

O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais

(autonomia privada, boa-fé,
justiça contratual)

FERNANDO NORONHA

A concepção tradicional do contrato, desenvolvida no séc. XIX e girando em torno apenas do princípio da autonomia da vontade, não explica satisfatoriamente diversos institutos importantes, chegando mesmo a prejudicar o desenvolvimento de alguns, como o da tutela jurídica contra cláusulas abusivas.

Este livro revela uma outra concepção, moderna, pela qual aos valores básicos sociais da liberdade, da justiça e da ordem correspondem, no Direito dos Contratos, os princípios da autonomia privada, da justiça contratual e da boa-fé. Tais são os três "princípios de ordem pública contratual", que estão numa relação de permanente tensão, autodelimitando-se reciprocamente.

O princípio da autonomia privada traduz-se na liberdade de as pessoas regularem, através de negócios jurídicos (contratos e negócios unilaterais), os seus interesses, em especial no que diz respeito à produção e à distribuição de produtos e serviços. A autonomia privada é fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos.

A boa-fé que é princípio contratual se traduz no dever de cada parte agir de forma a não fraudar a confiança da contraparte. Ela é indispensável para tutela da segurança jurídica, para garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito.

Esta boa-fé que é princípio contratual é a chamada boa-fé objetiva, que consiste no dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. São eles que traduzem a confiança indispensável à vida de relação e ao intercâmbio de bens e serviços, de que os contratos são instrumento jurídico. A boa-fé objetiva contrapõe-se à subjetiva, que não é mais que uma crença errada, um estado de ignorância sobre as reais características da situação jurídica que estiver em causa.

O princípio da justiça contratual tem por finalidade a realização de um efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes nos contratos comutativos. Tal equilíbrio não poderá, porém,

MINISTÉRIO  DA JUSTIÇA



O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais

(autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)



CAPÍTULO 9

O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA CONTRATUAL

9.1. Justiça em geral e justiça contratual. 9.1.1. Justiça e direito. 9.1.2. Da justiça geral à justiça contratual. 9.1.3. Justiça e equidade: princípio da justiça, ou da equidade contratual? 9.2. Justiça contratual: algumas distinções. 9.3. Alcance do princípio da justiça contratual. 9.4. Casos de não presunção de realização da justiça contratual. 9.4.1. Vícios do consentimento e incapacidades. 9.4.2. Contratos iníquos: lesão e estado de perigo. 9.4.3. Superveniente destruição da relação de equivalência: onerosidade excessiva e correção monetária. 9.4.4. Contratos padronizados e de adesão.

9.1. Justiça em geral e justiça contratual

9.1.1. Justiça e direito

Fiat justitia, pereat mundus, faça-se justiça, ainda que pereça o mundo: não existe decerto fórmula mais bela, e mais solene, traduzindo as virtudes da justiça — mas, infelizmente, é também uma fórmula vazia, que nada esclarece sobre o que ela seja, e muito menos sobre o seu conteúdo.

O *Digesto*, cujo Livro I, Título I, significativamente porta a epígrafe *De justitia et jure*, também abre com grandiloquentes afirma-

ções sobre a justiça. Logo de entrada, diz, pela pena de Ulpiano, que o direito é a arte do bom e do equitativo (*jus est ars boni et aequi*) e que o seu nome (*jus*) provém de justiça (*justitia*)¹. Poucos parágrafos adiante consigna-se a famosa definição que Ulpiano deu da justiça, *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, a qual é associada ao igualmente famoso trecho sobre os "preceitos do direito" (*juris praecepta*): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*². Pode ser que, com esta associação entre justiça e preceitos, se quisesse antecipar uma resposta à questão da finalidade do direito, dizendo que ele almejava à justiça, mas a verdade é que, mais uma vez, não se passou de fórmulas vazias³.

1. D. 1, 1, pr.: *Juri operam daturi prius nosse oportet unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum: nam (ut eleganter Celsus definit) jus est ars boni et aequi*. Tradução: "É preciso que aqueles que vão operar com o direito saibam donde provém o nome de direito (*jus, juris*). Na verdade, provém de justiça: porque (como Celso definiu elegantemente) o direito é a arte do bom e do equitativo".

Na Idade Média, à assertiva de que o direito provém da justiça a glosa acrescentou: *est autem jus a justitia, sicut a madre sua, ergo prius fuit justitia quam jus*, "na verdade o direito vem da justiça, como se viesse de sua mãe, assim foi primeiro a justiça do que o direito".

2. D. 1, 1, 10. Tradução de todo o parágrafo: "Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu. Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar ninguém, dar a cada um o seu".

3. A este respeito, escreveu Alf Ross (*Sobre el derecho y la justicia*, trad., Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 268-9):

"A fórmula com que os juristas romanos expressaram o pensamento de direito natural ou justiça foi *suum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*. Ela tem sido repetida com insistência, como se se tratasse da quinta-essência da sabedoria. Mas é um puro engano, que alcança a aparência de algo óbvio, porque nada diz em absoluto.

'Dar a cada um o seu' soa esplendidamente. Quem vai discuti-lo? A única dificuldade é que a fórmula pressupõe que eu sei o que se deve dar a cada pessoa como 'o seu' (isto é, como seu direito). A fórmula carece assim de significado, pois que pressupõe a posição jurídica para a qual deveria servir de fundamento.

O mesmo se passa com a exigência de não lesar outrem. Que é 'lesar'? Não é possível que queira dizer atuar de tal maneira que prejudique os interesses ou frustre os desejos de outros. Neste sentido o credor 'lesa' o devedor ao exigir-lhe o pagamento do seu crédito, um comerciante 'lesa' outro quando lhe faz concorrência, e a comunidade 'lesa' o delinqüente ao castigá-lo. Não, o significado só pode ser que não devo interferir *ilicitamente* nos interesses de outro, ou que não devo violar os seus direitos, e aqui, também, o raciocínio é claramente circular. O mesmo ocorre com o mandamento 'viver honestamente', pois aqui

O *jus* era a arte do bom e do equitativo e provinha da *justitia*, que era a vontade de dar a cada um o seu, não prejudicar outrem, viver honestamente... São fórmulas vazias, sem dúvida, mas que já trazem embutidas as idéias fundamentais que nesta matéria vararam os séculos, designadamente a de que justiça é uma relação de igualdade e a de que há uma relação simultaneamente de antinomia e de complementaridade entre uma justiça em sentido estrito, geral e absoluta, e a equidade, específica do caso concreto, como veremos daqui a pouco⁴.

Todavia, por estranho que pareça, se a justiça desde a antigüidade greco-romana é associada ao direito, e se da boa-fé, como princípio jurídico, só se passou a falar neste século XX, a verdade é que, enquanto é copiosa a bibliografia sobre boa-fé contratual, já a respeito da justiça contratual, que nos propomos versar, existe muitíssimo pouco.

Aliás, justiça é *valor*, e sabe-se como os valores foram aliados da ciência jurídica ao longo do século XIX e durante a primeira metade deste século XX, em que prevaleceram as concepções positivistas⁵. Kelsen chegava a afirmar que a justiça a que a razão humana pode aceder é sempre relativa e que "a Justiça absoluta é um ideal irracional (...) uma das ilusões eternas do homem"⁶.

'honestamente' só pode querer dizer, como é óbvio, que a conduta deve conformar-se à letra e ao espírito da lei".

4. *V.*, *infra*, Cap. 9, n. 9.1.3.

5. *V.*, *supra*, Cap. 2, n. 2.2.

6. Kelsen fazia esta afirmação em bem conhecido artigo sobre a justiça, *Was ist Gerechtigkeit?*, datado de 1953 e traduzido na coletânea *Qué es justicia?* (Ariel, Barcelona/Caracas/México, 1982). Nesse texto, afirmava o respeitado Mestre (p. 59):

"Se algo podemos aprender das experiências intelectuais do passado, é que a razão humana só pode aceder a valores relativos. E isto significa que não pode emitir-se um juízo sobre algo que parece justo com a pretensão de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário. A Justiça absoluta é um ideal irracional, ou, dito por outras palavras, uma das ilusões eternas do homem. Do ponto de vista do conhecimento racional, não existem mais que interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses. A solução destes conflitos pode encontrar-se satisfazendo um interesse em detrimento do outro ou mediante um compromisso entre os interesses em luta. É impossível demonstrar que só uma das soluções é justa. Uma ou outra podem ser justas conforme as circunstâncias".

Seria desnecessário frisar que os positivistas, se negavam lugar aos valores em estudos estritamente jurídicos, não negavam, evidentemente, que eles não existissem, nem que fossem importantes — mas só fora do direito. O próprio Kelsen dizia que o "relativismo científico" não poderia ser acusado de imoral, nem sequer de amoral: "O

Desde o início do século XX, porém, assiste-se por toda parte a uma verdadeira retomada da tradição milenar, que é greco-latina e escolástica (fundada num direito natural assente na natureza das coisas e, *hoc sensu*, "jusnaturalista"), e mesmo dos tempos do iluminismo da Idade Moderna, séculos XVII e XVIII (tendo do direito natural uma concepção "jusracionalista", já que baseada na razão). Esta retomada tem-nos proporcionado magníficos estudos sobre a justiça, desde os trabalhos pioneiros dos adeptos do direito natural renascido (o fundado na natureza das coisas), a começar com Gény, Stammler e del Vecchio⁷, que foram seguidos por tantos outros jusnaturalistas

ponto de vista segundo o qual os valores morais constituem só valores relativos não significa que não sejam valores. Significa que não existe um único sistema moral, mas vários, e há que escolher entre eles. Deste modo, o relativismo impõe ao indivíduo a árdua tarefa de decidir por si só o que é bom e o que é mau. Evidentemente, isto supõe uma responsabilidade muito séria, a maior que um homem pode assumir" (p. 59). E, posta assim a questão, ele não se furtou a expor o que considerava justiça (p. 63):

"Verdadeiramente, não sei nem posso afirmar que é a Justiça, a Justiça absoluta que a humanidade almeja alcançar. Só posso estar de acordo em que existe uma Justiça relativa e posso afirmar o que é a Justiça para mim. Dado que a Ciência é minha profissão e, portanto, o mais importante na minha vida, a Justiça, para mim, dá-se naquela ordem social sob cuja proteção pode progredir a busca da verdade. *Minha* Justiça, em definitivo, é a da liberdade, da paz; a Justiça da democracia, da tolerância".

7. François Gény foi quem, com o seu famoso *Método de interpretação e fontes*, cuja primeira edição remonta a 1889 (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif — essai critique*, 2. ed., Paris, LGDJ, 1932; trad. espanhola: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925), criou o método jurídico não positivista, que designou de *livre investigação científica* ("investigação livre, porque aqui se subtrai à ação própria de uma autoridade positiva; investigação científica, ao mesmo tempo, porque não pode encontrar bases sólidas, senão nos elementos objetivos que só a ciência pode revelar" — ed. francesa, t. 2, p. 78; ed. espanhola, p. 524). Nessa obra, iniciava (ed. francesa, p. 194, ed. espanhola, p. 539-40) a análise do que chamava a "noção inata de justiça", que "a jurisprudência sempre pressupôs, pelo menos a título de ideal", "como apoio necessário de suas construções positivas", quase pedindo desculpa por se atrever a falar no que designava de "irreduzível direito natural". Dizia ele: "não ignoro que me exponho à censura de ressuscitar uma doutrina antiquada e quase caída no esquecimento: a doutrina do direito natural".

Rodolf Stammler, mais conhecido pela famosa fórmula que lançou em 1906 de um "direito natural de conteúdo variável", foi poderoso pensador, concentrando os seus estudos jurídicos e filosóficos no "direito justo" (*richtiges Recht*), ao qual já consagrava em 1902 uma obra que Gény tem como capital: *A teoria do direito justo* (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*). O pensamento de Stammler pode ser estudado em François

ilustres que não seria possível referir sem o pecado de esquecer vários, até aos⁸ trabalhos recentes de autores entre si tão diferentes como o nosso Miguel Reale⁹, estrela de primeira grandeza no firmamento jurídico universal, mais Perelman, Rawls e Dworkin¹⁰ — e até

Gény (*Science et technique en droit privé positif*, 2. tir., Paris, Sirey, 1927, v. 2, p. 127-90) e em Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, trad., Lisboa, Gulbenkian, 1. ed., 1978, p. 101-11, e 2. ed., 1989, p. 97-107).

Giorgio del Vecchio, a quem se atribui a restauração do direito natural na Itália, é autor de importante ensaio, intitulado *A justiça* (*La giustizia*, 2. ed., Bologna, Zanichelli, 1924), que foi objeto de inúmeras traduções, mas infelizmente nenhuma em língua portuguesa. As traduções espanhola e francesa são relacionadas adiante, na nota 11, referente à bibliografia geral sobre a justiça.

8. Sobre a expressão "até aos", v., *supra*, Cap. 2, nota n. 4.

9. Do qual destacaríamos, a este propósito da justiça, uma de suas obras mais recentes: *Direito natural/direito positivo*, São Paulo, Saraiva, 1984.

10. Desses três autores, destacamos uma passagem de Perelman, que se poderia considerar resposta à posição negativista de Kelsen, transcrita em nota anterior. Nela, Perelman começa por interrogar se é possível raciocinar sobre valores, para, a seguir, responder, distinguindo uma *teoria da demonstração*, assente sobre provas analíticas (lógica formal), de uma *teoria da argumentação*, que é uma lógica não formal, complementar daquela e com provas dialéticas, numa linha que já fora trilhada por Aristóteles. Depois, escreve (*Droit, morale et philosophie*, 2. ed., Paris, LGDJ, 1976, p. 49 e 50):

"Os nossos trabalhos convenceram-nos de que não existe lógica específica a respeito dos valores, mas que as mesmas técnicas de raciocínio de que nos servimos para criticar e para justificar opiniões, escolhas, pretensões e decisões, são empregadas quando se trata de criticar e de justificar os enunciados que habitualmente são qualificados de juízos de valor. É por isso que o uso prático da razão não pode ser compreendido sem integrá-lo numa teoria geral da argumentação.

