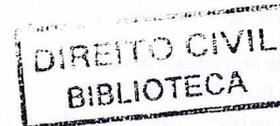


CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro e na Universi-
dade Federal de Minas Gerais

LESÃO NOS CONTRATOS

Edição com referência à Constituição de 1988, ao Projeto do Código de Obriga-
ções de 1965, ao Projeto do Código Civil de 1975 e ao Código de Defesa
e Proteção do Consumidor.

6ª edição



Rio de Janeiro
1999

Nº 0006

30380/01



Capítulo V

O PRINCÍPIO

A tendência do Direito civil moderno e o fundamento moral da rescisão lesionária

66. Evolução jurídica e adaptação da forma. 67. O quadro sócio-jurídico de nossa época. 68. Projeção da boa-fé. 69. A regra moral e a lesão. 70. Lesão superveniente e teoria da imprevisão. 71. A lesão e o respeito à palavra empenhada. 72. Solução do problema pela tarifação. 73. Equacionamento pela restrição à incidência do instituto. 74. Defeitos da tarifação. 75. Insuficiência do critério objetivo. 76. Prestígio do elemento subjetivo. 77. Repulsa universal à exploração.

66. O direito é ideal e é técnica. Tem um objetivo a realizar e os meios de consegui-lo. Na sua essência visa à perfectibilidade humana. Na sua forma, procura efetivar este sentido de perfeição. Reflete as tendências filosóficas dos povos e das idades, traduz os conceitos morais dominantes e enfeixa os meios de consegui-lo. Uma técnica a serviço de um ideal.

Em todos os tempos houve o atraso e desconformidade da fórmula em relação ao ideal: este, mais avançado, incidindo sobre ela, vivificando-a, e às vezes combatendo-a; aquela, menos maleável, resistindo, porém, cedendo sempre. Na sua evolução natural, o direito atinge um grau adiantado sem repelir a fase anterior, de tal forma que é uma ciência que dia a dia se adapta às contingências e reclamos, sem romper bruscamente com as tradições, afirmando a sua própria unidade.

Com aquela admirável percuciência, observa Geny que “a ordem jurídica positiva de um dado País não se satisfaz jamais com as disposições de suas leis escritas”. Ainda que uma lógica segura extraia dos

textos tudo que eles possam dar, as necessidades excedem sempre o que a idéia integral do direito a estas oferece. A variedade das relações humanas não se contém nunca em fórmulas verbais “editadas em um momento fixo e em presença de uma situação impossível de se abranger num só golpe de vista”.¹

Não poderíamos, sem descambar para a filosofia do direito e desta para a filosofia pura, estudar esses fenômenos no passado e no presente. A limitação e certeza de nosso objetivo não comportam divagações tamanhas. Para compreendermos a tendência do direito contemporâneo teremos de fixar o quadro de nossos tempos. Fá-lo-emos, porém, sumariamente.

67. O século XIX foi quase todo tranqüilo. Inicia-se com a afirmação democrática, depois da derrota do absolutismo. Os quadros econômicos são estáveis. O individualismo liberal na filosofia, na economia, nas relações públicas e privadas é aceito sem relutância. Depois de um curto prazo de agitações, estabelece-se um *modus vivendi* satisfatório entre a Igreja e o Estado. Natural, pois, que o Direito também participasse dessa harmonia universal. A escola exegética predomina, e as investigações se simplificam.

No seu último quartel, esboça-se a perturbação que seria legada ao século XX. O progresso da máquina é crescente, o desenvolvimento material enorme, enquanto que a espiritualidade estaciona, ou decai em contraste com a idade pré-enciclopédica.

Este século é convulsionado no seu começo por uma conflagração tremenda, que ceifou milhões de vidas e desajustou muitos outros milhões de espíritos. Saídos da guerra, os homens não conseguiram dominar a crise. O “chomage” campeou em toda parte. A fome e a plethora viveram juntas. As máquinas multiplicaram a produção, mas a capacidade aquisitiva, cada vez mais reduzida, exigiu a destruição das riquezas.

Dentro desta desarmonia vinda da primeira guerra arma-se a segunda, e se desencadeia a maior tempestade de que a história dá notícia, sacrificando outras vidas, absorvendo mais energias criadoras,

¹ Geny, *Méthodes d'Interprétation*, II, p. 404.

destruindo mais riquezas que a civilização amealhara, e, pior do que tudo isto, envenenando os espíritos. Houve um cronista de nossos dias que lembrou bem a saga dos Niebelungen: “os homens combateram com tanto furor e com tamanho ódio que, chegada a noite e terminada a batalha, as almas dos mortos continuam lutando...”

Diante de toda uma subversão dos valores morais, as forças espiritualistas não cruzam os braços: a Igreja chamando os homens a Deus e oferecendo aos que se desentendem as forças da fé; o direito lutando para encontrar a forma capaz de resolver os conflitos de interesses surgidos das relações individuais.

