

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

**Guilherme da Rocha Zambrano**

**JUSTIÇA NO CONTRATO:  
ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DO INSTITUTO DA LESÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

**Orientador: Luiz Fernando Barzotto**

**Porto Alegre  
2008**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	4
I – A CONCEPÇÃO FILOSÓFICA DE JUSTIÇA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA...	7
II – A INSERÇÃO DA NOÇÃO DE JUSTIÇA NO DIREITO PRIVADO .....	29
III – A TENSÃO ENTRE O VOLUNTARISMO E O EQUILÍBRIO .....	54
IV – A POSITIVAÇÃO DO EQUILÍBRIO COMO LIMITE AO VOLUNTARISMO .....	73
CONCLUSÃO .....	97
REFERÊNCIAS.....	103

## **RESUMO**

O trabalho examina o instituto da lesão, partindo da noção de justiça em Aristóteles e em Santo Tomás de Aquino, para verificar a compatibilidade dessas noções com a ordem constitucional brasileira e com o sistema de direito privado. Investiga a superação do voluntarismo como critério de justificação da força obrigatória dos contratos e da sua adequação à noção de justiça e identifica os novos princípios do direito contratual, em que se destaca o do equilíbrio econômico. Finalmente, traça a evolução do instituto da lesão em nossa tradição jurídica, até a positivação no Código Civil de 2002, examina os elementos que o compõem e propõe a conjugação desses elementos.

## INTRODUÇÃO

O direito privado brasileiro está em fase de reconstrução, seja pela descoberta da supremacia da Constituição, seja pelo consenso formado em torno da tutela da dignidade da pessoa humana, apesar da orientação de eticidade e socialidade que caracterizam o Código Civil de 2002 – que veio para exercer a função de núcleo do direito privado sem a pretensão de exaustividade ou unidade dogmática que caracterizavam a codificação oitocentista, mas foi elaborado antes da Constituição sob a qual adquiriu vigência. Essa reconstrução passa tanto pela releitura dos institutos que já eram regulados pelo Código Civil de 1916 quanto pela adequada compreensão dos institutos que não eram então regulados, sempre partindo da supremacia da Constituição e da tutela da dignidade da pessoa humana como critérios interpretativos (no sentido da compatibilidade material).

O instituto da lesão foi escolhido como objeto de investigação. A razão de ser da escolha foi a amplitude e a complexidade do tema. A história do instituto remonta à Roma imperial, mas a sua fundamentação filosófica se confunde com a própria noção de justiça, ainda na filosofia grega. Ao mesmo tempo, a lesão vem para responder aos anseios mais prementes e recentes da humanidade, a busca do equilíbrio nas relações

contratuais. Contempla passado e futuro ao mesmo tempo, mas evoluiu, como a humanidade.

O trabalho parte da concepção filosófica da justiça, em Aristóteles, da sua “cristianização”, em Santo Tomás de Aquino, para demonstrar a sua inserção na ordem constitucional (agora designada por “justiça social”), com apoio na obra de Barzotto. Nesse primeiro capítulo, aproveita-se a oportunidade para refutar as objeções de que a cobiça seria um valor fundamental das sociedades ocidentais e de que o direito pudesse ser indiferente à moral religiosa que predomina na sociedade para a qual foi construída.

O segundo capítulo, então, trata abstratamente do mesmo assunto, porém o relacionando ao direito privado. São examinadas as possibilidades e dificuldades para aceitação e a aplicação da noção de justiça corretiva como um princípio do direito privado (seja de equilíbrio, seja de equivalência do conteúdo do contrato).

No terceiro capítulo, parte-se da demonstração de como já tinha sido superada a supremacia da vontade no direito privado, especialmente no plano da validade, para afirmar a emergência dos novos princípios, que não eliminam os decorrentes daquele dogma, mas com eles devem conviver harmonicamente (sem que uns possam suprimir os outros).

Finalmente, no quarto capítulo, parte-se da evolução na história de nossa tradição jurídica do instituto da lesão, as vacilações porque passou na época de

predominância do individualismo liberal e do intervencionismo estatal, para chegar na conformação adotada pelo Código Civil de 2002, que a positiva no art. 157.

Embora em vários trechos do trabalho possa ser percebida a utilidade da investigação para a aplicação dos mesmos conceitos ao instituto da onerosidade excessiva, a oportunidade não foi aproveitada, seja pelas limitações deste pesquisador, seja porque uma teoria geral do equilíbrio nos contratos (aplicável tanto à fase genética como à fase funcional) parece ser mais adequada a uma tese de doutorado do que a uma dissertação de mestrado.

O plano do trabalho pretende partir do geral (abstrato) para o particular (concreto). As sugestões recebidas na banca de qualificação foram implementadas, na medida do possível e da memória e compreensão deste pesquisador. O resultado, a seguir apresentado, tangenciou temas mais polêmicos, como a adoção irrestrita de uma perspectiva civil-constitucional, ou do paradigma da essencialidade. A conclusão foi o local em que mais livremente pode ser expresso o pensamento do pesquisador, na medida em que nos capítulos o que predomina são as paráfrases e as citações da doutrina investigada. Finalmente, as referências bibliográficas não contemplam toda a leitura ou a pesquisa feita durante a vida acadêmica ou o curso de mestrado, apenas as obras que foram citadas durante o trabalho.

## I – A CONCEPÇÃO FILOSÓFICA DE JUSTIÇA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Aristóteles trata do tema Justiça e Eqüidade no livro V da *Ética à Nicômaco*,<sup>1</sup> e a elas aplica critérios semelhantes aos das demais virtudes, quanto a configurarem o meio-termo entre dois extremos viciosos (muitas vezes, entretanto, a virtude está mais próxima de um dos extremos viciosos que de outro.).

A virtude é, então, uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isso determinado pela razão, isto é, como o homem prudente o determinaria. E este é um estado mediano entre dois vícios, um constituído pelo excesso e outro constituído pela deficiência.<sup>2</sup>

Há, então, três disposições – duas destas, vícios (um de excesso e outro de deficiência) – e uma virtude, que é a observância da mediania; e cada uma delas, de uma certa forma, se opõe a ambas as outras, pois os estados extremos são os opostos tanto do estado mediano quanto dos outros [que estão em reciprocidade], e o estado mediano é o oposto de ambos os extremos.<sup>3</sup>

E em alguns casos a deficiência, e em outros o excesso, se opõe mais à mediania. Por exemplo, a *covardia*, que é um vício da deficiência, opõe-se mais à coragem do que a *temeridade*, que é um vício do excesso; mas o *desregramento*, ou excesso de paixão, se opõe mais à *temperança* do que o faz a *insensibilidade*, ou falta de paixão [...].<sup>4</sup>

Assim, o que se mostra claro é que é a disposição mediana em cada setor da conduta que é louvável, embora devamos por vezes nos inclinar para o excesso e, por vezes, para a deficiência, uma vez ser este o modo mais fácil de atingir a mediania e o rumo correto.<sup>5</sup>

Partindo da constatação de serem utilizados em mais de um sentido os termos “justo” e “injusto”, e dos equívocos que daí podem advir, o Filósofo decide apurar em

<sup>1</sup> ARISTOTELES *Ética a nicômaco*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007, p. 145 et seq.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 85.

quantos sentidos se diz ser um indivíduo injusto (indicativo tanto do indivíduo que transgride a lei quanto do indivíduo que toma mais do que lhe é devido, o indivíduo não eqüitativo), e daí conclui que o homem que obedece à lei e o homem eqüitativo serão ambos justos: “o ‘justo’, portanto, significa tanto aquilo que é legal e aquilo que é igual ou eqüitativo, e o ‘injusto’ significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não eqüitativo”.<sup>6</sup>

O homem injusto tanto pode escolher a maior porção das coisas que são boas (em geral, embora devesse rogar que essas coisas também lhe fossem boas particularmente) quanto a menor porção das coisas que são más (pois a menor porção do mal é um bem se comparado à maior porção) – caso em que será “não eqüitativo”.<sup>7</sup> Além disso, como o transgressor da lei é injusto e aquele que a obedece é justo, todas as coisas lícitas seriam justas, nesse sentido da palavra, pois as decisões da legislação são denominadas regras de justiça (que podem colimar o interesse comum de todos, ou dos mais excelentes, ou dos que detêm o poder) – de sorte que o termo “justo” é aplicável ao que produz e preserva a felicidade da comunidade política (com a lei proibindo vícios e ordenando virtudes corretamente – isso se a lei tiver sido corretamente produzida e promulgada, mas não tanto assim se tiver sido produzida a “esmo”).<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 146.

<sup>7</sup> Vale ressaltar a seguinte passagem: “nem tudo que é ilegal é não eqüitativo, mas tudo que é não eqüitativo é ilegal” (Ibidem, p. 150).

<sup>8</sup> Ibidem, p. 146-147.

Portanto, a justiça é a “virtude perfeita”, a “virtude principal”, porque é a prática da virtude perfeita, num grau especial, porque pode ser praticada dirigida aos outros, e não apenas sozinho – pois é na relação com os outros que o homem se torna membro da comunidade. É por essa mesma razão que a justiça, entre as virtudes, é o “bem alheio”, porque concretiza a vantagem do outro, seja uma autoridade, seja um parceiro, e como o pior dos homens é o que pratica o vício na relação com seus amigos bem como em relação a si mesmo, o melhor não é o que pratica a virtude em relação a si mesmo, mas em relação aos outros, que é a tarefa mais difícil. A justiça, nesse sentido, não é uma parte da virtude, mas a virtude completa, como a injustiça não é uma parte do vício, mas o vício completo.<sup>9</sup>

Nesse momento, vale chamar a atenção para o paralelo entre o pensamento aristotélico e o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição); é na prática da virtude perfeita (a justiça), na relação com os outros, que o homem se torna membro da comunidade – difícil imaginar melhor definição de solidariedade.

Entretanto, o Estagirita propõe a existência da justiça e da injustiça no sentido particular, além da universal (que as contêm), e especificamente no tocante à justiça ele identifica existirem dois tipos: o primeiro, exercido na distribuição de honra, riqueza e os demais ativos divisíveis da comunidade, que podem ser atribuídos em porções iguais

---

<sup>9</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 147-148.

ou desiguais a seus membros; o segundo, que “supre um princípio corretivo nas transações privadas” (o tema que mais interessa à investigação ora conduzida):<sup>10</sup>

Essa justiça corretiva, por sua vez, apresenta duas subdivisões, correspondentes às duas classes de transações privadas, a saber, as voluntárias e as involuntárias. Exemplos de transações voluntárias são a venda, a compra, o empréstimo a juros, a caução, o empréstimo sem juros, a garantia de pagamento, o arrendamento (estas transações voluntárias sendo qualificadas de voluntárias porque são voluntariamente assumidas). Das transações involuntárias algumas são furtivas, à guisa de exemplo, o furto, o adultério, o envenenamento, a prostituição, a sedução ou incitação de escravos, o assassinato à traição, o falso testemunho; outras são violentas, como o assalto, o aprisionamento, o crime de morte, o roubo mediante violência, a mutilação, a linguagem abusiva, o insulto.<sup>11</sup>

Retomando o critério de exame das demais virtudes, Aristóteles verifica que se o homem injusto é alguém não eqüitativo (iníquo, desigual), há uma mediania correspondente, o igual, pois em qualquer ação em que há um mais e um menos é também admissível o igual, e se o injusto é o desigual, o justo é o igual, e se o igual é uma mediania, o justo também a será.<sup>12</sup> Deixando de lado a justiça distributiva,<sup>13</sup> e concentrando o exame na justiça corretiva, que diz respeito às transações privadas, verifica-se que o Filósofo a distingue da anterior, porque nesse tipo de justiça (ou injustiça) o que se cogita é de uma proporção (ou progressão) aritmética (não geométrica, como na distributiva):

<sup>10</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 148-151.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 151. Interessante notar que alguns autores reduzem a função da justiça corretiva à responsabilidade civil e à repressão criminal, ou às “transações involuntárias” de que cogita Aristóteles.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>13</sup> Em que o justo (1) é uma mediania e igual, (2) implica certos extremos entre os quais se coloca (o mais e o menos), (3) implica duas porções que são iguais e (4) envolve determinados indivíduos para os quais é justo; portanto, a justiça envolve, ao menos, quatro termos: dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções que são justas. “E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais [detêm ou recebem] porções desiguais que surgem conflitos e queixas”. Aqui, o critério de atribuição é o mérito (de algum tipo, como a condição de homem livre, para os democratas, ou a riqueza e o bom nascimento, para os adeptos da oligarquia) – ARISTÓTELES, op. cit., p. 151-152.

[...] pois não faz qualquer diferença se um homem bom trapaceou um homem mau ou se este trapaceou aquele, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu adultério; a lei apenas considera a natureza do dano, tratando as partes como iguais, limitando-se a indagar se alguém praticou injustiça enquanto o outro a sofreu, e se alguém praticou o dano e se este outro foi atingido. Conseqüentemente, sendo o injusto aqui o desigual, o juiz se empenha em torná-lo igual, visto que quando alguém recebeu um golpe e o outro o aplicou, ou alguém matou e o outro foi morto, a linha que representa o sofrer e o fazer no tocante à ação está dividida em partes desiguais, mas o juiz se empenha em torná-las iguais mediante a penalidade ou perda por ele impostas, retirando o ganho. (...) Assim, enquanto o igual é uma mediania entre mais e menos, ganho e perda são de imediato tanto o mais quanto o menos de maneiras contrárias, mais bem e menos mal sendo o ganho, e mais mal e menos bem sendo a perda; e como o igual, que declaramos ser o justo é, como dissemos, uma mediania entre eles, conclui-se que a justiça corretiva será a mediania entre a perda e o ganho.<sup>14</sup>

Essa é a razão porque, quando ocorrem disputas, os indivíduos recorrem a um juiz. Dirigir-se a um juiz é dirigir-se à justiça, pois o juiz ideal é, por assim dizer, a justiça personificada. E também os homens necessitam de um juiz para que este seja um elemento mediano, pelo que, efetivamente, em alguns lugares, ele é chamado de mediador, pois pensam que se ele atinge a mediania, atinge o que é justo. Assim, o justo é uma espécie de mediania na medida em que o juiz é um meio (intermediário) entre os litigantes.<sup>15</sup>

Ora, o juiz restaura a igualdade. Se representarmos a matéria por uma linha dividida em duas partes desiguais, ele subtrai do segmento maior aquela porção pela qual é excedida uma metade da linha inteira e a soma do segmento menor. Quando o todo foi dividido em duas metades, as pessoas costumam dizer que assim 'têm o que lhes cabe', tendo obtido o que é igual. Essa é, de fato, a origem, da palavra [...] *dikaion* (justo), que significa [...] *dikha* (na metade), como se alguém devesse chamá-lo [e pronunciá-lo] [...] *dikhaion* e um [...] *dikastes* (juiz) fosse um [...] *dikhastes* (aquele que estabelece a metade).<sup>16</sup>

O igual é uma mediania por meio de proporção aritmética entre o maior e o menor. Pois quando de dois iguais uma parte é subtraída de um e adicionada ao outro, este último excederá o primeiro duas vezes aquela parte, ao passo que se houvesse sido subtraída de um, mas não adicionada ao outro, este último excederia o primeiro uma vez somente a parte em questão. [...] Esse processo, então, nos capacitará a apurar o que devemos subtrair da parte que tem mais e o que adicionar àquela que tem pouco demais: teremos que adicionar à parte que tem excessivamente pouco a quantidade por meio da qual a mediania é por ela excedida. [...].<sup>17</sup>

<sup>14</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 154-155. O trecho omitido diz o seguinte: "O termo 'ganho' é usado numa acepção geral de modo a aplicar-se a esses casos, ainda que não seja, a rigor, apropriado a alguns deles, por exemplo relativamente a uma pessoa que agride outra, nem é a palavra 'perda' apropriada à vítima nesse caso; mas, aconteça o que acontecer, os resultados são classificados como 'perda' e 'ganho' respectivamente quando a quantidade do dano recebido chega a ser estimada".

<sup>15</sup> Ibidem, p. 155.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 155-156. "Os termos 'perda' e 'ganho' nesses casos são emprestados das operações de permuta voluntária. Nesse contexto, ter mais do que o que lhe cabe é chamado de ganho e ter menos do que aquilo que se tinha no início é chamado de perda, como por exemplo no comprar e vender e todas as demais transações que recebem a imunidade da lei; enquanto se o resultado da transação não constitui nem um aumento nem uma diminuição, mas exatamente o que as partes possuíam elas

Aristóteles também refuta a opinião de que a *simples reciprocidade é justiça* (doutrina atribuída aos pitagóricos), pois a reciprocidade não coincide nem com a justiça distributiva, e nem com a justiça corretiva, contrariando os que identificam essa última com a regra de Radamanto (“Sofresse um homem o que fez, a reta justiça seria feita”). Isso porque em muitos casos a reciprocidade diverge da justiça (a agressão de uma autoridade a um homem não justifica agressão contrária, mas a do homem à autoridade não apenas justifica a agressão contrária como também a punição ao agressor). Além disso, é bastante diferente o ato realizado com ou sem o consentimento da parte contrária, mas em se tratando do intercâmbio de serviços a justiça sob a forma de reciprocidade é o vínculo que mantém a associação, “reciprocidade, que se diga, com base na proporção e não na igualdade”:<sup>18</sup>

A retribuição proporcional é efetuada numa conjunção cruzada. Por exemplo, suponhamos que A seja um construtor, B um sapateiro, C uma casa e D um par de sapatos; requer-se que o construtor receba do sapateiro uma porção do produto do trabalho deste e que lhe dê uma porção do produto do seu. Ora, se a igualdade baseada na proporção entre os produtos for primeiramente estabelecida e então ocorrer a ação de reciprocidade, a exigência indicada terá sido atendida; mas se isso não foi feito, o acordo comercial não apresenta igualdade e o intercâmbio não procede, pois pode acontecer que o produto de uma das partes tenha mais valor do que aquele da outra e, nesse caso, por conseguinte, terão que ser equalizados, o que também é verdadeiro no que se refere às demais artes, pois deixariam de existir se o seu agente não produzisse e não recebesse o equivalente quantitativa e qualitativamente do que o elemento passivo recebe; pois uma associação que visa ao intercâmbio de serviços não é formada por dois médicos, mas por um médico e um agricultor e geralmente por pessoas que são diferentes e que é possível serem desiguais, ainda que nesse caso tenham que ser equalizadas.

---

mesmas, dizem que ‘têm o que lhes cabe’ e nem perderam, nem ganharam. Conseqüentemente, a justiça nas transações involuntárias é uma mediania, num certo sentido, entre o ganho e a perda: é ter depois da transação uma quantidade igual à quantidade que se tinha antes dela”.

<sup>18</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 157. Nesse trecho, Aristóteles está se referindo à associação entre os homens, à reciprocidade de que depende a existência do Estado: retribuir o mal com o mal e o bem com o bem, na falta do que nenhum intercâmbio ocorre, e é o intercâmbio que une os homens; os homens devem retribuir uma *amabilidade* (para lembrá-los disso foi construído um santuário das Graças em local público), pois é um dever não só retribuir um serviço quando se foi o favorecido, como também tomar a iniciativa, no próximo ensejo, de prestar o serviço.

Conseqüentemente, todas as coisas permutadas têm que ser de alguma forma comensuráveis.<sup>19</sup>

Para atender essa necessidade, foi criado o dinheiro, que de certa forma é o termo médio, por ser a medida de todas as coisas e do valor superior ou inferior de cada uma delas, permitindo determinar quantos pares de sapato equivalem a uma casa ou a certa quantidade de alimentos. A quantidade de pares de sapato trocada por uma casa deve corresponder à proporção de reciprocidade entre o construtor e o sapateiro, pois na ausência dessa proporção específica não haveria comércio e nenhuma associação, e somente se as mercadorias forem iguais de alguma forma será possível assegurar tal proporção. A unidade de medida (padrão) de todas as mercadorias é a demanda, pois se os seres humanos deixassem de ter necessidades ou as mudassem o intercâmbio não perduraria ou seria feito em linhas distintas, mas a demanda passou (por convenção) a ser representada pelo dinheiro, que não existe por natureza:<sup>20</sup>

Haverá, portanto, proporção recíproca quando os produtos forem equacionados, de maneira que, da forma que está o agricultor para o sapateiro, poderá estar o produto do sapateiro para o agricultor. E quando eles trocam os seus produtos têm que reduzi-los à forma de uma proporção, caso contrário um dos dois extremos encerrará dois excessos; ao passo que quando eles têm o que lhes cabe são, então, iguais e capazes de formar uma associação, pois a igualdade nesse sentido pode ser estabelecida no caso deles (agricultor A, alimento C, sapateiro B, produto do sapateiro equalizado D); enquanto se fosse impossível efetuar a proporção recíproca dessa maneira, não poderia haver associação entre eles.<sup>21</sup>

Segundo o Filósofo, é a demanda que mantém a coesão dessa associação, pois se não há demanda de mútuo serviço não há intercâmbio, e a desigualdade de demanda deve ser equalizada. O dinheiro serve como garantia de troca no futuro, pois

---

<sup>19</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 157-158.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 159.

se nada é necessário no momento o dinheiro assegura que a permuta será possível quando surgir a necessidade, mas é tão suscetível à flutuação da demanda quanto as outras mercadorias, pois o seu poder de compra varia nos diferentes períodos, embora tenda a ser relativamente constante. Assim, considera apropriado que as mercadorias tenham seus preços estabelecidos, assegurando que o comércio e a associação serão sempre possíveis. E embora seja impossível que coisas tão diferentes sejam estritamente comensuráveis, a demanda propicia uma medida comum suficientemente exata no que tange a finalidades práticas (é forçoso que algum padrão seja aceito por consenso).<sup>22</sup>

Suponhamos que A seja uma casa, B dez minas e C uma cama. A é a metade de B se o valor da casa for equivalente ou igual a cinco minas; a cama, C, vale um décimo de B; disto conclui-se claramente quantas camas igualam uma casa, ou seja, cinco. Está claro que a permuta era feita dessa forma com a existência do dinheiro, porém uma vez existente uma taxa ou referencial de troca é indiferente se são cinco camas que são permutáveis por uma casa, ou se o valor em dinheiro de cinco camas.<sup>23</sup>

Em síntese, “a conduta justa é uma mediania entre fazer e sofrer injustiça, pois fazer injustiça é dispor de excesso e sofrê-la é dispor de deficiência ou insuficiência”,<sup>24</sup> “no ato injusto, ter demasiado pouco é sofrer a injustiça, ao passo que ter demasiado é fazer (cometer) a injustiça”.<sup>25</sup>

A justiça política quer dizer justiça entre pessoas livres e (real ou proporcionalmente) iguais, que vivem em comum com a finalidade de satisfazer as próprias necessidades (entre indivíduos que não são livres nem iguais não pode haver

<sup>22</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 159-160.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 161.

justiça política); “a justiça só pode existir entre aqueles cujas relações mútuas são reguladas pela lei e esta existe no seio daqueles entre os quais há uma possibilidade de injustiça, uma vez que a administração da lei implica a distinção entre o justo e o injusto”.<sup>26</sup>

Santo Tomás de Aquino trata da justiça a partir da questão 57 da segunda seção da segunda parte da *Suma Teológica*.<sup>27</sup> Respondendo às objeções acerca de o direito ser o objeto da justiça, esclarece que entre as virtudes é próprio à justiça ordenar o homem na sua relação com outrem, implicando certa igualdade (que supõe relação a outrem), enquanto as demais virtudes aperfeiçoam o homem somente no que toca a si próprio; a retidão, na ação da justiça, se constitui pela relação com o outro, acrescentando que temos como justo em nosso agir aquilo que corresponde ao outro, segundo certa igualdade, como a remuneração devida a um serviço prestado.<sup>28</sup>

Em consequência, o nome de justo, que caracteriza a retidão que convém à justiça, dá-se àquilo que a ação da justiça realiza, sem levar em conta a maneira de proceder de quem age. Nas outras virtudes, ao contrário, a retidão é determinada tão somente pela maneira de proceder de quem age. Eis por quê, de modo especial e acima das outras virtudes, o objeto da justiça é determinado em si mesmo e é chamado justo. Tal é precisamente o direito. Torna-se, assim, manifesto que o direito é o objeto da justiça.<sup>29</sup>

A justiça é assim definida: “A justiça é o hábitus, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito”,<sup>30</sup> “[...] o ato de justiça consiste precisamente em dar a cada um o que é seu”.<sup>31</sup> As espécies de justiça particular são a

<sup>26</sup> ARISTÓTELES, 2007, p. 161-162.

