O UNIVERSALISMO DO DIREITO ROMANO E A UNIFICAÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL

Myriam Benarrós

Faculdade Metropolitana de Manaus

Beatriz Batista Garcia

Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. O sistema supranacional romano. – 2. O universalismo da codificação do imperador Justiniano, sistema jurídico romanista e as codificações. – 3. O direito latino-americano e o seu sistema. – 4. A codificação na América Latina. – 5. O princípio da *bona fides*. – 6. O princípio do *favor debitoris*. – 7. Considerações conclusivas.

1. O sistema supranacional romano

A compreensão do sistema supranacional romano implica na reconstrução da concepção que os Romanos tiveram das relações entre os homens, muito além das noções de *natio* e *civitas*.

A formação originária do ordenamento da *civitas* romana se caracteriza pela presença de *Iuppiter* na sua origem e no topo de um sistema jurídico-religioso que virtualmente engloba todos os povos¹, sistema existente inter-eticamente, elemento fundamental e ponto de referência para uma correta compreensão do *ius Romanum* é, sem dúvida, o *ius gentium*.

O processo histórico de formação do conceito de “direito das gentes” deve ser posto no quadro de uma visão de um conjunto de normas que rege todos os homens por vontade divina, para os Romanos esse sistema de normas disciplina a convivência de todos os povos, conhecidos ou desconhecidos. Cícero no *De officiis* (3.108) evi-

¹ P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, pp. 35 e 43: «Dunque lo ius era considerato [dai Romani] valido per tutti i popoli». Ver também S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 2011, pp. 3-4.

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

dencia a existência dos *multa iura communia* com outros povos, como o *ius fetiale*, a posição do hóspede, a *fides*².

O povo romano, consciente da existência de uma comunhão de direito com outros povos, põe como momento “fundante” da própria identidade, no quadro de uma expansão extraordinária de Roma, a promulgação das Leis das XII Tábuas que, certamente, não cancelava os *multa iura communia*, mas constituía o ponto de início do direito de uma comunidade de cidadãos que busca a realização de um *ius* que é *ars boni et aequi* (D. 1.1.1 pr. [Ulp. 1 *inst.*]) e que funda a própria cidade com as leis (D. 1.2.2.4 [Pomp. *l. s. ench.*]).

A inclusão na *civitas* de grupos diversos acarreta um processo de individuação de um *ius Quiritium*, elaborado no quadro daquele sistema de normas comum a todos os povos, que se qualifica como direito específico de uma determinada cidadania (o *ius civile*) que se desenvolve através da obra dos juristas, das leis e das ações das leis³.

Ensina D. 1.1.6 pr. (Ulp. 1 *inst.*) que o *ius civile* é aquele que não se afasta no todo do direito natural ou do direito das gentes, bem como não serve a este em todas as coisas; assim, quando acrescentamos ou subtraímos algo do direito comum, tornamo-lo um direito próprio, isto é, um direito civil⁴.

F.C. von Savigny afirma que a comparação entre direito civil e direito comum a vários povos dá como resultado que alguns institutos e regras eram realmente comuns, desde tempos remotos, ao *ius gentium* e ao *ius civile*, entre esses devemos listar a maior parte dos contratos mais usados, tais como a venda e a locação⁵. Acrescenta o grande romanista alemão que: «Questi istituti positivi tuttavia per la maggior parte hanno un fondamento generale, e si ritrovano perciò in questa loro più generale essenza, con qualche differenza solo di forma, anche nel diritto straniero. Così avvenne, in forza dell'accresciuto commercio con gli stranieri, che furono praticamente riconosciuti anche nei tribunali romani, accanto a molti di quegli istituti positivi, anche gli istituti affini del diritto generale. [...] Da tutte le cose fin qui dette deriva, che solo in parte si può ammettere un'antitesi fra diritto nazionale e quello generale (*ius*

² S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, em *Roma e America*, 2004, XVII, pp. 34-35: «per il giurista del sistema romanistico, ed anche più in generale per ogni giurista [...], il riferimento dominante, che costituisce appunto termine di riferimento per tutte le esperienze successive in materia di diritto uniforme fra persone appartenenti a popoli diversi, è sicuramente quello del *ius gentium*».

³ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 35.

⁴ D. 1.1.6 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur*. Ver H.M.F. MADEIRA, *Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano, edição bilingue*, em *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 20.

⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, tradução Vittorio Scialoja, I, Torino, 1886, p. 127.

O universalismo do direito romano e a unificação do direito obrigacional

civile e jus gentium), perchè una gran parte del primo appartiene anche al secondo. [...] Via via che il popolo romano, dominando molti popoli diversi, se li assimilava, nello stesso tempo perdeva in questa massa immensa ed indeterminata la propria individualità, anche il *jus gentium*, perchè più adatto a questo stato di cose; doveva diventare predominante, come infatti si dimostra nella legislazione giustiniana»⁶.

É no âmbito da concepção dos *multa iura communia* que devemos colocar, com o incremento das atividades comerciais e a intensificação das relações com os estrangeiros, a elaboração de novos institutos que, inicialmente, foram disciplinados no quadro dos tratados visando à composição de controvérsias e a execução de atos, fundamentados no princípio da *bona fides*⁷. Esse direito passa a ser conceituado, a partir do I sec. a.C., como *ius gentium*, distinto do *ius civile*, mas, na realidade, esse direito vinha sendo utilizado pelos próprios cidadãos “romanos” há muitos séculos. A assimilação da cultura grega irá permitir encontrar uma sua fundamentação no conceito de *lex naturae* (Cic., *De off.*, 3.17.69).

O *ius gentium* é elaborado a partir de uma concepção originária segundo a qual o direito não se reduz ao conjunto de normas típicas de uma determinada *civitas*, mas disciplina também as relações entre todos os homens e entre os povos.

As XII Tábuas marcam o início da *Res publica* e constituem uma primeira base de igualdade e unidade de patrícios e plebeus caracterizando a construção da *civitas*, porém, logo esse complexo de normas que, inicialmente, exprimia todo o direito vigente se torna insuficiente e graças ao trabalho de interpretação dos juristas se cria, lentamente, um *ius* genericamente denominado *civile* (conforme D. 1.2.2.5 [Pomp. *l. s. ench.*]). Os juristas Públio Múcio, Bruto e Manlio, através de suas obras, no século II, afirma Pompônio (D. 1.2.2.39 [Pomp. *l. s. ench.*]) *fundaverunt ius civile*. O trabalho dos prudentes irá além de uma simples recolha de leis ou de um comentário às mesmas, torna-se um instrumento que organiza o dado normativo interpretando – o e atualizando – o a realidades sempre novas.

