

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LESÃO E DIREITO CIVIL:
REVISÃO CRÍTICA À LUZ DE UMA
HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA**

Autora: Andréa Alves de Sá

Orientador : Prof. Dr. Nelson Saldanha

Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Recife, 2004

Andréa Alves de Sá

**LESÃO E DIREITO CIVIL:
REVISÃO CRÍTICA À LUZ DE UMA
HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA**

**Dissertação apresentada à
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de
Pernambuco como requisito
final para obtenção do título
de mestre em Direito
Área de concentração:
Direito Privado**

Recife, 2004

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autora: Andréa Alves de Sá

Título: Lesão e Direito Civil: Revisão Crítica à Luz de uma Hermenêutica Contemporânea

Trabalho Acadêmico: Dissertação final de curso

Objetivo: Obtenção do Título de Mestre em Direito

IES: UFPE/UEFS/PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Área de Concentração: Direito Privado

Data de Aprovação: 08/05/2003

Prof. Dr. Geraldo de O. Santos Neves
Presidente

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho
1º examinador

Prof. Dr. Artur Stamford
2º examinador

Dedico este trabalho
a Mariá , Melina e Sandro,
pela vida que surgiu deles.

Dedico ainda a meus pais e irmão,
Arlindo , Yêda e Ivson
Pelo início desta caminhada.

A G R A D E C I M E N T O S

Agradeço o apoio que recebi na elaboração dessa dissertação:

Aos meus orientadores:

A afeição especial ao Prof. Dr. Nelson Saldanha, pela gentileza e amabilidade com que sempre me atendeu em todos os momentos.

A gratidão e o carinho eternos ao Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, cuja distância jamais significou ausência, que me ensinou a ver o mundo de cabeça para baixo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
TÍTULO 1 RELAÇÃO JURÍDICA E SUJEITOS	6
1.1 A LESÃO E AS SUAS CONFIGURAÇÕES	15
1.1.1 Lesão e Desigualdade	16
1.1.2 Instituto Jurídico e Vício	21
1.2 O TEMA SOB OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS	25
1.2.1 Consensualismo e Liberdade Contratual	26
1.2.2 Justiça Contratual	31
TÍTULO 2 DA RACIONALIDADE PRIVADA A RACIONALIDADE PÚBLICA	37
2.1 DA LESÃO SOB OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS.....	44
2.1.1 Boa-fé	45
2.1.2 Eleição e Equivalência.....	48
2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO CIVIL.....	50
2.2.1 Hermenêutica, Constituição e Dignidade Humana	52
2.2.2 Direito e Cidadania	54
2.3 O CONTRATO "CONSTITUCIONALIZADO"	57

2.4- ELEMENTOS TEÓRICOS PARA UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DA LESÃO.....	62
TÍTULO 3 HERMENÊUTICA: A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS E OS NOVOS DESAFIOS.....	66
3.1 NORMA E PRINCÍPIO	68
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

RESUMO

O objeto de análise da dissertação é a lesão, instituto de direito civil ordenador dos negócios jurídicos quando estes apresentam desproporção de valor entre prestações em contrato bilateral, supostamente sinalagmático. A desproporção apresenta-se concomitante à formação do contrato devendo resultar do aproveitamento do contratante beneficiado com relação à situação de inferioridade apresentada pelo contratante prejudicado. Diante deste dado positivado, infere-se as conclusões: 1- existe lesão quando a parte prejudicada teve seu consentimento viciado na formação do contrato porque ninguém aceitaria livremente prestações iníquas contra si; 2- corolário da primeira assertiva, as vontades devem ser livres e iguais; 3- deve existir um aproveitamento doloso da parte beneficiada com relação à posição de inferioridade da parte contrária. O que o estudo pretende mostrar é que a lesão pode ter uma leitura além da proposta dogmática, possibilitando um direito dos contratos fundamentado na dignidade da pessoa a partir de uma interpretação do instituto - que é de cunho civil - sob a ótica constitucional. A lesão pode ser vista apenas assente na vontade entre as partes, não importando as posições das mesmas na teia das relações sociais mantendo o fascínio que a segurança jurídica oferece, ou diferentemente, localizar-se na tênue fronteira da proteção jurídica àqueles que devem ter chance de discutir um contrato com real igualdade entre as partes, garantidos que estão pelo preceito constitucional da dignidade humana.

ABSTRACT

The subject of analysis of this dissertation is the injury, civil law institution leading of juristic acts, once those present disproportion of value in bilateral contracts, supposed synallagmatic. The disproportion appears during the contract formation, resulting on the benefit of the party to detriment of the harmed party inferiority position. Basead on referred legal datum, it is possible to get the following conclusion: 1- there is injury when the harmed party had her consent addicted at the moment of contract formation, once no one would accept, by free will, obligations that are harmful to her; 2- along with the fist statement, the will must be free and equal; 3- it must exist a felonious advantage to the benefited party with reference to the inferiority position of the opposed party. The research intends to demonstrate that the injury can assume a meaning which goes beyond of the dogmatic proposal, becoming possible to establish the basis of the contract law on the dignity of human being, coming from na interpretation of the institution – within a civil law perspective – under the constitutional viewpoint. The injury can be viewed only by the parties will, desconsidering the parties position on the social relashionship net, maintaining the glamour offered by the juridical security, or by the other hand, finding out the tenuous limit of the juridical security to the ones who must have the chance of discussing a contract with real equality between the parties, once they act under constitutional precept fo human dignity.

INTRODUÇÃO

A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, atua nas relações jurídicas de cunho contratual no papel de sujeito totalmente livre e capaz para estabelecer negócios jurídicos. Este dado lançado pelo Direito e disposto através da principiologia do Direito dos Contratos, advém de um sistema jurídico aqui denominado clássico que posicionou a legislação civil brasileira mormente em matéria contratual.

Por força destes limites principiológicos, a lesão foi afastada do Código Civil Brasileiro de 1916, uma vez que poderia se tornar uma incoerência na sistemática civil: se todos os sujeitos eram iguais e livres para decidirem seus contratos, admitir a lesão no texto legal era como aventar a possibilidade de um sujeito estar contratando contra si, um absurdo lógico. Por força dos princípios de Direito Contratual, a imprevisão legislativa era esperada e coerente naquele tempo histórico.

As relações sociais mostraram com o passar do tempo que a figura da lesão – já encontrada na lei romana e canônica – apresentava-se em casos de desproporção entre prestações na formação do contrato. Assim, independente de estar configurada ou não na codificação civil, a lesão começou a se mostrar com bastante frequência, principalmente após a massificação dos contratos proveniente da industrialização. Assim, por força da realidade da vida, os tribunais iniciaram o processo de reconhecimento da lesão em algumas situações contratuais específicas, resgatando a partir da necessidade social um instituto considerado anacrônico.

No Brasil, a lesão contratual é colocada pela legislação pela Lei da Economia Popular (Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951) que apresentava cunho evidentemente penal. Tal lei serviu de base para importantes decisões quando constava em contrato abuso de uma parte sobre a outra por utilização da premente necessidade, inexperiência ou leviandade, ocasião

na qual o juiz poderia ajustar as prestações à medida legal ou ordenar a restituição da quantia paga em excesso com juros legais, recaindo na proposta do pagamento indevido.

Em matéria civil, somente a lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 recoloca a lesão, restringindo-se às relações de consumo, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, considera que existe uma hipossuficiência de uma parte (consumidor) em detrimento da outra (fornecedor).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 157, reconduz a lesão sob os seguintes termos:

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

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

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

O que se percebe nesta inserção atual da lesão é o reconhecimento pelo Direito da possibilidade de um contrato ser estabelecido em condições onde a liberdade e a igualdade poderiam estar momentaneamente afastadas.

Mostra ainda, que não existe a preocupação de punir a atitude maliciosa do favorecido, mas sim proteger o lesado. Não pune a falta de decoro, o desrespeito, a burla onde se assenta a formação do contrato, ao contrário, mantém-se o negócio (apesar de reconhecidamente desonesto desde o seu início), desde que seja mais uma vez ratificado pela vontade de ambos os contratantes. Por isso a lesão se encontra nos defeitos do negócio jurídico, no plano da anulabilidade, passível de convalidação pela vontade. O que demonstra o cunho privado no qual a lesão se insere.

Em uma tentativa de interpretação mais voltada ao interesse da coletividade, poder-se-ia estabelecer ligação da lesão do artigo 157 do Código Civil Brasileiro de 2002 com os princípios contratuais do mesmo diploma, onde se lê:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”

Nesta perspectiva, a lesão deveria estar resguardando a boa-fé dos contratos, principiologicamente colocada, protegendo a sociedade de contratos abusivos e favorecimentos escusos baseados apenas na força econômica da parte favorecida em detrimento da outra.

Por força destes novos princípios contratuais expostos no Código Civil de 2002, independente de previsão legislativa expressa instituindo a figura jurídica da lesão para punir o contratante que estabelece contratos abusivos nas relações civis, sustenta-se existir um recurso de hermenêutica capaz de dar conta desta possibilidade. O dispositivo está localizado na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 1º, inciso III, onde se lê:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- a dignidade da pessoa humana.”

Somado a este, o *caput*, do artigo 170 que trata dos princípios gerais da atividade econômica, que estabelece:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”

Esta asserção que aqui se tentará demonstrar: que a lesão pode adquirir vãos mais altos, fulminando contratos que visam abusar da parte economicamente mais fraca, não só na esfera privada, mas também na órbita pública, buscando a dignidade humana e a justiça social no seu limiar constitucional.

Toma-se como partida a codificação assentada em regra inserida no terreno dos contratos e alça vôo no terreno constitucional, para introduzir princípio que promova alteração substancial na aplicação do Direito sob o influxo de valores que aqui serão sustentados.

Posicionando-se assim o núcleo do estudo, cabem alguns esclarecimentos:

Toma-se como premissa fundamental , a superação do conceito atual de lesão, tal como está sendo vista pela órbita civil: um instituto autônomo, desvinculado da nova principiologia contratual estampada no Código Civil de 2002. A lesão é um instituto de Direito Civil mas que ao ser colocada em consonância com as disposições gerais dos contratos , agrega-se nas malhas constitucionais, alcançando novas bases de formulação.

Nesta ordem de idéias, o estudo entende que os princípios constitucionais são suscetíveis de serem aplicados diretamente ao tema de contratos privados. O homem está no vértice da normativa constitucional, sendo erigida desde 1988 nova ordem, determinando as normas constitucionais como fio condutor de todas as relações jurídicas, privadas ou não.

O norte do trabalho se posiciona para a necessidade de revisão da função da lesão nos contratos atuais alterando-lhe o significado do comportamento contratual coletivamente falando, a fim de que se possa realizar a justiça social colocada na Constituição.

Alavanca-se a dissertação em um duplo aspecto: é crítica e é construtiva. Crítica, mediante método dialético, o dogmatismo, o formalismo exagerado, a aridez conceitual e a inefetividade dos direitos. A partir daí, busca construir caminhos para que o Direito possa reencontrar, também nos contratos, a defesa da vida digna.

O plano de trabalho está focado na explicitação de dois momentos: na descrição crítica do edifício contratual construído ao redor do patrimônio, como fim único de transferência de

bens e serviços e a busca de colocar no centro das relações contratuais a pessoa e sua existência digna.

Cada um desses segmentos realiza, em seu contexto, a discussão de matérias que envolvem o Direito dos Contratos e a lesão. Para efeito de estudo, foi colocado como ponto inicial, a relação jurídica e seus sujeitos, onde tentou-se discutir o instituto da lesão a partir da relação técnica de Direito, onde figuram sujeitos, seus poderes e deveres e o vínculo obrigacional, assim como os defeitos do negócio jurídico, seara onde se encontra delimitado o instituto em estudo.

São postos também os princípios contratuais clássicos, onde se mostram as diretivas do contrato no âmbito privado e voltado exclusivamente aos interesses patrimoniais.

Vencida esta etapa, apresentar-se-á um arco histórico ligando a racionalidade clássica dos contratos para a racionalidade pública. O estudo buscará alcançar as modificações do contratos colocadas nas relações sociais, onde a ordem pública traz um sentido econômico nos contratos ainda que estes continuem na esfera privada, dirigindo os contratos civis e proporcionando a ampliação gradativa do conceito de lesão.

Neste arco de construção história, aparece o estudo da Constituição de 1988, que modifica e transforma perspectivas em todo o Direito Civil, assim como nos contratos, através da determinação dos princípios da dignidade humana e justiça social.

Na seqüência, tentando seguir um procedimento metodológico dialético de exame, o trabalho vem mostrar que, progressivamente, há possibilidades de nova compreensão do instituto da lesão. Não negando-lhe importância na seara privada, mas podendo vir adquirir contornos constitucionais que dêem conta de situações de desigualdade contratual advinda de situações sociais injustas em sua gênese, adulterando a justiça dos contatos e a própria justiça social.

A defesa deste núcleo de idéias tem como fio condutor a certeza da dimensão axiológica, dialética e transformadora do Direito, tendo como análise o próprio Direito em

transformação na teia das relações sociais. Assim, o fundamento terá seu cerne na Constituição Federal de 1988 , sendo ancorada na interpretação de Pietro Perlingieri, cujo pensamento sistemático pelo caminho civil-constitucional constitui o centro da reflexão de parte da doutrina brasileira, encabeçada pelos civilistas Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Luiz Edson Fachin, Paulo Luiz Netto Lôbo e Francisco Amaral, entre outros, coordenados pelo constitucionalista Luiz Roberto Barroso.

Por fim, o presente trabalho é o reflexo de acertos, erros e dúvidas postas nas salas de aula e debates com alunos e colegas. Daí o tratamento dado ao trabalho estar coberto do manto dos saberes e pela pluralidade epistemológica.

TÍTULO 1 - RELAÇÃO JURÍDICA E SUJEITOS

O Direito é apresentado como a relação transitiva entre pessoas que se ligam juridicamente estabelecendo regras ou respeitando as já fixadas previamente pelo sistema, e a relação jurídica compõe a estrutura básica das relações privadas. Essa vinculação entre os homens decide as relações de propriedade, de família e contratual, cabendo ao Direito regular quais pessoas devem ingressar no mundo jurídico, formando um conjunto de elementos legais específicos e coordenados. Esta estrutura mostra-se capaz de proporcionar vantagens àqueles que lançam mão do Direito para mostrar poder, força e erudição.¹

¹ Em nosso trabalho anterior: “As pessoas que moram nos manuais são, em última análise, pessoas confortáveis. Têm um nome de família; se menores terão ingresso garantido através do sistema de representações; se maiores, são iguais entre si gozam de total liberdade para resolver seus negócios. Se constituir família percorrem um processo formal de casamento, e se têm filhos certamente provieram deste matrimônio. Se por fim praticam um ato ilícito, possuem patrimônio para responder frente à lei. Com este perfil, estas pessoas podem ser facilmente conceituadas, podendo elaborar-se, a partir delas, todo o universo povoado somente por estas representações substitutivas. É possível encadear sistemas tão palpáveis quanto irrealis, traçando um universo paralelo onde cabem todas as situações observáveis e desejadas aos olhos do direito.” SÁ, Andréa Alves. Limites e possibilidades do sujeito de direito: comparação entre a teoria e a prática. In **Estudos jurídicos**. Curitiba, v. IV, nº 1, ago,1997, p. 223-246.

As situações obrigacionais constituem o pano de fundo do sistema econômico, engendrado a partir do século XV. A transição entre a economia de autoconsumo e a economia de mercado marca profunda mudança nas relações sociais, condicionando o Direito a uma reconstrução do seu próprio pensamento e agir à nova dinâmica econômica, fruto da ampliação da comercialização atlântica.²

Assim a arquitetura jurídica é construída com argamassa conceitual da ideologia sócio-política, dogmaticamente organizada na economia de mercado: cada indivíduo detém o direito subjetivo de produzir, modificar, resguardar ou aniquilar direitos. Em outras palavras: a prerrogativa dada pelo Estado a alguém possuir, exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos.

Ao se lançar um olhar mais próximo tem-se a possibilidade de vislumbrar novos contornos a partir desse conjunto articulado de idéias, valores, opiniões e crenças: o homem pode utilizar seu livre-arbítrio para estabelecer relações entre si, sem a interferência incômoda do Estado ou do Soberano. Em resumo: o homem passou a ter o próprio julgamento de sua liberdade, escolher com quem, quando e a forma para instituir relações negociais com outro.

A este poder de escolha jurídica catalogou-se com o nome de autonomia privada.

A doutrina civilística presente ensina que a relação jurídica é entre sujeitos, o que eleva a posição do homem em comparação às coisas, imprimindo racionalidade individual a partir do pressuposto de uma autonomia conforme os princípios do direito, lícito e legal. De fato, o homem assume o papel de sujeito apropriador, o que tudo pode desde que exerça dentro do espaço a lei, a base do conceito de titularidade: cada indivíduo conserva em seu

² A história deste estudo se inicia no fim do feudalismo, sistema econômico cuja principal base era a terra e a agricultura de sobrevivência. O parco comércio existia objetivava a realização das necessidades imediatas, quase uma ajuda mútua, obrigatória dentro de uma ética cristã. A intensificação do comércio e o conseqüente incremento das transações comerciais ocorridas a partir do século XII, transformou a economia. Nesta linha de idéias, discute Leo HUBERMANN: “(...) com o crescimento do comércio, a economia natural do feudo auto-suficiente do início da Idade Média se transformou em economia de dinheiro, num mundo de comércio em expansão”. HUBERMANN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan,

poder direitos e deveres fixados pelo vínculo obrigacional. Em sentido contrário, não há direitos, nem deveres sem seus sujeitos titulares.

