

LIBERDADE, IGUALDADE E DIREITO NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

MUNIR KARAM

1. *Liberdade e igualdade: O confronto e seus reflexos no mundo jurídico.*

O desafio permanente que se coloca no campo do direito é a busca do perfeito equilíbrio entre liberdade e igualdade.

O chamado Século das Luzes definiu também uma nova fórmula do Direito natural e do Estado, dentro de uma concepção individualista-liberal. O Direito Natural perde a sua fundamentação mais ou menos metafísica e religiosa e passa a levantar-se sobre a base dos direitos originários e naturais do indivíduo. O individualismo mais extremo é o que passa então a dar o tom àquelas teorias. A idéia do Estado e da liberdade individual fundem-se uma na outra e esta fusão opera-se justamente dentro de uma nova idéia de Lei e de Direito. Tal idéia, bem como a idéia de Estado, exigem e postulam como reivindicação máxima a *liberdade do indivíduo*, só assim se atingindo a verdadeira expressão do clássico conceito de Direito natural.

A liberdade assim haveria de ser um dos postulados da Revolução Francesa, tendo ao seu lado a igualdade e a fraternidade. E a liberdade pôde então ser realizada quase plenamente. Mas os excessos da cultura liberal acabaram comprometendo a realização do ideal da igualdade. A liberdade significou o di-

reito de fazer o que se aprouvesse, pois o homem estava livre no mais alto grau. Esta a essência do liberalismo: a supremacia total do indivíduo.

Durante muito tempo duvidou-se que liberdade e igualdade pudessem conviver, sem que uma dominasse. Alguns escritores que inspiraram a literatura e a política do final do séc. XVIII e começo do séc. XIX propendiam, uns para a liberdade, outros para a igualdade.

Mas a igualdade, como processo social, sempre evoluiu de forma mais lenta e dificultosa. Enquanto a liberdade já foi realizada, a igualdade não deu ainda todos os seus frutos.

O processo de codificação, iniciado no começo do séc. XIX, haveria de refletir a estrutura de uma sociedade individualista e liberal. Estes princípios haveriam também de impregnar o processo de codificação do direito brasileiro. Apenas em época mais recente o pensamento jurídico do país vem se dando conta da importância de se firmar o primado do *social* em detrimento dos interesses individuais.

Diga-se, porém, que o gênio de CLÓVIS BEVILÁQUA já alertava para os perigos deste desequilíbrio. Para ele, a remodelação da ordem civil deveria ser baseada na expansão crescente da personalidade, na socialização progressiva dos poderes jurídicos, no alargamento da influência da equidade e uma saturação mais forte da moral, nas prescrições e nas aplicações do direito objetivo. Indicava BEVILÁQUA os caminhos do direito nesta difícil encruzilhada em que os homens precisam ser livres e a sociedade ser justa: "A socialização mais acentuada do direito consiste no justo equilíbrio da liberdade e da solidariedade. Sem dúvida, todo o direito é fenômeno social, porque ele é, precisamente, o complexo sistematizado das forças que tornam possíveis a coexistência humana, o progresso social e, dentro da sociedade, o desenvolvimento das faculdades individuais. Mas, quando se fala em socialização do direito, o que se tem em vista é indicar a tendência dele disciplinar as energias humanas, de modo a impedir que as mais consideráveis absorvam, esmaguem ou inutilizem as mais débeis, que merecem ser defendidas, e de modo a tornar menos áspera e

menos irritante a luta entre as classes e os indivíduos" (*Estudos Jurídicos*, pág. 182, Rio, Livraria Francisco Alves, 1916).

2. A prevalência da liberdade contratual.

Não obstante, o Código Civil não haveria de refletir a preocupação do seu grande projetista, sobretudo no sentido de proteger o mais fraco, assegurando ao menos uma situação jurídica igualitária, ao invés do "*optimum ius*" do patriciado romano.

A mentalidade dominante na época, assinala ORLANDO GOMES, transfundiu-se com tanta objetividade nas regras codificadas no capítulo da locação de serviços, que nenhum a traduz com nitidez maior: "Não só na ausência de qualquer medida de proteção aos trabalhadores, mas no tratamento desigual que dispensa ao locatário e ao locador, beneficiando sempre ao primeiro, o Código Civil consagra interesses de classe, que o marcaram daquele "burguesismo" a que se referia BEVILÁQUA" (*Direito Privado*, pág. 112, Rio, Freitas Bastos S/A, 1961).

Em decorrência, o negócio jurídico haveria de ser marcado pelo princípio imutável da *autonomia da vontade*. Este princípio se desdobra em dois outros: a) o princípio da liberdade de contratar ou não contratar; b) o princípio da liberdade de contratar aquilo que entender. As partes são livres para criar relações jurídicas, em defesa de seus interesses. Esta liberdade tem limites apenas na ordem pública.

Mas o princípio basilar da autonomia da vontade está passando por uma revisão. E assim se impõe pelo falso pressuposto de que as partes, no ato de contratar, se encontram em situação de igualdade. A experiência está a demonstrar que nem sempre existe igualdade entre os contratantes. Enquanto o mais fraco, no mais das vezes, não pode fugir à necessidade de contratar, o mais forte leva uma sensível vantagem no negócio, pois é ele quem dita as condições do ajuste.