O jurista Pompônio, no *liber singularis enchiridii*, considera a obra de Quinto Múcio, filho de Públio Múcio, o início da construção da ciência do direito, no sentido de conceber-se o *ius* não mais segundo um método casuístico, mas através de um método lógico-sistemático⁸.

⁶ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pp. 127-129.

⁷ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 36. Ver também S. SCHIPANI, *Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito*, em *Revista Direito GV*, julho-dezembro 2009, V, 2, p. 492: «O dilatar-se das relações concretas com homens de outros povos se funda sobre a *fides*, seja para o cumprimento de atos, concluídos desde antes sobre a base de uma *publica fides*, seja para a solução de controvérsias: *fides* no magistrado, *praetor peregrinus*, ao qual se submetiam as partes para que ditasse a regra a ser aplicada, tutelando de modo precípua a *bona fides*; depois se reconhece, ao direito assim modelado, a qualificação de *ius gentium*».

⁸ Cfr. A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, p. 50: «Sul significato del pensiero di Mucio noi possediamo una valutazione precisa, [...]: la rapida ma mediata osservazione

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

A evolução do direito em Roma aponta a existência de uma pluralidade de complexos de normas, indicada como *iura populi Romani* (direito consuetudinário, *ius gentium*, *ius naturale*, *ius civile*, *ius praetorium*). Vemos emergir, porém, nessa pluralidade uma tendência à recondução a uma ordem unitária que atingirá o seu ápice, e de certa forma, a sua completude, com a codificação do imperador Justiniano⁹.

Salvatore Riccobono observa que o caráter universal do *Corpus iuris civilis* deriva daqueles costumes naturais das populações que se uniram com Roma, mesmo no período clássico. O *ius civile* perde lentamente o seu conteúdo típico, e o triunfo do *ius gentium* que atinge no direito clássico uma posição predominante, necessariamente irá formar o sistema da codificação de Justiniano¹⁰.

Uma expressão fundamental na compreensão da formação do sistema de direito romano é aquela de *ius Romanum commune* que indica uma harmonização dos vários *iura* existentes na primeira fase de desenvolvimento do sistema. O processo histórico que leva do plural da expressão *iura populi Romani* ao singular *ius populi Romani* ou ‘direito romano comum’ tem seu ponto determinante com o reconhecimento da cidadania a todos os habitantes do Império (Edito de Caracalla de 212 d.C.), e a eliminação do conceito de *peregrinus*/estrangeiro comporta a consequência de que todos os homens, de qualquer nacionalidade, que se encontrem dentro do espaço do vasto império romano, sejam destinatários do direito romano, em consonância com o princípio *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit* (D. 1.5.2 [Herm. 1 *iur. epit.*])¹¹.

Esse universalismo não elimina a pluralidade de ordens jurídicas que caracteriza a experiência jurídica romana, permanece a distinção entre *ius civile* e *ius gentium*, mas

di Pomponio, che era un lettore attento di Quinto Mucio, sul cui *ius civile* aveva lavorato a fondo. Ed era quindi avendo una completa padronanza del pensiero muciano, dei suoi contenuti e della sua fortuna, che egli ne riassume nell’Enchiridion il significato più importante, racchiudendolo in una precisa formulazione: “Dopo questi [gli scolari di P. Mucio, di Bruto, di Manlio e i loro contemporanei] Quinto Mucio, figlio di Publio, pontefice massimo, per primo costruì *per genera* il *ius civile*, raccogliendolo in diciotto libri”. Due considerazioni affiorano nel giudizio di Pomponio: che Quinto Mucio ha costruito nel suo insieme il *ius civile* attraverso l’uso della categoria di *genus*, e che è stato il primo in questo tentativo. Il giurista antoniniano riconduce la valutazione degli elementi nuovi del lavoro di Quinto Mucio al tipo di fondazione logica della sua riflessione giuridica: una struttura analitica determina per intero la sua scrittura. E il merito di questo rinnovamento va attribuito (per Pomponio) al metodo diairetico [...]».

⁹ S. SCHIPANI, *Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito*, cit., pp. 492-493.

¹⁰ S. RICCOBONO, *La universalità del diritto romano*, em *Studi in memoria di P. Koschaker*, II, Milano, 1954, pp. 10-11: «Il carattere universale del *Corpus iuris civilis* deriva, possiamo ora riconoscerlo, da quelle consuetudini naturali delle popolazioni che si unirono a Roma e rimasero sempre attive e prevalenti, pure nel periodo classico di Roma. La disciplina tecnica dei Pontefici di Roma era stata per il diritto opera meravigliosa, bensì dura e artificiosa, ma si dissolvette gradualmente al calore costante della vita. Il *ius civile* si svuota del suo contenuto, divenendo un *nudum ius*; le conseguenze giuridiche di quel sistema vengono svalutate e rimosse come conseguite soltanto *per occasionem iuris civilis*. Era il trionfo del *ius gentium* che raggiunta nel diritto classico la sua posizione dominante, doveva poi necessariamente formare il sistema della codificazione di Giustiniano».

¹¹ H.M.F. MADEIRA, *Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano*, cit., p. 57.

O universalismo do direito romano e a unificação do direito obrigacional

a partir da época tardo-antiga se afirma a expressão *ius Romanum et commune* que, posteriormente se torna *ius Romanum commune*, indicadora de uma harmonização unificadora das diversas ordens jurídicas romanas. Essa nova concepção, harmonizadora e unificadora do direito romano, atinge uma conformação sistêmica com a codificação de Justiniano. S. Schipani leciona: «Questa costruzione inoltre costituisce un passo ulteriore del lavoro sistematico unitario della scienza giuridica, che apre la strada alla moderna esplicitazione della nozione di ‘principi generali del diritto’, ed alla ricostruzione degli stessi, e offre una sistemazione teorica alla possibile varietà dei diritti civili di ciascuna comunità politica»¹².

2. O universalismo da codificação do imperador Justiniano e as codificações

Será a codificação justiniana, a partir dos séculos X e XI, o direito *savant* que os doutos de Bolonha irão recuperar; direito este que constituirá um modelo de justiça para todos os homens. A baixa idade média, após a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., caracteriza-se pelo predomínio da *consuetudo*, como sublinha P. Grossi: «assisteremo per tutto il Medioevo al trionfo del pluralismo giuridico, ossia alla possibilità di convivenza di diversi ordinamenti giuridici prodotti da diversi gruppi sociali [...]»¹³.