Aqui temos, a técnica procurando realizar o ideal. E, como a nossa época não é dominada por um pensamento filosófico, mas, ao contrário, ressentida da ausência de um cunho de espiritualidade, a ciência jurídica também não obedece a uma orientação segura. E, como nos nossos tempos existe uma luta contínua por um pensamento superior que restabeleça o equilíbrio perdido, o direito traduz esta busca e esta incerteza, surgindo aqui uma escola, além, uma doutrina, todas se combatendo e nenhuma delas conseguindo afirmar-se, porque a sua capacidade destrutiva facilmente vulnera a deficiência de conteúdo da outra, e sua incapacidade construtiva resulta igualmente de seu artificialismo.

A escola do direito natural, alicerçada no racionalismo do século XVIII não pode satisfazer. Em vão procura ressuscitá-lo Stammler tentando a realização do “direito justo”; embalde Saleilles adota e divulga a idéia de “direito natural de conteúdo variável” que Hauriou e sua escola institucionalista criticam e combatem, sem, contudo, oferecerem solução mais exata. O solidarismo de Duguit, bem como todo o neotomismo não realizam o que pretendem, não podem afirmar o princípio salvador, que se diga ser a expressão das idéias deste século, a sua bússola, o seu norte, a sua divisa essencial e pacificadora.

Não obstante todos os esforços, a crise moral continua, o desajustamento do direito e da moral perdura.

É a insatisfação. Mas o que é certo é que, em toda a doutrina moderna, sente-se o anseio pelo enquadramento do direito na moral, o que procura realizar traçando novos perfis sobre os quadros clássicos.

Não sendo possível encontrar uma escola que ofereça os princípios gerais orientadores da conduta jurídica, encontram-se as tendências no estudo das minúcias. Faremos, pois, uma pesquisa singela, restringindo-nos ao exame do direito obrigacional, e em particular às relações contratuais, pela necessidade de nos situarmos dentro de nossa razão de ordem.

68. Em 1937 escrevemos um pequeno ensaio, que publicamos na *Revista Forense* (vol. 72, p. 25) sob o título “Idéia de boa-fé”, com a intenção de mais tarde lhe darmos o desenvolvimento que merece. Mas, solicitado sempre para outras atividades, e obrigado a estudos noutros setores, deixamos de mão aquelas cogitações, sem perdermos de vista seu conteúdo.

Ali mostramos que, em nosso tempo, já não satisfaz um conceito negativo de boa-fé. Não basta que um indivíduo se apresente na sociedade em atitude passiva, animado apenas de uma ausência de vontade de prejudicar, para que lhe seja concedida proteção jurídica.

Ao invés, em acepção mais corrente, seu característico é uma atuação positiva, uma ostentação de *lealdade*, que Bonnacase considera seu sinônimo.

Num belo livro publicado sob o título *Le Principe de la Bonne Foi*, examina François Gorphe este elemento anímico nas suas diversas incidências, e enuncia um princípio segundo o qual ela é a alma das relações jurídicas, comportando a “consagração do dever moral de não enganar a outrem”.²

No campo especial dos contratos, “baseados essencialmente sobre a justa equivalência dos direitos e a reciprocidade das obrigações”, é que a boa-fé se torna mais exigida e necessária, e, como acentua o monografista, é que “ela se faz mais estreitamente sentir”.

Evidentemente, ninguém pode cogitar de atribuir à ciência moderna do direito a sua criação. Muito ao contrário, Roma que está em toda parte, aqui responde com a pureza do seu direito, sempre admirável, aliando-a àquela força criadora da *aequitas*, que trazia o sentido de

2 François Gorphe, *Le Principe de la Bonne Foi*, p. 45.

humanidade ao *ius romanum* e o inspirava na grandeza de sua floração. Não é de hoje a exigência da equidade nos contratos, em nome da boa-fé, mas da época clássica: *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat*.

Mas, o que salienta François Gorphe é que “hoje todos os contratos são de boa-fé, e, ainda que a boa-fé possa entender-se de maneira mais ou menos rigorosa, segundo a natureza dos contratos, ela o é geralmente mais do que em Roma”.³

Já o nosso Cód. Comercial de 1850, no art. 131, nº I, enunciava esta regra de interpretação, aglutinando o princípio da boa-fé com a forma de entender as cláusulas contratuais: “A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

O Cód. Civil não fez apêlo à boa-fé, expressamente como o alemão, o suíço das Obrigações, o italiano, mas ordena que no negócio jurídico se atenda mais à intenção volitiva que ao sentido literal da linguagem (art. 85), e nesta busca subjetiva há de estar presente a perquirição da boa-fé. Reprovando e fulminando o dolo e a fraude, a lei repele a atuação do contratante desleal; anulando o ato simulado, faz prevalecer a boa-fé contra a vontade manifestada com a intenção de lesar.

São, todos eles, desenvolvimentos dos princípios clássicos e tradicionais, que permanentemente se invocam no pretório, para constante afirmação de que a deslealdade do contratante, sua malícia e seu desacordo com a moral encontram repulsa no direito aplicado e dinâmico.

