ordenações - as Afonsinas de 1445, as Manuelinas de 1521 e as Filipinas de 1603 - receberam a maioria das medidas de favorecimento do devedor existentes no direito romano, embora nelas não se encontrem a *datio in solutum necessaria*, o *beneficium competentiae* e a faculdade dada ao juiz, no direito justiniano, de compelir o credor a receber do devedor, quando se litigasse sobre o pagamento, a parte que ele reconhecesse dever. Em compensação, acolheram a vedação dos contratos a juro na esteira do direito canônico que os denominava contratos usurários e estabeleceram penas para a cobrança a destempo ou indevida. Ademais, as Ordenações Filipinas introduziram no direito português a *laesio enormissima* de origem canônica. Mas o que merece particular realce é a circunstância de que, sendo essas Ordenações extremamente lacunosas em matéria de direito civil, nelas se acha, com base muitas vezes em leis ainda mais antigas, grande parte das medidas favoráveis aos devedores.

Já nas legislações modernas, vários desses institutos não mais têm razão de ser em virtude das mudanças sociais, o que levou CLÓVIS BEVILAQUA¹⁰ a dizer que “não há mais proibição de ceder coisas litigiosas, nem aos poderosos, categoria de pessoas que a organização política das democracias ignora”. Mas, pelo menos na maioria das mais conhecidas, não são poucos os dispositivos e institutos que se inspiram na tendência de favorecimento ao devedor, sem que necessariamente, na relação jurídica obrigacional, seja este a parte mais débil economicamente, embora, em casos que se vêm tornando cada vez mais crescentes, essa proteção se lhe dá por estar em posição de evidente inferioridade econômica permanente ou

10 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. IV, 4ª. ed., comentário ao art. 1065, p.231, livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1943.

circunstancial, como ocorre, por exemplo, com as normas, em seu favor, relativas aos contratos de adesão; com a regra de interpretação de que, na dúvida, as cláusulas inseridas nas condições gerais do contrato ou nos módulos ou formulários se interpretam a favor do contratante que não as preparou; com a ampla proteção do consumidor nas relações de consumo inclusive em matéria de crédito a elas concedido pelos bancos; com os dispositivos de proteção ao trabalhador na relação de trabalho subordinado; com as normas em favor do inquilino nas locações de imóveis urbanos; com a proibição, no tocante a todos os direitos reais, da *lex commissoria*; com a vedação à usura e ao anatocismo; com a admissão da lesão e do estado de perigo como defeitos do negócio jurídico; com a possibilidade de resolução ou de revisão do contrato pela aplicação de uma das vertentes da teoria da imprevisão, como a onerosidade excessiva superveniente; com a proibição, enfim, da prisão por dívida. Assim se observa, para citar as codificações civis mais recentes na América Latina, nos novos Códigos da Bolívia, de 1975, do Peru, de 1984, do Paraguai, de 1985, e do Brasil, de 2002. Todos eles admitem a lesão como defeito do negócio jurídico, o instituto da excessiva onerosidade, a diminuição equitativa, pelo juiz, da cláusula penal quando seu montante for manifestamente excessivo, a vedação da usura (o que no Brasil deriva de legislação extravagante), e a *lex commissoria*. O da Bolívia e o do Paraguai disciplinam o benefício de inventário; o da Bolívia e o do Brasil admitem o estado de perigo como defeito do negócio jurídico; e o do Peru e o do Brasil incluem o estado de perigo entre os defeitos do negócio jurídico, o qual acarreta para o primeiro desses países a rescisão e para o segundo a anulabilidade. Na América do Norte, especificamente no Canadá, o recente Código de Quebec contém igualmente vários dispositivos em favor do devedor: a possibilidade de oferta real, a indicação da dívida a ser imputada no pagamento; o domicílio

do devedor como o lugar do pagamento; a opção dada a ele na obrigação alternativa; a não-presunção de solidariedade entre os diversos devedores; o termo em proveito do devedor; a admissão da lesão como defeito do negócio jurídico; a nulidade, nos contratos de adesão e de consumo, de cláusulas ilegíveis, incompreensíveis ou abusivas, sendo que estas o são quando prejudicam o aderente ou o consumidor de maneira excessiva e desarrazoada. Na Europa, o Código Civil português, de 1967, fortemente inspirado no italiano de 1942, tem igualmente vários dispositivos em favor do devedor: a não-presunção de solidariedade entre os vários devedores; a opção que lhe é conferida na obrigação alternativa; a proibição relativa do anatocismo; a vedação da usura e do pacto comissório; o estabelecimento em seu benefício do prazo; a escolha das dívidas a ser objeto de imputação do pagamento; o admissão do benefício de inventário. E nesse mesmo Código, admite-se, no artigo 437º, a resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato, independentemente, portanto, de que essa alteração seja necessariamente imprevisível, além de não importar que a prestação deva ser realizada periodicamente ou de uma só vez. Note-se, ainda, que o recente Código Civil da Holanda, que contém igualmente várias normas de proteção ao devedor, em seu artigo 248 estabelece que “uma obrigação que existe entre as partes contratantes será inaplicável tanto que, nas circunstâncias dadas, ela seria inaceitável do ponto de vista da razão e da equidade”, o que, como salientam PHILIPPE MALAURIE e LAURENT AYNÈS¹¹, implica ter ele