Na sociedade da baixa idade média se produz um acentuado particularismo jurídico, apropriado para uma sociedade simples, estática e fechada, mas absolutamente inapropriado, pelo seu caráter de fragmentação, para uma sociedade em que a dinâmica das relações econômicas e comerciais acarreta uma maior complexidade nas relações jurídicas negociais. Neste contexto as normas costumeiras mostram a sua impotência em regulamentar a vida dos homens. Os fatos jurídicos necessitam de um arcabouço jurídico que não os sufoque, mas que os organize e os sistematize e que realize uma unidade das diversidades¹⁴.

O direito romano, na primeira idade média, tinha sobrevivido sob as vestes de direito romano vulgar, absorvendo traços simples e fatuais dos direitos bárbaros; deixando-se em segundo plano a análise daquela refinada ciência jurídica que o havia moldado e aperfeiçoado no decorrer dos séculos.

Com a maior complexidade das relações humanas, em uma sociedade medieval mais aberta, o direito romano, entendido como o direito codificado por Justiniano, é redescoberto e volta a ser estudado e interpretado a partir dos séculos X e XI. Este

¹² S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 37.

¹³ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2009, p. 15.

¹⁴ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 45.

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

direito que já havia se tornado na antiguidade o sistema do *ius commune*, volta a propor-se como direito de todos os homens, ao lado das ordens particulares¹⁵.

A elaboração do direito comum medieval tem como substrato imprescindível o direito romano justiniano e a sua vocação universalística. O direito comum da idade média utiliza a noção de *ius civile quasi ius proprium* e a dicotomia *ius proprium/ius commune*, dando origem, portanto, ao particularismo jurídico, no âmbito do qual o direito romano comum constitui um ponto de referência primário para o direito privado, seja porque é considerado *ratione imperii*, seja *imperio rationis*¹⁶.

As grandes revoluções da idade moderna, o iluminismo, o liberalismo desencadeiam, a partir do século XIX, o fenômeno das grandes codificações com a consequente destruição do *ius commune* que se fragmenta em tantos ordenamentos nacionais. A concepção universal do direito lentamente se dilui para dar lugar a uma ideia de tantos direitos, de uma multiplicidade de direitos, positivados em diferentes normas/regras emanadas de um legislador.

Com lucidez, salienta René David que «somos levados a pensar também que o direito positivo é uma única realidade, esquecendo a antiga dualidade que durante séculos existiu, nos nossos países, entre o direito tal como era ensinado nas universidades (a ciência do direito) e as regras segundo as quais os tribunais estatuíam»¹⁷.

Uma parte da doutrina contemporânea considera o movimento das codificações um elemento de ruptura com o direito comum, na medida em que os códigos constituem o instrumento através do qual o estado burguês busca monopolizar a produção do direito, cabendo-lhe a aplicação do mesmo.

Tal posição é superada por Sandro Schipani, o qual reputa ser um erro historiográfico afirmar que os códigos rompam a tradição do direito romano comum, já que esses não exaurem a vigência do direito romano, são concebidos a partir do direito romano comum, constituem uma explicitação deste e a este permanecem vinculados, quer no que concerne à integração das lacunas quer no que tange à interpretação

¹⁵ S. GASPARINI, *Appunti minimi di storia del diritto*, I, *Antichità e medio evo*, Padova, 2002, pp. 65 e ss.: «Il testo giustiniano appare dunque [...] idoneo a essere utilizzato in vista di due distinte funzioni, collegate l'una all'altra e in pari misura risolutive rispetto ai due problemi più ricorrenti nella pratica del diritto. [...] in funzione di diritto suppletivo, il diritto giustiniano può colmare le lacune dei singoli sistemi giuridici particolari, promananti dalle istituzioni corporative. [...] Il diritto giustiniano però offre inoltre, a fronte delle esigenze di disciplina giuridica urgentemente sentite dalla società del nuovo millennio, un ulteriore vantaggio insostituibile, rappresentato dall'attenzione dedicata [...] ai problemi dell'esperienza giuridica nel suo complesso. La struttura coordinata di definizioni e di concetti di valore generale che se ne ricava è infatti riconosciuta come idonea a fungere da chiave esplicativa rispetto a qualsiasi sistema particolare e al suo funzionamento».

¹⁶ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 37.

¹⁷ R. DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, tradução H.A. Carvalho, São Paulo, 2002⁴, p. 14.

O universalismo do direito romano e a unificação do direito obrigacional

através da utilização dos princípios gerais do direito que deste derivam¹⁸. Na época das grandes revoluções, afirma o romanista italiano, as codificações indicam, com o conceito técnico de “princípios gerais do direito”, uma precisa referência aos elementos constitutivos que fundamentam o sistema romanístico, elementos estes codificados por Justiniano. Os princípios gerais do direito são um instrumento técnico-dogmático que interpreta e garante a continuidade do sistema e a sua capacidade de desenvolvimento. A presença dos princípios gerais do direito, fixados pelo legislador, nos ordenamentos estatais é o reconhecimento da permanente vigência do direito romano comum, sendo proposta uma leitura deste através dos princípios¹⁹.

3. O direito latino-americano e o seu sistema

Os povos da América Latina quando atingem a independência, libertando-se das metrópoles, afirmam, com clareza, a própria identidade latina elaborando ordens jurídicas que afundam suas raízes no direito romano, passando estas a fazer parte do sistema romanístico ou família romano-germânica, segundo a terminologia de René David.

René David leciona que os direitos da família romano-germânica são direitos fundados em princípios, como exige o sistema, não são direitos casuísticos²⁰.

A regra de direito, no quadro do sistema romano-germânico, não deve ser entendida como uma regra própria para assegurar a solução dum caso concreto, mas deve ser concebida como uma regra de conduta, dotada de certa generalidade, pondo-se acima das aplicações que dela podem ser feitas pelos tribunais e pelos práticos do direito. As regras de direito são gerais e abstratas, fundadas em princípios que caracterizam o sistema e contribuem para a manutenção da sua unidade.

Importante lembrar que quanto à formação do conceito *ius Romanum*, P. Catalano explica a diferença entre “efetividade” e “validade” do direito romano: «Tal conceito (*ius Romanum*) é aperfeiçoado por Justiniano (que utiliza também as expressões *Romanae leges* e *Romana sanctio*) como instrumento de uma concepção universalista do direito [...] que não considera característica essencial dos *iura* aquilo que hoje chamamos de “efetividade”. O direito é claramente distinto do fato (isto é, da própria aplicação)»²¹.