<sup>27</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2005, v. 6.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 46-47.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 74.

comutativa e a distributiva,<sup>32</sup> para o Aquineu, “pois uma parte comporta uma dupla relação”: “uma, de parte a parte, à qual corresponde a relação de uma pessoa privada a outra” – “tal relação é dirigida pela justiça comutativa, que visa o intercâmbio mútuo entre duas pessoas”; “ a outra relação é do todo às partes; ela se assemelha à relação entre o que é comum e cada uma das pessoas” – “a essa segunda relação se refere a justiça distributiva, que reparte o que é comum de maneira proporcional”.<sup>33</sup>

Entretanto, o meio-termo não é considerado do mesmo modo na justiça distributiva e na comutativa, pois “na justiça distributiva, se dá algo a uma pessoa privada enquanto o que é do todo é devido à parte”, e “essa dívida será tanto maior, quanto maior for a preeminência dessa mesma parte no todo” – “eis por quê, em justiça distributiva se dá a alguém tanto mais dos bens comuns, quanto maior for sua preeminência na comunidade” (na oligarquia, o critério de preeminência é a riqueza; na democracia, a liberdade):

Ao contrário, nas ‘comutações’,<sup>34</sup> dá-se algo a uma pessoa particular, por causa de uma coisa que dela se recebeu, o que é da maior evidência nas compras e vendas, nas quais primeiro se manifesta a noção de comutação. É, então, necessário igualar uma coisa à outra. E, assim, se alguém guarda, além do que é seu, um tanto de outrem, deve restituir-lhe exatamente essa diferença. Dessa forma, se realiza a igualdade segundo uma média ‘aritmética’, estabelecida por um excedente quantitativo igual; assim, 5 é o meio-termo entre 6 e 4, pois entre um e outro, conserva sempre a diferença de uma unidade. Se, portanto, de início, as duas partes tinham 5, e uma delas recebe 1 que pertencia à outra, terá então 6, enquanto essa outra ficará com 4. Haverá justiça, se ambas

<sup>32</sup> AQUINO, 2005, p. 96-97.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 97-98.

<sup>34</sup> Relevante a nota do tradutor sobre a tradução de comutação, na p. 97: “Termo ‘comutação’, que designa o domínio próprio da justiça ‘comutativa’, corresponde aos ‘intercâmbios’ ou ‘transações’, sobretudo no domínio econômico. Traduzimos, pois, o termo ‘*commutatio*’ por estes equivalentes mais claros em português, embora desprovidos das conotações do original latino”. Nas classificações dos contratos mais correntes, entretanto, se considera comutativo o contrato em que as prestações das partes são certas, não aleatórias.

voltarem ao justo meio, tirando-se 1 a quem tem 6 e dando-o a quem tem 4. Um e outro terão 5, o que corresponde ao meio-termo.<sup>35</sup>

Deixando de lado o exame das matérias que não dizem respeito especificamente ao propósito deste trabalho (a matéria da justiça distributiva e da justiça comutativa, esta última apenas nas transações involuntárias), verifica-se que Tomás de Aquino considera voluntário o intercâmbio quando alguém transfere voluntariamente o que lhe pertence para outrem, exemplificando que na doação não há ato de justiça, mas de liberalidade, e esclarecendo que a transferência voluntária entra no domínio da justiça somente na medida em que verificada a noção de débito, como na compra e venda, na cessão de uso com obrigação de restituição (usufruto, das coisas que produzem frutos, e comodato, das que não produzem frutos, quando gratuita a cessão; locação, quando não gratuita a cessão) e na confiança de um bem a terceiro, para conservá-lo (depósito): “Em todos esses tipos de ações, [...], o meio-termo se determina da mesma maneira que a igualdade da compensação. Por isso todas essas ações pertencem à mesma espécie de justiça, a comutativa”.<sup>36</sup>

Examinando a contrapartida, sobre sua identificação com a justiça, verifica o Aquino que o princípio da justiça comutativa exige igualdade na compensação entre a injúria infligida e a ação reparadora, e que essa igualdade não seria sempre realizada se o culpado tivesse que sofrer um mal idêntico ao que causou. No tocante aos intercâmbios voluntários, demonstra que a compensação perfeitamente igual não seria realizada sempre se alguém dá o que é seu e recebe algo de outrem, pois talvez o bem

---

<sup>35</sup> AQUINO, 2005, p. 100.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 102-103.

do outro é maior que o seu, e como em todos os intercâmbios é preciso que o que se dá seja igual ao que se recebeu, de maneira proporcional, foi inventada a moeda, de modo que a contrapartida é uma norma exata na justiça comutativa.

Adiante, examinando “a fraude que se comete nas compras e vendas”,<sup>37</sup> Tomás de Aquino retoma o exame da justiça corretiva nas “comutações voluntárias”. Ele considera pecado empregar fraude para vender uma coisa acima do preço, porque se engana o próximo em prejuízo dele, e cita Túlio (Cícero): “toda mentira se há de excluir dos contratos. Nem o vendedor, nem o comprador, apresentará um licitante, para altear ou baixar os preços”. Sem fraude, a compra e venda pode ser examinada de duas maneiras. Em si mesma, verifica-se que a compra e venda foi estabelecida para proveito comum das duas partes, cada uma precisando daquilo que a outra possui, e o que é instituído para proveito comum não deve ser mais oneroso para um do que para outro, sendo necessário que se estabeleça entre as partes um contrato que mantenha a igualdade no plano das coisas. Como o preço dado serve para medir a quantidade das coisas cujo uso serve ao homem, e para isso se inventou a moeda, se o preço exceder o valor da mercadoria, ou esta exceder o valor do preço, desaparece a igualdade da justiça: “E, assim, vender mais caro ou comprar mais barato do que vale a mercadoria é em si injusto e ilícito”.<sup>38</sup> Além disso, é possível examinar a compra e venda enquanto acidentalmente ela traz proveito para um e prejuízo para outro (quando alguém tem muita necessidade de um bem e o outro fica prejudicado ao se privar dele). Nessas situações, a fixação do justo preço deve considerar não apenas a coisa vendida, mas

---

<sup>37</sup> AQUINO, 2005, p. 239 et seq.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 241.

também o dano que com a venda sofre o vendedor, caso em que seria lícito vender a mercadoria acima do que vale, embora não acima do que vale para o seu possuidor. Entretanto, se o comprador tira grande vantagem da mercadoria adquirida e o vendedor não sofre qualquer dano o preço não deve ser aumentado, porque o proveito do comprador não vem do vendedor, e ninguém pode vender o que não é seu (apenas o dano que sofreu).<sup>39</sup>

Respondendo à objeção de que seria lícito ao vendedor e ao comprador se enganarem mutuamente, Santo Tomás sustenta que a lei é dada a uma sociedade em que há muitos desprovidos de virtude, e não se destina apenas aos virtuosos, não podendo proibir tudo o que é contrário à virtude, bastando proibir o que destruiria a convivência social (sendo o resto tido como lícito, não porque seja aprovado, mas porque não há punição). Assim a lei permite que o vendedor venda o que é seu supervalorizando o preço, e o comprador adquira abaixo do preço, sem fraude, salvo se houver excessos, porque então mesmo a lei humana obriga a restituição, se alguém foi enganado além da metade do justo preço.<sup>40</sup> Já a lei divina não deixa impune nada que é contrário à virtude, e por esta se considera ilícito não observar a igualdade da justiça na compra e venda, de modo que quem recebeu a mais está obrigado a recompensar quem ficou prejudicado, se o prejuízo foi considerável – o que é acrescentado porque “o justo preço não é rigorosamente determinado, mas se estabelece mais por uma certa

---

<sup>39</sup> AQUINO, 2005, p. 241-242.

<sup>40</sup> Nesse ponto Tomás de Aquino está se referindo à lesão enorme.

apreciação, de modo que um pequeno aumento ou uma pequena diminuição do preço não parece destruir a igualdade da justiça”.<sup>41</sup>

O aquineu também examina a atividade comercial, indagando da possibilidade de se vender algo mais caro do que se comprou.<sup>42</sup> Ele considera próprio dos negociantes a prática da “comutação dos bens”, que pode ser de duas espécies: para a satisfação das necessidades da família ou da população das cidades (própria dos chefes da casa ou da cidade) e para a obtenção de lucro (própria dos negociantes). A primeira espécie (para satisfação de necessidades) é louvável, mas a segunda é reprovada, porque “fomenta a cobiça do lucro, que não conhece limite, mas tende ao infinito” – o comércio é tido como contendo algo vergonhoso, por não visar fim honesto ou necessário.<sup>43</sup> Em todo caso:

Quanto ao lucro, que é o objetivo do comércio, embora em sua natureza não implique nada de honesto e necessário, nada comporta também de vicioso ou contrário à virtude. Portanto, nada impede que o lucro seja ordenado a um fim necessário ou mesmo honesto. E, assim, o comércio se torna lícito. É o que ocorre, quando alguém, buscando, nos negócios, um lucro moderado, o destina ao sustento da casa ou ao auxílio aos necessitados. Ou quando se faz comércio, visando a utilidade pública, para que não faltem à pátria as coisas necessárias à vida, e não se procura o lucro como um fim, mas como remuneração do trabalho.<sup>44</sup>

Além disso, Tomás de Aquino distingue a venda de um bem por preço maior do que o de aquisição sem que se tenha introduzido qualquer modificação nele e no caso de o bem ter sido melhorado, situação em que seria como se o vendedor estivesse recebendo um prêmio por seu trabalho. Além da melhoria do objeto, tampouco é injusta

---

<sup>41</sup> AQUINO, 2005, p. 242.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 248 et seq.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 249.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 249.

a venda por preço superior ao de aquisição pela mudança de preço decorrente da diversidade de tempo ou de lugar, ou em razão de riscos de transporte.<sup>45</sup>

Como visto, o lucro nas transações não é contrário à virtude do Aquineu, mas o é o lucro exagerado, em detrimento alheio, decorrente da compra abaixo ou da venda acima do justo preço, que em uma linguagem mais atual corresponderia ao valor médio de mercado. Assim, se os comerciantes de uma localidade relativamente isolada vendem determinado bem por um valor bastante superior ao valor pelo qual o mesmo bem é oferecido em outras localidades, mais próximas de onde o bem é produzido, não parece haver qualquer problema à primeira vista, pois o justo preço deve levar em consideração essas especificidades. Por outro lado, se um dos comerciantes dessa mesma localidade decide vender o mesmo bem por uma quantia flagrantemente superior ao valor médio de mercado (justo preço), cobrado pelos demais comerciantes, estará violando a virtude tomista, do mesmo modo que estaria se fosse o único comerciante da localidade a oferecer aquele bem e exigisse remuneração pela atividade de colocar o bem à disposição do público por quantia muito superior à que normalmente é obtida pelos comerciantes. Não é o lucro em si mesmo considerado, portanto, que contraria a virtude em Santo Tomás, mas o lucro excessivo, que somente pode ser constatado em cada caso particular.

Entretanto, a noção tomista de preço justo é considerada incompatível com a economia e com a política de sociedades peculiarmente modernas por MacIntyre (adepto da tradição filosófica aristotélica), por exemplo, pois a cobiça seria um valor

---

<sup>45</sup> AQUINO, 2005, p. 250.

fundamental nessas sociedades liberais.<sup>46</sup> Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil não acolheu o projeto liberal de sociedade ou de economia de livre mercado que MacIntyre toma por dado e consolidado.

De fato, Barzotto demonstra o acolhimento do conceito de justiça social pela Constituição de 1988.<sup>47</sup> Esse conceito foi desenvolvido a partir da noção de justiça geral, de Aristóteles, pela qual o ato justo seria aquele em conformidade com a lei – cujo objeto são os deveres em relação à comunidade, de modo que “a lei estabelece como devidas aquelas ações necessárias para que a comunidade alcance o seu bem, o

---

<sup>46</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2002, p. 126: “Que um padrão de vida sistematicamente mais baixo deva ser preferido a um padrão sistematicamente mais elevado é um pensamento incompatível, seja com a economia seja com a política de sociedades peculiarmente modernas. Assim, preços e salários passaram a ser compreendidos como não tendo relação – e realmente numa economia moderna não poderiam estar relacionados – com o merecimento em termos de trabalho, e a noção de justo preço e justo salário em termos modernos não faz nenhum sentido. Mas uma sociedade que fosse guiada por normas aristotélicas teria não apenas de compreender a cobiça como um vício, mas também de estabelecer limites rígidos para o crescimento à medida que fosse necessário para preservar ou aumentar a distribuição de bens de acordo com o merecimento”. Assim também adiante (pp. 218-219): “A justiça de um preço não é apenas uma questão do valor de uma coisa, mas na maioria dos casos sim. O comércio é uma atividade legítima, quando empreendida por alguém ‘em função da utilidade pública, de modo que as coisas necessárias não faltem à pátria de alguém, e busca o dinheiro, não como um fim, mas como um pagamento pelo trabalho’ (S.T. IIa, IIae, 77,4). O engano e os preços exorbitantes são proibidos incondicionalmente, assim como a usura. Sto. Tomás cita a proibição deuteronômica, observando que os judeus eram proibidos de praticar a usura em relação aos seus irmãos, dizendo, em seguida, que devemos tratar todos como irmão e vizinhos (S.T., IIa, IIae, 78,1). Sto. Tomás poderia ter feito a distinção que escritores posteriores, interessados na legitimação do capitalismo, fariam entre o fato de uma pessoa emprestar dinheiro a juros a alguém de modo a, como teria dito Aristóteles, esperar gerar dinheiro a partir de dinheiro e o fato de uma pessoa estabelecer uma sociedade com outra, na qual ambas as partes investem e dividem os lucros, os juros sobre o investimento original sendo, portanto, considerados não como usura, mas como retorno pela sociedade. O fato de não ter feito essa distinção não é sem importância, pois é bastante claro que qualquer retorno pelo investimento, que não fosse um *stipendium laboris*, nem uma compensação por uma necessidade não satisfeita por causa do investimento, teria sido considerado por ele como usura. As práticas comerciais e financeiras típicas do capitalismo são tão incompatíveis com a concepção da justiça de Sto. Tomás quanto as práticas do tipo de sistema de adversários da justiça legal, na qual os advogados freqüentemente defendem pessoas que sabem ser culpadas”.

<sup>47</sup> BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, p. 17-56, 2003.

bem comum”. Além da justiça geral (orientada pela legalidade), há a justiça particular (orientada pela igualdade), que se divide em distributiva e corretiva.<sup>48</sup>

Tomás de Aquino deu continuidade a essa tradição, acrescentando elementos do direito romano, e designa a “justiça geral” de Aristóteles como “justiça legal”, já que na maior parte dos casos os atos devidos à comunidade para que seja alcançado o bem comum estão estabelecidos em lei.<sup>49</sup> A distinção entre justiça legal e justiça particular decorre do sujeito a quem é devido o ato: ao outro individualmente, no segundo caso, ou ao outro em comum (à comunidade, a todos os membros da sociedade), no primeiro caso. A justiça legal visa ao bem comum, não ao bem do todo, mas ao bem de todos os membros do todo. A justiça particular é a que regula aquilo que é devido diretamente aos membros determinados da comunidade, nas distribuições (justiça distributiva) e nas trocas (justiça comutativa).<sup>50</sup>

Os autores tomistas, a partir do século XIX, vêem a necessidade de repensar o conceito de justiça geral/legal de Aristóteles e Tomás para fazer frente às questões de justiça postas por uma sociedade igualitária, que suplanta as sociedades hierárquicas pré-modernas, no interior das quais Aristóteles e Tomás de Aquino desenvolveram suas teorias da justiça.<sup>51</sup>

Numa concepção hierárquica de sociedade, é a justiça distributiva que será o princípio ordenador da vida social, e com base na noção de honra (a cada um segundo a sua posição). Mas na sociedade democrática moderna todos possuem a mesma relevância, impondo a substituição da noção de honra pela noção de dignidade,

---

<sup>48</sup> BARZOTTO, 2003, p. 18.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 22.

inerente a todos os seres humanos. Como todos têm a mesma dignidade (absolutamente, não proporcionalmente), não é justiça distributiva, mas a justiça legal a ordenadora da vida em sociedade, “fundada em uma legalidade que afirma a igualdade de todos os seres humanos como membros iguais da sociedade”:<sup>52</sup>

Como a lei impõe direitos e deveres iguais para todos, a justiça legal torna-se justiça social, aquela em que todo membro da sociedade vale tanto como qualquer outro, e todo ato em conformidade com a lei redundando, beneficia igualmente a todos. Na sociedade democrática, desloca-se a ênfase do meio utilizado para alcançar o bem comum - a lei - para o sujeito do bem comum - a sociedade em seus membros -, justificando a mudança de denominação, de justiça legal para justiça social.<sup>53</sup>

A justiça social tem por objeto o que é devido ao ser humano simplesmente por sua condição humana, “todos os membros da sociedade civil devem colaborar na obtenção do bem comum (sujeito da justiça social) e todos devem participar do bem comum (termo da justiça social)”.<sup>54</sup> As encíclicas sociais da igreja católica impulsionam o desenvolvimento do conceito de justiça social:

Nessas Encíclicas, opera-se uma “fusão” do aristotelismo com a ética cristã. Neste contexto, é absolutamente natural que a sua teoria da justiça universalize o ideal aristotélico do cidadão de uma sociedade escravocrata, o único beneficiário do “bem comum”, para alcançar toda pessoa humana, coerente com a verdade evangélica da igualdade universal do gênero humano e a dignidade eminente de todos os seus membros.<sup>55</sup>

Na ordem econômica a fórmula da justiça social é “todos os bens necessários para todos”, mas sua esfera de aplicação é a sociedade como um todo, não apenas a ordem econômica. Barzotto também demonstra a identificação entre a definição de

---

<sup>52</sup> BARZOTTO, 2003, p. 22-23.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 23-24.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 24.

justiça social na encíclica *Divini Redemptoris*, de 1937, e a definição de Tomás de Aquino da justiça legal: a ordenação do homem ao bem comum. Mas para isso é preciso que se dê a todos tudo o que precisam para desempenhar a sua função social.<sup>56</sup>

As conseqüências extraídas deste conceito são radicais: para a justiça social, os seres humanos, considerados como pessoas, são iguais e, portanto, toda desigualdade em aspectos constitutivos da pessoa, como é o caso das suas necessidades materiais básicas, deve ser afastada.<sup>57</sup>

O termo “justiça social”, na tradição constitucional brasileira, deita raízes na doutrina social da igreja, e é mencionado no cabeçalho do art. 170 (princípios gerais da atividade econômica) e no art. 193 (ordem social).<sup>58</sup>

A atividade econômica não tem por finalidade o crescimento econômico e o poderio nacional, mas ‘assegurar a todos existência digna’. A existência digna é a vida humana realizada, a ‘vida boa’ dos clássicos. Na medida em que todos alcançarem uma existência digna, o bem comum terá sido concretizado. Ora, a justiça social, aquela dirigida à consecução do bem comum, exige de todos, portanto, por meio de seus ‘ditames’, que direcionem os seus esforços, tanto no campo do trabalho como no da livre iniciativa, para criar os bens econômicos que possam ser utilizados como meios de garantir a existência digna para todos.<sup>59</sup>

Deve-se atentar, porém, que o capítulo da ordem social tem como objetivo a justiça social, isto é, devem ser atribuídos a todos os bens (que formam o conteúdo do bem-estar) necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Este objetivo pode ser alcançado por mecanismos típicos da justiça social, atribuindo a todos o mesmo direito, independente de características particulares, ou por meio de mecanismos de justiça distributiva, qualificando o sujeito de direito de algum modo.<sup>60</sup>

O bem de todos, núcleo do conceito de justiça social, pode assim ser alcançado, considerando cada um como titular de direito apenas na sua condição de pessoa humana ou atentando para algum aspecto relevante (criança, idoso, trabalhador, desamparado, etc). Se é lícito introduzir uma