A verificação de tais circunstâncias, observa SÍLVIO RODRIGUES, conduziu o legislador a intervir no contrato, para

remediar os efeitos da desigualdade existente. "Fê-lo usando do próprio mecanismo, acima explicado, ou seja, criando, para limitar a autonomia da vontade, novas normas de ordem pública, contra as quais esbassa a liberdade de estipular" (*Direito Civil*, vol. 3, 17ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1988).

Assim surgiram normas para tabelar os juros, proteger os inquilinos, preservar o fundo de comércio, garantir o piso mínimo salarial e a valorização do trabalho.

Mas ainda sobram largos espaços, onde a autonomia da vontade se impõe, penalizando os mais fracos. Avultam, neste campo, os chamados contratos de adesão, onde faltaria a vontade da parte aderente, condenada a se submeter às imposições da contraparte. Embora figura de largo tráfico social, é necessário que se criem mecanismos para uma interpretação mais equânime de suas regras.

3. *A jurisdição da equidade no direito romano. A "restitutio in integrum".*

O direito romano não desconhecia a injustiça decorrente do desequilíbrio entre as partes contratantes.

E um dos remédios mais eficazes aplicados era a jurisdição da equidade, de criação pretoriana. A obra dos pretores opulentou, mercê do *ius honorarium*, o tesouro do direito romano, adaptou a novas necessidades institutos avelhantados, deu-lhes plasticidade e vida e, logrando regular harmoniosamente as relações e compor com justiça os conflitos de interesses, realizou com firmeza e segurança o ideal jurídico.

Importante destaque dentre os poderes de pretor era a *restitutio in integrum*, fundada no seu *imperium*. Permitia corrigir os abusos negociais, mesmo em confronto ao *ius civile*, para eliminar os efeitos nocivos do contrato.

Havia pois uma contraposição entre o *imperium* e a aplicação do direito comum: a aplicação justa da norma a uma relação concreta se transformava em suma injustiça se se atentassem à mais íntima substância dessa mesma relação.

Para tais casos, o direito atual nem sempre tem proteção: o peso da lei se faz sentir sobre o mais fraco, esmagando-o inesoravelmente. Mas o direito romano, mesmo sendo formalista, tinha o *remedium iuris*, de amplo espectro. Recorria-se ao pretor e este provia a parte, suprimindo as tristes consequências do direito positivo na relação concreta, mediante a *in integrum restitutio*.

Esta solução, ainda que extraordinária, tinha amplíssima esfera de aplicação e era, no fundo, uma das chaves do edifício do direito romano, temperando o seu excessivo rigor.

Quando tinha lugar a *in integrum restitutio*? Assim responde SCIALOJA: “Em épocas mais antigas, dependia inteiramente da apreciação do magistrado, de maneira que ficava livre à sua consciência reconhecer se em um determinado caso havia, ou não, lugar para a *in integrum restitutio*; porém, seja por via do edito, seja pela via da jurisprudência se foram pouco a pouco determinando também as normas de aplicação da *in integrum restitutio*. De maneira que este remédio extraordinário *contra legem* terminou por ser, ao menos em suas linhas gerais, submetido por sua vez a normas jurídicas de direito positivo. De uma parte, pois, o arbítrio do magistrado corrigia o direito; e, de outra parte, o direito veio a corrigir o excessivo arbítrio” (*Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, EJE, 1954).

Os seus requisitos necessários podem assim ser formulados: um *dano* sofrido pela pessoa favorecida pelo benefício e uma *justa causa* para a sua concessão. O edito do pretor enumerava as seguintes justas causas, que autorizavam o benefício: menoridade (25 anos), medo, dolo, erro, ausência justificada, *capitis deminutio* e alienação *iudicii mutandi causa*. As ações concedidas em virtude da *in integrum restitutio* se chamavam ações rescisórias ou ações restitutórias.

O direito civil brasileiro prevê, de modo bastante restrito, a atuação equitativa do juiz. O Cód. Civil, por exemplo, consagra a equidade no juízo arbitral (art. 1.040, inc. IV), no contrato de seguro (art. 1.456) e na fixação de alimentos (art. 400).

Na legislação especial, cite-se a Lei de Luvas (art. 16), na fixação do valor locativo.

A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 8º) obriga o Juiz a decidir por equidade, na falta de normas legais ou contratuais, visando proteger ao economicamente mais fraco.

4. O princípio da boa fé e a “*exceptio doli*”.

As modernas legislações foram buscar, nas fontes romanas, o princípio da boa fé, como um dos limites à autonomia da vontade, para atenuar o desequilíbrio entre as partes contratantes.

Há uma grande disputa em torno do conceito de boa fé, os seus caracteres e os seus limites. Se indaga, por exemplo, se a boa fé deve ser concebida em sua natureza ética ou psicológica; se a boa fé deve ser entendida de modo positivo (crença de não lesar outrem) ou negativo (como mera ausência de *má fé*); quais as relações entre boa e má fé; se há uma boa fé jurídica diversa da boa fé social e assim por diante.