69. Naquele admirável volume sobre *A Regra moral nas Obrigações Civis*, Georges Ripert faz uma incursão pelo direito obrigacional, não somente como o apresentam os tratadistas – algo teórico e abstrato, ou como “a expressão ideal da lógica jurídica”, no dito de Saleilles –, mas na sua realidade mais objetiva, que se colhe na decisão dos casos de espécie pelos juízos e tribunais (Ripert).

3 François Gorphe, loc. cit.

O que o elegante civilista evidencia, dizendo modestamente que apenas pretende demonstrar, é a influência da lei moral, que ele define como sendo “essa lei bem precisa que rege as sociedades ocidentais modernas, e que é respeitada porque é imposta pela fé, a razão, a consciência, ou simplesmente seguida pelo hábito ou pelo respeito humano”.⁴

Estudando a função normativa da lei moral, ele observa sua oposição ao princípio da autonomia da vontade, protegendo o contratante que se acha em condição inferior, a fim de que não o explore o outro, mais poderoso ou mais forte.

É neste ponto que muito de perto nos interessam as suas conclusões. Todo contrato exprime uma luta de vontades canalizadas para uma finalidade interesseira, e é a resultante inevitável das desigualdades iniciais, visto ser impossível pela própria contingência humana a concretização de um pressuposto absoluto de igualdade das partes contratantes. Desta disparidade pessoal, resulta quase sempre a obtenção de uma vantagem que se afirma às vezes com prejuízo de outrem.

Nisto não vai qualquer procedimento moralmente reprovável, que reclame do direito sanção ou permita ao aparelho repressor do Estado interferir para restabelecer uma igualdade, sacrificada sem quebra do dever de lealdade contratual. Mas, onde e quando se faz mister a intervenção estatal é no caso de um dos contratantes abusar de sua superioridade, porque então é mister estender o direito a sua proteção ao mais fraco, quer esta inferioridade se manifeste por “um estado permanente físico ou moral”, quer sua debilidade revista a forma de “uma vontade mal assegurada”, caso em que se terá de proceder a uma “análise sutil do valor do consentimento”.⁵

A teoria dos vícios do consentimento por si só não basta a atender a todas as hipóteses em que o fenômeno ocorra, embora ela seja na prática constantemente alargada de forma a abraçar negócios que os preceitos rígidos não tinham, por severa aplicação, força de vencer, mas

4 Ripert, *A Regra Moral...*, p. 13.

5 Ripert, *op. cit.*, p. 81.

que o direito se julga no dever de regular, por amor da lealdade e dos princípios morais.

Ripert encontra no apelo à lesão um recurso técnico para o restabelecimento da Justiça no contrato. Mas não é apenas aquele conceito antigo de lesão, que o Código Napoleão adotara, e já tivemos ensejo de examinar. Ele aponta a insistência do intervencionismo na execução do contrato, embora reconheça que o Cód. Civil declara ser este uma lei obrigatória para as partes. O que é mais curioso é que esta tendência revisionista do ajuste se caracteriza a seu ver como a afirmação do próprio contrato, pois que revê-lo é respeitá-lo.

Aponta diversos surtos legislativos consagrando esta intervenção judicial na vida do contrato, para impedir, retardar ou apenas modificar a sua execução.⁶

Josserand, depois de assinalar que o legislador francês repudiou o ponto de vista intervencionista para se vincular ao “individualismo liberal”, observa que a jurisprudência tem permitido ao juiz “reduzir os honorários dos advogados, assistentes, notários, médicos, arquitetos, mandatários, ainda que tenham sido livre e convencionalmente fixados pelas partes”.⁷

Salienta Demogue que esta jurisprudência, “em contradição com a lógica dos textos impôs-se por necessidades práticas: a conveniência de ampliar a lesão receável em mandatários exageradamente exigentes em relação ao público”.⁸

A matéria é tentadora, o assunto sedutor. Não nos podemos a ele entregar, deixando seguir a imaginação na esteira dos mestres. Baixemos o vôo, pois na análise deste fenômeno no direito brasileiro ainda teremos de verificar a ocorrência deste predomínio da lei moral, em função de que a obrigação, como o mesmo Ripert acentua, não é apenas “uma relação entre dois patrimônios”, porém, traduz a sujeição de um indivíduo a outro, e esta só se justifica para fins legítimos e morais.⁹

6 Ripert, *op. cit.*, p. 134.

7 Josserand, *Cours*, II, n° 104, p. 49.

8 Demogue, *Des Obligations en Général*, I, n° 435, p. 662.

9 Ripert, *op. cit.*, p. 400.

O sistema do Código francês foi reputado insuficiente no particular da lesão. Duas leis foram votadas: uma de 8 de julho de 1907, permitindo a redução do preço, em favor do comprador de adubos, forragens etc., até à concorrência de mais de um quarto; e outra de 29 de abril de 1916, permitindo ao juiz reduzir as condições estipuladas na convenção de assistência ou salvamento marítimo, quando não são equitativas. Em 1920, os Srs. Guibal e Dupin tentaram uma reforma no Código, apresentando uma proposição mais ou menos igual aos dispositivos do Código alemão referente à lesão subjetiva. A tentativa frustrou, por ter caducado o projeto no fim da respectiva legislatura.¹⁰

