

Paulo Rogério Bonini

LESÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

Dissertação apresentada à Comissão Avaliadora como requisito parcial para a aquisição do grau de Mestre em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, na área Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Helena Diniz.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
São Paulo
2005

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho a todas as pessoas que participaram de minha vida, especialmente à minha esposa Talitha, pela paciência, pelo amor dedicado e pela eterna alegria de compartilhar o caminho sempre longo. A meus pais, Ana e Luiz, pedras fundamentais de minha formação, exemplos de esforço, simplicidade e honestidade. A DEUS, causa primeira, sem o qual nada teria sentido.

Agradeço a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para esta empreitada. Agradeço especialmente aos mestres dos bancos escolares, desde a pré-escola até a pós-graduação, que nunca se fartam de construir sonhos alheios. Aos professores Ilda Helena Duarte Rodrigues, Wilson Lavorenti, André Luís Adoni, Dimitri Dimoulis, José Luís Gavião de Almeida dentre muitos outros, responsáveis pela inquietação necessária ao trabalho científico.

Ao Centro Universitário Salesiano de São Paulo, unidade de Americana, por ter confiado a formação de bons cristãos e honestos cidadãos às mãos de um professor iniciante na carreira acadêmica.

A toda a equipe da Duarte Rodrigues Advogados Associados, pela compreensão e auxílio nas eternas ausências à luta forense cotidiana, bem como à busca de material bibliográfico para a escrita.

À Professora Doutora Maria Helena Diniz, exemplo de dedicação à Ciência do Direito, simplesmente por permitir a nós, seus alunos, convívio edificante e conhecimento único.

RESUMO

O instituto jurídico da lesão sempre buscou evitar que uma das partes da relação negocial obtivesse um ganho desproporcional em relação, aproveitando-se da necessidade da outra parte. O equilíbrio das prestações atende interesses coletivos, como decorrência da observação do princípio da boa-fé e da função social do contrato. A necessidade de contratar e a inexperiência negocial retiram a plena consciência da vontade, enquadrando a lesão como um vício do consentimento. A anulação do negócio lesivo não é seu fim primordial, devendo-se buscar a sua conservação com as correções necessárias. Há variação dos efeitos da lesão no negócio, ora gerando a nulidade absoluta, ora gerando a nulidade relativa, ora constituindo-se como causa de resolução do negócio.

Palavras-chave: Negócio jurídico; lesão; anulabilidade; contrato; defeitos do negócio jurídico.

ABSTRACT

The juridic institut of injury has always avoided that one of the parties of the busyness relationship have a not proportional gain, takes advantage of the other. The balance among obligations reaches collective goals, resulting of observation of the good will and social function of contracts. The needs of hiring and lack of business knowledge take away willness' conscience, considering the lesion like a bad conscience. The cancellation of the business isn't its general purpose, trying to make its conservation with the necessary corrections. There is variability of the effects of injury busyness, sometimes causing absolute nullity, sometimes causing relative nullity, sometimes causing the rescission of the busyness.

Keywords: Busyness; injury; relative nullity; contract; busyness default.

SUMÁRIO

1. DELINEAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A VONTADE E OS ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS	01
2. NEGÓCIO JURÍDICO: CONCEITO ATUAL E SUA CONSTRUÇÃO	04
2.1. Fato, ato e negócio jurídico: diferenciação conceitual	04
2.2. Negócio jurídico	10
2.3. Liberdade negocial e manifestação de vontade com efeitos jurídicos	13
2.3.1. A liberdade negocial como paradigma relativo	13
2.3.2. A manifestação de vontade segundo a teoria da vontade e a da declaração	17
2.4. Principiologia do negócio jurídico moderno	28
2.4.1. Autonomia da vontade privada e conteúdo negocial	28
2.4.2. Boa-fé objetiva e negócio jurídico	39
2.4.3. Relativização da força obrigatória do contrato	41
2.4.4. Função social do contrato	47
2.5. Plano de existência, validade e eficácia do negócio	50
3. LESÃO	65
3.1. Histórico e delimitação conceitual	65
3.2. Conceito jurídico e categorias de lesão	77
3.3. Natureza jurídica e elementos constitutivos	81
3.3.1. Natureza jurídica da lesão	81
3.3.2. Incidência da lesão	89
3.3.3. Dos elementos constitutivos da lesão	96
3.3.3.1. O elemento objetivo da lesão	97
3.3.3.2. Os elementos subjetivos da lesão	104
3.3.3.2.1. Necessidade de contratar	106
3.3.3.2.2. Inexperiência contratual	107
3.3.3.2.3. Leviandade	108
3.3.3.2.4. Dolo de aproveitamento	109
4. MODALIDADES DE LESÃO NO DIREITO BRASILEIRO	115
4.1. A lesão no direito brasileiro – histórico	115
4.2. Lesão usurária	119
4.3. Lesão no Código de Defesa do Consumidor	123
4.4. Lesão civil ou especial	126
4.5. Efeitos da lesão civil ou especial no direito brasileiro	132

4.6. Lesão e institutos afins	134
4.6.1. Lesão e erro	134
4.6.2. Distinção entre lesão e teoria da imprevisão	136
4.6.3. Lesão e estado de perigo: elementos distintivos	137
5. LESÃO NO DIREITO COMPARADO	139
5.1. Lesão no direito alemão	139
5.2. Direito francês e o instituto da lesão	145
5.3. Lesão na legislação italiana	157
5.4. O instituto da lesão no direito português	170
5.5. A lesão na Argentina	174
5.6. Análise comparativa do instituto no sistema brasileiro e sistemas analisados	178
5.6.1. Semelhanças	178
5.6.2. Diferenças	179
Conclusões	185
Bibliografia	187

PREFÁCIO

A vontade humana sempre foi objeto de viva discussão entre os estudiosos do direito. Mostra-se, ao mesmo tempo, objeto e destinatária da proteção empenhada pelo ordenamento jurídico, já que aquela nos diferencia em relação aos outros seres da criação e nos impõem, de forma impiedosa, a responsabilidade sobre as conseqüências de nossos atos.

Orientar, regular e proteger tal atributo da própria personalidade humana é e sempre foi objeto do direito, notadamente com a regulamentação dos efeitos jurídicos e limites da manifestação da vontade como instrumento de criação de relações jurídicas. A busca de tal heterolimitação, resultante da própria falta de limites no agir humano, sintetiza-se em preceitos legais.

Mais ainda, consolidou-se nos países de tradição ocidental a codificação dos princípios essenciais à formação da vontade juridicamente válida, geralmente através de “partes gerais” dos Códigos Civis, que se instrumentalizam para regulamentar os limites e efeitos da manifestação de vontade.

Tal vontade, se vivamente cantada de forma absoluta pelos ideais liberais, encontrou limites em decorrência do conflito da busca da satisfação de interesses exclusivamente individuais com os interesses sociais, coletivos e da outra parte, considerada agora como parceira e também interessada nos resultados esperados pelo negócio. Assim a idéia da boa-fé objetiva como norma de comportamento, esperando que cada um se comporte não só de maneira que lhe interesse, mas que traga,

efetivamente, um efeito jurídico-econômico ou moral de interesse de ambas as partes. Enfim, não se sustenta mais um ordenamento com base na simples proteção de interesses jurídicos, mas sim com base na proteção de relações jurídicas equilibradas.

Este equilíbrio é justamente o objeto que se busca proteger, no sentido material, com a previsão do instituto da lesão, novamente trazida à tona por uma lei geral de aplicabilidade ampla, como o Código Civil brasileiro de 2002.

Nossa análise não parte de uma perspectiva prática, e percebe-se tal perspectiva pela ausência do conflito de decisões jurisprudenciais ou posicionamentos reais entabulados pelos órgãos julgadores ante o instituto. Parte, ao contrário, de uma análise histórica, teórica e, principalmente, comparativa com outros ordenamentos jurídicos que, se nunca deixaram de aplicar o instituto, lhe dá feições diferentes, com pressupostos e efeitos amplamente divergentes.

Assim, alertando nosso leitor da ausência de grandes citações jurisprudenciais atualizadíssimas, que caberiam em outra modalidade de obra, apresentamos, no texto, os aspectos que achamos relevantes para a configuração, apreciação e aplicação efetiva e correta deste novo velho instrumento de proteção à liberdade de contratar de forma socialmente relevante e que garante justiça comutativa às relações contratuais.

São Paulo, 25 de agosto de 2005

Paulo Rogério Bonini

1. DELINEAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A VONTADE E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A vida em sociedade sempre demandou a formação e regulamentação de relações intersubjetivas, seja para a própria manutenção do que se pode chamar de sociedade organizada, seja para permitir a consecução de objetivos econômicos determinados pelo estilo de vida adotado por cada grupo social em determinado período histórico.

Tais relações intersubjetivas, considerando a idéia de sociedade organizada e capaz de regulamentar suas relações internas, determinam o próprio conteúdo da vida social, em suas mais variadas situações. Assim, desde a formação da família, até mesmo a regulamentação da destinação patrimonial após a morte, passando pelas milhares de situações em que o homem interage e vincula-se a outros seres humanos na busca de objetivos em comum, quais sejam: a satisfação de interesses individuais e a regulamentação das formas de obtenção de tais interesses.

Neste sentido, mesmo sem uma análise histórica da formação da sociedade organizada e de um ordenamento jurídico que venha a regular as relações decorrentes daquela formação, partimos do pressuposto de que para que haja uma sociedade organizada, necessária a formação de uma estrutura positiva de controle e direcionamento dos comportamentos humanos. Sem a possibilidade imediata de uma sociedade autolimitada em seu sentido absoluto, tem-se a constante necessidade da heterolimitação, com o controle não só do comportamento de cada um em relação ao outro

individualmente considerado, mas principalmente como forma de regulamentação do comportamento em relação ao grupo social.

Assim, a formação de um ordenamento jurídico para a proteção da própria existência da sociedade como tal, bem como a regulamentação das relações sociais estabelecidas entre os seus membros justifica-se, bem como a decorrente necessidade da conceituação de determinados comportamentos dentro de algum dos modais deônticos aplicáveis às normas jurídicas positivas. Ou permite-se um comportamento, verificando não só a ausência de lesividade de tal comportamento ao grupo social e à parte contrária na relação jurídica, mas principalmente um interesse na consecução de tal comportamento para o desenvolvimento social; ou proíbe-se um determinado comportamento social, por se verificar a existência de uma absoluta contradição entre aquele agir ou omitir aos desígnios pretendidos pelo próprio ordenamento, observando-se um valor negativo a tal comportamento; ou obriga-se determinado comportamento, por se verificar a necessidade da adoção de certos comportamentos, seja para evitar um resultado lesivo, seja para garantir um resultado positivo de determinada situação. Estes, em nossa opinião e numa perspectiva superficial, resultam do próprio conteúdo moral das regras jurídicas, indissociáveis em sua natureza. *“Não existe na realidade, entre a regra moral e a regra jurídica, nenhuma diferença de domínio, de natureza e de fim; não pode mesmo haver, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia do justo é uma idéia moral. Mas há uma diferença de caráter.”*¹

¹ Georges Ripert, *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª edição, tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira, Campinas: Bookseller, 2002, p. 27.

Em decorrência de tais modais possíveis, percebe-se a necessidade da manifestação do ordenamento jurídico no que diz respeito a principal forma de criação voluntária de tais relações jurídicas, caracterizada pela manifestação vontade. Tal regulamentação mostra-se impossível quando se fala na manifestação da vontade humana em si. Ou seja, é tecnicamente impossível se regulamentar a vontade dos seres humanos, já que esta, decorrência direta da própria condição racional do ser humano, é impossível de ser prevista, limitada ou proibida de forma absoluta, cabendo ao ordenamento autar somente sobre as conseqüências da vontade manifestada. Regulamenta-se, isto sim, os efeitos de tal manifestação de vontade, numa estrutura possível e verificável na própria regulamentação dos fatos jurídicos em sentido estrito.²

Se a manifestação de vontade vincula-se ao próprio exercício de direitos como faculdade, tem-se que a absoluta ausência de limites pode ocasionar um resultado ilícito em decorrência de tal exercício.³ Há, portanto, necessidade de regulamentação e limitação do alcance normativo da vontade em todos os seus aspectos, não se admitindo a absoluta liberdade individual na realização de interesses jurídicos.

² Isto porque, havendo a impossibilidade de se regulamentar a ocorrência de fatos naturais, regulamenta o ordenamento jurídico os seus efeitos, como na regulamentação da sucessão *causa mortis*, onde não se regulamenta, de forma absoluta, o evento morte, mas os seus efeitos sociais e jurídicos.

³ Georges Ripert, *A regra*, cit. p. 24, afirma que “*se deve controlar a ação do credor provinda do contrato e ligando a si o devedor; que o juiz deve apreciar com que sentido e com que fim age aquele que pretende exercer um direito, e, se essa ação não é lícita, recusar-lhe o seu concurso.*”

2. NEGÓCIO JURÍDICO: CONCEITO ATUAL E SUA CONSTRUÇÃO

2.1. Fato, ato e negócio jurídico: diferenciação conceitual

Para que um sujeito adquira a titularidade de uma relação jurídica, ou seja, para que passe a ser titular de um direito subjetivo, adquirindo a capacidade de exigir seu cumprimento, deve manifestar sua intenção cumprindo requisitos determinados pelo ordenamento jurídico. Adquire-se o direito à personalidade pelo nascimento, o direito à propriedade imóvel através da transcrição do título no registro de imóveis, o direito de indenização pela ocorrência de dano, o direito a sucessão legítima com o parentesco e a morte. Enfim, existem situações que, uma vez ocorridas, ganham a denominação de atos e fatos jurídicos em geral, predeterminados pela legislação, que podem ser chamados de jurígenos, já que criam o direito subjetivo a uma pessoa.

Dentre uma diversidade sem número de conceitos doutrinários, podemos afirmar que os “*acontecimentos, de que decorrem o nascimento, a subsistência e a perda dos direitos, contemplados em lei, denominam-se fatos jurídicos (lato sensu).*”⁴ Tal denominação é ampla, já que abarca todas as espécies de acontecimentos que podem provocar uma alteração no mundo jurídico. Em função disto, não só a legislação, mas também a doutrina classifica os fatos jurídicos em sentido amplo em

⁴ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 1: *parte geral*, 37ª ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 174. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 18ª ed., atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237, cita: “*Fato jurídico é tudo aquilo a que uma norma jurídica atribui um efeito jurídico.*” Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, 3ª ed. rev. e ampliada da 2ª ed. do *Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n.3, p. 219.

diversas outras modalidades, sempre levando em consideração não só a existência ou não do elemento volitivo humano, mas também a qualificação deste elemento volitivo com um agir visando um resultado predeterminado e querido.

Fato jurídico em sentido lato é todo acontecimento, dependente ou não da vontade humana, ao qual o direito atribui efeito jurídico ou eficácia.⁵ Percebe-se que em tal classificação enquadra-se um sem número de situações: da morte ao contrato, do nascimento à aquisição da propriedade. Percebe-se que, por tal classificação, unidos estão os resultados jurídicos decorrentes da própria natureza e aqueles que dependem exclusivamente da vontade humana.

Em sentido estrito, fatos jurídicos são todos os eventos que, independente da vontade do homem, podem gerar efeitos jurídicos ou alterações em relações jurídicas, sejam estas estabelecidas inicialmente pelo fato jurídico sejam anteriormente estabelecidas.⁶ Aqui, o homem encontra-se em situação de simplesmente receber e absorver uma situação de fato produzida por força da natureza. Nestes casos, o ordenamento jurídico nada mais faz do que regulamentar os resultados de tais eventos naturais, já que impossível ao homem regulamentar aquilo que independe, em sua origem, da atuação voluntária humana. O nascimento, a morte, o terremoto ou a acessão natural no imóvel são exemplos de tais situações jurídicas.

⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v.1: *introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil*, 20ª ed. de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 458. Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 237.

⁶ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 237.