Os autores se debatem sobre a questão da natureza da boa fé, como se ela fosse a chave do problema. No entanto, aceita-se hoje que o seu conceito ético ou psicológico é mais uma questão de grau do que de essência.

Nos parece mais interessante a colocação de GIUSEPPE GROSSO sobre o caráter subjetivo e o objetivo da boa fé.

Os textos romanos costumam associar boa fé às expressões *ignorare*, *putare*, *existimare*, *nescire* e, correspondentemente qualificar a *má fé* como um estado de *ciência*. O conceito *subjetivo* da *fides* seria encontrado nos institutos típicos da posse de boa fé, na boa fé no usucapião, no *liber homo bona fide serviens*, etc., cuja antítese era o *dolus malus*, que provia uma valoração objetiva de um comportamento. O fulcro, diz GIUSEPPE GROSSO, é constituído pela convicção de não lesar direito alheio, de não cometer engano, convicção que a mais das vezes é fundada sobre erro, ou ignorância da posição de lesão ou de vício, que porém não é essencial (“*Buona Fede*”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 5, pág. 663 — Milão, Giuffrè Editore, 1959).

GIUSEPPE GROSSO, porém, revela também um critério *objetivo* da *fides bona*, que passou a regular as relações entre os romanos e os peregrinos. Estas relações, que receberam um grande impulso pela expansão do comércio marítimo romano e pelo seu desenvolvimento após o término da primeira guerra púnica, dariam também causa à formação do *ius gentium*. O elemento vinculante e o princípio normativo desse complexo jurídico seria justamente a *fides*, com a ulterior qualificação ética de *fides bona* ou *bona fides*. Nascia assim o conceito *objetivo* de boa fé, de lealdade comercial, que regulava o mundo do comércio. Cabia ao *praetor peregrinus* dar sanção processual ao complexo de relações que surgiam, tendo como critério normativo a *fides bona*. O recurso à *fides bona* qualificava o Juízo como *bonae fidei iudicium*, em contraposição aos antigos contratos e ao *mutuum*, que permaneceram sob o antigo método da interpretação restrita (ob. cit., pág. 662).

LOS MOZOS também destaca na boa fé, enquanto princípio geral, suas duas dimensões mais características: compreende enquanto boa fé "*objetiva*" a *naturalis aequitas* dos antigos, como põe em relevo as obrigações surgidas dos contratos; o mesmo que enquanto boa fé "*subjetiva*" ou legitimamente, exclui a culpa e o dolo (*Del dolo civil al dolo procesal*, pág. 31 *Valladolid*, Gráficas A. Martins S/A, 1984).

Lembra GIUSEPPE GROSSO que alguns desejam fazer da distinção entre a *bona fides* como critério normativo e a *bona fides* subjetiva uma antítese entre o campo das relações obrigacionais e aquele dos direitos reais (ob. cit., pág. 663). O conceito de boa fé, nos contratos aparece mais rigoroso, enquanto em outros institutos, como nos direitos reais, aparece menos rígido.

O direito pretoriano concedia ao devedor um instrumento de flexível proteção da equidade e da boa fé: a *exceptio doli*. Era uma *exceptio in personam*, da maior importância e transcendência para a vida dos negócios jurídicos. Esta proteção se estendia em relação às seguintes modalidades de dolo: o *dolus praeteritus*, o *dolus praesens*, ou o *dolus in agendum*. Daí ha-

ver duas espécies de *exceptio doli*: a) a *exceptio doli specialis* ou *praeteriti*; b) a *exceptio doli generalis* ou *praesentis*.

A primeira referia-se ao dolo praticado por ocasião da formação ou da celebração do contrato. A segunda, ao dolo superveniente, que nascia da relação processual, ciente o autor de que o réu poderia elidir, com uma exceção, a sua demanda.

No sistema romanístico, considerava-se subordinada ao livre arbítrio do *iudex* não somente a conduta do devedor no adimplir a obrigação, como também a do credor do ponto de vista do exercício do seu direito creditório, que se devia harmonizar com a *fides bona*. Na verdade, diz SERPA LOPES, "o devedor encontrava na *fides bona* um escudo com o qual se defendia de toda demanda do credor que não viesse pautada pelos princípios da boa fé, como o atestavam os aforismos *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*, ou ainda *bona fides non patitur ut bis in idem exigatur*" (*Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido*, págs. 124/125 — Rio, Freitas Bastos S/A, 1959).

Para LOS MOZOS, trata-se de manifestação concreta do dolo processual, no qual incorre quem, em virtude do exercício de sua ação, exige a entrega do que teria que restituir por outro motivo (ob. cit., pág. 29).

SERPA LOPES parece querer vislumbrar na *exceptio doli generalis* o fundamento também das exceções de direito civil.

Questão delicada é a de se distinguir o dolo processual da *exceptio doli*. Tal problema não se apresenta em relação à *exceptio doli specialis*, que tem lugar em virtude de defeitos procedentes do exercício da ação conforme o direito material, ao tempo da formação do contrato.