A Lei de 1907 é reputada por Colin *et* Capitant como a manifestação das tendências “paternalistas” ou protetoras, que penetram o direito francês, em reação contra o individualismo revolucionário.¹¹

O projeto ítalo-francês de um Código comum de obrigações estabelecia no art. 22 a anulação dos negócios lesivos, em termos que nos dispensamos de transcrever, porque foram adotados no Código italiano atual, que estudamos no nº 42 *supra*.¹²

70. Quando se desce do geral ao particular, para analisar mais de perto o problema da lesão, encontra-se explicação para as atitudes discordantes dos diversos Códigos em relação ao instituto.

No terreno moral e na órbita da justiça comutativa nada existe de mais simples: se um contrato exprime o aproveitamento de uma das partes sobre a outra, ele é condenável, e não deve prevalecer, porque contraria a regra de que a lei deve ter em vista o bem comum, e não pode tolerar que um indivíduo se avante na percepção do ganho, em contraste com o empobrecimento do outro, a que se liga pelas cláusulas ajustadas.

Todo contrato tem como pressuposto duas vontades que se querem vincular, e todo contrato é previsão.

Essa última palavra logo evoca uma alternativa: na execução de qualquer ajuste, bem pode acontecer que a desconformidade do ganho

10 Jossierand, *Cours*, II, nº 110, p. 51, e nº 1.058, p. 503.

11 Colin *et* Capitant, *Cours*, vol. II, nº 553, p. 506.

12 Alberto Moatel, in *Nuovo Digesto Italiano*, VII, vb. *Lesione*, p. 774. O texto ali se acha reproduzido.

se prenda ao momento de sua formação, como venha a resultar de eventos futuros, que, alterando fundamentalmente as condições das partes, proporcionem a uma delas maior lucro e levem à ruína a outra. A execução de tal contrato imporá a um dos contratantes lucro desproporcionado com o seu resultado para o outro, de franco prejuízo ou de arrasamento completo.

Ora, sendo a lesão a quebra do *iustum contrapassum*, não importará a manutenção rigorosa do contrato primitivo na quebra dessa proporção razoável de prestações? Aqui temos uma categoria especial de lesão, não decorrente do contrato naquilo que diz respeito ao momento de sua formação, porque ele não resultou do aproveitamento de um dos contratantes sobre a situação de inferioridade do outro, mas nasceu dos acontecimentos subseqüentes à sua perfeição – lesão superveniente – que constitui objeto da teoria da imprevisão, em si mesma ampla e complexa, assunto de estudo especial, exorbitante dos limites desta obra.

Por dizer respeito ao nosso instituto, não poderemos omitir uma aproximação realizada na jurisprudência francesa e belga, registrada por Paul Durand. Segundo este autor, os tribunais belgas, da mesma forma que os franceses, decidiram que a época em que a venda se tornou perfeita é que deve ser encarada para se determinar o justo preço do imóvel vendido e apreciar a lesão. “A jurisprudência pode assim rescindir os contratos de venda, cada vez que o desequilíbrio econômico criou uma desproporção lesionária entre o valor dos imóveis no dia da promessa, e no dia da aceitação”.¹³

71. Mas reduzido o estudo da lesão apenas à concomitante ao ajuste, nem assim sua solução é fácil.

O primeiro obstáculo que surge ao seu equacionamento é a insegurança das transações, tomada a palavra na acepção ampla. O comércio jurídico baseia uma grande porção de sua existência no contrato, fonte de direito. Permitir que seja revisto, alterado ou desfeito, pela razão de sofrer uma das partes um prejuízo oriundo de sua inferioridade é abrir a porta à discussão de toda avença.

13 Paul Durand, *Le Droit des Obligations dans les Jurisprudences Française et Belge*, p. 136.

Sempre que um indivíduo não retirar da convenção livremente pactuada o interesse que inicialmente supunha obter; sempre que um verificar que o co-contratante sacou melhor proveito que ele da recíproca obrigação ajustada – erguerá os braços para o céu, e clamará que foi lesado. Pode proceder assim de má-fé, ciente de que foram outras as condições que lhe reduziram o lucro querido, muitas vezes providas de seu próprio modo de agir, e, não obstante, maliciosamente postular a revisão ou anulação do negócio. E pode também, de boa-fé, convicto de que é vítima de uma exploração miserável, pedir a reposição ao estado anterior, único meio que se lhe afigura hábil a restabelecer a justiça, a seu ver ferida na sua pessoa.

E é bem possível que, numa ou noutra hipótese, sem que tenha havido a exploração característica do negócio usurário, a desproporção em si mesma impressione, levando o juiz a intervir no negócio, para restabelecer uma igualdade que se lhe antolha ferida, e só por isto bastante para conceituar a lesão.