Foi por se esquecer que a argumentação, técnica de raciocínio indispensável ao juízo prático, negligenciando os meios discursivos de obter a adesão que não eram fundados no cálculo e na experiência, que se era inevitavelmente conduzido à conclusão de que os valores eram logicamente arbitrários e, por consequência, desprovidos de justificação racional. Na falta de uma teoria da argumentação, não se chega mesmo a conceber o que há de específico no processo de justificação e, *a fortiori*, a precisar as suas relações com a idéia de justiça.

O próprio objeto de toda justificação é muito diferente daquele de uma demonstração, que se desenvolve a partir de enunciados ou de preposições de que devemos nos perguntar sobre se são verdadeiros ou falsos. Porque o objeto da justificação é de ordem prática: justifica-se um ato, um comportamento, uma disposição de agir, uma pretensão, uma escolha, uma decisão.

(...) Admitir a possibilidade de uma justificação racional ou razoável, é reconhecer, de imediato, um uso prático da razão. (...) É reconhecer que raciocinar não é

mesmo de Kelsen, que, como homem situado no seu tempo, soube sentir o problema e tratá-lo primorosamente, embora dizendo que ele ficava fora do âmbito da ciência jurídica, como vimos há pouco.

Devido a tais estudos, atualmente é vastíssima a bibliografia sobre a justiça em geral¹¹, embora o mesmo não possa ser dito especificamente sobre a justiça contratual.

9.1.2. Da justiça geral à justiça contratual

Não vamos, evidentemente, entrar na análise do tema da justiça em geral, por mais fascinante que seja. Diremos apenas que, se o direito não tem por fanal apenas o valor "justiça", a verdade é que é este que melhor o distingue, do ponto de vista do conteúdo, das

somente verificar e demonstrar, é também deliberar, criticar e justificar, é apresentar razões pró e razões contra, é, numa palavra, argumentar.

(...) A tarefa de justificação não tem sentido senão se os atos a justificar são atos criticáveis, que possuem qualquer defeito, tornando-os inferiores aos atos que escapam à crítica e, por consequência, à necessidade de serem justificados".

11. Dessa bibliografia geral sobre a justiça, destacaríamos apenas algumas obras recentes e a elas acrescentaríamos somente a obra pioneira de del Vecchio e o famoso Livro V da *Ética a Nicômaco* (ou *Ética a Nicômacos*, conforme a tradução adiante referida), que é a obra precursora de Aristóteles, esse gênio da humanidade que no século IV a.C. já soube estabelecer as traves mestras da nossa matéria: Alf Ross, *Sobre el derecho*, cit.; Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, trad., Brasília, Ed. Univ. de Brasília, 1985; Chaïm Perelman, *Droit, morale et philosophie*, cit.; Giorgio del Vecchio, *La giustizia*, cit., trad. espanhola: *La justicia*, Madrid, Góngora, 1925, trad. francesa: *La justice*, in: *La justice, la vérité: essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1952 (a edição francesa está enriquecida por profusas notas de atualização do próprio autor); Gustav Radbruch, *Filosofia do direito*, trad., 6. ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979; Guy Haarcher e Léon Ingher (coord.), *Justice et argumentation: essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Éd. de l'Université, 1986; Hans Kelsen, *A justiça e o direito natural*, trad., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1963; *Qué es justicia?*, cit.; Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, trad., Lisboa, Gulbenkian, 1986; John Rawls, *Uma teoria da justiça*, trad., Brasília, Ed. Univ. de Brasília, 1981; Karl Larenz, *Metodologia*, cit., especialmente p. 203-17 (trad. da 5. ed. alemã). Michel Villey, *Filosofia do direito: definições e fins do direito*, trad., São Paulo, Atlas, 1977; Miguel Reale, *Direito natural/direito positivo*, cit.; Peter Stein e John Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad., Milano, Giuffrè, 1981; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* (new impression with reply to critics), London, Duckworth, 1978, *A matter of principle*, Cambridge, Mass./London, Harvard Univ. Press, 1985, *Law's empire*, London, Fontana Press, 1986. *A justiça*, São Paulo, Saraiva, 1960.

restantes normas de conduta social, como já enfatizava Gény¹². Se a norma religiosa se baseia na distinção entre a virtude e o pecado, visando a harmonia com Deus, e só reflexamente, na medida em que é isso que Deus quer, a harmonia com os outros homens (por isso, se Deus mandar fazer "guerra santa", que seja feita); se a norma moral se funda na distinção entre o bem e o mal, que são os dois grandes valores opostos morais; se a norma de trato social assenta na distinção entre o que socialmente cai bem e o que fica mal, já, diversamente de todas estas, a norma jurídica funda-se essencialmente na distinção entre o que é justo e o que é injusto.

Atualmente, poucas vozes ousarão discordar de que, como Radbruch enfatizava, "a idéia de direito não pode ser diferente da idéia de justiça"¹³.

Há dois mil anos, Cícero já dizia que "a justiça está na primeira linha dos fins que o direito prossegue"¹⁴. São Tomás de Aquino, no século XIII, definia o direito recorrendo à justiça: *jus est quod justum est*. Alguns séculos depois, Pascal, numa chamada à realidade, ponderava que a justiça sem a força é impotente, e esta sem aquela é tirânica. Bem no final do século XIX, Gény já podia sintetizar a evolução das idéias, dizendo supor haver comum acordo na afirmação de que "a organização jurídica deve tender a realizar na vida da humanidade um ideal de justiça, de uma parte", e, "de outra parte, um ideal de utilidade", entendendo-se por esta "o que a opinião comum considera o bem do maior número"¹⁵.

Se justiça e utilidade geral seriam os dois princípios diretores, Gény, contudo, alguns anos mais tarde acrescentava que a idéia de utilidade devia ser absorvida pela de justiça, para "ligar a um ideal superior o princípio de solução dos conflitos de interesses"; assim, dizia, "as regras de direito visam necessariamente e, creio, exclusivamente, a realizar a justiça": "no fundo, o direito não encontra o seu conteúdo, próprio e específico, senão na noção do justo"¹⁶.

12. *Science et technique*, cit., v. 1, p. 49.

13. *Filosofia do direito*, cit., p. 86. Mais enfática, e talvez mais precisa, é a tradução italiana desta frase: *l'idea di diritto non può essere nessun'altra che non quella di giustizia*, a idéia de direito não pode ser outra senão a idéia de justiça.

14. Marco Túlio Cícero, *De Officiis*, l. 7. 20.

15. François Gény, *Método*, cit., p. 537 e s.

16. *Science et technique*, cit., v. 1, p. 49-50. Gény acrescentava que o justo era uma

Todos esses autores estavam certos, destacando a importância do valor "justiça" no direito. E se alguma observação pode ser-lhes feita, e em especial a Gény, é para destacar que as regras jurídicas não visam realizar *exclusivamente* a justiça, não obstante o papel primordial desta¹⁷. Não só no direito em geral como em matéria de contratos, parece mais preciso falar, em vez dos dois ideais de Gény, justiça e utilidade, em liberdade, ordem (ou segurança) e justiça, que são os três valores jurídicos fundamentais, como temos insistido — os quais, todavia, não excluem outros valores, como a utilidade referida por Gény, mas que não são fundamentais¹⁸. Aqueles três valores são, nos contratos, os três princípios de ordem pública interna.

Mas que se deve entender por justiça, pelo menos no âmbito do Direito dos Contratos¹⁹?

"noção primária, irredutível e indefinível, implicando essencialmente, creio, não somente os preceitos elementares de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*) e de atribuir a cada um o seu (*suum cuique tribuere*), mas o pensamento mais profundo de um equilíbrio a estabelecer entre interesses em conflito, com vistas a assegurar a ordem essencial à manutenção e ao progresso da sociedade humana".

17. Designadamente, nada têm a ver com a justiça as normas técnicas, como as respeitantes à ordenação do trânsito de veículos, nem as normas sobre prescrição e caducidade, nem ainda aquelas de Direito Internacional Privado, regulando conflitos de leis (salvo eventual intervenção de considerações ditas de ordem pública: cf. art. 17 da LICC).

Por outro lado, e especificamente em matéria de contratos, a razão da admissibilidade apenas em termos restritos de institutos como a lesão e a teoria da imprevisão tem por fundamento outros valores, que não a justiça, como, aliás, ainda teremos oportunidade de ver neste capítulo (*infra*, n. 9.4.2 e 9.4.3).

18. Como dissemos no Cap. 6, n. 6.1, a própria escravidão, noutros tempos tida por útil, era certamente injusta e ofensiva à liberdade, mas, enquanto existiu, não deixava de ser jurídica. E sobre o valor "utilidade" na ordem jurídica, v. esse mesmo capítulo e número.

19. Fora do âmbito dos contratos, ou melhor, considerada em geral, a justiça é objeto de fundamental coincidência de opiniões. Para patentear o fato, é suficiente fazer o confronto entre o que dizem dois autores entre si tão diferentes, como são Alf Ross e Chaïm Perelman.

Para Ross, a justiça "é igualdade", que exige "que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para tal, seja submetido a um tratamento que difira daquele que se acorde a qualquer outra pessoa"; a idéia de justiça "resolve-se na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral" e é "coisa oposta à arbitrariedade" (*Sobre el derecho*, cit., p. 261, 263 e 272).

Segundo Perelman, "a regra de justiça põe a exigência de tratamento igual de seres iguais", ou melhor, de "seres essencialmente semelhantes", de "seres entre os quais

Nesta matéria, ainda hoje é importante começar pela recapitulação da lição de Aristóteles, apesar de escrita há 2.400 anos. Três séculos antes de Cícero, o Filósofo dos Filósofos já dizia que o conteúdo das leis é a justiça e distinguia nesta as duas características que lhe são universalmente apontadas: a *intersubjetividade*, que São Tomás de Aquino depois chamou de *alteridade* (*alteritas*), e a *igualdade*. A justiça, dizia, é intersubjetiva, porque "se relaciona com o próximo", "é a justiça praticada especificamente em relação ao próximo"; é igualdade, porque "se ... o injusto é iníquo (ou seja, desigual), o justo é igual, como todos acham que ele é, mesmo sem uma argumentação mais desenvolvida"²⁰.

Coube também a Aristóteles o mérito de distinguir as duas espécies de justiça, que designou de *distributiva* e *corretiva*: a distributiva é a que se estabelece entre a *polis* e os cidadãos, dizendo respeito à repartição de honras e bens, de forma que cada um receba em proporção ao seu mérito — mesmo que não seja fácil indicar o critério de determinação desse mérito²¹; a justiça corretiva regula as relações estabelecidas diretamente entre as pessoas, que Aristóteles distingue em *voluntárias*, fundadas no que hoje chamaríamos de negócios jurídicos, e *involuntárias*, que hoje poderíamos dizer nascidas de atos ilícitos e equiparados, dizendo respeito à obrigação de reparar danos e também à aplicação de penas. Hoje, com a separação entre as responsabilidades civil e penal, pertencendo uma ao âmbito do Direito

não existam diferenças essenciais". Esta "regra de justiça" é meramente formal, porque "não precisa *quando* dois seres são essencialmente semelhantes, nem *como* tratá-los, para se ser justo" e "só terá interesse (...) se nos disser como tratar seres que não são idênticos": "e, efetivamente, é só isto que importa". Quando uma regra é injusta, é "porque os critérios de classificação são irrelevantes e os tratamentos aplicados são arbitrários". Citando Friedrich, diz que "o ato mais justo é aquele que é compatível com o maior número de valores e crenças, tendo em conta a sua intensidade". Os valores, crenças e aspirações a ter em conta são os da "comunidade política". "Os legisladores (...) devem elaborar leis justas, porque conformes às aspirações da comunidade de que são os representantes"; os juízes "devem aplicá-las com espírito de equidade, conforme às tradições da comunidade de que são magistrados" (*Droit, morale et philosophie*, cit., p. 26-8, 37 e 54-6).

20. *Ética a Nicômacos*, cit., p. 95-6.

21. A Aristóteles não escapou a dificuldade: "os democratas identificam a circunstância de a distribuição dever ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência" (p. 96).

Privado, e a outra ao Direito Público, fica forçado o seu tratamento dentro de uma mesma categoria de justiça, mas este é assunto sem interesse para o nosso estudo²².

Os grandes problemas, as grandes controvérsias suscitadas pela justiça, são a respeito da justiça distributiva e, dentro desta, do critério do *suum cuique tribuere*, da repartição segundo o merecimento: será justiça dar ao rei o trono e ao escravo a servidão? Não é esta, porém, a espécie de justiça que interessa para o nosso tema.

Concentremo-nos, pois, na modalidade de justiça que Aristóteles chamou de corretiva, mas devidamente depurada da justiça penal. Nos países latinos é a essa justiça corretiva que tradicionalmente se dá a designação de *justiça comutativa*. Ela é a justiça que se estabelece entre pessoas que estão em relação de paridade, mas abrangendo pelo menos duas categorias bem diversas: a *justiça contratual* e a *responsabilidade civil*. A justiça contratual é a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu; a responsabilidade civil é a relação de equivalência que se estabelece entre o prejuízo sofrido por uma pessoa e a reparação devida por quem o causou²³.