Existem hipóteses, contudo, que não se enquadram em tal concepção, a exemplo do ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo (nascituro). Esse tem condições jurídicas para alcançar direitos, apesar de não estar inserido no que a prática civilística interpreta como sujeito de direito: o nascimento com vida.³

Nesta perspectiva, é possível sublinhar que a inexistência fática da pessoa não constitui óbice para o andamento de certas relações jurídicas, conduzindo ao raciocínio que o ponto que se tutela efetivamente nestas relações são os interesses do Direito Civil, cujo centro são os interesses patrimoniais, não exatamente o cidadão em suas circunstâncias particulares dentro da sociedade. Pietro PERLINGIERI demonstra que "se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos".⁴

Nesta ordem de idéias, o poder de auto-regular suas relações se sintetizava na possibilidade daquela pessoa ter ou não ter um centro de interesses relevante ao sistema civil, ingressando, em caso afirmativo, na porta aberta para a utilização da relação jurídica.

Para Francisco AMARAL, relação jurídica é "o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos".⁵

1986, p.25.)

³Com relação a este tema, indica-se a tese de doutoramento de Jussara Maria Leal de MEIRELLES **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

⁴PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114.

⁵AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 151.

Relação jurídica é um conceito basilar onde se infere a premissa de duas partes, de posição no mundo jurídico - ser pessoa ou estar representado - e ter em torno delas a possibilidade de exercer poderes e deveres correspondentes.⁶

Baseado na idéia da razão humana, como sustentáculo de toda a rede moderna de relações, surgiu a concepção de ciência estruturada na lógica formal como fonte única da verdade. O caminho do Direito Privado foi o de colocar-se em posição mais científica possível, afastando-se da criação cotidiana do Direito para uma projeção analítica pretensamente neutra.

A relação jurídica então aparece como uma maneira de separar o mundo dos fatos sociais dos jurídicos, através da afirmação que as relações sociais aparecem em círculo externo maior e as relações jurídicas em círculo interno menor, auferindo a algumas espécies de vinculações a importância suficiente para ingressar como jurídica.

Assim, pessoas, bens e vínculo jurídico, os elementos constitutivos da relação jurídica, alçam vôo conceitual, distanciando-se mais e mais das conexões sociais e dos bens sobre os quais realmente se debruçam os problemas cotidianos.⁷

Sob tal ângulo, as relações sociais estão atadas em experiências particulares e individuais, espaço imaginário da igualdade absoluta, onde o Direito apenas reconhece e confere legitimidade a partir de uma norma ou complexo de regras incidentes no caso concreto.

⁶“Quando numa relação social, há de se atribuir a cada pessoa o que lhe pertence, de definir o poder e o dever, isto é uma relação jurídica.”FRANÇA, Limong(Enciclopédia Saraiva de Direito.São Paulo: Saraiva,1977.p.422.

⁷Para a concepção personalista clássica, amplamente dominante, a relação jurídica é vínculo entre pessoas. Enuncia Savigny: "toda relação jurídica aparece-nos como vínculo de pessoa a pessoa (elemento material), determinado por uma regra de direito (elemento formal) que confere a cada indivíduo um domínio no qual sua vontade reina independentemente de qualquer outra vontade externa". (*Apud* AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 154).

As experiências que movimentam as relações reconhecidas pelo Direito como jurídicas, partem de elementos subjetivos e valorativo de subordinação ética. Quando os fatos a serem regulados pelas partes não apresentam conformação na ordem jurídica, estruturam-se relações de fato, desprovidas de resolução no espaço do Direito, mas que podem vir a ter efeitos importantes para ele.

Francisco AMARAL distingue duas perspectivas na relação jurídica sob o ponto de vista estrutural ou estático e funcional ou dinâmico.

"No primeiro caso, ela surge como um conjunto de elementos de ordem pessoal, os sujeitos da relação, entre os quais se configuram poderes e deveres que caracterizam o vínculo ou nexó jurídico, tendo por objeto os bens da vida. Sob o aspecto funcional, configura-se como o regulamento do caso concreto, a disciplina de situações ou de centro de interesses opostos".⁸

A criação da relação jurídica, como dado fundante do direito privado, diminuiu suas possibilidades de resolver efetivamente problemas gerados nas próprias relações. A racionalidade formal e neutra baseia-se, principalmente, no consenso entre as partes e na determinação clara do objeto. Com estes dois dados, acrescidos do poder conferido pela autonomia privada, torna-se possível a tabulação de quaisquer situações dentro dos contornos do Direito Privado, sempre a partir da premissa da vontade consensual entre as partes descrito pelo racionalismo cientificista através do princípio da não-contradição.⁹. Partindo da lógica formal, acrescida da construção teórica da relação jurídica, é possível extrair proposição que imediatamente se deduz de outra demonstrada:

⁸ *Op. cit.*, p. 153.

⁹ "Adotada a teoria personalista. temos que a relação jurídica retrata um determinado comportamento humano conformado juridicamente.(...) A conformação jurídica desse comportamento decorrerá da lei ou da autonomia privada, de acordo com os princípios da teoria geral das fontes do direito e produzirá, no aspecto subjetivo, poderes, direitos, faculdades e de outro lado, sujeição, obrigação, deveres". (AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 159.)

- 1) Só é possível haver problemas jurídicos que emanem dos vínculos causais provenientes da relação jurídica, o que torna qualquer problema teoricamente hábil de ser reduzido a tal estrutura;
- 2) Não existiriam problemas jurídicos que estivessem relacionados com a vontade, pois o poder conferido pela relação jurídica é dividido entre as partes, que são *a priori* equânimes entre si.¹⁰

A teoria das relações jurídicas mostra grande espaço de adequação no início da modernidade, graças à grande circulação de bens e ao aumento quantitativo dos contratos. O Direito se mostrou gerenciador de problemas, sobretudo onde havia desproporção dentro das relações jurídicas previamente estabelecidas. A lógica da coesão jurídica permite um certo limite de desconformidade, além dele não é possível dentro dos rígidos princípios da não-contradição.¹¹

Os acontecimentos entre indivíduos, por mais simples que sejam, podem ter relevância aos envolvidos e também não causar impacto no âmbito jurídico, pois, o próprio Direito determina o que é ou não é no seu espaço de atuação. Em outras palavras: a aparente liberdade conferida ao cidadão passa antes pelo crivo do interesse estatal. Na realidade, existe uma linha de continuidade entre o interesse individual das partes envolvidas em um negócio e o Estado que detém o poder de estabelecer as diretrizes políticas e econômicas incidentes nos contratos.

No campo do Direito dos Contratos, o corpo de doutrina estabelece parâmetros de fundo político e econômico, onde valores são continuamente reelaborados, a partir de princípios conformadores, esboçando o desenho jurídico da sociedade. Como efeito, os contratos transfiguram-se de liberdade à limitação, quando a praxis na livre iniciativa precisou

¹⁰ Neste sentido, AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 161.

¹¹ O princípio da não-contradição está no fundamento da lógica formal, uma das maneiras do pensamento alcançar o conhecimento. Dentro desta perspectiva, exclui as contradições como um equívoco do pensamento, a ser repellido a todo custo, pois o que se persegue na construção de um mundo organizado e

reavaliar preceitos e admitiu a tutela dos que viram sua liberdade transformar-se em clausura em determinadas situações contratuais, como nas relações de trabalho e de consumo, quando a desproporção - até então admitida pelo jogo dos interesses liberais - encontra a si mesma como um obstáculo à continuação da circulação de mercadorias.¹²

O Direito sempre reconheceu, mesmo no momento mais anexado ao sistema liberal, a desproporção relativa aos sujeitos envolvidos na relação jurídica. Resolvido o problema dos sujeitos através de outro sistema, o da representação, a relação contratual estava efetivamente equilibrada, pois as vontades estavam livres e iguais, efetivando novamente o princípio da comutatividade inafastável no Direito dos Contratos.

Tecnicamente, a relação jurídica obrigacional tem um tempo determinado de existência, cujo objeto está no comportamento esperado dos sujeitos chamado prestação. As prestações - ou os comportamentos - devem apresentar-se comutativas, ainda que não estejam em equilíbrio fático os sujeitos da relação. O que se quer dizer é que o Direito se preocupa com as atitudes que cada indivíduo vai executar dentro daquilo em que se obrigaram, mas não se importa com o modo pelo qual vai conseguir executar tais comportamentos.

Nesta determinação da relação jurídica obrigacional enquanto forma de garantir o desenvolvimento principiológico dos contratos, a desproporção aparece inserida no centro de seu principal elemento - a vontade - quando os sujeitos ou um deles sofre uma restrição no sentido de conhecer exatamente as bases daquele negócio obrigando-se sem estar realmente

sistemático é a harmonia das idéias e de sua inter-relações.

¹²Neste sentido Enzo ROPPO: "Os próprios limites negativos - exceções a um princípio - eram toleradas em muito estreita medida. Admitiam-se, por exemplo, os destinados a impedir a assunção, embora voluntária e consciente, de vínculos limitadores da atividade própria, suscetíveis de precluir o exercício futuro da liberdade contratual por parte de quem os assumia e, num plano mais geral, de prejudicar um sistema fundado precisamente na liberdade tendencialmente ilimitada do tráfico jurídico." (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 137.)

livre na sua opinião. Aparece também quando por motivos alheios às vontades, ocorre evento futuro impossibilitando a perfeita dissolução do negócio nas bases acordadas.

No primeiro caso, a desproporção está localizada na vontade defeituosa, abalada por alguma falsa noção das pessoas, dos objetos ou demais elementos do negócio. Ela se mostra na esfera individual, subjetiva e pode ser destituída parcialmente pelas partes da transação através do sistema das invalidades, abrangendo a nulidade e a anulabilidade do negócio.¹³ O Direito então sanciona o ato por considerar inconveniente um negócio, baseado na inexistência da declaração de vontade ou em sua ineficácia.

No segundo caso, o Direito constitui vasta constelação de teorias, que tenta equacionar a solução do contrato estipulado através da tutela direta do Estado. O poder político conduz o litígio firmado, ajustando novas bases para preservação do acordo, pois pressupõe que as partes desejam sempre continuar o contrato anteriormente fixado. Em ambas as desproporções provenientes do contrato, a autorregulação das vontades - autonomia privada - está incólume.

A desproporção, contudo, pode estar localizada fora da relação obrigacional estipulada em contrato. Ela se pode encontrar na diminuição do poder de regulação dos interesses privados originada nos fenômenos coletivos e nas expectativas econômicas do universo das relações sociais. Ao se aproveitar da sua condição de superioridade econômica ou social, uma das partes pode gerar uma atitude lesiva grave à outra, ainda que esteja hígida sua vontade.

O desequilíbrio está concentrado no poder material de uma parte sobre a outra, que passa a impor as prestações, prescrevendo vantagens, lucros e poucos riscos, em detrimento da parte hipossuficiente, que arca com encargos e riscos maiores. Nestas situações, o poder de regulação constitui real desvantagem.

¹³Para Francisco AMARAL, "negócio jurídico inválido é o que não vale para o Direito, por não preencher os requisitos legais, não se lhe reconhecendo o poder de produzir as relações jurídicas pretendidas". (

Se as situações subjetivas estiverem colocadas apenas através da noção de relação jurídica, nela estando todo o ponto de confluência e entendimento de suas regras, ao acontecer a imposição do poder econômico o sujeito prejudicado nada poderá fazer, pois não existe a possibilidade - dentro da idéia de relação jurídica clássica - de uma parte tabular uma relação jurídica obrigacional sem igualdade de condições.

Este fato mostra que não é suficiente averiguar os poderes formalmente dados pela relação jurídica a cada sujeito, nem apurar cada prestação a ser oferecida. Assim, as relações individuais estão relativizadas não só entre os sujeitos, mas também à proposta do Estado enquanto sujeito de outras vinculações e outros interesses. O estudo da desproporção dos negócios deve estar atrelado não só as questões atinentes entre particulares, mas também às inferências do poder público nas relações privadas. Neste sentido, conclui FACHIN:

“A relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de *um modo de ver* a vida e sua circunstância. Sob suas vestes está menos o direito em movimento, coletivamente considerado, e mais um direito que se afirma no confronto e na negação do outro. É um conceito superado pela sua própria insuficiência, denunciada pela tentativa de captar, atemporalmente, pessoas, nexos e liames. (...)Reconhecer a insuficiência e respectivos limites é a linha de saída para uma visita crítica a essa formulação, que abstratamente considera um sujeito apto para se obrigar.”¹⁴

Nesta ordem de conjunto de pensamento, a lesão aparece como possibilidade de denunciar o desequilíbrio dos contratos individuais, podendo estar funcionalizada captando uma situação existencial fática e determinada, desproporção vinculada ao poder econômico de uma parte sobre a outra.

AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 500).

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 26.

1.1 A LESÃO E AS SUAS CONFIGURAÇÕES

Lesão, nesta ordem de idéias, é um instituto de Direito Civil situado, dentro das relações jurídicas, não como seu elemento, mas como seu contraponto. Na verdade é uma zona de realidade fática dentro da relação jurídica que é uma estrutura de realidade formal. A lesão é o espaço que não poderia deixar de ser admitido pelo Direito posto, assim cooptado por ele. É uma brecha possível dentro da estrutura das relações jurídicas para que pudesse entrar um rasgo de realidade, a possibilidade do conflito se instaurar no espaço do consenso. É como se o sistema¹⁵ declarasse não ser possível a desproporção, pois há autonomia e poder nas vontades, suficientes para equalizar as relações jurídicas, e admitisse: "mas caso haja, aqui está a solução. Dentro do Direito."

Lesão é instituto de direito civil que se refere à desproporção exagerada entre as prestações de um contrato bilateral, causando desequilíbrio no vínculo obrigacional. Este desequilíbrio é considerado pela doutrina como consequência do abuso de uma parte que se utiliza da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade da parte contrária.

Anelise BECKER afirma que "a desproporção do valor entre as prestações de um contrato bilateral se dá em face de um aproveitamento, por parte da parte beneficiada, de uma situação de inferioridade em que se encontrava o prejudicado".¹⁶

Dentro de tal perspectiva, só existe desproporção de valor entre as prestações, caso exista um aproveitamento doloso com relação à situação de inferioridade da outra parte. O sentido da lesão confirma a idéia principiológica do sistema contratual clássico, que considera as partes iguais e livres, donas do poder de regulamentação de vontades, que jamais infeririam em um contrato prestações iníquas para si mesmas. Nesta ordem de idéias a lesão surge no

¹⁵ Sistema aqui colocado como sendo sistema jurídico, correspondente ao aspecto estrutural do Direito. "Conforme sua origem grega, a palavra sistema designa algo unificado: um conjunto de elementos unidos por um princípio, por um fim e por uma ordenação fundamental." IN **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Coord. Limongi França. São Paulo, 1977. P. 422-426.

Direito Civil clássico como a confirmação das relações jurídicas entabuladas sob a égide da vontade livre, da autonomia privada e da liberdade de contratar. O contrato livremente concluído seria tutelado pelo Estado e, estaria sempre isento de vícios.

1.1.1 LESÃO E DESIGUALDADE

A lesão enquanto desproporção tem o aspecto de desigualdade dos valores das prestações estipuladas em um negócio jurídico. Segundo a doutrina dominante, as relações obrigacionais têm como característica o fato da prestação ser suscetível de valorização econômica, portanto a lesão está relacionada ao prejuízo econômico gerado pelas prestações desproporcionais na formação do contrato.¹⁷ Nesta hipótese, uma das partes oferece menos que dá, minando a comutatividade contratual e a decorrente justiça que deveria advir dos contratos elaborados sob a égide da autonomia privada. A rigor, ninguém deveria negociar contra seus interesses, não obstante, as desproporções entre as prestações nos contratos continuavam acontecendo, como que indicando a própria fragilidade do sistema.

Por influxo da realidade fática, a lesão é concebida sob única possibilidade do vício do consentimento, sendo oferecida a tutela estatal para proteção daqueles que poderiam estar com sua vontade alterada por agentes externos ao próprio contrato. É como um espectro que ronda as relações contratuais, mas que só pode ser invocada se houver prova de algum comprometimento da vontade no momento da formação do contrato.

Carlos Alberto BITTAR confirma esta perspectiva clássica quando afirma que "representa um vício consistente na deformação da declaração por fatores pessoais do contratante, diante da inexperiência ou necessidade, explorados indevidamente pelo

¹⁶ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

¹⁷ Paulo Netto LÔBO lembra que, para Pontes de Miranda, "se a prestação é lícita, não se pode dizer que não há obrigação se não é suscetível de valorização econômica" e exemplifica na hipótese da prestação de se enterrar o morto segundo o que ele, em vida, estipulara aos amigos.(LOBO, Paulo Netto. **Direito das Obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 16.)

locupletante".¹⁸ Julga-se enriquecida a parte que envolveu a outra, e que de alguma maneira a fez instituir negócio contrário a seu interesse, posto que as prestações ficaram desproporcionais.

Diante desta premissa, tem-se entendido que a lesão é construída por dois requisitos: objetivo e subjetivo.

Neste sentido Pablo STOLZE e PAMPLONA FILHO¹⁹ consideram que a desproporção das prestações constitui requisito objetivo ou material, sendo a premente necessidade, a inexperiência ou a leviandade da parte lesada assim como o dolo de aproveitamento, elementos anímicos ou subjetivos da lesão. Em tal horizonte, numa relação contratual civil ao se constatar a desproporção entre as prestações como fator objetivo, deve-se auferir os requisitos subjetivos.

Para conferir o fator objetivo, o direito romano legou o sistema de tarifamento, no qual a lei estabelece parâmetros para o abuso de uma parte sobre a outra.²⁰ Assim, a desproporção não é afastada do sistema de pronto, não constitui em si mesma ilícito ou vício e não é qualquer desproporção que pode ser caracterizada como lesão, somente quando há o aproveitamento da situação de desigualdade entre as partes.