¹⁸ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., pp. 37-38.

¹⁹ S. SCHIPANI, *Unificazione del diritto e diritto dell'integrazione in America Latina alla luce dello ius commune*, em *Roma e America*, 1997, IV, p. 249.

²⁰ R. DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 108.

²¹ P. CATALANO, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, pp. 90-91.

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

Os povos da América Latina independente não desconhecem as profundas raízes no sistema do direito romano e no seu universalismo constantemente *in fieri*; bem afirmará Darcy Ribeiro, por ocasião da concessão ao grande sociólogo brasileiro do Prêmio “Roma-Brasília”, por parte da Comuna de Roma: «Somos hoje um povo só, a Nova Roma. Unido pela língua, pela cultura e pela destinação [...] Somos nós que representaremos a tradição romana no concerto dos próximos séculos e milênios»²².

Com efeito, Clovis Beviláqua, autor do Código civil de 1916, já no século XIX, afirmava a existência de um sistema jurídico latino-americano, ou sub-sistema, no quadro do sistema romanístico: «Necessário se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sábio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes europeas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente os francezes. E por desprender-se de países novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas fraquezas em que a liberdade espraia-se mais larga»²³.

Importante, ademais, relevar que na América Latina não encontramos uma hegemonia do estatal-legalismo, pois parece fundado o juízo de que a referência aos princípios gerais do direito, contida nos ordenamentos da cada república latino-americana, vê tais princípios gerais radicados no sistema do direito romano e não determinados pelos ordenamentos nacionais²⁴.

Esta perspectiva, porém, não nega o valor dos estudos que levem em consideração a especificidade de cada ordenamento, e o diálogo jurídico particular entre os ordenamentos deste ou daquele estado, mas põe em evidência uma ulterior dimensão, aquela do direito comum que o estatal-legalismo, principalmente na Europa, cancelou, isolando o direito de cada estado do direito dos outros, com a perda da consciência da existente unidade.

²² Cfr. D. RIBEIRO, *Messaggio in occasione della assegnazione del Premio Roma-Brasilia*, em *Roma e America*, 1997, III, pp. 337 e ss.

²³ C. BEVILÁQUA, *Resumo das licções de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, 1897² (I ed. 1893), pp. 73 e ss.

²⁴ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., pp. 41-44: «In America Latina una simile egemonia dello statual-legalismo non è stata tratta alle sue estreme conseguenze: anche se da un lato evidentemente tale dottrina è presente, e d'altro lato l'identità di ciascuna Repubblica è una acquisizione matura, tuttavia mi sembra fondato il giudizio secondo il quale i principi generali del diritto vede i principi rimanere radicati nel sistema senza venire limitati all'interno dell'ordinamento di ciascuna di esse. Ritengo da condividere il giudizio secondo cui l'interpretazione che sostiene i principi del diritto sono solo quelli nazionali non ha validità in America Latina dove non c'è il “nacionalismo jurídico que há esclavizado Europa”».

4. A codificação na América Latina

Na idade das grandes revoluções evidenciou-se na América Latina, diferentemente da Europa, movimentos de independência das metrópoles, bem como a vinculação, nas codificações civis, com o direito romano²⁵.

Do movimento de codificação mais significativo participaram o chileno Andrés Bello, que redigiu o Código civil chileno de 1855; Augusto Teixeira de Freitas, que redigiu a Consolidação das leis civis (1857) e o Esboço definitivo de um Código civil no Brasil (1860-1867)²⁶; e Dalmacio Vélez Sarsfield, na Argentina (1869)²⁷.

Tais códigos, dentre outros, mostraram uma linha de continuidade em relação à obra de Justiniano²⁸. Esta é desenvolvida por meio da retomada formal do *Corpus iuris civilis* como fonte do sistema²⁹, no qual se encontram princípios gerais basilares muito relevantes³⁰.

Os princípios gerais do direito são normas comuns, que informam todo o sistema romano e o subsistema latino-americano³¹. Atualmente, também é possível evidenciar a sua importância e utilização no direito europeu, que mostra uma tendência de unificação do direito privado³². A. Torrent Ruiz afirma ser essencial recuperar o direito romano «no sólo para el derecho contenido en los códigos, sino también para las normas comunitarias, y non solamente válido para su critica, sino válido también para contribuir a su elaboración partiendo de los pretendidos (e indiscutidos) principios comunes»³³.

²⁵ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 37.

²⁶ Para maiores detalhes sobre Augusto Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado no Brasil é interessante a exposição de J.C. MOREIRA ALVES, *A unificação do direito privado brasileiro – de Teixeira de Freitas ao novo Código civil*, em *Princípios do novo Código civil brasileiro e outros temas*, São Paulo, 2010², pp. 369-391.

²⁷ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, p. 45.

²⁸ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 65. No que toca a comparação entre a codificação justinianeia e os códigos modernos, A. Torrent Ruiz discorre que a compilação de Justiniano tem valor de código no sentido moderno da palavra: «porque además de las características codicilísticas que hemos visto: finalidad práctica, clarificar el derecho eliminando las reglas derogadas, dar agilidad a los procesos, aspiración a dejar sentado un derecho universal solo modificable por la autoridad legislativa que lo promulgó, habría que añadir otro element que pone en un mismo plano el Corpus iuris y los códigos modernos: su carácter instrumental apto para la unificación territorial, política, y jurídica» (A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del derecho europeo: ciencia del derecho: derecho romano – ius commune – derecho europeo*, Madrid, 2007, p. 125).

²⁹ Os mencionados autores dos códigos e A. Teixeira de Freitas eram romanistas, e valeram-se direta ou indiretamente do *Corpus iuris civilis*. Isso mostra que o sistema latino-americano realmente foi baseado no direito romano.

³⁰ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 65-66, p. 178.

³¹ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 61.

³² Para aprofundamento recomenda-se a leitura de F. DE MARTINO, *Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa*, in *L'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, I, 2004, pp. 229-244.

³³ A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del derecho europeo: ciencia del derecho: derecho romano – ius commune – derecho europeo*, cit., p. 62.