Ter-se-á assim, sob pretexto de resguardar a regra moral, e restabelecer a justiça no contrato, um resultado que na essência é divorciado da mesma regra moral e atentatório da mesma justiça.

Uma vez que o direito positivo forneça o meio de faltar o contratante à fé jurada, e venha em abono da atitude assumida pela parte inadimplente, é todo o comércio jurídico que sofre, é a insegurança que se institui como norma, é a infidelidade protegida pela lei que abala e ameaça todo o edifício do direito obrigacional, lançando o germe da desconfiança e do receio nos meandros da vida econômica.

Se o pretexto de fazer justiça é que leva à própria injustiça e se é o direito que consagra a quebra da fidelidade sob color de afinar-se com a regra moral, no fundo quem se desprestigia é a justiça e quem se desvaloriza é o direito.

72. Para umas legislações este obstáculo é reputado invencível, tanto assim que resolvem o problema da lesão de uma forma negativista. Entre a insegurança dos negócios e o eventual sacrifício dos *minores tenuiores*, optam por este último. Partindo de que o objetivo da lei é o “bem comum” e de que este nunca poderá ser o “bem de todos”, preferem o que normalmente acontece, e atendem ao equilíbrio do

“maior número”, na certeza de que são excepcionais os negócios lesionários, sendo preferível à lei fechar os olhos ao que pode, vez por outra, surgir, para regular somente o que habitualmente ocorre – *quod plerumque fit*.

Mas os outros códigos, aqueles que pretendem equacionar o problema da lesão, não desconhecem a altura do obstáculo, e tentam contorná-lo de maneira variada.

A forma geralmente adotada é o tarifamento. Desde que não é possível tabelar todos os preços, e fixar oficialmente todos os valores passíveis de apreciação econômica, adotam um elemento de aferição básico, e fixam uma certa proporcionalidade para o proveito nos negócios. Dentro naquele limite, é honesto o interesse auferido, e, conseqüentemente, todo ganho exorbitante do fixado é ilegítimo e usurário.

Já vimos que a fonte romana reputava bom o preço não inferior à metade do justo, e honesto o negócio desde que a desproporção de valor não excedesse da metade. Esta base, que emprestou ao instituto até o nome – *lesão ultra dimidiam* – impressionou de tal modo os juristas e legisladores de todos os tempos, que foi a metade do valor o requisito conceitual da lesão. Não há mister lembrar aqui quais os Códigos que adotaram este limite.

Mas é evidente que o recurso ao tarifamento não satisfaz, por não comportar a variedade enorme das convenções humanas.

Não há dúvida que certos tipos de contrato comportam perfeitamente o tabelamento das prestações. É muito simples dizer que na compra e venda o desfazimento do ato está sujeito à verificação, se o vendedor deu por menos de metade a coisa sua. Aqui a dificuldade estará apenas na prova do valor exato, ou à sua falta na aferição do valor corrente do bem no momento da venda. Mas, na sociedade moderna este não é propriamente um problema. A multiplicidade dos negócios é tão grande, e sua publicidade tão freqüente (registro imobiliário, registro de documentos, cotação em bolsa, lançamento tributário, registro em livros comerciais etc.) que a estimativa não se apresenta revestida de dificuldade absoluta.

É fácil ao legislador estabelecer que o mútuo não pode ser contratado acima de determinada taxa de interesse.

O mesmo não se poderá dizer, porém, de uma série grande de convenções, nas quais o tarifamento se torna impossível, quer em atenção ao objeto da prestação, quer em função das pessoas dos contratantes, quer em decorrência da oscilação natural proveniente das leis econômicas, que o jurista não pode desprezar.

73. Outros sistemas legislativos, diante do problema, e tencionando resolvê-lo, pretendem obviar aos inconvenientes possíveis de surgir, mediante uma restrição do campo de incidência do instituto a uma categoria de contrato, em que é mais fácil conceituar a exploração lesionária.

Então estabelecem que a compra e venda pode ser desfeita sob fundamento de lesão, enquanto que os outros contratos, por mais usurários que se apresentem, não comportam este motivo de rescisão. E, levando mais longe a limitação do instituto, estipulam que só a venda imobiliária se lhe sujeite, deixada de lado toda a infinidade de atos de compra e venda de bens móveis.

Ora, é de mais franca intuição que este meio em quase nada pode satisfazer. Resolver a questão por esta forma é quase não lhe dar solução nenhuma. Nós sabemos que a civilização trouxe ao homem uma infinidade de aperfeiçoamentos materiais. Foram inventadas máquinas as mais delicadas e as mais úteis, objetos os mais indispensáveis, de que o indivíduo tem tanta ou maior necessidade, segundo sua profissão e seus interesses, do que da própria terra. Para alguém, num momento dado, é muito mais importante ter um móvel do que uma casa, de que chega a dispor para obter aquele. No prefácio a uma seleção extraída do *Talmud*, conta José Perez que, por ocasião das perseguições dirigidas contra os semitas na Espanha, era comum barganhar um judeu o seu palácio por uma mula de caminho. Se aqui estamos em face de uma lesão sofrida na alienação do imóvel, ela também é flagrante na aquisição do luar.