Em relação à *exceptio doli generalis*, porém, é inequívoca a sua conotação com o processo. Inobstante, ampliou-se a aplicação da boa fé, para se exigí-la também no momento da *execução* dos contratos, o que a aproxima dessa segunda modalidade.

Embora argüida *no processo*, conserva o seu caráter substancial. No direito brasileiro, a distinção é mais fácil, porque o nosso Código de Processo Civil condena o litigante de má fé,

que causa dano processual, mencionando explicitamente as suas hipóteses (art. 17 e seus incisos).

Criação pretoriana, indaga SERPA LOPES se a *exceptio doli* teria desaparecido na fase pós-clássica juntamente com a fórmula. Responde negativamente: "Quando a lei expressamente consagra o princípio da boa fé nos contratos (como sucede no direito germânico, § 242, do BGB), quase que não se impugna a aplicação da *exceptio doli contractus*" (ob. cit., pág. 125).

Em relação ao direito brasileiro, porém, encontramos duas dificuldades. A primeira é a de que não prevê ele a *exceptio doli* como defesa contra os atos viciados por dolo. O ato é anulável e não simplesmente ineficaz. A segunda, é a ausência de um dispositivo que preveja o princípio da boa fé. Quando inexistente tal conceito ético, afirma COUTO E SILVA, "... a interpretação torna-se extremamente difícil, pois é quase impossível saber em que casos e sob que fundamentos é possível limitar o poder da parte mais forte nos contratos de adesão" ("*O princípio da boa fé e as condições gerais dos contratos bancários*", in *Contratos Bancários*, pág. 32, Curitiba, Juruá Editora, 1988).

Dificuldade adicional é a de que alguns pretendem ver no art. 160, I, 2ª parte, do Cód. Civil a figura do *abuso de direito*, que possui fundamento idêntico ao da *exceptio doli*: a necessidade de exercitar de boa fé os direitos subjetivos.

Mas, como diz SERPA LOPES, o dano sofrido pelo exercício abusivo de um direito pode ser demandado pela *actio doli*, enquanto, ao contrário, a *exceptio doli* serve como defesa da-quele que reage contra uma ação dolosamente proposta (ob. cit., pág. 131).

Na falta de norma expressa, os Tribunais pátrios têm entendido que as cláusulas ambíguas, no contrato de adesão, devem ser interpretadas contra o proponente.

O Código Civil português dispôs expressamente que, tanto no *cumprimento da obrigação*, como no *exercício do direito* correspondente, as partes devem proceder de *boa fé* (art. 762, nº 2).

PARA ANTUNES VARELA há, no preceito, duas notas fundamentais: Por um lado deduz-se que nem sempre bastará uma

realização *formal* da prestação debitória, para que a prestação se considere cumprida. Por outro lado, além dos deveres de prestação, principal ou secundária, que fluem da relação obrigacional, o cumprimento pode envolver a necessidade de observância de múltiplos deveres acessórios de conduta (*Das Obrigações em Geral*, vol. II, págs. 10/11 — Coimbra, Livraria Almedina, 1973).

O princípio da boa fé também mereceu destaque no Código Civil italiano. Deve ele presidir não apenas as tratativas das partes e a formação do contrato (art. 1.337), como a sua interpretação (art. 1.336) e a sua execução (art. 1.375).

Para PIETRO RESCIGNO, a boa fé imposta desde a fase pré-contratual até a execução do contrato, deve ser entendida como expressão de retidão, lealdade, respeito à palavra dada, proteção dos laços fiduciários surgidos (*Manuale del Diritto Privato Italiano*, 5ª edição, pág. 690, Napoli, Jovene Editore, 1982).

O Projeto do Código Civil brasileiro propôs uma nova ordem, ao repetir o preceito do diploma civil italiano, instituindo os princípios da probidade e da boa fé assim na conclusão como na execução do contrato. Em relação aos contratos de adesão, consagra a interpretação mais favorável ao aderente, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias (arts. 421 e 422).

A boa fé em sentido subjetivo, a que se refere GROSSO, é encontrada em vários dispositivos do Cód. Civil brasileiro. No direito de família, ressalva os efeitos do casamento anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé (art. 221). No direito das coisas, protege a posse de boa fé (arts. 510 e 516) e convalida a tradição *a non domino*, se o alienante estiver de boa fé (art. 622). Nas obrigações, reconhece validade ao pagamento feito de boa fé ao credor putativo (art. 935) e, também, aos contratos celebrados com o mandatário putativo (art. 1.321). Nas sociedades, reserva a dissolução à renúncia do sócio, quando feita de boa fé (art. 1.404). No contrato de seguro, faz da boa fé um dos seus fundamentos basilares (art. 1.443).

Diante desta sistemática e em contraponto com o que antes se afirmara, indaga SERPA LOPES: “Qual o Juiz que não se sentiria habilitado a exigir o cumprimento de uma prestação, com a observância da *fidelidade* e de acordo com as regras da *boa fé*?” (ob. cit., pág. 129).