22. A justiça penal caberia melhor dentro da justiça distributiva: nela, afinal, ainda temos o Estado fazendo repartição, embora de castigos, e não de honras, mas respeitando ainda uma proporção adequada em relação aos méritos (aliás, aos deméritos) dos autores de atos ilícitos.

Foi certamente a adequação, que deve existir em cada caso, entre crime e castigo (pena), que levou Aristóteles a enquadrar a justiça penal na justiça corretiva. Aliás, a confusão em que Aristóteles incorreu, entre as responsabilidades civil e penal, é, para a época, absolutamente justificada, porque os limites entre uma e outra, entre pena e indenização, nem sempre eram claros. De resto, alguns resquícios dessa antiga confusão chegaram aos nossos dias. Vejam-se, por exemplo, os arts. 1.530 e 1.531 do Código Civil. A jurisprudência exige, como condição para a aplicação destes preceitos, que se prove que o credor agiu com dolo ou malícia, e está certa, precisamente porque a responsabilidade aqui não é exclusivamente civil, mas também penal.

23. Dentro da justiça comutativa cabe ainda a relação de paridade entre o acréscimo patrimonial indevidamente percebido por alguém e o valor que terá de restituir ao prejudicado: esta relação é que está na base do *enriquecimento sem causa*, ou, como se diria com mais precisão, da obrigação de restituição fundada em enriquecimento sem causa.

Dedicamos ao enriquecimento sem causa um estudo, publicado na *Revista de Direito Civil*, 36:51-78, 1991, e na *Revista do Instituto dos Advogados de Santa Catarina*, 4:43-74, 1992.

A justiça contratual será, portanto, uma modalidade da justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual. E, dentro dos contratos, o seu campo de eleição é, naturalmente, o *contrato comutativo*, que é aquele que pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contra-prestação — e que, de resto, constitui a mais importante categoria contratual da vida real, e a mais comum.

É a respeito dessa justiça contratual que, dizíamos há pouco (n. 9.1.1), a bibliografia existente é escassíssima²⁴.

9.1.3. Justiça e equidade: princípio da justiça, ou da equidade contratual?

Iniciamos este capítulo dizendo que, segundo o *Digesto*, o direito era a arte do bom e do equitativo e que provinha da justiça, a qual era fundamentalmente a arte de dar a cada um o seu. Dissemos também que nestas noções estavam embutidas as idéias fundamentais da justiça, a de que esta é uma relação de igualdade e a de que há uma relação de antinomia e complementaridade entre ela e a equidade.

Nas páginas que antecedem, vimos como, através da relação de igualdade pressuposta pela noção de justiça em geral, chegamos à noção de justiça contratual. Agora, para conclusão desta parte relativa à justiça em geral e à justiça contratual, vamos ver o essencial sobre as relações entre a justiça e a equidade, figuras ao mesmo tempo antinômicas e complementares²⁵.

24. Fazendo ressalva de eventuais obras em alemão, a que só com dificuldade teríamos acesso, por serem insuficientes as noções que temos dessa língua, nós só conhecemos, expressamente dedicadas ao princípio da justiça contratual, as poucas páginas escritas por três autores: Arthur von Mehren, *A general view of contract*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 7, Cap. 1, p. 64-81; Jacques Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 26, p. 35-57; *Les obligations, le contrat*, Paris, LGDJ, 1980 (v. 2 do *Traité de droit civil*, dir. por J. Ghestin), p. 138-40; Karl Larenz, *Derecho civil: parte general*, trad., Madrid, Ed. Derecho Reunidas, 1978, p. 61-4.

Aliás, como se dirá em seguida, destes três autores, apenas Larenz atribui autonomia recíproca aos princípios da justiça contratual e da boa-fé.

25. Foram tais relações, ao mesmo tempo antinômicas e complementares, que deram ensejo a belíssima página do Prof. R. Limongi França, sobre os méritos da equidade

Se ainda hoje se diz, repetindo a definição de Celso, que o direito é *ars boni et aequi*, também não se diz que julgar *ex aequo et bono* é decidir de acordo com a equidade? Que justiça e equidade são duas noções que estão bem próximas é-nos sugerido pelo próprio sentido etimológico de *aequum*, indicando igualdade (em latim, *aequalitas*; igual era *aequus* e igualar dizia-se *aequare*).

Justiça só se contrapõe a equidade se dermos desta uma noção restrita, que é, aliás, aquela normalmente cogitada, da solução tida por melhor para cada caso concreto, e que a aproxima da justiça distribuída pelo cádi, juiz muçulmano que se diz decidir caso por caso, conforme considere mais justo, sem preocupação por normas ou princípios gerais. É neste sentido que a equidade é considerada no art. 127 do Código de Processo Civil: "O juiz só decidirá por equidade nos

(Elogio da injustiça, *Revista de Direito Civil*, 46:190-4, 1988):

"Diferentemente da Justiça, que sobrepassa impávida e inalcançável nos áureos troncos dos partenons, espada em punho e olhos vendados, sem nenhuma condição de saber o que se passa efetivamente nos pratos da balança, a *Epieiqueia*, suave e consoladora náide do cotidiano das agonias jurídicas, está sempre de cântaro ao ombro para dessedentar o advogado exaurido, o magistrado perplexo e o litigante desencantado!

Por isso disse dela Santo Tomás que, sendo virtude semelhante à Justiça, posto que é a própria *justiça do caso concreto*, em relação à outra, é muito mais bela e mais perfeita.

Na verdade, na medida em que alguma lesão de Direito, possa ser alguma vez recomposta e compensada, isto somente pareceria viável, não por meio da intangível Justiça, senão por intermédio da equidade, porquanto, quer as razões das partes, quer o testemunho das provas, quer a própria motivação da sentença dos juízes, outra coisa não significam, senão descomunal esforço no sentido de integrar os fatos no preceito normativo, o que só é humanamente possível por meio de constantes e reiterados apelos aos elementos dessa pequena e imensa virtude.

Isso não passou despercebido, aos sábios do Direito Romano, em tanta coisa sucessores dos gregos. Eles jamais disseram que o Direito fosse a *ciência da Justiça*. Diferentemente, dentro da nossa exata linha de indagação, sempre ensinaram que *jus — est ars boni et aequi*: o direito é a arte daquilo que é bom e equitativo. Isto é, conforme a *Epieiqueia*!"

No nosso ponto de vista, a justiça não é intangível, não sobrepassa, impávida e inalcançável; os homens é que não têm sabido realizá-la, e antes a sacrificam com demasiada frequência a um ideal de segurança jurídica, ou seja, de *ordem*.

De resto, se a equidade, entendida como justiça do caso concreto, sacrifica o ideal da justiça, isso já não acontece no sentido em que a palavra parece ter sido usada por Aristóteles, referido, a seguir, no texto.

casos previstos em lei"²⁶. E mesmo neste sentido restrito, a equidade não é nenhum juízo arbitrário. Mesmo que seja "uma forma de decidir extra-sistemática", ou seja, à revelia do direito estrito, não é modo arbitrário de resolver casos concretos, porque o julgamento há de observar "o esquema valorativo dominante nas representações comuns", como diz o Prof. Menezes Cordeiro²⁷.

Já não haverá contraposição entre justiça e equidade, se considerarmos esta na acepção que Gény afirmava ser "a adaptação da idéia de justiça aos fatos, a consideração das circunstâncias individuais, tendo em conta as idéias gerais, ou modelando-as de conformidade aos elementos concretos"²⁸ — e que parece ser o sentido em que a palavra já era usada por Aristóteles, que dizia ser a equidade a mesma coisa que a justiça, só que melhor²⁹. Na verdade, a equidade a que Aristóteles se referia já parecia ser a busca do tratamento adequado de *casos omissos*, ou seja, daquelas *lacunas* da lei, evidenciadas pela demonstração de que a *ratio legis*, o espírito que informa a norma, não pode incluir, no tratamento que dá, certas hipóteses específicas, como depois ficou sintetizado no brocardo *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*³⁰.

26. Os casos em que a lei permite recurso a juízos de equidade, entendida esta no sentido agora em causa, são muito raros. Os mais importantes são ainda os do art. 1.075, IV, do Código de Processo Civil, sobre o julgamento arbitral "fora das regras e formas de direito", e do art. 1.109, relativo aos processos especiais de jurisdição voluntária, em que o juiz pode "adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna". Na legislação substantiva, os preceitos mais conhecidos que remetiam para a equidade eram em matéria de locação: o art. 16 do Decreto n. 24.150/34 (Lei de Luvas) e o art. 38, parágrafo único, da Lei n. 6.649/79, que não têm correspondentes na atual Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91). No Código Civil, permanece a disposição isolada do art. 1.456, sobre como deve o juiz aplicar ao segurado a pena de perda de direito ao seguro.

27. O exame mais recente que conhecemos sobre a equidade, nesta acepção restrita, é o feito por esse Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, na sua alentada monografia sobre a boa-fé (*Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1984, v. 2, p. 1197-208) e relativo ao Código Civil português, no qual proliferam remissões a decisões judiciais segundo juízos de equidade.

28. François Gény, *Método de interpretación y fuentes*, cit., p. 558. Gény contrapunha duas noções de equidade: a primeira seria "uma espécie de instinto que sem invocar o *raciocínio* (*raison raisonnée*) vai por si mesmo diretamente à solução melhor e mais conforme ao fim de toda organização jurídica"; a segunda seria a referida no texto.

29. Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, cit., p. 109.

30. Senão, vejamos o que escreveu o Filósofo dos Filósofos (*Ética a Nicômacos*, cit., p. 109):

Neste sentido, a equidade é complemento da justiça, se não mesmo a sua realização, pelo respeito do intérprete aos princípios que constituem embasamento da norma, como posta pelo legislador histórico, ou que venham a ser evidenciados por uma apreciação atual dos fatos, à luz da "evolução do sentimento moral", para aproveitarmos uma expressão de Perelman³¹. Considerada nesta acepção, a equidade impede que a regra jurídica, se entendida à letra, conduza a consequências injustas, ou iníquas, sendo aqui as duas palavras sinônimas. É neste sentido que se pode dizer, como faz Perelman, que a equidade é "muleta da justiça", a usar quando "a lei parece coxa"³².

Se considerarmos a equidade nesse sentido, poderíamos denominar também de *equidade contratual* o princípio que chamamos de justiça contratual. Contudo, como a noção comum de equidade é ainda aquela que a liga a uma justiça do caso concreto, ainda que não arbitrária (como vimos), preferimos passar a falar apenas em *princípio da justiça contratual*.

9.2. Justiça contratual: algumas distinções

O princípio da boa-fé, exigindo comportamento leal e tendo por objetivo proporcionar aos sujeitos de qualquer relação obrigacional aquela confiança que é necessária às relações sociais de intercâmbio de bens e serviços, já é uma espécie de antecâmara do princípio da justiça contratual. Aliás, a generalidade dos autores modernos que reconhece a existência do princípio da boa-fé nos contratos é a

"Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissivo e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se tivesse previsto o caso em questão. Por isso, o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita dos seus ditames). Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissiva devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto".

31. *Droit, morale et philosophie*, cit., p. 31. Neste caso, segundo Perelman, "são certas distinções, que o legislador ou o juiz que tinha posto o precedente, tinham negligenciado no passado, (que) se tornam essenciais na apreciação atual dos fatos".

32. *Droit, morale et philosophie*, cit., p. 31.

propósito desta boa-fé que aborda os assuntos que aqui são considerados como relativos à justiça contratual. Em contrapartida, alguns autores há que parecem não dar relevo autônomo à boa-fé e que tratam dela quando versam a justiça contratual: destes é exemplo von Mehren³³. E dos autores a que tivemos acesso, como já dissemos anteriormente³⁴, apenas dois, Ghestin e Larenz, analisam estes princípios em separado, e, mesmo assim, um deles, Ghestin, faz questão de enfatizar que o princípio da boa-fé é mero corolário do princípio da justiça contratual, "o complemento necessário" deste³⁵.

O fato de, tradicionalmente (ou melhor, desde o século XIX), não ser dedicada análise nenhuma específica ao princípio da justiça contratual não quer dizer que a justiça não estivesse presente nas preocupações dos juristas, ou quando não dos juristas positivistas, que fosse descuidada pelos filósofos do direito e pelos legisladores. É que esse era também o tempo, como frisamos em capítulo anterior³⁶, em que se afirmava que a justiça resultava necessariamente do livre jogo da "autonomia da vontade" e que "quem diz contratual diz justo".

Raras eram, então, as vozes discordantes, como a de Jhering, que ainda em pleno século XIX já dizia que a justiça está acima da liberdade, e a de Gounot, que, no começo deste século XX, acrescentava que a vontade não cria o justo, antes deve conformar-se a ele. Hoje, as novas concepções, que ganham terreno por toda parte (e que, aliás, apenas representam salutar retorno ao *jus est autem a justitia appellatum*), podem ser sintetizadas na afirmação de Ghestin de que o direito objetivo não se reduz ao conjunto das formas positivas; estas devem servir de guias na busca da solução justa, "mas é esta última que é verdadeiramente o direito objetivo": "O juiz deve obedecer às regras, e mais especificamente à lei. Mas é preciso também que ele procure a solução justa, utilizando todos os recursos da lógica jurídica"³⁷.

33. A general view of contract, cit. A generalidade dos autores de língua inglesa engloba boa-fé e justiça contratual no tratamento da *contractual fairness*. Von Mehren é o único, do nosso conhecimento, que cuida expressamente da *contractual justice*, analisando também, dentro dela, a *fairness*.

34. V., *supra*, Cap. 6, n. 6.2.

35. *Le contrat*, cit., p. 138 e s.

36. V., *supra*, Cap. 4, n. 4.1.

37. *Les obligations, le contrat*, cit., p. 138.