Hoje em dia não é raro que o bem móvel faça a um homem falta maior do que o imóvel, e, por outro lado, conforme o lugar, custa este freqüentemente menos que aquele.

Permitir que o que transacionou sobre um imóvel desfaça o ato, porque foi lesado, e não conceder igual benefício ao que negociou com

móvel, é, na verdade, dar solução muito incompleta a um problema muito extenso.

E então, se atentarmos em que a rescisão por lesão vai plantar suas raízes na equidade e basear-se na afirmação da regra moral, é que não podemos conceber essa conduta parcial do legislador. Se imoral e injusto é aproveitar-se o comprador de uma gleba da necessidade premente em que está o vendedor e, explorando esta situação, dar-lhe pela terra menos de metade do preço justo, não será também injusto e imoral que o adquirente de um automóvel se aproveite de idênticas condições do alienante?

Nem se diga que o automóvel pode ser levado facilmente a outro lugar, e oferecido com melhores possibilidades de mercado, porque a premência de dinheiro pode surgir num momento dado, num lugar determinado, e numa situação tal que o negócio tenha de ser realizado de pronto, sem oportunidade de procura de mercado. O caráter lesionário de que se revista, do ponto de vista moral, é o mesmo que em relação à casa de morada ou à fazenda de criar.

Por isso, repetimos, resolver o problema da lesão admitindo a restituição em um contrato só, ou em negócio de natureza determinada não satisfaz, quer nos coloquemos do ponto de vista teórico da justiça no contrato, quer examinemos a questão sob aspecto prático e corrente.

74. Mas a extensão do benefício ao lesado em qualquer contrato não pode ser medida por um gabarito preestabelecido, e muito menos conservando-se a conceituação clássica da lesão *ultra dimidiam*, como encontramos no direito das Ordenações. O vendedor é lesado além da metade quando a coisa valia dez e foi entregue por menos de cinco, dizia o Código filipino.

Para se ver como esse tarifamento é difícil de satisfazer, basta atentar no contrato mesmo de compra e venda e inverter as posições: enquanto a Ordenação classificava de lesiva a compra, se o adquirente recebeu por mais de quinze o que na verdadeira e comum estimação valia apenas dez, o Projeto Revisto estipulava que havia lesão nessa hipótese se a compra foi por mais de vinte e a coisa valia dez.

Quer dizer que a expressão da lei – engano além da metade do justo preço – por si só não basta para uma caracterização precisa, uma vez

que o ponto de partida não seja devidamente assentado. Aliás, a matéria suscitou as mais vivas controvérsias na Idade Média, aventando-se as mais variadas hipóteses, e numerosos exemplos, como na obra de Cujácio encontramos, e a que nos referimos no capítulo II.

Se deixamos de lado o contrato de venda, já sobe de ponto a dificuldade, chegando a assumir caráter quase insolúvel.

A própria fixação do limite em metade é uma arbitrária e insuficiente tarifa.

Não há dúvida que o legislador, ao instituir um tabelamento, qualquer que seja, está munido de uma dose de arbítrio, que usará no exercício do seu poder de polícia, tomando em consideração os fatores específicos do fenômeno econômico que pretende equacionar. Quando limita a taxa de juros, tanto pode considerar lícito o prêmio na casa de 15, como de 12, como de 10, pois que não está adstrito a outros elementos além dos costumes, dos usos comerciais, bancários etc., e estes são variáveis.

Assim também, considerando como ligado ao interesse público o tarifamento da lesão, evidentemente não existe qualquer entrave a que o seu conceito se prenda ao engano maior de 10, de 20, de 50 ou de 100 por cento. Mas é lógico que em todo negócio as partes devem contar com uma qualquer margem de lucro, pena de se paralisar todo o comércio e cessarem as transações. Compreendido no justo preço o lucro razoável, haveria lesão desde que se configurasse qualquer diferença, por mínima que fosse, em relação a ele.

Acontece que, por motivos não explicáveis, ou pelo menos não explicados, a Lei Segunda do Código justinianeu definiu como "menor", e, portanto, lesivo, o preço inferior à metade do justo.

Tanto bastou para que o instituto se conservasse com esta percentagem até na Idade Moderna. Ou por falta de imaginação, ou por comodismo, ficou sendo a metade o elemento conceitual da lesão.

Ora, é bem de ver que este limite percentual é exagerado. Quando alguém vende por 4 o que vale 10, sem dúvida que está sofrendo um grande dano. Mas não é despiciendo o prejuízo suportado por aquele que aliena por 5 ou por 6 o que se estima em 10, e, dentro do conceito clássico da lesão enorme, é lícito, legítimo, e legalmente honesto o

negócio, muito embora a justiça no contrato tenha ficado profundamente sacrificada.