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

No entanto, o desenvolvimento da aplicação no tempo de tais princípios ocorreu de maneira diversa na América Latina e na Europa. Neste último continente houve um grande nacionalismo jurídico, principalmente no final do século XVIII e no início do século XIX. Os ordenamentos dos países europeus mostravam-se fechados e o direito romano comum acabou por ser “nacionalizado”. Já a América Latina entendeu os princípios como normas integrativas ou interpretativas das leis, inspiradores do direito como um todo e anteriores inclusive aos ordenamentos nacionais³⁴.

No que toca o direito das obrigações, pode-se notar uma identidade latino-americana fundada nos princípios gerais, como, por exemplo, o princípio boa-fé objetiva, do *favor debitoris*.

5. O princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé tem como característica sua intrínseca indefinição³⁵. As distintas tentativas de lhe atribuir um conceito estão marcadas pelo recurso a outras noções igualmente abstratas, como a equidade, a lealdade, a confiança, dentre outras³⁶. No entanto, tal aspecto não diminui a importância da *bona fides*, pelo contrário, mostra que esta integra o direito privado de maneira ampla, servindo como uma das bases para a construção do sistema jurídico.

A boa-fé faz parte do contrato na sua dinâmica, com o objetivo de impedir lucros injustificáveis e de reequilibrar as posições dos contraentes que estejam em uma situação desfavorável, tornando a relação jurídica mais equilibrada. Ela também está conectada com a equidade, o que está previsto em D. 16.3.31 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*)³⁷. Este princípio é a força vinculante do acordo³⁸, já que as partes comprometem-se confiando na boa-fé recíproca³⁹.

³⁴ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 179, 191.

³⁵ Não apenas o princípio da boa-fé, mas todos os princípios gerais do direito (D. MESSINETTI, *I principi generale dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, XX, pp. 19-20).

³⁶ C. EYZAGUIRRE BAEZA, J. RODRÍGUEZ DIEZ, *Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, XXI, p. 140.

³⁷ A. BERGER, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Philadelphia, 1953, p. 374.

³⁸ M.L. Neme Villarreal, afirma que: «la buena fe corresponde al lema *age quod agis* conforme al cual la ‘fides bona’ costringe a mantener una promesa, no según la letra, sino según el espíritu del negocio convenido por las partes y, en cuanto tal, a adecuar la propia conducta a la plena realización del acuerdo» (M.L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano – extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, 2010, p. 165).

³⁹ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 50.

O universalismo do direito romano e a unificação do direito obrigacional

A mencionada ligação entre boa-fé e equilíbrio contratual é comum no direito romano, conforme reza Gai. 3.137, I. 3.22.3, Gai. 3.155, dentre outros. Tal princípio indicava a lealdade e a honestidade presente na vontade das partes⁴⁰.

Um dos mais importantes fragmentos é Gai. 3.137, este inspirou o papel da boa-fé até os dias atuais, determinando que *item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*⁴¹.

Conforme G. Luchetti e A. Petrucci, Gaio, no fragmento acima elencado, mostra «la *bona fides* come criterio integrativo dell'assetto di interessi contrattualmente determinato dalle parti». As respectivas prestações advindas do contrato consensual vinculam as partes a uma execução conforme o *bonum et aequum*⁴².

Cabe ressaltar que a boa-fé aqui tratada se diferencia da boa-fé subjetiva. Esta não é um princípio, e sim «o estado interior ou psicológico dos indivíduos relativamente ao conhecimento – ou ao desconhecimento – da intenção ou falta de intenção de alguém»⁴³ ou o «atteggiamento dell'intelletto» de acordo com G. Alpa⁴⁴.

No direito latino-americano, o Código civil peruano de 1852 não determinou o papel da boa-fé objetiva, já no chileno, de 1855, é possível evidenciar-la como princípio integrante do conteúdo dos contratos, sendo evidente, assim, as suas raízes romanas.

Andrés Bello recuperou regras, conceitos e princípios das tradições, o que, na época, estava um pouco menos presente nos códigos europeus, como no francês e no alemão (este ainda encontrava-se em formação na época)⁴⁵. Tal autor não seguiu o Código napoleônico porque, além de valorizar a boa-fé como regra de conduta a ser respeitada pelas partes na execução do acordo, desejava determiná-la como fonte de integração da relação obrigacional da qual nasce o contrato⁴⁶.

⁴⁰ R. CARDILLI, “*Bona fides*” tra storia e sistema, Torino, 2002, pp. 61-62.

⁴¹ Fragmento extraído de *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars Altera. Auctores. Edidit notisque illustravit* J. BAVIERA..., Florentiae, 1968, p. 129. O autor afirma em nota de rodapé que o fragmento também encontra-se presente em D. 44.7.2.3 (Gai. 2. aur.) e I. 3.22.3.

⁴² G. LUCHETTI, A. PETRUCCI (coord.), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, *Materiali e commento*, con la collaborazione di I. PONTORIERO, Bologna, 2009, pp. 49-50.

⁴³ L. GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Notas sobre boa-fé e lealdade negocial*, em *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latino-americano*, Padova, 1996, p. 71.

⁴⁴ Nesse sentido, o autor afirma que a boa-fé não pode ser definida negativamente, ou seja, como ausência de má-fé. «Buona fede e mala fede sono stati (di certezza) contraddittori ma non sono complementari fra loro [...] la buona fede è convinzione di agire bene [...]», G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2013⁸, p. 341.

⁴⁵ R. CARDILLI, “*Bona fides*” tra storia e sistema, cit., pp. 72-73.

⁴⁶ Conforme C. EYZAGUIRRE BAEZA, J. RODRÍGUEZ DIEZ, *Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”*, cit., p. 142. A integração do contrato aparece como o ponto central da regulação da boa-fé na América Latina.

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

Tem-se discutido nas cortes chilenas esta relevante visão integrativa da boa-fé. Por exemplo, neste país, a lesão enorme não está conectada ao consenso, e sim à boa-fé, o que significa um vício objetivo no contrato. Assim também dispõem os sistemas do Equador, de El Salvador, da Venezuela, da Nicarágua, da Colômbia, de Honduras e do México⁴⁷.

No que toca o ordenamento privado brasileiro, apesar da codificação ter durado quase um século, com destaque para Augusto Teixeira de Freitas, inicialmente a boa-fé objetiva não foi codificada em matéria de contratos⁴⁸, formulada como *regulae iuris*, de aplicação geral na formação e execução contratual⁴⁹.