Por outro lado, o fato jurídico em sentido amplo pode ser decorrente de uma atuação humana direta, ou seja, não decorrente de fato natural. Neste caso, temos aquilo que se denominou ato jurídico. Estes são “*aqueles eventos emanados de uma vontade, quer tenham intenção precípua de ocasionar efeitos jurídicos, quer não.*”⁷ Se existir ou não a intenção inicial do agente em ocasionar efeitos jurídicos ao ato praticado, tem-se, conforme a moderna doutrina, o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

De forma sumária, o “*fato jurídico é acontecimento natural, independente da vontade interna, enquanto ato jurídico é acontecimento voluntário, fruto da inteligência e da vontade, querido e desejado pelo interessado.*”⁸

Num segundo momento, desenvolveu-se tal conceito, chegando à teoria do negócio jurídico, como categoria diferenciada no ato jurídico em sentido estrito. O negócio jurídico, ao contrário do ato jurídico, contém uma intenção de gerar efeitos jurídicos, seja para criar, modificar, preservar ou extinguir direitos. É, de forma simplista, a atuação finalística, tendente a produção de um certo e determinado efeito fático e jurídico, pretendido pelas partes e condicionado à permissão legal de seus efeitos.

Podemos definir o ato jurídico em sentido estrito como sendo o ato humano voluntário, mas com efeitos jurídicos obrigatórios previstos pela lei, ao invés de serem determinados pelas partes⁹. Aqui não há a autoregulamentação privada característica dos negócios jurídicos. A vontade do agente limita-se ao agir, sendo que os resultados desse agir

⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 1: *parte geral*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 366.

⁸ Washington de Barros Monteiro, *Curso*, cit. p. 175.

⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 475.

(modificação jurídica), ocorrerão independentemente de sua vontade, obedecendo exclusivamente a um comando legal. Assim, quando uma pessoa reconhece espontaneamente um filho, deste ato obrigatoriamente advirão resultados jurídicos (dever de alimentos, sucessão, etc), ainda que tais resultados não sejam queridos pelo agente.

Numa breve diferenciação entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, podemos dizer que enquanto este é chamado de ato de autonomia privada, o ato jurídico encontra-se fora de tal autonomia, já que seus efeitos são previamente determinados pela lei. No caso do negócio, a vontade das partes é dupla, ou seja, além da vontade de agir, de praticar o negócio, há uma vontade precedente de que tal negócio resulte em modificações jurídicas esperadas e queridas. Esta é a autonomia privada: autonomia de agir e autonomia de resultados, desde que sejam lícitos.¹⁰

Ao contrário, no ato jurídico em sentido estrito não há autonomia privada, já que o agir é voluntário, mas os resultados advindos de tal atuação não são predeterminados pelo agente, mas sim pela própria lei. “*Onde nenhuma operação de autonomia privada exerce influência, ter-se-á ato jurídico em sentido estrito, cujo efeito, com fundamento numa situação fática, caracterizada e regulada legalmente, se produz ex lege, sem consideração à vontade do agente.*”¹¹

Enfim, no negócio jurídico, as partes acabam por determinar a vontade, o objetivo e a finalidade de sua atuação. De outra forma, no ato

¹⁰ Heinrich Lehmann. *Tratado de derecho civil*; parte general, tradução da última edição alemã com notas de direito espanhol por José Maria Navas, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 210. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed. atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 89.

¹¹ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v.1: *teoria geral do direito civil*, 18ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 365.

jurídico em sentido estrito, o agente apenas decide agir, sendo o objeto de sua atuação apenas uma função imposta pela lei.

A existência do intuito negocial é o critério utilizado para a verificação da existência de um negócio jurídico, como forma de manifestação de vontade qualificada.¹² Este concentra, em si, a intenção finalística do agir das partes, já que nestes casos somente há manifestação de vontade com a intenção de regulamentação de uma relação jurídica que também é estabelecida pelas partes. Assim, diz-se que o negócio jurídico possui duas eficácias distintas: uma estática, que cria a relação jurídica antes inexistente, outra dinâmica, que impõem a aquela relação os resultados ou efeitos pretendidos pelas partes.¹³

Perceba-se que o negócio jurídico nem sempre importa bilateralidade de agentes, já que regulamentação dos efeitos jurídicos da vontade pode decorrer de uma vontade unilateral, exclusiva, cabendo à outra parte, eventualmente interessada em seus efeitos, apenas a sua aceitação ou rejeição, sem alteração de seu conteúdo. Cita-se, como exemplo, o testamento, ato em que há clara intenção do testador em criar um resultado jurídico específico e finalístico, embora não haja a participação de qualquer outro agente na criação do mesmo, apenas atuando a vontade de terceiro na produção de seus efeitos reais.

Por outro lado, o ato meramente lícito poderá ocasionar efeito jurídico ou não, sendo que não é intenção do agente sua produção, como na invenção de tesouro, a plantação em terreno alheio ou a pintura despreziosa sobre a tela. Aqui, há uma intenção de agir sem a

¹² Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 210.

¹³ Humberto Theodoro Júnior. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. *RT*, ano 89, v. 771, jan. 2000, p. 12.

qualificação da vontade pelo intuito negocial, limitando-se a intenção do agente a expressão de uma determinada vontade limitada. Os efeitos jurídicos não decorrem, como no negócio jurídico, do planejamento das partes, mas sim do próprio ordenamento jurídico.

Há fatos e atos humanos que não resultam qualquer modificação no mundo jurídico, razão pela qual não podem ser classificados como jurídicos. O fato de chover levemente ou de uma pessoa dar um passeio na praça não possuem o condão de produzir efeitos jurídicos, sendo chamados de fatos neutros ou ajurídicos.¹⁴

Nosso antigo Código Civil de 1916 não havia adotado a teoria do negócio jurídico, tratando de todo o tema de forma genérica, classificando os atos geradores de direitos somente em fatos e atos jurídicos, sendo certo que englobou nestes o negócio jurídico. A comprovar isto, basta verificarmos a regulamentação legal de contratos, que são típicos negócios jurídicos.

O Código Civil brasileiro de 2002 encampou a teoria já unanimemente aceita pela melhor doutrina, adotando a terminologia tríplice: fatos jurídicos (fatos naturais), atos jurídicos lícitos (ato humano sem intuito negocial) e negócio jurídico (ato humano com intuito negocial), concluindo-se pela adoção da teoria dualista dos atos jurídicos, diferenciando o negócio jurídico do ato em sentido estrito. Os artigos do Cap. I, Tít. I do Livro III adotam a terminologia moderna, apesar de trazer disposições praticamente equivalentes às do ato jurídico do anterior código. De se ressaltar que o novo diploma extingue as disposições gerais contidas

¹⁴ Também chamados de **juridicamente irrelevantes** por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código*, cit., n. 3, p. 219.

nos arts. 74 e seguintes do Código Civil brasileiro de 1916. Ao que parece, caberá à doutrina a determinação de conceitos como o de direito futuro deferido e não-deferido, além da aquisição de direitos por ato próprio ou de terceiro. Especial cuidado foi dado à representação, tratada em seis artigos que mesclam artigos da atual parte geral com outros provenientes da parte especial do atual código.

Quanto ao ato jurídico em sentido estrito, restou-lhe, no Código Civil brasileiro de 2002, apenas um artigo (art. 185), determinando a aplicação a este de todas as normas concernentes ao título dos negócios jurídicos, adotando regramento por analogia ao negócio jurídico, tendência observada pela doutrina nas legislações que aceitam a dicotomia.

2.2. Negócio jurídico

Dentre as capacidades reconhecidas às pessoas pelo direito positivo está a “*autonomia privada*”. Esta caracteriza-se como o poder que cada pessoa possui de provocar efeitos jurídicos desejados, isto através da prática de certos atos.¹⁵ Portanto, a autonomia privada é o campo de atuação do negócio jurídico, já que este visa auto-regulamentar os efeitos jurídicos de determinados atos volitivos, ao contrário dos atos jurídicos em sentido estrito, que possuem efeitos (resultado) independentes da vontade exclusiva de quem age, mas sim da vontade da lei.¹⁶

¹⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 479; Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 263.

¹⁶ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria*, cit. p. 89. Santos Cifuentes, *Negócio jurídico: estrutura, vícios, nulidades*. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 124.

No dizer de Orlando Gomes¹⁷, “*afirma-se, na linha desse pensamento, que o **negócio jurídico** é o instrumento próprio da circulação dos direitos, isto é, da modificação intencional das relações jurídicas.*” Assim, a autoregulamentação de certos direitos (notadamente na esfera patrimonial) e seus efeitos é atribuída ao particular, sendo este poder de autoregulamentação chamado de “*autonomia privada*”¹⁸ e seu instrumento será o “*negócio jurídico*”.

Tendo-se em mente a autonomia privada, podemos definir o negócio jurídico como a autoregulamentação efetivada pelas partes, nos limites legais, criando norma concreta para o caso em relação às mesmas, visando um resultado jurídico predeterminado¹⁹. Mais ainda, para algumas legislações, como a francesa, o acordo de vontades tem força de lei entre as partes.²⁰

Assim, não basta a vontade de autoregulamentar. Essa vontade deve ser autorizada pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, o conceito alemão de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) que afirma estar o negócio baseado não em uma vontade qualquer, mas numa vontade de acordo com a

¹⁷ Guido Alpa; Mário Bessone, *Elementi di diritto privato*. Roma: Laterza, 2001, p. 24. Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 264.

¹⁸ Segundo José de Abreu Filho (*O negócio jurídico e sua teoria geral*, 5ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39), “*A ‘autonomia privada’ seria, assim, aquela faculdade deferida ao indivíduo de auto-regulamentar sua vida, ou, no sentido ético, a escolha, pelo cidadão, das leis que regeriam sua conduta.*” Karl Larenz, *Derecho civil*, parte general, tradução e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madri: Edersa, 1978, p. 422.

¹⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 479-450.

²⁰ Art. 1134, *Code Civil: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux Qui les ont faites*. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 6ª ed., trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 284, afirma: “*O negócio jurídico típico é o contrato. Num contrato as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial. Mas também é o seu sentido objetivo. Quer dizer: este ato é um fato produtor de Direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do fato jurídico-negocial, juntamente com a conduta contrária ao negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil. Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial.*”

lei.²¹ No negócio jurídico há, pois, a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico²² para a busca de um resultado querido, embora a ocorrência ou não desse resultado ou, ainda, a imposição de conseqüências extraordinárias não previstas previamente por quem declara a vontade não seja suficiente para descaracterizar o negócio jurídico.

Essa vontade de se autoregular precisa ser declarada, mesmo que representada por simples atitudes volitivas. Ainda, que tal declaração de vontade tenha como fim a produção de um efeito jurídico, seja a criação, a modificação ou a extinção de uma determinada relação jurídica.²³ Este fim é o objeto do negócio jurídico.

O Código Civil brasileiro de 1916 definiu o ato jurídico em seu art. 81, dando-lhe feição de negócio jurídico, demonstrando a adoção, por parte do legislador, da antiga teoria da não diferenciação entre negócio jurídico e o ato jurídico meramente lícito. O Código Civil brasileiro de 2002 explicitou aquilo que a leitura do antigo texto legal demonstrava, ou seja, o legislador chamava de ato jurídico também o negócio jurídico, já que percebe-se regulamentar o ato negocial ao afirmar que *todo ato lícito, que tenha por fim imediato...* a constituição de uma relação jurídica ou sua modificação ou sua extinção. Essa finalidade de agir dentro da lei e com efeitos previamente desejados encontra-se no negócio jurídico, que contém, necessariamente, uma atuação finalística, sendo expressamente adotada como denominação autônoma com a teoria dualista. Com esta, o negócio jurídico ocupa seu verdadeiro lugar, podendo-se dar a atenção necessária ao agir jurídico humano com a finalidade negocial.

²¹ Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 216. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 1, cit. p. 476.

²² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 1, cit. p. 480.

²³ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 272.

Vistas tais premissas históricas, com base na doutrina de Washington de Barros Monteiro²⁴, podemos definir como características genéricas do negócio jurídico o fato de ser um ato de vontade qualificado pela intenção do resultado, fundado no direito (lícito).²⁵

2.3. Liberdade negocial e manifestação da vontade com efeitos jurídicos

2.3.1 A liberdade negocial como paradigma relativo

Em que pese a autonomia privada conceder ao particular a liberdade para autoregular os efeitos jurídicos de seu agir, observa-se, principalmente a partir da primeira metade do século passado, uma crise nessa autoregulação. Decorrencia da evolução econômica dos negócios em massa, bem como a necessidade do Estado intervir nas relações negociais para tentar garantir um mínimo de equilíbrio nas relações jurídicas de ordem patrimonial, passou-se a restringir, a disciplinar esta autoregulação, tornando-a menos autônoma.

Este controle estatal surge em momento histórico determinado e vinculado ao fundamento privado do negócio jurídico. Quis dizer com ***fundamento privado*** que a existência, o meio de cultura necessário à

²⁴ Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v.1, cit. p.185.

²⁵ Sobre o foco doutrinário na definição de negócio jurídico, afirma Antonio Junqueira de Azevedo (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6) que “*A doutrina atual, ao definir o negócio, adota geralmente uma posição que, ou se prende à sua gênese, ou à sua função; assim, ora o define como ato de vontade que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à forma do ato, à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade), ora o define como um preceito (dito até mesmo “norma jurídica concreta”) que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra-ordenadas, com o que atende, principalmente, ao caráter juridicamente vinculante de seus efeitos (autoregramento da vontade).*” Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 269. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 130.

existência do negócio jurídico passa, obrigatoriamente, pela existência da propriedade privada, sendo este o seu principal objeto de regulamentação. Isto porque a função do negócio jurídico somente encontra fundamento prático se houver a possibilidade de transmissão livre de bens e prestação de serviços entre particulares. Em regimes em que a propriedade privada inexistente ou é fortemente limitada, não há como se entender a autonomia privada com a amplitude necessária. Se o Estado é detentor e regulamenta toda a propriedade, estaremos num campo exclusivo do ato jurídico em sentido estrito, pelo qual o efeito do ato depende exclusivamente da lei, e não da vontade das partes.

Regimes como o da ex-URSS admitiam poucos negócios jurídicos, taxativos e previstos expressamente em lei, o que desnatura a autonomia privada e seu instrumento que é o negócio jurídico. Ao contrário, *“onde, porém, se reconhece ao indivíduo o poder de **auto-regular** seus interesses particulares, seu exercício constitui dado inamovível da realidade social.”*²⁶

Face a tal processo histórico, a liberdade negocial viveu seu auge com o liberalismo, perdurando até aproximadamente os anos 30 do século passado. A idéia liberal vigente dava a todos ampla liberdade negocial, onde a liberdade de contratar, liberdade de obrigar-se e a liberdade de forma imperavam como princípios fundamentais do Estado liberal. Princípios como o da liberdade de estipulação e da imodificabilidade do contrato (*pacta sunt servanda*) se afirmam, tornando o negócio jurídico ao mesmo tempo livre em sua forma, conteúdo e alcance, mas rígido em seu poder de obrigar.

²⁶ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 266-7.

Como antítese a este Estado liberal, surge um Estado que busca, através do intervencionismo, manter um *stato quo ante* em relação ao poder, ao mesmo tempo que busca limitar o poderio econômico que age através da liberdade negocial. Surge assim, mesmo em âmbito constitucional, um Estado intervencionista, que permite a autoregulamentação das partes através dos contratos, mas impõe limites a determinadas cláusulas e objetos do negócio jurídico, utilizando os chamados amortecedores do direito contemporâneo²⁷. Desenvolve-se aqui a função social da propriedade, a defesa da livre concorrência e do consumidor, a proibição de certos negócios lesivos à coletividade etc. Enfim, listam-se os princípios constitucionais que regem a ordem econômica.

Coloca-se a questão dos limites à liberdade de contratar como um problema vivo do direito civil atual, já que envolve não só o direito, mas também a economia e a política,²⁸ “*quebra-se, então, a rigidez de certos princípios, atenuam-se certos conceitos e noções, admite-se a ingerência de fatores externos nos contratos, limitando-se sensivelmente a participação da vontade individual no vínculo contratual.*”²⁹

Se a liberdade de contratar constituiu-se verdadeiro monumento à autonomia da vontade privada, sendo sua amplitude paradigma do pensar liberal³⁰, a existência de um Estado garantidor, a

²⁷ Arnoldo Wald, *Direito civil*; introdução e parte geral, 9ª ed., rev., ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil, com a colaboração dos profs. Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 189.

²⁸ Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil*; obligaciones II, 7ª ed. atualizada. Buenos Aires: Perrot, 1994, p. 120.

²⁹ Carlos Alberto Bittar, *Direito civil constitucional*, 3ª ed. com Carlos Alberto Bittar Filho, rev. e atual. da 2ª ed. da obra *O direito civil na Constituição de 1988*, São Paulo: RT, 2003, p. 122.