---

<sup>56</sup> BARZOTTO, 2003, p. 25-26.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>59</sup> Ibidem.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 28.

distinção a partir da teoria da justiça, pode-se falar no primeiro caso, de direitos sociais de justiça social (a todos...) e direitos sociais de justiça distributiva (a cada um segundo...).<sup>61</sup>

Reforçando a necessidade de equilíbrio nas trocas (“dá-se algo a alguém, porque isso lhe é devido”),<sup>62</sup> Barzotto explicita ainda mais o conteúdo da justiça comutativa:

Em uma relação de troca entre indivíduos (voluntária ou involuntária), verifica-se a necessidade de uma perfeita identidade entre o que foi dado e o recebido (relação voluntária) ou entre o dano e a indenização (relação involuntária). A causa do débito é a equivalência a ser mantida, isto é, a igualdade entre os valores intercambiados pelos indivíduos, como resultado de uma troca voluntária (contrato) ou involuntária (ilícito). Algo é devido na justiça comutativa, a justiça que regula as trocas, em virtude da necessidade de se ter uma *equivalência* entre prestação e contraprestação, dano e indenização.<sup>63</sup>

Na justiça comutativa, busca-se uma igualdade absoluta entre dano e indenização (relações involuntárias) e entre prestação e contraprestação (relações voluntárias). Se A causou um dano de 100 a B, deve indenizá-lo em 100. Se B emprestou 200 a A, deve receber 200 deste último. Há uma perfeita identidade entre dano e indenização, prestação e contraprestação. Aristóteles chamava esta igualdade absoluta de aritmética, em oposição à igualdade proporcional da justiça distributiva, denominada por ele de geométrica. A terminologia matemática serve para enfatizar a objetividade da determinação do justo: na justiça comutativa,  $100 = 100$ ,  $200 = 200$ .<sup>64</sup>

Recordando a expressão da justiça na fórmula “dar a cada um o que é seu”, e salientando que no âmbito da justiça comutativa a fórmula seria “a cada um a mesma coisa”,<sup>65</sup> Barzotto conclui seu raciocínio sustentando o seguinte (nos limites que interessam ao presente estudo):

A justiça comutativa afirma que, em uma relação intersubjetiva, voluntária ou involuntária, a igualdade deve ser preservada. Qual pode ser o fundamento desta espécie de justiça? Como afirma Aristóteles, a troca é que mantém os seres humanos unidos. [*apud*, ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, V, 5, 1132b.] A troca, portanto, deve ser preservada, protegida. As condições de correção da

---

<sup>61</sup> BARZOTTO, 2003.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 34-35.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 39.

troca ou de toda relação social, podem ser representadas pelas máximas presentes no direito romano, talvez a experiência mais significativa de um direito organizado em torno da idéia de justiça comutativa: *do ut des* e *alterum non laedere*. *Do ut des* representa a necessidade, em uma relação voluntária, de uma paridade entre as prestações. Toda dimensão econômica da vida humana, que funciona socialmente por meio de trocas, depende da igualdade entre prestação e contraprestação. A justiça comutativa preserva o espaço em que o ser humano pode se manifestar como um sujeito de necessidades. *Alterum non laedere* expressa algumas das exigências da sociabilidade no seu aspecto negativo. A vida social impõe que a agressão à vida ou ao patrimônio alheio sejam reparadas. A justiça comutativa vincula o causador do dano à vítima, através de medidas que visam ‘a reparação das coisas, no restabelecimento das relações perturbadas na sua forma normal.’ [apud, Émile DURKHEIM. Da divisão do trabalho social, p. 37.] O ser humano é definido como um ser vulnerável, que demanda cuidados por parte de todos. A relação ‘na sua forma normal’ é aquela que respeita a vulnerabilidade inerente à natureza humana. Toda violação deve ser reparada segundo uma igualdade absoluta, o que permite, no nível da vida social, a reconciliação objetiva entre ofensor e ofendido.<sup>66</sup>

Assim, como visto, permanecem compatíveis, e inclusive positivadas no texto constitucional brasileiro, as concepções aristotélico-tomistas de justiça, abrangendo a justiça corretiva ou comutativa. Não fossem esses argumentos suficientes para demonstrar o acolhimento das concepções aristotélicas e tomistas a respeito da justiça no ordenamento constitucional brasileiro, inclusive no tocante à ordem econômica, por ela parametrizada (“conforme os ditames da ordem social”, que por ser o desenvolvimento da “justiça geral” necessariamente abrange as duas espécies de “justiça particular”, a corretiva/comutativa e a distributiva), também contribui para afastar a objeção liberal, de que a cobiça é fundamento da economia e da política das sociedades modernas, a solidariedade expressa como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no art. 3º da Constituição.

É conveniente, por fim, eliminar o espaço para a objeção que poderia ser feita à aceitação da doutrina social da igreja num estado laico, cujo direito é aplicável a todos,

---

<sup>66</sup> BARZOTTO, 2003, p. 40-41.

inclusive aos não católicos, e que têm o direito fundamental de não o ser (art. 5º, VI, da CRFB):

O jurista não pode esquecer que o direito se deve aplicar a uma sociedade humana fundada sobre a moral cristã. Esta moral, pela sua concepção particular dos fins do homem no mundo, impõe uma série de regras que não tendem unicamente a assegurar o código muito preciso dos deveres do homem para com Deus, para com os outros e para consigo mesmo. A observação destas regras morais triunfa com custo tanto elas vão ferir os interesses privados e o egoísmo natural do homem. A civilização aumenta na proporção em que elas triunfam. Como poderia o direito desinteressar-se de regras que, com as regras jurídicas, governam as relações entre os homens? Não se trata, bem entendido, de impor a regra jurídica em nome da moral religiosa; seria uma posição inadmissível numa sociedade moderna que presa a liberdade de pensamento. Mas há regras jurídicas para as quais não há justificação senão a regra moral que lhes serve de base, e esta própria regra moral não se justifica senão por uma certa concepção religiosa do mundo. S. Tomaz procura sempre defender a aplicação da regra por considerações racionais e históricas. Estas razões podem arrastar consigo convicções, mas não são nunca absolutamente convincentes por si próprias.<sup>67</sup>

O direito quando fortifica o dever de assistência entre os cônjuges, quando autoriza que se procure a fraternidade natural, quando organiza a proteção da infância, quando interdiz o contrato imoral, quando reprime a especulação, quando aumenta a responsabilidade, quando não tolera o enriquecimento injusto, quando proíbe o abuso dos direitos, quando protege o operário contra a exploração pelos patrões, quando assegura o descanso semanal, quando luta contra a licença dos costumes, quando tenta assegurar a justiça na aplicação do imposto, realiza os fins da moral cristã.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 44.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

## II – A INSERÇÃO DA NOÇÃO DE JUSTIÇA NO DIREITO PRIVADO

Barzotto sintetiza o fundamento da justiça social na “regra de ouro”: “Como quereis que os outros vos façam, fazei também a eles”.<sup>69</sup> Esse talvez seja o critério mais eficaz para frear o egoísmo inerente ao ser humano, ao projetar o agente no paciente – não faça aquilo que não gostaria de sofrer – e desse modo impor o reconhecimento do outro como alguém tão digno de respeito e consideração quanto quem o reconhece como tal.

Karl Larenz trata do significado de direito justo em sua obra,<sup>70</sup> e coloca o respeito recíproco como princípio geral do direito justo,<sup>71</sup> ilustrando-o com uma situação extrema. Um grupo de pessoas sem nenhuma ligação se encontram em uma ilha distante por conta de um naufrágio e lá deverão permanecer por bastante tempo; as suas relações recíprocas podem ser estabelecidas de duas formas, os mais fortes submetendo os mais fracos, e os explorando para alcançar os próprios fins, ou na base da equiparação e do reconhecimento recíproco do outro: “En este caso, si cada um respeta al otro como igual suyo, tiene que concederle lo que reclame para sí mismo”.<sup>72</sup> É nessa segunda hipótese que os indivíduos estabelecem suas relações sobre a base do direito:

---

<sup>69</sup> Lucas 6, 31. apud BARZOTTO, 2003, p. 42.

<sup>70</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 55 et seq.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 55.

Sea de ello lo que fuere, el presupuesto de lo uno y de lo outro, el presupuesto básico de toda relación jurídica entre dos o más personas es su recíproco reconocimiento como tales, que por encima de cada uno de los asuntos que les afectan en común y son por eso comunes, determina que ningún esté sometido al otro.<sup>73</sup>

Embora a formulação filosófica do princípio do respeito tenha sido elaborada por Kant e após por Hegel, as suas raízes na história espiritual podem ser encontradas no cristianismo e na idéia de que todos os homens são filhos de Deus e imagem de Deus, e que por isso cada um deve respeitar no outro a imagem de Deus.<sup>74</sup>

El principio del respeto recíproco no encuentra em modo alguno su precipitado solo em los 'derechos fundamentales', sino que atraviesa todo el ordenamiento jurídico. Así, em primer lugar, subyace em todo contrato y por tanto em el Derecho de Contratos, pues cuando yo concluyo un contrato con otro y dejo que valga tanto su voluntad como la mía, reconozco que tanto él como yo somos personas<sup>75</sup>

O princípio da equivalência nos contratos sinalagmáticos é tido como um princípio da esfera individual do direito justo; os contratos de intercâmbio ou sinalagmáticos ocupam um papel de destaque entre os contratos (“cada parte recibe un contravalor de su prestación”) e a grande maioria dos negócios da vida cotidiana são contratos bilaterais.<sup>76</sup> Esse é o tipo de contrato em que surge o problema relação entre a prestação e a contraprestação – regularmente, cada um deseja receber do outro uma prestação que seja pelo menos equivalente à sua, mas seguramente também busca uma vantagem especial (cada um quer comprar ou vender nos termos mais favoráveis); mas também é claro que o outro quer manter-se em suas margens de gasto e que deve ser oferecida contrapartida suficiente. Nesse sentido, pode ser dito

---

<sup>73</sup> LARENZ, 1985.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 57-58.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 76.

que é inerente ao contrato sinalagmático a idéia de equilíbrio aproximado entre a prestação e a contraprestação, de modo que cada um possa encontrar uma vantagem.<sup>77</sup>

Entretanto, circunstâncias bastante diferentes podem conduzir à celebração de contratos em que um dos contratantes não possa discutir a equivalência aproximada da prestação e da contraprestação, como a falta de experiência de um dos contratantes ou uma situação de necessidade ou de escassez. Todos os ordenamentos conheceriam preceitos para considerar nulos os negócios usurários – e no direito alemão essa qualificação depende, além da “extraordinária desproporção” entre prestação e contraprestação, da exploração pela parte favorecida de uma situação de necessidade, da inexperiência, da penúria ou a debilidade da vontade da outra parte; mas no direito austríaco este elemento subjetivo não é exigido se a regra cogitada é a lesão enorme, apenas se for suscitada a nulidade do negócio usurário se cogita de elementos subjetivos similares aos do direito alemão.<sup>78</sup>

Deixando de lado a usura, em que há uma reprovação moral à exploração da inferioridade alheia, Larenz parte para a investigação de se o ordenamento jurídico deve contemplar a hipótese de uma aproximada relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação, e, sendo a resposta afirmativa, como seria feita a medida do valor das prestações. Para os autores do código civil alemão essa equivalência era subjetiva, devia ser deixada às partes contratantes, era suficiente o

---

<sup>77</sup> LARENZ, 1985.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 77.

consentimento com o conteúdo do contrato. Se o particular defende seus interesses no contrato, e como os defende, seria um assunto seu. Se o contrato não contrariasse os bons costumes (caso em que seria usurário) as partes estariam obrigadas, mesmo que por necessidade tivessem aceitado um preço excessivo. O contrato seria justo porque, e na medida em que, é obra da recíproca autodeterminação dos contratantes.<sup>79</sup>

Mas a posição contrária sustenta que o contrato, enquanto regulação jurídica especial entre as partes, está sujeito, como qualquer outra regulação jurídica, às exigências da justiça, entendida tanto como justiça ética em sentido estrito quanto como a conveniência do conjunto de interesses contemplados. O consentimento das duas partes em um ato de autodeterminação implica que a valoração não seja injusta para nenhuma das partes, e como as ofertas injustas podem ser rejeitadas, a soma desses elementos (requisito de consentimento recíproco e possibilidade de rejeição) leva a uma alta probabilidade de justiça do conteúdo contratual. Mas essa defesa da justiça do mecanismo contratual só pode funcionar quando cada parte aprecia convenientemente seus interesses e está em situação de impor aquilo que considera imprescindível para seu interesse ou de recusar o contrato oferecido. Mas essas coisas não são freqüentes, de modo que a defesa da justiça pelo mecanismo contratual não pode resolver todos os problemas de se os contratos injustos podem pretender validade jurídica. Como o contrato tem o efeito de criar uma ordenação entre as partes, mesmo momentânea, possuindo, portanto, conteúdo normativo, é possível questionar a justiça da regulação contratual. Além disso, para alcançar validade jurídica e ser protegido pelo ordenamento o contrato deve ser reconhecido por esse ordenamento, de modo que o

---

<sup>79</sup> LARENZ, 1985, p. 77-78.

conteúdo do contrato não pode ser indiferente para o ordenamento jurídico. A justiça de uma ordenação contratual pressupõe que a constituição econômica e social se ocupe da proteção da parte economicamente mais fraca.<sup>80</sup>

Os problemas do salário justo e do preço justo eram dos problemas centrais do direito natural e ocuparam não apenas juristas e filósofos como também cientistas econômicos. O problema do salário justo seria também fundamento para a teoria da mais valia de Marx. Para alguns, o problema do preço justo deveria levar em consideração os custos, o trabalho utilizado, a situação do mercado e a relação entre a oferta e a demanda, mas esses dados não ajudam muito. O seguinte trecho sintetiza quão complicada é a tarefa:

Si hay abundancia de una mercancía y los vendedores temen tener que quedarse con ella a su costa, para que la pérdida que les amenaza sea la menor posible bajarán los precios incluso por debajo de los costes, y al revés, los precios se elevarán si la demanda es mucha y la oferta es escasa. Ello no es por sí sólo algo vituperable, pues el intercambio conlleva la situación del mercado para todos los partícipes de un modo igual, tanto en los riesgos como en las oportunidades. Quien soporte los primeros tiene que poder realizar las segundas por lo menos en cierta medida.<sup>81</sup>

Seria preciso impedir, apenas, que em tempos de grande carência surja a exploração, impedir os preços usurários. Somente dentro de certos limites as leis de mercado podem determinar, ainda assim de modo aproximado, qual seria o preço justo, pois quando é extraordinária a diferença entre o preço de mercado e o preço “normal” se fala em exploração e usura. Essa consideração demonstra que o preço de mercado é apenas um dado do preço justo, isso quando o mercado estiver convenientemente

---

<sup>80</sup> LARENZ, 1985, p. 78-80.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 81-82.

equilibrado. Mas se o equilíbrio experimenta uma relevante perturbação e os bens se tornam escassos e são bens de importância vital é necessário que o ordenamento jurídico não abandone o preço à flutuação do mercado, mas intervenha com uma regulação que fixe preços máximos, estabeleça controle de preços ou lute contra preços abusivos com os meios do direito penal ou outros. O preço de mercado é o preço justo se o mercado funciona normalmente, mas não é uma magnitude invariável, ela se forma de novo incessantemente, como nos movimentos pendulares (mesmo suposta a estabilidade da moeda). Só oscilações extraordinárias do pêndulo podem invalidar sua função de indicador do preço justo, e nesse sentido pode ser dito que não há preço de mercado quando o mercado está dominado por uma empresa ou por empresas que praticam preços paralelos – situações em que para determinar o preço adequadamente justo seria preciso tentar descobrir o preço que presumivelmente teria sido formado em um mercado livre ou recorrer a fatores como custo, risco e lucro razoável. Nesse sentido, é útil o critério da jurisprudência austríaca acerca do valor comum, para determinar a lesão enorme: pressupostas proporções normais, o valor de aquisição, que na maior parte das vezes é o valor de mercado; quando não há mercado, ou se suspeita de preços uniformes, se recorre aos custos de produção e ao valor de rendimento. Assim sendo, não é ausente um ponto de apoio quando se obtém um resultado máximo ou mínimo a partir dos limites além dos quais um preço não pode ser considerado equivalente – e essa mesma incerteza acontece também na concreção dos demais princípios.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> LARENZ, 1985, p. 82-83.

Por outro lado, o problema do salário justo é considerado por Larenz quase sem resposta. É preciso distinguir os trabalhadores “independentes” (autônomos) dos “dependentes” (empregados). No caso dos autônomos exerce um papel relevante a qualidade da prestação, a duração do trabalho e a dificuldade por ele apresentada, pois de tudo isso depende a estimação da atividade do trabalhador que se concretiza na disposição do cliente em pagar um alto preço pela obra. Isso se reflete na possibilidade de se exigir uma retificação na obra, a redução proporcional do preço ou a resolução do contrato quando não é alcançada a qualidade esperada da obra, ou o prazo razoável para conclusão é excedido. Nos casos de redução proporcional do preço se considera a diferença entre o valor hipotético da obra sem defeitos e o respectivo valor tal como foi entregue, e para buscar o valor que a obra teria tido se recorre à retribuição usual de obras do mesmo tipo, que é formada na maior parte das vezes pela oferta e pela demanda. Mas essa solução não vale se as prestações não forem comparáveis, como em obras artísticas, ou nos casos de oferta excessiva. Nessas situações seria preciso aceitar um limite mínimo, abaixo do qual começa a exploração, um salário com o qual o que realiza a prestação pode manter sua existência econômica.<sup>83</sup>

Já no caso dos empregados não seria utilizável como medida de valor o salário que se forma no mercado, pela ausência de equilíbrio entre “ofertantes” e “demandantes” de mão de obra. Atualmente essa dificuldade seria amplamente compensada pelo fato de que do lado dos “ofertantes” não estão apenas os empregados individualmente, mas também os sindicatos que participam das negociações com os empregadores. Vale a regra de justiça igualitária: atividades do

---

<sup>83</sup> LARENZ, 1985, p. 83-84.

mesmo tipo devem ser retribuídas igualmente se com elas se obtêm prestações aproximadamente iguais; não se podem distinguir homens e mulheres, nacionais e estrangeiros, jovens e adultos etc. Mas não haveria uma regra geral para determinar quais atividades são do mesmo tipo, quais diferenciações seriam justas e como podem ser valoradas atividades diferentes em suas recíprocas relações. Novamente só se pode aludir a situações como o grau de dificuldade do trabalho, a formação prévia necessária, as cargas corporais ou nervosas envolvidas, os requisitos de qualidade, cuidado e precisão do trabalho, o risco envolvido para a saúde e as circunstâncias em que é prestado. Embora sejam relevantes, é difícil relacionar essas situações de modo a produzir um resultado aceitável para todos, e a dificuldade é maior quando para medir os salários se leva em conta não apenas o princípio da equivalência, mas também pontos de vista “sociais”, como a situação familiar e as necessidades vitais, ou adicionais por tempo de serviço. Por essas dificuldades, o ordenamento jurídico faria bem em limitar-se a reconhecer os sindicatos, o direito de greve e as normas coletivas, que seriam pressupostos para uma discussão de salários entre forças iguais, deixando a elas a fixação de detalhes.<sup>84</sup>

O âmbito no qual é indiscutível que a idéia de equivalência pode prosperar é o dos contratos de troca ou aproveitamento temporal de coisas e de empreitada, em que sua importância é maior do que se poderia pensar. A relação de equivalência entre as prestações também é relevante para verificar a desapareição da base do negócio, quando o contrato é de longa duração, mas nesse caso se investiga a relação de equivalência subjetiva, fixada inicialmente entre as partes. Essa perturbação da relação

---

<sup>84</sup> LARENZ, 1985, p. 84-85.

de equivalência pode derivar de guerras, depreciação da moeda. Essas seriam as funções negativas do princípio da equivalência.<sup>85</sup>

Mas o direito dos contratos também pode suprir a vontade das partes, com normas dispositivas, quando não foi convencionada a contraprestação, e essas regras são direcionadas a uma justa composição dos interesses das partes, buscando evitar uma possível situação de abuso criada por uma delas, em que “transparece claramente la aspiración del legislador de distribuir el riesgo em virtud de las peculiaridades del tipo de contrato y en los demás de modo igual y no aventajar o perjudicar a ninguno con exceso”.<sup>86</sup> Mas no contrato as partes podem se afastar das regras dispositivas, e quando isso acontece em proveito unicamente de uma delas surge novamente a questão de se a autodeterminação justifica qualquer estipulação ou se deve ser questionada a justiça do convencionado do ponto de vista da justiça contratual objetiva. Assim, nas condições gerais de contratação, por exemplo, é examinado se elas satisfazem requisitos mínimos de justiça contratual e se atendem adequadamente os interesses das duas partes, pois ao aderente só cabe aceitá-las em bloco ou renunciar ao contrato. Isso acontece especialmente quando há uma limitação de direitos e obrigações essenciais à natureza do contrato a ponto de colocar em perigo a obtenção do respectivo fim, e nesses casos normalmente se trata de pactos acessórios, não da prestação e da contraprestação principais:

---

<sup>85</sup> LARENZ, 1985, p. 85-87.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 87-88.

En el Derecho positivo moderno el Derecho de Contratos no surge exclusivamente de los principios de la autodeterminación y de la autovinculación. Colaboran con ellos el principio de justicia de la 'equivalencia objetiva' y el de la 'proporción medida'.<sup>87</sup>

Examinando a influência da regra moral sobre as obrigações civis, Georges Ripert<sup>88</sup> demonstra como o direito e os tribunais franceses reconduzem à investigação da lesão praticamente todas as situações de defeito do negócio jurídico (especialmente erro<sup>89</sup> e incapacidades<sup>90</sup>). Ele chama a atenção para o princípio da autonomia da vontade, afirmado com a “expressão mais enérgica que se pode encontrar” pelo art. 1.134 do Código Civil francês: “as convenções legalmente formadas têm o valor das leis para aqueles que a fizeram”. O culto da lei no período revolucionário (da revolução francesa) revela a força desta fórmula, e para chegar a esta concepção da vontade soberana foi preciso que a filosofia espiritualizasse o direito, que a religião cristã impusesse a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato (chegando a fundar a própria sociedade nele) e que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados livremente debatidos sobre o bem público. A partir daí pode reinar a doutrina da autonomia da vontade, ao mesmo tempo o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato.<sup>91</sup>

A fonte de todos os compromissos seria investigada numa vontade expressa ou tácita, e é ensinado que a vontade pode sempre criar um compromisso lícito. A

---

<sup>87</sup> LARENZ, 1985, p. 89.