No projeto de Código civil de Felício dos Santos, em 1886, a boa-fé passa a ser base da força integrativa dos contratos, como no modelo de Andrés Bello, mas este ainda não é adotado de maneira completa. Anteriormente, no Esboço (1860-1867) de Augusto Teixeira de Freitas, havia apenas uma ligação, no adimplemento das obrigações, entre a culpa e o comportamento da parte não conforme a boa-fé.

No século XX a doutrina brasileira reconheceu a ideia de Andrés Bello amplamente⁵⁰. E devido ao esforço doutrinário, houve a inserção da boa-fé no Código de defesa do consumidor (Lei n. 8.078 de 1990)⁵¹, e no Código civil de 2003, cujo artigo 422 reza ser necessário observar a boa-fé objetiva tanto na formação quanto na interpretação e na execução do contrato⁵².

O Código civil argentino de 1869 seguiu o primeiro processo de codificação da América Latina, com exceção do Código civil chileno e de áreas por ele influenciadas. Assim, Dalmacio Vélez Sársfield escolheu não atribuir muita importância ao princípio da boa-fé⁵³. A lei de reforma 17.111, no entanto, modificou tal visão ampliando o seu papel, o que continua vigente no novo Código de 2014.

⁴⁷ R. CARDILLI, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, cit., pp. 74-77. Cita-se como exemplo o artigo 1562 do Código civil equatoriano, que determina: *los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*

⁴⁸ R. CARDILLI, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, cit., pp. 78-79.

⁴⁹ L. GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Notas sobre boa-fé e lealdade negocial*, cit., p. 71.

⁵⁰ R. CARDILLI, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, cit., pp. 78-81. É possível perceber tal inserção a partir de alguns importantes doutrinadores brasileiros como Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, Antunes Varela, C. do Couto e Silva, Darcy Bessone, Orlando Gomes, J.C. Moreira Alves e Martins-Costa. Os trajetos percorridos para ser atingida essa *communis opinio* doutrinária são diversos. Para alguns, por meio da análise de normas do Código comercial de 1850 e do Código civil seria possível reconhecer a presença do princípio da boa-fé. Para outros, e de maneira mais correta, a vigência de tal princípio foi afirmada por ele fazer parte do sistema do qual surgiu o direito brasileiro.

⁵¹ Alguns exemplos são os artigos 6º, III e 39, inciso IV, que determinam, respectivamente o dever do produtor de informar sobre a qualidade e os riscos dos produtos e serviços colocados no mercado, e a proibição ao produtor de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

⁵² R. CARDILLI, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, cit., p. 82.

⁵³ R. CARDILLI, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, cit., p. 84.

O universalismo do direito romano e a unificação do direito obrigacional

Inicialmente, a tendência majoritária de não codificar a boa-fé no direito contratual fez com que sua aplicação fosse relegada à arbitrariedade dos juízes. Considerava-se apenas a vontade das partes, mesmo que a relação jurídica fosse desequilibrada, cabendo ao Judiciário encontrar soluções⁵⁴. Já nos dias atuais, em que impera o primado da lei, os juízes, bem como os juristas se contentam em evidenciar e utilizar o princípio já codificado. No entanto, falta a requalificação de um papel marcante da doutrina para fixar a boa-fé objetiva de maneira mais prática e limitar as excessivas e ainda evidentes arbitrariedades judiciais⁵⁵.

Assim, no que toca o princípio da boa-fé na América Latina, conclui-se que os códigos civis, ao menos a partir da segunda metade do século XX, manifestaram a herança do sistema romanístico e confirmaram a tendência de recuperação da grande importância do princípio⁵⁶, com a ressalva de que este ainda merece maior delimitação doutrinária.

Vale destacar que tal orientação de atribuição de maior relevância da boa-fé também mostrou-se evidente nos projetos de unificação do direito dos contratos na Europa, como nos princípios UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais⁵⁷ e no *Draft Common Frame of Reference*⁵⁸.

⁵⁴ R. CARDILLI, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, cit., p. 90.

⁵⁵ R. CARDILLI, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*, cit., p. 108.

⁵⁶ Alguns exemplos são: na Argentina, em seu novo Código civil (promulgado em 08 de outubro de 2014), determina-se no Artigo 961 que os contratos devem ser interpretados, celebrados e executados de acordo com a boa-fé. O Código civil chileno, além de mencionar a boa-fé em outros dispositivos, dispõe no artigo 1546 que *los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan non solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*. O Código civil uruguaio, reza no artigo 1291 que *todos los contratos deben ejecutarse de Buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley*.

⁵⁷ Os princípios do UNIDROIT foram aprovados em julho de 1994, não com o objetivo de unificar os direitos nacionais, mas de enunciar as regras padronizadas em matéria contratual e indicar soluções que mais se adaptam ao comércio internacional (M. JOACHIM BONELL, *Il progetto dell’Unidroit per la elaborazione di principi per i contratti commerciali internazionali*, em M. JOACHIM BONELL, S. SCHIPANI [a cura di], *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996, pp. 9-19). J.C. Moreira Alves, no entanto, faz a ressalva de que o Projeto UNIDROIT de princípios para contratos internacionais, «porquanto não é ele projeto de tratado internacional, mas de regras que as partes contratantes concordam em observar» (J.C. MOREIRA ALVES, *Comentários sobre o artigo 1.6 do projeto UNIDROIT sobre princípios aplicáveis aos contratos internacionais*, em *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, cit., p. 75).

⁵⁸ Conforme G. Luchetti e A. Petrucci, em 2003, começou-se a pensar, na Europa, em um projeto de um “Quadro Comune di Riferimento” (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) que favoreceria uma aplicação uniforme do direito no campo do direito contratual. O projeto definitivo foi publicado em 2009, possuindo como título original: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (G. LUCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, cit., pp. 11-15). A boa-fé objetiva tem a função de preenchimento de todo DCFR, tanto é que está inclusa nos princípios que antecedem os dez livros de regras, além disso ela aparece em diversos dispositivos referentes ao direito obrigacional,

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

O artigo 1.7 dos princípios do UNIDROIT sobre os contratos comerciais internacionais determina que: (1) *Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional*. (2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber*⁵⁹. Percebe-se assim que princípio da boa-fé, como regra de conduta, permeia todo o projeto⁶⁰.

Apesar da crescente importância da boa-fé, no que diz respeito aos direitos nacionais europeus, a tendência da codificação do século XX é estabelecer um dever geral de comportamento conforme esse princípio, e não trata-lo como integrante do conceito contratual.