Mas, se levarmos esta análise às últimas conseqüências, tendo em vista a regra de conduta moral, somente seria justa expressão da igualdade contratual o negócio que se fizesse com rigorosa observância da igualdade das prestações. Mas essa igualdade no contrato é tão impossível do ponto de vista subjetivo quanto do objetivo. E a menor dose de senso comum faz ressaltar que se se condicionar a validade do ato à rigorosa equivalência das prestações os negócios se ressentirão de segurança e estímulo, e, pois, ninguém faria mais nenhum.

75. Se a tarifação ou estabelecimento de um limite tem todos esses inconvenientes, por outro lado a instituição do benefício subordinado apenas à existência de uma desproporcionalidade entre o pago e o recebido, entre o valor da prestação obtida e o contra-valor da concedida, conduzirá fatalmente a instabilidade muito maior.

Todo e qualquer negócio depende de inúmeros fatores, quer de ordem pessoal, quer de ordem geral, a que acresce um elemento aleatório normal, que se não deve desprezar.

Quando o contrato é desses que se perfazem e executam num só ato, por exemplo, a compra e venda em que, concluído o ajuste, receba logo o vendedor sua prestação e o comprador a outra, a apuração do *iustum contrapassum* se reduz a uma simples avaliação. Mas, se a execução é deferida para época ulterior à conclusão do ato, já a questão assume outros aspectos, porque fatores estranhos à vontade das partes poderão influir, aparentando lesivo um negócio que na origem o não era.

Deixar ao arbítrio judicial a verificação do dano e a nulidade do ato em decorrência da lesão objetiva, sem um fator normativo essencial, é instituir como norma a insegurança das transações. Cada indivíduo tem os seus princípios, os seus critérios, as suas opiniões. O mesmo negócio, encarado por um homem que se mostre rigoroso na apreciação dos fatos pode ser reputado ilícito, e visto por um espírito menos rigorista é capaz de ser considerado moral e justo.

Se o que é levado em consideração é o objeto das prestações, e a validade do ato depende de seu equilíbrio, é claro que uma dada

oscilação, para mais ou para menos, pode ser considerada inidônea à rescisão por um e bastante a este decreto por outro.

Dáí não poder a lesão ficar conceituada apenas como a verificação de um desequilíbrio entre o ganho e o recebido. Dáí não poder o critério objetivista servir de base ao instituto. A aplicação pura e simples da equivalência é insuficiente para o restabelecimento da justiça no contrato. A aplicação da regra moral não pode, de nenhuma forma, reduzir-se a este critério.

Escrevendo ainda no regime do Código italiano de 1865, o Prof. Alberto Montel, da Real Universidade de Turim, observava que manter o critério de uma proporcionalidade aritmética fixa, *rigida tra la viltà di una prestazione e l'entità di quella che sarebbe la giusta* não basta. O que lhe parece relevante, útil para conceituar a lesão é o aproveitamento de um dos contratantes sobre o *stato di bisogno in cui l'altro si trova, della sua leggerezza od inesperienza degli affari*. O fundamento último da rescisão deve ser a iniquidade do negócio, a qual não se encontra na simples desproporção de valores, mas no abuso da situação da outra parte que faz presumir a falta de espontaneidade e de liberdade do consentimento.¹⁴

76. Todas essas dificuldades assustam o jurista, e intimidam o legislador, quando pretende resolver o eterno desajuste entre a moral e o direito, entre a justiça no contrato e a fidelidade à palavra empenhada, que é também uma forma de moralidade.

Um grande espírito de nosso tempo, Jean Dabin, num livro em que vazou suas observações de cerca de dez anos de magistério na Universidade de Louvain – *La Philosophie de l'Ordre Juridique Positif* –, depois de mostrar que se distinguem perfeitamente o “direito dos moralistas” e o “direito dos juristas”; depois de acentuar que não basta afinem os contratos com a ordem pública e os bons costumes; depois de mostrar que é preciso ainda que se respeitem nos ajustes a dignidade humana, sua vida, sua honra e seus bens, “o que implica, notadamente, uma certa equivalência entre as prestações recíprocas, justo salário e

14 Alberto Montel, in *Nuovo Digesto Italiano*, VII, vb. *Lesione*, p. 774.

justo preço”; chega a uma conclusão melancólica: “o direito jurídico, no conflito entre a palavra dada e a equidade, entre o individual e o social, toma partido habitualmente pelo contrato”.

Embora reconheça a necessidade de “espiritualizar a forma contratual e de moralizar o instrumento de troca”, ele transige com as “exigências inelutáveis do comércio” e conclui por uma redução do problema a uma questão de foro da consciência, quando aconselha a combater os abusos “por uma ativa propaganda moral”, e apresenta, à guisa de solução por parte do Estado, o conselho de “uma hábil política de neutralização das desigualdades econômicas”.¹⁵

Que o problema é difícil já reconhecemos e afirmamos desde a introdução deste livro. Não o podemos considerar, contudo, insolúvel. Se o contrato lesivo é repugnante à moral, e se o direito dos juristas, na expressão de Dabin, não se pode conformar com uma solução que se restrinja a respeitar a autonomia da vontade, mas, ao invés, tem de procurar a realização da justiça no contrato, então é inegável que em face do problema da lesão não se há de resvalar para uma passividade negativista, mas dever-se-á procurar a forma capaz de concretizar este *desideratum*.