Em outras palavras, o sistema legal admite a desproporção entre as prestações, já que admite o lucro, porém, *a lei limita não exatamente a vantagem e sim o aproveitamento de uma situação favorável para a parte beneficiada conseguir o rendimento do capital.*

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 155.

¹⁹ STOLZE, P; PAMPLONA FILHO. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1: parte geral.

²⁰ Segundo Marcelo Guerra MARTINS, "tarifamento é justamente o limite admitido na desproporção das prestações. Exorbitando-se tal limite, o negócio passa a ser lesonário". (**Lesão contratual no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8)

Neste sentido, o sistema de tarifamento romano difere principiologicamente do atual. No de Roma antiga, a lesão era reconhecida pela vantagem desproporcional correspondente a um *justo preço*.²¹

Assim também se afasta desta idéia o tarifamento canonista, que tenta combater o pecado da usura, um atentado contra os desígnios de Deus.²²

Ao contrário, o tarifamento contemporâneo se não chega a supor a desproporção, até espera por ela, mas que não seja tão abusiva a ponto de prejudicar a própria sistemática contratual, baseada na livre iniciativa, liberdade de contratar e autonomia privada.²³

Após caracterização da desproporção das prestações, deve-se apreciar a desproporção subjetiva. Caio Mário da Silva PEREIRA,²⁴ observa que

"a necessidade se configura na impossibilidade de evitar o contrato. Um indivíduo pode ser milionário, mas se no momento dado ele precisa de dinheiro contado urgente e insubstituível, e para isso dispõe de um imóvel a baixo preço, a necessidade que o leva a aliená-lo compõe a figura da lesão."

²¹ A respeito da classificação, ensina Marcelo Guerra MARTINS: "(...) a lesão no Direito romano requisitava a presença de somente os elementos objetivos: a desproporção das prestações e que esta fosse superior à metade do justo preço". (*op.cit.* p. 30)

²² Para as pessoa acostumadas ao padrão de uma economia natural, a idéia de acumular mais dinheiro apenas pelo fluir do tempo era considerado pecado. Estabelecer juros sobre dinheiro emprestado era como vender o tempo decorrido entre o empréstimo e a devolução. A Usura resultante do fluir do tempo nos negócios, acrescentando-lhe juros, passou a ser classificada como Usura pecuniária. A Usura real ou Lesão qualificada era acrescida a noção de subjetividade das partes: o lucro auferido pela parte obtido mediante exploração da necessidade, leviandade ou inexperiência da outra parte. Esta modificação conceitual retirada dos textos romanos (a lesão enorme) pela Igreja, vem mostrar lenta introdução do sistema monetário nas relações comerciais. O comércio iniciava seu crescimento e os comerciantes começavam a se sentir perturbados mediante a imposição do Pecado enquanto pena para os que auferissem lucro a partir do próprio dinheiro. No entanto, para alguns comerciantes este tipo de reprimenda não fazia sentido. Os judeus, por exemplo, poderiam empregar todo seu dinheiro no comércio, e ainda emprestavam para os cristãos, apesar de ser uma atividade ilícita e perigosa. A realidade dos fatos tornou necessária a introdução do caráter da intenção como tentativa de conter a incessante atividade comercial. Assim, não só os cristãos eram reprimidos em suas carreiras mercantis, mas também os não cristãos, que incorriam na ilicitude caso houvesse exploração da necessidade alheia.

²³ Nesse sentido é a afirmação de Arnaldo RIZZARDO, conceituando lesão como "negócio defeituoso em que uma das partes abusando da inexperiência ou da premente necessidade da outra, obtém vantagem manifestamente desproporcional ao proveito resultante da prestação, ou *exageradamente exorbitante dentro da normalidade*". (grifo nosso) (**Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 69).

O que se pontua é a posição de desvantagem da parte prejudicada no momento da desproporção e não sua posição econômica fora das tratativas do contrato. Apenas se questiona para se configurar a lesão, se no momento de formação, a parte está impossibilitada de evitar o contrato. Em outras palavras: a parte lesionada está sem *sua esfera de liberdade completa*, faltando no caso, a liberdade de contratar ou não contratar, totalmente desfigurada. Mais uma vez o que se questiona não é a obtenção do lucro, mas fazê-lo às custas do desmantelamento do sistema principiológico dos contratos.

Aparece nova face da desproporção: a que atinge os princípios contratuais clássicos, onde se edifica toda a estrutura do Direito dos Contratos.

Da mesma forma, a *inexperiência* e a *leviandade* podem compor a lesão. Na primeira, existe a falta de habilidade para realizar as tratativas do negócio. Em resumo: para que se interprete um contrato lesionado por inexperiência, o indivíduo deve exibir despreparo para negociar as bases do contrato específico. Quanto a segunda, Marcelo Guerra MARTINS²⁵ ensina que "a leviandade tem sido vista como afoiteza na realização do negócio. É a ausência da necessária e indispensável reflexão em torno das conseqüências advindas da avença." A leviandade e a inexperiência devem estar condicionadas pelo dolo de aproveitamento da parte beneficiada, vantagens exageradas nas tratativas do negócio.

Em síntese: a liberdade de dispor do conteúdo do contrato é o ponto atingido, pois quem desconhece os detalhes do objeto do contrato pode negociar de forma desfavorável para si. Tal conjectura está prevista no Direito dos Contratos: não se tutela aquele que não se informou bem. Diferente deste, o nosso raciocínio focaliza o indivíduo que não poderia ter obtido todo o básico do contrato porque a outra parte não ensejou a informação plena. Dentro do conjunto real da sociedade, o entendimento e interpretação das informações nem sempre

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 165.

²⁵ MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão contratual no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91.

são filtradas e disponíveis para que, em breve esforço intelectual, pudessem ser compreendidas pelo chamado *homem médio*.

O Direito Civil clássico²⁶ admite através da lesão, que existem situações onde pessoas ou sujeitos de uma relação jurídica não são materialmente iguais, merecendo tratamento protetivo do Estado. A racionalidade clássica, que põe o homem e o primado da razão como capaz de superar todas as dificuldades procedentes do espírito, de certa forma se curva à realidade fática das desproporções. Não obstante, funda estas desigualdades sobre dois pilares: a vontade - que poderia estar mal informada - e o seu corolário, o afastamento dos princípios clássicos do Direito dos Contratos. Partindo da premissa clássica tal reconhecimento parece contra-senso, uma incongruência jurídica.

1.1.2 INSTITUTO JURÍDICO E VÍCIO

Se a lesão é um instituto jurídico, a referência legislativa dele está dentro do limite estabelecido pelas bases principiológicas do Direito dos Contratos.²⁷ O conteúdo regulamentador da relação jurídica obrigacional, que fundamenta os modelos do Direito dos Contratos, é, no final das contas, confirmado através da constatação de uma *falha* no sistema.

A relação jurídica obrigacional pressupõe sujeitos previamente designados, livres em sua vontade, que se prontificam a exercer comportamentos qualificados pelo vínculo jurídico obrigacional - fazer, não fazer, dar, restituir. O Direito Obrigacional não questiona o processo

²⁶ O Direito Civil clássico provém de uma ordenação racional, calcada na experiência de uma ordem jurídica coerente. Neste sentido ensina SALDANHA: "Ao clássico corresponde historicamente a valorização das diferenças lógicas e metodológicas que correspondem às distinções presentes na literatura (os "gêneros") e também na vida social e nas concepções éticas: homem e mulher, sagrado e profano, direito e esquerda. Ao clássico corresponde o chamado pensamento classificatório."(SALDANHA, Nelson.Sobre o "Direito Civil Constitucional"(notas sobre a crise do classicismo jurídico) In **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, vol.9, p. 188-189, 2002.

²⁷ Considera-se segundo Luiz Edson FACHIN: "Instituto jurídico é continente normativo, relação é conteúdo regulamentado". (**Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 42)

pelo qual o sujeito vai fazer, não fazer ou dar - se lhe causará problema familiar, tristeza ou desfalque em seu salário - *excluindo assim as condições reais pelas quais os sujeitos estão inseridos quando estabeleceram o negócio*. A sanção pelo inadimplemento advém pelo nexo causal direto: termo e pagamento. Fugindo, o sistema inicia seu processo de busca ao descumpridor.

O instituto da lesão vem desmascarar a assepsia dogmática, mostrando que certas condições que envolvem as negociações e a composição das cláusulas do acordo podem vir a desfigurar o comportamento obrigacional esperado. No entanto, a lesão é instituto que está inserido no campo já regulamentado das relações obrigacionais. Coloca-se então a lesão como parte de uma falha no sistema de elementos da relação jurídica. O negócio é sempre límpido, um erro anterior é o que poderia macular, elementar no sistema da vontade, factível por ser humano. O objeto da relação jurídica obrigacional permanece, o comportamento continua sendo o esperado pelo credor e o sistema de busca ao descumpridor será acionado, mas poderá ser discutido se houver incorreção na vontade movimentadora da relação jurídica obrigacional: uma falha humana.

Sob esta ótica, a lesão não é mais incongruência, sendo admitido finalmente que as condições nas quais os sujeitos estão inseridos podem influenciar no adimplemento das obrigações, mas somente as condições *de erro* previamente retratadas na elaboração da sistemática das relações jurídicas. As condições sociais estão fora do círculo das relações jurídicas e portanto, desqualificadas pelo Direito.

O que se testemunha é a confirmação do sistema civil clássico, onde a relação obrigacional e o Direito dos Contratos são construídos sobre bases sempre previstas pelo próprio sistema. O estudo da lesão não está nela mesma, mas na percepção crítica dos seus

pilares de base²⁸, num momento anterior, o da relação jurídica, já visto anteriormente, e o dos princípios contratuais, que se verá a seguir.

Esta visão da lesão contratual é apenas uma fotografia do movimentado universo social e jurídico. O reconhecimento da falha e a construção do instituto por causa dela não deixam de ser a recepção, a constatação jurídica que toma ares de dignidade a uma situação de exploração e deslealdade entre as pessoas contratantes. Nesse sentido Marcel Planiol e Georges Ripert:²⁹ "a lesão revela debilidade de um dos contratantes ou deixa supor que é vítima de um adversário mais forte ou mais hábil (...) a lesão é sinal que ocorreu exploração de uma das partes pela outra."

Esta percepção da realidade na racionalidade clássica dos contratos, ainda não é suficiente para dar conta da diversidade contratual que existe no mundo dos negócios. Sem dúvida, o Direito assegura a dignidade não apenas entre os contratantes individuais, mas também na coletividade de contratantes, estimulando a discussão da lesão e fornecendo aparato de prevenção jurídica em torno de massa como um dado existencial no Direito dos Contratos.

Se a lesão envolve vício de consentimento representando uma nódoa no sistema da capacidade de escolha e que pode ser reparada, então é a vontade de quem sofre os efeitos que a lei protege, a aspiração de quem foi explorado ou foi premido pelas circunstâncias a realizar um negócio desproporcional.

Dentro de tal raciocínio, cabe também ao explorado a legitimidade para discutir o contrato, reduzir a desproporção ou pedir a anulação do negócio. Esta solução é de cunho individualista, pois apenas o que padeceu do seu direito lesionado pode granjear legalidade

²⁸ A expressão "pilares de base" é utilizada pelo Professor FACHIN. "O Direito Privado projeta-se para o âmbito dessas relações entre particulares, e se arma de uma estrutura jurídica que se dispõe a organizar esses pilares e todas as suas projeções." (*op.cit.* p. 140).

²⁹ Citado por Marcelo Guerra MARTINS, *op. cit.*, p. 72.

para discutir, recaindo os efeitos da decisão apenas entre as partes contratantes no caso concreto, conforme prevê o princípio da relatividade dos contratos. De certa maneira, importa na convivência do sistema civil em admitir que exista exploração. Prova disso é se uma parte se beneficiou de outra através de uma exploração, mesmo assim, por mais imoral que possa ser, o Direito *admite* que haja uma tentativa de reequilibrar o contrato para aquele caso, *apenas para a pessoa que reclamou*.

Ora, esta perspectiva de lesão não cabe mais em um sistema de contratação de massa, pois aqui importa mais o comportamento abusivo da parte que produziu o contrato desproporcional e os efeitos negativos que recairia esta atitude na sociedade como um todo.

A noção desloca-se do indivíduo para o coletivo, sendo possível a sanção de nulidade para a parte exploradora, encerrando um contrato prejudicial a sociedade. E o que nos ensina Orlando GOMES:³⁰

“O arrependimento forçado admitido em lei é a consagração *mutatis mutandi* da tese de que somente há furto se o ladrão é descoberto. De duas uma: ou é atentatória dos bons costumes a conduta de quem tira proveito desproporcional explorando a necessidade ou a inexperiência de outrem, e, nesse caso, o contrato deve ser fulminado com a sanção da nulidade, ou não se pode exigir o requisito da exploração para qualificar a pretensa lesão. A menos, evidentemente, que não se considere imoral o comportamento de quem se aproveita do estado de necessidade de quem precisou contratar.”

Orlando GOMES pondera que a lesão é um instituto caduco e sem sentido. Se a lesão for grave o suficiente para rescindir um contrato, poder-se-ia usar um diploma legal de ordem

³⁰ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1980, p. 34.

penal, considerando o ato não só atentatório aos bons costumes, mas delituoso, com maior repercussão social.³¹

Ainda que verdadeiros os argumentos do renomado jurista e professor baiano, a ordem civil poderia disponibilizar o instituto evidentemente não mais balizado nas estruturas clássicas como vício do consentimento, mas através da mescla civil constitucional. Calcado no raciocínio construído a partir de conceitos públicos - ordem pública, ordem econômica e dignidade da pessoa - e privados: princípios da boa-fé objetiva e justiça contratual - poder-se-ia inserir nova linha hermenêutica para não mais utilizarmos o mesmo conceito de lesão e sim reconstruí-lo no sentido mais humano e mais nobre.

Semear o instituto como a lesão no Código Civil só faz sentido em nossa sociedade se estiver atrelado a possibilidade de ação de interesse coletivo, cuja decisão fosse a nulidade do contratos, de efeito *erga omnes*. Desta forma, haveria o fortalecimento do instituto não mais como vício de consentimento e sim como arma de combate aos que não cumprem os preceitos de ordem pública e social, utilizando-se de sua força econômica frente aos destituídos de energia correlata e compelidos a contratar.

1.2 O TEMA SOB OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CLÁSSICOS

A idéia formada pela relação jurídica civil gera a perspectiva de lesão voltada às bases da autonomia privada, cujo alicerce decorre da supremacia da vontade individual na criação, manutenção e extinção de direitos. Divisado assim, os contratos civis são regulamentados por um corpo de normas e princípios, provenientes da racionalidade, acima de qualquer influência do meio.

³¹ *Ibidem*, p. 39.

As obrigações - construções abstratas onde se edificam os contratos – têm na vontade individual a única fonte de justiça.³² A ligação entre a vontade e a razão é conseqüente: o homem não estaria mais preso a enganos ou a fenômenos inexplicáveis, pois tudo possuiria sentido, a razão humana seria capaz de decifrar e resolver todo e qualquer mistério da natureza.

Cada homem poderia desenvolver-se de acordo com sua vontade de ser cada vez melhor, alcançar mais e mais a compreensão da perplexidade da vida. Se a mola propulsora - a vontade - estivesse isenta de defeitos, todo o sistema (jurídico) funcionaria de acordo com o previsto.³³

1.2.1 CONSENSUALISMO E LIBERDADE CONTRATUAL

O princípio contratual é o do consensualismo: se as partes são livres, elas ficarão vinculadas apenas e tão somente por meio da vontade, sem a necessidade de nenhuma formalidade. A idéia de liberdade e igualdade faz nascer todos os demais princípios do Direito dos Contratos, ainda hoje estudados nos ambientes acadêmicos.

A liberdade contratual, um dos princípios nucleares da sistemática, é composto de duas vertentes internas: a liberdade de contratar ou não, e a liberdade de discutir o conteúdo do acordo,³⁴ desdobrando-se em outro princípio, o da obrigatoriedade dos contratos. Neste, se as partes optaram por contratar e escolheram as cláusulas e objeto do contrato, não faria qualquer sentido que elas o destituíssem. Assim, o que é apostado no contrato se torna

³² Daí a máxima "todo contrato livre é um contrato justo".

³³ "(...) a aquisição de um direito pessoal só pode acontecer através da ação do outro, ou seja, por meio de acordo entre a minha vontade e a do outro, ou seja, pacto." (BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 108).

³⁴ Esta subdivisão é utilizada por alguns autores nacionais, entre eles, Arnold Wald e Álvaro Villaça.

obrigatório - o sistema inicia o movimento no sentido de tornar possível o *final feliz* do contrato.³⁵

Da hipótese da impossibilidade de descumprimento do acordo deriva outro princípio, o da intangibilidade dos contratos, significando a certeza que o mero consenso das partes permanecerá inalterado, sem revisão nem das partes, nem do juiz. O princípio da relatividade mostra-se imbricado em todos os anteriores : as partes só se obrigam a situar suas vontades, o acordo não poderá envolver desejo, decisão ou determinação expressa de terceiros estranhos.

De forma geral, o princípio da justiça contratual resultava da efetividade plena de todos os princípios, especialmente o da autonomia privada, núcleo de todo sistema. Ergue-se como se houvesse dois pilares de sustentação para a regulamentação do Direito dos Contratos: o princípio da *Igualdade* e o da *Liberdade*. Como argamassa deles, são categorizados todos os demais e como núcleo a autonomia privada.

Com relação a este princípio, os autores de forma geral o vêem como limitado naturalmente pela supremacia de ordem pública. Talvez exista explicação para isso.

O fenômeno de redução da autonomia privada nos contratos começou a registrar-se continuamente no decorrer do século XX - o chamado *dirigismo contratual* - que fixa a vontade num patamar possível, a partir de nova realidade econômica e tecnológica. Nele, o Estado interfere nas relações negociais, modificando o contrato no seu conteúdo, limitando-o de acordo com suas próprias necessidades.³⁶

³⁵ Quanto ao assunto ,diz BITTAR: "as partes ficam jungidas ao respectivo cumprimento, sob pena de sanções previstas para a hipótese". (**Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 32).