5. A “*exceptio non numeratae pecuniae*”.

Um campo extremamente desfavorável ao devedor é o que diz respeito aos mútuos feneratícios. Nesta área, a abstratividade dos títulos de crédito faz com que os terceiros, como avalistas, fiadores e intervenientes garante não possam opor exceções pessoais. A legislação é extremamente protectiva aos credores, sobretudo quando se tratam de instituições financeiras. As taxas de “spread” podem ser cobradas, em caso de inadimplemento, conforme o mais alto índice praticado na data do pagamento, ainda que por outra instituição congênere. A chamada lei da alienação fiduciária chega mesmo a violentar o devedor: impede a purgação da mora, se não houver sido pago 40% do preço; reduz para três dias o prazo de defesa e ainda limita os pontos que podem ser objeto de contestação. O Dec.-lei nº 70/66, que institui a cédula hipotecárias no SFH, autoriza a rescisão do contrato *pleno iure*, não havendo purgação do débito; a alienação do imóvel financiado por leilão público extra-judicial; e a imissão de posse liminarmente, se o devedor não comprovar, em 48 horas, que pagara ou consignara judicialmente o seu débito antes de realizado o leilão.

No direito romano, como se sabe, a *stipulatio* aparece como um negócio formal e abstrato. Era irrelevante a *causa*, ou seja, a função económico-social pela qual a *stipulatio* era celebrada. Porém, a partir de CARACALLA, foi concedido, por um rescrito imperial, na época da *cognitio extra ordinem*, a chamada *exceptio non numeratae pecuniae*.

Pela referida exceção, o mutuário demandado podia alegar haver recebido importância menor do que aquela exigida pelo credor. E então se invertia o ônus da prova, cabendo ao pretendo credor provar a *numeratio pecuniae*. Ampliando-se o al-

cance da *exceptio*, foi concedida ao devedor a iniciativa da alegação, mediante a querela *non numeratae pecuniae*, para declarar a inexistência da obrigação independentemente da ação *ex stipulatu*. Admitia-se ainda que o devedor repetisse o instrumento das mãos do credor, sob fundamento de que lhe entregara um reconhecimento de dívida, sem haver recebido o dinheiro: *condictio sine causa*. A exceção foi também admitida quando o vendedor desejava receber o preço, sem haver entregue a mercadoria: *exceptio mercis non traditae*.

6. O instituto romano da “lesão”.

O desequilíbrio nas relações negociais pode ainda buscar no direito romano um poderoso instrumento regenerador: o instituto da *lesão*.

Encontra ele uma de suas fontes no Código justinianeu, sob a rubrica *de rescindenda venditione*, que se reporta a uma Constituição atribuída aos Imperadores DIOCLECIANO e MAXIMIANO, do ano 285 da era cristã:

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMILIANUS AA. Lupo: Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emptoribus, fundum venditum recipias, auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit” (Livro IV, Tit. XLIV, L. 2).¹

Por muito tempo o instituto foi designado como a Lei Segunda, até que os glosadores da Escola de Bologna o designaram pela expressão “lesão enorme”.

¹ “Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é equitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o justo preço. Se entende que não é justo preço, o que não representa a metade do valor da coisa”.

A crítica romanista, de modo quase unânime, aponta para a interpolação do texto. E, de fato, o estilo é comprometedor. Em um texto de apenas 46 palavras se repete cinco vezes o vocábulo *pretium*, duas vezes o verbo *recipere* e duas o substantivo *emptor*. Como se tal não bastasse, não se indagava no direito clássico se o preço era ou não justo. Era lícito a cada uma das partes buscar o melhor negócio. Assim ensinava PAULUS:

*“Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere, et (ita) invicem se circumscribere; ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est” (D. L. XIX, Tít. II, fr. 22, § 3º).”*²

Não pretendendo desprezar a preocupação com a autenticidade do texto, entendo apenas que a finalidade proposta não se altera em função da autoria atribuída. Importa se identificar com o instituto a tendência atual de resgatá-lo para atender-se à paridade das partes contratantes.

No rescrito, de um modo geral, podemos encontrar estes pressupostos: a) é possível anular a venda de um imóvel, desde que o preço pago pelo comprador seja inferior à metade do valor da coisa vendido (*ultra dimidiam*); b) a *ratio* de tal norma é a equidade (*humanum est*); o vendedor pode obter a rescisão do contrato apenas por via judiciária (*auctoritate intercedente indicis*); d) ao comprador é dada a faculdade de evitar a rescisão se oferecer o complemento do preço até o seu real valor (V. ALESSANDRO PICCIRILLO, *Rescissione*, “Novissimo Digesto Italiano”, vol. XV, pág. 576, Torino, Ed. Torinese, 1968).

Em outro passo, conhecido como Lei Oitava (Código, Livro VI, Tít. 44, L. 8), os mesmos Imperadores, em resposta a um certo EVODIA, após afirmarem que a venda de um fundo, feita pelo filho do consulente apenas por dolo pode ser anulada e

² “Ao modo que na compra e venda naturalmente está permitido comprar pelo menor preço que se possa e vender pelo maior e enganar-se mutuamente; nestes termos, se diz o mesmo a respeito dos arrendamentos”.

não por pequena diferença de preço (*paulo minore pretio*), porque é da natureza do contrato as tratativas das partes para obter maior vantagem, *concluem* porém por admitir a resolubilidade do contrato, se houver sido pago menos da metade do justo preço (*nisi minus dimidia iusti pretii*).