Assim, por exemplo, é possível perceber que o parágrafo 242 do BGB determinou um comportamento amplo, sem atribuir consequências jurídicas. Na Itália, a jurisprudência já considera a integração do contrato, mas de forma limitada, com base na boa-fé. E, no Código civil, há apenas a expressão de um dever geral de agir conforme a boa-fé (artigos 1175 e 1375)⁶¹.

6. O princípio do *favor debitoris*

Um outro princípio relevante é o do *favor debitoris*, caracterizado pelo favorecimento da parte fraca do contrato⁶². Ele é uma manifestação do princípio da boa-fé⁶³ e do *favor libertatis*, usado na realidade em que o devedor é geralmente mais fraco e dependente⁶⁴.

principalmente no que toca a execução e a extinção da relação obrigacional (G. LUCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, cit., pp. 42-43).

⁵⁹ Trecho retirado de www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf [27.01.2015]. Não apenas no que toca a UNIDROIT os princípios são relevantes, mas também no que diz respeito ao atual desejo de uniformização do direito privado na Europa, expressado por meio de um projeto de Código europeu das obrigações. A. Torrent Ruiz discorre que, atualmente, na «ciência jurídica europeia parece haber llegado un momento en que podría retornarse a un sistema abierto como era el de la Jurisprudencia romana expressado magistralmente por Paulo D. 50,17,1: *non ex regula ius sumatur, sede ex iure quod est regula fiat*». O sistema mencionado fechado e nacionalizado, baseado nos códigos, parece estar esgotado (A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del derecho europeo: ciencia del derecho: derecho romano – ius commune – derecho europeo*, cit., pp. 60-61).

⁶⁰ L. GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Notas sobre boa-fé e lealdade negocial*, cit., p. 71.

⁶¹ C. EYZAGUIRRE BAEZA, J. RODRÍGUEZ DIEZ, *Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”*, cit., p. 142.

⁶² S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 185.

⁶³ M.L. NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano*, cit., p. 337.

⁶⁴ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 48. O autor afirma que em alguns códigos pode parecer que o *favor debitoris* tenha se atenuado. No entanto isso não ocorreu, pois o princípio só não deve ser aplicado quando existem alguns pressupostos (como a parte pertencer a um grupo que detém muito poder, fato que garante a sua liberdade) que, na verdade, confirmam sua vigência.

O universalismo do direito romano e a unificação do direito obrigacional

No direito romano, pode ser extraído um exemplo desse princípio acerca da *stipulatio*. Caso houvesse dúvidas acerca do que foi acordado entre as partes, as palavras deveriam ser interpretadas a favor do devedor (D. 34.5.26[27] [Cels. 16 *dig.*]).

Na Europa, inicialmente, a maior parte da doutrina não acolheu o *favor debitoris*. No entanto, na América Latina foi reconhecido amplamente⁶⁵, fato que ajuda a demonstrar a inserção do sistema latino-americano no sistema jurídico romanístico, sendo o primeiro então um subsistema.

Exemplos de sua adoção são normas que protegem o polo mais debilitado da relação jurídica, como aquelas referentes à onerosidade excessiva, à lesão e à redução da cláusula penal excessivamente onerosa⁶⁶.

Da mesma forma que a boa-fé, na Europa, atualmente, o princípio do *favor debitoris* encontra-se mais presente, o que pode ser evidenciado na seção 2 do capítulo 6 dos princípios UNIDROIT, que trata sobre a onerosidade excessiva (*hardship*). Além de definir a onerosidade excessiva, atribuem-se efeitos a ela, sempre ligados ao reestabelecimento do equilíbrio da relação contratual, por meio de sua revisão.

O princípio do *favor debitoris* foi variando conforme o tempo. Uma interpretação mais contemporânea está relacionada com a não violação dos direitos humanos e fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à moradia, entre outros.

Pode-se dizer que, inclusive no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ele encontra-se também relacionado com o *beneficium competentiae*, ou seja, em geral o adimplemento das obrigações não pode implicar na falência pessoal do devedor.

Na Roma antiga também existia essa relação: havia a imposição de um limite máximo à possibilidade da cobrança do crédito em relação a alguns devedores. Estes não poderiam tornar-se pobres, devendo continuar a ter *aliquid ne ageat*⁶⁷. Atualmente, isto encontra-se evidente nas disposições legais referente à impenhorabilidade de certos bens, bem como a impossibilidade de sequestro de pensões alimentícias e do salário⁶⁸.

Outra faceta do *favor debitoris* é a proibição da usura e do anatocismo⁶⁹. No Brasil, por exemplo, existia inclusive um dispositivo na Constituição Federal (artigo 192, parágrafo 3º) que limitava as taxas de juros reais à 12%. Tal norma foi revoga-

⁶⁵ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 185.

⁶⁶ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, cit., p. 185. O autor menciona as seguintes normas em matéria de onerosidade excessiva: Código civil do Peru (1984): arts. 1440-1446; Código civil boliviano: arts. 581-583; Código civil paraguaio: art. 672.

⁶⁷ Ulpiano, em D. 42.1.18 (Ulp. 63 *ad ed.*) determina, por exemplo, que o soldado condenado pode pagar até aquilo que puder. No original: *item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus, eatenus quatenus, facere potest, cogitur solvere.*

⁶⁸ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 49.

⁶⁹ De acordo com S. Schipani é possível perceber existência já na lei das XII Tábuas (S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 50).

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

da pela Emenda constitucional 40 de 2003, não por causa do seu conteúdo e sim porque era necessária uma lei complementar para que ela pudesse vir a ser utilizada. No entanto, o país não ficou desamparado, além da jurisprudência limitar as taxas de juros, há o artigo 406 do Código civil de 2003. Neste lê-se que *quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*. No que diz respeito ao anatocismo, está consolidado que é vedada a capitalização mensal de juros, ainda que expressamente convencionada (assim trata a súmula 121 do Supremo Tribunal Federal)⁷⁰.

No que diz respeito à adoção da teoria da imprevisão e da proteção advinda da onerosidade excessiva, pode-se dizer que as legislações latino-americanas não são uniformes.

Por exemplo, na Argentina (artigo 1198 do Código civil) é possível a parte prejudicada pleitear apenas resolução do contrato. A doutrina majoritária também prevê a revisão contratual, mas não um dispositivo legal para autoriza-la. Mesmo assim, considera-se que o ordenamento de tal país é propício para a recepção dos princípios elaborados pela UNIDROIT.