<sup>88</sup> RIPERT, 2000.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 94-96.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 105 et seq.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 53-54.

obrigação seria uma manifestação do direito natural de se obrigar, de manifestar uma liberdade inalienável. Esse compromisso, porque voluntário, seria necessariamente conforme a lei moral, segundo a escola do direito natural: se alguém decide algo a respeito de outro, é sempre possível que faça uma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando se decide por si próprio, segundo Kant; Fouillée sequer se dá ao trabalho de justificar a autonomia da vontade, tão convencido estava da exatidão da doutrina: “Toda justiça é contratual”, “quem diz contratual diz justo”.<sup>92</sup>

Contra uma tal concepção, quantos motivos de protesto nos dá o estudo do direito e da jurisprudência! A vontade soberana fazendo leis! Mas quem confere ao homem esta autoridade que é o apanágio da soberania? Permitiu-lhe a liberdade de ligar-se sobre um objeto ou para um fim imoral, e o consentimento dum cúmplice ou duma vítima torna, porventura, a imoralidade mais perdoável? Supondo a convenção irrepreensível pelo seu objeto e fim, estão as duas partes em pé de igualdade e não será a sua desigualdade justamente daquelas que a lei se deve esforçar por corrigir, sendo como é a mãe da injustiça? Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que ele está de concluir, a perversão temporária da sua inteligência ou da sua vontade? Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quase sempre numa concepção de igualdade?<sup>93</sup>

A simples existência de tais perguntas serve para demonstrar como a autoridade do contrato é abalável, embora a inquietação provocada por esse abalo, já que o respeito pelo contrato é um dos primeiros princípios da moral. A dificuldade desse problema leva até mesmo os teólogos ou moralistas a não solucioná-lo por inteiro, dizem que o devedor é “obrigado em consciência nos limites que a lei civil impõe às suas obrigações”.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> RIPERT, 2000, p. 54.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 54-55.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 55.

Mas é fatal a lei civil encontrar este grande problema da força do contrato, ou seja quando ela procura a extensão do princípio da autonomia da vontade, ou quando se preocupa com a igualdade que deve reinar entre os contratantes, ou seja, enfim, quando determina os efeitos da desigualdade entre as prestações e encara o problema da lesão.<sup>95</sup>

“Uma vez que respeitem as leis e os bons costumes, os contratantes têm o direito de pugnar pelos seus interesses”, originando a “luta das vontades egoístas, esforçando-se cada um por obter a maior vantagem em troca do menor sacrifício”, e essa luta seria fecunda porque “produtora de energias e conservadora de riquezas”, mas em todo caso “fatal, visto que o interesse é o principal móbil das ações humanas, pelo menos quando se trate de troca de produtos e serviços”; “Sonhar-se-á com uma igualdade absoluta nesta discussão contratual?”; “essa igualdade não se encontra nunca, mesmo quando é aparente”; “ela não pode existir entre dois seres que têm um pensamento, uma vontade e um fim diferentes”; “Enquanto a superioridade depender da formação intelectual e moral da pessoa humana, da moderação de seus desejos, da compreensão dos seus interesses, da precisão dos acontecimentos, a moral aprova que ela se afirme pela vantagem contratual, ainda que com prejuízo de outrem”. Somente uma falsa concepção de igualdade nos contratos inspira esse brado muitas vezes ouvido contra a superioridade de um dos contratantes, pois a desigualdade é fatal e é justo que as qualidades manifestadas sejam motivo de vantagem. Mas ainda assim não é necessário que a luta contratual seja desleal, salvo se algum dos contratantes abusar de sua superioridade. A consagração da liberdade contratual com o pretexto de que nem o objeto e nem a causa da obrigação são ilícitas é permitir a exploração do homem pelo homem, o que é reprovado pela moral. Por isso a lei civil procurou assegurar por diferentes meios a lealdade do contrato, fixando regras para

---

<sup>95</sup> RIPERT, 2000.

esse “jogo de interesse”, protegendo contratantes pela exclusão dos que não tem condições de lutar utilmente e examinando o valor do consentimento para proteger uma vontade mal assegurada.<sup>96</sup>

A teoria dos vícios de consentimento, assentada sobre a autonomia da vontade, um exame psicológico, é considerada insuficiente por Ripert, não permitindo compreender a profundidade do funcionamento das regras legais. Ele destaca a origem da teoria, partindo dos delitos pretorianos, da influência sofrida pelo direito canônico sobre o valor da palavra dada, o caráter relativo da nulidade resultante, que só pode aproveitar quem foi lesado, e a aplicação da teoria pela jurisprudência, que suprime o contrato nas hipóteses em que considera esta a melhor reparação, tudo isso demonstrando como a teoria não pode ser explicada unicamente pelo exame psicológico da vontade criadora do contrato. Na realidade, a teoria foi criada para permitir a proteção dum contratante que luta no contrato com armas inferiores e para impedir que outra parte tire vantagem desta inferioridade reconhecida e muitas vezes criada por ela. O exame da aplicação da teoria pela jurisprudência revela o aspecto moral nela contido.<sup>97</sup>

Os partidários da autonomia da vontade entendem que a “nulidade” por erro (relativa, no Brasil é a anulabilidade) visa apenas à substância da coisa objeto do

---

<sup>96</sup> RIPERT, 2000, p. 89-90. Fica registrada a ressalva deste pesquisador quanto à expressão “jogo de interesse”; a vida de cada pessoa, em sociedade, é muito importante para ser equiparada a um jogo, que dá a conotação de diversão, em que a perda é inerente, o importante é competir. Não concordo com a afirmação de que a “vida é um jogo, é cada um por si, e Deus contra todos”; há várias situações em que a perda é inadmissível, colocando em risco a dignidade da pessoa, que é inafastável. A referência poética já designou por “capitalismo selvagem” essa noção, bem demonstrando o afastamento da civilização que a idéia carrega.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 91-92.

contrato, mas a jurisprudência interpreta com muito maior amplitude o erro sobre a substância, decidindo que o erro deve ser considerado “quando é de tal natureza que sem ele uma das partes não teria contratado”. Os tribunais consideram erros sobre a personalidade do autor ou a antiguidade da obra de arte, sobre o caráter artístico de um livro, sobre a superfície de um terreno para construção, sobre a personalidade do locatário etc. Mas haveria também proposições inversas na jurisprudência, para apoiar justamente o contrário, e isso demonstraria como foi abandonada a concepção do vício da vontade para fazer da teoria do erro um “sistema técnico de proteção ao contratante que fez o contrato com a ilusão que dele resultaria uma certa vantagem, e que se apercebeu em seguida que foi lesado”. As tentativas para manter no domínio da vontade a teoria do erro buscaram torná-lo subjetivo e investigar a causa do contrato, mas além das objeções percebidas a jurisprudência não faria essa distinção, simplesmente nulifica quando o contratante se enganou gravemente: “preocupa-se unicamente com [...] a proteção da pessoa lesada num contrato que se revela inútil para ela”.<sup>98</sup>

O que não se acentuou bastante foi o constante apelo feito à idéia de lesão pelas decisões que decretam a nulidade, e a verificação da ausência de prejuízo sofrido, nas decisões que mantêm o contrato.<sup>99</sup>

Assim quando um vendedor se engana sobre a assinatura de um quadro ou antigüidade da obra, o erro importa pouco, visto que ele entrega a tela e recebe o preço; não seria necessário anular a venda se o seu erro não o tivesse levado a entregar o quadro por um preço demasiado baixo. Ao contrário, o comprador que se engana é lesado todas as vezes que verifica que a obra não tem a assinatura que julgava lá encontrar, ou não tem o caráter de antigüidade que tinha sido anunciado. Mais visível ainda é a consideração de lesão quando se anula a venda dum obra de arte que não tem o caráter artístico atribuído, a venda dum automóvel cujo chassis não é do ano indicado, a venda de terrenos que se revelam impróprios para a cultura ou a construção [...].<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> RIPERT, 2000, p. 93-94.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 94-95.

Nos trespasses de estabelecimentos comerciais os tribunais admitem a nulidade, quando o adquirente não foi informado sobre as contas do vendedor, e chegam quase a presumir o erro.<sup>101</sup>

A objeção de que o erro sobre o valor da coisa não é considerado uma causa de anulabilidade é justificada porque a lei não deveria proteger as partes senão na medida em que não têm o dever de proteger a si próprias, e nos contratos onerosos o valor da coisa deve ser objeto de preocupação constante das partes (tornando o erro indesculpável, salvo se proveniente de dolo), e se as prestações não são de igual valor, já não se trata de erro, mas da “grave questão da lesão”.<sup>102</sup>

Mesmo nas situações de violência (no Brasil coação) verifica-se que não é tanto o vício da vontade (como a exclusão de ato legítimo e do temor reverencial revelam, pois uns tais consentimentos são certamente alterados) que nulifica, mas o ganho excessivo verificado. Assim é nos casos da promessa de recompensa para escapar de um perigo, em que a recompensa prometida é depois reduzida, se considerando não a liberdade do consentimento, mas o caráter eqüitativo do contrato. Embora o estado de necessidade não fosse considerado causa de nulificação do contrato, porque na sociedade todos têm necessidade de contratar, essa necessidade altera o consentimento, e a “injustiça não começa senão quando outra pessoa, conhecendo este estado, o explora”; “Recaímos então no problema da lesão; não é já o enfraquecimento da vontade que se toma em consideração, mas a injustiça que nasce da desigualdade das prestações”.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> RIPERT, 2000, p. 95.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 96. Além disso, a jurisprudência exige que o erro seja comum aos dois contratantes, e se a teoria fosse construída sobre a vontade, seria suficiente que o erro fosse unilateral.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 99-100.

A representação, assistência ou autorização do incapaz mira a inferioridade de um dos contraentes por um estado permanente de fraqueza intelectual, constituindo um sistema bastante complexo para assegurar a proteção do incapaz e a garantia de quem com ele contrata. Bastaria aplicar essas regras, sem adentrar considerações de ordem moral. Mas a influência da regra moral na organização das incapacidades existe, e sem que seja percebida podem ser cometidos erros, de proteção ruim ou demasiada. A regra do código civil francês a respeito da redução das obrigações excessivas contraídas pelo menor emancipado (art. 484, § 2º) leva em consideração a boa ou má-fé de quem contrata com ele, e responde tão bem às preocupações dos tribunais que lhe foi dada ampla extensão, aplicada a atos que ultrapassam a pura administração, a atos celebrados pelo representante legal e até foi entendido que a redução podia ser total, privando de efeitos o contrato. Até mesmo aos pródigos é aplicada. Por outro lado, a incapacidade é atenuada quando protege exageradamente o incapaz: “o menor que, de fato, pode dar consentimento suficientemente esclarecido, não deve servir-se da regra de proteção, senão quando for lesado pelo contrato”.<sup>104</sup>

Nos contratos de adesão (em que a “posição das partes é tal que um dos contratantes é obrigado a tratar nas condições que lhe são ao mesmo tempo oferecidas e impostas pela outra parte”) procurou-se edificar uma teoria do contrato sobre a análise da vontade. Mas consentimento significa debater as cláusulas depois duma luta mais ou menos dura, e adesão é simples submissão ao contrato, com íntimo protesto contra a “dura lei que lhe é imposta”. Nada de contratual haveria nesse caso, apenas a expressão duma autoridade privada; “o único ato de vontade do aderente consiste em

---

<sup>104</sup> RIPERT, 2000, p. 105-107.

colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar”; e “quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar”; “É uma graça de mau gosto dizer-lhe: tu quiseste”; “a não ser que não viaje, que não faça seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar”; “Vontade, se quiserem, mas vontade fraca e é o bastante, segundo o direito civil, para que ela seja viciada”.<sup>105</sup>

A bem dizer, ninguém ousou ainda levar este raciocínio até à sua última conclusão e declarar que a própria natureza do contrato faz presumir o vício de consentimento. Levaria isso a anular muitos contratos e dos mais úteis. Pelo menos querer-se-ia aproveitar este caráter especial do consentimento para alargar o poder de interpretação do juiz. A jurisprudência declara que as cláusulas do contrato são suscetíveis de ser opostas ao devedor que as conheceu ou as pode conhecer quando contratou. Mas, por uma interpretação engenhosa do contrato, poder-se-ia chegar a dispensar o devedor da observação das cláusulas que ele não teria aceitado se as tivesse conhecido ou tivesse podido conhecer. Corrigir-se-iam, assim, certos efeitos do contrato.<sup>106</sup>

Examinada sob o ponto de vista da vontade, a teoria dos contratos de adesão fracassaria, mas nunca a jurisprudência francesa afirmou que não havia consentimento nesses contratos, como seriam pouco favoráveis a essa idéia os autores recentes. Os redatores do código civil francês não ignoravam que em certos contratos uma das partes é toda poderosa e “faz a lei”, por isso interditarão a venda entre esposos ou a compra pelo tutor de bens do pupilo, mas não prestaram atenção à necessidade de contratar como causa de aceitação do contrato imposto. Mas a lei não media com um dinamômetro a vontade dos contratantes, o consentimento era igual mesmo nesses casos: “O princípio da igualdade civil e política não impediu a luta de classes; o

---

<sup>105</sup> RIPERT, 2000, p. 111-113.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 113.

princípio da igualdade contratual não basta para evitar as reclamações das vontades fracas. O mais fraco faz o seu apelo ao legislador e ao juiz”.<sup>107</sup> Embora não necessariamente haja exploração, ou ela possa ser inversa, e mesmo as críticas à posição contratual mais forte possam ser encaradas por outro lado, o que deve atrair a atenção do jurista é o possível abuso emergente dessa desigualdade de forças, é preciso quebrar exploração injusta dos fracos pelos fortes quando ocorre:<sup>108</sup>

O que é necessário unicamente impedir é a exploração da miséria e da fraqueza através do contrato. A cláusula da não responsabilidade no transporte não é em si abusiva, só o é se o transportador que a impõe não consente condições particulares. A estipulação do regulamento de oficina que permite a um patrão impor a um operário horas suplementares de trabalho não é leonina senão quando o patrão não paga este suplemento de trabalho. E somos assim sempre e fatalmente atraídos a esta questão que domina toda a teoria da liberdade contratual, a questão da lesão.<sup>109</sup>

Ripert considera o problema da lesão o de maior gravidade levado pelas relações do direito e da moral no contrato; seria o mais conhecido e talvez o mais insolúvel. A injustiça do contrato é denunciada há muito tempo com furor legítimo contra a exploração e a usura. O protesto é apaziguado nas épocas de prosperidade comercial e intensificado nas épocas de crise. Poderia um contratante tirar do contrato todas as vantagens que pudesse tirar do mau defensor dos próprios interesses por fraqueza, ignorância ou necessidade. Não seria preciso que houvesse entre duas prestações certa equivalência, e a injustiça não resultaria unicamente da desproporção entre as vantagens adquiridas? A influência da moral cristã (que mesmo cedendo à exigência do comércio sempre condenou a usura) e a denúncia dos que pretendem eliminar a livre iniciativa se conjugam no protesto contra a liberdade das convenções lesivas,

---

<sup>107</sup> RIPERT, 2000, p. 113-114.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 114-116.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 117.

especialmente quando a ambição do ganho, o desejo de especulação e a comercialização dos serviços levam os interesses a uma luta terrível, impondo a solução do problema da lesão.<sup>110</sup>

O código civil francês ignorou o problema da lesão, rompendo com a tradição para traduzir as concepções filosóficas e econômicas então vigentes, porque toda restrição à liberdade contratual tem efeitos nefastos para o comércio, segundo os economistas.<sup>111</sup> O art. 1.118 do código civil francês recusou conhecer a lesão como causa de nulidade por limitar muito estritamente os casos em que aplicável (somente a venda de um imóvel em proveito do vendedor, e mesmo assim somente a intervenção de Napoleão assim permitiu, com um estranho tarifamento de sete doze avos). Não foi o abandono da tradição que suscita a crítica liberal, mas a admissão da lesão mesmo nessa hipótese restrita, chegando-se a considerar o art. 1.674 uma mancha no código, e para manter a coerência tiveram que justificar a lesão como a manifestação dum vício de consentimento, para compatibilizar a regra com a doutrina da autonomia da vontade.<sup>112</sup>

Com que firmeza eles mantêm em toda a parte a sua posição! Em nenhum outro contrato a lesão é tomada em consideração. Construiu-se a teoria do contrato de maneira que ela não tenha lugar algum. A lesão do contrato não é, para o defensor da autonomia da vontade, senão a consequência fatal da luta dos interesses. O legislador deu a sua proteção aos incapazes e resguardou

---

<sup>110</sup> RIPERT, 2000, p. 119-120.

<sup>111</sup> A tradição rompida é sintetizada no tratado das obrigações de Pothier, em que a seguinte declaração é considerada “bela” por Ripert: “A equidade deve reinar nas convenções, donde se segue que nos respectivos contratos em que um dos contratantes dá ou faz qualquer coisa para receber em troca qualquer outra coisa como prêmio do que dá ou do que faz, a lesão que sofre um dos contratantes, mesmo quando o outro não tenha recorrido a nenhum artifício para enganar é suficiente por si só, para tornar os contratos viciosos. Porque a equidade em matéria de comércio consiste na igualdade, e desde que a igualdade é ferida e que um dos contratantes dá mais do que recebe, o contrato é vicioso porque infringe a equidade que nele deve reinar”. *Ibidem*, p. 121.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 122.

aqueles cujo consentimento foi viciado. Que os outros defendam a si próprios. O perigo da lesão é percalço da liberdade.<sup>113</sup>

Poucas outras regras francesas aceitaram a lesão, e quando se tentou criar regra para anular o contrato de trabalho “cujas condições estivessem em desacordo com o valor e a importância dos serviços prestados, a proposta não teve nenhum êxito”, preferindo-se o estabelecimento de um salário mínimo, o que é consistente com a taxaço legal de produtos e serviços. Somente quando a taxaço não é possível, é reprimido o abuso da especulaço ilícita, e na determinaço dos elementos do delito surge a idéia de que o vendedor ou arrendatário não pode receber pelo contrato um benefício exagerado em relaço às condições do mercado.<sup>114</sup>

Mas a jurisprudência introduziu indiretamente a idéia de lesão, porque não podia, pela falta de texto, ver na desproporço das obrigaço hipótese de nulidade. Usou a teoria da causa para anular por ausência de causa o contrato em que prestaço de uma das partes só lhe impunha um sacrifício aparente (venda de imóvel por meio de renda vitalícia inferior ao rendimento do imóvel); interpretou contratos para arbitrar o preço de fornecimentos feitos, quando não existente acordo explícito a respeito e o vendedor tentava impor seu preço corrente, ou para moderar a cláusula penal em situaço de erro desculpável ou de execuço parcial; controlou honorários de profissionais mantendo a tradiço justificada pela inferioridade do cliente no contrato e na confiança

---

<sup>113</sup> RIPERT, 2000, p. 123.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 123-125.

que deve conceder à outra parte. Mas a invocação pura e simples da lesão não logra êxito.<sup>115</sup>

Mas jurisconsultos católicos protestam contra liberdade absoluta do contrato, permitindo a injustiça usurária, o movimento intervencionista do século XIX pedia a intervenção do legislador para repelir abusos no contrato e denunciou principalmente no de trabalho a “exploração do homem pelo homem”, o direito comparado (alemão, austríaco e inglês) consagram o princípio geral da nulidade por lesão e projetos de lei pretendem inseri-la no código civil francês.<sup>116</sup>

Essas tendências, somadas à convergência das doutrinas católica e socialista e à adesão do parlamento e de uma grande associação de jurisconsultos, marca a evolução das idéias. Após um longo triunfo do individualismo liberal é reencontrada a tradição, reintroduzida na teoria do contrato a noção de lesão que marcou o triunfo da regra moral. Mas quando se busca transformar a regra moral em regra de direito é necessário precisá-la, pois isso pode trazer resultados desastrosos para a segurança das convenções. A determinação do justo valor causa embaraços, pois poderia ser considerado o custo da produção ou o valor de uso, e os canonistas consideravam ideal o tarifamento de preços, opção essa que as experiências econômicas desaconselham e que pode mesmo ser impossível para determinados produtos ou serviços. A única alternativa é a apreciação do juiz, e o estabelecimento de proporções rígidas é considerada inconveniente. Tampouco os usos podem ser suficientes, como no caso em que o uso consagra a exploração (operárias pagas com salário de fome). Também é

---

<sup>115</sup> RIPERT, 2000, p. 125-126.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 127-128.

possível cogitar do valor estimativo, da importância que um bem apresenta para determinada pessoa em especial (coleccionador que só aceita se desfazer de um quadro por soma bastante alta):<sup>117</sup>

Existe em cada contrato uma vontade de contratar, força que tem o seu valor, que se paga. A intensidade do desejo, e, em sentido inverso a moderação da necessidade, têm o seu papel na fixação do preço. Não tem em si nada de ilegítimo, e é por isso que os canonistas foram vencidos na sua concepção demasiado estrita do justo valor.<sup>118</sup>

Quando se fala de justo valor, não se deve ver unicamente a justiça na igualdade. A igualdade absoluta das prestações não tem mais possibilidade que a igualdade dos contratantes. Mas a desigualdade das prestações deve do mesmo modo ser posta em relevo porque prova que do contrato vai resultar uma injustiça.<sup>119</sup>

Para Ripert, é sempre a exploração pelo contrato que a Igreja proíbe, e encontra-se idêa semelhante nos autores que vêem na lesão uma prova de vício de consentimento, assim como os direitos alemão e austríaco não se contentam com a desproporção chocante das obrigações, acrescentando que esta deve decorrer da exploração da necessidade, da leviandade ou da inexperiência alheia:

A lesão muda então de carácter. Aparece como injustiça cometida pelo abuso do contrato. O resultado mostra a deslealdade da luta entre os contratantes. A desigualdade das prestações não é a causa da nulidade do contrato, mas a prova de que existe outra causa de nulidade: a exploração de um dos contratantes pelo outro. Se então se chega em última análise a indagar até que ponto é proibido a um contratante servir-se das vantagens naturais que lhe dá a sua situação para concluir um negócio vantajoso, é impossível encontrar outra resposta que não seja esta: a odiosa exploração do próximo é contrária à moral que ensina a tratar os homens como irmãos.<sup>120</sup>

Mas a observância rigorosa da lei moral colide com as necessidades do comércio, que exige a estabilidade das situações adquiridas (pois há uma cadeia de

---

<sup>117</sup> RIPERT, 2000, p. 129-132.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 133.

operações posteriores que se encadeiam nelas), e a queda dum contrato pode comprometer outros que são irrepreensíveis. Isso é atenuado com a redução do prazo para o exercício da ação, ou com a possibilidade de suplemento do preço. Além disso, o contrato é um ato de previsão e de posse do futuro e a lesão no dia do contrato pode se tornar um excelente negócio, por isso é no dia da conclusão do contrato que se deve apreciar a existência da lesão. Essas dificuldades impõem a separação das convenções, afastando dela os contratos entre comerciantes (que “especulam sem nenhum respeito pela justiça” e onde se quer rapidez e segurança), pois os que a tanto se dedicam devem saber defender-se, mas deve-se admiti-la nos contratos em que haja confiança legítima duma parte na palavra da outra, em que há uma submissão dócil duma às condições da outra (é inadmissível que um médico possa especular com a fortuna dum paciente), e igualmente naquelas em que entre as partes haja um desequilíbrio de forças tão evidente que a desproporção entre as prestações baste para revelar a exploração, como no contrato de trabalho, ou em que essa diferença advém dos conhecimentos técnicos que só uma das partes tem, e finalmente também se deve admitir a lesão nos contratos cujo objeto é indispensável à existência da pessoa:<sup>121</sup>

Todas estas aplicações provêm, como se vê, da mesma idéia: não é a desproporção entre as prestações que pode fazer cair o contrato, é a revelação feita por essa desproporção de que houve exploração de um dos contratantes num contrato que não assenta sobre a idéia de especulação.<sup>122</sup>

Seria preciso distinguir os contratos especulativos dos não especulativos, e criar uma subespécie entre os contratos onerosos e gratuitos, em que embora não inspirado por uma noção de liberalidade o contrato deveria conter igualdade entre as prestações

---

<sup>121</sup> RIPERT, 2000, p. 134-137.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 137.