Num livro cuidadosamente elaborado – *Les Transformations du Contrat et leur Loi* – Joseph Zaksas, depois de examinar as diversas fases da evolução do contrato, desde o direito romano, acentua que uma das características predominantes do tempo presente é procurar o direito positivo coibir os atos de exploração de um indivíduo por outro.

Observa que o princípio da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido de justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado. Em contraposição ao dogma do Código Napoleão, que considerava sagrado o acordo de vontades, o direito moderno consagra a intervenção do Estado, para anular ou para modificar aquele acordo, conforme as exigências do interesse coletivo.¹⁶

Analisa por menor diversas formas contratuais e tendências registradas na jurisprudência, encaminhadas no sentido de reprimir a exploração do mais fraco pelo mais forte.

15 Jean Dabin, *La Philosophie de l'Ordre Juridique Positif*, p. 486.

16 Joseph Zaksas, *Les Transformations du Contrat et leur Loi*, p. 180.

A observação que extraímos das mais modernas legislações autoriza-nos a afirmar que o instituto da lesão participa deste sentido ou deste movimento.

O direito positivo, tencionando resolver este problema, não pode desprezar uma parcela subjetiva na formação do contrato, e, repelindo como deve repelir a desproporcionalidade das prestações, via da qual uma das partes retira do negócio vantagem manifestamente superior ao valor que oferece ao co-contratante, terá de articular o conteúdo objetivo com o intencional, para compor a fórmula do desfazimento do negócio usurário. Se à rescisão do ajuste não é suficiente que uma das partes obtenha no lucro auferido o desequilíbrio das prestações; se não basta que um indivíduo sofra em seu patrimônio um desfalque decorrente do contrato ajustado, ainda que a ele conduzido pelas condições de inferioridade que o dominem no momento de avençá-lo; também não pode o direito positivo ser indiferente ao negócio em que o contratante se aproveite desta situação de inferioridade do outro, para obter um interesse manifestamente desproporcional ao valor dado em troca.

Esta é a tendência que o direito moderno adota, esforçando-se por introduzir no contrato a obediência à regra moral; pretende realizar a justiça, repudiando a exploração do homem pelo homem.

E, quando afirmamos tal tendência, não nos baseamos somente nos teoristas do direito, naqueles que afirmam a excelência do princípio da boa-fé em tese, mas vamos buscar apoio na realização prática, levada a efeito pelos Códigos mais recentes.

O primeiro no tempo e na expressão do nível cultural foi o alemão, cujas trilhas já seguem o suíço das Obrigações, o soviético, e o novo Código italiano.

Com pequena variação de linguagem, mas com franca analogia ideológica, adotam o mesmo princípio, animado dos mesmos requisitos: objetivo e subjetivo, desproporcionalidade evidente entre a prestação dada ou prometida e a contraprestação recebida, e o aproveitamento da situação de inferioridade do co-contratante no momento do ajuste.

77. Quando analisamos o instituto no Direito Romano, encontramos-lo desvestido do elemento anímico. O direito justinianeu instituiu a rescisão baseada na equidade, para o caso de ter sido a venda realizada por preço mínimo.

Foi a Idade Média que introduziu no instituto o fator subjetivo, e foi a Igreja que lhe impôs maior cunho de espiritualidade.

E, depois de ter dado todas as voltas, e de ter sofrido amputações várias, e de ter sido repellido por uns e encarecido por outros, eis que o instituto ressurgiu ao apagar das luzes do último século, para novamente humanizar as relações jurídicas, e afirmar que a autonomia da vontade e o liberalismo individualista não podem ser levados às últimas consequências, mas devem ser contidos dentro numa traça lindeira de moralidade.

Vemos nos autores deste século esta preocupação evidente, todos eles defendendo com o máximo empenho a afirmação da regra moral, a espiritualização do direito, depois do triunfo do racionalismo. Santo Tomás de Aquino volta à ordem do dia. Nenhum pensador se anima a enunciar qualquer conceito mais profundo sem folhear a obra do Doutor Angélico. Nenhum jurista mais profundo pode enfrentar o problema da justiça no contrato sem o apelo sincero à predominância da regra moral.

E vemos também que o instituto da lesão realiza o inesperado. Quando renasce, em termos diferentes, mais amplos do que na pura lógica quirritária, animado daquele conteúdo moral que a Idade Média lhe impôs, é consagrado pelos juristas do círculo tomista, pelos moralistas sem dogma, e também pelo materialismo histórico.

A solidariedade humana, princípio informativo do direito moderno, longe de repudiar aquela necessidade de equivalência de um e outro contratante, e de menoscar a reciprocidade proporcional entre a utilidade auferida por um contratante e a que o outro recebe, antes impõe o dever de não abusar uma parte da necessidade extrema da outra que pratique o ato jurídico manifestamente prejudicial a si própria.