³⁶ Com relação ao dirigismo contratual ainda BITTAR: "acha-se a noção de busca da justiça social, evitando-se a prática de abusos no relacionamento privado, na defesa do economicamente mais fracos e de interesses outros da coletividade, em especial de ordem econômica, tendo o Estado se utilizado. de início, dos denominados". (*op.cit.* p. 46).

Esta realidade é fruto do processo de industrialização, que não consiste apenas em mudança técnica e diversificação maior de produto, mas na profunda alteração na organização da relação social, modificando o perfil urbano, além de estimular a competitividade em substituição aos valores comunitários. No bojo das transfigurações, a massificação do consumo submeteu o contrato a uma nova forma de tratamento, pois a demanda de contratantes passou a apresentar uma curva ascendente acelerada, tornando inviável a demora nas tratativas do negócio e a espera da vontade diante de todas as cláusulas contratuais. Ademais, começaram a ser detectadas ao longo do processo, interferências dentro da Igualdade entre os contratadores. O desequilíbrio no pilar *igualdade* determinou a reordenação na outra coluna *liberdade* para que o contrato pudesse reestruturar-se diante de tal turbulência de base econômica.³⁷

De uma forma indireta, o sistema se amolda à realidade fática e consegue sustentação ideológica - a idéia de democracia, de acesso de todos aos patamares de contratantes - e jurídica: o que antes era inconcebível -limitação da autonomia privada - passa a ser juridicamente concebido como natural. Os argumentos de manutenção desta justaposição entre conceitos de ordem pública e privada regimenta e salvaguarda a manutenção da própria idéia de autonomia privada.

Limongi FRANÇA coloca como princípios fundamentais do contrato a autonomia da vontade, o princípio da supremacia da ordem pública, pelo qual "a liberdade de contratar não

³⁷Com relação à relação entre a necessidade econômica e historicidade do contrato, reflete Enzo ROPPO: "Se confrontarmos as funções assumidas pelo contrato na Antigüidade ou na Idade Média, vale dizer, no âmbito dos sistemas econômicos arcaicos, ou de um modo geral pouco evoluídos (aqueles poderiam considerar-se os caracterizados pelos modos de produção antigo, baseado no trabalho escravo e pelo modo de produção feudal, por sua vez caracterizado por vínculos de natureza 'pessoal' entre produtores e detentores da riqueza fundiária, pelo trabalho artesanal independente, por uma nítida tendência ao autoconsumo, e portanto, por um baixo volume de trocas), com as funções que o contrato assume no quadro de uma formação econômico-social caracterizada por um alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e pela extraordinária intensificação da dinâmica das trocas (tal como é a formação econômico-social capitalista, especialmente após a revolução industrial do século XIX), constatamos profundíssimas diferenças quanto à dimensão efetiva, à incidência, à própria difusão do emprego do instrumento contratual: ali relativamente reduzidas e marginais, aqui, pelo contrário, de modo a fazer do contrato um mecanismo objetivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema econômico." (**O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 25-26).

deve colidir com os interesses de ordem pública", o princípio da obrigatoriedade da convenção e o princípio da relatividade da obrigação contratual.³⁸ Maria Helena DINIZ³⁹ acrescenta o princípio da boa-fé que "as partes deverão agir com lealdade e confiança", não colocando a supremacia da ordem pública como princípio contratual - digno de figurar na órbita privada, mas o situa como limite externo, pairando sobre as vontades dos contratantes.

No contexto da liberdade de contratar, destaca a autora: "não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo." Seguindo a linha de ruptura entre o público e o privado, ela restringe os princípios contratuais à esfera privada, os circundantes com a ordem pública, em patamar superior.

Carlos Alberto BITTAR, considera, além de todos, o *princípio da boa-fé* e o eleva no sentido da busca da moralidade em matéria contratual. O professor estabelece que a noção de ordem pública se ampliou devido à intervenção do Estado "com a introdução de interesse de ordem econômica em seu contexto, classicamente composto de idéias de moral e bons costumes".⁴⁰

De certa maneira, ele propõe a migração do conceito moral para o princípio da boa-fé e o da ordem pública, antes apenas carregado com noções de moralidade, admitindo outro componente: a ordem econômica. Ele abre caminho para a compreensão de nova sistemática no campo contratual, onde a racionalidade econômica domina deliberadamente o *Direito dos Contratos*. A idéia liberal, que permeia as relações contratuais, reconhece que exista uma

³⁸FRANÇA, Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 706.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p. 50.

redução da autonomia privada, sem muitos problemas, desde que a forma menor resulte em aumento no volume e na velocidade dos contratos em formação.

Esta transferência da moralidade para o campo da *boa-fé* e a inclusão da ordem econômica, como viés do conceito de ordem pública, agrega definição jurídica às novas relações contratuais.⁴¹

Na mesma linha de raciocínio está Washington de Barros MONTEIRO,⁴² enumerando os princípios em três: *autonomia da vontade, supremacia da ordem pública e obrigatoriedade de convenção*. Orlando GOMES⁴³ relaciona quatro princípios: *o da autonomia da vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória e da boa-fé*.

Em todos os autores, existe a constatação dos elementos de um contrato de formação clássica, correspondente a um manejo jurídico de uma proposta de mundo e de Estado, a interferência lenta e gradual na esfera privada do indivíduo.⁴⁴

Álvaro Villaça AZEVEDO⁴⁵ afasta-se dos princípios clássicos através da perspectiva mais próxima a um Direito dos Contratos de fundo econômico. Ele emprega como princípios informadores do direito contratual, as regras gerais do direito: "os princípios gerais do direito apresentam-se com força normativa nos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente porque encontram sua força no próprio Direito Natural".

Para o autor, os princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual, da força obrigatória, da boa-fé objetiva e função social, demonstram-se alinhados ao princípio da

⁴¹ Annelise BECKER, citando Marcel Waline: "a idéia de que há uma relação entre a frequência de trocas e a prosperidade econômica encontra-se profundamente arraigada entre os economistas, tanto que desde há muito um dos índices da prosperidade de um país é o volume de seu comércio exterior". (*Op. cit.*, p 34).

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 9.

⁴³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, Forense, 1995.p.. 22-38.

⁴⁴ Nesta mesma perspectiva: Silvio Rodrigues, Arnaldo Wald e Nelson Dower entre outros.

⁴⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2002.p. 23.

prevalência da ordem pública , afirmando que o Estado edita normas de ordem pública como verdadeira orientação para os contratos, no sentido de proteger a parte economicamente mais fraca na relação jurídica contratual.

1.2.2 JUSTIÇA CONTRATUAL

A transformação lenta e gradual começa sob a forma de interferência estatal no sentido de encaminhar o contrato a uma direção mais próxima da justiça. Tal mudança principia no século XVI com o advento da Reforma, que rompe as amarras do Direito à Igreja, provocando efeitos no *Direito dos Contratos* e na consolidação da nova estrutura econômica.

Numa perspectiva dialética, a racionalidade feudal da economia de autoconsumo sucumbe diante da racionalidade socialmente construída da economia de mercado e expansionista. Em paralelo, a Reforma, movimento religioso que rompe a hegemonia do Papa, questiona as hierarquias e os métodos da salvação eterna - desde a venda de indulgências à confissão – assumindo, como fundamento econômico, a ausência da idéia de cobiça como pecado. Com novos valores éticos, os interesses dos comerciantes ficaram livres para expandir-se com o cancelamento da doutrina do justo preço, antes baseada no pecado.

A justiça contratual não estaria à procura do preço justo, intrínseco do objeto do contrato, mas tabulada pelas leis do mercado e na igualdade de forças das pessoas e a Igreja, à margem das relações jurídico-comerciais. Cresce a partir daí a corrente da vontade como parte integrante dos contratos - e a justificativa das atividades econômicas, uma das formas também de alcançar Deus.

Assim a imagem da vontade humana sofre ruptura, pois institui no próprio homem a razão para assentar sua vontade no plano jurídico. A vontade humana estava apenas

condicionada à vontade de Deus e a obrigação da palavra. A partir da Reforma, a constituição da obrigação parte da liberdade jurídica do homem, desviando o curso do seu desejo anterior.

A partir da consolidação da vontade inicial, o sistema jurídico sustenta o acordo com sua série de implicações e sanções - e a liberdade fica restrita ao consenso, tornando-se vínculo tão indelével quase quanto a lei.⁴⁶

No século XVI, o Direito reforça sua ética social, onde critérios objetivos são os únicos garantidores da justiça. A justiça contratual fundamenta-se no esclarecimento mútuo, no dever de respeito e na ausência de exagero ou disparidade nas prestações confirmadas em contrato. A modernidade, desde o seu princípio, transferiu para o terreno da vontade individual as propostas de preço, reconhecendo o valor contratado como justo e hígido. O tarifamento,⁴⁷ quantidade monetária e ponto de interpretação sobre o contrato desequilibrado, limita o documento para oferecer mais ética ao mesmo, mas na verdade, mais uma vez o Direito sustenta a capacidade e a própria liberdade de contratar, posto que

"não se poderia admitir que um indivíduo é de espírito, maior e senhor de seus direitos, desejando realizar uma operação que nada tem de gratuita, consentisse em vender um bem a preço excessivamente inferior em relação ao valor real ou a adquiri-lo a um preço extremamente elevado, salvo na hipótese de ter sido alvo de alguma coação, dolo ou erro, todos casos de vícios de consentimento".⁴⁸

Outro limite pouco a pouco foi sendo indicado como forma de proteger sujeitos que estivessem com sua vontade hígida, mas débil na sua posição sócio-econômica na formação

⁴⁶ Anelise BECKER lembra: "Grotius define o contrato como o ato voluntário pelo qual uma pessoa promete algo a outra. É nesta união de vontades que Grotius coloca em relevo o aspecto voluntarístico, mas, porque a vontade humana é essencialmente cambiante, considera a promessa necessária para estabilizá-la no tempo." (*Op. cit.*, p. 18)

⁴⁷ "Tarifamento é justamente o limite admitido na desproporção das prestações. Exorbitando-se tal limite, o negócio passa a ser lesionario". (MARTINS, Marcelo Guerra. *Op. cit.*, p. 8)

⁴⁸ BECKER, *op. cit.*, p. 36.

do contrato. Se antes a justiça contratual estava sustentada pela liberdade entre as partes, passa a existir outra espécie de justiça contratual, fundamentada na igualdade formal entre as partes. A diferença é que caso não houvesse igualdade jurídica, o Direito organizava a paridade através da tutela da parte mais fraca. A partir de então estariam completos os pressupostos para genuína justiça contratual comutativa.⁴⁹

As prestações deveriam estar em igualdade com as contraprestações, mas a manutenção da justiça contratual poderia, eventualmente, não estar presente em um ou outro contrato, em nome da segurança jurídica.⁵⁰

Sob tal prisma, a colocação da lesão enquanto instituto de sanção contra a injustiça contratual era ilógico. Pior: poderia desencorajar as partes contratantes pela possibilidade de rompimento posterior, provocando o abandono do mecanismo no auge do liberalismo e individualismo clássico.⁵¹

Cada vez mais amadurecia a idéia que as iniciativas individuais poderiam, por si só, trazer a riqueza de todos e o documento de acordo converter-se em instrumento básico de transação e da proposta de livre iniciativa pelo Estado,⁵² o maior incentivador do contrato,

⁴⁹ Diz Enzo ROPPO: "(...) justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram, portanto os pilares - que se completavam reciprocamente - sobre os quais se formava a asserção peremptória segundo a qual dizer "contratual" equivale a dizer 'justo'. (op. cit., p 35)

⁵⁰ "Se a presunção de justiça que acompanhava tudo o que fosse contratual falhasse em um caso particular, considerava-se que esta injustiça seria um inconveniente menor do que a anulação do contrato, cuja simples perspectiva, criando uma perigosa instabilidade nas relações jurídicas, desencorajaria aquele espírito de iniciativa e de especulação que, na ótica liberal, é o motor primeiro da atividade econômica: se necessário escolher entre justiça e segurança, esta deveria prevalecer." (Ludwig Raiser, *La Libertà contrattuale Oggi*. in *Ii compito dei Diritto Privato*, p. 54 *apud*. BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 25)

⁵¹ "Individualismo econômico parte da idéia central que a economia se equilibra a partir da união da massa de interesses individuais, para alcançar a prosperidade." (SCHWAB, Dieter. *Liberdade contratual e formação dos contratos* "ex vi legis". **AJURIS**, Porto Alegre, v. 39, p. 17, mar. 1987)

⁵² Em análise mais profunda, o contrato é um instrumento da propriedade privada. É como se assumisse um papel de catalizador do direito de apropriação dos sujeitos, por ser mais ágil e de fácil criação. Neste sentido, explica Enzo ROPPO: "(...) o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma posição *não autônoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade*, que se apresenta como instituto-base, em tomo do qual e em função do qual são ordenados todos os outros suscetíveis de desempenhar a mesma função". (op.cit. p.42) (grifo do autor)

colocando ao dispor a máquina jurídica - o Direito dos Contratos - e sua base formadora, a teoria das obrigações.⁵³

Esta concepção econômica reflete dentro dos contratos como ordem natural, que nasce da consciência do homem. O Direito dos Contratos vem então ratificar a ordem natural de vontades, surgindo internamente e determinados por duas instâncias: *autonomia privada e ordem externa* pela livre iniciativa.⁵⁴

A tutela estatal pelo Direito dos Contratos e das Obrigações dos interesses das partes contratantes começou a suceder tão somente porque as partes requeriam o contrato, não cabendo ao Direito tutelar possíveis desproporções ou injustiças oriundas das prestações e contraprestações. Fazia parte da *regra do jogo* contratual a livre iniciativa - esta sim garantida pelo Estado - para produzir bons negócios. A transação concreta dependia da habilidade do comerciante - e o indivíduo poderia expandir-se sem controles externos.

É equivocada a idéia que o sistema político-econômico liberal, baseado na livre iniciativa, não procurava a justiça ou a comutatividade. Ao contrário: a lógica residia que *nada poderia dar errado, se as vontades estivessem livres e iguais*. A justiça tornava-se um dado conseqüente e inquestionável.⁵⁵ Então, não havia necessidade de o Estado movimentar a máquina jurídica para investigar o conteúdo do contrato, se existia ou não comutatividade,

⁵³ Anelise BECKER citando Marcel Waline, explica muito bem a organização do sistema. Diz ela: "a doutrina da autonomia da vontade pode ser resumida em duas proposições essenciais: toda obrigação, para ser sancionada pelo Direito, deve ser livremente consentida e, por outro lado, toda obrigação, no momento em que é livremente consentida deve ser sancionada pelo Direito: proposições estas que podem ser sintetizadas em uma fórmula, constata-se que: '*o livre consentimento é a condição necessária e suficiente para que uma avença seja sancionada pelo Direito*'." (*Op. cit.*, p. 23)

⁵⁴ Ensina Francisco AMARAL: "Conseqüências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica, e no direito civil, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios de consentimento". (**Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 339)

⁵⁵ Segundo Anelise BECKER, "a concepção de justiça contratual prescinde da equivalência entre as prestações, na medida em que a vontade higidamente externada é considerada fonte de toda a justiça, e assim, a única possibilidade de intervenção judicial nos contratos, além dos casos de infração à lei, seriam os vícios de consentimento, sob os quais, então, foi incorporada a lesão". (*Op. cit.*, p. 34)

lealdade ou abuso de confiança. O Estado protegia apenas a integridade do consentimento do prejudicado.⁵⁶

Na Idade Média havia preocupação real quanto as explorações que poderiam derivar dos negócios, tentando detê-las com dados objetivos, a princípio. Com a lenta transformação do comércio, a exploração ganhou contornos cada vez mais subjetivos. No final da Idade Média e início do Renascimento, tornou-se possível captar a elasticidade na idéia de exploração nas relações comerciais, terreno fértil para a multiplicidade das combinações que estavam por iniciar.⁵⁷

A defesa escrita por um advogado do século XVI mostra a ampliação dos limites anteriormente impostos pela Igreja:

“A prática comercial diária mostra que a utilidade do uso de uma soma considerável de dinheiro não é pequena [...] nem permite dizer que o dinheiro por si mesmo não frutifica; pois sequer os campos frutificam sozinhos, sem gastos trabalho e indústria dos homens; o dinheiro, da mesma forma, ainda que deva ser devolvido dentro de um prazo, proporciona nesse período um produto considerável, pela indústria do homem. E por vezes priva a quem empresta de tudo aquilo que traz a quem o toma emprestado [...] Portanto, toda condenação, todo ódio à usura, devem ser compreendidos como aplicáveis à usura excessiva e absurda não à usura moderada e aceitável.”⁵⁸

Eis a idéia da modernidade sob novo ângulo quando a grande circulação de bens vem determinar a rapidez e conseqüentemente a falta de preocupação com o conteúdo contratual. A Justiça passa a ser a vontade livre, e o livre jogo da iniciativa negocial.

⁵⁶ Neste sentido Georges RIPERT (op.cit. p. 115 - 127)

⁵⁷ Vide acima, nota 23.

⁵⁸ E. Monroe, citado por Leo HUBERMAN (*Op. cit.*, p. 41).

TÍTULO 2 - DA RACIONALIDADE PRIVADA A RACIONALIDADE PÚBLICA

É muito comum a definição da imagem medieval ao movimento em torno da ruptura de um sistema coletivo, do mundo pagão e bárbaro. O feudalismo, como processo econômico, contaminou toda uma estrutura de pensamento e de ações em torno da imagem do senhor, foco único de poder político, protetor dos corpos e da Igreja - mãe maior que socorre o espírito. Nesta racionalidade, a história de uma civilização determinada a um espaço econômico, configura-se socialmente um modo de viver individual num universo gregário.