³⁰ Sobre tal visão individualista do pensamento liberal e da autonomia da vontade, afirma Jean Carbonnier (*Derecho civil*, t. II, v. II: derecho de las obligaciones y la situación contractual, Barcelona: Bosch, 1971, p. 127) que “*se trata de uma tese de filosofia jurídica, segundo a qual a vontade humana é ‘lei de si mesma’ e dá vida a sua própria obrigação; se o ser humano resulta obrigado em virtude de um ato*

partir do século XX e notadamente após a explosão social vista na Revolução Russa, não podia conviver com a absoluta liberdade negocial. Se o individualismo das idéias liberais impedia a existência de normas que modificassem o conteúdo dos negócios, já que eram expressão máxima da liberdade conseguida na Revolução Francesa, a necessidade da manutenção de um mínimo de equilíbrio nas relações, característica da justiça comutativa, forçou a aceitação de uma intervenção externa no conteúdo do contrato. Assim, vê-se, na maioria dos ordenamentos modernos, a autorização para a análise não só da existência de eficácia ou ineficácia do negócio, com a simples declaração ou não da validade do mesmo, mas também para a quebra da intangibilidade negocial, com a possibilidade de modificação do conteúdo da manifestação de vontade, visando a manutenção de um verdadeiro equilíbrio nas relações negociais.³¹

Tal intervenção estatal no contrato mostra-se, no dizer de Borda, de três formas essenciais: o dirigismo contratual, as novas formas do contrato e a intervenção judicial nas relações contratuais para a proteção da equidade nas contraprestações e que o acordo produza um efeito social válido.³² Ainda, segundo Borda, tal intervenção judicial no conteúdo das relações contratuais se desenvolve basicamente com a aceitação dos institutos da lesão enorme, da teoria da imprevisão e da aplicação do princípio da boa-fé e do abuso de direito nas relações contratuais.³³

jurídico, especialmente um contrato, é porque assim quis, pois o contrato assinala o início da vida jurídica, e a vontade individual é o princípio do contrato.”

³¹ No dizer de Guillermo A. Borda, (*Tratado*, cit. p. 125), “*No es que haya una declinación de la moral individual; es que esa moral tiene una mayor sensibilidad que outrora para la justicia conmutativa. El hombre contemporáneo no está ya dispuesto a aceptar como verdad dogmática que lo que es libremente querido es justo. Quiere penetrar en lo hondo de la relación y examinar si la equidad – esa ley esencial de los contratos – há sido respetada.*”

³² Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 125. No mesmo sentido, François Terré; Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil; les obligations*. 6ª edição, Paris: Dalloz, 1996, p. 24.

³³ Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 129.

Este último aspecto guarda interesse para nossa análise, já que é o que permite ao juiz, como representante do Poder Judiciário, realizar intervenções judiciais no conteúdo do contrato, intervenção esta anteriormente limitada à análise do formalismo extrínseco e pela restrita teoria dos vícios do consentimento, passando, por tal aspecto, a permitir uma espécie de fiscalização da equidade das prestações estabelecidas.

Nota-se a manutenção dessa intervenção estatal na formação do negócio jurídico com a criação de normas no novo Código Civil brasileiro de 2002 que determinam a observação da função social do contrato e sua possibilidade de revisão ante a onerosidade excessiva a uma das partes, além da lesão ser prevista como um defeito do negócio jurídico.

2.3.2. A manifestação de vontade segundo a teoria da vontade e a da declaração

Para que alguém se obrigue na ordem jurídica privada, é preciso que manifeste de maneira válida sua vontade de envolver-se em determinada relação jurídica, sendo tal manifestação de vontade pressuposto do negócio jurídico. Assim, não basta ser capaz, é preciso que a manifestação de vontade seja inquestionável, ou seja, capaz de indicar claramente que o agente aceita o negócio nos termos que foi proposto. No dizer de Venosa, “*onde não existir pelo menos aparência de declaração de vontade, não podemos sequer falar de negócio jurídico.*”³⁴

Alguns autores diferenciam a manifestação de vontade da declaração de vontade, afirmando que a declaração de vontade é dirigida a

³⁴ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v.1, cit. p. 401. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 216.

determinada pessoa, enquanto que a manifestação caracteriza-se como qualquer exteriorização da vontade, sem uma direção determinada. Lembramos que no âmbito dos negócios jurídicos, a manifestação de vontade não pode ser genérica, senão estaríamos ou no mundo dos atos jurídicos em sentido estrito ou no dos atos-fatos jurídicos. Para que se caracterize o negócio jurídico é necessária a existência de uma vontade qualificada, ou seja, a manifestação de vontade com *intuito negocial.*, quer dizer, a vontade como intenção dirigida a obter um resultado econômico determinado e juridicamente protegido.³⁵ Tratando-se de negócios bilaterais, caracterizados essencialmente pelos contratos, chamamos o ponto de acordo ou a manifestação de vontade de ambas as partes de consentimento ou mútuo consenso. Por outro lado, nos negócios unilaterais tem-se apenas manifestação de vontade e a sua declaração.

O consentimento pode ser expresso ou tácito, desde que a lei não obrigue a forma expressa. Expresso é o consentimento declarado por escrito ou verbalmente. Tácito é aquele que resulta de certo comportamento do agente, que demonstra sua anuência com os termos do negócio proposto. Até mesmo o silêncio pode representar uma manifestação de vontade, como no caso do art. 539 do Código Civil brasileiro.³⁶

Achamos de interesse citar a classificação que Venosa faz dos elementos que constituem a declaração de vontade em sentido lato:

Declaração de vontade propriamente dita *ou* elemento externo
“presume-se no comportamento palpável do declarante, já estudado. Nesse

³⁵ Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 219.

³⁶ Art. 539, Código Civil brasileiro. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

*comportamento externo, estampa-se o verdadeiro sentido da vontade, no sentido de que só ele é pressuposto do negócio jurídico. Vontade ou elemento interno é aquele impulso que se projetará no mundo exterior e pressupõe essa projeção.”*³⁷

Lehmann, ao tratad dos elementos constitutivos da declaração de vontade em sentido estrito, afirma a existência de dois pressupostos para que se configure tal declaração de vontade com força jurídica. Primeiro, um pressuposto de fato externo, caracterizado pela declaração ou exteriorização da vontade; segundo, um pressuposto de fato interno, que é a vontade juridicamente relevante, caracterizada por 3 fatos anímicos: a) a vontade de fazer o negócio; b) a vontade de fazer deve coincidir com a vontade declarada; c) a vontade do negócio, “*quer dizer, a intenção dirigida de obter um resultado econômico determinado, juridicamente protegido.*”³⁸

Para Orlando Gomes, são os seguintes os pressupostos do consentimento: “*1º) duas declarações de vontade distintas no seu conteúdo; 2º) conhecimento de cada parte da declaração de vontade da outra; 3º) integração das duas declarações de vontade; 4º) interdependência das duas declarações de vontade; 5º) consciência de que está formado.*”³⁹

Assim, para que haja consentimento, é preciso uma primeira manifestação de vontade em direção à parte contrária, sendo que, a manifestação desta, no sentido de aceitação do negócio, integra-o,

³⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v.1, cit. p. 403-4.

³⁸ Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 219.

³⁹ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 367; Karl Larenz, *Derecho*, cit. p. 450.

formando o consentimento, desde que haja plena consciência e liberdade na formação da vontade ou elemento interno.

Sempre que se discute a manifestação de vontade como meio de constituição de relações jurídicas, observa-se o debate existente sobre a pertinência da análise da vontade interna na realização dos negócios jurídicos. Questiona-se se a análise da vontade interna deve ser realizada quando da verificação da nulidade ou possibilidade de produção de todos os efeitos pretendidos pelas partes ou decorrentes de sua vontade manifestada, ou seja, se há relevância jurídica se houver conflito entre a vontade declarada e a vontade querida pelo agente.

A vontade, conforme monografia escrita por Nelson Nery Júnior, pode ser subdividida em várias modalidades, considerando os subelementos internos que possam influenciar na formação de tal convicção. No caso, pode-se classificar tal vontade, utilizando os subelementos internos, em “*vontade da ação (Handlungswille); a vontade da declaração ou a vontade da ação como declaração (Erklärungswille); a vontade negocial (Geschäftswille), vontade do conteúdo da declaração (Inhaltswille) ou intenção do resultado (Erfolgswille).*”⁴⁰

Para os partidários da teoria da vontade (*Willenstheorie*), para que haja negócio jurídico, é necessária a existência de dois elementos essenciais, obrigatoriamente coincidentes e interligados: a vontade interna e a declaração de vontade ou vontade exteriorizada. Apesar de essenciais, tais elementos guardam entre si uma relação de dependência, já que o que gera os efeitos do negócio jurídico é a vontade, sendo a sua exteriorização apenas uma forma, um instrumento para que tal vontade chegue ao mundo

⁴⁰ Nelson Nery Júnior, *Vícios do ato jurídico e reserva mental*, São Paulo: RT, 1983, p. 8.

dos fatos. Por conseguinte, aos partidários da teoria da vontade, a falta da vontade interna ou a existência de vício na mesma, apesar de haver clara declaração exteriorizando-a, gera a inexistência jurídica do negócio. Há, portanto, prevalência da vontade interna sobre a declarada.⁴¹

Havendo conflito entre a vontade e a declaração, deve prevalecer aquela, não importando o que apresenta declaração de vontade externada, já que se caracteriza a declaração com mero instrumento ou processo de revelação da vontade interna. O conflito geraria, portanto, mera aparência de vontade, já que aquilo que se exteriorizou não representa, efetivamente, a vontade interna do agente, acarretando a sua ineficácia em relação à esta.⁴²

Em contrapartida à teoria da vontade, surge a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). Segundo Orlando Gomes, tal teoria foi elaborada por Liebe, afirmando que “*o verdadeiro elemento sobre o qual pode repousar a validade jurídica do ato não se encontra expressão da vontade, mas em circunstâncias que a fixam.*”⁴³

Para tal teoria, a vontade seria apenas um dos estágios da formação do negócio jurídico, sendo considerável para fins de avaliação do negócio apenas a declaração capaz de fixá-la. Não seria a vontade, portanto, um dos elementos essenciais do negócio jurídico, mas somente as circunstâncias nas quais tal vontade foi declarada, fixada, sendo a

⁴¹ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 274; Nelson Nery Júnior, *Vícios*, cit. p. 9, citando o posicionamento de Savigny, adotada em seu *Traité de droit romains*, t. III, Paris, §§134 e 135. Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 19.

⁴² Nelson Nery Júnior, *Vícios*, cit. p. 9. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 220.

⁴³ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 275. Sobre a teoria da declaração, afirma Nelson Nery Jr, (*Vícios*, cit. p.11), que “*o que importa é a vontade declarada, sendo irrelevante o que ficou no íntimo do declarante para a validade do negócio jurídico.*”

interpretação do negócio jurídico ligada não à intenção da parte que manifestou a vontade, mas o sentido literal ou comum de tal declaração.⁴⁴

O conflito pode ser resumido da seguinte forma: para os partidários da teoria da declaração, não há necessidade da existência da intenção dirigida a um determinado resultado jurídico, bastando que haja a declaração da vontade na forma usual, clara e suficientemente séria para o negócio jurídico; para os partidários da teoria da vontade, é indispensável a coincidência entre a intenção e o resultado da declaração para que se tenha a manifestação de vontade com efeitos válidos, sendo necessária a perquirição, sempre que necessária, da real intenção ou vontade do declarante para a validação do negócio jurídico.⁴⁵

Como regra geral, adotou o legislador brasileiro a teoria da declaração, já que a causa somente ganha importância no negócio jurídico se estiver expressa no instrumento de formalização do negócio jurídico. A ausência da declaração expressa da causa do negócio não é capaz de viciar o negócio, já que não o integra, sendo apenas utilizada a vontade interna como regra de interpretação quando da existência de dúvidas no próprio conteúdo exteriorizado.⁴⁶

A teoria da confiança (*Vertrauenstheorie*) ou da legítima expectativa surgiu como forma de se abrandar a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), afirmando que a declaração deve ser o elemento primordial na análise do negócio jurídico. Para tal teoria, nas palavras de Orlando Gomes, há primazia da declaração sobre a vontade, sob a

⁴⁴ Nelson Nery Júnior, *Vícios*, cit. p. 11. Heinrich Lehmann, *Tratato*, cit. p. 220. Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, *Declaração*, cit. p. 25.

⁴⁵ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 90.

⁴⁶ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, v.1: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, pp. 487-488.

fundamento de que “o direito deve visar antes à certeza do que à verdade.”⁴⁷

Em verdade, a teoria da confiança altera o foco da análise do negócio jurídico. Converte-se a análise de um interesse exclusivamente individual para uma teoria que traga maior segurança social aos negócios, já que a confiança despertada em uma das partes pelo comportamento da outra na formação e cumprimento de uma determinada obrigação parece ser colorário da própria aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Sob este aspecto, a anulabilidade decorrente de defeitos do negócio jurídico estaria ligada não só ao defeito da manifestação de vontade da parte lesada, mas também na quebra da confiança existente na negativa de autorização para relações jurídicas lesivas a uma das partes.

Além do estudo das teorias sobre a manifestação da vontade como fator integrativo do negócio jurídico, também ganha interesse neste momento a análise da causa como parte integrante ou não do negócio jurídico, consistindo em requisito de existência para alguns, validade e eficácia para outros.

Causa do negócio jurídico é a razão pela qual as partes manifestaram sua vontade de forma livre e consciente. É, de forma

⁴⁷ Orlando Gomes (*Transformações gerais do direito das obrigações*, 2ª ed. aum. São Paulo: RT, 1980, p. 14), afirma: “*Havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade.[...] Pela teoria da confiança, não se tutelam interesses gerais contrapostos aos interesses individualísticos protegidos nos esquemas jusnaturalistas, senão o interesse individual de quem acredita numa declaração de vontade, tão individual quanto o do proponente que consente defeituosamente. É fora de dúvida, porém, que a proteção dispensada aos que contratam confiantes numa declaração de vontade aparentemente consciente concorre para a estabilidade das relações jurídicas, que constitui, obviamente, interesse social.*” No mesmo sentido, vide o mesmo autor, *Introdução*, cit. p. 277. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 1234. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 90. Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, *Declaração*, cit. p. 27.

sinéctica, o resultado final previsto e pretendido pela partes quando realizam o negócio.

Há dois posicionamentos deveras distintos no que diz respeito à consideração da causa no negócio jurídico. O primeiro, de caráter objetivista, desconsidera a existência da vontade como fato suficiente a gerar a eficácia do negócio, sendo este desligado completamente da vontade que o originou. Esta a chamada teoria objetiva, para a qual o negócio jurídico constitui comando concreto que, por expressa previsão, o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante.⁴⁸ A eficácia do negócio decorre, portanto, não da vontade do titular que a manifestou, mas sim da expressa determinação legal a tais efeitos, considerando os resultados socialmente úteis de tal manifestação.⁴⁹

Tal teoria não deixa de ser objeto de crítica por um dos maiores estudiosos do negócio jurídico na doutrina brasileira, o eminente professor Antonio Junqueira de Azevedo. Este afirma que o equívoco da teoria objetivista constitui-se no fato de que o negócio não é exatamente norma concreta, já que representa apenas um efeito artificial do negócio. Isto porque a norma jurídica tem a característica de ser comando externo aplicado às partes. Na verdade, o negócio acaba por ser recepcionada pelo ordenamento, sendo tal recepção o que atribui ao negócio a característica de preceito jurídico.⁵⁰ Assim o que gera efetivamente os resultados jurídicos pretendidos pelas partes não é a simples exteriorização da mesma, mas sim a sua recepção pelo ordenamento jurídico, desde que tenha por fim a realização de um objetivo válido e possível.

⁴⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit. p. 12.

⁴⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. 507. Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 373.

⁵⁰ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit. p. 13.

Ao contrário da teoria objetivista, que não leva em consideração a vontade em si, mas apenas a sua vinculação a uma previsão legal, tem-se a teoria subjetivista, que sustenta-se de forma diametralmente oposta àquela, afirmando que a vontade final das partes, como intenção de produção dos resultados jurídicos pretendidos é o que efetivamente caracteriza o negócio jurídico.