(para não permitir o egoísmo absoluto e o enriquecimento à custa da outra parte). Alguns contratos mudam de tipo (o empréstimo de dinheiro era gratuito, se tornou oneroso e vai se tornando especulativo), e essas evoluções podem alterar as necessidades do momento. Finalmente, Ripert considera curioso que depois de um século de liberalismo e de admiração excessiva pelo contrato, expressão da vontade livre, se regresse à doutrina impregnada da idéia moral evidenciada pelos canonistas:

Já não acreditamos na justiça contratual. Sob a submissão aparente do devedor vemos a revolta profunda do justo, lesado por um sacrifício que vai enriquecer injustamente o mais forte e o mais hábil. E o direito perquire se não andou mal em desdenhar o ensinamento da velha moral que baseia o contrato sobre a justiça e não a justiça sobre o contrato.<sup>123</sup>

É importante ressaltar, finalmente, a aproximação que Ripert faz entre a lesão e a intervenção do juiz na execução do contrato: “É de novo o problema da lesão que surge sob um aspecto novo. Não se trata já da desproporção das obrigações no momento da formação do contrato, mas duma desproporção que surge em seguida”.<sup>124</sup> Entretanto, ele situa o fundamento da revisão mais no abuso de direito do que na desproporção entre as prestações, assim como na lesão a injustiça está na exploração de uma parte por outra, e não apenas no desequilíbrio entre as prestações:<sup>125</sup>

Foi desta maneira que a questão foi posta pelos canonistas. Prendeu-se à questão da usura e desapareceu enquanto se avantajava a teoria da autonomia da vontade. Não pode ser posta novamente e compreendida senão restituindo-lhe o seu verdadeiro caráter. Também não é de estranhar que tenha pensado em falar aqui do abuso do direito. O credor que tenta tirar do seu contrato todas as vantagens que ele comporta pode-se tornar culpado de uma verdadeira injustiça para com o seu devedor. Abusa do seu direito se haure no exercício do crédito um enriquecimento que é injusto, visto que esse enriquecimento é para ele fruto do acaso e para o devedor uma fonte de ruína.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> RIPERT, 2000, p. 138.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 161-163

<sup>126</sup> Ibidem, p. 163.

O abuso começa no momento em que o desequilíbrio das prestações é tal que o contratante não podia normalmente prever que ia tirar do contrato tal vantagem. É preciso, pois, para admitir a revisão, um acontecimento extraordinário, fora da previsão humana, e era esse o sentido da cláusula *rebus sic stantibus*. É preciso, por outro lado, que o acontecimento torne para o devedor cumprimento tão difícil e oneroso; que ele constitua uma lesão em desproporção com a vantagem que previu no contrato. É preciso, enfim, que o credor não tenha pago antecipadamente a álea excepcional do contrato pela natureza da operação feita ou as estipulações particulares do contrato.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> RIPERT, 2000, p. 164.

### III – A TENSÃO ENTRE O VOLUNTARISMO E O EQUILÍBRIO

No direito romano os pactos em geral não eram aparelhados da *actio*, que só cabia em relação a determinados contratos consensuais, ou quanto aos contratos reais e formais. O direito canônico desviou-se dessa orientação e erigiu a manifestação de vontade em ponto fundamental e suficiente a gerar os efeitos contratuais, abolindo toda distinção entre contrato e pacto (o que evoluiu e foi consagrado no Código Napoleão); equiparou o contrato à Lei, quanto à sua força obrigatória – e de fato há certos pontos de perfeita correspondência entre contrato e Lei, exceto na extensão de sua eficácia, pois enquanto a Lei é uma ordem geral e destinada a uma coletividade, o contrato tem efeitos limitados às próprias partes contratantes. Dessa equiparação do contrato à lei, nasceu o princípio “*pacta sunt servanda*” (que não pode se converter na ressurreição da Lei das XII tábuas – *uti lingua nuncupassit, ita ius esto* –, de modo que o princípio é atualmente encarado não de modo absoluto, em face do princípio *rebus sic stantibus*, ou teoria da imprevisão, que lhe impõe restrições e dá ao juiz o poder de revisão do contrato). Lei e contrato são manifestações de vontade, mas enquanto a Lei é manifestação de vontade do legislador, o contrato é manifestação de vontade dos contratantes. A Lei regula uma determinada conduta social enquanto o contrato limita os interesses dos pactuantes. Daí outra semelhança entre o contrato e a Lei tão sobrelevada entre os juristas, de que a diferença estaria em que o contrato estaria hierarquicamente subordinado à Lei em seu próprio poder normativo. Mas sendo ambos ato de vontade, tanto a Lei como o contrato se afirmam exteriormente por meio de

palavras e que de ambos nasce uma situação jurídica inteiramente nova, exigindo interpretação, necessária ao perfeito funcionamento de seus mecanismos.<sup>128</sup>

A teoria da vontade parte da concepção francesa, que é muito simples e se inspira no mais exagerado individualismo – todas as equivocidades de um contrato se resolvem pelo princípio básico da investigação da vontade das partes, consagrando-se a onipotência da vontade real do autor da declaração – “A vontade, no ato jurídico, representa a fonte e a proporção do direito; é evidentemente o único ponto de direção, para determiná-lo”. A interpretação do contrato seria apenas precisar a intenção comum das partes – pura questão de fato e não de direito (o trabalho do intérprete é de natureza psicológica), sua missão consistindo apenas em perceber a intenção dos contratantes, não se pretendendo que a vontade possa juridicamente prevalecer sem uma manifestação adequada, mas apenas que receba um significado correspondente ao objetivado pela vontade interna. A teoria da declaração, pelo contrário, toma como fundamento do ato jurídico o único que preside seu nascimento e dá a extensão de seu efeito – a *declaração do agente*, e não a vontade que essa declaração possa traduzir; pretende-se a razão primordial do direito e do Estado como assente na utilidade social e na equidade (no campo contratual, a utilidade social quer que o efeito jurídico seja concedido não a um secreto querer senão à declaração feita pela parte), pois o direito não pode tomar em consideração um mundo silencioso e invisível, donde decorre o papel de o juiz cuidar de suprir não o que declarante tinha podido querer em si mesmo, mas aquilo que a declaração autorize a crer que tenha querido.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 3, p. 44-45.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

A adoção do conceito de “*Tatbestand*” (conjunto de fatos necessários à realização de efeitos jurídicos – suporte fático) na dogmática do século XIX (Jhering) foi fundamental para o desenvolvimento do conceito de negócio jurídico, tendo vindo do Direito Penal e chamado a atenção para a relação entre o fato regido pela norma e seus efeitos. O mesmo se deu no direito internacional privado, com a tendência para examinar, além da norma, o fato nela previsto (Savigny), de onde teria se transferido para o direito civil, ocasião em que se tornou importante a noção de subsunção:

Essa transformação foi importante, pois, desde então – e para isso basta um exemplo – quando se examina a teoria do erro, não é ele considerado como uma simples circunstância fática, impeditiva da formação do contrato, mas um ‘*Tatbestand*’ de que decorre, pelo menos, um efeito jurídico: o direito de impugnar ou anular. Por outro lado, os juristas germânicos, na segunda metade do século XIX, estão operando com conceitos gerais, com elementos de uma futura parte geral do Direito Civil.<sup>130</sup>

A doutrina via na vontade o elemento predominante, superior à declaração ou manifestação, que eram apenas o modo como a vontade se tornava reconhecível socialmente, mas na medida em que se tornava necessário proteger o destinatário da manifestação de vontade essa teoria perdia terreno em face da declaração – os problemas então eram: qual o real papel da vontade nos negócios jurídicos? Qual a relação entre o negócio jurídico e o ordenamento jurídico?<sup>131</sup> Ainda segundo noticiou o Professor Clóvis, Oskar Büllow entendia que a vontade seria apenas a causa, mas não elemento do negócio jurídico, composto apenas pela declaração, em cujo conteúdo não há vontade, nem como objeto (o conteúdo da declaração é dever e o objetivo vincula-se a algo que é devido) – em razão do que conclui que a vontade não pertence à essência

---

<sup>130</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1983, p. 7.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 9.

do negócio jurídico, é mera circunstância relacionada ao modo de desenvolvimento do negócio jurídico e somente em razão de pressupostos especiais prejudicaria a validade do negócio jurídico. As críticas de Jhering às concepções de Windscheid a respeito do direito subjetivo como poder da vontade representaram um novo clima de idéias, com base em vigoroso ataque às teorias individualistas e subjetivistas – idéias essas que levaram Büllow a adotar uma concepção objetiva do negócio jurídico, que seria composto de uma declaração, cujo conteúdo não é a vontade, mas um dever, e cujo objetivo vincula-se a algo que é devido.<sup>132</sup>

A teoria objetiva representa o primeiro e mais vigoroso ataque ao dogma da vontade no negócio jurídico, aparentando referir a posição de Otto Karlowa, que define a vontade como “ordem, determinação, disposição de um preceito ou dever”, salientando que “quando se realiza um negócio jurídico se dispõe de modo a que o efeito projetado venha a ocorrer agora ou no futuro” – não excluindo a consideração da declaração de vontade, mas salientando o aspecto preceptivo, e exigindo a distinção da eficácia e da existência do negócio jurídico (que não é definido como declaração de vontade, como em Büllow, porque é enfatizado o conceito de existência do negócio como situação de sujeição em face dos efeitos jurídicos a serem produzidos, não se percebendo a influência de Jhering, de transferência da concepção objetiva do direito subjetivo na luta contra a sua definição como poder da vontade, mesmo porque, sem vontade nem declaração, o que restaria?).<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> COUTO E SILVA, 1983, p. 11.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 11-12.

A construção de Bülow é fundada sobre o preceito (regramento) resultante do negócio jurídico, sem desconhecer que como espécie de ato o negócio jurídico supõe relacionamento com a vontade (que só diz respeito à gênese e não ao conteúdo do negócio); a ênfase no regramento é mais consentânea com os negócios jurídicos obrigacionais do que com os de disposição (direitos reais), cujo regramento pode ser mais simples – mas essa definição como regramento somente é adequada aos negócios jurídicos eficazes (dos ineficazes não pode nascer ordenamento). É complexo estabelecer o verdadeiro sentido da teoria preceptiva (Bülow refere à vontade de praticar o ato – imediata – e vontade de produzir efeitos – mediata), mas o sentido geral da obra é esclarecer o conteúdo do negócio jurídico como um “dever-ser” (preceito), não integrado pela vontade primeira ou imediata (que é apenas causa, serve de fundamento para invalidade em caso de vício, mas não forma o negócio jurídico), nem pela vontade mediata, porque tampouco se anulam atos porque os efeitos não são os desejados pelas partes. Oskar Bülow escreveu antes do BGB, que normatizou o tema, e, precavido, coloca a questão do negócio jurídico acima das orientações dos Códigos, indagando se o regramento da invalidade por vício de vontade é deduzido da natureza do negócio jurídico, logo, aplicável indistintamente (responde que não, porque isso não seria importante para definir o negócio jurídico, cujo conteúdo não é integrado pela vontade). Para obter sentido da teoria de Bülow seria necessário considerar a eficácia do ordenamento jurídico em face do negócio jurídico dos particulares (preceito), que apenas preencheria o espaço deixado pelas normas dispositivas, mas não seria uma verdadeira Lei (há opinião bastante difundida de que do negócio jurídico resultaria a definição e a normação de fatos futuros, por força da autorização dada pelo ordenamento aos particulares). Não aparenta haver distinção relevante entre as

posições (a ponto de separar duas concepções possíveis de negócio jurídico), pois o ordenamento não produz efeitos jurídicos como se o processo de criação de direitos subjetivos fosse submetido a uma causalidade semelhante à das leis da natureza (se suporte fático, então preceito) e a circunstância de o negócio jurídico produzir relações ou *normar* fatos futuros é comum a todas as orientações, ainda que implicitamente.<sup>134</sup>

Em suma, para Bülow, a vontade é um órgão que coopera com o direito subjetivo, em que falta a força de constituir, por si só, um ato jurídico. A teoria preceptiva salienta o aspecto instrumental do negócio jurídico e é o ponto máximo de sua objetivação. Hoje, ao se definir a vontade que enche o conteúdo do negócio jurídico, ela não é considerada um puro fenômeno psicológico, mas uma vontade submetida a uma valorização do ordenamento (que modifica em parte sua natureza) – é uma objetivação do conceito de vontade (a vontade é inserida na declaração, mas é por ela limitada, e dependente da Lei, mas pertence à essência do negócio jurídico), mas não na extensão postulada por Bülow.<sup>135</sup>

No projeto do BGB (código civil alemão) foi enfrentada a questão da prevalência da vontade ou da declaração, tendo sido adotada forma intermediária, porquanto os casos de erro substancial não acarretam a nulidade (dogma da teoria clássica da vontade), mas apenas a anulabilidade. O mesmo ocorreu com as diversas modalidades de coação (somente a absoluta dá margem à nulidade; a chamada “*vis compulsiva*”, ou relativa, autoriza apenas a anulabilidade). A teoria de Bülow ficou sem seguidores

---

<sup>134</sup> COUTO E SILVA, 1983, p. 13-14.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 15.

desde o BGB até que Karl Larenz (Alemanha) e Emilio Betti (Itália) lhe dessem vigoroso impulso. Essa polêmica em torno dos elementos essenciais do negócio jurídico despertou a atenção para os graus de valorização dos atos dos particulares pelo ordenamento, possibilitando a distinção entre negócios jurídicos e outros tipos de atos, em que falta o elemento negocial, o que foi feito considerando o modo como o ordenamento valoriza ou qualifica as ações humanas (os particulares realizam atos para obter determinados resultados e ordenamento pode valorizar todo o processo volitivo, não interferindo nem na produção dos efeitos nem da vontade de praticar o ato; se o ordenamento não implicar com maior profundidade no ato, tem-se que os efeitos práticos ou jurídicos pretendidos são adequados ou relacionados com a declaração de vontade). Em termos de classificação, quando o ordenamento valoriza a autonomia da vontade e não restringe muito a ação humana (bipartida entre vontade de praticar o ato e vontade de dessa forma obter determinados efeitos práticos ou jurídicos) há negócio jurídico (exercício da liberdade).<sup>136</sup>

Larenz distingue a vontade (mutável e passageira) e a vigência jurídica (definitiva), motivo pelo qual a vontade não poderia constituir a essência do negócio jurídico – assim, o conteúdo do negócio jurídico não é apenas a exteriorização de um propósito, mas a disposição de que a declaração deve vigorar juridicamente (o negócio jurídico seria “declaração de vigência”; o contrato enquanto categoria seria criação antecedente ao direito positivo – *a priori* – o que não exclui a importância do ordenamento, de que resultam os efeitos peculiares aos atos jurídicos). A declaração de vigência tem caráter constitutivo, se dirige à produção de relações jurídicas, sendo

---

<sup>136</sup> COUTO E SILVA, 1983, p. 16-18.

mais que ato declaratório, destinado a publicizar a determinação de vontade ou propósito (as partes consignam que o declarado deve vigorar) – o negócio jurídico é mais constitutivo que declaratório (mas também contém certa dose de declaratividade, importante nos aspectos referentes à invalidade), pois se fosse apenas constitutivo não se poderia impugná-lo por erro, o que é admitido por todos os códigos civis. Os casos de anulação dependem de cada ordenamento, mas se a vontade interna fosse fundamental a reserva mental deveria prevalecer (mas não invalida o ato). A dificuldade está no postulado da incindibilidade da declaração e da vontade, que pela teoria tradicional são separadas. Larenz afirma a incindibilidade desses dois elementos (pois se fosse admitido que a vontade sem declaração seria eficaz, a simples vontade interna já seria suficiente – o que não pode ser, deve haver mais objetividade). Segundo Larenz, o ordenamento deve decidir pela prevalência ou não de dois elementos fundamentais: a autodeterminação (origem do negócio jurídico) e o princípio da responsabilidade pela manifestação de vontade – do que resulta a consideração das declarações como “atos sociais”. A distinção entre a *teoria* de Larenz (*da declaração de vigência*) e a *teoria da declaração de vontade* (que tem fundamento na “tutela da confiança” e a manifestação de vontade é mantida ainda quando viciada por erro, somente sendo possível a desconstituição mediante outro ato, a impugnação – indo além: a tutela da confiança em alguns sistemas impede a anulação e em outros resulta em indenização por *culpa in contrahendo*) está tanto na fundamentação filosófica como no aspecto constitutivo da vigência (reforça a separação entre vontade interna e exteriorizada, havendo incindibilidade apenas na declaração), que não se manifesta com igual importância na teoria da declaração de vontade.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> COUTO E SILVA, 1983, p. 23-25.

A teoria preceptiva de Emilio Betti é mais radical, partindo da distinção entre competência normativa, própria do ordenamento, e competência dispositiva, faculdade das partes – o importante seria o preceito (“auto-regulamento de interesses privados”) e não a vontade, o que caracteriza o negócio jurídico (o que é muito semelhante ao pensamento de Bülow, cuja adoção é expressamente afirmada por Betti). As teorias voluntarísticas considerariam a manifestação de vontade ou o comportamento indícios de algum conteúdo psicológico, e não teriam, uma e outro, eficácia operativa própria; Betti sustenta possuírem o comportamento e a declaração essa eficácia, com o que se abstrai a vontade. O papel da vontade fica obscuro, pois o problema de sua valorização é vinculado ao ordenamento e a cada um dos dispositivos que tratam da invalidade, que divergem de país a país, mas é possível identificar princípios gerais, resultantes da natureza do negócio jurídico. A anulação por erro não significa homenagem ao dogma da vontade e o fundamento da anulabilidade não pode ser procurado em razões estritamente lógicas (na estrutura do negócio jurídico, como na nulidade pela falta de elementos essenciais), mas na “conveniência prática” (que é o fundamento da anulação). A vontade não seria elemento do conteúdo do negócio jurídico, mas apenas elemento de sua gênese (atribuída por Betti a Jhering, apesar de tão próxima de Bülow); a vontade não deve ser considerada, porque o “regulamento dos interesses privados” é disposição para o futuro e a vontade pertence ao passado, não podendo formar o conteúdo do “ato de autonomia”, como ato social. O processo volitivo é exaurido na realização do negócio jurídico, a partir de quando já percorreu seu “*iter*” e atingiu sua meta definitiva – os efeitos resultantes dependem do ordenamento em conformidade com a função do negócio jurídico, e não da vontade. O Código Civil italiano (que adota concepção mais objetiva dos casos de anulação por erro, exigindo

que a outra parte tenha conhecimento do vício na declaração de vontade) é aludido seguidamente, sendo mais favorável a uma concepção objetiva do negócio jurídico do que a Lei alemã. Se o preceito (e só ele) fosse todo o conteúdo do negócio jurídico (aspecto essencial e exclusivo), a teoria seria adequada a certas situações da vida moderna, como os atos existenciais (que não permitem a anulação por erro nem por incapacidade), mas nesse caso haveria uma dualidade (dialética interna) de conciliação impossível, pois deveria ser admitido que a vontade em certos casos viria ao primeiro plano e permitiria a anulação, mas em outros casos não. Essa tendência de generalização, a ponto de excluir a própria vontade, faz de difícil aplicação o conceito, por conta dessa dualidade de exigir e não exigir a vontade como elemento integrante do modelo.<sup>138</sup>

Conforme se pode perceber, o negócio jurídico é formado por uma declaração de vontade, mas a vontade não exerce papel irrelevante. Entre esses extremos, no conflito entre a vontade interna e a vontade exteriorizada, o sistema jurídico ora privilegia a declaração, ora privilegia a vontade interna, sem optar definitivamente por uma ou outra concepção. Disso se percebe que o negócio jurídico contém, em seu suporte fático, a exteriorização da vontade humana (a declaração de vontade), mas é caracterizado por ser exatamente o campo de atuação da volição humana.