Em matéria contratual, a Idade Média consagrou os acordos pessoais calcados em severas regras oriundas da fé. Os contratos detinham pouco espaço para discussão, não cabendo lugar a remuneração pelos juros.⁵⁹

Na ordem feudal não havia tolerância em torno da usura e da desproporção, mas a economia de mercado compeliu a ampliação da tolerância em torno do contrato e a aceitação de um limite de desproporção desconsiderada pelos contratantes, que não configurava lucro, mas estava dentro das *regras do negócio*.⁶⁰

A ética cristã imprimiu nos contratos a lealdade pessoal, reformulada significativamente com o aumento do comércio livre e a idéia de encontrar a razão. A estrutura ética dos contratos, antes ligados a um caráter pessoal, estava agora sujeita à racionalidade pública, externa aos contratantes e aos contratos. O motivo: a estruturação do Estado, a própria noção de Constituição e também a uma sociedade que começava a relacionar conceitos culturais, políticos e jurídicos.

⁵⁹ Ver esta idéia acima, nota 23

⁶⁰ Ver defesa do advogado século XVI nota 57.

A civilização, ⁶¹ conceito que afere noção de processo contínuo a procura de algo *melhor* ou *mais desenvolvido*, indubitavelmente reproduziu nos textos legais a tentativa de *avanço* na forma de legislar e, sobretudo, de interpretar os problemas legais. O avanço se registrou no sentido da dedução de regras jurídicas, o *jusracionalismo*, ⁶² que colocou como questão essencial a possibilidade de oferecer aos cidadãos decisões sustentadas em um critério mais sistemático e mais acessível. A clareza da aplicação de artigos codificados confere a concepção de cultura civilizatória. A Europa adapta a vida humana em sociedade, as atividades e instituições, a ponto de integrar todos os indivíduos ao sistema de compreensão e interpretação legal unificado.

No movimento civilizatório, a idéia de moralidade intrínseca à formação da cultura perpassa todo o sistema legal. A noção de ordem pública enquanto garantidora de *bons costumes* se solidifica nos textos legais, como limite a um sistema que imprime absoluta liberdade e racionalidade.⁶³

Assim o entendimento da passagem de uma compreensão de Direito não prescinde de uma avaliação da proposta cultural, pois o Direito é uma forma de marcar também conceito de

⁶¹ "O conceito de civilização refere-se a uma grande variedade de fatos (...) mas se examinarmos o que realmente constitui a função geral do conceito de civilização, e que qualidade comum leva todas essas várias atitudes e atividades humanas a serem descritas como civilizadas, partimos de uma descoberta muito simples: este conceito *expressa a consciência que o ocidente tem de si mesmo*. Poderíamos até dizer: consciência nacional. Ele resume tudo em que a sociedade ocidental dos últimos dois ou três séculos se julga superior a sociedades mais antigas ou a sociedades contemporâneas 'mais primitivas'. Com essa palavra, a sociedade ocidental procura descrever o que lhe constitui o caráter especial e aquilo de que se orgulha: o nível de *sua* tecnologia, a natureza de *suas* maneiras, o desenvolvimento de *sua* cultura científica ou visão de mundo, e muito mais". Norbert ELIAS (**O processo civilizador**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 23. v. 1) Grifo nosso.

⁶² "Jusracionalismo é o nome que se dá, na história do pensamento jurídico, ao direito natural dos séculos XVII e XVIII que, sob influência da razão científica, e reunindo grandes juristas e pensadores (Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Thomas Hobbes, Espinosa, Christian Thomasius, Cristian Wolff) superaram a ciência da exegese e do comentário a textos., próprios do pensamento escolástico, e libertaram o direito de sua submissão à fontes romanas, abrindo-lhe o caminho para a construção sistemática. De sua ligação com o Iluminismo surgiram os códigos modernos que, nos países europeus, foram verdadeiros 'atos de transformação revolucionária'." (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 309)

⁶³ Em relação a isto escreveu Kant nas *Idéias sobre uma história universal, do ponto de vista de um cidadão do mundo*: "cultivados a um alto grau pela arte e pela ciência, somos civilizados a tal ponto que estamos sobrecarregados por todos os tipos de decoro e decência social." E continua "a idéia da moralidade é parte da cultura. A aplicação desta idéia, porém, que resulta apenas na analogia da moralidade no amor à honra e à decência visível, equivale apenas ao processo civilizador." (ELIAS, Norbert, *op. cit.*, p 27)

civilização moderna, que posteriormente aparece impresso nos códigos e constituições. A linha de transição da racionalidade privada à pública se registra exatamente no centro da proposta privatística, pois carrega dentro de si sua própria antítese, exposta como limite.

Sob esta perspectiva, o sistema normativo assume o comando, confirma e confere proteção às vontades, passando a ser dependentes do ordenamento positivo.⁶⁴ Vem à tona, contudo, uma aparente contradição: as vontades - tão importantes e estampadas em princípios - estavam insinuadas em uma *vontade geral*, na percepção de mundo e de opção estatal, juridicamente disposta como ordem pública. A ordem pública é um conceito contextualizado e nascente no movimento de solidificação de novas bases, tendo dentro do sistema jurídico um lugar de fonte de normas imperativas.

Sem dúvida, é o melhor exemplo da dimensão indissociável entre os interesses basilares do Estado, a afirmação de nova ordem jurídica e a necessidade de limitação desta mesma ordem. De acordo com o pressuposto de uma nova perspectiva de integrar a *nova consciência europeia* num padrão de civilidade, o conceito de ordem pública pode ser adotado em duas dimensões complementares, porém distintas:

a) A ordem pública é uma fonte de normas que estabelece diretrizes de ordem moral, determinando comandos diretos para a elaboração do sistema jurídico privado. Os contratos e todos os atos jurídicos estão em conformidade com este limite, ainda que as regras contratuais estejam sob custódia dos particulares.

b) A ordem pública também direciona as práticas políticas e sociais no sentido de criar ou ratificar comandos normativos em busca de um fim político e econômico a ser alcançado pelo

⁶⁴ Tudo de acordo com Nelson SALDANHA: "Os civilistas do século XIX montados sobre fontes romanas mas em sintonia com o espírito de seu tempo, pensaram nas vontades individuais como conteúdo específico do contrato ,e neste como expressão perfeita delas; complemento de certo modo, de idéia rousseauiana da lei como expressão (perfeita) da *volonté générale*. Pois não faltou ao século XIX um modo de acoplar esta idéia com a genérica e onipresente idéia de evolução." E mais adiante continua: "(...) as anuências individuais fundamentam a própria existência de uma 'vontade geral, que já é de nível social, mas dependem, para terem sentido (e eficácia) de um plano meta-individual do viver.'" (SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça:**

Estado.⁶⁵ Ambos os aspectos caminham juntos e refletem decididamente nas regras dos contratos, especialmente no que toca à desproporção, a lesão.

Explica-se: se o conceito de lesão é a desproporção entre prestações - comportamentos esperados em uma relação jurídica concreta - existe uma relação de interdependência entre o que será interpretado como lesão ou não, dependendo de quais partes estejam envolvidas no negócio. Assim, se existe a relação jurídica entre uma pessoa e uma instituição financeira ou o próprio poder público, a desproporção poderá ser minimizada em função da *ordem pública*, voltada a um interesse econômico determinado pelo Estado.

Neste sentido, a própria idéia do justo preço⁶⁶ foi paulatinamente substituída pela noção de preço de mercado, pois a nova opção pela modernidade era amparar sua proposta em critérios econômicos, fato que irá refletir nos institutos jurídicos, a argamassa dos tempos modernos. A proposta de lucro transforma o discurso em favor da nova perspectiva, inclusive sobre a lesão.⁶⁷

De alguma maneira, a ampliação da liberdade individual no trato dos negócios contribuiu decididamente para o aumento do poder público na proteção deles. Sem dúvida, existe relação direta entre a construção do espaço público e espaço privado do comércio e da

ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. São Paulo: EDUSP, 1993, p. 80-81)

⁶⁵ Com relação a este conceito, ensina Francisco AMARAL: "a autonomia privada vem a ser gradativamente limitada por princípios e normas que, regulando os interesses fundamentais do Estado ou estabelecendo, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica e moral da sociedade, passa a constituir a chamada ordem pública. Divide-se esta, quanto às suas finalidades, em *ordem pública política e moral*, pertinente à organização do Estado e dos poderes públicos, da família e dos bons costumes, e *ordem pública econômica e social*, que compreende a *ordem pública de direção* (intervencionismo e dirigismo estatal) e de *proteção* (disciplina dos contratos, proteção ao consumidor, contratos de adesão, contratos regulamentados, etc.). (*Op. cit.*, p 144).

⁶⁶ O justo preço era uma noção atrelada à economia medieval. Sobre o assunto, referencia Leo HUBERMANN: "Os artigos feitos e vendidos pelo artesão tinham seu preço justo, calculado honestamente à base do custo real, e eram vendidos exatamente por esta soma, sem qualquer aumento". E continua: "A noção ao que se constituía o justo preço das mercadorias era natural, antes que o comércio se ampliasse ou as cidades crescerem. O desenvolvimento do mercado, porém, e a produção em grande escala disso conseqüente provocaram uma modificação das idéias econômicas, e o justo preço acabou sendo substituído pelo preço de mercado." (HUBERMANN, Leo. *op. cit.*, p. 61.)

⁶⁷ "O valor de uma coisa não deve ser medido por sua validade intrínseca (...) é necessário levar em conta as necessidades do homem e avaliar as coisas em suas relações com essa necessidade". (V. Brants. *Les théories*

própria vida individual - e esta *ordem pública* legitima o discurso da economia de mercado. O que se pretende enfatizar: a dimensão jurídica dos contratos, com todos os seus princípios e regras, estão enfeixados numa travessia do *viver moderno*, fundamentado na economia de mercado e concepção autônoma de pessoa.⁶⁸

O poder público amplia as relações individuais, dando suporte, segurança, fazendo o contrato, um dos condutos de escoamento da troca de bens e serviços. Simultaneamente, a *ordem pública* restringe o indivíduo, permeando no *Direito dos Contratos* o princípio da comutatividade: todo o contrato deve pressupor equilíbrio entre contraprestações e prestações. A suposição nasceu da igualdade formal entre os contratantes, também uma forma de fixar certas regras públicas no convívio contratual privado. Há duas maneiras de acompanhar a evolução do princípio: a primeira, como a estipulação de um princípio mantenedor da justiça e dos valores da equidade. A outra, como reconhecimento que o lucro e a cobiça são inafastáveis, uma paixão humana.

De certa maneira, o liberalismo trouxe a proposta do equilíbrio político e jurídico formal – não encontráveis nas relações contratuais fáticas - estampado na proposta dialética entre a ordem pública e a ordem privada, na procura de evitar oscilações e desvios na concentração de riqueza e injustiças sociais.⁶⁹ Este equilíbrio era pressuposto nas relações contratuais e a sua ausência causadora da lesão.

économiques aux XIIe et XIVe siècles. *Apud* HUBERMAN, Leo. *Op. cit.* p. 62)

⁶⁸ "As marcas evidentes das conquistas de uma autonomia pessoal se multiplicam no decorrer do século XII, isto é, no momento em que se acelera a distensão da economia, em que o crescimento agrícola chega ao ponto, reanimando estradas, mercados, aldeias, de transportar pouco a pouco para a cidade todos os sistemas de controle e os fermentos de vitalidade, em que a moeda começa a desempenhar no mais cotidiano da vida um papel capital, em que por toda a parte se difunde o uso da palavra ganhar". (DUBY, Georges [org.]. **História da vida privada.**: da Europa Feudal à Renascença, São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v. 2: p. 505-506).

⁶⁹ A este respeito, ensina Nelson SALDANHA: "(...) é certo que a fórmula do Estado liberal, concebido como 'mínimo' e como coonestador da harmonia entre as liberdades, era impraticável: é certo que o mundo burguês envolveria uma série de injustiças sociais". (*Op. cit.*, p. 26)

A lesão contratual, contextualizada nas relações burguesas, na concepção de um Estado liberal e na economia de mercado, vem por um lado legitimar a proposta formal de um contrato pacífico e justo, mas pelo outro mostra claramente a desproporção, o desequilíbrio e a injustiça que pairam nas relações fáticas do mundo moderno. Na realidade, não poderia ser de modo diferente : na competição acirrada e na aspiração de negócios com pleno sucesso haverá pouco ou nenhum espaço para uma equidade natural—ou na própria fraternidade proposta dos ideais revolucionários.

Dentro do conjunto de mecanismos jurídicos de implementação da ordem privada e da ordem pública - normas imperativas, dispositivas, princípios contratuais e constitucionais - emerge a lesão sob o aspecto de norma empírica, partindo da realidade de fato resultante da própria existência dos contratos. Com tal característica de realidade, o Direito assinala o desequilíbrio com o intuito de reequilibrá-lo, a partir de seus argumentos nucleados no próprio princípio da comutatividade. A transição de uma racionalidade privada para uma racionalidade pública vai nutrir-se de conceitos como ordem econômica e atividades econômicas. A ordem econômica fornece um sistema de regras. A palavra *ordem* conduz a algo que faz sentido dentro de uma lógica oferecida por alguém, no caso o Estado. Ele proporciona o movimento natural de regulação da economia a partir do Direito, que oferece, por sua vez, as regras, as normas, as leis e as praxes. Assim, o núcleo está na proposta de regime jurídico da propriedade privada e em torno dele gravitam os contratos e sua principiologia.

Como a ordem jurídica se apresenta enovelada com a ordem pública, a partir do momento que começou a existir uma razão de ordem econômica para ocorrer a intervenção do Estado na economia - de início liberal - inicia-se a intervenção nos contratos, surgindo a possibilidade de voltar a figura da lesão.⁷⁰

⁷⁰ Ensina Eros GRAU: "Assim, a passagem de uma ordem para outra envolveria a ruptura das estruturas da

Sob tal ângulo, a lesão retorna ao cenário jurídico civil quando surgiu a opção do Estado de revitalizar a proposta capitalista, implementando diferenciais no regime dos contratos, principalmente com relação à liberdade de contratar, tornando a vontade do hipossuficiente mais robusta, mediante regras específicas em contratos específicos.

A economia continuava comprometida com os ideais liberais, mas dissimulada no bem estar social.⁷¹ A ordem econômica determina e o Direito normatiza as atividades econômicas.

Assim os contratos apresentam duas faces da mesma moeda econômica: de um lado, como instrumento da liberdade e da vontade das partes contratantes - percepção privada. No outro, cumpre o papel de um dos motores da atividade econômica, privilegiada pelo Estado pela sua ordem econômica.

2.1 DA LESÃO SOB OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS CONTEMPORÂNEOS

As técnicas intervencionistas do Estado impactam no panorama interno dos contratos, alterando seus contornos e estabelecendo novas diretrizes, funcionalizando os princípios clássicos dentro de uma perspectiva subalterna aos contornos das atividades econômicas escolhidas por ele.

Assim, surge no interior de uma política econômica dada, o condicionamento das normas internas dos contratos às propostas de mercado, externas às vontades das partes

primeira. Esta suposição subjaz nas afirmações de que à *ordem jurídica liberal* sucede uma *ordem jurídica intervencionista*. E, ainda que não esteja explicitamente declarado, o que marcaria essa sucessão seria a ampliação dos contornos da ordem jurídica liberal, decorrente da 'regulação' da ordem econômica". (GRAU, Eros **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54)

⁷¹ "A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social* que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, um caráter ideológico". *Op.cit.* p. 64)

contratantes. É o limiar da vontade privada frente às tendências instrumentalizadoras da ordem pública, refletidas essencialmente nos princípios dos contratos

Se o Direito dos Contratos sistematiza a atividade econômica, ainda que os contratantes lastreiem a vontade para efetivação do negócio, configurando a relação jurídica privada, a vinculação está envolvida numa perspectiva de base estatal - a ordem econômica - que direciona seus princípios a uma racionalidade pública ou pelo menos publicizada. Assim, os contratos rompem a barreira lógica e fechada no âmbito de sua interpretação para um panorama mais aberto, centrado em valores que ultrapassam a fronteira do privado - e ter como norte a Constituição Federal, norma maior do Estado.

A mudança de diretriz, classificada como *crise do contrato*, na verdade é a constatação de que a realidade fática é maior do que o Direito, contido em artigos e leis e não compelido a enfrentar a realidade da vida. A racionalidade mudou e ao se contemplar o Direito dos Contratos, surgem às reflexões que a sociedade atual lhe faz.⁷²

Com relação aos princípios contratuais clássicos, autores os consideram funcionalizados⁷³ em razão de uma concepção originária das relações sociais, que moldam novas modalidades de contrato de massa. Este estudo irá analisar apenas três: *autonomia privada*, *a boa-fé* e *a justiça contratual*, admitindo que todos os demais princípios contratuais clássicos resultam, de alguma maneira, destes princípios gerais do direito contratual.