Referimos atrás que, de acordo com o princípio da justiça contratual, deve haver uma relação de equilíbrio entre prestação e contra-prestação nos contratos comutativos, que são os mais importantes de todos os contratos. Mas em que termos deve ser tal equilíbrio? Afinal, se as partes são livres para celebrarem contratos, não haverá que assegurar a estes estabilidade, garantindo, assim, que não seja posto em risco o princípio da autonomia privada? Em que termos será possível (e conveniente) uma intervenção no contrato, para assegurar um equilíbrio entre prestação e contraprestação, seja desde o momento da sua formação, seja a partir de qualquer momento da vida da relação contratual em que tal equilíbrio porventura venha a ser rompido? E esse equilíbrio deverá ser absoluto, ou contentar-se-á o ordenamento com um mero equilíbrio relativo?

Para que seja possível responder a essas indagações, é preciso estabelecer algumas distinções. E é o que passaremos a fazer.

a) *Justiça formal e justiça substancial*

A justiça formal tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação. A justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes.

A igualdade pressuposta pela *justiça formal*, a posição igualitária no momento de contratar, é entendida em termos teóricos, é uma *igualdade de oportunidades*: quem contrata deve ter liberdade de decidir, deve estar no pleno gozo de suas faculdades e normalmente esclarecido sobre a transação que faz. Não se indaga se os contratantes são essencialmente semelhantes, como diria Perelman, se entre eles não existem diferenças essenciais que importasse considerar³⁸. Quem entende ser suficiente tutelar a justiça formal acreditada que, garantida a posição pré-contratual de igualdade teórica de oportunidades, cada parte, igualmente livre, responsável e esclarecida, estará em condições de defender de forma adequada os seus interesses; em consequência, no contrato resultante, as prestações de uma e outra, os direitos e obrigações recíprocos, contrabalançar-se-ão, assegurando o equilíbrio da justiça.

É essa a idéia de justiça contratual que predominou nos últimos duzentos anos, sustentada pelos adeptos da teoria da autonomia da

38. V., *supra*, nota 19.

vontade e por todos aqueles que, ainda hoje, continuam sustentando que "quem diz contratual, diz justo". Estes são os juristas que, nesta matéria da justiça contratual, se preocupam essencialmente em garantir que o consentimento não seja viciado, que não haja dolo, coação ou erro, afetando o processo de formação da vontade de uma e outra parte.

A *justiça substancial*, ou *material*, ou, ainda, como diz Larenz, a *justiça compensatória*³⁹, não se contenta com esta igualdade meramente formal das partes, antes busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa — e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam adequada contrapartida dos sacrifícios que assume.

Como se trata de noções de justiça diferentes, concebe-se que um contrato que atenda aos requisitos da justiça formal possa ser substancialmente injusto, assim como que um contrato substancialmente justo possa haver sido alcançado apesar da situação de inferioridade de uma das partes (que, por exemplo, sofria de alienação mental).

Quando se diz que a justiça contratual é princípio fundamental dos contratos, tem-se em vista, é claro, a justiça substancial, porque só esta contém a idéia de efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações. É importante, por conseguinte, que se veja melhor esta justiça substancial.

b) *Justiça substancial objetiva e subjetiva*

A justiça substancial pode ser encarada do ponto de vista subjetivo ou objetivo: do ponto de vista subjetivo, seria necessário que, na avaliação das partes, cada uma recebesse benefícios iguais ou maiores do que os sacrifícios que estivesse assumindo; do ponto de vista objetivo, será necessário que cada parte, em troca dos compromissos que assume, obtenha benefícios que contrabalancem, de forma adequada, isto é, aproximadamente equivalente, os seus encargos.

Ora, se a intervenção do ordenamento jurídico só se justifica tendo em vista o interesse geral, considerando as consequências econômicas e sociais produzidas pelo contrato, o equilíbrio entre benefícios e encargos (justiça substancial) que aqui interessa só pode ser o objetivo, nunca o subjetivo.

39. *Parte general*, cit., p. 61.

c) *Princípio objetivo da equivalência e princípio da distribuição equitativa de ônus e riscos*

A justiça substancial objetiva pode ser encarada sob dois prismas, muito bem distinguidos por Larenz⁴⁰: o princípio objetivo de *equivalência entre prestação e contraprestação*, segundo o qual a justiça se realiza quando estas duas tenham um valor sensivelmente correspondente, e o princípio da *distribuição equitativa (ou justa) de ônus e riscos*, que visa "uma justa distribuição dos ônus e riscos relacionados com um contrato". Este segundo princípio é aquele que, como frisa Larenz, tem "maior alcance".

Mas vejamos de mais perto cada um deles.

1. O *princípio objetivo da equivalência* era o fundamento da teoria escolástica do *justum pretium*: segundo os canonistas, quando o preço não fosse "justo", o comprador poderia invocar "lesão" e requerer a anulação do contrato⁴¹. Esta teoria acabou desacreditada, não tanto pelas dificuldades de determinação do justo preço, apesar de estas efetivamente serem grandes, mas pela força das concepções individualistas liberais, defendendo que cada um respondesse pelos seus atos, não devendo a lei permitir a invalidação de vendas só porque o vendedor alienara por baixo preço.

O princípio objetivo da equivalência, porém, realça Larenz, permaneceu subjacente a diversos preceitos legais, como aqueles do Código Civil em que se permite reclamar abatimento do preço por deterioração da coisa adquirida, por vício redibitório, por evicção parcial, etc. (cf. arts. 866, 1.105, 1.111, 1.114, 1.190, etc.), ou aqueles que limitam o valor da cláusula penal (art. 920), ou dão ao juiz o poder de reduzi-la (art. 924). É também este princípio que ilumina preceitos como o do art. 763, que obriga à dedução dos juros vencidos, nos casos de vencimento antecipado de dívidas.

Em leis avulsas, são comuns os preceitos que refletem o princípio da equivalência, com destaque para aqueles que limitam o valor de cláusulas penais, sobretudo moratórias (Decreto n. 22.626/33, art. 9º; Decreto-lei n. 58/38, art. 11, f; Lei n. 6.766/79, art. 26, V, etc.), e

40. *Parte general*, cit., p. 61.

41. Sobre esta teoria canonista do justo preço, temos boas análises críticas em Atiyah (*The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 61-5 e 169-77) e em von Mehren (*A general view of contract*, cit., p. 75-7).

para aqueles que impõem a redução de prestações vincendas, no caso de pagamento antecipado (Decreto n. 22.626/33, art. 7º, § 2º). O Código de Defesa do Consumidor veio acrescentar preceitos significativos, alguns de novo sobre multas de mora (art. 52, § 1º) e liquidação antecipada de débitos (art. 52, § 2º), outros inovadores, como aquele que nas compras e vendas e nas alienações fiduciárias considerará "nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplimento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado" (art. 53).

É ainda este princípio de equivalência que parece estar subjacente a preceitos como os dos arts. 1.101, 1.107 e 1.073. O primeiro limita a responsabilidade por vícios redibitórios aos contratos comutativos, porque neles a coisa recebida com vício foi contraprestação correspondente à prestação realizada pelo lesado. No art. 1.107, relativo à responsabilidade pela evicção, perante situação similar, determina-se que nos contratos onerosos (e só neles) o alienante é obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção. Analogamente, de acordo com o art. 1.073, em princípio o cedente só é responsável pela existência do crédito se a cessão houver sido feita a título oneroso.

Em rigor, é também o princípio objetivo da equivalência que justifica preceitos tão gerais, como são os respeitantes à obrigação de indenizar, que recaí sobre o contratante inadimplente (arts. 1.056 e s., 865, 2ª parte, 867, etc.), e os referentes à exceção do contrato não cumprido (art. 1.092).

Mesmo preceitos como os dos arts. 158 e 964 não são indiferentes a uma preocupação de justiça comutativa, vista sob este prisma do princípio da equivalência. Se, quando anulado o ato ou negócio jurídico, as partes são restituídas ao estado anterior, ou indenizadas pelo equivalente, é para que quem tenha dado algo com vista a receber outra coisa não acabe saindo prejudicado. Se alguém receber um pagamento indevido, deve restituí-lo, porque ele não é equivalente de nada, não corresponde a coisa alguma que houvesse sido dada em troca.

E se todos esses preceitos esparsos são importantes, mais importante do que todos eles é a certeza, que nos dão, de que o princípio objetivo da equivalência permanece atuante no ordenamento jurídico, sendo até, no nosso tempo, o fundamento de algumas muito importantes construções doutrinário-jurisprudenciais, como a teoria da imprevisão e a correção monetária, que referiremos daqui a pouco (n. 9.4.3).

2. O princípio da distribuição equitativa (ou *justa*) de ônus e riscos, que visa uma equilibrada repartição de benefícios e encargos entre as partes, exerce, como lembra Larenz, "um domínio de grande alcance no direito legal dispositivo", isto é, nas normas supletivas. Assim, por exemplo, como o próprio Larenz faz notar, se o comprador solicitar ao vendedor que lhe remeta a coisa adquirida, e se esta durante o transporte sofrer danos, o art. 1.128 do Código Civil determina, para a hipótese de nada haver ficado estabelecido a este respeito, que os riscos correrão por conta do comprador — o que significa que este vai arcar com o prejuízo resultante da danificação da coisa, apesar de não ter havido ainda transferência de propriedade, a qual se opera apenas no momento da tradição.

Em rigor, é ainda a preocupação com uma equitativa distribuição de riscos que está subjacente a preceitos como o do art. 865 e todos os demais que permitem a resolução do contrato, fundada na impossibilidade da realização da prestação de uma das partes: quem já tiver dado alguma coisa e agora não puder receber a contraprestação, como seria exigido pelo princípio objetivo da equivalência, terá pelo menos o direito de pedir de volta o que houver dado; é sobre a outra parte, que não realizou a prestação a que se obrigara, que deve recair o risco, o prejuízo resultante da impossibilidade desta.

Mas onde o princípio da distribuição equitativa de ônus e riscos hoje em dia se revela especialmente importante é no âmbito dos contratos padronizados e de adesão: empresas industriais, comerciais e de prestação de serviços, quando elaboram os contratos que oferecerão aos clientes aderentes, são levadas, por força do próprio progresso econômico e da luta entre elas por melhores condições de competitividade, a transferir para eles quantos encargos e riscos, possíveis e imaginários, seja-lhes permitido — e, às vezes, mesmo aqueles não permitidos. É por isso que o Código de Defesa do Consumidor elenca uma série de cláusulas que considera "iníquas, abusivas", porque colocam "o consumidor em desvantagem exagerada" (art. 51, incs. e § 1º), ao mesmo tempo que faculta o ajuizamento de ações (por qualquer interessado ou pelo Ministério Público⁴²), para a declaração da nulidade de "cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes" (art. 51, § 4º).

42. Do Ministério Público, pelo menos nas hipóteses que caibam na esfera de competência prevista no art. 129 da Constituição Federal, com destaque para a ação civil pública.

9.3. Alcance do princípio da justiça contratual

Vimos há pouco que o equilíbrio entre compromissos assumidos e benefícios esperados, que interessa ao princípio da justiça contratual, não deve ser medido pela avaliação das partes e, sim, de acordo com um critério objetivo (justiça substancial objetiva).

A justiça objetiva, todavia, é muito difícil de estabelecer: já se indicou que esta foi uma das razões (embora não a principal) do declínio da teoria medieval do *justum pretium*. Atualmente, essa dificuldade continua embaraçando teorias similares à do justo preço e dela sucessoras, como a do "justo salário", e até aquelas que falam em "justo lucro" e "lucros abusivos". Só não será difícil estabelecer um justo preço quando este seja dado pelo mercado, e, mesmo assim, sempre haverá alguém para sustentar que esse preço, resultante do jogo da oferta e da procura, ou da manipulação de grupos econômicos, etc., só excepcionalmente será justo, porque geralmente não guardará adequada proporção com os custos envolvidos na produção e distribuição.

Mesmo, porém, naqueles casos em que fosse possível estabelecer a adequada equivalência pressuposta pela justiça objetiva, nem sempre seria socialmente conveniente tê-la em consideração: muitas vezes correr-se-ia o risco de suprimir a liberdade das partes e destruir a autonomia privada, e, por outro lado, também se correria o risco de afetar a segurança das transações, que é pressuposta pela boa-fé⁴³. É preciso buscar um difícil ponto de equilíbrio entre a justiça contratual, a boa-fé e a autonomia privada, ou, melhor dizendo, um ponto no qual a autonomia privada seja limitada, mas não descaracterizada, nem pela boa-fé, nem pela justiça contratual.

Ora, posta assim a questão, a melhor solução parece ser aquela que, partindo da distinção entre justiça formal e substancial, considera que esta se deve *presumir* a partir daquela: em princípio, deve admitir-se ser substancialmente justa a relação entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos, que as próprias partes estabeleceram. Garantidas as condições para a realização da justiça formal,

43. Como adverte Larenz, "os contratos pactuados não de ser em princípio cumpridos, ainda que isso suponha sacrifícios, mesmo que grandes. Assim o exigem o mandato ético da fidelidade contratual e a segurança do tráfico jurídico" (*Derecho de obligaciones*, trad., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 317).

é de se presumir que o contrato seja justo, já que em geral são as partes que estão em melhores condições para avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão divididos de forma equitativa. Realmente, as partes são os melhores juízes de seus próprios interesses⁴⁴.

Tal presunção de realização da justiça substancial objetiva através do mero acordo das partes, consubstanciado no contrato, só não valerá em casos especiais, em que as razões em que se baseia não se verifiquem — como quando não se realizam as condições de justiça formal (seja devido à presença de vícios do consentimento ou à existência de incapacidades, seja por não ser possível qualquer discussão sobre o teor do contrato, como acontece nos contratos padronizados e de adesão), ou quando, ainda que tais condições estejam presentes, outros fatores efetivamente gerem gritante desproporção entre prestação e contraprestação (como acontece quando vem a ser destruída a relação de equivalência em que as partes haviam fundado o seu negócio).