É interessante conhecer a justificação histórica que apresentam os defensores da autenticidade do texto, posto que as mesmas circunstâncias se repetem.

Na época de DIOCLECIANO, a sociedade romana estava dividida em três classes: abastados (*potentiores*), médios (*mediocres*) e miseráveis (*tenuiores*).

Os poderosos, socialmente prestigiados, proprietários de latifúndios, investiam sobre as pequenas propriedades, prevalecendo-se das dificuldades do pequeno agricultor. Nos contratos celebrados, a igualdade jurídica, cedendo lugar à desigualdade econômica, levava os *humiles* a venderem por preço vil sua pequena gleba ao *potentior*. Deste modo, era ele prejudicado na venda, em face de sua necessidade, nada podendo fazer contra o ato lesivo, com fundamento nos princípios do *ius civile*.

DIOCLECIANO teria sido sensível a esta realidade e, para evitar a crise do pequeno agricultor, instituiu a resolubilidade do contrato lesionário, motivado pela equidade.

Uma outra corrente doutrinária prefere identificar a raiz do instituto como intervenção de política legislativa para sanar a crise econômica e social que caracterizou o Baixo Império (V. ALESSANDRO PICCIRILLO, ob. cit., pág. 578).

De qualquer modo, não carece dúvida de que o instituto foi inspirado na necessidade de restabelecer o estado anterior, em proteção à parte mais fraca.

Como já se viu, o direito romano já conhecia a rescisão dos contratos, decorrente de vícios do consentimento, considerando circunstâncias nitidamente *subjetivas*.

A lesão enorme assume aspecto diferente. A rescisão do negócio teve em vista a venda de coisa de maior valor (*rem maioris pretii*) por preço vil (*minoris pretii*), mas não se baseou no erro do vendedor, nem indagou se ele conhecia o justo valor, nem se foi enganado pelo comprador. Resumiu-se ape-

nas àquela desproporção. Pretendeu restabelecer o equilíbrio entre o valor real e o preço da venda.

Criou assim um critério *objetivo* de apuração, que se refletia na validade do contrato. Foi conceituada a lesão como um vício de apuração objetiva do próprio contrato, inconfundível com os defeitos subjetivos, preexistentes no direito comum.

7. *A lesão nas Ordenações reinícolas. O seu sucedâneo no direito penal: a usura real. A posição crítica de ORLANDO GOMES.*

No direito reinícola, a lesão conservava o aspecto romano: era caracterizada não por qualquer defeito de ordem psicológica, mas pura e simplesmente pelo seu lado objetivo, na simples desproporcionalidade entre valor e preço.

Nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Tít. XIV), a lesão era extensiva a todos os contratos; nas Manuelinas (Livro IV, Tít. XXX) e Filipinas (Livro IV, Tít. XIII), mantidos os mesmos princípios, estabeleceu-se a distinção entre a lesão enorme e a enormíssima, conforme afetassem mais da metade ou em mais de dois terços o valor da coisa.

TEIXEIRA DE FREITAS contemplou-a em sua Consolidação (arts. 359 e 360), embora a houvesse excluído expressamente no Esboço (art. 1.869).

Com a Revolução Francesa, como se disse, passou a prevalecer uma concepção individualista do direito e da economia, tendo o instituto entrado em decadência.

Mas a lesão, por paradoxal que seja, haveria de reingressar em nosso sistema legislativo, pela via do direito penal, com o nome de *usura real*. Evitou-se assim confundir a lesão no contrato com o crime do mesmo nome.

A usura, seja na modalidade pecuniária ou na real, passou a constituir o delito previsto na Lei nº 1.521/51, que visa tutelar a economia popular.

A *usura real*, que mais nos interessa, está assim prevista no art. 4º, "b", da Lei nº 1.521: "Obter ou estipular, em qual-

quer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

O legislador pretendeu prioritariamente proteger não o interesse do contratante lesado, mas a periclituação da ordem econômica, como bem juridicamente tutelado.

O simples critério da desproporção entre valor e preço ce-
deu lugar à combinação de elementos subjetivos e objetivos.

No aspecto objetivo, a vantagem não deve superar a 20%, ou seja, a quinta parte, o que indica o rigor da lei quanto ao benefício obtido. No aspecto subjetivo, deve ocorrer o que CICALA denomina de dolo *di sfruttamento* consistente em aproveitar-se o usurário da situação de premente necessidade da vítima, ou da sua inexperiência ou leviandade.

O projeto do Cód. Civil (Mensagem nº 160/75), em seu art. 155, define a *lesão*, reunindo os dois elementos acima mencionados, referindo-se à “prestação manifestadamente desproporcional”, sem fixar números percentuais. O referido projeto comina de anulabilidade o negócio jurídico lesionário art. 169, inc. II).

Na Exposição de Motivos, o Supervisor da Comissão, Prof. MIGUEL REALE, entendeu “tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os *fins sociais* do contrato, implicando os valores primordiais da boa fé e da probidade”.