A declaração negocial, aparentemente, é que faz parte do suporte fático do negócio jurídico, e, existindo a declaração (no caso da compra em venda as promessas recíprocas de transferência do domínio e pagamento em dinheiro), haverá (= existirá)

---

<sup>138</sup> COUTO E SILVA, 1983, p. 26-31.

negócio jurídico; se, porém, essa declaração for qualificada como inválida pelo ordenamento, isso de modo algum significará que não existiu o ato. É nesse ponto que assume relevância a qualificação da vontade ou da declaração de vontade, pelo ordenamento jurídico, conforme se percebe da seguinte passagem de Antônio Junqueira de Azevedo:

Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, de vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, à *qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido*, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico, de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica. Afinal – e, nesse ponto, as análises das definições ‘objetivas’, ‘preceptivas’ ou ‘normativistas’, do negócio são esclarecedoras – se a parte ou as partes podem criar direitos, obrigações e outros efeitos jurídicos (relações jurídicas em sentido amplo, ditas erroneamente ‘normas jurídicas concretas’), através do negócio, isto é, formulando declaração de vontade, essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar, dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia; há de se proibir a declaração contrária às normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos. Se, sob outro ângulo, se permite à vontade humana fixar, em larga escala, o conteúdo da declaração, - e aqui são as definições ‘voluntaristas’ que muito revelam – e se os efeitos são imputados à declaração segundo o seu conteúdo, é evidente que se há de tentar evitar que ocorram declarações decorrentes de vontades débeis, ou não correspondentes à exata consciência da realidade, ou provenientes de violência imposta sobre a pessoa que a emitiu etc. Pois bem, o direito, ao estabelecer as exigências, para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando os *requisitos de sua validade*.<sup>139</sup>

A validade é, pois, a qualidade, que o negócio deve ter, ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’). Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. ‘Válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.<sup>140</sup>

De fato, ao ser qualificado o negócio jurídico, não é o negócio jurídico em si que é avaliado, nem exatamente o agente, o objeto ou a forma, do negócio jurídico, mas, mais precisamente, é qualificada, ou adjetivada, a vontade ou a declaração negocial

---

<sup>139</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 51-52.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 52.

que entrou no mundo jurídico para produzir efeitos. Essas considerações em torno da validade do negócio jurídico são relevantes para demonstrar como o dogma individualista da soberania da vontade foi superado (não abandonado) na teoria do direito privado, e também porque o instituto que está sendo examinado (a lesão) encerra situações da mencionada adjetivação.

É o próprio Junqueira de Azevedo que demonstra a superação do dogma da vontade no exame dos “princípios do novo direito contratual”.<sup>141</sup> Nesse parecer ele chama a atenção para a desregulamentação dos mercados, dentro do que se convencionou chamar de “globalização”, que vai sendo implementada e traz muitas perplexidades, “de que, infelizmente, se valem os tradicionais pescadores de águas turvas para praticar abusos”. O caso objeto de parecer é considerado paradigmático porque no setor específico considerado (distribuição de combustíveis) se passou de uma regulação institucional para uma regulação contratual (*suprapartes* para *interpartes*), com certa semelhança com a “lei de Maine”, que considera a evolução jurídica uma passagem da agregação necessária à associação voluntária, servindo ao “darwinismo social” e ao *laissez faire*, o capitalismo sem limites.<sup>142</sup> Após o examinar mais profundamente o caso, Junqueira de Azevedo enumera os três princípios do direito contratual que vêm do “século passado” (o parecer é de 1998) e que giram em torno da autonomia da vontade:

---

<sup>141</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 113-114.

a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel da ordem pública, acrescentando-se, pois, segundo alguns, um quarto princípio, dito ‘princípio da supremacia da ordem pública’ (na verdade, antes um *limite* que um princípio).<sup>143</sup>

Na atualidade, o “toque de recolher do Estado intervencionista” traz ao jurista intelectualmente sensível a percepção de que “está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas”:<sup>144</sup>

Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.”<sup>145</sup>

Sem menosprezar as considerações acerca da boa-fé objetiva e da função social do contrato (esta última a mais relevante para o parecer), a ênfase aos propósitos deste estudo deve ser no princípio do equilíbrio econômico do contrato e na superação do dogma exclusivo da autonomia da vontade (não eliminação):

O princípio do equilíbrio econômico do contrato, ou sinalagma, por seu turno, leva à admissão, especialmente, de duas figuras, a lesão e a excessiva onerosidade; também ele, segundo a opinião dominante, não foi consagrado no Código Civil, mas, atualmente, tendo em vista leis posteriores (Lei 1.521, de

<sup>143</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1998, p. 115.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 115-116.

1951, e a própria Lei 8.078, de 1990, art. 6º, V, entre outras), parece não haver dúvida de que está a fazer parte integrante do ordenamento positivo.<sup>146</sup>

O princípio da função social do contrato – destinado a “integrar os contratos numa ordem social harmônica visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade [...] quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas [...]” – estaria determinado já pela Constituição, que fixa como fundamento da República o *valor social da livre iniciativa*, impondo ao jurista “a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais”, pois o contrato tem importância para a sociedade. Seria necessária uma releitura do princípio da relatividade, conforme a Constituição, pois as modificações das situações de fato e das concepções morais e culturais conduzem, mesmo sem lei posterior, à releitura da legislação anterior não revogada (não só um novo entendimento como também uma complementação e desenvolvimento da legislação anterior), para compatibilizá-la com a nova ordem constitucional.<sup>147</sup>

Ele não considera possível que no final do século XX os princípios do direito contratual continuem contemplando o “survival of the fittest” (como na lei da selva, no “ápice do liberalismo sem peias”): “seria fazer tábula rasa de tudo que ocorreu nos últimos cem anos”. A diminuição do papel do Estado não pode implicar a perda da noção de harmonia social, conquistada com tanto sofrimento e revoluções. “O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo”:<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1998, p. 116.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 116. É importante perceber que na época do parecer ainda não era vigente o Código Civil de 2002.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 119.

O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a *liberdade individual* e a *solidariedade social*. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual – o da boa-fé objetiva e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros.<sup>149</sup>

Teresa Negreiros afirma que o projeto constitucional e o projeto de codificação do direito civil são expressões jurídicas da modernidade e de uma de suas principais metas, assegurar para os indivíduos a realização da idéia-força do iluminismo, a autonomia. Separados, código civil e constituição demonstravam a separação entre direito público e privado, entre o Estado e a sociedade. A constituição propriamente dita era dirigida à vida pública; o Código Civil era a constituição da vida privada, baseada na propriedade e no contrato. Mas na sociedade contemporânea essa separação dá lugar à convergência, e as relações privadas passam a sofrer a influência dos princípios e regras constitucionais. A concepção da força normativa da constituição deu a ela o papel suprema fonte do direito, e o direito constitucional, “baseado na eficácia normativa dos princípios e num sistema jurídico do tipo aberto” permite a constitucionalização do direito civil.<sup>150</sup>

Por um lado, a ordem constitucional contemporânea agrega às liberdades negativas as liberdades positivas, constituídas pelos direitos sociais. Assim, ao lado dos direitos que pressupunham uma prestação meramente negativa por parte do Estado, consistente na não-intervenção: liberdade de expressão, de crença, de opinião, de associação etc. -, o catálogo de direitos humanos consagrado constitucionalmente assiste a uma progressiva ampliação, passando a contemplar direitos cuja satisfação está condicionada à implementação de políticas públicas e a prestações positivas imputadas ao Estado à sociedade civil.<sup>151</sup>

<sup>149</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 1998, p. 119-120.

<sup>150</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48-53.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 53.

Essa positivação é definida como um processo de progressiva materialização por Norberto Bobbio, pondo em evidência a passagem do homem abstrato ao homem concreto, “através da gradual especificação das carências e dos interesses dos seres humanos de carne e osso”. Esse processo repercute no direito civil e faz com que certas situações sociais, como o direito do trabalho, adquiram tamanha especificidade que se constitui em sistema autônomo, e mesmo quando a especificação não é tão grande os institutos vão perdendo o seu caráter abstrato e generalizante, como no direito do consumidor:<sup>152</sup>

Nutrindo-se desta força normativa atribuída aos princípios constitucionais, a adoção da perspectiva civil-constitucional impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o direito civil, preenchendo as formas conceituais e as categorias lógicas desta área do Direito com o conteúdo axiológico estampado na Constituição.<sup>153</sup>

Essa reconstrução do direito civil dá a medida da tarefa do intérprete, para elaborar um sistema fundado nos valores presentes no ordenamento jurídico, não apenas nas categorias lógicas do sistema fechado e pretensamente neutro que encerrava o movimento de codificação:<sup>154</sup>

A perspectiva civil-constitucional constitui, em suma, a perspectiva de análise e de interpretação empenhada em demonstrar e explorar a conexão entre a história do direito civil e a história constitucional – particularmente o projeto de sociedade ‘livre, justa e solidária’ (CF, art. 3º, I) que se foi delineando nas Constituição do século XX.<sup>155</sup>

A perspectiva civil-constitucional pretende dar à sucessão de fatos históricos que marcam a evolução do direito civil um sentido, ou intencionalidade, qual seja: a busca de uma efetiva proteção e de um permanente desenvolvimento da pessoa humana. Em suma, a tutela da pessoa humana e da sua dignidade

---

<sup>152</sup> NEGREIROS, 2006, p. 54-55.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 56-57.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 58.

fundamental constitui, aos olhos dessa metodologia, a força ativa e determinante das inovações no direito civil, conformando-o à contemporaneidade.<sup>156</sup>

O “valor-fonte” da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) opera no sentido de dar coerência e univocidade às transformações ocorridas na organização familiar, no contrato e na propriedade; o compromisso com a tutela da pessoa humana é assumido como consequência da sujeição das relações privadas à normativa constitucional.<sup>157</sup>

Muito mais que autonomia e liberdade individuais, o ordenamento civil e, para o efeito deste trabalho, a ordem contratual em particular são instrumentos de realização existencial da pessoa humana – pelo que, sob pena de afrontar a Constituição, o intérprete e aplicar do Direito deve dar primazia à realização existencial em detrimento da realização patrimonial.<sup>158</sup>

Teresa Negreiros trabalha com os mesmos princípios do novo direito contratual colocados por Antônio Junqueira de Azevedo (boa-fé, equilíbrio econômico e função social),<sup>159</sup> e destaca que a leitura civil-constitucional atribui novos fundamentos e contornos à liberdade contratual: “a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor”; “a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”. Desse

---

<sup>156</sup> NEGREIROS, 2006, p. 59.

<sup>157</sup> NEGREIROS, p. 61-62.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 105 e ss. A referência expressa é feita na nota 161 da p. 108.

modo, idéias como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza e proteção ao consumidor passam a integrar o horizonte contratual, indicando que o “direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica brasileira.”<sup>160</sup>

Os princípios que quebraram a hegemonia da autonomia negocial encontram fundamento na tutela constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na qualidade de instrumentos da ótica solidarista afirmada (art. 3º, I) e como corolários do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV):

A tarefa do intérprete, diante da hipercomplexidade antes referida, é reconstruir o sistema contratual, com o impulso da entrada em vigor de um novo Código Civil, de forma a conciliar os princípios clássicos, de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de índole social e tutelar, num equilíbrio o mais fiel possível ao compromisso que a esse respeito foi firmado na arena constitucional. Em reação aos excessos provenientes da absolutização da força jurígena da vontade individual, parece equivocado opor uma absolutização às avessas, através da negação pura e simples dos aspectos voluntarísticos que constituem o instituto contratual. Por outro lado, não menos certo é que a autonomia da vontade e os princípios em torno dela fundaram o modelo clássico de contrato devem hoje ser relidos à luz da Constituição – o que, embora não os anule, certamente os modifica em aspectos essenciais.<sup>161</sup>

A conciliação entre os princípios antigos e os novos pode ser natural, os segundos reforçando os primeiros, ou conflituosa, servindo de exemplo do primeiro caso os deveres instrumentais de informação, decorrentes da boa-fé objetiva, que reforçam a autonomia da vontade, e do segundo caso a obrigação de contratar, decorrente do mesmo princípio, que nega a liberdade contratual e decorre do mesmo princípio da boa-fé objetiva:<sup>162</sup>

Pense-se ainda, no princípio do equilíbrio econômico do contrato – isto é, o princípio do equilíbrio entre as prestações contratuais – a autorizar a revisão do ajuste com fundamento na desproporção entre as prestações a que as partes

---

<sup>160</sup> NEGREIROS, 2006, p. 106-108.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 111-112.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 112-113.

contratantes voluntariamente se haviam obrigado. Também aqui se vislumbra, *prima facie*, a antinomia entre a intangibilidade do conteúdo contratual e o princípio que proscree a lesão ou que autoriza a modificação eqüitativa das condições do contrato a fim de evitar a sua resolução por onerosidade excessiva, conferindo ao juiz o poder de reformular os termos pactuados de forma a assegurar o equilíbrio entre as prestações assumidas.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> NEGREIROS, 2006, p. 113-114.

#### IV – A POSITIVAÇÃO DO EQUILÍBRIO COMO LIMITE AO VOLUNTARISMO

O surgimento da lesão na formação dos contratos é controverso. Luis Renato Ferreira da Silva indica que a “ancianidade” do instituto é revelada pelo exemplo bíblico, segundo o qual Esaú vendera a Jacó os seus direitos de primogenitura pela ínfima e desproporcional retribuição de um prato de lentilhas, o que só foi possível por força da extrema necessidade (fome) em que se encontrava o primogênito.<sup>164</sup>

Em nossa tradição jurídica, atribui-se às Constituições de Diocleciano e de Maximiliano, que teriam sido baixadas nos anos de 285 e 294 da era cristã: responde a primeira delas, na Lei Segunda, a uma consulta no sentido de ser “eqüitativo” que, tendo sido vendida por preço menor uma coisa de preço maior, mediante a restituição do preço ao comprador seja recebido o fundo vendido, ou, se o comprador preferir, seja recebido o que falta para o justo preço, presumindo-se menor o preço se nem a metade do verdadeiro preço tiver sido paga; já a segunda dessas Constituições, em sua Lei Oitava, reconhece a circunstância de o vendedor sempre procurar vender por mais o que vale menos, e o comprador comprar por menos o que vale mais, sendo, o preço, fixado após discussão, e próprio da essência da compra e venda o consentimento, que, se fosse dado sem dolo nem coação, faria perfeito o contrato, assim como que se o preço fosse apenas um pouco menor nem a boa-fé nem qualquer outra razão justificaria sua rescisão; somente se abaixo da metade do justo preço, ao tempo da venda, seria

---

<sup>164</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código civil ao Código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69. Também a respeito do surgimento e da evolução histórica do instituto da lesão, vide a introdução de BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1-11.

possível a rescisão. Mas há serias dúvidas em torno de se teria havido ou não interpolação dos textos, na compilação de Justiniano, tendo sido considerada provável a afirmativa, notadamente pela maior influência do Cristianismo nessa época e pela circunstância de que no período seguinte a essas Constituições a lesão foi inteiramente desconhecida do Direito Romano. Na época, a lesão era apurada objetivamente, bastando para sua configuração a verificação tarifada do desequilíbrio entre as prestações (e existindo dúvida, ainda, sobre se seria abrangente apenas de bens imóveis ou se também de bens móveis).<sup>165</sup>

No período da Alta Idade Média, o isolamento entre a Europa Ocidental e o Império Romano do Oriente, combinada com a vigência do Código de Teodósio, que não incluiu as Constituições de Diocleciano e Maximiliano, mantiveram na penumbra o instituto da lesão. Foi somente quando do renascimento cultural, com a criação da Escola de Bolonha e a busca do Código de Justiniano no Oriente que a Europa Ocidental tomou contato com o instituto da lesão, já então sob forte influência do cristianismo. Mas os glosadores não conseguiram destacar a lesão dos vícios de consentimento, porque alguém que vendesse a coisa por menos da metade certamente teria sido enganado pelo comprador – chegando-se à noção de *dolus re ipsa*. Tais eram os caracteres da lesão enorme.<sup>166</sup>

Já a lesão enormíssima foi criação canônica, sem fundamento na lei romana, e abrangia os casos em que o vendedor era enganado além de dois terços do valor da

---

<sup>165</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 11 et seq.

<sup>166</sup> *Ibidem.*, p. 37 et seq.

coisa; nesses casos, os princípios que regiam a lesão enorme seriam insuficientes para atender à situação – não havia apenas vício do contrato, mas nulidade (que, então, era equiparada à inexistência); era, portanto, insanável o vício, não havendo a faculdade de completar o justo preço, e não era necessário recorrer à ação rescisória, bastando demonstrar a lesão enormíssima para obter a nulidade.<sup>167</sup>

A interdição da usura por Tomás de Aquino, ao proibir aos clérigos o contrato de mútuo a juros, desenvolveu juridicamente a noção de preço justo, e essa idéia foi logo associada à usura – donde havia a usura pecuniária (ganho obtido no empréstimo de dinheiro) e a usura real (ganho excessivo em qualquer outro negócio). A igualdade das prestações seria essencial à justiça comutativa, e, em todo negócio a ela sujeita, seria possível inquirir de seu caráter lesivo, e restabelecer a equivalência acaso rompida pela ganância de uma das partes.<sup>168</sup>

No direito português, sob forte influência do Código de Justiniano e das construções canônicas, a noção de lesão enorme vinha consagrada desde as Ordenações Afonsinas, passando pelas Manuelinas e pelas Filipinas, e coincidia com a lesão romana em quase tudo (contrato de compra e venda perfeito, coisa entregue, preço pago, vendedor enganado além da metade do justo preço, falta de dolo do comprador), porém com incidência mais ampla e extensão maior (na lei romana era controverso se a lesão abrangia a venda de móveis, enquanto na lei portuguesa não havia dúvida se tratar de qualquer coisa, móvel ou de raiz; na lei romana apenas o

---

<sup>167</sup> PEREIRA, 1997, p. 45.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 45-46.

vendedor tinha a ação por lesão, enquanto na lei portuguesa o comprador também podia rescindir com tal fundamento; ainda, enquanto a lei romana tinha em vista apenas a compra e venda, na lei portuguesa são exemplificados os aforamentos, arrendamentos, escambos, transações e quaisquer outras avencas em que se deixe uma coisa por outra). Não houve preocupação, na lei portuguesa, com que fosse mascarada a lesão sob o vício de consentimento; a lesão estaria na injustiça do contrato em si, e não em defeito das partes ao contratar.<sup>169</sup>

Na síntese empreendida por Teixeira de Freitas, o art. 359 da Consolidação das Leis Civis ficou assim redigido: “Todos os contratos, em que se dá, ou deixa, uma coisa por outra, podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão for enorme; isto é, se exceder metade do justo valor da coisa”. O jurisconsulto do império adverte que a lesão é aplicável aos contratos que se denominam comutativos (em que se “dá ou deixa uma coisa por outra”) e não é aplicável “sempre que o objeto do contrato for duvidoso, dependente de futuras eventualidades, expondo o adquirente a perder ou ganhar” – em outras palavras, seria inaplicável nos casos que hoje entendemos por contrato aleatório.<sup>170</sup> Vale mencionar, ainda, o art. 564 da Consolidação, em que é enunciada a regra de que: “O comprador demandado pela ação de lesão tem escolha, ou para restituir ao vendedor a coisa comprada, recebendo seu preço; ou para inteirar o justo preço, segundo o que a coisa valia ao tempo do contrato”.

---

<sup>169</sup> PEREIRA, 1997, p. 77 et seq.

<sup>170</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1, p. 242.

O Código Comercial de 1850 dispôs não ter lugar a rescisão por lesão na compra e venda mercantil; seria malícia normal do comerciante, que, fazendo da venda sua fonte de rendimentos, tem na essência de sua atividade a especulação com fito de lucro, e a segurança da vida mercantil desapareceria se fosse possível reabrir discussão em torno da venda perfeita, indagando-se do desequilíbrio entre as prestações. Além disso, a atividade mercantil tem por base certo cunho de aventura e risco, que a oscilação mais ou menos normal dos preços imprime às convenções, e torna a toda venda mercantil um tanto quanto aleatória. Seguindo essa mesma linha, o Esboço de Teixeira de Freitas, já em 1860, aboliria a lesão no direito brasileiro. Em 1881, o projeto apresentado por Felício dos Santos admitia a rescisão da venda por lesão superior à metade do justo preço, mas que apenas poderia ser invocada pelo vendedor e apenas nas vendas imobiliárias (aproximando-se assim do Código Civil francês);<sup>171</sup> o mesmo ocorreu com a primeira tentativa de Codificação da República, o

---

<sup>171</sup> Na França, sob a influência do iluminismo, e das idéias de liberdade absoluta do indivíduo, era elaborado e discutido o Código de Napoleão, e a controvérsia em torno da conveniência de se manter o instituto da lesão foi bastante acirrada. O Primeiro Cônsul emitiu seu parecer no sentido de que deveria ser admitida a rescisão das vendas lesivas, invocando o interesse social, a que importaria a disposição da propriedade territorial, mas não da mobiliária. Fundamentou sua opinião na justiça do contrato, repetindo a concepção canônica da igualdade das prestações; mas a lesão só protegeria o vendedor, não o comprador. O Código Civil francês terminou enunciando no seu art. 1.118 o princípio segundo o qual a lesão é um vício do consentimento, que atinge somente as vendas e partilhas ou as em que intervir menor não emancipado; no art. 1.774 (versando sobre a venda) é que se encontra a lesão propriamente dita, que somente poderia ser invocada pelo vendedor; a taxa da lesão foi aumentada para sete duodécimos (7/12), em vez da metade; só abrange as vendas imobiliárias e a avaliação do fundo vendido é feita à época da venda; o remédio da rescisão não é obstado pela renúncia nem pela doação do excesso; ao comprador é facultado escolher entre a restituição da coisa, com a recuperação do preço, ou a complementação do justo valor, com a dedução de um décimo, mantendo o fundo. Segundo a opinião da doutrina, o comprador não seria protegido porque se pagou caro foi porque quis, pois não seria obrigado a comprar; o fundamento da rescisão seria a presunção de necessidade do dinheiro, o que não poderia ser encontrado no comprador; já o vendedor, premido pela necessidade, teria agido sob o império de uma espécie de violência; o vício da venda não estaria na diferença aritmética entre os valores dados ou prometidos, mas na violência moral presumida pela Lei; houve um deslocamento de fundamento – de erro quanto ao valor para violência ou coação, pela necessidade de dinheiro. A exclusão dos móveis era justificada pela possibilidade de levá-los a outro lugar em busca de melhor comprador; a renúncia só deixaria de prevalecer se não fosse independente da venda (enquanto o devedor estivesse no estado de necessidade que o induziu à alienação). O abate de um décimo do valor total, quando da complementação do preço, seria o lucro lícito que o

Projeto Coelho Rodrigues, que adotava a rescisão na compra e venda de bens de raiz, em benefício do vendedor lesado.<sup>172</sup>

Clóvis Beviláqua era de opinião contrária à sobrevivência do instituto da lesão, que foi abolido em seu Projeto; o instituto chegou a ser aditado, em 1900, conforme as Ordenações Filipinas, durante a revisão do Projeto; sustentou-se a sua sobrevivência em nome da tradição de nosso direito; mas Beviláqua defendeu seu projeto sustentando que os códigos mais modernos aboliram o benefício da lesão, bem como que somente seria admissível a rescisão de contratos lesivos em épocas em que o Estado necessita exercer uma tutela mais direta e contínua sobre a vida privada dos indivíduos, porque esses não se sentem fortes contra a prepotência e a cobiça, e porque entre as classes sociais haveria verdadeiro contraste; mas partindo da premissa de que a igualdade civil estava assegurada definitivamente, e ponderando sobre as facilidades das comunicações e desenvolvimento das indústrias, que colocam o vendedor na posição de escolher o momento da venda, defendeu a segurança e a estabilidade das transações, que deviam ser entregues à lei da oferta e da procura. Em 31 de dezembro de 1901 foi votada essa parte do projeto e suprimidos os dispositivos referentes à lesão.<sup>173</sup>

---

comprador podia buscar na aquisição ou o meio para induzir o comprador a conservar o imóvel, em nome da estabilidade dos contratos e da propriedade, servindo ainda como indenização das despesas e custas do processo. Código Civil italiano de 1865, a lesão segue os mesmos caracteres do Código de Napoleão, com a diferença de retornar à taxa de lesão em além da metade do justo preço; a lesão é vício de consentimento, assemelhada à coação, não partida do comprador, mas da necessidade do vendedor, ou decorreria ainda de uma presunção absoluta de erro, violência ou dolo. Outros Códigos, como o Português de 1867 e o Espanhol de 1889 a aboliram (PEREIRA, 1997, p. 55 et seq.).