⁷² Com relação à crise de legitimidade, reflete FACHIN: "Infere-se que a regra do Direito, em si mesma se confronta com uma crise de racionalidade, uma incapacidade crescente de dar conta da realidade. O instrumental jurídico se vê de fato com sua legitimidade contestada, à medida que ela se coloca como fonte única de regulação social. Isso se mostra claramente quando uma regra do Código Civil é absolutamente distante da prática social. Não é, pois, o fundamento de racionalidade que desaparece, mas o fundamento de legitimidade. O conteúdo da regra não se coaduna ao conteúdo das relações concretas, das relações sociais travadas no inundo dos fatos". (*op. cit.* p. 226)

⁷³ Em uma perspectiva contemporânea, o jurídico é uma faceta de uma realidade complexa, onde o Direito deve dar conta tanto da sua técnica como também de sua composição frente a outras ciências sociais. Diz Francisco AMARAL: "Esta conexão é essencial para o jurista saber não apenas como o direito é feito mas também para que serve, vale dizer, sua causa final". (*op.cit.* p. 345)

2.1.1 BOA-FÉ

A boa-fé estudada no Direito Civil compõe-se de *boa-fé subjetiva e objetiva*. A primeira é descrita como estado de ignorância sobre a realidade da situação jurídica apresentada, e este estado poderia inferir uma lesão no direito alheio. Fernando NORONHA⁷⁴ sublinha que existe intrínseca relação entre a modalidade de *boa-fé* e a aparência de direito: não deveriam pairar dúvidas quanto à titularidade do bem. Assim, no Direito dos Contratos, o contratante alimenta a crença de estar contratando com alguém capacitado pelo Direito a realizar tal negócio.

Já na *boa-fé* existe a confiança tutelada pelo Direito, mas se refere ao comportamento entre os contratantes: ambos deverão agir com lealdade e correção. A preocupação do Direito com a confiança e lealdade pode apresentar duas considerações:

A primeira, de ordem pessoal, subjetiva, moral, onde o indivíduo se propõe sempre a agir com probidade em todas as suas relações, jurídicas ou não; A segunda, investiga o negócio em si. A primeira sugere um parâmetro de julgamento ainda subjetivo: a percepção do *homem médio*.⁷⁵ A segunda expõe de forma pragmática o interesse do Estado em tutelar a segurança jurídica no tráfico das relações contratuais, sob a ótica de um mercado livre e competitivo.

A *boa-fé negocial* ou *contratual*, além de deduzir uma atitude moral interna do devedor em todas as etapas do processo contratual, manifesta que os princípios contratuais da autonomia privada, da *boa-fé* e da *justiça contratual* estão condicionados ao princípio público

⁷⁴ "A *boa-fé subjetiva* ou *boa-fé crença* é um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem". (NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 132).

⁷⁵ Neste sentido NALIN: "Construir uma categoria jurídica que avalia o comportamento do sujeito contratante empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do *bonus pater familias* é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da *boa-fé*, a partir de sua fonação sócio-cultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí se afirmar: a *boa-fé* objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz". (NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba:

da ordem econômica. A tutela estatal dos negócios significa que o Estado concede suporte jurídico pelas normas de ordem privada para que as partes contratantes tenham a garantia de fruir do resultado nos bons negócios e, ao mesmo tempo, arquem com a probabilidade dos maus negócios. Eis aí a confiança explicitada na *boa-fé objetiva* e na *justiça contratual*: a de realizar negócios equilibrados - estabilidade garantida pelo Estado - estando o risco de edificar bons ou maus negócios na autonomia privada, que expõe sua face publicizada no princípio constitucional da livre iniciativa econômica.

A autonomia privada é o poder conferido aos particulares para autorregulação de seus interesses.⁷⁶ Em outras palavras: as pessoas procuram saciar suas exigências através do negócio, onde há troca e circulação de bens e força de trabalho, conforme os desejos das partes contratantes.

Tal poder é conferido pelo Estado, que o amplia ou delimita de acordo com sua proposta econômica e social. Betti⁷⁷ considera que o ordenamento jurídico ignora, reconhece ou combate a autonomia privada, a partir de três hipóteses:

1. Quando o ordenamento julga sua função indigna, ele a ignora (negócio jurídico inexistente);
2. Quando reputa sua função transcendente e digna de proteção, (ele a reconhece);
3. Quando supõe reprovável sua função, ele a combate (ato jurídico ilícito).

Juruá, 2001, p. 131).

⁷⁶ No mesmo sentido, Orlando GOMES (*op. cit.*, p. 43).

⁷⁷ Betti. Teoria general dei negocio jurídico. Madri: Revista De Derecho Privado, p. 40, *Apud* GOMES, Orlando. *Op. Cit.*, p. 44.

A função da autonomia privada está no reconhecimento da propriedade e na circulação de bens e serviços.⁷⁸ A dinâmica do sistema econômico, construído nas trocas constantes e na exploração de mão-de-obra industrial, formulou o poder de negociar entre os contratantes. Através do jogo de mercado passou haver o domínio dos indivíduos sobre bens e serviços. Assim, provém da determinação estatal, sob manto constitucional, o modelo de tornar público e fundamental a ordem econômica.

A autonomia privada enquanto princípio negocial confirma a proposta estatal e se reafirma na medida de sua ação nas relações entre indivíduos. Entender autonomia privada negocial, contemporaneamente, é compreender que ela é, no campo privado, a manifestação direta do princípio da livre iniciativa, instalada no campo público.⁷⁹ Quanto mais o Estado intervém nas relações contratuais, com posições afirmativas em favor do *hipossuficiente*, mais se afirma como agente conformador da livre iniciativa, numa dimensão dialética conformadora dos ditames políticos situados no Estado brasileiro.⁸⁰

2 1.2 ELEIÇÃO E EQUIVALÊNCIA

A justiça contratual nasce daqui como corolário da própria confirmação do Estado em dispor aos contratantes a liberdade de escolha. É uma relação de paridade, A idéia de justiça se molda no fato que nenhuma das partes deve oferecer mais do que a outra, fixando vínculo obrigacional dentro de parâmetros equânimes.

Para Fernando NORONHA, a justiça contratual é "uma modalidade de justiça comutativa, que deve traduzir o equilíbrio entre as partes contrapostas em uma relação

⁷⁸ Conforme Paulo Nalin, Orlando Gomes, Francisco Amaral entre outros.

⁷⁹ Apesar deste trabalho não coadunar com a dicotomia entre público e privado, é necessário utilizar estas palavras a fim de oferecer uma linha de raciocínio adequada a todos os leitores.

⁸⁰ Ensina Francisco AMARAL: "A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal." (*op. cit.*, p. 338)

contratual".⁸¹ Em síntese: a justiça deve considerar circunstâncias individuais através de um eixo principiológico dado por opção de Estado, modelando-a a mecanismos e elementos concretos. O padrão de justiça nos contratos provém de determinadas circunstâncias histórico-sociais, estampadas na proposta do Direito Econômico e na economia de mercado.

A idéia de justiça formal, ancorada na igualdade entre as partes, predominou em todas as relações civis, sustentando-se no princípio da autonomia privada. Nesta esfera, a preocupação se remete apenas na garantia estatal - pelo Direito dos Contratos - de um consentimento livre de vícios no processo de formação da vontade, mola mestra na realização dos negócios.

Ainda que persista esta preocupação na base civil dos negócios, a justiça dos contratos vai além: tenta reequilibrar direitos em conflito, voltando-se para abarcar e incluir na autonomia da vontade a igualdade substancial, beneficiando ambas as partes, a partir da admissão da realidade da vida, onde nem sempre o contrato paritário é necessariamente justo.

Esta contratação modifica profunda e continuamente a estrutura dos documentos, pois mostra um valor capaz de ultrapassar a própria idéia de um modelo conceitual e monolítico, envolvendo uma crítica a cada contrato firmado, para auscultar-lhe o verdadeiro sentido. Decai assim a proposta da universalidade gerada no projeto de codificação do século XIX. O contrato contemporâneo fundamenta-se na consciência jurídica crítica⁸². Somado ao ponto de vista dos sujeitos da relação contratual, a justiça atinge no parâmetro público a noção de utilidade social: o Direito dos Contratos é apenas realidade em toda a amplitude complexa de

⁸¹ *Op. cit.*, p. 215.

⁸² "Para definitivamente superar o século XIX, não basta apenas ultrapassar a formulação clássica do contratos como expressão perfeita do livre encontro de vontade. A crise não se dá apenas no modelo do pensamento jurídico, e nem é apenas um incidente no legado teórico do destaque das individualidades. A realidade contemporânea arquivou o projeto do individualismo. Se mesmo assim o século XIX continua em moda, a rejeição a essa fundamentação do direito pode alcançar uma afirmação da qual a consciência crítica não pode fugir, não há sistema neutro". (FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* p. 217-218)

valores na textura social - e o contrato perde o lugar exclusivo de instrumento circulador de mercadorias e serviços para um contexto diverso e repleto de possibilidades.

No terreno dos contratos estão envolvidos interesses de várias ordens: *individuais*, entre duas pessoas no mínimo, *estatais*, asseguradores da ordem econômica, e *jurídicos*, segurança das relações. No meio do cenário, encontra-se o contrato, que deve estampar todas vontades, perfazendo a tensão entre a conservação e a transformação.

Nesta perspectiva, a lesão transfigura-se um instrumento reapropriado⁸³ no sistema como forma de equacionar contradições, emergindo no contrato enquanto figura denunciadora de exploração da dignidade e da confiança, pois ele é o desenho jurídico da comutatividade e da tentativa de igualdade material.

Deste modo, em um tempo de mudança esperançosas nas relações jurídicas, onde a boa-fé e a justiça possam vir a ser significativamente reavivadas, é determinante a constatação de um Direito dos Contratos de cunho axiológico para que se possa percorrer novas trilhas na tão conturbada seara dos negócios.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO CIVIL

A Constituição de 1988 representou papel maior do que substituir a lei antiga. Ela patenteou a tentativa popular de definitivamente construir novas bases de existência, nova

⁸³ Com relação à apropriação de categorias, explica FACHIN: "A palavra 'apropriação', por si só, revela o acerto metodológico do aproveitamento plural desses significados. Quando se menciona apropriação conceitual, está-se a demonstrar a insuficiência de um sistema que teve sua relevância histórica. A apropriação se dá, também, quanto alguns conceitos desse sistema; ao se falar do sujeito de direito, trata-se da propriedade e da noção de contratos classicamente estatuído. No plano da ciência, a apropriação conceitual é ainda uma necessidade da linguagem para mediar idéias. Sendo assim, *a ruptura pode, muitas vezes, constituir uma transformação a ser cooptada pelo próprio sistema quando da remodelação deste.* (...) para esclarecer esta idéia, pode-se tomar a hipótese atinente à valorização da boa-fé no âmbito do compromisso de compra e venda. *Quando se retira a boa-fé de um lugar escuro no fundo da platéia colocando-a sob um holofote jurídico e afirmando se, ela o elemento principal para se determinar como se conduz o espetáculo de uma dada definição jurídica, o que se está a fazer é apropriar-se do conceito e transformá-lo, oferecendo-lhe um*

racionalidade política, econômica e social ao povo brasileiro. Trouxe a alcunha de cidadã por restabelecer a esperança e a democracia em um país triste e desesperançado. A sua função foi conduzir a democracia e a fé, emolduradas em direitos e garantias de cada cidadão brasileiro.

A Emenda Constitucional n. 26,⁸⁴ fruto de acordo entre lideranças políticas da época, foi aprovada pelo Congresso Nacional, com o intuito de ofertar ao brasileiro a possibilidade de uma discussão ampla em torno da nova Carta Magna, tentando refletir valores, aspirações e costumes consagrados na história da sociedade, espelhadas em princípios e fundamentos democráticos.

Apesar das inúmeras limitações, foi a mais democrática da história das Constituições brasileiras por apresentar representatividade maior que as demais.⁸⁵ Espelha também um período de transição: gerou a restauração da democracia e da normalidade política no Brasil, porém proporcionou também a manutenção de instrumentos pouco democráticos, a vitória das oligarquias.

Quanto a este aspecto, analisa BARROSO

“O processo constituinte que resultou na nova carta política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade civil marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem política e econômica até então. Na euforia – saudável euforia- de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um amplo exercício de participação popular. Neste sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, foi este mesmo caráter democrático que fez com que o texto final expressasse uma vasta

outro lugar jurídico." (FACHIN, *op. cit.*, p. 228-229)

⁸⁴ EC 26, art. 1º. "Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º.-2-1987, na sede do Congresso Nacional".

⁸⁵ Com relação à Assembléia Nacional Constituinte sob o aspecto quantitativo e proporcional: "O colégio eleitoral representava um por cento da população na constituição de 1891; na Constituição de 1946, quinze por cento; na Constituição de 1988 o eleitorado brasileiro correspondia a mais de cinquenta por cento da população". (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição resistente*. In: **Os dez anos de Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999. p 49).

mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições pessoais etc. O produto final foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos.”⁸⁶

Dentro desta perspectiva conturbada e na disparidade dos interesses envolvidos, a Constituição enfatizou os direitos humanos e a dignidade do homem, sendo oferecidas garantias através da ampliação do leque normativo. Assim possibilitou a interpretação das normas infraconstitucionais, a partir dela própria. O avanço se verificou não só na instância da manutenção de um regime político estável, mas igualmente na possibilidade de mudanças futuras quanto à prática legislativa e judiciária. O dado mais importante ao se estudar a Constituição: o destaque da nova ordem, novos objetivos sociais a ser alcançado e encartado na realidade fática da história do Brasil, a partir de 1988.

2.2.1 HERMENÊUTICA, CONSTITUIÇÃO E DIGNIDADE HUMANA

O reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa tem duas acepções práticas de maior valia: a primeira, o valor fundamental a ser seguido em todas as ações políticas e jurídicas; a segunda, tal valor nasceu dos anseios da sociedade brasileira. Portanto, há pressupostos de legitimidade e de validade jurídica inquestionáveis.

A Constituição de 1988, em atitude pioneira, fixou princípios orientadores e condicionantes da ação de suas normas e também enunciou parâmetros de interpretação através dos princípios do Estado brasileiro. Consignou também objetivos do Estado:

⁸⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Dez anos de constituição de 1988(foi bom pra você também?)** IN Publicação da Faculdade de Direito da UERJ, <http://www2.uerj.br/%7Edireito/publicacoes/publicacoes/diversos/barroso.html> , acesso em 15/05/2003.

- a. Construção de uma sociedade justa e solidária;
- b. Garantia do desenvolvimento nacional;
- c. Erradicação da pobreza e da marginalização;
- d. Redução das desigualdades sociais e regionais;
- e. Promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, credo, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais objetivos são meramente exemplificativos, enumeramos apenas os fundamentais, que servem de base para ações positivas, ponto de partida para a efetivação da democracia econômica, social e cultural.

Assim, não está esgotada, com o acervo das normas do código civil e da legislação avulsa, a totalidade das normas aplicáveis às relações jurídico-privadas. Desta maneira, entende MOTA PINTO que “A constituição contém, na verdade, uma ‘força geradora’ de direito privado. As suas normas não são meras diretivas programáticas de caráter indicativo mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo juiz e demais órgãos estaduais.”⁸⁷

Nesta ordem de idéias, o povo brasileiro elegeu, através de seu constituinte, dentre outros princípios, o da dignidade da pessoa como eixo normativo, conferindo uma realidade tangível através de sua utilização na interpretação de todas as normas constitucionais ou não. Tal constatação confere atribuição de responsabilidade às autoridade públicas, sobretudo aos que ditam e interpretam as normas jurídicas.

O artigo 5º. § 1º, quando celebra que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*", demonstra que a aplicabilidade direta também é opção do constituinte, não meras normas de produção de outros dispositivos extra-constitucionais.

⁸⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 72.

Estes preceitos - todos os que tratam dos direitos e garantias da pessoa, que tornam exequível o princípio maior da dignidade da pessoa - têm eficácia por via própria.

Unido ao anterior, o § 2º. do art. 5º fixa que: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Deste prescrição decorrem duas ordens de idéias: primeira, a que não se trata de *numerus clausus* - os direitos e garantias fundamentais podem ser semeados de acordo com o avanço social e necessidades posteriores; a segunda que todas as normas, inclusive as decorrentes de Tratados Internacionais, têm aplicação imediata no âmbito interno.⁸⁸

2.2.2 DIREITO E CIDADANIA

Dentre as propostas colocadas supra em caráter preliminar, supõe-se que para a existência de uma nação livre e soberana é imprescindível que os habitantes dela, trabalhando e construindo quotidianamente a realidade da vida, tenham a certeza de um dia seguinte digno, onde existam condições de sobrevivência e de reconhecimento jurídico e social. Além da sobrevivência e da coexistência, existe valor intrínseco e mínimo, sem ele o homem se destitui da sua própria natureza: a cidadania.

Uma parte do valor está na cidadania, que não pode ser interpretada apenas pela ótica formal do atributo do ser nacional de um Estado. Ser cidadão é identificar-se no processo de conquista e exercício de direitos, ultrapassando a etapa de construção prévia deles e de confirmação posterior, através da efetivação de um rol de normas condizentes com sua participação. Assim, o fato de participar das decisões tomadas pelo Estado, por intermédio de

⁸⁸«O reconhecimento e tutela destes direitos fundamentais e princípios valorativos constitucionais no domínio das relações de direito privado processa-se mediante os meios de proteção próprios deste ramo do direito,v.g.

eleição de representantes, ainda que diretamente, não constitui garantia de seu exercício pleno.

A outra parte está no encontro entre os anseios das pessoas, quando colocam seus direitos em uma situação concreta - e a decisão prolatada daqueles que todos supõem como sendo os detentores de um ilibado saber jurídico. Neste momento, quando estão expostos os direitos da pessoa e sua dignidade frente a interesses de ordem econômica, está colocado numa perspectiva concreta a dimensão do princípio da dignidade e sua extensão no campo do direito privado, sobretudo no direito civil.

O Direito não pode apenas tornar oportuno os direitos, como qualquer mercadoria exposta em prateleiras à venda. O Direito, em sua lógica normativa e interpretativa, deve compreender o homem dentro da sociedade, num sistema complexo e conflitado, pois somente assim pode ser apreendido em sua totalidade social e humana, indispensável a uma ciência classificada como social e aplicada.⁸⁹

Assim, a coexistência de princípios contratuais contemporâneos, que mitigam os clássicos e na autonomia da vontade e liberdade contratual, coloca no cenário jurídico nacional duas idéias complementares: a justiça contratual, disposta na nova ordem do Direito dos Contratos, e a livre iniciativa, ambas enunciadas na Constituição Federal. Desta relação, derivam tutelas que vinculam definitivamente o Direito Civil e a Constituição em uma paisagem repleta de possibilidades.