É o que passaremos a ver.

9.4. Casos de não presunção de realização da justiça contratual

Vamos examinar, ainda que sumariamente, esses casos em que não se realizam as condições de justiça formal, ou em que outros fatores efetivamente geram gritante desproporção entre prestação e contraprestação. Importante, por razões de estabilidade dos negócios,

44. Confronte-se o que afirma von Mehren (A general view of contract, cit., p. 66-7):

"The general economic and social assumptions accepted by societies that prefer the principle of private autonomy generally support the proposition that value for the purpose of applying the equivalence principle is properly measured in terms of the evaluations made by the immediate parties to the transaction. In economic theory, assuming that the requirements of procedural justice are met, each party will, by his own lights, be better off when the transaction takes place on terms to which both parties have agreed.

(...) There are obvious advantages in not reviewing transactions in terms of substantive justice but rather seeing in a satisfaction of requirements of procedural justice a warrant that the equivalence principle is satisfied. From a social and economic perspective, the institution of contract is a more easily administered, a less complex, and a more complete method of achieving autonomous ordering if the parties, rather than courts or other agents of society, determine what is contractually just".

é que a situação resultante possa ser qualificada como de "desequilíbrio manifesto", "gritante desproporção", ou expressões similares.

Ora, como veremos, se nos vícios do consentimento e nas incapacidades a consideração da justiça contratual ainda pode ser tida por despicienda, porque neles nunca haverá a possibilidade de impedir a invalidação do negócio, com a demonstração do efetivo equilíbrio entre prestação e contraprestação, ela já passará a ser muito importante nos demais casos, que podem ser agrupados em três categorias: uma primeira, relativa às situações em que a relação de equivalência falta logo no momento da celebração do contrato (lesão e estado de perigo); outra, em que ela é rompida posteriormente (onerosidade excessiva e correção monetária, que são hipóteses de superveniente destruição da relação de equivalência); a terceira, abrangendo os casos em que a situação de desequilíbrio entre as partes pode gerar, mas não produz necessariamente um contrato substancialmente injusto (contratos padronizados e de adesão).

9.4.1. Vícios do consentimento e incapacidades

a) Vícios do consentimento

Já fizemos referência a estes vícios, a propósito do princípio da boa-fé⁴⁵. Se o contrato está afetado por divergência não intencional entre a vontade de uma das partes e a sua declaração (e incluem-se aqui o erro, o dolo e a coação), não existe justiça formal e, por isso, não se pode presumir a justiça (substancial) objetiva.

Creemos que, se nas hipóteses de vícios do consentimento a lei determina (arts. 86 e s. e 147 do CC) que o contrato é anulável, a arbitrio dos interessados, não é porque a anulabilidade tenha aqui por único fundamento a necessidade de proteger a vontade da pessoa que errou, foi induzida em dolo ou coagida, como se sustenta nos quadros da orientação tradicional, ofuscada pelo dogma da vontade. Igualmente importante parece-nos ser a consideração de que, nestes casos, a invalidade do contrato é, como na França diz Ghestin, "o meio de fazer respeitar a finalidade do contrato e a justiça comutativa": "importa que cada parte receba o equivalente do que dá"⁴⁶. Na Inglaterra, é Atiyah, o mais renomado especialista contemporâneo daquilo que lá

45. V., *supra*, n. 8.8.

46. *Le contrat*, cit., p. 282.

se designa *Law of Contract*, quem faz observação similar: "talvez seja porque na realidade o dolo e a coação com tanta frequência levam a transações injustas é que nós desejamos impedir o seu uso, independentemente do seu resultado em cada caso concreto"⁴⁷.

Aliás, Ripert já observava, invocando a lição oferecida pela jurisprudência do seu país, que "o que nunca se enfatizou suficientemente é o apelo constante à idéia de *lesão* nas decisões que pronunciam a nulidade, e a constatação da ausência de prejuízo sofrido nas decisões que mantêm o contrato"⁴⁸. E não longe desta idéia está o Prof. Silvio Rodrigues, quando, em passagem anteriormente citada⁴⁹, afirma que, nos julgados nacionais que examinou, "em que a ação de rescisão foi deferida, com base em erro de uma das partes", "em nenhum deles encontrei o juiz indiferente à sorte do terceiro que contratou com a vítima do erro". "Em geral, quando se decreta a ineficácia do negócio por erro de uma das partes, a outra não desconhecia esse erro; ou então era ele tão veemente que o não podia

47. P. S. Atiyah, *Essays on contract*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 333-4. É o seguinte o texto integral:

"No doubt once in a while a perfectly fair contract may be the outcome of threats, but all our instincts make us sceptical about this possibility. If this is, indeed, what seems to have been proved, we are apt to look for ways of upholding the contract. ... And even if, which I am prepared to concede sometimes does happen, a court actually sets aside a completely fair exchange because of fraud or threats, this is not enough to demonstrate that our interest in fair procedures *per se* determines this result. Perhaps the reality is that fraud and threats so often lead to unfair exchanges that we wish to deter their use, irrespective of the result in a particular case".

48. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4. ed., Paris, LGDJ, 1949, p. 79. Assim, diz Ripert, citando casos jurisprudenciais, "quando um vendedor se engana sobre a assinatura de um quadro ou a antiguidade da obra, o erro importa pouco, pois que ele cede a tela e obtém o preço", salvo se "o seu erro o tivesse conduzido a ceder o quadro a preço vil"; mas já "o comprador que se engana, pelo contrário, é lesado sempre que descobre que a obra não porta a assinatura desejada ou não tem o caráter de antiguidade anunciado". "Mais visível ainda", diz Ripert, "é a consideração da *lesão* quando uma decisão judicial anula a venda de uma obra de arte que não tem o caráter artístico prometido, a venda de um automóvel cujo chassi não é do ano indicado, a venda de pérolas de cultura compradas como pérolas naturais, a venda de terrenos que se revelam impróprios para a cultura ou a construção, a venda de títulos de bolsa que se crê serem de uma sociedade francesa e cotados em Paris, quando são de uma sociedade inglesa sem consistência e que não são cotados", etc.

49. *V. supra*, Cap. 8, n. 8.8.

desconhecer, pois qualquer pessoa diligente o teria percebido; frequentemente, como já apontei, o caso mais se avizinha do dolo do que se caracteriza como de erro"⁵⁰.

Portanto, há que reconhecer que nos vícios do consentimento existem importantes preocupações com a justiça contratual, embora as preocupações com a autonomia privada e com a boa-fé sejam também muito, ou ainda mais importantes. Quanto à autonomia privada, basta observar-se que ninguém pode ser obrigado a contratar quando não deseje, ainda que o negócio lhe seja altamente vantajoso⁵¹. Quanto à boa-fé, já vimos essas preocupações no capítulo anterior⁵², onde se destacou que quando haja dolo ou coação, que provenha do outro contraente, o negócio será sempre anulável, por imposição não só da autonomia privada e eventualmente da justiça contratual, mas também da boa-fé, que exige que se tutele a confiança da contraparte, que se salvguarde a estabilidade do negócio celebrado. Quando se trate de hipóteses de erro (e este é na prática o mais importante vício do consentimento), bem como daquelas de dolo ou de coação provenientes de terceiro, também já vimos que, enquanto a boa-fé exige que se tutele a confiança da contraparte, que se salvguarde a estabilidade do negócio celebrado, já a justiça e a autonomia privada exigem que se proceda à revisão dele: a justiça, porque há desequilíbrio entre prestação e contraprestação; a autonomia privada, porque a parte que se enganou, ou foi iludida, ou coacta, não teria celebrado o negócio se a sua vontade não estivesse viciada.

Como vemos, nesta matéria dos vícios do consentimento, autonomia privada e justiça contratual atuam em paralelo e no mesmo sentido, potenciando os respectivos efeitos, mas a elas contrapõe-se o princípio da boa-fé. Evidentemente, não se poderá falar na necessidade de tutela da confiança da contraparte, que é fundamento do princípio da boa-fé, nas hipóteses de dolo e de coação que provenham diretamente da contraparte. Por isso, a contraposição do princípio da boa-fé aos outros dois só tem interesse, mas então fica bem evidente, nas hipóteses de erro, e também nas de dolo e coação, quando prove-

50. Silvio Rodrigues, *Dos vícios do consentimento*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 77.

51. Exceto, é claro, nas hipóteses designadas de contrato forçado, necessário ou imposto, com destaque para os relativos a serviços públicos concedidos.

52. *V. supra*, Cap. 8, n. 8.8.

nientes de terceiro. E, nesta matéria, quando o princípio da boa-fé se contrapõe aos outros dois, é ele que acaba prevalecendo.

De qualquer forma, se esquecermos o papel fundamental do princípio da boa-fé e considerarmos apenas os outros dois, supomos que na regulamentação dos vícios do consentimento o princípio da justiça contratual é importante, embora não tanto como o da autonomia privada. Uma das razões da anulabilidade do negócio jurídico é a suspeita de desequilíbrio entre prestação e contraprestação, porque não se reuniram as condições necessárias para assegurar às partes posição igualitária no processo de contratação — e, não havendo justiça formal, não se pode presumir a justiça substancial. Ora, só quando o princípio da boa-fé impuser que se tutele a confiança da contraparte na estabilidade do negócio é que aquela presunção de desequilíbrio entre prestação e contraprestação não conduzirá à anulabilidade⁵³.

Cremos mesmo ser devido à importância, aqui, do princípio da justiça contratual, embora até agora tenha sido obnubilado pelo relevo tradicionalmente atribuído à autonomia privada, que com frequência sejam os próprios juízes a se preocuparem com averiguar se houve desequilíbrio objetivo entre prestação e contraprestação, para depois considerarem este como indício do "vício da vontade". E os juízes procedem assim, apesar de, nestes casos de vícios do consentimento, a presunção de injustiça (e também a "proteção da vontade" da pessoa que errou, foi enganada ou coagida) dispensar totalmente a sua prova e até impedir a contraparte de se defender, alegando que o negócio não foi substancialmente injusto.

Quanto aos vícios do consentimento, apenas deixamos registrada esta breve análise. Não se justificaria maior desenvolvimento, porque,

53. Aliás, é possível questionar a importância da boa-fé nos vícios do consentimento, como fazem os autores que afirmam estar muito mais de acordo com a *moral social* a solução da destruição do negócio, ditada pela lei. É o que faz, por exemplo, o Prof. A. Junqueira de Azevedo, quando escreve que "não nos parece que manter um contrato em favor de um dos contratantes, porque ele estava de boa fé, atribuindo-lhe vantagens sobre o outro contratante, que, apesar de sua diligência, errou, seja a solução mais justa". Tal solução, pondera, "no mais das vezes fará com que se beneficie o que procura obter um lucro, em prejuízo do que procura evitar um dano" (*Negócio jurídico: existência, validade, eficácia*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 94 e 133).

Já vimos isto, ao analisar as relações dos vícios do consentimento com o princípio da boa-fé (*supra*, Cap. 8, n. 8.8).

mesmo que a anulabilidade aqui tivesse como fundamento principal (o que não cremos seja exato) uma presunção de injustiça substancial objetiva, a verdade é que tal presunção sempre seria efetivamente *juris et de jure*: provado o vício do consentimento, o negócio seria anulado desde que assim o requeresse o interessado, sem que se consentisse à outra parte demonstrar a efetiva correspondência entre prestação e contraprestação, para evitar que o negócio fosse desfeito. Seja porque a invalidade se funde na justiça contratual, ou na autonomia privada, a verdade é que, nestas hipóteses, o negócio só não será anulado se houver razões justificativas da tutela de eventual boa-fé da contraparte — ou mesmo de terceiro, naqueles casos cobertos pela chamada tutela da aparência de direito⁵⁴.

b) Incapacidades

Nos casos em que haja anomalias geradoras de incapacidades (menoridade, alienação mental, surdo-mudez e prodigalidade: arts. 5º e 6º do CC), também não estão reunidas as condições para uma justiça formal e, por isso, não se pode presumir a justiça substancial. Também aqui parece existir uma preocupação do ordenamento com a justiça contratual, e não apenas com a tutela da vontade das partes, embora, sem dúvida, seja importante atender à necessidade de assegurar largo papel à liberdade das pessoas e à segurança jurídica — o que vale dizer à autonomia privada e à boa-fé, mesmo que, quanto à segunda, nem sempre se possa nesta matéria falar propriamente em boa-fé objetiva ou contratual, mas antes, em regra, na necessidade de tutela de uma situação de aparência jurídica, fundada na boa-fé subjetiva⁵⁵.

Realmente, por um lado, quem não tem discernimento não está em condições de auto-regular as suas relações, sendo necessário, por isso, assegurar-se-lhe a possibilidade de invalidação dos negócios celebrados. Por outro lado, porém, é preciso não esquecer a posição da contraparte quando, porventura, haja celebrado o negócio de boa-fé⁵⁶.

54. *V. supra*, Cap. 8, n. 8.3.

55. *V. supra*, Cap. 8, n. 8.3.