<sup>172</sup> Ibidem, p. 94 et seq.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 96 et seq.

Cabe aqui notar o contraste entre os argumentos apresentados por Clóvis Beviláqua em defesa da supressão da lesão e a visão de Orlando Gomes sobre as raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro (de 1916), notadamente no que diz respeito ao descompasso entre a realidade do litoral e do interior do país, entre as capitais e o campo, e o servilismo da intelectualidade de classe média à burguesia rural e à mercantil, no sentido de manutenção de privilégios e exploração da massa rural, que sequer teria consciência de sua miserável condição.<sup>174</sup> Nesse contexto, parece realmente utópica a premissa lançada por Beviláqua, de que a igualdade civil estivesse definitivamente assegurada (em verdade, o momento parecia tão ou mais propício que o atual à preocupação com a prepotência e a cobiça, ou às diferenças entre classes sociais, que justificariam o instituto da lesão na opinião do próprio Beviláqua).

Na linha do direito alemão,<sup>175</sup> que considerava contrária aos bons costumes, e, portanto, nula, a convenção lesiva, o direito brasileiro posterior ao Código Civil de 1916 condenava a usura, inicialmente pecuniária, e em seguida real, principalmente pelo

---

<sup>174</sup> GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958, p. 39 et seq.

<sup>175</sup> O Código Civil alemão, ainda em 1896, no § 138, protegendo o contratante necessitado, imprudente ou inexperto, declarou a nulidade da convenção na qual a outra parte se aproveitasse dessas circunstâncias para obter, para si ou para outrem, vantagem pecuniária que excedesse evidentemente da contraprestação recebida, sendo o preceito apresentado como defensivo dos bons costumes. Na reforma do Código das Obrigações suíço, no início do século XX, seguiu-se o mesmo critério alemão, para quaisquer convenções, sem a tarifação do valor limite e girando o vício em torno da exploração da situação de inferioridade em que se achasse a parte lesada, porém sancionando com a rescisão o contrato lesivo (PEREIRA, 1997, p. 70 et seq.). Nessa mesma linha, o novo Código Civil Italiano, mesmo mantendo a taxa da lesão em metade do valor, desligou o instituto da lesão da compra e venda para abranger toda a convenção em que a prestação estivesse em desequilíbrio com a contraprestação, estando a lesão assentada sobre um dado objetivo (desequilíbrio entre as prestações) e num dado subjetivo (no abuso em proveito próprio da necessidade da outra parte); seria necessário o conhecimento do estado de necessidade da outra parte, mas não propósito de prejudicar; o desequilíbrio deveria ser apurado na época do contrato e perdurar quando a demanda fosse proposta. (Ibidem, p. 64 et seq.).

Decreto 22.626/33 e pelas Constituições Federais de 1934, 1937 e, especialmente, 1946, que dispôs, com horizontes amplos, que “A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da Lei”. Inspirada nos mandamentos constitucionais, a legislação infraconstitucional disciplinou a matéria considerando crime contra a economia popular a prática de usura real (Decreto-Lei nº. 869/38, art. 4º), que consistiria na obtenção ou estipulação, nos contratos, de lucro patrimonial excedente da quinta parte do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida, abusando-se da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte. As conseqüências cíveis da prática do crime consistiam na nulidade dos lucros usurários, permitindo-se ao juiz decidir por equidade e impondo-lhe o dever de ajustá-lo (o lucro) à medida legal ou de ordenar a restituição da quantia paga em excesso. A Lei nº. 1.521/51 (Lei de Economia Popular) reeditou a definição da usura real, em seu art. 4º, b, nos mesmos termos e requisitos do Decreto-Lei nº. 869/38. Mas a controvérsia em torno da necessidade de prévia condenação criminal da conduta deve ter obstado a utilização do instituto. No âmbito do direito do consumidor, os arts. 6º, V, e 51, IV, do CDC, prevêm idêntica solução, embora dispensado qualquer elemento subjetivo. Finalmente, às vésperas da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a Medida Provisória nº. 2.172-32 (mantida em vigor por força da EC 32/2001), em seu art. 1º, II, estabelece a nulidade das estipulações usurárias “nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor”, assim consideradas as que estabeleçam “lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros

legais a contar da data do pagamento indevido”. No parágrafo único desse mesmo dispositivo é esclarecido que “Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas”. O art. 3º imputa ao beneficiado o ônus de provar a regularidade jurídica do negócio, sempre que verossímil a alegação do prejudicado. No art. 4º do diploma se verifica o que talvez tenha sido a razão de ser da respectiva edição: a exclusão do mercado financeiro da sujeição às regras então estabelecidas.

A disciplina da lesão pelo Código Civil de 2002 é nos seguintes termos:<sup>176</sup>

Seção V  
Da Lesão

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

---

<sup>176</sup> As Jornadas de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal também tratam da lesão, tendo os Enunciados nº 149 e 150 sido aprovados na III Jornada e os de nº 290 e 291 sido aprovados na IV Jornada: 149 - Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002; 150 - Art. 157: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento; 290 - Art. 157: A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado; 291 - Art. 157: Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço. In: JORNADA de Direito Civil. Brasília: CJF, 2007.

A lesão é considerada um defeito (Parte Geral, Livro III, Capítulo IV do Código Civil de 2002) e uma hipótese de anulação do negócio jurídico (art. 171, II, do CCB). Humberto Theodoro Júnior considera que a lesão assumiu a qualidade de vício de consentimento,<sup>177</sup> não como um defeito funcional (como o era nas fontes romanas e nas ordenações Filipinas, em que importava na rescisão do contrato por ofensa ao “princípio objetivo da comutatividade entre as prestações dos negócios bilaterais”).<sup>178</sup> Anelise Becker, entretanto, demonstra como é artificial a distinção entre rescisão e anulação, fruto do desenvolvimento incompleto da teoria dos planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico (especialmente a distinção entre as invalidades, “nulidade relativa” e “de pleno direito”, ou anulabilidade e nulidade), e que a única peculiaridade da rescisão por lesão era a possibilidade de “redução à equidade”, quando comparada à anulação por outros defeitos do negócio jurídico (ela invoca a expressão de Laurent, no sentido de que o termo “rescisão” aplicado apenas à lesão no Código Civil francês é um “souvenir historique”).<sup>179</sup> A alternativa colocada no art. 157, § 2º, do CCB, de evitar a anulação se for restaurado o equilíbrio torna ainda menos relevante a investigação da distinção, que só se justificaria se tivesse sido mantida a preocupação com o rigor lógico e formal da dogmática oitocentista (justificando indagações acerca dessa peculiaridade que na verdade distinguiria essa hipótese de anulação das demais). Semelhante discussão é colocada por Luis Renato Ferreira da Silva, a respeito da distinção entre lesão e usura real, para contrapor o entendimento de

---

<sup>177</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3, t. 1: livro 3 – dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. p. 32 e p. 218.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 219. A distinção estaria em que não havia falha nos elementos essenciais de formação do contrato, mas na imoralidade das condições econômicas do ajuste, pois o desequilíbrio era tido como ofensivo aos bons costumes, e é por isso que o defeito não era fatal, permitindo à outra parte ilidir a pretensão rescisória com a oferta de complemento do preço. Entretanto, o § 2º do art. 157 prevê essa mesma alternativa.

<sup>179</sup> BECKER, 2000, p. 149-155.

que na verdade a partir da introdução de um elemento subjetivo já não se cogitaria de lesão, pois a lesão qualificada seria na verdade a usura material. Mas a evolução das idéias impõe a verificação de que um conceito que “outrora tivera tal ou qual feição, pode hoje encontrar-se profundamente modificado, deixando de existir aquela figura na sua conformação original, influenciada que foi pelas modificações históricas”.<sup>180</sup> A mesma regra do art. 157, § 2º, revela que não foi inteiramente abandonada a lesão em sua conformação original, apenas acrescido o elemento subjetivo, pois apenas a imoralidade, ou a contrariedade aos bons costumes, que seria característica da usura real, importaria a impossibilidade de manutenção do negócio, pois nesse caso se estaria diante de situação tida como nula (“de pleno direito”) pelo ordenamento jurídico (art. 122 combinado com o art. 166, II e VII, do CCB).

No art. 157 do CCB é possível identificar na lesão um elemento objetivo e outro subjetivo (lesão qualificada).<sup>181</sup> O elemento objetivo deriva da expressão: “se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”; é o desequilíbrio entre as prestações, que devem ser “manifestamente” desproporcionais. O elemento subjetivo é ligado ao elemento objetivo e deriva da expressão: “quando uma

---

<sup>180</sup> SILVA, 1999, p. 77-78.

<sup>181</sup> Na opinião de Caio Mário, conforme veio a ser consagrada no Código Civil de 2002, a lesão “qualificada” é caracterizada por dois elementos: o desequilíbrio entre as prestações e o *dolo* de aproveitamento. O professor constata o abandono da tarifação tradicional de nosso direito (seja pela taxa de 50%, das Ordenações, seja pela taxa de 20%, da Lei de Economia Popular) em prestígio à concepção moderna de “vantagem manifestamente desproporcional ao proveito resultante da prestação oposta”, cabendo ao julgador, através de laudo pericial ou de dados concretos fornecidos pelos interessados, apurar o valor normal da coisa. O dolo de aproveitamento consistiria no abuso da inexperiência ou da premente necessidade da outra parte; mas esse dolo de aproveitamento não se confundiria com o erro, o dolo ou a coação; a inexperiência consistiria no fato de o declarante, por seu estado de espírito ou por falta de informações, seja sobre o preço da coisa ou sobre as condições do mercado, ajustar uma avença em termos que proporciona ao outro contratante lucro exorbitante ao mesmo tempo em que sofre largo prejuízo; já a necessidade não equivaleria à pobreza, mas antes à necessidade de celebrar o contrato, naquele momento; não seria necessário provar que o beneficiado induz o necessitado a celebrar o negócio – este foi levado por força das circunstâncias (PEREIRA, 1997, p. 200 et seq.).

pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência”; o desequilíbrio entre as prestações decorre da necessidade ou da inexperiência de quem foi prejudicado. Presentes esses elementos, “ocorre a lesão”.

Não há o tarifamento da lesão, como sempre foi a tradição em nosso direito (seja além da metade, seja além de um quinto); prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta é um conceito aberto, indeterminado, que deve ser preenchido pelo juiz caso a caso, e sempre relacionado ao elemento subjetivo (necessidade ou inexperiência). Todas as considerações em torno do preço justo, objeto dos capítulos precedentes, são aqui pertinentes. Em geral, o que se tem é que num mercado equilibrado o preço justo ou valor normal tende a ser identificado com o preço médio ou valor de mercado, mas circunstâncias específicas e variações de lugar, tempo ou a ausência de mercado podem determinar a modificação do critério. Parece claro que o preço normal de uma mercadoria produzida no Rio Grande do Sul deve ser maior quando oferecida no interior da Amazônia do que seria se oferta fosse feita no Rio Grande do Sul; mas a ausência de concorrência no interior da Amazônia não pode permitir que o preço normal seja exorbitante, muito além do que seria pela diferença relacionada ao custo de transporte e disponibilidade da mercadoria, além de outras variáveis que possam influenciar nessa determinação.

O elemento subjetivo pode ser caracterizado por qualquer uma das duas seguintes hipóteses: a premente necessidade ou a inexperiência de quem é prejudicado pelo desequilíbrio. Luis Renato assim sintetiza:

A nota característica nesses diversos textos pode ser apontada na situação de minoração de disponibilidade do sujeito ante o negócio. Está-se minorado não no querer, mas pode-se afirmar que a inferioridade diz com as condições negociais.<sup>182</sup>

Anelise Becker acrescenta que “para o reconhecimento do estado de necessidade, não é necessária nem basta a demonstração de que o prejudicado vive na pobreza” e que a inexperiência tampouco significa “ingenuidade” (embora nada impeça relacioná-la a tanto, desde que não se exija, sempre, o concurso dessa circunstância, pois mesmo pessoas com inteligência acima da média podem ser inexperientes em domínios estranhos ao seu conhecimento):<sup>183</sup>

A necessidade de que se trata não é a miséria ou insuficiência habitual de meios para prover a subsistência própria ou dos seus: trata-se da impossibilidade de evitar o contrato, que não decorre da capacidade econômica ou financeira do lesado, mas da circunstância de não poder deixar de efetuar o negócio.<sup>184</sup>

Por inexperiência, entende-se a inexperiência contratual, a falta de conhecimentos ou habilidade relativos à natureza daquilo que se realiza, excludente ou prejudicial da capacidade de exata percepção ou entendimento de coisas ou fatos, sob o ponto de vista econômico, a exigir a superação do mito oitocentista de que um indivíduo deve sempre ser considerado o melhor defensor de seus interesses.<sup>185</sup>

Ainda no tocante ao elemento subjetivo, não parece haver espaço para indagar acerca do dolo de aproveitamento (deslocando o foco da análise, que partiria apenas de quem foi lesado para incluir também quem se beneficiou da lesão). Parece irrelevante, e mesmo contrário, ao enunciado do art. 157 do Código Civil que se indague do dolo de aproveitamento, ainda como presunção decorrente das circunstâncias do caso concreto, porque em nenhum momento da hipótese narrada é

---

<sup>182</sup> SILVA, 1999, p. 82.

<sup>183</sup> BECKER, 2000, p. 120-129.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 121-122.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 122-123.

mencionado o beneficiário da desproporção manifesta entre as prestações, apenas a necessidade ou inexperiência de quem se obrigou a prestação manifestamente desproporcional. A única pessoa referida pelo cabeçalho do art. 157 é a que foi prejudicada pelo desequilíbrio.

Essa, inclusive, é a orientação do Enunciado nº. 150 da III Jornada de Direito Civil. Luis Renato considera que a indagação acerca do dolo de aproveitamento tem origem na repressão ao crime de usura, “que pressupunha sempre a participação intencional, configurada pelo dolo”,<sup>186</sup> e que basta o conhecimento da situação de necessidade do lesado para caracterizar o intuito de exploração, “até porque, de modo diverso, estar-se-ia como a tornar impeditivo o uso do instituto, tamanha a dificuldade em demonstrar o *animus* doloso na espécie”.<sup>187</sup> Humberto Theodoro Júnior acompanha essa noção: “Diversamente do que se passa no dolo, o contratante não induz o outro à prática do ato lesivo, e apenas tira proveito de sua situação”.<sup>188</sup>

Na realidade, o “aproveitamento” diz mais respeito ao “proveito” que a parte favorecida tem com o contrato, o que novamente traz à tona o § 2º do art. 157 do CCB (único momento em que o beneficiário da “desproporção” é mencionado). O “aproveitamento” diz respeito ao elemento objetivo da lesão, decorre unicamente do desequilíbrio do contrato que favorece uma das partes em detrimento da outra: “Nosso Código, todavia, configura o vício do negócio contaminado por lesão, apenas do ângulo da parte prejudicada”; “Seria, pois, de concluir que o contrato será anulável porque foi

---

<sup>186</sup> SILVA, 1999, p. 81.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>188</sup> THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 224.

viciado o consentimento da parte prejudicada, mesmo que o outro contratante não tenha tido conhecimento das suas condições de necessidade ou inexperiência”.<sup>189</sup> Embora a ressalva de que o dolo de aproveitamento estaria implícito na hipótese do art. 157, e que haveria uma presunção relativa do aproveitamento a partir da exagerada desproporção entre as prestações, passível de prova em contrário, isso não é adequado à redação do art. 157 do CCB, e a nota 417 da página 229 revela justamente isso:<sup>190</sup>

A lesão ocorre quando há a usura real. Não há lesão, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo, que vicie a simples oferta. Ademais, na lesão não é preciso que a outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência; a lesão é objetiva. Já no estado de perigo, é preciso que a parte beneficiada saiba que a obrigação foi assumida pela parte contrária para que esta se salve de grave dano (leva-se em conta, pois, elemento subjetivo).<sup>191</sup>

Não concordamos com que o desconhecimento da premente necessidade ou da inexperiência da parte adversa implique a objetivação da lesão; o requisito de prova da premente necessidade ou da inexperiência indica a subjetividade que acompanha o elemento objetivo do defeito (que contém o aproveitamento – o aproveitamento não desapareceu, pois se nem o favorecido e nem o prejudicado quisessem o desequilíbrio a situação se aproximaria do erro), e o enunciado nº. 290 da IV Jornada de Direito Civil é no sentido de que não podem ser presumidos quaisquer desses estados subjetivos do prejudicado (premente necessidade ou inexperiência). O elemento subjetivo, e dependente de prova, não é bilateral, apenas considera o prejudicado. O aproveitamento faz parte do elemento objetivo, ao consentir com o contrato

---

<sup>189</sup> THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 229.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 230-232.

<sup>191</sup> Relatório da comissão revisora. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1986, n. 15, p. 144, apud Ibidem, p. 229.

desequilibrado o favorecido quer o proveito que obtém e é desequilibrado. E a questão da inversão do ônus da prova ou de presunção relativa são construções desnecessárias para os casos em que seria de ser afastada a lesão, pois assim como é possível provar que não houve dolo de aproveitamento partindo do favorecido, também é possível provar que não foi por inexperiência ou por premente necessidade que o prejudicado contratou nos termos em que o fez, se o exame for inverso, e nos dois casos o que se terá de provar é que a lesão não é aplicável porque não havia o estado de inferioridade do prejudicado que tivesse sido afirmado.

Isso certamente objetiva um pouco mais a lesão do que a usura real (em nossa tradição jurídica), mas não a ponto de retornar ao sistema em que bastava o desequilíbrio, pois a situação de premente necessidade ou inexperiência do prejudicado sempre deverá ser investigada, e nem elimina o aproveitamento, que decorre do desequilíbrio entre as prestações. Tanto é assim que, adiante, o mesmo Humberto Theodoro Júnior tenta justificar a alternativa do art. 157, § 2º como “a comprovação *a posteriori*, da censurabilidade da conduta do contratante, que mesmo sabendo do defeito negocial, não se dispõe a repará-lo”. Não é preciso “engendrar” a lesão no “esquema de valorização da teoria da confiança”;<sup>192</sup> embora a boa-fé objetiva e a função social do contrato sejam princípios do novo direito contratual, em conjunto com o do equilíbrio econômico (como examinado no capítulo anterior); a lesão só dependeria da boa-fé objetiva se o equilíbrio econômico entre as prestações não fosse tido como justificativa bastante, se além disso fosse preciso recorrer ao abuso do contrato (como opina Ripert).

---

<sup>192</sup> THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 241.

O equilíbrio econômico do contrato e a boa-fé objetiva são princípios complementares, característicos do novo direito contratual, não se pode estabelecer um embate entre eles. A tensão existente é entre a liberdade de contratar e o equilíbrio econômico; entre a força obrigatória do pactuado e a equivalência entre as prestações. É artificialismo desviar o foco para a boa-fé objetiva; para tanto bastaria o art. 187 do CCB, seria prescindível a regra do art. 157.