A autonomia privada sob o aspecto de poder autorregulamentador, emanado do Estado, tem definição constitucional na livre iniciativa, pois é desenvolvida na razão

nulidade, por ser contra a ordem pública”. MOTA PINTO, *op.cit.*,p.73.

⁸⁹ “A constituição de 1988 estabelece que a República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, declara que é objetivo fundamental dessa mesma República erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais. (...) dessa forma, os seus princípios fundamentais presidem toda a interpretação e aplicação do direito infra-constitucional, de forma a conduzi-lo à equidade e justiça social.” LIRA, Ricardo Pereira. A aplicação do Direito e a lei injusta IN Publicação da Faculdade de Direito da UERJ, http://www2.uerj.br/%7Edireito/publicacoes/publicacoes/ricardo_lira/rl_2.html acesso em 15/5/2003.

constitucional como liberdade individual no exercício de interesses particulares. Esta livre iniciativa e a autonomia privada são facetas da racionalidade clássica, fundamentada na vontade como única propulsora das relações jurídicas, estabelecendo todo o sistema clássico do Direito dos Contratos, onde a justiça da relação jurídica obrigacional estão asseguradas no fato de o conteúdo corresponder às vontades dos contratantes. Nesta atmosfera, é consoante a possibilidade das partes por si só determinar os destinos dos valores num construído nas relações jurídicas formais e seguras quanto aos seus efeitos.

Uma Constituição, que mostra o princípio da iniciativa privada, indica também opção econômica, onde o interesse público liga-se ao fato de cidadãos livres e conscientes de seus deveres e direitos tenham a máxima liberdade, com a tutela Estado.

Apesar de tal interpretação ter seu lastro de verdade, existe o liame axiológico capaz de questionar tamanha certeza, que alicerça o Estado Democrático de Direito, redirecionando o itinerário das relações privadas, guardando sob cuidado máximo valores como a justiça material e a dignidade humana. São normas vinculantes, diretamente aplicáveis nas relações contratuais. Neste sentido sustenta FACHIN:

“No domínio juscivilístico não estão tão-só as regras tradicionalmente aplicáveis às relações de Direito Civil. Chamadas à colação estão as normas constitucionais e nelas encartados os princípios constitucionais, vinculantes e de caráter normativo. O acervo, entretanto, aí não acaba. Respeito aos direitos fundamentais, ao princípio da liberdade, ao direito de constituir família e de protegê-la, entre outros, são garantias desse rol. Destarte, não há liberdade contratual com ofensa à igualdade, e não se deve a aplicação, mesmo genérica, dos princípios constitucionais. Os princípios e as regras se aplicam direta e imediatamente nas relações interprivadas”.⁹⁰

É difícil conceber justiça no âmbito dos contratos, sem que esteja previamente

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Op.cit.*, p. 33 (grifo nosso)

disposta a prova material da igualdade entre os contratantes. Por conseguinte nas relações contratuais, onde não exista acordo expresso e discussão de cláusulas determinadoras do objeto, valor e forma de pagamento, não se pode discursar sobre justiça como ela estivesse fora do mundo real, imersa no contratualismo clássico, como afirma LIRA:

“É importante que assim seja, já que o Direito não é somente uma técnica de organização social, nem somente uma ciência normativa, mas é também axiologia, já que os valores fundamentais são a própria razão de ser do homem em sociedade.”⁹¹

Encarta-se nesta hipótese o distanciamento da idéia do homem ser apenas o elemento de uma relação jurídica, cuja preponderância estava em produzir e circular os bens. O homem, com sua dignidade íntegra, sua fala ouvida pelo outro contratante e pelos tribunais, torna-se o centro do Direito Civil.

2.3 O CONTRATO "CONSTITUCIONALIZADO"

A mudança na temática dos contratos é fruto da alteração na perspectiva social, onde o jurídico se desfigura como reprodutor do modelo oitocentista, passando a repensá-lo enquanto possibilidade a mais no Estado Democrático de Direito.

O contrato teve sua grande contribuição no momento histórico, quando havia a necessidade de transferência de capital e a livre circulação de bens, estando aí repousado sobre valores historicamente determinados, cujo reflexo aconteceu na principiologia das Constituições. Assim, o princípio da liberdade contratual esteve garantido sob o manto da Livre Iniciativa e da Autonomia Privada. ROPPO confirma esta estreita relação entre o papel do contrato e o modo de produção da sociedade. Diz ele:

⁹¹ LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.* p. 5.

“Uma vez que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra, pelo modelo de organização econômica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica - que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais- corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingente e historicamente mutáveis.”⁹²

O contrato trazia em si a projeção da apropriação privada - adquirir somente para si, desfrutar e gozar - com o indivíduo livre para utilizá-lo, considerado como cidadão. A forma particular de ser cidadão era ser proprietário de bens tangíveis. Movimentou-se o sistema de produção de bens, desenvolvendo a necessidade de mercado consumidor. O circuito econômico se move na direção do consumo, onde gradativamente a noção de cidadania se associa a de sujeito consumidor.

Como equilibrar uma economia inicialmente baseada na aquisição de meios de produção, produtora de mão-de-obra em grande escala, mas sem condições de consumir a produção?

Aciona-se então o processo de deslocamento dos interesses estatais para incluir cidadãos num padrão de consumo médio, jurisdicionado através da inserção de microssistemas⁹³ como forma de atender às demandas sócio-econômicas da época.⁹⁴

⁹² ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. P. 24.

⁹³ Microssistemas são leis especiais utilizadas para dar conta de um assunto específico. Nele são tratadas diversas normas dos vários ramos do Direito.

⁹⁴ Sobre a intervenção do Estado na economia, reflete TEPEDINO: "(...) O Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no sentido de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que justamente a Revolução Francesa tentava rebelar". (TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. In: **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4)

A criação de leis especiais confirmava a centralização do Código Civil no contexto jurídico, exatamente porque são como *especiais*, matérias que só excepcionalmente deveriam ocupar espaço para complementar a codificação devido a *demandas surpreendentes*.⁹⁵ Apesar de confirmatória de um estado de valores, as leis especiais proporcionaram o deslocamento do eixo interpretativo para a Constituição, exatamente para reorganizar o projeto jurídico ainda sob a ótica sistematizada. Ou seja: ainda que houvesse vários microsistemas e o Código no ordenamento civil, poder-se-ia falar em sistema, pois havia a Constituição para conferir unidade através dos seus princípios superiores, disseminados em todo o tecido normativo.

Como a Constituição passou para o vértice do ordenamento jurídico,⁹⁶ os valores, contidos nela, também passam a ser fatores estruturantes do sistema contratual. Os princípios contratuais clássicos dividem espaço com os constitucionais. Dentro dos elementos predominantes da Constituição, os que têm ligação direta com os contratos - liberdade, igualdade e livre iniciativa - repartem pontos interpretativos com as regras da Dignidade da pessoa humana e Justiça social.

As relações contratuais passaram a ter uma "*despatrimonialização*" - adquirindo caráter mais humano, pousados pela função social que não mais imagina justo o acordo apenas porque as partes estão livres: pode desigualdade em uma das pessoas que celebrou o contrato.

A função social do contrato admite interesses individuais, mas sentencia, dentro dos parâmetros sociais, a desigualdade material das partes, prevendo nas finalidades econômicas do contrato não só a efetivação do conteúdo da obrigação como também a maneira como as pessoas vão conseguir adimplir aquelas obrigações. Balizando esta afirmativa, está o contrato

⁹⁵ Neste sentido, TEPEDINO: "Assim é que se contabiliza, a partir dos anos 30, no Brasil, robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeceriam com o pretendido caráter excepcional, na imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código Civil". (*Op. cit.*, p. 5)

⁹⁶ Expressão utilizadas por vários autores como Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Francisco Amaral, Paulo

a vincular os princípios da ordem econômica onde o Estado visa "*assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social*" (art. 170). A justiça social importa "*reduzir as desigualdades sociais e regionais*" - artigo 30 e inciso VII do art. 170 - e eles entram como base cotidiana desta definição principiológica constitucional. Portanto, no ensinamento de Paulo LÔBO:

“São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação de ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor a intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial).”⁹⁷

Estas políticas públicas e privadas estão ainda pautadas nos princípios clássicos dos contratos, inviabilizando o pleno exercício de cidadania e a efetivação dos direitos narrados no artigo 170 da Constituição Federal.

Para conseguir a realização dos princípios constitucionais — essencialmente os da dignidade da pessoa humana e os descritos no artigo 170 - é fundamental refletir sobre a prática da formação do contrato e o grau de lesividade, disposta ainda nesta etapa. A lesão contratual brota da ausência de equivalência material das prestações, onde inexiste a proporcionalidade entre direitos e obrigações, existindo a iniquidade e o afastamento do princípio da dignidade, vertente inquestionável de toda o ordenamento jurídico.⁹⁸

Assim, a lesão contratual não deve ser apenas interpretada no campo da falsa percepção, erro ou dolo, pois confirmaria os padrões do contratualismo clássico, e

Lôbo entre outros.

⁹⁷ LÔBO, Paulo Netto. Constitucionalização do direito civil. **Direitos e Deveres**, Universidade Federal de Alagoas - Centro de Ciências Jurídicas, Maceió, n. 3, p. 106, jul./dez. 1998.

⁹⁸ Neste sentido reafirma Paulo LÔBO: "Talvez uma das maiores características do contrato na atualidade seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis". (*Ibidem, loc. cit.*)

examinada como espaço transformador dos pressupostos contemporâneos da *boa-fé objetiva*, *probidade*, *solidariedade contratual*, *quebra de confiança e lealdade*, além da ordem constitucional, que consigna os princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social

A interpretação contratual e a própria redação dos contratos devem estar ligadas ao marco constitucional, sob pena de infringir os ditames sociais situados na Constituição. O povo brasileiro elegeu um modo de contrato que não o colocasse subalterno aos mandamentos de empresas públicas e privadas, sem chance de estabelecer um questionamento. Um contrato desproporcional está defeituoso em sua formação, podendo provocar exploração da parte economicamente forte em detrimento da fraca. Cabe destacar, neste sentido, MARTINS-COSTA, ao sustentar que o Código Civil contemporâneo, não tem mais a estrutura fechada da codificação oitocentista, mas antes está definido pelos modelos jurídicos abertos, e complementa: “um código não- totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.”⁹⁹

Qualquer contrato civil deve estar sob os ditames constitucionais, enquadrados nos princípios contratuais estabelecidos no Código Civil - função social e probidade - e nos mandamentos da dignidade da pessoa e da justiça social . Um contrato, que não apresenta tais pressupostos no momento de sua formação, é um contrato lesionado, defeituoso, pronto para ser questionado e baseado em argumentos tanto no âmbito da codificação civil quanto no âmbito constitucional.¹⁰⁰

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais do Projeto do Código Civil Brasileiro. IN **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 139, p. 6, jul-set, 1988.

¹⁰⁰ É oportuno frisar que o distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual não visa no sentido de revogar o código civil, mas recolocá-lo e marcar sua efetividade na hipótese de estar ou não resguardando valores constitucionais. Como infere brilhantemente NALIN: “ O intérprete deve, inicialmente, indagar se o contrato celebrado resguarda tais valores existenciais, para em seguida, decidir sobre sua eficácia patrimonialista”. NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba : Juruá, 2002. p. 36.

2.4- ELEMENTOS TEÓRICOS PARA UMA RELEITURA CONSTITUCIONAL DA LESÃO.

A organização das relações contratuais e seus institutos, dentre eles a lesão, ocupa um lugar na codificação civil a partir de um parâmetro exclusivamente privado, onde os papéis de sujeitos estão vinculados a uma relação jurídica privada, com seus correlatos efeitos patrimoniais.

A importância dos valores sociais, somados a ascensão da pessoa como centro da codificação civil e a vinculação incontestável da Constituição em todas as normas infraconstitucionais apontam para uma reconsideração daquele parâmetro tradicional.

Com efeito, esta discussão atinge os círculos civilísticos pátrio de forma relevante, através de um rigoroso debate científico em torno do tema. . dentre estes doutrinadores é imperioso destacar alguns nomes que, em última análise, avalizam a proposta de reavaliação da lesão enquanto instituto de Direito Civil passível de ser observado sob a ótica constitucional.

A idéia de retorno do estudo do Direito Civil à sua raiz antropocêntrica, através da “repersonalização” dos seus institutos advém de uma profunda reflexão do Prof. ORLANDO DE CARVALHO que entende ser este o caminho único do “civilismo”, indagando o próprio conceito de relação jurídica ser visto pelas lentes da pessoa, desfazendo a prática de colocar-se a pessoa como um simples elemento da relação jurídica. Ensina o mestre:

“É esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz o direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.(...) nota-se apenas que, dentro do mundo do Direito , o direito civil constitui aquele círculo em que é menos fungível o indivíduo como tal. Restaurar a primazia da pessoa é assim dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil.¹⁰¹

Seguindo a premissa básica que o Direito Civil deve estar a serviço da pessoa, infere-se a idéia que, também nos negócios de cunho patrimonial, deve-se ter este olhar. Eis um desafio aos civilistas brasileiros ao tentarem redefinir a dimensão do direito civil, do ter para o ser. Tal desafio consiste, para LOBO:

¹⁰¹ CARVALHO, Orlando. A teoria Geral da Relação Jurídica – seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981. P. 92. Grifo nosso.

“(…) na capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais do que apenas titulares de bens. A restauração da primazia de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.”¹⁰²

Segue nesta mesma perspectiva MATTIETTO, tocando no privilégio do Direito Civil contemporâneo em abarcar a interpretação axiológica, e não somente a lógica. Diz ele:

“a perspectiva que privilegia as situações subjetivas existenciais do ser humano preconizada pelo direito civil constitucional, revela-se, logo, ainda mais interessante na medida em que, decorrendo da cláusula geral de tutela da personalidade humana, prevista na Constituição, coloca-se em nível superior no ordenamento vocacionada a proteger a pessoa, qualquer que seja sua participação em uma relação contratual.”¹⁰³

PIETRO PERLINGIERI reflete sobre o problema da interpretação axiológica do Direito Civil, quando todas as relações jurídicas civis passam a ser vistas sob a perspectiva existencial. A pessoa – centro deste ramo do Direito - apresenta-se em determinados momentos sob situações existenciais complexas e históricas, sendo portanto injustificável a leitura estrutural do Direito Civil. Ao contrário, este deve ser visitado para estudar situações tópicas, segundo as regras de interpretação do Direito Civil e Direito Constitucional. Para o autor, a norma constitucional é razão primária e justificadora da relevância jurídica das relações sociais, determinando, no limite, verdadeiras normas de comportamento a serem utilizados sobre situações subjetivas concretas. Explica o autor:

“O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a estrutura qualificadora.(..) a solução de cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro

¹⁰² LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa.**, Brasília, ano 36, nº 141, p. 99-109, jan-mar/1999.

¹⁰³ MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a nova teoria dos contratos. IN **Problemas de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2001. P. 181.

ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.”¹⁰⁴

Nesta ordem de raciocínio, a revista ao instituto da lesão não está adstrita à visão puramente privada. Em outras palavras, apesar da lesão não configurar explicitamente na Constituição, a leitura do contrato sob a luz dos princípios da justiça social e da dignidade humana é capaz de funcionalizar o instituto, a fim de se equacionar a lesão em um caráter também de ordem pública.

MARIA CELINA BODIN DE MORAES fundamenta a superação da lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa, ou seja, aqueles valores não patrimoniais a qual deve estar submetida a livre iniciativa econômica. Congruente com a certeza de que a dicotomia público/privado não é possível de dar conta de todas as situações contratuais, afirma a autora:

“ (...) a separação do direito em público e privado, nos termos que era posta pela doutrina tradicional há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde a lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.”¹⁰⁵

GUSTAVO TEPEDINO, em suas bem cuidadas obras, procura orientar legisladores e intérpretes no sentido de utilizar-se das cláusulas gerais como técnica de interpretação a fim de que o Direito Civil possa dar conta das inúmeras necessidades humanas, ensina o renomado civilista:

“Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar passo a passo dos acontecimentos e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

¹⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. IN **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 65. Jul/Set, 1993. p. 28.

¹⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. IN **Problemas de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 10.

FACHIN propõe no plano do ensino jurídico um conteúdo técnico, galgado no pressuposto de uma releitura crítica dos estatutos fundamentais do referido ramo do direito através da verificação de como o sistema jurídico de Direito Civil clássico dá conta do que o autor chama de “pilares do fundamentais do Direito Civil”. Ensina ele:

“ A crise do sistema clássico do Direito Civil suscita , antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre Direito e Sociedade, e ao princípio de dinamismo que impinge ao Direito seu eterno diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço. Também se distancia da análise dos conceitos frente à concretude dos fatos que a eles se apresentam.”¹⁰⁷

O estudo da lesão, dentro desta visão crítica, pressupõe que o contrato contemporâneo não mais está adstrito a um círculo restrito de pessoas – as partes contratantes – Ele se esvai na dinâmica das relações sociais, tomando também espaço público. A lesão não está somente na órbita dos vícios do consentimento, na medida em que ela retoma o panorama do equilíbrio dos contratos construído na historicidade das relações sociais, onde não só a vontade está presente mas também as relações de poder econômico-social. A lesão é funcionalizada a fim de que ela dê conta dos desequilíbrios mostrados nos contratos mais utilizados pelas pessoas cotidianamente. Neste sentido, ensina o ilustre mestre baiano, ORLANDO GOMES:

“No contrato contemporâneo, a lei embora ainda se preocupe nos mesmos termos com a formação do contrato tradicional, se interessa mais pela regulação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam iníquas ou vexatórias para uma das partes. Sua preocupação é controlar o comportamento daqueles que ditam as regras do contrato, a fim de que não se aproveitem de sua posição para incluir cláusulas contratuais desleais mais do que tornar anulável o negócio jurídico celebrado com vício do consentimento, vício que nos contratos de massa não tem a menor relevância”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Op.cit.* p. 22.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. Inovações na teoria geral do contrato. IN **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 94.