Não importa, portanto, a simples adequação da manifestação da vontade a um comando normativo legal, mas sim a adequação dos resultados obtidos com os resultados pretendidos pelas partes. A vontade integra o próprio negócio, sendo dele parte integrante e não simples mola propulsora, havendo a necessidade de se avaliar a razão determinante da vontade de contratar⁵¹.

Sob tal teoria também impõem-se a crítica do mestre paulista. Para o mesmo, se a vontade deve dizer respeito também aos efeitos, não se poderia admitir o fenômeno da conversão substancial, já que o “*negócio resultante da conversão não foi previsto nem querido (essa situação é um pressuposto da conversão) e, ainda assim, ele é um negócio jurídico.*”⁵²

Diante de tais posições, em que a vontade não poderia ser absolutamente irrelevante, nem mesmo elemento essencial da formação do negócio, já que admite-se o princípio da conversão, faz-se necessária a alocação exata da vontade na teoria dos negócios jurídicos.

⁵¹ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 374.

⁵² Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit. p. 8.

Para referido autor, a vontade não seria elemento da existência, mas sim relevante para a validade e a eficácia do negócio.⁵³ Ou seja, independentemente da análise do conteúdo volitivo do negócio, haver-se-ia que se considerar o negócio existente, sendo que a interrelação entre a vontade interna e a declarada seria nada mais que elemento necessário para se verificar a validade e eficácia dos negócios. Assim, v.g., nos casos de simulação, em que há uma absoluta ausência de correlação entre a vontade interna e a vontade declarada em negócio jurídico, não se poderia reconhecer que o mesmo é inexistente, mas sim apenas declarar-se a ineficácia absoluta pela nulidade. Da mesma forma nos casos de erro, dolo, coação e lesão, em que, de fato, há um defeito subjetivo de base, qual seja, algum desequilíbrio entre a vontade interna e aquilo que efetivamente foi declarado no negócio jurídico.

Traduzindo tal raciocínio para a questão da causa do negócio jurídico, ter-se-ia que se admitir que a manifestação de vontade, ainda que tenha aparência real de negócio, somente poderia produzir os efeitos desejados pelas partes acaso houvesse uma justificativa anterior e livre da vontade. Para Roppo⁵⁴, causa do negócio é a operação jurídico-econômica realizada, com seus resultados e efeitos (função social), enquanto os motivos, de ordem absolutamente subjetiva, seriam a satisfação de necessidades particulares que não integram de forma absoluta a existência do negócio jurídico. *“E o problema e a função da causa consistem justamente nisto: no explicar o porquê, ‘a razão e o sentido das transferência de riqueza’, que constituem a substância de qualquer operação contratual.”*⁵⁵

⁵³ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio*, cit. p. 9.

⁵⁴ Enzo Roppo, *O contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1988, p. 197.

⁵⁵ Enzo Roppo, *O contrato*, cit. p. 196.

Transportando a questão para a teoria da lesão, entendemos haver uma quebra da idéia de que os motivos sejam absolutamente irrelevantes na apreciação do negócio jurídico. Considerando-se que a realização do negócio jurídico impulsionado pela intenção de se atender a uma necessidade de caráter patrimonial da parte lesada do negócio, não se pode negar que a análise do instituto da lesão nos leva a questionar o motivo que levou a parte a realizar o negócio. Se a causa da realização do negócio oneroso é a aquisição da disponibilidade do bem da vida, não se pode questionar que a motivação que justificaria a anulação de tal negócio pela existência da necessidade de contratar passa a ter importância essencial para a elucidação da questão. Jamais irá o negócio anulável por lesão limitar-se à análise da simples causa do negócio, caracterizando-se como exceção na qual a motivação deverá ser investigada.

Há, efetivamente, um retorno à teoria subjetivista e da vontade, já que a vontade interna, ou seja, a busca de se evitar um prejuízo ou extirpar uma necessidade, caracterizam tal vontade interna, sendo relevantes para a ocorrência do negócio jurídico lesivo. A temática voltará a ser tratada na análise dos elementos subjetivos da lesão⁵⁶.

2.4. PRINCIPIOLOGIA DO NEGÓCIO JURÍDICO MODERNO

2.4.1. Autonomia da vontade privada e conteúdo social do negócio

O princípio da autonomia da vontade desenvolve-se a partir da idéia de que o contrato nasce de uma vontade livre. Assim, as obrigações

⁵⁶ Item 3.3.3.2.

legais não podem ser enquadradas na categoria de contratos, já que sua ocorrência e obrigatoriedade não decorrem da vontade de seus sujeitos ativo e passivo, mas sim de uma determinação posta pela lei. Por tal princípio, as partes tem ampla liberdade para contratar estipulando o que lhes convier, criando uma verdadeira norma jurídica particular para a regulamentação dos interesses em união.⁵⁷

Dentro dessa liberdade de contratar podemos observar momentos distintos. Primeiro vemos tal autonomia na faculdade de contratar ou não, quando contratar e onde se contratar. Depois a autonomia se mostra na liberdade em se escolher com quem se quer contratar e o tipo de negócio que se quer realizar. Finalmente, a liberdade de estipular cláusulas contratuais através das quais o negócio será regido, baseando-se na idéia de que “*o conteúdo do contrato pertence livremente à determinação das partes contratantes, embora, como logo mais veremos, alguns contratos se formem pela adesão de uma das partes às cláusulas impostas pela outra.*”⁵⁸ Ainda, “*a liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).*”⁵⁹

Sendo o contrato uma fonte de obrigações, concluído o contrato, passa o ordenamento a garantir sua obrigatoriedade, facultando a ambas as partes o uso do direito de ação. Desta forma, o princípio da autonomia da vontade representa a própria liberdade de contratar, sendo

⁵⁷ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, v.5: *Obrigações 2ª parte: contratos*. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 9.

⁵⁸ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v.3: *teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 17ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, p. 33.

⁵⁹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 2: *teoria das obrigações e teoria dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 338.

que a lei escrita tem aplicação supletiva e subsidiária às determinações dos contratantes. Diz-se, então, que o direito contratual tem normas eminentemente **supletivas**, mas também contém **normas coativas**, impondo limitações a tal liberdade de contratar.⁶⁰

Classicamente, podemos observar duas categorias gerais de limitação à liberdade de contratar: a observância da ordem pública e dos bons costumes.⁶¹ O respeito a tais requisitos é estabelecido através de normas cogentes negativas, ou seja, normas obrigatórias que impõem uma limitação ao estabelecimento de cláusulas contratuais, bem como ao próprio objeto do contrato, autorizando não só a aplicação dessas normas de ordem pública, mas também a revisão judicial de cláusulas e a rescisão de um contrato tendo-se em vista os princípios da boa-fé e da supremacia do interesse coletivo.⁶²

Indica a doutrina como razões de ordem pública as normas que visam garantir a liberdade e a igualdade dos cidadãos, liberdade de trabalho, comércio e de indústria; as leis a respeito de princípios de responsabilidade civil e outras; as leis de proteção ao trabalhador; as leis sobre estado e capacidade das pessoas; as leis sobre princípios de direito sucessório; as leis sobre a propriedade; leis monetárias; leis que regulam o direito de família; as leis que regulam a organização política e administrativa do Estado etc.⁶³

⁶⁰ Orlando Gomes, *Contratos*, 17ª ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 23.

⁶¹ Orlando Gomes, *Contratos*, cit. p. 24.

⁶² Maria Helena Diniz, *Curso*, v. 3, cit. p. 34.

⁶³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 3: *Contratos*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 11; Orlando Gomes, *Contratos*, cit. p. 24-25.

O contrato também deve respeitar os bons costumes, sendo estes considerados “*aqueles que se cultivam como condição de moralidade social, matéria sujeita a variações de época em época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e uma mesma época.*”⁶⁴ No caso, as opiniões particulares do sujeito sobre o que seja ou não bons costumes ou conduta moral são irrelevantes juridicamente, sendo aceita somente a construção do conceito baseada na idéia da coletividade. Consideram-se contrários aos bons costumes os contratos que dizem respeito à exploração de atividade sexual, os contratos de corretagem matrimonial, os contratos ligados ao jogo ilegal, os contratos usurários etc.⁶⁵

Se a causa de um determinado negócio estiver baseada numa disposição contrária a esses dois princípios, o contrato será nulo ou ineficaz. Conclui-se, desta forma, pelo princípio de que “*toda declaração de vontade produz o efeito desejado, se lícita for sua causa.*”⁶⁶

Em decorrência da evolução econômica e da própria técnica contratual, observamos uma limitação à liberdade de contratar, seja por imposição estatal, com a determinação de cláusulas obrigatórias por lei, seja por comportamentos oriundos da prática comercial. Aliás, a idéia de que no contrato as partes discutem cláusula por cláusula já não espelha a realidade há algum tempo. Se observarmos o dia-a-dia, veremos um sem número de contratos submetidos a condições gerais não discutidas pelas partes, com cláusulas pré-elaboradas por uma delas, no chamado contrato de adesão e mesmo os contratos normativos.

⁶⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 3, cit. p. 11.

⁶⁵ Andreas von Tuhr (*Derecho civil*; teoria general del derecho civil alemán, v. 1: los derechos subjetivos y el patrimonio, tradução da edição por Celestino Pardo, Madri: Marcial Pons, 1998, p. 39-40), afirma que “*com o termo bons costumes ('boni moris') se designa a ordem moral geralmente aceita pela opinião dominante.*” Orlando Gomes, *Contratos*, cit. p. 25.

⁶⁶ Orlando Gomes, *Contratos*, cit. p. 25.

Observamos, desta forma, algumas situações em que a autonomia da vontade, ou seja, a liberdade de contratar, encontra limitações que chegam a levantar a questão da existência ou não de contrato em tais situações.

O primeiro exemplo desta limitação à discussão e modificação do esquema legal do contrato é o contrato de adesão, sendo este considerado, de acordo com o art. 54, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como aquele “*cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.*” Nesta situação, a autonomia negocial limita-se ao querer ou não contratar, não havendo possibilidade de discussão de como e sobre que objeto se deseja realizar o negócio.

Outra limitação à autonomia são os chamados contratos coativos, havendo mesmo quem os classifiquem como um paracontrato.⁶⁷ Dá-se tal modalidade de contrato quando a lei obriga as partes a estipulá-lo e conservá-lo, independentemente de sua vontade, como o que ocorre no chamado contrato de seguro obrigatório.

Também se observa uma limitação à liberdade de contratar nos casos de contratos necessários, que são aqueles em que, diante de um serviço público prestado pelo próprio poder público ou por concessionários, caracterizado como um monopólio, não resta possibilidade ao contratante escolher com quem quer contratar. Assim, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica, o transporte coletivo etc.

⁶⁷ Orlando Gomes, *Contratos*, cit. p. 29.

Tais limitações à liberdade de contratar formam o chamado dirigismo contratual ou intervenção do Estado no negócio jurídico contratual. Nos séculos XVIII e XIX prevalecia a idéia do individualismo e da liberdade jurídica de contratar como as partes desejarem, mesmo que tal acarrete a ruína da parte contrária. Ainda que patente o prejuízo social que o cumprimento do contrato acarretaria, subjugando a parte mais fraca, o juiz não poderia intervir, limitando sua atuação na verificação e exigência dos requisitos instrumentais ou formais do contrato. Essa liberdade de escolha do conteúdo dos contratos era bastante interessante ao ideal liberal-capitalista, já que pregava-se uma igualdade jurídica em meio a uma desigualdade econômica. Todos são iguais perante a lei e, portanto, todos têm autonomia para contratar.

Entretanto, o surgimento de uma desproporcionalidade extrema entre as partes, sendo certo que quem possuía poder econômico, possuía o poder de fato de obrigar as pessoas menos providas a aceitar suas regras de contratação, culminando na existência de contratos completamente desproporcionais no que diz respeito às suas prestações e contraprestações, gerando a necessidade de se manter, por uma questão de justiça, um mínimo de paridade econômica nas relações jurídicas. Se essa paridade não poderia ser alcançada no campo econômico, já que o ordenamento jurídico não poderia aumentar a riqueza dos desprovidos de bens materiais, nem diminuir os bens dos mais abastados (deve-se lembrar que tais idéias floresceram em meio ao ideal capitalista-liberalista), houve uma tentativa de se intervir nas relações contratuais quando as mesmas se mostrassem contrárias a princípios de justiça comutativa.⁶⁸

⁶⁸ Orlando Gomes (*Transformações*, cit. p. 1), afirma que “orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da

Se a desproporção entre a posição ativa e passiva do contrato caracteriza lesão para uma delas, que seja suficiente para acarretar a quebra de um ideal de justiça e função social do contrato, o Estado intervém, criando normas de ordem pública (como as normas que obrigaram, em certo momento da história, à renovação compulsória de contratos de locação) ou permitindo a revisão judicial das cláusulas sob as quais se baseava o tratamento disforme.⁶⁹

A necessidade de se respeitar não só a liberdade e vontade individual, mas também princípios como o equilíbrio contratual e a aplicação plena da justiça comutativa ao contrato, criou uma nova concepção de liberdade contratual.⁷⁰ Mário Júlio de Almeida Costa afirma que *“a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos mover-se dentro dos limites da lei (art. 405º, nº1), limites esses que visam a tutela de interesses das partes – nomeadamente a correcção e a justiça substancial*

preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico.”

⁶⁹ Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, v.3, cit. p. 13), manifestando-se sobre o intervencionismo do contrato, afirma que: *“A idéia intervencionista ganha corpo e atinge três aspectos principais: A – Às vezes o legislador ‘impõe’ a ‘contratação’ como no caso de definir como delito contra a economia popular a sonegação de mercadoria ou recusa de vender (Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951), ou como naquele outro de conceder ao locatário de prédio urbano a prorrogação de aluguel. B – Outras vezes institui ‘cláusulas coercitivas’, definindo direitos e deveres dos contratantes, em termos insuscetíveis de derrogação, sob pena de nulidade ou punição criminal, como no contrato de trabalho (CLT, art. 9º), ou no de venda de terrenos em prestações, em que é vedada a cláusula de rescisão ‘pleno iure’ do contrato (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1973). C – Em outros casos, concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato, e estabelecer condições de execução, coativamente, impostas caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado.”*

⁷⁰ Orlando Gomes (*Transformações*, cit. p. 6), discorre a respeito da alteração do posicionamento legislativo a partir da idéia do intervencionismo na esfera contratual. Afirma o saudoso mestre baiano: *“O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada. Dimanam as restrições, mais enérgicas e ostensivamente, da direção estatal da economia, que se tornou corrente até nos países mais apegados ao liberalismo. Em consequência da política intervencionista, deixou de ser livre, em vários contratos, a determinação do seu conteúdo ou de um de seus elementos típicos; em outros, perdeu uma das partes a liberdade de escolher a outra; certas pessoas são obrigadas a contratar; a formação de alguns contratos necessita da autorização ou da aprovação da autoridade administrativa, e assim por diante. Surgiram, em consequência, novas figuras jurídicas que excedem o modelo clássico do contrato, lhe alteram a configuração e impõem a necessidade de rever seu próprio conceito.”*

*nas suas relações -, ao lado de valores colectivos – como sejam a salvaguarda de princípios de ordem pública e da facilidade e segurança do comércio jurídico. Postula-se modernamente uma concepção de contrato dominada por imperativos éticos e sociais.”*⁷¹

Para Orlando Gomes, o princípio da liberdade contratual, em função de tais alterações, passa a ter um carácter relativo, permitindo-se ao juiz influir no conteúdo do contrato, modificando as cláusulas contratuais que não atendam à função social do contrato ou à boa-fé, visando o seu reequilíbrio, até mesmo com a cessação dos efeitos de tal avença, liberando o devedor de sua obrigação.⁷² *“Figuras como a revisão judicial dos contratos, o desfazimento de contratos em face da lesão e o controle administrativo de atividades ora encontram seu lugar ao sol; outrossim, conceitos como abuso de direito, a citada lesão e o enriquecimento ilícito ganharam explicitação no novo Código (nos arts. 187, 157 e 884 a 886), em defesa de pessoas, de categorias, de consumidores, individual ou coletivamente considerados, dentre inúmeras outras aplicações possíveis.”*⁷³

Tal intervenção, longe de destruir o conceito tradicional de contrato, ao contrário, o renova, ainda que ao custo do sacrifício de certos interesses em benefício de outros. Não pode furtar-se o Estado de tutelar determinados interesses em detrimento de outros e, tal tutela, no âmbito negocial, dá-se, essencialmente, pela limitação à liberdade das partes no estabelecimento do conteúdo do negócio.⁷⁴ Se o pensamento do Estado liberal era tutelar de forma quase absoluta a liberdade de criação e

⁷¹ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 7ª ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 1999, p. 209.