A tensão entre o equilíbrio e força obrigatória do contrato, tal como pactuado, fica evidente justamente pelo art. 157, § 2º: o conflito entre esses princípios foi solucionado pelo legislador não impondo a revisão contratual,<sup>193</sup> mas apenas deixando essa alternativa para o favorecido pelo desequilíbrio. A escolha da palavra alternativa revela a discordância com o Enunciado nº 291 da IV Jornada de Direito Civil; o Enunciado 149 da III Jornada é mais compatível com a regra do art. 157, § 2º, do CCB. Atuando contra a regra do art. 157, § 2º, há dois princípios: o equilíbrio econômico e a conservação dos contratos (que poderiam ser impostos pela revisão); mas o Código Civil optou por também privilegiar o voluntarismo, ponderando os princípios sem afastar por completo a incidência de nenhum deles – permitiu a anulação, privando de efeitos o contrato, ou a revisão do pactuado, desde que a tanto se disponha quem tinha sido favorecido, e que pode não concordar com o contrato equilibrado, preferindo nenhum efeito. É flagrante a manifestação da “hipercomplexidade” destacada por Junqueira de Azevedo (examinada

---

<sup>193</sup> A solução do direito alemão para a quebra da base objetiva do negócio, com base justamente no princípio da boa-fé objetiva, é a revisão. Nesse sentido: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976; GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967; LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. SILVA, 1999.

no capítulo anterior); princípios aparentemente antagônicos coexistem, a solução é intermediária, sem afastar totalmente a incidência de nenhum deles.<sup>194</sup>

O critério do art. 157, § 1º, é auto-explicativo. É na fase da formação do contrato que opera a lesão (fase genética, na compreensão da obrigação como processo),<sup>195</sup> e é então que deve ser verificado o desequilíbrio, “até como forma de diferenciar a lesão das teorias relativas à excessiva onerosidade *superveniente*”.<sup>196</sup> Não se exige, entretanto, que essa desproporção perdure até a propositura da demanda, como ocorre nos ordenamentos italiano e argentino.<sup>197</sup>

É da essência da lesão que o seu campo de aplicação seja apenas os contratos onerosos, comutativos e bilaterais,<sup>198</sup> pois somente nesses é possível falar em equilíbrio entre as prestações, mas é preciso que não seja “mascarado” como aleatório o que na verdade é certo, pelo menos para uma das partes, pois o contrato aleatório deve o ser para ambas as partes.<sup>199</sup>

Em outra oportunidade, pareceu ser possível homenagear a tradição do nosso direito combinando o tarifamento e a presunção relativa da ocorrência do elemento

---

<sup>194</sup> Note-se que na relação de consumo há a obrigação de contratar, pelo fornecedor; a mesma ponderação de princípios impôs a revisão do contrato, no art. 6º, V, do CDC, pela conjugação da boa-fé objetiva ao lado do equilíbrio econômico e da conservação dos contratos na tensão com o voluntarismo.

<sup>195</sup> COUTO E SILVA, 1976.

<sup>196</sup> BECKER, 2000, p. 88.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>198</sup> Ibidem, pp. 91 et seq.

<sup>199</sup> SILVA, 1999, p. 91.

subjetivo.<sup>200</sup> O enunciado nº 290 da IV Jornada de Direito Civil aponta em sentido contrário, e de fato a opção do legislador foi clara no sentido de abandonar o tarifamento que marcou a lesão e a usura real em nossa tradição jurídica até a Lei de Economia Popular. Mas isso não significa que não seja possível refletir em torno dos elementos objetivo e subjetivo para obter critérios que auxiliem na fixação do valor normal, ou justo preço (já que a indeterminação da expressão “manifestamente desproporcional” requer o preenchimento de sua “vagueza semântica”).

De início, é possível verificar que quanto maior a inexperiência ou a necessidade de quem contrata, maior tende a ser o desequilíbrio entre as prestações, isso se a parte favorecida aproveitar essa situação de inferioridade da prejudicada (suposto o dolo de aproveitamento). Ora, se tanto o elemento objetivo quanto o elemento subjetivo evoluem na mesma direção (enquanto um cresce o outro também tende a crescer), não

---

<sup>200</sup> ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos do equilíbrio contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007: “Em homenagem à tradição histórica do nosso direito, verificando-se a existência de desequilíbrio manifesto entre as prestações, poderia ser pertinente adotar os percentuais utilizados no tarifamento, tanto da lesão enorme (que era objetiva, dispensando a qualificação da manifestação de vontade, desde que ficasse configurada a diferença superior a 50% entre o valor corrente das prestações) quanto da usura real (que estipula ser a diferença inadmissível a partir de 20%, porém exige a concorrência do “dolo de aproveitamento”). Assim, seria presumível (passível de ser elidida por prova em contrário) a inexperiência ou a premente necessidade caso o desequilíbrio entre as prestações excedesse o percentual de 50% (como na lesão enorme), ou dele se aproximasse. Entretanto, se o desequilíbrio entre as prestações fosse superior a 20% (usura real), mas inferior a 50% (lesão enorme), deveria ser levado em consideração o elemento subjetivo, tendo em vista que a Lei de Economia Popular só considera usurário o contrato a partir dessa taxa se também estiver configurado o elemento subjetivo (aproveitamento da inexperiência ou da necessidade alheia). Por outro lado, no Direito do Consumidor, a inexperiência é conceitualmente ligada ao sujeito protegido, que é reputado vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). Assim, o elemento subjetivo seria dispensável, na configuração da lesão consumeirista. Bastaria o desequilíbrio entre as prestações, em prejuízo do consumidor (art. 6º, V); obviamente, entretanto, não seria qualquer desequilíbrio que determinaria a modificação da prestação, aparentando ser tolerável um desequilíbrio de aproximadamente 20% (usura real) nas relações, mesmo porque a atividade do fornecedor é exatamente a obtenção de lucro e uma equivalência absoluta entre as prestações poderia levar à paralisação e até à eliminação do mercado de consumo, a propósito de protegê-lo.” Mas Teresa Negreiros concorda com a dispensabilidade do elemento subjetivo na lesão em relação de consumo – op. cit., p. 192, assim como BECKER, 2000, p. 124.

seria preciso conjugar esses dois elementos. Apenas um deles já poderia fazer presumir o outro (e foi exatamente assim durante muito tempo). Mas não é essa a opção do art. 157, nem a opinião da doutrina ou as lições do direito comparado, e essa evolução não pode ser tida como ociosa.

Tanto o elemento objetivo quanto o elemento subjetivo têm que ser demonstrados (embora a divergência sobre a posição do aproveitamento no elemento objetivo ou no subjetivo, ele é sempre existente). Mas se ambos elementos têm sempre que ser provados, deve ser possível extrair alguma utilidade prática dessa situação. É nessa linha que se pode pensar em que quanto mais intensa a premente necessidade, ou a inexperiência, não tanto manifesto precisa ser o desequilíbrio entre as prestações, e conseqüentemente o aproveitamento. A relação inversa também pode ser adotada: quanto mais manifesto o desequilíbrio entre as prestações, e o aproveitamento, menor pode ser a intensidade da premente necessidade ou a inexperiência. Embora em sentido contrário à intuição inicial (de que tanto a inferioridade do prejudicado quanto o desequilíbrio entre as prestações evoluem na mesma direção), essa possibilidade parece compatível com as razões determinantes do surgimento da lesão e da usura: manter a equivalência entre as prestações e a justiça do contrato. Parece ser a maleabilidade permitida pelos diferentes graus de premente necessidade, de inexperiência e de desequilíbrio entre as prestações justamente a razão de ser do abandono do tarifamento. Para evitar que um contrato altamente desequilibrado sobreviva porque a necessidade não era tão premente, ou a inexperiência não era tão grande, ou que alguém muito inexperiente ou com necessidade muito premente tenha que aceitar o desequilíbrio porque ele é menos intenso do que uma tarifa legal fixaria

como tolerável. Essa margem de discricionariedade foi deixada ao juiz, que deve lançar mão da sua prudência para relacionar essas circunstâncias e verificar se o contrato pode ou não ser anulado, ou equilibrado (pela revisão).

Teresa Negreiros acrescenta que ao mesmo tempo em que não se deve exacerbar o elemento subjetivo (para não diluir a lesão na antiga dogmática dos vícios de consentimento), tampouco pode ser admitido um princípio absoluto de equivalência entre as prestações, sob pena de afronta a outros princípios também informadores da ordem econômica. Assim, “para enfrentar os impasses provocados pela ‘hipercomplexidade’ do direito contratual, caracterizada, como já visto, pela carga conflituosa trazida pelo surgimento de novos princípios contratuais”, ela sugere que se volte à atenção para o bem contratado, como critério de diferenciação dos contratos, inclusive os de consumo, pois a compreensão e a aplicação desses novos princípios devem contar não mais com as categorias abstratas, unitárias e formais oitocentistas, mas por outras, que as sucedam (para evitar casuísmos e subjetivismos arbitrários) e ordenem o raciocínio jurídico, permitindo o controle das decisões judiciais.<sup>201</sup>

Nestes quadros, a utilidade existencial do bem contratado, graduada conforme a sua maior ou menor importância relativamente à conservação da dignidade da pessoa humana, é um critério constitucionalmente consistente para diferenciar os contratos e para determinar, conseqüentemente, o modo como se lhes deve aplicar a nova principiologia. Diferenciar os contratos conforme a natureza essencial, útil ou supérflua do bem contratado parece, de fato, um critério relevante na determinação do grau de necessidade do contratante. Como visto acima, o ressurgimento da lesão comprova a relevância que o direito dos contratos hoje confere à necessidade do contratante, como expressão do seu estado de inferioridade. Focando o bem contratado, evita-se o retrocesso a uma concepção excessivamente subjetiva da lesão, o que levaria à sua qualificação como um vício do consentimento, e, ao mesmo tempo, evita-se, por outro lado, a injustiça de tratar da mesma forma situações contratuais substancialmente diversas. [...] De fato, a principiologia contratual, ao invalidar a premissa

---

<sup>201</sup> NEGREIROS, 2006, p. 202-204.

clássica da igualdade entre os contratantes, requer a formulação de critérios de avaliação do grau de disparidade de poder negocial. A sugestão, neste trabalho, é a de considerar a ‘natureza’ dos bens em função da dignidade da pessoa humana, e, a partir daí, com base em uma classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos propor uma correspondente classificação dos contratos”.<sup>202</sup>

O critério do paradigma da essencialidade,<sup>203</sup> por ela proposto, pode ser usado para auxiliar na determinação da premente necessidade do prejudicado pelo desequilíbrio contratual – por exemplo:

Isto significa que, com base na criteriologia tradicional, o contrato de compra e venda, por exemplo, de uma jóia e de um remédio é um mesmo e único contrato; o contrato de prestação de um serviço essencial, como o serviço de assistência médica, ou de um serviço de entretenimento, idem. Ou seja, as classificações usuais não levam em conta a influência que o interesse não patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável às diversas situações contratuais. São desprezados, portanto, elementos materiais da maior importância social, atendo-se a dogmática a diferenciações que concebem a relação contratual como um vínculo abstrato, estabelecido entre sujeitos abstratamente iguais, com total indiferença pelo bem contratado.<sup>204</sup>

Certamente, é muito maior a necessidade de se adquirir um medicamento do que a de se adquirir uma jóia, como também é muito mais relevante juridicamente a prestação de serviços de assistência médica do que de entretenimento, e a proteção jurídica conforme a tutela da dignidade da pessoa humana deve situar concretamente essa diferenciação, estabelecendo disciplina diferenciada conforme o caso (inclusive dando maior proteção à situação de maior necessidade).<sup>205</sup>

A diferenciação elaborada à luz do paradigma da essencialidade tem enorme relevância na composição dos princípios aplicáveis à relação contratual. Como

<sup>202</sup> NEGREIROS, 2006, p. 204-206.

<sup>203</sup> O “despontar” do paradigma da essencialidade e a respectiva fundamentação escapam aos objetivos deste trabalho.

<sup>204</sup> NEGREIROS, op. cit., p. 364.

<sup>205</sup> Exemplos no ordenamento jurídico dessa diferenciação podem ser encontrados na obra de Teresa Negreiros (Ibidem, p. 459-485).

observado ao longo deste trabalho, o quadro de princípios contratuais tornou-se complexo, observando-se a coexistência, na ordem constitucional em vigor, de princípios potencialmente colidentes entre si. Assim é que, por exemplo, o princípio do equilíbrio econômico – a autorizar a rescisão lesionaria – se opõe ao princípio da intangibilidade do pactuado, sendo que a composição entre ambos deverá ser feita em conformidade com dados concretos, constantes da relação contratual *in casu*. A função do paradigma da essencialidade é a de introduzir como fundamento decisório, num caso de conflito entre princípios de índole liberal, de um lado, e princípios de índole tutelar, de outro, o dado especificamente objetivo do contrato. Assim, a classificação do bem como essencial, porque denota a finalidade existencial da relação jurídica em causa, é fundamento para que se lhe aplique um regime de tutela, instituído em favor do contratante que carece do bem essencial”.<sup>206</sup>

E a utilização de instrumentos do direito civil para assegurar maior justiça social no âmbito das relações privadas, não significa a desapareição do direito civil, mas a sua revitalização; os limites dos instrumentos do direito civil para assegurar maior igualdade e justiça sociais não são contraditórios com a funcionalização dele à ordem constitucional, porque tais limites não devem “ofuscar as possibilidades interpretativas proporcionadas pela incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas”. É exatamente por isso que o paradigma da essencialidade não parte da “ilusória e ingênua” crença de que seja possível promover o reequilíbrio social de forma eficaz, justa e ordenada, apenas assegurar àquelas relações contratuais que tenham uma função fundamentalmente essencial um regime de tutela específico.<sup>207</sup>

Em suma, a proposta de enunciar e explicitar o paradigma da essencialidade tem por objetivo armar a teoria contratual contemporânea em vista do desafio de, numa economia de mercado, ainda assim fazer prevalecer os valores existenciais sobre os patrimoniais. Seu fundamento último é a afirmação do papel do direito civil, e do direito contratual em particular, na tutela da dignidade da pessoa humana – por outras palavras, o seu papel na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> NEGREIROS, 2006, p. 488.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 495-500.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 502.

A referência ao art. 3º, I, da Constituição é oportuna. Dito de outro modo, e talvez indo um pouco além, poderia ser dito que a razão de ser do novo direito contratual, fundamentado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), não é a de promover por si só a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), mas, pelo menos, impedir que essas desigualdades sejam aprofundadas por meio do contrato. Não uma função positiva, mas uma função negativa. Não se trata de impor contratos que sejam vantajosos à parte mais fraca; trata-se de vedar contratos que a enfraqueçam ainda mais.

## CONCLUSÃO

No decorrer desta obra pode ser verificada a evolução da noção de justiça através dos tempos, a verdadeira confusão estabelecida entre essa noção de justiça e o equilíbrio das prestações no contrato, a compatibilidade material dela com a Constituição da República Federativa do Brasil, que a positiva, assim como que a razão de ser da ordem econômica e social não é a promoção do crescimento econômico ou do poderio nacional, mas da dignidade da pessoa humana – a solidariedade prevalece sobre a cobiça.

A dignidade da pessoa humana e a noção de justiça corretiva ocupam papel central no direito contratual, e ao mesmo tempo criam a tensão e contradição entre a vontade das partes e o equilíbrio das prestações. Ao contratar, se reconhece o outro (*alter*) como pessoa capaz de se autodeterminar; negar vinculatividade a esse reconhecimento significaria negar essa autodeterminação, em cujo favor para representar a justiça no contrato concorrem a possibilidade de discutir o conteúdo do contrato e de recusar o contrato que não seja atrativo – ou seja, um mau negócio simplesmente não se formaria.

Mas a carência inerente à pessoa humana enfraquecida talvez só seja comparável à sua cobiça quando em situação mais confortável. O direito positivo consagrou deveres prestacionais justamente para fazer frente a essa carência, e direcionou em sentido contrário à cobiça o projeto de sociedade a ser construído – cuja qualidade primeira é que seja livre, justa e solidária. Toda a construção filosófica e jurídica do instituto da lesão revela justamente esse contraste, entre a carência de quem está enfraquecido e a cobiça de quem numa posição mais confortável busca maximizar o proveito que pode tirar da situação.

O conflito, entretanto, não se manifesta entre a cobiça e a solidariedade, pois a cobiça foi rechaçada pelo ordenamento constitucional, especialmente no campo econômico, onde mais fecundamente se manifestaria. O conflito que pode ser colocado juridicamente é entre a liberdade, a justiça e a solidariedade (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”); ao exercer a própria liberdade contratual, a pessoa humana é reconhecida pelo meio social como alguém digno desse exercício; a simples negativa dessa liberdade pode resultar na negação da própria constituição dessa pessoa humana; seria alguém de classe inferior, indigna de autodeterminar-se.

Mas não é porque a liberdade foi colocada como objetivo fundamental que a solidariedade possa ser ignorada; a carência da pessoa humana é uma situação concreta que só pode ser verificada numa situação não hipotética, e é para fazer frente a essa carência que a solidariedade é necessária. No exame do instituto da lesão, a carência se manifesta nas duas hipóteses do elemento subjetivo: a “premente necessidade” e a “inexperiência”.

Como seria possível que o ordenamento jurídico conjugasse harmonicamente liberdade e solidariedade, potência e carência? O critério de harmonização escolhido foi a justiça, que, enfaticamente, no art. 3º, I, da CRFB se insere como mediania entre esses extremos, aparentemente antagônicos (mas que não podem assim ser). E a noção de justiça, que tenha a tarefa de harmonizar esses extremos, não pode ser outra que não aquela concebida por Aristóteles, aprofundada por Santo Tomás, e positivada na Constituição: é justamente o equilíbrio entre as prestações que deve pautar essa harmonização, não no sentido de intervir indistintamente no conteúdo dos contratos, mas pelo menos no de impedir a produção de efeitos por contratos que aprofundem a desigualdade social; caso contrário, seria negada a solidariedade e criado o espaço para a cobiça, sob as vestes da liberdade.

A dignidade da pessoa humana não prescinde de deveres prestacionais; para alcançar esse patamar, a pessoa precisa de proteção e impulso; não se pode admitir o retrocesso da dignidade (que depende de certo grau de igualdade material, naquilo que é essencial à pessoa humana) a pretexto de respeitá-la. Quando alguém que já não dispõe de meios suficientes para uma vida digna é privado, pelo contrato, de parcela maior desses meios do que normalmente as pessoas são privadas ao se envolver em semelhante negociação, não há como adjetivar de válida uma tal relação jurídica. Não se pode admitir que alguém, que disponha de R\$ 10,00 para sobreviver por alguns dias, pague R\$ 5,00 apenas por uma xícara de café com leite (isso partindo da premissa de que esse valor é extraordinariamente alto se comparado ao bem pelo qual é trocado), o privando de meios para a subsistência nos dias seguintes, e o ordenamento jurídico qualifique como válida essa relação, porque derivada da liberdade

contratual. E nem se diga que em determinados locais (luxuosos) esse valor seria normal, ou que seja suposto dolo de aproveitamento: não é possível ignorar que o “esfomeado” seja carente, mesmo que ele esteja circulando por um centro de compras de alto luxo, e a venda da xícara de café com leite pelo mesmo preço que não seria extraordinariamente desproporcional aos freqüentadores do centro de compras adquire essa qualidade se a pessoa que o está adquirindo muito necessita dela e paga um preço desproporcional ao que seria adequado ao seu meio.<sup>209</sup>

Essa situação revela como é possível manipular coerentemente os elementos que caracterizam a lesão no sentido de que a maior intensidade de um deles compense a menor intensidade de outros; uma situação de premente necessidade (fome) em que o desequilíbrio entre as prestações só pode ser caracterizado escapando ao critério de valor médio de mercado, sendo preciso recorrer a um preço que poderia ser pago pela pessoa em situação de premente necessidade (provavelmente o preço cobrado na periferia). A solidariedade impõe que a xícara de café seja servida ao “esfomeado” em troca de um preço que não vá privá-lo dos meios necessários à continuidade de sua existência (isso se não fosse oferecida gratuitamente, por caridade). Alguém dirá que o preço inacessível é justamente o mecanismo utilizado para excluir pessoas de poucos recursos dos centros de compras luxuosos, mas é preciso distinguir a premente necessidade (que talvez não possa esperar para ser satisfeita) da esperteza (tampouco se exigirá que a “periferia”, em peso, seja atendida pelo preço que pode pagar, nos locais mais luxuosos), a premente necessidade é uma situação passageira e urgente,

---

<sup>209</sup> A probabilidade de o esfomeado estar freqüentando o centro de compras e ainda não ter sido expulso é quase tão grande quando a de a situação narrada chegar ao Judiciário; em todo caso, a situação é bastante ilustrativa.

por isso é premente (pessoas que se dessem ao trabalho de ir até um local luxuoso para consumir não teriam essa urgência ou premência).

A evolução no instituto da lesão revela quão complexo é regular a vida em sociedade. Ao mesmo tempo em que é preciso que se façam trocas (que mantêm a unidade da comunidade política) e é preciso que essas trocas sejam justas e equilibradas (para que não deixem de ser interessantes e assim fiquem comprometidas trocas futuras e a própria associação), não basta o desequilíbrio entre as prestações para caracterizar a lesão; é preciso que algo mais enfraqueça a autodeterminação de quem consentiu, pois sem respeito a essa autodeterminação a vida comunitária também seria abalada, alguns seriam mais dignos que outros – daí a inserção dos elementos subjetivos, preocupados justamente com a manutenção da dignidade inerente ao ser humano (que, repetidas vezes aviltado, sentir-se-á cada vez menos digno).

Essa explicação do instituto da lesão bem demonstra que numa sociedade que objetiva a redução das desigualdades sociais não se pode admitir a prevalência de contratos flagrantemente desequilibrados em favor de quem já tinha melhor condição para o exercício da própria autodeterminação. A interpretação do instituto deve seguir o mesmo caminho, à luz da constituição e dos fundamentos filosóficos e históricos do instituto: preservar a relação bilateral ou comutativa equilibrada, quando o exercício livre da autodeterminação assim não consegue, sem eliminar o reconhecimento da dignidade de quem se autodetermina; afinal de contas, dependendo da situação um mau negócio pode significar aprendizado (ser edificante), mas também pode significar a

ruína da dignidade da pessoa (seja porque humilhante, ou degradante, seja porque a priva dos meios necessários à existência).

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2005.

ARISTOTELES *Ética a nicômaco*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007.

BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, p. 17-56, 2003.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1983.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

\_\_\_\_\_. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

JORNADA de Direito Civil. Brasília: CJF, 2007.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974.

\_\_\_\_\_. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

\_\_\_\_\_. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradución de Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código civil ao Código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 3, t. 1: livro 3 – dos fatos jurídicos: do negócio jurídico.

ZAMBRANO, Guilherme da Rocha. Os novos instrumentos do equilíbrio contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.