TÍTULO 3 – HERMENÊUTICA: A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS E OS NOVOS DESAFIOS

A forma de interpretação dos contratos civis está passando, no intervalo deste processo de encontro com a contemporaneidade, por uma concepção mais objetiva, onde o lado racional e a adequação a realidade dos fatos adquire dimensão axiológica, ganhando contornos e novas molduras a partir das demandas sobre as quais são chamadas a refletir.¹⁰⁹ Esta nova racionalidade é identificada como *interpretação evolutiva*, que, segundo BARROSO, consiste em "atribuir-se novos conteúdos à norma constitucional, sem modificá-lhe o teor literal em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes".¹¹⁰ Conceitos abertos como função social e redução das desigualdades estão coligados ao seu tempo de aplicação, assumindo significados ímpares em cada demanda concreta.

No caso brasileiro, uma explicação deste alcance poderia oferecer alternativas na resolução de problemas quando na interpretação de casos de choque de princípios aplicados em caso concreto. Quando ocorre, de forma geral, o intérprete se depara com um obstáculo - e sua opção necessariamente definirá uma visão de mundo acerca da situação, ainda que ela se mostre organizada em um discurso normativo, consolidado em métodos interpretativos clássicos.¹¹¹

Como forma de iniciar o caminho da interpretação há de se utilizar os princípios constitucionais, já que espelham os desejos da nação e constituem marco ideológico sobre o

¹⁰⁹ BARROSO, citando Miguel Reale lembra que "as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais". (BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 143).

¹¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *Op.cit.*, p. 144.

¹¹¹ São métodos clássicos de interpretação: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

qual partem todas as premissas de resolução do sistema normativo, aumentando e legitimando todas as possibilidades de ilação no problema apresentado.¹¹²

Segundo sistematização de BARROSO:

"princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado. (...) constituem, como afirmam Canotilho e Vital Moreira 'síntese ou matiz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas!'" .

Na Constituição Brasileira, os princípios fundamentais estão dispostos no artigo 1º, que narra no seu inciso III a dignidade da pessoa humana e no seu inciso IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, criando aparente contradição de valores. Neste sentido, o mesmo autor destaca o papel prático dos princípios, cabendo-lhes embasar decisões políticas fundamentais, ficando alicerces e "traçando as linhas mestras das instituições." E continua: "e, por fim, na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes."¹¹³

Judiciário deve pautar-se antes de qualquer legislação infraconstitucional, nos princípios fundamentais, equilibrando e julgando as questões sob o conjunto dos princípios básicos. Assim também está encartada toda a dinâmica contratual, inclusive quando ocorrer a desproporção na formação do contrato. A aplicação da interpretação e revisão contratual está diretamente vinculada ao texto constitucional, alcançando maior possibilidade de alcance da justiça social e contratual.

¹¹² Neste sentido mostra Maria Celina Bodin de MORAIS: "Aos que criticam esta visão, advertindo que a constitucionalização de todos os setores das disciplinas jurídicas geraria a 'interinterpretação' do documento constitucional deve-se contrapor que a unidade do ordenamento jurídico consiste exatamente em utilizar todo o potencial do sistema jurídico em um renovado positivismo, que não se exaure na pura e simples obediência à letra da lei, mas que, acatando substancialmente as escolhas políticas do legislador constituinte, estende os valores constitucionais a toda a legislação". (**Revista de Direito Civil**, a. 17, n. 65, p. 20-32, jul./set. 1993)

¹¹³ BARROSO, *op. cit.*, p. 152 (grifo nosso)

3.1 NORMA E PRINCÍPIO

A controvérsia entre norma e princípio, apesar de estar afastada das discussões centrais do Direito Constitucional, constitui argumento aos que não admitem a interpretação principiológica constitucional no ordenamento. Segundo eles, as normas podem ser divididas na classe de regras e princípios, estando a distinção no grau de generalidade aplicável. Nesta ordem de idéias, os princípios são normas de grau de generalidade relativamente alto e regras com grau baixo.

Assim, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes, podendo ser cumprida em diferentes graus. Toda norma é ou não um princípio ou uma regra, variando conforme critérios qualitativos.¹¹⁴

BARROSO adverte que a dogmática moderna está direcionada no entendimento que as normas constitucionais são enquadradas em duas categorias diversas: *normas-princípio* e as *normas-disposição*. Enuncia o autor:

"As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema".¹¹⁵

¹¹⁴ Sobre este assunto, MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 152, p. 279 e ss., out./dez. 2001.

¹¹⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 147.

O lugar de destaque se registra porque os princípios são propostas valorativas do sistema, havendo entre eles intrínseca relação: eles têm a possibilidade de mandato - do dever-ser- e os valores fazem parte de espaço axiológico - do âmbito do bom.¹¹⁶

Para BONAVIDES existe nova teoria axiológica ou teoria dos valores, que produzem mudança de sentido na consideração conceitual de certas noções básicas, como de direito fundamental, Constituição, hermenêutica, liberdade, separação de poderes e proporcionalidade. Algumas das noções compõem as bases do novo Direito Constitucional, vazado em fundamentação mais sólida, proporcionada pela teoria material da Constituição, obra do pós - positivismo e da rejeição ao modelo tradicional formalismo positivista.¹¹⁷

Nesta direção está consolidando-se entre os *juscivilistas* a realidade de que as normas de Direito Civil devem ser interpretadas como reflexo, necessariamente vinculadas ao complexo normativo constitucional. Neste sentido ensina Maria Celina MORAIS:

“Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.”

E continua,

“A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo ou da mera argumentação da lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma

¹¹⁶ Neste sentido MOOR: "conceitos deontológicos são o mandato, proibição, permissão e direito a algo, já os conceitos axiológicos são utilizados quando é catalogado como belo, seguro, democrático e social". (*Op. cit.*, p. 282)

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto.”¹¹⁸

Esta forma de interpretar o direito civil, além de oferecer legitimidade na aplicação da norma, proporciona outra perspectiva de superação dos institutos tradicionais do Direito Civil.

Diante das sucessivas crises passadas pelo Brasil nos seus diversos modelos econômicos, a inexecução dos contratos transformou-se em matéria de preocupação e constante presença nos tribunais por força dos infortúnios que o inadimplemento pode vir a ocasionar à economia do país, tanto interna quanto externamente. A política econômica surge, no âmbito das decisões jurisprudenciais, diversas tendências no sentido de coibir abusos e garantir a circulação de riquezas, a livre iniciativa e os direitos do cidadão garantidos na Constituição.

Frente à realidade, o Código Civil perde destaque como centro do sistema, ganhando novos contornos graças a interposição de leis especiais, reguladoras de setores ao Estado brasileiro. As leis especiais dispõem, em alguns momentos, de uma linguagem técnica e definidora não somente de uma necessidade dos cidadãos, mas os objetivos que o Estado pretende atingir politicamente em determinadas áreas, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nele, apresenta preocupação de manutenção dos direitos fundamentais de uma parcela de brasileiros, define qual cidadão deseja formar, estabelecendo parâmetros em diversos níveis - política de saúde, educação, entre outras - extrajudiciários.

Diante da realidade legislativa, os pontos de referência do intérprete se mostram pouco precisos, fabricando graves dificuldades para o judiciário: os interesses nem sempre são de ordem jurídica, mas social e econômica. Assim as lógicas setoriais apresentam-se

¹¹⁸ MORAIS, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional In **Revista de Direito Civil** . Rio de Janeiro, n.65, ano7, jul-set/93, p. 29 –35.

contraditórias e os valores constitucionais devem estar claros, no sentido de ajudar a dirimir dúvidas e reavaliar situações lesivas de parte a parte nas relações contratuais.

CONCLUSÃO

No transcurso proposto, denotou-se que, fundada originalmente na resolução romana de justo preço posteriormente modificada pelo medievo por imposição da Igreja, a lesão atinge a modernidade como instituto fora de época, pois nada que pudesse vir mitigar a liberdade absoluta de contratar poderia ser verdadeiramente recepcionada. A lesão, nos moldes romanos e medievais, iria inviabilizar a premissa do mercado livre enquanto organizador das atividades negociais, porque poderia questionar a relação jurídica criada pelas vontades livre e soberanas.

O Direito das Obrigações vem regular as bases de sua relação jurídica: nela, o que se espera dos sujeitos, é um comportamento equilibrado. A tentativa de comutatividade constrói a noção de justiça na perspectiva clássica dos contratos. O que se aprisiona dentro da relação jurídica obrigacional é apenas um instante, um papel, dentro da vida das pessoas. No pequeno instante da criação do vínculo obrigacional, os indivíduos ocupam uma posição determinada na complexidade das relações sociais, e suas posturas podem vir a influenciar a formação do vínculo. Na gênese do contrato, estão imiscuídos vários aspectos vivenciais, principalmente o desequilíbrio econômico entre as partes, direcionando o modo e as bases do contrato a ser firmado.

No entanto, os efeitos produzidos pela relação obrigacional vão perdurar, não importando o possível desequilíbrio apresentado na disposição de ambos no momento de formação do contrato. Para o Direito das Obrigações, o importante é a vontade expressa pelos sujeitos e não as condições de vida onde eles realmente se encontram. Eles são obrigados a

apresentarem determinado comportamento final, não interessando como e nem quais percalços encontrarão para executá-lo.

Diante disso, a desproporção econômico-social apresentada fora da relação jurídica obrigacional, quando existe diminuição dos poderes de barganha e de regulação dos contratos, originados dos fenômenos coletivos, estão fora do alcance da lesão.¹¹⁹

A desproporção gerada por fatos não relevados pelo Direito dos Contratos e das Obrigações conduz aos que estão na situação de explorados diante das circunstâncias negociais a que foram compelidos, a se tornarem pessoas desconsideradas pelo Direito Civil, considerando-se apenas a perspectiva clássica e formal.

Por opção do Estado, a lei civil considera passível de redução o lucro exorbitante, seja pela complementação da prestação, seja pela redução do proveito,¹²⁰ porém mantém o acordo arquitetado na exploração, no comportamento deplorável de uma pessoa frente a outra. De outra maneira: o Direito reforça a manutenção de vantagem no acordo desde que a vontade esteja hígida, causando assim situações inimagináveis, onde pessoas são situadas no mesmo grau de importância dos produtos econômicos, e a liberdade fica prejudicada em detrimento ao adimplemento do crédito.

Para se romper com o estado de *coisificação* do homem, o Direito não pode coadunar com desequilíbrios contratuais: as decisões devem partir dos casos concretos do dia a dia dos tribunais. Elas podem interferir com a subjetividade de quem decide investindo contra a realidade da situação concreta dos contratantes perante a lei, construindo possibilidades, recuperando meios de sustentação dentro do próprio sistema jurídico. Tal atitude pode ser um

¹¹⁹ Está posto aqui referência a lesão colocada no Código Civil discutida na doutrina, não se referindo aos fundamentos da lesão posta no CDC, que por se uma lei especial, se inferem outros parâmetros de conceituação.

¹²⁰ Art. 157 § 2º do Código Civil de 2002:

caminho para enfrentar os problemas que o Direito Civil contemporâneo atravessa, apreendendo-se um papel criativo e propício às verdadeiras transformações.

A vida social, em resumo, não está afastada das opções de uma constelação de agentes, que permitem a construção ou desconstrução de efeitos no âmbito dos contratos, incluindo aí o conceito de lesão. Em um horizonte mais aberto, a dignidade da pessoa deve estar presente em todas as decisões e a segurança jurídica não precisa ser oferecida para garantir apenas o patrimônio de um dos contratantes.

A massificação dos contratos de alguma forma fragmentou a organização principiológica anterior, revelando-a insuficiente frente às significativas transformações do mundo do comércio e da industrialização.

Em 1988, a Constituição Federal foi atribuída a função de reorganizar, de modo geral, a ordem jurídica, como se fosse uma argamassa rejuntando as variadas transformações sociais sobretudo com relação ao Direito Civil, gerando conseqüências também para o Direito dos Contratos.

Hoje o Código Civil 2002 é uma realidade que traz a lesão enquanto instituto indicado a legislar relações civis ditas paritárias, ou seja, aquelas onde existe a presunção de igualdade entre os sujeitos de direito. Assim, se a situação apresentada em um contrato for efetivamente igualitária, onde as partes contratantes detêm os mesmos padrões sociais, podem ter o mesmo entendimento acerca das cláusulas contratuais, têm condição de discutir o conteúdo do contrato e estão em igualdade econômica, poder-se-ia aplicar o dispositivo do artigo 157 e parágrafos.

No entanto, naquelas situações onde as pessoas não apresentam os mesmos padrões sociais, onde não podem escolher livremente o conteúdo do contrato pelo fato de não estarem em igualdade material, determinada sobretudo pela desigualdade econômica, poder-se-ia aplicar o instituto da lesão através de um viés público, fundamentado no artigo 1º da

Constituição Federal e o *caput* do artigo 170 , podendo o aplicador do Direito desconstituir o contrato através de um fundamento público constitucional da dignidade humana.

Em conclusão, o Direito dos Contratos pode ser conduzido à fronteira da proteção jurídica constitucional, especialmente guardando àqueles que necessitam serem ouvidos pelo sistema jurídico: os desassistidos, os economicamente excluídos, os milhões que aguardam o acesso à justiça, à moradia, à educação por conta de um situação que não foi escolhida por eles.

A ampliação conferida pelo princípio constitucional da dignidade humana aplicado ao instituto civil da lesão , tem o condão de oferecer a todos uma chance não só de assinarem um acordo sem exploração ou ameaça, mas também de verem afastados os contratantes que abusam da boa-fé, os ímprobos no exercício do direito de contratar. Isso tornaria muitos brasileiros, pelo menos na seara dos contratos civis, cidadãos visíveis aos olhos do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1 AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- 2 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos típicos e atípicos: curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2002.
- 3 BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- 4 _____ . Dez anos de constituição de 1988 (foi bom pra você também?) **Revista jurídica acadêmica on line da Faculdade de Direito da UERJ**. <http://www2.uerj.br/%7Edireito/publicacoes/publicacoes/diversos/barroso.html> , acesso em 15/5/2003.
- 5 BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- 6 BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- 7 _____. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- 8 BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- 9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- 10 CARVALHO, Orlando. **A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites**. Coimbra: Centelha, 1981.
- 11 COSTA, Almeida e MELO, Sampaio. **Dicionário da língua portuguesa**. Portugal: Porto, 7ª ed., 1965.

- 12 DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição resistente. In: **Os dez anos de Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999. p 49.
- 13 **Dicionário Michaelis eletrônico**.
- 14 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- 15 DUBY, Georges [org.]. **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v. 2: da Europa Feudal à Renascença.
- 16 ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. v.1.
- 17 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 18 FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.
- 19 FRANÇA, Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- 20 _____. (coord). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- 21 GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1980.
- 22 _____. Inovações na teoria geral dos contratos. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- 23 _____. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- 24 HUBBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Rio de Janeiro, Guanabara

Koogan, 1986

- 25 GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 26 LIRA, Ricardo Pereira. A aplicação do Direito e a lei injusta. **Revista jurídica acadêmica on line da Faculdade de Direito da UERJ**. http://www2.uerj.br/%7Edireito/publicacoes/publicacoes/ricardo_lira/rl_2.html , acesso em 15/5/2003.
- 27 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Direitos e Deveres**, Universidade Federal de Alagoas - Centro de Ciências Jurídicas, Maceió, n. 3, p. 106, jul./dez. 1998.
- 28 _____ . Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n.141. p. 99-109, jan/mar/1999.
- 29 MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais do Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 139, p. 6, jul-set, 1998.
- 30 MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão contratual no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 31 MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. **Problemas de direito civil constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 32 MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 33 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São

Paulo: Saraiva, 1967.

- 34 MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 152, p. 275-289., out./dez. 2001.
- 35 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**, Coimbra: Coimbra, 1991.
- 36 MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Revista de Direito Civil**, a. 17, n. 65, p. 20-32, jul./set. 1993.
- 37 NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2001.
- 38 NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**). São Paulo: Saraiva, 1994.
- 39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- 40 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- 41 RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis** . São Paulo: Saraiva, 1937.
- 42 RIZZARDO, Arnaldo. **Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- 43 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.
- 44 SÁ, Andréa Alves de. Limites e possibilidades do sujeito de direito: comparação entre a teoria e a prática. **Estudos jurídicos**, Curitiba, v. IV, nº1, ago, 1997.
- 45 SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público**

da vida social e histórica. São Paulo: EDUSP, 1993.

- 46 SCHWAB, Dieter. Liberdade contratual e formação dos contratos "ex vi legis". **AJURIS**, Porto Alegre, v. 39, p. 17, mar. 1987.
- 47 STOLZE, P; PAMPLONA FILHO. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1: parte geral.
- 48 TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. In: **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 49 _____ . Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 202 e ss., 1994.
- 50 WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: RT, 1992.
- 51 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Coimbra: Almedina, 1993.

Ficha Catalográfica: Biblioteca Central Julieta Carteado

Sá, Andréa Alves de
S111 Lesão e Direito Civil: revisão crítica à luz de uma
hermenêutica
contemporânea / Andréa Alves de Sá. - Recife: [s. n.],
2002.

94 p.

Orientação de Prof. Dr. Nelson Saldanha.

Dissertação (Mestrado em Direito Privado) –
Universidade Federal
de Pernambuco.