⁷² Orlando Gomes, *Transformações*, cit. p. 7.

⁷³ Carlos Alberto Bittar, *Direito*, cit. p. 27.

⁷⁴ Enzo Roppo, *Contrato*, cit. p. 22.

vinculação das partes à sua manifestação de vontade⁷⁵, hoje vê-se, ao contrário, a necessidade de se limitar tal liberdade, ante a escolha clara da tutela de outros interesses que não a liberdade absoluta, como o equilíbrio dos negócios, a função social e econômica dos mesmos, a boa-fé objetiva a ser respeitada pelas partes.

Anteriormente, os limites à liberdade contratual eram negativos, constituídos de proibições. Não seria crível, em um momento anterior, o estabelecimento de comportamentos contratuais positivos dentro da atuação das partes, limitando-se o estado a determinar os requisitos legais para que tal contrato produzisse os efeitos jurídicos esperados pelas partes.⁷⁶

Mesmo o trabalho de se estabelecer limites negativos à liberdade contratual encontrou sérias dificuldades ante o pensamento liberal do final do século XIX e início do século XX. Roppo⁷⁷ cita a situação ocorrida nos Estados Unidos onde, na segunda metade do século XIX, surgiram leis (*Truck Acts*) no sentido de proibir que os empregadores estabelecessem como parte do pagamento de seus empregados através de bônus a serem utilizados em lojas e dependências da empresa, forçando o pagamento com dinheiro. Tais leis somente deixaram de ter a pecha de inconstitucionais a partir de 1910.

⁷⁵ Enzo Roppo (*Contrato*, cit. p. 35), sobre a liberdade contratual num sistema de concepção liberal, afirma que “*neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual.*”

⁷⁶ Sobre o uso exclusivo de limites negativos do contrato, afirma Enzo Roppo (*Contrato*, cit. p. 32), que “*Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições.*”

⁷⁷ Enzo Roppo, *Contrato*, cit p. 33.

A idéia liberal do contrato pode ser resumida na seguinte conclusão, trazida por Enzo Roppo: *Liberdade contratual e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completarem reciprocamente – sobre os quais se formou a asserção peremptória, segundo a qual dizer ‘contratual’ equivale a dizer ‘justo’* (*‘qui dit contractuel dit juste’*).⁷⁸

Não é de hoje que se observa, dentro da ideologia da igualdade jurídica e da liberdade de contratar encaradas de forma absoluta, busca em verdade dissimular a existência de contratos *substancialmente injustos*.⁷⁹ O conceito liberal de contrato e manifestação de vontade, tão vivo quando da formulação dos grandes códigos civis, notadamente o francês, sustentava-se soberanamente na idéia de que vontade livre é sinônimo de vontade justa. Havendo a manifestação de vontade por partes juridicamente iguais, com consciência e liberdade dentro de paradigmas escolhidos pela codificação e conformando-se seu objeto dentro dos limites negativos impostos pelos vetustos conceitos de ilicitude, possibilidade jurídica, moral e bons costumes, não haveria o Estado que se intrometer nos resultados materiais de tal manifestação.⁸⁰

A igualdade jurídica é igualdade abstrata, de possibilidades, formal, o que não impede a existência de desigualdades substanciais decorrentes da existência de diferentes classes sociais no que diz respeito à capacidade econômica, bem como não se pode acreditar na existência em todas as relações negociais, de uma plenitude da igualdade entre as partes.

⁷⁸ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito*, cit. p. 209. Enzo Roppo, *Contrato*, cit. p. 35.

⁷⁹ Enzo Roppo, *Contrato*, cit. p. 38.

⁸⁰ Para Enzo Roppo (*Contrato*, cit. p. 35), a ideologia por trás da liberdade contratual trabalhava com o conceito de liberdade jurídico como fim a ser alcançado através da igualdade formal, que se caracterizava como instrumento. No dizer do mestre: *“Liberdade de contratar e igualdade formal dos contraentes apareciam como pressupostos, não só da prossecução dos interesses particulares destes últimos, mas também do interesse geral da sociedade.”*

Se no âmbito jurídico formal as partes se mostravam em pé de igualdade, no que diz respeito à igualdade material não se observava uma verdadeira relação entre iguais, já que havia enorme disparidade de condições sociais e econômicas, decorrentes principalmente da sistema econômico capitalista. Se no plano legal as partes eram iguais, no plano extra-legal, ou seja, nas relações sociais e econômicas via-se, em verdade, enorme disparidade do verdadeiro poder contratual, não existindo a aplicação material da igualdade prevista pelos próprios ordenamentos jurídicos.⁸¹

Na proteção jurídico do oblato, notadamente no contrato de compra e venda, haveria verdadeiro caráter de ordem pública. Ou seja, ao lado das formas tradicionais de proteção do consentimento, caracterizada pela teoria tradicional dos vícios do consentimento (tradicionalmente o erro, o dolo e a coação), haveria normas de ordem pública para a proteção do livre consentimento, notadamente por parte da conclusão de negócios jurídicos por consumidores e nos casos de contratos de adesão.⁸²

Há, desta forma, contratos formalmente legais, já que resultavam da manifestação de vontade de pessoas livres e capazes, mas substancialmente injustos, já que a liberdade de formulação do conteúdo contratual concentra-se nas mãos de quem domina as ferramentas econômicas do negócio.

⁸¹ Orlando Gomes (*Transformações*, cit. p. 6), manifesta-se que “em conseqüência da política intervencionista, deixou de ser livre, em vários contratos, a determinação do seu conteúdo ou de um de seus elementos típicos; em outros, perdeu uma das partes a liberdade de escolher a outra; certas pessoas são obrigadas a contratar; a formação de alguns contratos necessita da autorização ou da aprovação da autoridade administrativa, e assim por diante. Surgiram, em conseqüência, novas figuras jurídicas que excedem o modelo clássico do contrato, lhe alteram a configuração e impõem a necessidade de rever seu próprio conceito.” Enzo Roppo, *Contratos*, cit. p. 38.

⁸² Jacques Ghestin e Bernard Desché, *Traité des contrats: la vente*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, p. 136.

Se a idéia de intervenção estatal no contrato, dentro do pensar liberal, limitava-se à concretização dos efeitos determinados pelas partes ao manifestar a sua vontade, situação somente pensável se realmente houvesse igualdade material e formal das partes, passou, num estado intervencionista, a considerar as condições pessoais das partes, levando-se em conta a possibilidade de intervenção e limitação da liberdade negocial. Tal limitação, se antes se dava de forma negativa, com a simples proibição de determinados comportamentos, passou a exigir determinados comportamentos positivos, considerando o interesse de ambas as partes no cumprimento do negócio.

2.4.2. Boa-fé objetiva

O desenvolvimento das exigências da boa-fé nas relações jurídicas, bem como o início da consideração da inexistência de uma igualdade material das partes negociais, especialmente entre membros de uma categoria profissional e pessoas comuns, nos contratos de adesão, causou um aumento dos chamados vícios do consentimento tradicionais. Apesar disto, mostraram-se os mesmos insuficientes e ineficazes ante a uma nova realidade negocial, o que provocou o aparecimento e o desenvolvimento, seja por leis especiais, seja pelo desenvolvimento da jurisprudência, de outras formas de proteção às partes contratantes, seja em sua consideração abstrata, como os consumidores, seja considerando a sua condição particular, como no caso da lesão.⁸³

⁸³ Jacques Ghestin e Bernard Desché, *Traité*, cit. p. 135. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé*, cit. p. 648

Neste sentido, adota-se hoje amplamente a necessidade de se observar, em todas as relações negociais, um parâmetro de comportamento que se adeqüe, genericamente, às expectativas não só da outra parte contratante, mas também de um comportamento socialmente esperado, com vistas ao atingimento da chamada função social do negócio. Mais ainda, a boa-fé objetiva liga-se necessariamente a uma expectativa de comportamento social e, por isto, influencia na própria segurança das relações jurídicas, não sendo mais suficiente o conceito de boa-fé realizado exclusivamente por condutas negativas, mas também “*uma colaboração activa, no sentido da satisfação das expectativas alheias, que exige o conhecimento real da situação que constitui objeto das negociações.*”⁸⁴

Se as partes realizam um negócio jurídico, não é de se esperar que a outra venha a se comportar de maneira contrária ao que se esperaria de qualquer contratante na mesma situação, bem como de maneira a dificultar à outra parte a obtenção dos interesses negociais, bem como “*na vedação de comportamento adotado por quaisquer das partes, tendentes a promover o desequilíbrio contratual.*”⁸⁵ Assim, não há que se considerar como lícito um comportamento que, surpreendendo a outra parte e destoando-se do comportamento geral em situações parecidas, gera a impossibilidade de se atingir os interesses pretendidos por ambas as partes inicialmente no negócio jurídico.⁸⁶

Tal expectativa de comportamento distancia-se do antigo conceito de boa-fé subjetiva, que liga-se essencialmente com o caráter

⁸⁴ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito*, cit. p. 260.

⁸⁵ Marcelo Guerra Martins, *Lesão contratual no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 159.

⁸⁶ Arnaldo Rizzardo (*Contratos*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32), sobre a boa-fé e a probidade afirma: “*A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência de prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres.*”

subjetivo do comportamento das partes ou comportamento consciente. Se esta se liga à inconsciência quanto a alguma atuação contrária ao interesse da outra parte e do próprio ordenamento jurídico, a boa-fé objetiva “*distancia-se do estado psicológico das partes, aproximando-se verdadeiramente de uma regra de direito.*”⁸⁷

De maneira resumida, pode-se afirmar que o dever de boa-fé objetiva obriga as partes a agir de maneira clara e transparente, para que o negócio não seja capaz de surpreender negativamente uma das partes.⁸⁸

2.4.3. Relativização da força obrigatória do contrato

O contrato é o negócio jurídico por excelência, já que mostra-se como o principal instrumento a para a realização da vontade negocial das partes. Aquele deve ser, obrigatoriamente, o conjunto de vontades tendo por fim a formação de uma relação jurídica que atinja os objetivos de ambas as partes, não um instrumento de exploração ou prejuízo a uma das partes, em troca da vantagem exagerada e desproporcional para a outra.⁸⁹

Como qualquer outro instituto jurídico, o contrato tem ao redor de si uma série de princípios que servem não só para auxiliar a determinação de seu significado próprio, mas também como importante ferramenta de interpretação da vontade negocial das partes.

Decorrente da função social, verifica-se o princípio da obrigatoriedade do contrato, já que não se pode conceber a existência de

⁸⁷ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito*, cit. p. 258. Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 159.

⁸⁸ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 33.

⁸⁹ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 22.

um grupo social que não aceita a imperatividade das normas particulares estabelecidas numa relação contratual, deixando o seu cumprimento vinculado somente a uma escolha subjetiva da parte obrigada. Observa Ripert⁹⁰, neste ponto, um conflito não resolvido plenamente pelos moralistas, já que a investigação da autonomia da vontade em toda sua extensão, bem como a imposição da igualdade que deve reinar entre as partes, choca-se, frequentemente, com o princípio da obrigatoriedade do contrato. A existência da desigualdade de prestações e a lesão demonstrar a impossibilidade de se observar o contrato como mero formador de vínculos jurídico legais, mas, antes de tudo, resultado da manifestação de vontade humana, sendo obrigatoriamente circundado de todos os princípios morais que, direta ou indiretamente, regem tal modalidade de comportamento.

A origem de tal princípio encontra fundamento no individualismo jurídico e econômico implantado após a Revolução Francesa, já que a idéia de liberdade de quando, como e com quem contratar era ampla e, em contrapartida a tal liberdade inicial, pregava-se a supressão da liberdade de não se cumprir o contrato. Baseando-se em tal princípio, podemos afirmar que não é lícito a qualquer das partes não cumprir, discutir ou modificar as cláusulas contratuais estabelecidas entre as partes, salvo, baseado no pensamento moderno, as situações em que se permite a discussão do conteúdo do mesmo pela existência de contrariedade aos objetivos do ordenamento jurídico, como nos casos de onerosidade excessiva. A idéia é a de que somente o que pode modificar o conteúdo ou o cumprimento do contrato é um novo concurso de vontades. É irretratável e obriga as partes (*pacta sunt servanda*).⁹¹

⁹⁰ Georges Ripert, *A regra*, cit. p. 55.

⁹¹ Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 36.

Ainda, tal idéia da obrigatoriedade do cumprimento daquilo que foi contratado tem fundamento em idéias do Direito Canônico da idade média. Era princípio de tal escola jurídica o dever de não mentir, caracterizando-se tal ato como contrário às idéias de leis divinas. À medida que determinada pessoa firmava um contrato, estava, perante o outro contratante, afirmando que cumpriria exatamente aquilo que estava descrito no instrumento. Ora, aquele que descumprisse o contrato estaria faltando com o dever de verdade, já que mentiu no momento que assumiu a obrigação (criando uma declaração tácita de que afirmava que iria cumprilo) e não a cumpriu. Era este o princípio da irreversibilidade da palavra empenhada.⁹²

Partindo-se da idéia de que ninguém é obrigado a contratar e o contrato realizado contém em si uma manifestação de vontade livre, temos que, uma vez manifestada a vontade esta adquire **eficácia plena**, não podendo mais as partes escapar a seus efeitos e suas determinações. As partes fazem, através do contrato, uma lei própria que irá regulamentar suas relações no que diz respeito ao objeto do negócio, sendo, para alguns, o ato de contratar uma fagulha do poder legiferante originário.

Para os positivistas como Kant, Ruggiero e Messineo, o contrato obriga porque as partes o aceitam e a lei os protege. Se o ato de contratar é um ato de unidade de vontade negocial, ou seja, se a vontade de ambas as partes se dirige à realização de um negócio bilateral, há uma presunção de que quem contrata livremente aceita a regra da obrigatoriedade de cumprimento, sendo tal obrigatoriedade imposta pela

⁹² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.3, cit. p. 6.

lei.⁹³ Para Ruggiero, o fundamento da obrigatoriedade do contrato é uma questão filosófica⁹⁴, sendo que sua análise deve ater-se a pontos normativos. Para o mesmo, a obrigatoriedade vem da vontade contratual, ou seja, a vontade autônoma das partes livres dá lugar a uma nova e única vontade, a vontade contratual.⁹⁵ Perceba-se que tal idéia divide o fundamento da formação e da obrigatoriedade do contrato. De início ele é moral, já que somente a escolha livre pela contratação tem força de criar um vínculo jurídico válido; em seguida, passa a ser jurídico positivo, já que o ordenamento determina o cumprimento das determinações morais feitas nos moldes por ele previstos. Assim, quando duas pessoas decidem contratar, agem de forma moral, subjetiva, seja no momento em que decidem contratar, seja no momento em que escolhem com quem irão contratar. Isso a lei não determina, sendo até mesmo requisito essencial que a vontade seja livre. Porém, uma vez manifestada a vontade de acordo com os requisitos subjetivos legais, o contrato ganha respaldo num ordenamento posto, que determina seu cumprimento, ainda que de forma coercitiva.

Apesar da construção liberal da idéia da obrigatoriedade do contrato ser um tanto radical, pregando a idéia do *pacta sunt servanda*, sendo obrigatório o cumprimento do contrato mesmo quando represente a ruína de uma das partes, vemos, a partir do início do século passado, o surgimento da idéia da possibilidade de revisão das cláusulas contratuais quando representarem ofensa a determinados princípios gerais de direito. Tal idéia, ainda que pouco ou nada aceita por autores do início do século passado, passou a fazer parte da teoria geral dos contratos, ganhando

⁹³ Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 3: *contratos*, 28ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

⁹⁴ Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, v. 3, trad. da 6ª ed. italiana por Paolo Capitanio; atual. por Paulo Roberto Bernassi. Campinas: Bookseller, 1999, p. 303.