56. Embora ainda se pudesse dizer que aqui a parte contratou em circunstâncias que poderiam justificar a sua confiança na estabilidade e segurança do negócio celebrado, a partir do dever da parte oposta de agir com correção e lealdade (boa-fé objetiva), parece mais certo afirmar-se que este caso não é de estrita boa-fé objetiva e que antes se aproxima, ou já é, de boa-fé subjetiva. Na verdade, designadamente nos casos em

Assim se compreende a posição da jurisprudência, que, perante a omissão da lei, decide que, se o maior incapaz não está interditado, o negócio só será anulável se a deficiência for notória, ou conhecida da outra parte. A solução não muda, mesmo quando o negócio haja sido celebrado através de procurador do deficiente: neste caso, a nulidade da procuração não afetará a validade do negócio celebrado quando a deficiência não fosse notória, nem conhecida da outra parte. Se às vezes a jurisprudência invalida negócios celebrados por intermédio de procurador de pessoa insana, mas com deficiência não notória, é por outros motivos, que a levam a concluir pela inexistência da boa-fé da outra parte contratante. Por exemplo, em acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 12-12-1978 (*Jurisprudência Brasileira*, 29:109), decidiu-se que "o preço vil do imóvel exclui a boa-fé do comprador".

Como se vê, nesta matéria de incapacidades o princípio da justiça contratual corre em larga medida paralelo ao da autonomia privada, mas ambos estão em colisão com o princípio da boa-fé.

A propósito das incapacidades, também deixamos somente esta breve análise. É que, de forma similar aos vícios do consentimento, se a invalidação aqui também tiver por fundamento a inexistência do equilíbrio pressuposto pela justiça substancial (o qual, aliás, nunca será fundamento único), estaremos perante uma presunção *juris et de jure*: perante a incapacidade da parte, o negócio será anulado (se a incapacidade for relativa), ou declarado nulo (incapacidade absoluta), sem a possibilidade de demonstrar uma eventual correspondência entre prestação e contraprestação.

9.4.2. Contratos iníquos: lesão e estado de perigo

Quando estivermos perante o que se poderia chamar de *contratos manifestamente iníquos*, por o desequilíbrio entre prestação e contraprestação ser evidente e gritante logo desde o momento da celebração do contrato, este não deverá valer pelo menos em dois casos: quando tiver havido aproveitamento de situação de premente necessidade da outra parte, ou da inexperiência desta, e quando uma

que a incapacidade seja absoluta, pode-se argumentar que não é possível falar em dever do incapaz de agir com lealdade e correção. Se for assim, a possibilidade de invalidação do contrato, nestes casos de incapacidade, terá por limite o respeito pela tutela da aparência jurídica, assente na boa-fé subjetiva.

das partes só houver contratado premida pela necessidade de afastar um perigo atual. Estes são os casos ditos de *lesão* e de *estado de perigo*, tal como vêm caracterizados no Projeto de Código Civil⁵⁷.

Se o atual Código Civil é omissivo a respeito da lesão e do estado de perigo, estamos perante uma lacuna da lei, a preencher pelo juiz (LICC, art. 4º).

A lesão pode ser caracterizada como uma situação de desequilíbrio entre prestação e contraprestação que, sendo grave, autoriza o prejudicado a rescindir o contrato, independentemente de qualquer vício do consentimento. Dizemos "independentemente de qualquer vício do consentimento", porque é errônea a tradição, iniciada com o Código Civil francês, de incluir a lesão entre os vícios (ou defeitos) do negócio (ou ato) jurídico — erro no qual persiste o Projeto de Código Civil (Projeto de Lei n. 634-B, de 1975)⁵⁸.

Quanto ao estado de perigo na celebração de contratos, corresponde ele ao estado de necessidade na teoria do ato ilícito, que autoriza (art. 160, II, do CC) "a deterioração ou destruição de coisa alheia, a fim de remover perigo iminente". Portanto, o princípio a ele subjacente é de âmbito muito vasto e não é estranho ao próprio Código Civil vigente. No estado de perigo, o contratante, como diz a Profª Teresa Ancona Lopez⁵⁹, está "na situação em que deve optar entre dois males, ou seja, ou sofrer as conseqüências do perigo que o ameaça ou ameaça sua família (*necessità*) ou pagar ao seu 'salvador' uma quantia exorbitante, sucumbindo, dessa forma, a outro perigo — o de perder, talvez, todo seu patrimônio".

57. Projeto de Lei n. 634-B, de 1975: "Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa" (art. 156); "ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta" (art. 157).

58. Sobre a lesão, v., em especial: Hélio Borghi, *A lesão no direito civil*, São Paulo, EUD, 1988; Orlando Gomes, Reflexões sobre a lesão, in: *Transformações gerais do direito das obrigações*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 27-41; Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos contratos*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959; Silvio Rodrigues, *Dos vícios do consentimento*, cit.

59. O negócio jurídico concluído em estado de perigo, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Silvio Rodrigues*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 326.

Instituto com raízes no Direito Romano, a lesão foi, na época medieval, associada à teoria do *justum pretium*. Combatida pelo liberalismo, ainda foi admitida, embora em termos limitados, pela maioria dos códigos civis novecentistas, mas no nosso não se lhe fez qualquer alusão. Hoje, porém, desfeito o encantamento que o princípio da autonomia privada produzia, ela vai renascendo das próprias cinzas, não faltando mesmo juristas de nomeada que sustentam nunca ter ela deixado de existir no nosso ordenamento, estando embutida em muitas leis esparsas⁶⁰.

Assim, o Prof. Caio M. S. Pereira, cuja posição na matéria tem sido muito acatada, entende que o Código Civil efetivamente aboliu a lesão, mas que leis posteriores restabeleceram-na, porém em moldes diversos do direito anterior, generalizando-a a qualquer contrato (quando nas Ordenações ela era restrita à compra e venda) e integrando-a na corrente a que chama de *lesão subjetiva*, ou *qualificada*, que foi a introduzida pelo Código Civil alemão. O Prof. Caio Mário dá especial destaque às leis sobre os crimes contra a economia popular, e designadamente ao Decreto-Lei n. 869/38 e à lei que o substituiu, a Lei n. 1.511/51, cujo art. 4º, b, tipifica como criminosa a conduta consistente em "obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida"⁶¹.

60. Mas não faltam também juristas de igual nomeada sustentando que se trata de instituto inútil. É o caso de Orlando Gomes (*Reflexões sobre a lesão*, cit.), que chama a lesão de "noção caduca", "para assegurar à vítima a faculdade de pleitear a rescisão do contrato": "conservá-la, é pretender destruir uma fortaleza com tiro de bacamarte"; insistir nela é "esquecer que a organização contemporânea da economia tornou irrisório esse instrumento de recondução do contrato à equidade".

61. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil: introdução ao Direito Civil: teoria geral do direito civil*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 1, p. 472. É deste emérito civilista a mais importante monografia a respeito da lesão: *Lesão nos contratos*, cit., cuja primeira edição foi publicada em 1949. Nesta monografia, o emérito Prof. Caio escreve: "não podendo o direito placitar a exploração de um contratante pelo outro, em condições abusivas, que traduzam a infração de um mínimo ético, permitir a lesão por amor ao princípio da liberdade das convenções, é retirar ao Direito a consecução de sua elevada finalidade de realizar a justiça" (p. 220). Depois, indica como entende que, *de lege ferenda*, devam ser estabelecidos os requisitos objetivo e subjetivo da lesão (p. 221 e 224). Quanto ao primeiro, escreve, "apurar-se-á objetivamente a lesão na desproporção evidente e anormal das prestações, quando um dos contratantes sofre ou tem possibilidade de

O Projeto de Código Civil consagra o modelo dito germânico, ou moderno, da lesão, que aos elementos objetivos clássicos, da desproporção entre prestação e contraprestação (do modelo romano e francês, que, aliás, exigia taxas determinadas, para que a desproporção fosse relevante), acrescenta alguns elementos subjetivos, designadamente a inexperiência, a leviandade ou o estado de premente necessidade⁶².

São contratos manifestamente iníquos estes em que se configurem a lesão ou o estado de perigo. Pode-se dizer que neles faltam condições para a realização da justiça formal, e não que a vontade do prejudicado seja propriamente defeituosa. Mesmo que o Projeto de Código Civil persista em incluí-los entre os "defeitos do negócio jurídico", em rigor não se pode falar aqui em vícios do consentimento, em divergência entre vontade e declaração. Temos que o aspecto fundamental aqui é a patente situação de injustiça substancial; por isso, fala-se mesmo, no estado de perigo, em "obrigação excessivamente onerosa" e, na lesão, em "prestação manifestamente desproporcional". É esta situação de injustiça, que é preciso demonstrar, que constitui o verdadeiro fundamento da anulabilidade do negócio celebrado⁶³.

Cremos ser sintomático que praticamente todos os autores referiram, a propósito da lesão e do estado de perigo, um "princípio da justiça contratual" ou "de equidade", mesmo sem afirmarem, como nós, que esse princípio faz parte da tríade da ordem pública (interna) dos contratos.

auferir do contrato um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação a que se obrigou. E tal desproporção somente se há de aferir ao tempo mesmo do contrato". Quanto ao requisito subjetivo, relativo ao aproveitamento da inexperiência, leviandade ou estado de necessidade, diz que, "como assinala Oertmann, este fator subjetivo situa-se no aproveitamento consciente da situação anormal da outra parte para fins lucrativos, ainda que não haja a intenção específica de explorar tais circunstâncias".

62. Orlando Gomes (*Reflexões sobre a lesão*, cit., p. 30 e 33) sustentava que neste modelo moderno da lesão, que a seu ver descaracterizou totalmente o instituto ("matou a lesão"), "o fundamental é (...) a conduta reprovável de quem se aproveita da inexperiência ou da necessidade alheias", pelo que "o contrato é nulo, não porque a vítima sofreu uma desvantagem, mas porque a outra parte agiu reprovavelmente".

63. Por isso é que o § 2º do art. 157 do Projeto dispõe, para o caso de lesão, que "não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

O Prof. Orlando Gomes, no seu estudo sobre a lesão, fala mesmo na "tentativa de conciliar o princípio da autonomia da vontade com o da justiça comutativa"⁶⁴. Em insofismável demonstração de que na lesão "não se pode considerar defeituosa a declaração de vontade de nenhuma das partes", escreve que, "quando se exige o requisito da exploração ou da inexperiência de outrem, não se pode levar em conta a vontade da vítima para presumi-la viciada, mas, sim, o comportamento do explorador"; por outro lado, "não é defeituosa (...) a declaração de vontade de quem, abusando da inexperiência ou da premente necessidade de alguém, obtém vantagem patrimonial manifestamente desproporcionada ao proveito resultante da contra-prestação"⁶⁵.

Ainda com mais clareza, afirma a Prof^a Teresa Ancona Lopez⁶⁶ que "tanto a lesão como o estado de perigo não podem ser considerados vícios da vontade ou do consentimento, dentro do conceito que lhes é estrito e próprio, porquanto nesses dois casos sempre há a intervenção de uma causa *extrínseca* que afeta a declaração de vontade. Há, evidentemente, uma diminuição da liberdade no momento da declaração, mas que por si só não caracteriza o negócio em estado de perigo".

Se, porém, o princípio da justiça contratual é fundamental no delineamento destas figuras da lesão e do estado de perigo, é preciso nunca esquecer que a elas também não pode ficar alheia a ponderação do princípio da boa-fé — para tutela de eventual boa-fé da parte que tem interesse na manutenção do negócio, quando se funde numa expectativa legítima de atuação correta e leal, no momento de contratar, da outra parte, que agora está interessada na rescisão. A necessidade de tutela da confiança dessa parte interessada na manutenção do

64. *Reflexões sobre a lesão*, cit., especialmente p. 38 e 40. Explicando a razão da consagração no Código de Napoleão da lesão como vício do consentimento, escreve: "A antinomia entre a lesão, em sua armadura clássica, e o princípio da autonomia da vontade, então triunfante na sua plenitude, leva os redatores do Código Civil a uma tentativa de conciliação que lhe sacrifica a natureza, reduzindo-a a um vício do consentimento equiparado ao erro para que se tornasse admissível a rescisão do contrato, sem sacrifício da força vinculante da vontade, nem do seu poder criador. Outro recurso não havia para preservar, em essência, o princípio de que os contratos devem ser respeitados" (p. 29).

65. *Reflexões sobre a lesão*, cit., p. 35.

66. O negócio..., cit., p. 338.

negócio, quando legítima, irá, portanto, aqui, atuar em sentido contrário ao princípio da justiça contratual. Cremos mesmo que, se na lesão, além da manifesta disparidade entre prestação e contraprestação (elemento objetivo), é de se exigir também, como sustenta o Prof. Caio Mário, um aproveitamento consciente, ainda que não intencional, da situação de inexperiência, ou de leviandade, ou ainda do estado de necessidade da outra parte⁶⁷ (elemento subjetivo), é exatamente para tutela da eventual boa-fé desta⁶⁸.

Mas o fundamental, na lesão e no estado de perigo, é a necessidade de assegurar aquele equilíbrio entre prestação e contraprestação, que embasa o princípio da justiça contratual. É como muito bem afirma Teresa Ancona Lopez⁶⁹: "Sem dúvida, o principal elemento, aquele que caracteriza essencialmente tanto o estado de perigo quanto a lesão é a *desigualdade real* que existe entre as partes. Em outras palavras, a prestação desproporcional ou a onerosidade excessiva, que são *elementos objetivos*, é que levam tais negócios a serem infirmados ou conservados, pela possibilidade de reduzi-los à equidade".

9.4.3. Superveniente destruição da relação de equivalência: onerosidade excessiva e correção monetária

Todo contrato pressupõe um conjunto de circunstâncias objetivas, cuja permanência é indispensável à economia do negócio, que sem elas ficaria descaracterizado. Quando a relação inicial de equivalência objetiva entre prestação e contraprestação venha a desaparecer, em consequência da alteração daquelas circunstâncias indispensáveis à economia do negócio⁷⁰, é absolutamente justificado, tanto à luz do

67. *Lesão nos contratos*, cit., p. 224: "um aproveitamento consciente da situação anormal da outra parte para fins lucrativos, ainda que não haja a intenção específica de explorar tais circunstâncias".