11 *Cours de Droit Civil*, tomo VI (*Les Obligations*), 6º. ed., nº 611, p.343, Éditions Cujas, Paris, 1995.

abandonado o princípio da força obrigatória do contrato por uma regra que, segundo esses autores, ganha no tocante à justiça, mas perde no referente à segurança. De outra parte, mesmo nos países em que seus antigos Códigos Civis, por inspirados na observância rígida dos princípios da liberdade contratual e da força obrigatória do contrato, não apresentam com maior intensidade essa tendência de favorecimento ao devedor, o que se observa, as mais das vezes, é que a legislação posterior, a doutrina e a jurisprudência nela se têm inspirado. Assim, na Argentina, cujo Código Civil não é pródigo em benefícios ao devedor, a reforma que a lei 17.711 lhe fez em 1968, nele introduziu diversas inovações no sentido desse favorecimento, destacando-se como as principais a admissão da lesão subjetiva como princípio geral, presumindo-se a exploração do devedor no caso de notável desproporção das prestações; a da permissão, em parágrafo que acrescentou ao artigo 1.069 sobre perdas e danos, de os juizes, ao fixarem as indenizações, poderem considerar a situação patrimonial do devedor, atenuando-as se for eqüitativo, salvo se o dano decorrer de dolo do responsável; e a da acolhida, modificando o teor do artigo 1.198, do instituto da excessiva onerosidade, no tocante aos contratos bilaterais comutativos e aos contratos unilaterais onerosos e comutativos de execução diferida ou continuada. Na Espanha, como informa PUIG PEÑA¹², seu Tribunal Supremo, embora silente o Código Civil a respeito, passou a admitir com cautela a cláusula *rebus sic stantibus*; e a doutrina, apenas por exemplo, tem alargado o sentido do artigo 1288 do mesmo Código, o qual só diz respeito às cláusulas obscuras, para dar prevalência, nos contratos de adesão, à cláusula manuscrita que entrar em choque com a impressa. Na França, em que até hoje prevalece a decisão da Corte

12 Cfe. PUIG PEÑA, ob.cit., ps.177 e 414.

de Cassação no caso *canal de Craponne* (1876) no sentido da condenação da teoria da imprevisão- e isso ao contrário da jurisprudência de outros países, como a Suíça, a Alemanha e a Grã-Bretanha, que, sem lei expressa, a admitem -, atualmente a jurisprudência civil tem admitido, à luz dos deveres secundários decorrentes da boa fé objetiva, o preenchimento de certas lacunas do contrato, como seria o caso, exemplificado pela doutrina, de indeterminação do preço em contratos de longa duração.

Entre as normas, porém, de que o *favor debitoris* é pressuposto, não se há de incluir, evidentemente, a relativa ao ônus da prova que, nas ações as mais das vezes propostas pelo credor, incumbe a este, não a título de favorecimento ao devedor, mas pela circunstância de que o ônus da prova, qualquer que seja a relação jurídica a ser demonstrada, cabe ao credor quando não há presunção legal que o favoreça.

Ao contrário, no rol das que permitem a generalização que conduz ao *favor debitoris* sem a conotação de tutela do fraco contra o forte, encontram-se, entre outras, a que presume que o termo para o cumprimento da obrigação foi aposto ao negócio jurídico em favor do devedor; a que, no silêncio do negócio jurídico, lhe atribui a opção na obrigação alternativa; a que estabelece que, se apesar da aplicação das normas de interpretação, o contrato gratuito permanecer obscuro, deve ele ser entendido no sentido menos gravoso para o obrigado; a que proíbe a doação de todos os bens; a que limita a responsabilidade do herdeiro às forças da herança; a que permite a redução da cláusula penal excessiva; e a que estabelece a impenhorabilidade de certos bens do devedor.

De todas essas normas, e sem apelos à equidade ou à justiça ou ao direito natural, será fantasioso defender-se a existência

do favor debitoris como princípio geral de direito que, por generalização da orientação nelas adotada, delas se extrai para nele se identificar o princípio as que inspirou?

Tenho que não.

6. Concluindo, se é certo que os aspectos dramáticos e até desumanos que assumiu, no capitalismo atual, a questão da dívida externa dos países em via de desenvolvimento deram margem a que voltasse à tona, para a reflexão dos juristas na busca de solução para esse problema, um princípio que veio do direito romano que largamente nele se inspirou em todas as fases de seu desenvolvimento, também é certo que, graças a isso, se aprofundou o estudo de um tema que pode subsidiar a solução jurídica que vier a ser sugerida a esse respeito, e subsidia-la por meio de um princípio geral de direito que persistiu através dos séculos e que ainda hoje pode ser capaz de abrandar, conjugado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o rigorismo do apego extremado à intangibilidade do *pacta sunt servanda*, quando ocorrerem situações objetivamente iníquas para o devedor em decorrência da adoção de técnicas jurídicas especialmente para a proteção do credor, as quais, se admissíveis para variações normais que se enquadrem nas oscilações previsíveis, não deverão sê-lo para as que resultem de situações acentuadamente anormais que venham a impossibilitar o pagamento do débito, impossibilidade que, sem essas circunstâncias, não ocorreria para o devedor.