⁹⁵ Roberto de Ruggiero, *Instituições*, v.3, cit. p. 305.

mesmo previsão legal, no Brasil, a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Se o princípio da obrigatoriedade e irretratabilidade das cláusulas contratuais surgiu como idéia absoluta, sofreu uma relativização; de início tímida e extraordinária, hoje aceita e regulamentada, com a possibilidade de intervenção judicial a fim de retirar a força obrigatória da relação negocial que já não cumpre uma função social ou econômica relevante.⁹⁶ A intangibilidade do conteúdo do contrato, se antes de mostrava absoluta, não permitindo ao Estado-juiz, em atendimento ao interesse de uma das partes, modificar ou suprimir cláusulas ou determinações contratuais, dá lugar a uma ampla atuação positiva do julgador que pode e deve, necessariamente, intervir no conteúdo do mesmo, visando o cumprimento pleno de sua função social e econômica.

O princípio do consensualismo, ao contrário da origem romana do contrato como negócio jurídico, época em que a sua delimitação girava em torno de requisitos elementares materiais, como a forma da realização ou mesmo sua declaração física⁹⁷, admite a realização de negócios desligados a elementos formais, ou seja, o formalismo material, dando-se efeitos jurídicos à própria manifestação de vontade e não à sua forma de exteriorização. Neste caso, não importava mais de forma absoluta como a vontade era expressa, mas sim seu conteúdo. Essa manifestação de

⁹⁶ Percebe-se a relutância em adotar a teoria da imprevisão ou outra para a revisão de cláusulas contratuais em autores clássicos como Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v.3, cit. p. 11 e Orlando Gomes (*Contratos*, cit. p. 37), o qual citamos: “*Esse princípio (o da obrigatoriedade) mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que lhe não mutilam a substância. As exceções preconizadas, e já admitida, com hesitação, em poucas legislações, revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não indicam que venha a ser abandonada, até porque sua função de segurança lhe garante a sobrevivência. O que mais não se admite é o sentido absoluto que possuía.*”

⁹⁷ Orlando Gomes (*Contratos*, cit. p. 35), afirma que, em suas origens, “*o contrato necessitava não só da vontade, mas de uma determinada ação, fosse ela a emissão da palavra (verbis), da entrega da coisa (re) ou na sua escrita (litteris), caracterizando uma forma-ritual obrigatória.*”

vontade livre, porém suficiente à criação de uma relação obrigacional é o que se chama, numa acepção lata, de consensualismo. Os primeiros contratos a serem realizados e aceitos com base no princípio do consensualismo foram o contrato de venda, de locação, de mandato e de sociedade, sendo que todos os outros ainda mantinham os requisitos formais/materiais do período anterior.

Modernamente o princípio do consensualismo gera ao contrato a idéia do *pacta sunt servanda*, ou seja, as partes devem respeitar o que elas mesmas determinaram por sua livre vontade, sendo esta o elemento principal da formação do contrato. A vontade de realizar o contrato é jurígena, ou seja, cria a relação jurídica contratual.⁹⁸

Hoje observar-se que o consensualismo opera, em regra, com liberdade de forma, já que o próprio ordenamento determina a forma livre, desde que não haja determinação legal em contrário. Assim, basta a manifestação de vontade como elemento jurígeno, sendo que o mero consenso cria os contratos⁹⁹, salvo as exceções previstas na legislação, como o caso do depósito e do empréstimo, que só se aperfeiçoam pela tradição da coisa, ou os contratos translativos de propriedade imóvel, que requerem a transcrição do título para produzirem efeitos jurídicos.¹⁰⁰

Por fim, princípio contratual de interesse para nosso estudo é o da relatividade dos efeitos dos contratos.

⁹⁸ Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, v.3, cit. p. 9), discorrendo sobre o princípio do consensualismo, afirma que o mesmo “predominou em todo o século XIX e avançou pelo século XX. Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a tradição da coisa e a observância de formalidades.” Também Orlando Gomes, *Contratos*, cit. p. 35.

⁹⁹ Maria Helena Diniz, *Curso*, v.3, cit. p. 37.

¹⁰⁰ Orlando Gomes, *Contratos*, cit. p. 10.

O contrato é um instrumento apto a produzir efeitos, em regra, somente entre as partes que ao mesmo aderiram no uso de sua liberdade negocial. Assim sendo, o contrato gera direitos e obrigações somente às partes contratantes, não sendo lícito a alguém obrigar um terceiro desconhecido através de um contrato sem a participação do mesmo. Conclui-se que os contratos operam efeitos entre as partes como regra geral, somente atingindo terceiros quando a lei assim o determinar.¹⁰¹

As exceções que podem ser observadas a tal princípio são os contratos de estipulação em favor de terceiro, o contrato coletivo de trabalho e o fideicomisso *inter vivos*. Além disso, em outras situações observa-se a transmissão da obrigação contratual a pessoas distintas daquela que realizou o contrato, como no caso dos herdeiros universais, que recebem o contrato e seus efeitos da maneira que foi realizado pelo falecido.¹⁰²

2.4.4. Função social do contrato

A existência do contrato encontra justificativa num determinado grupo social como instrumento de transferência de riquezas, como meio através do qual as pessoas podem se inter-relacionar no que diz respeito a relações essencialmente patrimoniais. Em função do desenvolvimento de uma sociedade capitalista, ou seja, com a economia sustentada numa relação de trocas patrimoniais, os negócios jurídicos

¹⁰¹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v.2, cit. p. 340.

¹⁰² Maria Helena Diniz, *Curso*, v.3, cit. p. 39. Art. 1792, Código Civil. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

onerosos e bilaterais, como o contrato, sendo um instrumento jurídico para tais trocas, generalizou-se. Pode-se dizer que a função social primordial do contrato é propiciar a circulação de riqueza, através, necessariamente, de uma operação econômica.¹⁰³ Ao lado de tal conceito material, há um conceito jurídico, indicado como fenômeno de formação jurídica que dá origem ao efeito econômico desejado.

Assim, o conceito jurídico de contrato não tem um fim em si mesmo, mas possui uma construção finalística voltada aos efeitos econômicos daquela vontade externada. Tem, assim, o contrato caráter instrumental em relação à operação econômica, sendo, no dizer de Roppo, “*a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo ela.*”¹⁰⁴

A se pensar este contrato operação econômica e a existência de um sistema de economia capitalista, tem-se a necessidade da existência, ainda que não de forma absoluta, de uma troca de equivalentes¹⁰⁵, dando origem à idéia presente continuamente nos negócios comutativos, qual seja, a existência de uma prestação necessariamente equivalente, ainda que de forma relativa, à contraprestação.

Se o contrato antes era instrumento restrito a poucas pessoas constituintes da elite do poder, com a capitalização e o liberalismo econômico passou a ser instrumento corriqueiro, sendo certo que *qualquer*

¹⁰³ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código*, cit., n. 6, p. 378. Enzo Roppo (*O contrato*), cit. pp. 8 e 11, discorrendo sobre a própria natureza do contrato afirma que “*o próprio direito contratual mostra-se finalístico quanto ao cumprimento de tal função social, ao afirmar que o chamado ‘direito dos contratos’ tem por finalidade equacionar de forma segura as operações econômicas levadas a cabo pela sociedade.*”

¹⁰⁴ Enzo Roppo, *O contrato*, cit. p. 11. Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, v.1, cit. p. 505), trabalha, indiretamente o tema ao tratar da causa do negócio jurídico, ao afirmar que “*na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio jurídico que o agente busca além da realização do ato em si mesmo.*”

¹⁰⁵ Enzo Roppo, *Contrato*, cit. p. 15.

*indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata.*¹⁰⁶

Assim, podemos perceber que a primeira função do contrato dentro de um grupo social é uma função econômica, uma função que visa facilitar e dar segurança ao tráfego jurídico patrimonial. Em decorrência desta função de transferência econômica do contrato, podemos imaginar que nossa sociedade, sem tal instrumento, encontrar-se-ia numa situação de ausência de movimentação econômica e, conseqüentemente, de estagnação.

Ao lado da função econômica do contrato, observamos uma função civilizadora e educativa do mesmo, da mesma forma decorrente de sua função social. O contrato tem, em si, um conteúdo limitador e orientador da vontade humana, já que, de uma maneira geral, as determinações estabelecidas pelas partes num instrumento contratual gozam de respeitabilidade social. Significa isto que o cumprimento das cláusulas contratuais não exige, de uma maneira geral, subjetivismos, sendo suficiente a determinação dos comportamentos nele determinados para se exigir seu cumprimento.¹⁰⁷

Tal segunda idéia, decorrente da função social do contrato, baseia-se na idéia do contrato com instrumento normatizador do comportamento humano, aceitando a idéia de que cada pessoa, ao contratar, limita sua liberdade, já que obriga-se, perante o grupo e mediante a imposição de sanções, a cumprir aquilo que fora deliberado. Desta forma, *“aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O*

¹⁰⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.3, cit. p. 4.

¹⁰⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.3, cit. p. 5.

contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata.”¹⁰⁸

O Código Civil brasileiro de 2002 trouxe, de maneira expressa, a obrigatoriedade de observância da função social do contrato em seu art. 421¹⁰⁹, o que significa que, no momento de sua interpretação, o juiz deverá ter como norte a observância dessa idéia geral de benefício da coletividade, não mais prevalecendo o individualismo que antes regia a interpretação contratual.

A não observância deste ideal pode ter por efeito a nulidade de uma cláusula ou mesmo de todo um contrato. Desta forma, “*o princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições, trazidos pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual*”¹¹⁰, com a finalidade de assegurar um mínimo de igualdade econômica entre as partes. O contrato assume, assim, uma função circulatória de valores, porém em atendimento de interesses legítimos de ambas as partes, não podendo mais se constituir em elemento de dano ilegítimo a uma das partes contratantes.

2.5. Plano de existência, validade e eficácia do negócio

Como dito, a exteriorização ou manifestação da vontade caracteriza-se como pressuposto de existência do negócio jurídico.¹¹¹

¹⁰⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 3, cit p. 5.

¹⁰⁹ Art. 421, Código Civil brasileiro. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹¹⁰ Maria Helena Diniz, *Curso*, v.3, cit. p. 34.

¹¹¹ Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 217.

Para que se configure o negócio jurídico, é preciso, no mínimo, que haja a exteriorização da vontade por alguma forma, expressa ou tácita. Nestes casos, quando não chegam a se exteriorizar os elementos constitutivos do negócio jurídico, não há que se falar em análise jurídica da possibilidade de produção dos efeitos desejados pelas partes.¹¹² Diante disto, observamos que, no momento da realização de determinado negócio jurídico, pode ocorrer a inexistência total da vontade, como nos casos de alienação mental ou de coação absoluta. Nestes casos, diz-se que inexistem também o negócio jurídico, já que a vontade manifestada é um de seus elementos essenciais e, nem mesmo existindo vontade, não há como existir ato jurídico.

Entende-se o ato inexistente o negócio jurídico quando não estão presentes os elementos mínimos necessários para que se enquadre como um negócio de sua natureza ou, ainda, que tenha um objeto pertinente a tal categoria negocial.

Analisamos o negócio jurídico, no que diz respeito à sua validade, como resultado de um processo de formação e exteriorização da vontade. Ou seja, para que seja válido o negócio, é necessária a observância da formação livre e consciente da vontade das partes negociantes, bem como a exteriorização de forma legalmente adequada. Ainda, após tal exteriorização, depende-se ainda da análise do conteúdo do negócio, considerando a sua adequação ao ordenamento jurídico, para se determinar a possibilidade ou não da produção de todos ou alguns dos efeitos pretendidos pelas partes.

¹¹² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v. 1, cit. p. 631; Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 469.

Somente pela análise das regras do contrato como processo de formação da vontade é que se poderá fazer um controle de mérito do contrato.¹¹³ Dentro de tal processo de formação do negócio jurídico como manifestação de vontade válida dentro do ordenamento jurídico, podem ser observados dois elementos distintos e essenciais para a verificação da ineficácia do negócio jurídico.

Primeiro um elemento de natureza processual, ligado às circunstâncias externas que envolveram a formação do contrato. Se tal formação demonstra a existência de “*circunstâncias excepcionalmente graves, de tal modo a coactar, de modo relevante, a liberdade de determinação e de escolha de um dos contraentes, e de impedir-lhe a possibilidade de delinear a operação contratual, segundo um cálculo de racionalidade econômica, haverá ineficácia de origem volitiva.*”¹¹⁴

Em segundo lugar, observa um elemento substancial, ligado ao conteúdo da manifestação da vontade, ou seja, ao conteúdo do contrato e a seu equilíbrio econômico. Neste sentido, a intervenção judicial somente se justifica se “*os termos da troca sejam iníquos ou gravemente desproporcionados, prejudicando a parte que sofre aquelas circunstâncias.*”¹¹⁵

Em sentido similar, Humberto Theodoro Júnior afirma a existência de dois graus distintos de eficácia para o negócio jurídico: um grau estático e um grau dinâmico. O primeiro grau diz respeito à eficácia inicial do negócio jurídico, ou seja, a sua capacidade de estabelecer a

¹¹³ Enzo Roppo (*O contrato*, cit. p. 248), para o qual seriam tais circunstâncias o que caracterizaria a formação de um contrato em estado de perigo e a lesão contratual.

¹¹⁴ Enzo Roppo, *O contrato*, cit. p. 248.

¹¹⁵ Enzo Roppo, *O contrato*, cit. p. 249.

relação jurídica negocial entre as partes, permitindo a análise teórica de sua formação como resultado da manifestação de vontade, bem como o seu fim jurídico almejado. O segundo grau (dinâmico), diz respeito à eficácia do negócio no que diz respeito ao seu funcionamento, ou seja, na realização dos resultados pretendidos pelas partes quando da manifestação de vontade.¹¹⁶ Em conclusão, afirma-se que o negócio jurídico é plenamente eficaz não só quando é capaz de constituir a relação jurídica, mas também como é suficiente e lícito para a realização dos fins pretendidos pelas partes quando da realização do negócio. Ineficácia, portanto, “*é aquela situação – causa – que ataca o ato jurídico e o priva de produzir os efeitos ou conseqüências previstas pelas partes para sua sua consolidação e consumação.*”¹¹⁷

Neste sentido, haveria uma diferenciação entre a existência de ineficácia estrutural e funcional do negócio jurídico. Aquela está ligada à falta de elementos constitutivos do próprio negócio jurídico como processo, como a falta de capacidade, o ilicitude do objeto ou dos fins, vícios de vontade, de forma etc, ocasionando a nulidade do negócio; esta liga-se à perda da eficácia do negócio por ocorrências posteriores à sua própria formação, ou seja, situações que atingem o negócio após a sua regular constituição, como os casos que autorizam a resolução do negócio por circunstâncias imprevistas, bem como a revogação e a rescisão por inadimplemento de uma das partes.¹¹⁸

¹¹⁶ Humberto Theodoro Júnior, *Lesão*, cit. p. 12.

¹¹⁷ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho civil*; parte general, Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 426.

¹¹⁸ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 427. Eduardo A. Zannoni (*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 127), afirma que “*se a ineficácia advem de razão superveniente à vontade negocial, que, apesar de não retirar a eficácia em si do ato, lhe retira sua eficácia econômico-social, haverá hipótese de ineficácia extrínseca ou funcional do ato jurídico, supervenientes à sua celebração.*”

A lesão, considerada pelo legislador como um defeito do negócio jurídico e causa de anulabilidade do negócio, estaria enquadrada dentro da chamada ineficácia estrutural do negócio, ou seja, afeta a própria manifestação de vontade, juntamente com a simulação e a fraude.¹¹⁹ Neste sentido o entendimento, esposado por parte da doutrina que se manifesta a respeito da lesão, de que haveria uma falha essencialmente vinculada à vontade da parte que manifesta sua vontade impulsionado pela necessidade ou inexperiência.

Em resumo, a eficácia do negócio jurídico está diretamente ligada à possibilidade ou não de se produzir os efeitos pretendidos pelas partes, caracterizando-se a ineficácia, em sentido amplo, como a recusa à produção dos efeitos do negócio jurídico, embora estejam presentes os elementos constitutivos do negócio em si. Neste caso, há um obstáculo extrínseco ao resultado da vontade das partes, ou seja, uma limitação proveniente de ato distinto da vontade das partes, como, por exemplo, a obrigatoriedade de forma específica para o negócio jurídico.¹²⁰ Tais obstáculos podem ser classificados em grau, ou seja, quando o objetivo é evitar que o negócio jurídico venha a produzir determinados efeitos cuja recusa vincula-se, genericamente, a um interesse de ordem pública, tem-se a chamada nulidade absoluta do negócio; ao contrário, quando o interesse jurídico que se busca defender diz respeito à proteção legal individual, tem-se a nulidade relativa.