68. Aliás, se a contraparte se aproveitou da inexperiência, leviandade ou situação de necessidade da parte lesada, ela, além de infringir o dever de agir com a correção e lealdade impostas pela boa-fé objetiva, ainda estará de má-fé objetiva. Como sabemos (v. *supra*, n. 8.2.2), a atuação de quem não esteja em situação de boa-fé subjetiva será sempre conduta infringente do dever de agir de acordo com o princípio da boa-fé objetiva.

69. O negócio..., cit., p. 338.

70. Quando, como diz Juan Carlos Molina (*Abuso del derecho, lesión e imprevisión*, Buenos Aires, Astrea, 1969, p. 211), "se trate de uma alteração completamente

princípio da justiça contratual como do da boa-fé (ambos atuando aqui no mesmo sentido), que se proceda à sua revisão, com reequilíbrio das prestações ou, quando tal não for possível, com resolução do próprio contrato.

É a essas circunstâncias objetivas indispensáveis à economia do negócio que na doutrina alemã se dá o nome de *base negocial*, ou, na formulação de Larenz, aqui seguida, de *base negocial objetiva*.

Como é sabido, Larenz⁷¹ distingue dois sentidos em que pode ser utilizada a expressão "base negocial", um subjetivo e o outro objetivo. A *base negocial subjetiva* é constituída pelas representações ou expectativas que as partes tinham, no momento do perfazimento do contrato, dos fatores por elas considerados essenciais para a sua decisão — e que, portanto, acreditavam que deveriam permanecer no futuro. A *base negocial objetiva* corresponde ao conjunto de fatores cuja perduração, no futuro, é essencial para o próprio fim do negócio, ainda que as partes não tivessem pensado neles.

Nesta matéria da superveniente destruição da relação de equivalência entre prestação e contraprestação, a base negocial subjetiva não tem interesse; na verdade, como afirma Larenz, ela, quando frustrada, teria relevância apenas se as representações ou expectativas fossem comuns a ambas as partes, porque então estaríamos perante um *erro bilateral*: seria contrário à boa-fé que uma das partes viesse exigir a execução do negócio em circunstâncias diversas daquelas que ambas haviam pressuposto. Quando tais expectativas fossem de apenas uma das partes, só seriam relevantes se reunidos os requisitos necessários para caracterizar um erro-vício da vontade (cf: arts. 86 e s.).

Por isso, passaremos a cuidar apenas da base objetiva.

As circunstâncias objetivas que fundamentam a teoria são, como diz Larenz, o conjunto de fatores de caráter geral essenciais para a subsistência do próprio negócio e que as partes têm como absolutamente seguros, como a ordem social e econômica existente, o poder aquisitivo da moeda, as condições normais do tráfico e outras seme-

extraordinária e subversiva das circunstâncias pressupostas ao celebrar-se o contrato, especialmente de maneira que resulte uma desproporção insuportável entre a prestação e a contraprestação".

71. *Derecho de obligaciones*, cit., v. 1, p. 314 e s., e *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, trad., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

lhantes — "sem as quais o contrato não cumpre a finalidade para ele pensada, nem pode realizar a intenção das partes".

A desapareição desta base negocial objetiva pode acontecer em dois grupos de casos típicos, que fazem subdistinguir duas situações, a da *destruição da relação de equivalência* entre prestação e contraprestação e a da *frustração do fim contratual*.

Na nossa opinião, a frustração do fim contratual objetivo está associada ao princípio da boa-fé, tendo sido, por isso, referida a propósito deste⁷².

Aqui, cuidaremos da outra situação, que é de longe a mais importante: a superveniente destruição da relação de equivalência entre prestação e contraprestação, a que Larenz chama de *perturbação da equivalência*. Nestes casos, a relação de correspondência entre prestação e contraprestação prevista no contrato é destruída, em consequência da ulterior alteração de circunstâncias, tais como depreciação monetária ou modificação da legislação. Em consequência, não se poderá mais falar em "contraprestação" razoável — e, por isso, o contrato perde o seu sentido e as suas características de "contrato de intercâmbio".

Em casos como este, é justo, e também está de acordo com o princípio da boa-fé, aqui atuando no mesmo sentido da justiça contratual⁷³, que se conceda à parte prejudicada o direito de pedir o reequilíbrio entre prestação e contraprestação, ou a resolução do negócio, à semelhança do que se consente em preceitos como os arts. 866 (deterioração da coisa objeto da prestação), 1.114 (evicção parcial), 1.190 (deterioração da coisa locada) e outros do Código Civil.

Tais perturbações da equivalência, ou a superveniente destruição da relação de equivalência, só podem acontecer em contratos que perdurem no tempo (*contratos duradouros*). Uma vez, é a prestação devida por uma das partes (o débito) que se avantajava, que cresce desmesuradamente, em relação à contraprestação; outras vezes dá-se o inverso, quando acontecimentos supervenientes reduzem a prestação devida, de forma a quebrar a sua proporção em relação à contrapres-

72. V., *supra*, Cap. 8, n. 8.9.

73. Em Estrasburgo, Alfred Rieg interroga-se (*Force obligatoire des conventions, Jurisclasseur Civil*, art. 1.134, fasc. 11, p. 11): "o credor que exige a execução da obrigação de seu devedor, porta-se como um co-contratante de boa-fé, se a sua própria prestação não corresponde mais a nada?".

tação. No primeiro grupo de casos, assume especial destaque a chamada *onerosidade excessiva*, justificando umas vezes a *resolução* do contrato e outras a sua *redução*. No segundo grupo, merece especial referência o instituto da *correção monetária*.

Vejam os seus traços fundamentais, embora de forma sumária.

A *onerosidade excessiva*, justificativa da revisão do contrato, que pode levar à sua resolução ou redução, só é cogitável, como dissemos há pouco, em contratos em que o decurso do tempo acarrete alteração daquelas circunstâncias objetivas que as partes tinham como seguras. Destruída a relação de equivalência entre prestação e contraprestação, não se justifica que sejam exigidos de uma delas sacrifícios manifestamente desproporcionados em relação ao valor da contraprestação a que tinha direito.

Embora o Código Civil seja omissivo a respeito desse instituto, nunca se suscitaram problemas quanto à forma de preenchimento da lacuna. Aliás, atualmente o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente esta revisão por onerosidade excessiva quando, no art. 6º, V, diz ser um dos direitos básicos do consumidor a revisão das cláusulas contratuais "em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas"⁷⁴.

Como a revisão do contrato tem por fundamento a justiça contratual, compreende-se que a resolução possa ser evitada, quando a onerosidade excessiva for removível através de modificações equitativas das condições do contrato, para que este seja reequilibrado⁷⁵.

74. O Projeto de Código Civil também prevê expressamente a revisão do contrato por onerosidade excessiva, nos arts. 478 a 480. Nos termos do primeiro destes preceitos, "nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato".

75. É este o objetivo prosseguido pelos arts. 479 e 480 do Projeto de Código Civil, que permitem que a resolução seja evitada, quando a contraparte judicialmente demandada se oferecer "a modificar equitativamente as condições do contrato" e quando a parte a quem couberem obrigações "pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la".

Tanto a resolução como a redução do contrato, por onerosidade excessiva, são aplicações de um princípio mais geral, da *revisão judicial dos contratos*, que o Projeto de Código Civil também consigna, embora apenas a respeito de negócios jurídicos nulos. Depois de, no art. 169, estabelecer a regra de que o negócio nulo "não

O instituto da *correção monetária*, de importância fundamental entre nós, devido aos elevados e crônicos índices de inflação, tem duas finalidades, uma geral, a outra específica dos contratos: aquela visa assegurar a plena reparação dos danos, esta intenta assegurar a comutatividade dos contratos. Em ambas as finalidades está presente a multimilenar idéia aristotélica da justiça corretiva, nas suas duas modalidades, a da relação de equivalência entre dano e indenização (responsabilidade civil) e entre prestação e contraprestação (justiça contratual).

Tal como aconteceu com a onerosidade excessiva, também não é possível determo-nos sobre o instituto da correção monetária. Aliás, a respeito deste, além de se tratar de matéria bem conhecida, ficaria necessariamente truncada uma exposição que não abordasse questões como dívidas de dinheiro e de valor, princípio do nominalismo e hipóteses de reajustamento, à luz da evolução jurisprudencial e legislativa, etc. Apenas diremos que se todos os valores patrimoniais⁷⁶ estão sujeitos a depreciação, não se vê como deixar de admitir ou de recusar relevância a um *dano de desvalorização da moeda*. Mesmo as próprias dívidas de dinheiro estão sujeitas a este dano, em caso de mora do devedor: efetivamente, elas verdadeiramente só dizem respeito a uma certa e determinada quantidade de unidades monetárias até ao⁷⁷ dia em que deveriam ser pagas; por isso, depois desse momento, o obrigado deveria recompor o poder aquisitivo que aquela quantidade de moeda entretanto houvesse perdido⁷⁸. Só razões de política econômica podem levar a lei a impor ao credor tal prejuízo, negando-lhe o direito à correção. Tais razões serão de *ordem pública externa* aos contratos, não de *ordem interna* destes: nem a autonomia privada nem a boa-fé justificariam a negação da correção, que é exigida pelo princípio da justiça contratual.

é suscetível de confirmação, nem convalesce com o decurso do tempo", dispõe, no art. 170: "se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim, a que visavam as partes, permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

76. Ou quase todos, se quisermos excetuar bens como metais preciosos, jóias e objetos de arte.

77. Sobre a expressão "até ao", v., *supra*, Cap. 2, nota 4.

78. É fundamentalmente por essa razão que se diz, hoje em dia, que a distinção entre dívidas de dinheiro e de valor tenderia a ficar superada.

Por acreditarmos que todo dano de desvalorização da moeda é suscetível de reparação, temos de manifestar a nossa não-conformidade com a orientação que a jurisprudência que ainda pode ser considerada dominante tende a adotar, negando a possibilidade de reequilíbrio dos contratos, aliás fundamentando-se em opiniões abalizadas, como a de Orlando Gomes. Entendia o grande Mestre baiano que estender a teoria da imprevisão "a todas as situações de superveniente desequilíbrio contratual", inclusive às "resultantes de depreciação monetária", "significa a sua negação, visto que a idéia de imprevisão, sobre que descansa, afasta a possibilidade da revisão do contrato toda vez que o desequilíbrio seja previsível, ou não resulte de acontecimento extraordinário"⁷⁹.

Com o respeito sempre devido ao Mestre, permitimo-nos discordar. O que está aqui em causa é a base negocial objetiva, a perduração no futuro dos fatores essenciais ao próprio fim do negócio; o que importa saber é se eventual variação dos índices inflacionários existentes à data do contrato (e que, por isso, entraram na base negocial objetiva) é suscetível de levar a uma exorbitante redução no valor da prestação a cargo de uma das partes, originando manifesto desequilíbrio em relação àquela devida ou realizada pela contraparte⁸⁰.

Ao lado do instituto da correção monetária, ainda seria cogitável a aplicação do princípio do reequilíbrio entre prestação e contraprestação, por a primeira ter sido exageradamente reduzida em consequência de acontecimentos supervenientes, nos casos das tabelas de deflação (tablitas) impostas pelos planos econômicos de combate à inflação, desde o Plano Cruzado até ao⁸¹ Collor, no pressuposto irreal de que a partir deles não haveria mais inflação. Trata-se, todavia, de história passada, sobre que não adianta falar. Também nestes casos,

79. Orlando Gomes, *Influência da inflação nos contratos*, in: *Transformações gerais do direito das obrigações*, cit., p. 142-56. E Orlando Gomes prosseguia: "Ora, nos casos de desequilíbrios consequentes à depreciação monetária, é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob fundamento da imprevisão. Quem quer que contrate num país que sofre do mal crônico da inflação sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato".

80. A argumentação de Orlando Gomes padece do vício de se fundar na base subjetiva da teoria da imprevisão, em vez de partir dos fundamentos objetivos da teoria da base negocial, como se elucidará a seguir, no texto.

81. Sobre a expressão "até ao", v., *supra*, Cap. 2, nota 4.

só razões de ordem pública externa aos contratos impediriam a aplicação do princípio da justiça contratual, que é de ordem pública interna⁸². Aliás, em matéria de contratos, a aplicabilidade de certas medidas impostas por planos econômicos, como essa das tabelas de deflação, suscita também um outro problema, de que seria descabido tratar aqui: o do respeito pelo princípio constitucional que determina não poder a lei prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)⁸³.

Entre nós, é de uso recorrer-se à chamada *teoria da imprevisão* para justificar o reequilíbrio do contrato, ou a resolução deste, em todos os casos de superveniente destruição da relação de equivalência, e em especial naqueles que caem no âmbito da resolução por onerosidade excessiva. A teoria da imprevisão tem, porém, um inconveniente, que é a sua base subjetiva — insistindo nas *expectativas* alimentadas pelas partes sobre a permanência ou sobre certa evolução futura de circunstâncias que elas tinham como essenciais e que seriam afetadas pela superveniência de acontecimentos imprevisíveis e imprevisíveis. Todavia, dizer o que é imprevisível é muito relativo; exagerando um pouco, pode-se dizer que tudo é previsível.

82. É claro que nem todas as situações resultantes desses planos econômicos de combate à inflação representavam uma destruição da relação de equivalência entre prestação e contraprestação e, portanto, nem em todas seria pertinente falar em ofensa ao princípio da justiça contratual. Assim, com frequência, em razão de tais planos, tivemos hipóteses típicas de caso fortuito ou de força maior, na modalidade conhecida por *fato do príncipe*, justificando a *impossibilidade de adimplemento*, com consequente resolução ou redução do contrato.