O saudoso Prof. ORLANDO GOMES haveria de criticar com rigor o instituto da *lesão*. Para ele, trata-se de um conceito destituído de valor, que conserva resíduos individualistas e se acha preso à tentativa de conciliar o princípio da autonomia da vontade com o da justiça comutativa (*Reflexões sobre a lesão*, in “Transformações Gerais no Direito das Obrigações” — S. Paulo, Rev. dos Tribs., 1967).

ORLANDO GOMES também critica os que pretendem sinonimizar *lesão* e *usura*. A *lesão* ocorreria apenas no contrato

de compra e venda e a usura em todos os negócios jurídicos, que comportam a exploração de uma parte pela outra. A lesão é o quarto vício do consentimento. É sua *vontade* que a lei leva em conta, considerando-a defeituosa. Na usura, presume-se intacta a vontade de quem sofre a exploração, levando-se em conta o estado de espírito do explorador. A usura funda-se no interesse social e a lesão no interesse individual do prejudicado. Havendo usura, o contrato é imoral, impondo-se a sanção da nulidade. Ocorrendo a lesão, o contrato se torna rescindível, o que vale afirmar que é anulável (ob. cit., pág. 33).

Vimos que a lesão não surgiu como vício do consentimento, mas pela simples desproporção entre o dado e o recebido. O elemento subjetivo veio mais tarde, mesmo assim não tendo por fundamento uma desconformidade entre a vontade real e a vontade presumida. Residindo a lesão, no magistério de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "... na zona limítrofe dos vícios do consentimento, por aproveitar-se o beneficiário da distorção volitiva, para lograr um lucro patrimonial excessivo, é sem dúvida um defeito do negócio jurídico, embora diferente, na sua estrutura, dos até agora examinados, razão porque é chamado por alguns de *vício excepcional*" (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, pág. 473 — Rio, Forense, 1978).

Também nada há que impeça que a lesão se aplique a todos os contratos comutativos e não apenas à compra e venda. Quanto ao seu fundamento, a importância da *lesão* se encontra nos pretendidos fins sociais do direito, não tanto vinculados à justiça comutativa, mas sim à preservação da posição igualitária entre as partes no ato de contratar.

Em relação à taxionomia, quero crer que os contornos do instituto projetado se identifiquem mais com a lesão do que com a usura.

No direito romano clássico, existia uma aceção peculiar de usura, entendida esta como o mero interesse pelo uso da coisa emprestada. Esta ordem de idéias influenciou o direito canônico, no qual se encontra a distinção entre o interesse lucrativo (*usurae lucrativae*) e o interesse compensatório e o punitivo (*usurae compensariae et punitoriae*). Embora esta dis-

tingão tenha levado a identificar historicamente a usura com toda a classe de injustiça cometida em qualquer tipo de contrato, a lesão tem contornos mais específicos, voltada para a desproporção entre prestação e contra-prestação, como surgiu no direito romano e ainda é um dos seus traços característicos em várias legislações contemporâneas.

8. A figura moderna da onerosidade excessiva.

A lesão se configura desde que haja um desequilíbrio coeso à formação do contrato. Não se cogita de lesão em contratos aleatórios. Mas, e se houver um desequilíbrio superveniente? A doutrina moderna criou, para a hipótese, a figura da onerosidade excessiva, aplicável aos contratos de execução continuada ou diferida.

Ela se caracteriza quando o desequilíbrio do valor das prestações se torne excessivo, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, gerando extrema vantagem para a contra-parte.

O evento superveniente autoriza tanto a resolução do contrato como a sua revisão (*reductio ad aequitatem*). O escopo de ambas é o de preservar a condição de paridade no desenvolvimento da relação obrigacional, comprometida por fatos imponderáveis.

Adverte BETTI que a resolução não é do negócio, com todos os seus efeitos, mas da relação contratual: "tanto assim que, entre as próprias partes da relação, embora, em regra, a resolução tenha efeito retroativo, ela não alarga o seu efeito às prestações já cumpridas, no âmbito de um contrato de execução continuada ou periódica (art. 1.458, do Cód. Civil italiano). A *fortiori*, a superveniente ineficácia não prejudica os terceiros que tenham, por qualquer modo, adquirido direitos da outra parte contratante, anteriormente ao pedido de resolução (art. 1.458, parágrafo, do Cód. Civil italiano)" (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*, tomo III, pág. 76, Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1970).

BETTI também recorda que a resolução pode ser evitada "...com uma modificação das condições, que seja capaz de restabelecer o equilíbrio, seguindo uma linha de coerência com a valoração comparativa do custo e do rendimento das prestações, feita pelas partes na altura em que celebraram o contrato" (art. 1.467, últ. par., Cód. Civil italiano, ob. cit., pág. 72).

Há uma certa tendência em se confundir a moderna figura da onerosidade excessiva com a cláusula medieval *rebus sic stantibus*", surgida da pena dos pós-glosadores: "*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*".³

Não se nega o caráter eminentemente revisionista de ambas. Mas a chamada teoria da imprevisão se refere a fenômenos das mais variadas ordens, conquanto atinentes a relações entre o conteúdo dos atos de vontade e a influência do tempo, bem como à sua aplicação indiscriminada a todo o ato de vontade negocial, seja no direito público, direito administrativo, convenções coletivas do trabalho e, até, no direito internacional público.