Faltando a observância destes requisitos considerados fundamentais para a existência de um ato jurídico capaz de satisfazer interesses particulares e, ao mesmo tempo, garantir um mínimo de

¹¹⁹ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 427.

¹²⁰ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p.467; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 632; Karl Larenz, *Derecho*, cit. p. 629.

segurança jurídica nos negócios, teremos imperfeições do ato jurídico. Estas, segundo Washington de Barros Monteiro, podem ter três causas:

“a) – por falta de elemento essencial e, portanto, indispensável à sua existência (consentimento, objeto, causa). Em tais condições é evidente que o ato, não tendo chegado a se completar, nenhum efeito pode produzir. A doutrina caracteriza essa situação com o termo inexistente, mais bem chamado ato incompleto ou ato inacabado no direito alemão; b) – o ato, reunindo embora todos os elementos fundamentais, foi praticado com violação da lei, é contrário à ordem pública, ou aos bons costumes, ou não observou a forma legal. Por tais razões, fica ele eivado de visceral nulidade, recusando-lhe a ordem jurídica os efeitos, que produziria, se fosse perfeito. São os atos nulos (de ne nullus – nenhum); c) – finalmente, o defeito pode advir de imperfeição da vontade, ou porque emanada de um incapaz, ou porque sua declaração se inquinou de algum dos vícios do consentimento (erro ou ignorância, dolo e coação), ou ainda porque a mesma vontade, desviando-se da lisura e da boa fé, atuou no sentido de prejudicar a outrem, de vulnerar a lei. Atos anuláveis é a expressão empregada para assinalar essa anomalia de menor gravidade”¹²¹

Percebe-se, pela leitura das causas citadas pelo saudoso mestre que há possibilidade de uma divisão tripartite das imperfeições do ato jurídico. Ter-se-ia ato inexistente, ato nulo e ato anulável.

Preferiu o legislador não tratar, de forma textual, do ato inexistente, já que, pela lógica, um ato jurídico inexistente não é capaz de produzir efeito jurídico algum, não sendo necessária decisão judicial para a sua desconstituição, já que *“o ato, em verdade, jamais chega a existir, nem é possível invalidar o que não existe.”*¹²² Para os que o aceitam, o ato inexistente é aquele que não chega a existir, já que não tem os requisitos mínimos para sua constituição. Diferentemente do ato nulo, onde há

¹²¹ Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v. 1, cit. p. 274.

¹²² Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v. 1, cit. p. 275; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, v. 1, cit. p. 466.

presença de todos os elementos, porém de forma irregular, de forma falha, aqui, não existem nem mesmo os requisitos minimamente exigidos para se considerar uma manifestação de vontade com eficácia jurídica. Washington traz-nos o seguinte exemplo: “*imagine-se compra e venda em que não se haja fixado o preço. O vendedor diz: vendo tal objeto; o comprador aquiesce. Há a coisa e o consentimento, mas inexiste um elemento essencial ao aperfeiçoamento do contrato e este, assim, juridicamente, não se configura.*”¹²³

Conclui-se, com base na teoria na nulidade do negócio jurídico que, para que algo seja dito nulo ou anulável, primeiro precisa existir. Se ao ato faltar um dos elementos essenciais para a sua própria existência (consentimento, objeto e causa), não terá eficácia jurídica alguma, sendo considerado nada jurídico. Por exemplo, no caso de casamento realizado por ator em peça teatral.

Nulidade absoluta é a impossibilidade, em decorrência de ofensa a uma predeterminação legal, de produção pelo negócio jurídico, dos efeitos pretendidos pelas partes.¹²⁴

O negócio jurídico contém em si uma manifestação de vontade com a finalidade de adquirir, modificar ou extingui uma relação jurídica determinada. Assim, a vontade é a base na formação do negócio jurídico, razão pela qual a ausência total ou parcial da vontade elimina a existência do negócio jurídico ou contamina-o provocando sua ineficácia. A vontade é a mola propulsora dos negócios jurídicos.¹²⁵

¹²³ Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v.1, cit. p. 275; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso*, v.1, cit. p. 504.

¹²⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 632.

¹²⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, v. 1, cit. p. 422.

Mais do que simples existência da vontade, para que haja negócio jurídico válido é necessário que aquela, durante a formação do negócio, funcione de forma livre e normal, sem limitações de qualquer ordem, sem a supressão da mesma pela vontade de outrem e sem uma finalidade contrária ao ordenamento jurídico.

Há situações em que a vontade existe, mas encontra-se contaminada por um dos vícios de consentimento, como o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo. Há uma vontade manifestada, mas esta é mal dirigida, mal externada. Nestes casos, havendo o vício do consentimento, tem-se, de fato, um defeito na relação estabelecida entre a causa (vontade) e o resultado ocorrido. O que o agente quer, no momento em que age, não corresponde ao que ele desejaria se estivesse na plenitude de sua vontade. Nestes casos, o negócio jurídico acaba contaminado, restando ineficaz nos termos e limites legais.¹²⁶

Não se quer aqui afirmar a absoluta impossibilidade de produção de efeitos jurídicos pelos negócios jurídicos nulos, já que clara a possibilidade de produção de efeitos materiais por tais atos, como no caso do casamento nulo com efeito putativo e nos negócios nulos mas que possam produzir um efeito material impossível de restituição ao estado anterior. O que se afirma, no caso, é a impossibilidade de produção dos efeitos jurídicos e, conseqüentemente de fato, pretendidos pelas partes em função da nulidade afirmada pelo próprio legislador,¹²⁷ gerando-se o maior grau de ineficácia quanto aos efeitos pretendidos pelas partes.

¹²⁶ Karl Larenz, *Derecho*, cit. p. 624.

¹²⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 644.

A nulidade absoluta pode alcançar o negócio jurídico em seus três aspectos essenciais: o critério subjetivo, com o estabelecimento da nulidade em função da incapacidade ou ilegitimidade das partes que intervêm no negócio; o critério objetivo, com a determinação da nulidade quando o objeto ou o objetivo comum às partes seja considerado ilícito pela legislação; por fim, tem-se o critério formal, com a expressa nulidade do negócio jurídico quando não cumpre a forma exigida pela lei para a exteriorização da vontade, ou quando a exterioriza por forma expressamente proibida pela legislação.

A nulidade relativa ou anulabilidade, diz respeito a defeitos exclusivamente ligados à vontade particular e ao interesse patrimonial das partes envolvidas no negócio.¹²⁸ Sendo o interesse a ser protegido exclusivamente particular, admite-se não só a ratificação do negócio anulável, mas também a convalidação pelo simples silêncio da parte prejudicada, havendo prazo decadencial de 4 anos para o ingresso com a ação anulatória.¹²⁹

De forma diversa, há situações em que o legislador não vê um ataque direto à ordem pública, mas apenas um prejuízo sofrido por uma determinada pessoa, por um membro da sociedade. Nestes casos, a reação estatal mostra-se mais amena, não inquinando de nulidade absoluta o ato, apenas facultando ao interessado a declaração judicial de anulação do ato

¹²⁸ Heinrich Lehmann, *Tratdo*, cit. p. 252. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 639.

¹²⁹ Art. 172, Código Civil brasileiro. O negócio jurídico anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Art. 176, Código Civil brasileiro. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Art. 178, Código Civil brasileiro. É de 4 (quatro) anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

defeituoso ou lesivo. Nestes casos, a reação não ocorre por vontade do Estado, mas por vontade do interessado, que passa a ter o direito subjetivo de pedir a anulação do ato. Se este, o prejudicado, “*se conformar com os efeitos do ato defeituoso, tal circunstância é indiferente à ordenação jurídica, que desde então atribui validade ao ato assim ratificado.*”¹³⁰

De maneira geral, a nulidade relativa tem por objeto a proteção do consentimento manifestado, declarando a existência de anulabilidade do negócio nos casos de defeitos do negócio jurídico, manifestação de vontade negocial pelo relativamente incapaz sem a devida assistência e, de forma subsidiária, todos os outros casos determinados pela legislação como anuláveis.

Outras situações existem em que, apesar de haver a manifestação de vontade do agente de forma livre e tendente a realizar o resultado desejado, tem-se uma falha na criação da relação jurídica em função de sua finalidade, seu objetivo. Há plena consciência da ação e do resultado desejado. Entretanto, pode ser que a vontade fira a lei ou a boa-fé, constituindo-se um ato ilegal ou um ato prejudicial a terceiros de boa-fé. Estes são os casos chamados de vícios sociais, já que o consentimento é perfeito, porém a vontade é ilegal ou lesiva. Nestes casos, nenhuma oposição se apresenta entre a vontade íntima e a vontade externada, porém entre a vontade do agente e a ordem legal.¹³¹ São os casos de simulação e a fraude contra credores.

¹³⁰ Sílvio Rodrigues, *Direito*, v. 1, cit. p. 285. No mesmo sentido, o mestre paulista cita lição dos irmãos Mazeaud (*Leçons*, Paris, 1956, v.1, n. 350), que afirmam: “*Em princípio, les nullités absolues sanctionnent la violation d’une règle d’ordre public, les nullités relatives, la violation de règles edictées pour la protection d’intérêts privés.*”

¹³¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 1, cit. p. 324.

Temos, portanto, no que se refere aos defeitos dos negócios jurídicos:

- a) Vícios da vontade, ou do consentimento, ocorrem quando há uma desavença entre a vontade real e a vontade declarada, atuando o defeito diretamente sobre a vontade da pessoa que a declara. Como exemplo, citamos o caso da coação, quando a pessoa, mediante uma ameaçada, é forçada a praticar um ato. Sua vontade, no caso, está viciada, já que se não fosse ameaçada, jamais realizaria tal ato. Os casos legais de vícios do consentimento são o dolo, o erro ou ignorância, a coação ou violência, a lesão e o estado de perigo.
- b) Vícios sociais surgem quando o defeito contido na manifestação de vontade ataca a ordem social, já que o agente quer agir e pretende o resultado livremente, mas o resultado buscado é ilegal ou lesivo a terceiros. São os casos de simulação e de fraude contra credores.

Diferenciam-se os efeitos da nulidade absoluta e da nulidade relativa dos negócios jurídicos no que diz respeito ao momento de retirada de eficácia do negócio. Ou seja, como consequência final, ambos perdem absolutamente a capacidade de produzir os efeitos pretendidos pelas partes.

O alcance de tal ineficácia é variável, ante o exposto detor dos arts. 169 e 177, ambos do Código Civil brasileiro¹³², que determinam expressamente que a sentença declaratória de nulidade terá efeitos *ex tunc*, enquanto que a sentença que desconstitui o negócio jurídico anulável o tornará sem efeitos a partir da sentença, ou seja, produzirá efeitos *ex*

¹³² Art. 169, Código Civil brasileiro. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Art. 177, Código Civil brasileiro. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

nunc.¹³³ Tal tratamento decorre diretamente ao objeto de proteção da nulidade absoluta e da nulidade relativa. Aquela visando a proteção a um interesse público; este visa somente a proteção a um interesse patrimonial privado, seja de quem manifesta a vontade, seja de quem é prejudicado com tal manifestação defeituosa.

A sentença que declara uma nulidade terá efeito *ex tunc*, quer dizer, seu alcance irá retroceder até a data da realização do ato eivado de nulidade. Desta forma, a sentença que reconhece a existência de nulidade absoluta terá caráter declaratório, já que não será a partir dela que se caracterizará a nulidade do ato, mas sim da própria realização deste, nascendo já contaminado por defeito insanável.

Assim, em ambos os casos a idéia da retirada da eficácia do negócio através da nulidade é a reposição das partes ao estado anterior à realização do negócio. Entretanto, o alcance de tal determinação encontra limitação no próprio tratamento dado pelo legislador a tais situações, que fixa a ineficácia desde a realização do negócio nos casos de nulidade absoluta, estendendo esta mesma eficácia até a prolação da sentença anulatória nos casos de nulidade relativa, sendo este o ato que retira a eficácia dos negócios anuláveis.

Segundo o conceito de Sílvio Rodrigues, “*a nulidade, portanto, consiste apenas nisso, ou seja, no reconhecimento da existência de um vício que impede um ato de ter existência legal, ou de produzir efeito.*”¹³⁴

¹³³ Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, v. 1, cit. p. 644), afirmando que o ato anulável, “*por não ser originário de tão grave defeito, produz as suas conseqüências, até que seja decretada a sua invalidade.*”

¹³⁴ Sílvio Rodrigues, *Direito*, v.1, cit. p. 284. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 246.

Conforme o grau da agressão aos princípios exigidos para a configuração do negócio jurídico, teremos a ocorrência de nulidade absoluta ou relativa. Assim, poderemos ter o chamado ato nulo e o ato anulável, além da possibilidade do ato inexistente.

No caso de atos nulos, teremos a ocorrência de defeitos irremediáveis, já que realizaram-se com ofensa a princípios de ordem pública. São atos em desacordo com princípios tidos por indispensáveis à própria organização do Estado e da sociedade. Assim, o caso do absolutamente incapaz que declara sua vontade sem a representação, ou a realização de ato jurídico tendo por objeto um objeto ilícito. Nestes casos, *“é o interesse público que é lesado; por conseguinte, a própria sociedade reage, e reage violentamente, fulminando de nulidade o ato que a vulnerou.”*¹³⁵

Nos permitidos a transcrição de quadro de características entre a nulidade absoluta e a relativa trazida por Washington de Barros Monteiro:

- a) *“– a anulabilidade é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada, ou no de um grupo de pessoas determinadas; a nulidade é de ordem pública, de alcance geral e decretada no interesse da própria coletividade;*
- b) *– a anulabilidade pode ser suprida pelo juiz a requerimento das partes, ou sanada, expressa ou tacitamente, pela ratificação (art. 148); a nulidade não pode ser suprida pelo juiz, embora a pedido de todos os interessados (art. 146, parágrafo único);*
- c) *– a anulabilidade há de ser pronunciada mediante provocação da parte, não podendo ser decretada ex officio pelo juiz (art. 152); a nulidade pode e deve ser decretada de ofício (art. 146, parágrafo único);*
- d) *– a anulabilidade pode ser alegada e promovida pelos prejudicados com o ato, ou por seus legítimos representantes (art. 152); a nulidade pode ser decretada não só a pedido dos interessados, como também do órgão*

¹³⁵ Sílvio Rodrigues, *Direito*, v.1, cit. p. 285; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v. 1, cit. p. 276.

do Ministério Público, quando lhe caiba intervir (art. 146);

- e) – a anulabilidade é prescritível, em prazos mais ou menos exíguos; a nulidade não prescreve (quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere), ou, se prescreve, será no maior prazo previsto em lei;
- f) – a anulação deve ser sempre pleiteada através de ação judicial; a nulidade, quase sempre, opera pleno jure, ressalvada a hipótese em que se suscite dúvida sobre a existência da própria nulidade, caso em que se tornará imprescindível a propositura de ação para o reconhecimento de sua ocorrência, pois a ninguém é lícito fazer justiça com as próprias mãos.”¹³⁶

No que se refere à prescrição, há discussão doutrinária ferrenha, sobre a possibilidade ou não da prescrição da ação anulatória de ato jurídico nulo. Para Sílvio Rodrigues, “enquanto o ato nulo é imprescritível, a ação anulatória está sujeita à prescrição.”¹³⁷

Para outros autores, a ação para a declaração da nulidade absoluta deve ser intentada no prazo de 20 anos, prazo este que ultrapassado, acarretará a ratificação presumida do mesmo.¹³⁸ Neste caso, em regra não há prescrição da nulidade absoluta, agindo como exceções os casos de prescrição da nulidade previstos em lei, e os casos em que o negócio jurídico tiver fundo patrimonial, quando a prescrição ocorrerá em 20 anos.¹³⁹

¹³⁶ Washington de Barros Monteiro, *Curso*, v.1, cit. p. 276. De forma diversa, afirma Maria Helena Diniz (*Curso*, v. 1, cit. p. 348), que mesmo sendo nulo ou anulável, é imprescindível a manifestação do judiciário, já que a nulidade não opera *ipso iure*.

¹³⁷ Sílvio Rodrigues, *Direito*, v.1, cit. p. 289.