O direito chileno ainda não admitiu a onerosidade excessiva apesar de esforços doutrinários. Não há textos legais que regulamentem a resolução ou o reajuste contratual, o que, entretanto, não impede a validade de uma cláusula de *hardship*. A Colômbia reconheceu o instituto por meio da jurisprudência e do Código comercial de 1972, mesmo havendo um silêncio do Código civil. A Bolívia, por outro lado, reconhece a onerosidade excessiva em seu Código civil de 1975 (artigo 581), mas a sua aplicação é praticamente desconhecida⁷¹. E, por fim, o Brasil trata do assunto nos artigos 478 a 480 do seu Código civil de 2003, além disso a teoria é amplamente recepcionada pela jurisprudência e pela doutrina.

Felizmente, mesmo com as disparidades citadas, não há impedimentos para o sistema latino-americano adotar a doutrina da *hardship*. Além de não se poder desconsiderar o princípio do *favor debitoris*, como orientador do sistema, a onerosidade excessiva, conforme J. Cesar Rivera, em última instância é «una limitación razonable a la fuerza obligatoria del contrato que, se la entienda derivada del principio general de la buena fe o de la idea de causa o base del negocio, ya tiene cabida o puede encontrarla en los ordenamientos que hemos estudiado»⁷².

⁷⁰ No direito romano também existia a proibição da usura, conforme se percebe em D. 12.6.26.1 (Ulp. 43 *ad Sab.*); C. 4.32.28.1.

⁷¹ J. CESAR RIVERA, *Comunicación acerca de la excesiva onerosidad sobrevivente*, in *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, cit., pp. 251-275.

⁷² J. CESAR RIVERA, *Comunicación acerca de a excesiva onerosidad sobrevivente*, cit., p. 275.

7. Considerações conclusivas

Não há dúvidas de que o direito romano é a mais sólida base do direito latino americano e a sua maior herança foi deixada no âmbito obrigacional⁷³. Os princípios que informam e caracterizam o sistema romanístico embasam a maioria dos ordenamentos nacionais latino-americanos, podemos observar um movimento descendente (sistema jurídico latino-americano *versus* ordenamentos nacionais) e um movimento ascendente (ordenamentos nacionais que enriquecem, detalhando, ulteriormente o sistema).

Esta inclusão dá-se, dentre outros motivos, por conta da grande importância atribuída aos princípios gerais do direito que alicerçam o sistema romanístico, como o da *bona fides* e o *favor debitoris*. S. Schipani menciona que «i principi generali del diritto costituiscono l'espressione attuale della permanente vigenza del diritto romano comune e dei suoi sviluppi»⁷⁴.

Apesar da América Latina possuir códigos nacionais, há a consciência de que estes não estão fechados em si próprios, e sim dentro de algo maior, que os permeia e que permitiu a não fragmentação do sistema. S. Schipani considera tais códigos como «codici della trasfusione del diritto romano e dell'indipendenza»⁷⁵.

No século XIX, o processo de codificação latino-americano foi essencial para assentar a independência em relação às antigas metrópoles. Criou-se, na região, uma identidade jurídica única, o que pode ser depreendido, por exemplo, do conceito de códigos-tipo ou modelo. Estes reconhecem a expressão dos princípios que inspiram o sistema, articulando-se em uma coerente estabilização.

Apesar de divergências e peculiaridades de cada ordenamento, há uma uniformidade no direito obrigacional latino-americano. O exemplo desse sistema mostra que é possível haver, ao menos no campo do direito privado, a unificação do direito, tão necessária em face da globalização e da frenética dinamicidade das relações comerciais atuais.

A maior consciência de uma comum identidade jurídica na América Latina propicia iniciativas que busquem a atuação de uma harmonização a nível supranacional dos ordenamentos nacionais, com a elaboração de códigos-tipos para a América Latina, em particular no que concerne ao direito das obrigações e dos contratos⁷⁶.

⁷³ R. LIMONGI FRANÇA, *La unificación del derecho obligacional y contractual latinoamericano*, em *Revista dos Tribunais*, 1976, p. 77.

⁷⁴ S. SCHIPANI, *Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano e "principi di UNIDROIT": cenni per un programma di lavoro*, em *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, cit., p. 318.

⁷⁵ S. SCHIPANI, *Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano e "principi di UNIDROIT": cenni per un programma di lavoro*, cit., p. 317.

⁷⁶ Reputa S. Schipani que: «nel quadro dei lavori per l'unificazione del diritto, in materia di diritto dei contratti, con i Principi dei contratti commerciali internazionali di Unidroit, e con i progetti in

Myriam Benarrós, Beatriz Batista Garcia

Neste diapasão, em 2008, por ocasião do “Coloquio de iusprivatistas – Roma y América – para la armonización del Derecho privado latinoamericano”, organizado pelo Centro de Investigaciones de Derecho civil da Facultad de Derecho da Universidad Nacional de Rosario e pelo Centro di Studi Giuridici Latinoamericani da Università di Roma – Tor Vergata – Consiglio Nazionale delle Ricerche, em consideração da necessidade da modernização e harmonização dos ordenamentos jurídicos em matéria de direito privado, haja vista o impacto que esse tem na vida dos cidadãos e dos negócios na região, procedeu-se a criação do *Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, cuja carta constitutiva prevê: «asumir el compromiso de colaborar para producir documentos que contengan principios y reglas marco para la armonización del Derecho de las obligaciones y sus fuentes»⁷⁷.

corso di elaborazione in Europa, [...] siano stati realizzati (o siano in corso di realizzazione) recentemente importanti contributi; - sia indispensabile che crescano parimenti idonee elaborazioni in America Latina che tengano presenti tre ordini di fattori convergenti: [...] a. L'unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano, la cui individualità può resistere e crescere, a partire dalla propria base nel diritto romano, intensificando la ricerca dei principi che ne ispirino uno sviluppo armonico pur nelle differenze; [...] c. l'utilità della traduzione della elaborazione dei predetti principi in un 'codice modello' di diritto delle obbligazioni e contratti dell'America Latina, che si inserisca nel dibattito globale su tale materia, apportandovi con incisività la voce di questo continente, la sua elevata cultura giuridica ed anche i risultati della riflessione maturata sulle drammatiche conseguenze del mancato rispetto di detti principi e regole nella apertura del c.d. mercato globale». Ver S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, cit., p. 55.

⁷⁷ Ver *Declaración Constitutiva del Grupo para la Armonización del Derecho Privado latinoamericano* in <http://www.cideci.org/portal/modules/content/index.php?id=33>, acesso em 20/01/2015.