De outro modo, a excessiva onerosidade se enquadrará na categoria dos "vícios" chamados funcionais de causa comutativa, mas que não determinam necessariamente a invalidade do contrato, podendo conduzir — como referiu BETTI — à eliminação do fator de desequilíbrio e à conservação do negócio.

Assim, o instituto não deve ser visto como uma exceção ao princípio da imutabilidade dos pactos contratuais, mas a ele se coordena, constituindo antes um limite decorrente da exigência dogmática de uma adequada discriminação entre causa comutativa e causa aleatória.

A onerosidade excessiva está regulada em vários dispositivos do Código Civil italiano (arts. 1467, 1468, 1664, 1879 e 2058), revestida de um caráter rigorosamente técnico. Foi também inserida, com semelhante redação, como causa de reso-

³ Contratos que geram obrigações sucessivas e dependentes do futuro, o seu cumprimento fica condicionado à permanência do estado de fato contemporâneo à formação do vínculo.

lução do contrato, nos arts. 477, 478 e 479, do projeto do Cód. Civil pátrio.

A turbulência dos tempos modernos, a velocidade dos fatos, a exigência de rapidez nas decisões, traem muitas vezes a finalidade dos pactos. Mas quando se ultrapassa um certo grau de previsibilidade, que foge ao controle de normalidade das coisas, levando ao desequilíbrio a relação contratual, o jurista não pode se omitir e, como diz CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa e extraia para si o máximo nefício (ob. cit., vol. III, pág. 108).

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira — “Do contrato” — Rio, Forense, 1960.

BETTI, Emílio — “Teoria Geral do Negócio Jurídico” — Coimbra, Coimbra Editora, 1970.

BEVILAQUA, Clóvis — “Estudos Jurídicos” — Rio, Liv. Francisco Alves, 1916.

BOSELLI, Aldo — “*Eccessiva Onerosità*”, in “Novissimo Digesto Italiano”, vol. VII — Ed. Torinese, Torino, 1960.

BRANCO, Elcir Castello — “Lesão” — II, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 49 — S. Paulo, Saraiva, 1977.

BURDESE, Alberto — “*Manuale di Diritto Privato Romano*”, 3ª edição — Torino, Ed. UTET, 1977.

CHAVES, Antônio — “Lesão” — I, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 49 — S. Paulo, Saraiva, 1977.

FONSECA, Arnaldo Medeiros — “Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão” — Rio, Forense, 1958.

GOMES, Orlando — “Direito Privado” — Rio, Freitas Bastos S/A 1961.

———. “Reflexões sobre Lesão”, in “Transformações Gerais do Direito das Obrigações” — S. Paulo, Rev. dos Tribs., 1967.

- GROSSO, Giuseppe — *Buona Fede*, in “Enciclopedia del Diritto”, vol. 5 — Milão, Giuffrè Editore, 1959.
- GUIMARÃES, Octávio Moreira — “Da Boa-fé no Direito Civil Brasileiro,” 2ª edição — S. Paulo, Saraiva, 1953.
- KARAM, Munir — “Usura”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 76 — S. Paulo, Saraiva, 1977.
- . “Da teoria da imprevisão nos contratos bancários”, in *Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica* — Curitiba, Juruá Editora, 1988.
- LOPES, M. M. de Serpa — “Exceções substanciais: Exceção de contrato não cumprido” — Rio, Freitas Bastos S/A, 1959.
- MONTEL, Alberto — “Buona Fede”, in “*Novissimo Digesto Italiano*”, vol. II — Turim, Ed. UTET 1957.
- MOZOS, José Luis de Los y M. de Los Mozos — “Del dolo civil al dolo procesal” — Valladolid, Gráficas A. Martins S/A, 1984.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva — “Lesão nos Contratos” — Rio, Forense, 1959.
- . “Instituições de Direito Civil”, vols. I e III, Rio, Forense, 1978 e 1983.
- PICCIRILLO, Alessandro — “Rescissione” (*Diritto Romano*), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV — Torino, Ed. UTET, 1968.
- RESCIGNO, Pietro — “Manuale del Diritto Privato Italiano” — Napoli, Jovene Editore, 1982.
- RODRIGUES, Sílvio — “Direito Civil”, vol. 3 — S. Paulo, Saraiva, 1988.
- RUIZ, Vincenzo Arangio — “Istituzioni di Diritto Romano” — Napoli, Ed. Jovene, 1957.
- SCIALOJA, Vittorio — “*Procedimiento Civil Romano*” — B. Aires, EJEA, 1954.
- SILVA, Clóvis do Couto e — “O princípio da boa fé e as condições gerais dos contratos”, in *Contratos bancários* — Curitiba, Editora Juruá, 1988.
- VARELA, Antunes — “Das obrigações em geral”, vol. II — Coimbra, Livraria Almedina, 1973.