Acontece mesmo que a maioria dos casos de dificuldades jurídicas geradas pelos planos foram hipóteses enquadráveis na figura da *impossibilidade econômica*, caracterizada pelo surgimento de obstáculos tais à realização da prestação devida que esta ficou extremamente difícil, ou onerosa, mas sem que se destruísse a relação de equivalência entre prestação e contraprestação. Já aludimos a estas hipóteses de impossibilidade econômica no capítulo anterior, a propósito da extinção de obrigações imposta pela boa-fé (n. 8.9).

83. Para uma introdução a essa questão, e ao mesmo tempo para se ver como ela é decidida na jurisprudência, são úteis diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, que, sistematicamente, dando provimento a recursos das justiças estaduais, têm decidido pela inexistência de ofensa a direito adquirido e pela legitimidade da incidência dos índices de deflação, "expurgando correção monetária prefixada e preservando a comutatividade contratual" (v. em especial os acs. de 11-9-1990 e de 2-10-1990, RT, 661:198 e 662:180).

A nós, parece ter melhor assento científico a *teoria da base negocial*, que enfatiza a própria alteração das circunstâncias indispensáveis à economia do negócio⁸⁴. O pormenor será, porém, irrelevante para efeitos práticos, desde que se tenha presente que não é de teorias que se extraem soluções, antes são aquelas que têm de se adequar a estas, como hoje é reconhecido por todos, dentro dos quadros das chamadas jurisprudências dos interesses e dos valores.

De resto, uma e outra teoria têm um ponto de partida comum, que permite que se reformule a teoria da imprevisão em termos objetivos, de forma a contemplar todas as hipóteses alcançadas pela teoria da base negocial.

Na verdade, tanto a teoria da imprevisão, que foi formulada na França no século XIX e continua lá prevalecente, como a da base negocial, de formulação germânica e já deste século XX⁸⁵, constituem desenvolvimentos da construção difundida pelos glosadores e pós-glosadores medievais, em especial por Bártolo (século XIV) e seus seguidores, em redor da chamada *clausula rebus sic stantibus: contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*⁸⁶.

84. E, a nosso ver, a teoria da base negocial tem ainda uma outra vantagem sobre a teoria da imprevisão: é a fácil destrinça, que permite fazer, entre as hipóteses de *destruição da relação de equivalência* entre prestação e contraprestação e as de *frustração do fim contratual objetivo*. As primeiras dizem respeito ao princípio da justiça contratual, ao passo que as segundas se ligam ao princípio da boa-fé, como já vimos. Orlando Gomes (*Influência da inflação nos contratos*, cit., p. 151) dizia que "a vantagem dessa teoria (da base negocial) sobre a da imprevisão reside menos em sua objetividade do que em sua generalidade". Parece-nos que é a objetividade que justifica a generalidade, ou seja, a sua aplicação, como escreve o próprio Mestre, "em todos os casos nos quais a relação de equivalência entre as prestações se acha destruída, qualquer que seja a sua causa". E quando se esquecem os fundamentos objetivos da base negocial, corre-se o risco de cair nas bases subjetivas da teoria da imprevisão — como fez Orlando Gomes, a propósito dos desequilíbrios resultantes da depreciação monetária, referidos em anterior nota de rodapé.

85. Foi Oertmann quem criou a designação e lhe dedicou o primeiro estudo, publicado em 1921.

86. Tradução: os contratos que têm trato sucessivo e que dependem do futuro são entendidos condicionados à perduração das coisas (*rebus sic stantibus*: se as coisas assim se mantiverem).

O pensamento básico desta *clausula rebus sic stantibus* já existia em germe num trecho de Nerácio, incluído no *Digesto* (D.14,4,8), e, segundo informa Menezes Cordeiro (*Da boa-fé*, cit., v. 2, p. 938 e s.), com apoio em vários estudos germânicos,

Quanto à reformulação em termos objetivos da teoria da imprevisão, o próprio Arnoldo Medeiros da Fonseca, o Mestre que entre nós primeiro estudou em profundidade o fenómeno, optando pela teoria da imprevisão, em livro que se tornou clássico⁸⁷, já ressaltava bem que subjacente a essa teoria está a idéia de injustiça no desequilíbrio entre prestação e contraprestação.

Esse Mestre interrogava-se: "quando a superveniência imprevista e imprevisível, alterando profundamente o ambiente objetivo anterior, além de acarretar o sacrifício extremo do devedor, constitui para o credor uma fonte de enriquecimento inesperado, será conforme aos ditames da justiça manter a obrigatoriedade integral do contrato?". E ele mesmo logo respondia: "Não é o contrato a verdadeira fonte desse enriquecimento, mas a superveniência imprevista". Prosseguindo, dizia que, "se é legítimo assegurar coativamente a execução de um direito convencional, constituirá, talvez, uma suprema injustiça que assim se vá proporcionar a uma das partes, pelas circunstâncias supervenientes, vantagens novas e inesperadas, à custa da ruína e do sacrifício do outro contratante".

Postas as premissas, concluía Arnoldo Medeiros da Fonseca que a noção de imprevisão no domínio contratual "estaria destinada a impedir que o salutar e necessário princípio da irretroatividade das convenções pudesse, por sua vez, conduzir a injustos enriquecimentos"; ela seria "o justo limite imposto pela consciência comum à noção econômica da segurança, para impedir a iniquidade a que poderia dar lugar a aplicação supersticiosa e inflexível do princípio, necessário em regra, da irretroatividade das convenções".

ela já era conhecida dos glosadores do século XII. Um deles, Pílio, ao enumerar as regras que permitiriam a liberação de convênios, incluía a seguinte: ... *quia tacit intelligitur inesse conditio si in eodem statu duraverit*.

Na Alemanha, a teoria da base negocial foi precedida pela *da pressuposição*, formulada por Windscheid e que ainda era subjetiva, tendo como pressuposto, tal como a teoria francesa da pressuposição, o dogma da vontade.

Na Itália, a designação de Windscheid ganhou raízes e, ainda hoje, é com esse nome (*teoria della pressupposizione*) que se analisa a problemática da alteração das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do contrato.

Atualmente, todavia, apesar do nome adotado, a análise é feita em termos objetivos, como na teoria da base negocial, enfatizando-se os *pressupostos* em cuja base se negociou.

87. Arnoldo Medeiros Fonseca, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 244.

O Prof. Arnaldo Wald, outro grande nome das letras jurídicas nacionais que tem dedicado especial atenção a este fenômeno da "imprevisão", também destaca a idéia de equilíbrio entre prestação e contraprestação, de comutatividade, que vê subjacente à teoria.

Salienta o Prof. Wald que a teoria da imprevisão, renovação moderna da velha teoria da *clausula rebus sic stantibus*, é importante "conceito amortecedor ... idéia força que limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos ... com a finalidade de assegurar a equivalência das prestações das partes quando, por motivo imprevisto, uma delas se tornou excessivamente onerosa"⁸⁸. Wald considera como seus requisitos básicos "a ocorrência de fato novo, não previsto pelas partes, que ocasione um desequilíbrio das prestações". Logo acrescenta, porém, a propósito da imprevisibilidade, que "a doutrina brasileira exige a inevitabilidade" do fato, dando assim razão aos autores que entendem que "basta que as partes, podendo prevê-lo, não tivessem podido evitá-lo"⁸⁹. Noutra passo, fazendo incidir a teoria nas obrigações pecuniárias, escreve que a ela "cabe o honroso e eficiente papel de permitir que, não obstante a insegurança monetária, os homens possam continuar a negociar e a estabelecer prestações futuras e que os contratos assim possam continuar a obedecer aos princípios da Justiça".

Só é de ser aplaudida uma teoria da imprevisão assim entendida, escoimada de sua costumeira base subjetiva. Quanto aos gerais "princípios de Justiça", a que se refere Wald, nós preferimos falar concretamente no princípio da justiça contratual, que é tão de ordem pública como os da autonomia privada e da boa-fé. Compreende-se que o Prof. Arnaldo Wald aluda genericamente aos "princípios de justiça", já que ele, quando analisa os "princípios básicos do direito contratual", não fala na justiça, enumerando apenas, de acordo com a orientação clássica, a autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública e a obrigatoriedade dos contratos⁹⁰.

88. Arnaldo Wald, *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, v. 2, p. 164. Dos estudos de Mestre Wald relativos à teoria da imprevisão, é de ser destacado o mais recente, que confirma os pontos de vista expostos no seu *Curso: A recente evolução doutrinária e jurisprudencial da teoria da imprevisão*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Sílvio Rodrigues*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 25-43.

89. *Curso*, cit., p. 172.

90. *Curso*, cit., p. 121-2. V., *supra*, Cap. 3, n. 3.2.

E esta tendência para dar à teoria da imprevisão uma base objetiva, que chega a confundi-la com a teoria da base negocial, ganha sempre novos autores⁹¹, além de gradualmente ir conquistando a jurisprudência.

Se pusessemos esta questão da superveniente destruição da relação de equivalência em termos meramente subjetivos, das representações ou expectativas das partes, como se pretendia fazer nas formulações clássicas da teoria da imprevisão, não poderíamos fugir das alternativas assinaladas por Larenz, para a base negocial subjetiva: ou tais representações são comuns a ambas as partes e estaremos perante um *erro bilateral*, que será sempre relevante, ou elas são apenas de uma das partes e só terão relevância quando reunidos os requisitos necessários para caracterizar um *erro-vício* do negócio jurídico.

9.4.4. Contratos padronizados e de adesão

Em rigor, contratos *padronizados* são aqueles que obedecem a cláusulas gerais, preestabelecidas pelo fornecedor, enquanto contratos *de adesão* são aqueles em que a contraparte, normalmente um consumidor, não tem condições de discutir os termos que lhe são propostos. Embora sejam realidades diversas os contratos padronizados e de adesão, há que reconhecer que eles são normalmente confundidos, tanto na literatura jurídica como nas leis, sem que daí resultem inconvenientes perceptíveis, já que a maioria destes contratos, constituída por aqueles que têm por característica essencial o serem unilateralmente impostos por uma das partes à generalidade das pessoas interessadas, é efetivamente ao mesmo tempo padronizada e de adesão. Por isso, podemos falar em *contratos padronizados e de adesão*, para nomear a forma moderna de contratação massificada⁹².

Nos contratos padronizados e de adesão, há todo um quadro extremamente propício a imposições ilegítimas da banda do lado mais forte, geradoras de graves desequilíbrios entre ônus e riscos do pre-

91. Como J. M. Othon Sidou (*A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, especialmente p. 44) e Márcio Klang (*A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 26). Este último diz expressamente acreditar "ser a teoria da base do negócio jurídico a que melhor fundamenta a incidência da teoria da imprevisão".

92. A esse respeito, veja-se o nosso artigo "Contratos de consumo, padronizados e de adesão", a ser publicado na *Revista de Direito do Consumidor*.

disponente e do aderente: o desequilíbrio entre as partes, de desigual força econômica, a desvantagem jurídica do aderente, que normalmente não tem condições de avaliar as implicações do contrato que assina, as inibições psicológicas, porque ele não é "entendido" como a pessoa com quem contrata, que é "profissional", e porque, afinal, na maioria dos casos ele assinou — e documentos têm sempre uma certa força mágica...

Também aqui as considerações de justiça substancial combinam-se com a necessidade de tutela da boa-fé do próprio aderente, que tinha o direito de acreditar que a outra parte respeitava os padrões de correção e lealdade exigíveis. Assim, temos aqui os dois princípios atuando no mesmo sentido e potenciando os respectivos efeitos, ambos contrapondo-se ao princípio da autonomia privada. Como diz Ghestin⁹³, no contrato de adesão com frequência quem o redige aproveita-se da sua situação mais favorável (contrariamente ao princípio da boa-fé) para inserir cláusulas que desequilibram o contrato em seu favor (contrariamente ao princípio da justiça contratual).

Essas cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do predisponente e agravam as do aderente, criando entre elas uma situação de grave desequilíbrio, são as chamadas *cláusulas abusivas*⁹⁴. Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita da sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (*cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas*), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (*cláusulas-surpresa*). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e as obrigações de uma e outra parte.

A cláusula abusiva é típica do contrato de consumo, mas sem que isto queira dizer que ela não possa estar presente noutros contratos. Apenas acontece que, por força de preceito expresso do Código de Defesa do Consumidor, o art. 51, ela será sempre inválida se estiver contida em contrato de consumo, ainda que não seja padronizado ou de adesão.

93. *Le contrat*, cit., p. 148.

94. Como dissemos no início (Cap. 1, n. 1.7), tencionamos estudar em livro próprio as cláusulas abusivas.

Mesmo em contratos que não sejam de consumo, a cláusula abusiva poderá ver questionada a sua validade se figurar em contratos padronizados e de adesão, porque, não existindo prévia negociação sobre o conteúdo contratual ou sendo ela ineficaz, não se pode presumir a relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, que é pressuposta pela justiça formal. Quando, porém, a cláusula abusiva surja fora de contratos de consumo e que também não sejam padronizados e de adesão, ela não se beneficiará de qualquer tratamento especial; pelo contrário, ficará em princípio coberta pela presunção de realização da justiça substancial a partir da situação de justiça formal estabelecida pelas próprias partes: nestes casos, presumir-se-á uma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, entre benefícios e encargos. É que, garantidas as condições para a realização da justiça formal, é de se presumir que o contrato seja justo⁹⁵.

É nosso propósito analisar noutro livro os contratos padronizados e de adesão e as cláusulas abusivas. Lá poderemos dar os desenvolvimentos que aqui não se justificam.

95. *V. supra*, n. 9.3.