¹³⁸ Neste sentido, e comentando o direito francês, Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud (*Introduction à l'étude du droit*, tomo 1, v.1, p. 359), afirmando a prescrição da ação de nulidade absoluta em 30 anos. Para Washington de Barros Monteiro (*Curso*, v.1, cit. p. 277-8), “a anulação é prescritível, vindo a desaparecer com o decurso do tempo. A nulidade absoluta, ora é imprescritível (nos casos de matrimônio nulo, menos a hipótese do art. 208), ora prescreve, mas dentro do prazo das ações pessoais (art. 177).”

¹³⁹ Maria Helena Diniz, *Curso*, v. 1, cit. p. 350.

Ao que parece, a corrente prevalente e mais lógica é aquela que entende pela imprescritibilidade do reconhecimento da nulidade absoluta. Primeiro, porque jamais o tempo terá o condão de apagar uma ilicitude, salvo a exceção do art. 208 do Código Civil. Em segundo, porque o reconhecimento da prescrição, isto é, a impossibilidade de ação para a declaração da nulidade do ato, mostra-se como uma ratificação tácita, imposta pelo tempo, de um ato ilegal.

No que diz respeito ao ato anulável, no caso específicos dos defeitos do negócio jurídico, estabeleceu no Código Civil brasileiro de 2002, adotando expressamente a aplicabilidade de prazo decadencial para as ações de cunho constitutivo ou desconstitutivo, prazo de 4 anos para o exercício de direito de anulação.

O conceito moderno de ineficácia do negócio jurídico estendeu-se da simples idéia de efeito do reconhecimento da existência de uma nulidade que atinja o negócio para a idéia da inoponibilidade do negócio. Negócio jurídico ineficaz seria, portanto, aquele cujos efeitos não podem ser afirmados em relação a determinadas pessoas (inoponibilidade) ou a todas as pessoas (nulidade). Ainda, aquela estaria ligada a deficiências extrínsecas, já que o ato contém em si todos os elementos necessários à sua formação válida, mas está impedido de produzir seus possíveis efeitos. Nesta, haveria defeito em um elemento intrínseco, seja vício de forma ou de conteúdo do negócio.¹⁴⁰

Ainda, no que diz respeito à inoponibilidade ou ineficácia do negócio jurídico, pode-se entender que decorrendo de causa extrínfseca relacionada a terceiro, mantém-se totalmente os efeitos do negócio jurídico

¹⁴⁰ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso*, cit., p. 503. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 259

em relação às partes, mas os mesmos não têm a capacidade de produção destes efeitos em relação a terceiros que não participaram do negócio. Este o exemplo da alienação feita em fraude à execução, a alienação de imóvel hipotecado em relação ao credor hipotecário, dentre outras situações.¹⁴¹

¹⁴¹ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso*, cit., p. 504.

3. LESÃO

3.1. Histórico e delimitação conceitual

Todos os estudos a respeito da lesão partem, necessariamente, da análise da construção histórica do instituto a partir do direito romano, embora se reconheça em períodos anteriores a existência de manifestações sustentadas nos princípios da equidade nos negócios jurídicos. Com base em Dekkers, Wilson de Andrade Brandão afirma a origem romana do instituto, não havendo notícia oficial do instituto, com sua formulação atual, anterior à Lei Segunda (ano 285) ou mesmo em outro sistema legal anterior¹⁴².

Entretanto, apesar da afirmação acima, tem-se que a gênese do instituto no que diz respeito a preceitos filosóficos e morais são anteriores, havendo mesmo condenações à conduta usurária na própria Bíblia.

Indica a doutrina que na Grécia antiga não havia nenhuma previsão específica da lesão como causa de rescisão de contratos.¹⁴³ Entretanto, o fundamento filosófico do princípio contratual que permite ao Estado a possibilidade de intervir no conteúdo dos contratos, buscando o cumprimento de determinados objetivos do instituto, como a proteção da liberdade das partes e ao equilíbrio contratual das partes, era já citado por Platão em seu “As Leis” defende a intervenção estatal nos contratos particulares¹⁴⁴. Mas, de forma específica, não há nenhum comentário no que diz respeito à lesão, havendo citação de Aristóteles, em sua “Ética a

¹⁴² Wilson de Andrade Brandão, *Lesão e contrato no direito brasileiro*, 3ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, p. 16.

¹⁴³ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 19.

¹⁴⁴ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 20.

Nicômaco”, em sentido contrário à aceitação da lesão. “*Em síntese, a legislação, os costumes e os estilos gregos ignoram a lesão.*”¹⁴⁵

Caio Mário da Silva Pereira afirma a manifestação do Código de Manu, determinando a impossibilidade da eficácia da venda feita por louco ou exaltado ou, ainda, nos casos de preço vil fixado para uma venda.¹⁴⁶

No âmbito do direito romano clássico, não havia a necessidade de equilíbrio das prestações contratuais estabelecida entre as partes, já que o ganho de uma das partes, combinado ao prejuízo sofrido pela outra, faziam parte da natureza jurídica de qualquer negócio oneroso, notadamente na compra e venda. Neste mesmo sentido, a idéia de correspondência entre preço da coisa e o real valor da coisa vendida não integrava a natureza jurídica do contrato.¹⁴⁷ Para o direito romano clássico, o que integrava o contrato de compra e venda era simplesmente a vontade de negociar, o objeto e o preço, não havendo que existir necessariamente correlação entre o valor do objeto e o preço contratado. Somente o dolo quanto ao preço poderia rescindir o contrato, ou seja, o que poderia acarretar consequência sobre a existência do contrato não era o elemento objetivo do preço, mas sim a intenção dolosa da outra parte contratante.

Afirma parte da doutrina, com os romanistas, que a primeira manifestação no direito romano a respeito da lesão origina-se na Lei Segunda de Diocleciano, no ano de 285. Entretanto, outra parte da doutrina afirma não ter sido a Constituição de Diocleciano a primeira manifestação expressa do direito romano sobre a lesão como instituto ligado ao direito

¹⁴⁵ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 21-23.

¹⁴⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 2.

¹⁴⁷ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 23.

contratual, defendendo tais autores que a lesão surgiu no século VI, através de interpolações feitas por Justiniano a fragmentos do texto de Diocleciano. Enfim, este o conflito: para alguns, a lesão teria surgido originariamente no século III, com a Constituição de Diocleciano (Lei Segunda), no ano de 285¹⁴⁸; para outros, a lesão não surgiu no século III, mas sim no século VI, através de interpolações feitas por Justiniano ao texto anterior de Diocleciano.¹⁴⁹

Considerando a própria natureza da lesão, bem como seus objetivos, cremos que a conformação da lesão como o instituto hoje existente deu-se com a compilação feita por Justiniano, bem como suas interpolações e interpretações de acordo com ideias inerentes ao Cristianismo. Esta influência, segundo Hélio Borghi¹⁵⁰, decorria da cada vez maior influência e evolução de idéias cristãs, que chegaram a dar contornos finais aos textos das Leis Segunda (285 d.C.) e Oitava (294 d.C.).

A análise da celeuma parte de textos ainda anteriores à Constituição de Diocleciano, destacando-se dois institutos com fundamentos semelhantes ao da lesão, podendo ser os mesmos considerados antecessores do instituto em questão. A *restitutio in integrum*, pela qual o juiz, nos casos de menoridade, violência, dolo, erro, fraude, ausência ou *captis deminutio* do devedor, devolvia as partes ao estado anterior ao contrato; e a *exceptio non numeratae pecuniae*, aplicável a contratos em que, para escapar das limitações estabelecidas aos contratos de mútuo, havia simulação quanto aos valores realmente emprestados e os

¹⁴⁸ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 35.

¹⁴⁹ Posição defendida por Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 23; Hélio Borghi, *A lesão no direito civil*, São Paulo: Leud, p. 7. Sobre os argumentos prós e contra a autenticidade da Lei Segunda no século III, vide Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 30-35.

¹⁵⁰ Hélio Borghi, *A lesão*, cit. p. 12.

valores declarados no instrumento, permitindo ao devedor, de início como medida de defesa e, posteriormente, como ação específica contra o mutuante, determinando-se a inversão do ônus da prova quanto aos valores efetivamente recebidos.¹⁵¹

Com o surgimento da Lei Segunda o que houve foi uma presunção de dolo da parte beneficiada com um preço exagerado e desproporcional, já que tal texto apenas exigia, para a ocorrência da lesão, a existência da desproporção tarifada entre o preço do negócio e o justo preço do objeto negociado. Tal lei somente surgiu em função do ambiente que atingia a sociedade romana em seu aspecto econômico, tendo por fim a proteção econômica daqueles que se viam impedidos de obter um negócio justo, ante a concentração da riqueza e das terras nas mãos de poucos. Segundo Brandão¹⁵², os poderosos, num prenúncio da concentração de terras do regime feudal, adquiriam terras dos mais necessitados a preços extorsivamente baixos, tornando os negócios extremamente lesivos para os contratantes.

A lesão, em sua origem romana, ocorria quando as prestações estabelecidas por negócio entre as partes se mostravam desproporcionais. No caso, se o preço recebido por uma das partes for inferior a metade daquele recebido pela outra ou o valor real do bem, surgia a possibilidade de se anular o negócio, rescindindo-se o contrato celebrado.¹⁵³

¹⁵¹ Carlos Alberto Bittar Filho, *Da lesão no direito brasileiro atual*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 57-59; Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 25. Percebe-se em tais institutos a busca de um equilíbrio entre o *ius strictum* e a *aequitas*, desfazendo-se um negócio jurídico e seus resultados em atenção a princípios de equidade, cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 6-9.

¹⁵² Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 28.

¹⁵³ Tal determinação do direito romano está previsto na Lei Segunda de Diocleciano e Maximiliano, editada no ano 285 (Cód. L. IV, Tít. 44, *De rescindenda venditione*, L. 2, que afirmava: *Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit.* Na tradução de Caio Mário da Silva Pereira (*Lesão*, cit. p. 13): Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma

Esta a chamada lesão enorme (*laesio enormis*), que se caracterizava como um vício objetivo, já que para sua ocorrência apenas necessitava a existência de dois pressupostos: a desproporção do preço justo e do preço do negócio e que tal desproporção fosse superior à metade do valor justo do bem negociado.¹⁵⁴ Como consequência, ficava o vendedor autorizado a pedir a rescisão do negócio ao juiz, caso o comprador não se oferecesse à complementação do valor real do negócio. Caso não fizesse uso de tal ação, o negócio permaneceria com todos os seus efeitos.

Apesar da Lei Segunda restringir a aplicação do instituto às aquisições de imóveis, ante o uso do termo *fundus*, também trazia em seu texto o termo *res*, abrangendo, em consequência, a possibilidade da lesão em negócios envolvendo bens móveis. No mais, não se aplicava a contratos aleatórios e gratuitos, bem como leilões públicos de bens, sendo vedada a renúncia prévia do vendedor ao uso da existência da lesão como matéria de defesa.¹⁵⁵

Não obstante o surgimento da lesão como instituto próprio, tendo como pressuposto a ocorrência de desproporção superior à metade do valor real do negócio, houve uma contínua evolução do mesmo, com a manifestação de pensadores e glosadores em período posterior ao direito romano, resultando uma nova interpretação das regras jurídicas romanas sob os auspícios do pensar cristão, influenciado pela Igreja Católica.¹⁵⁶

coisa de maior preço, é equitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador preferir, recebas o que falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga.

¹⁵⁴ Carlos Alberto Bittar Filho, *Da lesão*, cit. p. 62; Hélio Borghi, *Lesão*, cit. p. 9.

¹⁵⁵ Hélio Borghi, *Lesão*, cit. p. 10; Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 25-27.

¹⁵⁶ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 34; Hélio Borghi, *Lesão*, cit. p. 11.

Surge daí a lesão enormíssima, que nada mais era que uma superdimensionamento da diferença entre o preço real e o preço atribuído ao negócio, contendo tamanha desproporcionalidade que somente poderia decorrer de dolo direto por parte daquele que se beneficiava do negócio. Esta, ao contrário da lesão enorme, não se limitava à existência de uma desproporção de metade do justo preço, mas sim em situações em que o *vendedor era lesado em mais de dois terços do justo valor da coisa*.¹⁵⁷ Tal direito somente competia ao vendedor, havendo, no caso, a presunção de dolo por parte do comprador, evidenciada pela tamanha desproporção entre o valor justo e o declarado no negócio. Verdadeiro dolo *in re ipsa*.

Tornava o ato inexistente, não permitindo que se realizasse a complementação do preço, ao contrário do que ocorrido com a lesão enorme. O ato não era considerado nulo ou anulável, mas sim inexistente, bastando à parte prejudicada o pedido de declaração da situação ao juízo. Considerando-se que a lesão enorme trabalhava com uma desproporção de metade do justo valor e a lesão enormíssima eleva tal patamar para dois terços do valor justo, entende-se que o efeito jurídico da inexistência do negócio ganhava ares mais de sanção a aquele que obteve a vantagem indevida do que proteção direta à vítima do negócio lesivo.¹⁵⁸

O instituto desapareceu com as invasões bárbaras, sendo quebrada a relativa unicidade do sistema jurídico no continente europeu, havendo nitida divisão entre as áreas ocupadas onde não se aplicavam os institutos jurídicos lastreados no ideal cristão, e as áreas que remanesciam na aplicação do velho direito romano. Com o desuso em grande área

¹⁵⁷ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 34-35; Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 45.

¹⁵⁸ Hélio Borghi, *Lesão*, cit. p. 11; Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 35.

continental, veio o instituto a desaparecer de ordenamentos jurídicos, suprimindo-se as legislações que a previam.¹⁵⁹

Na Idade Média, como não era de se entender a alienação de terra, ante a própria estrutura de poder e o modelo econômico adotado, a Lei Segunda não encontrou aplicação natural. A terra não se alienava, sendo garantia da continuidade do poder dos senhores, constituindo-se em verdadeiro patrimônio indisponível aos que pretendessem a continuidade de sua condição, preferindo-se, por consequência, a realização de arrendamentos e usufrutos ao invés da pura e simples alienação da propriedade fundiária.

O instituto veio a ressurgir através da análise pelos glosadores, com a reapresentação do instituto aos povos ocidentais, notadamente através da Escola de Bolonha, no final do século XII¹⁶⁰. Tal ressurgimento deve ser entendido em sentido relativo, já que a releitura dos antigos fragmentos dos textos legais do período romano eram feitos levando-se em consideração novos paradigmas ditados pelo Estado extremamente influenciado pelo pensamento cristão. Neste período, na análise das questões jurídicas tinha-se não só a apreciação dos conceitos e aplicações originárias da lesão no direito romano, mas também a busca de um ideal de justiça pensada pelos canonistas, passando-se a se analisar a lesão em todos os seus aspectos, notadamente com a inclusão do elemento subjetivo, ou seja, a verificação do comportamento das partes na ocorrência da lesão, não se limitando à simples análise objetiva do preço justo existente no negócio.

¹⁵⁹ Hélio Borghi, *Lesão*, cit. p. 13.

¹⁶⁰ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 43.

Passa-se a analisar a lesão considerando-se não só a simples existência da desproporção objetiva, mas também a existência de um agir, uma aspecto subjetivo da lesão. Considera-se o desfrute de uma vantagem desproporcional a aquilo que se espera de um negócio verdadeiro dolo *in re ipsa*, ou seja, a simples existência da desproporção exagerada configura uma conduta dolosa por parte daquele que obtém a vantagem excessiva.

O ideal da justiça comutativa, desenvolvido em função de idéias Tomistas, passa a influenciar a própria análise do conteúdo das relações jurídicas: o negócio deve garantir às partes uma vantagem proporcional ao seu ônus, em flagrante aplicação do princípio da comutatividade nas relações negociais. Tal desenvolvimento percebe-se mesmo na discussão do conceito do justo preço, afirmando Santo Tomás de Aquino, na Suma Teológica, que o preço justo não é fixo, objetivo, mas depende necessariamente da estimativa dada por cada um em função da utilidade que retira da coisa.¹⁶¹

O pensamento jusnaturalista passou a influenciar a própria construção de leis que viriam a regulamentar a vida em sociedade. Se a moral atuava numa ordem interna, o direito trabalhava para que tais preceitos ou expectativas viessem a se concretizar, com uma aproximação do direito positivo com as expectativas morais e religiosas. Como nem sempre aquilo que era previsto pela legislação positivada mostrava-se justo dentro de tais ideais morais e religiosos, haveria que se reformular ou interferir em tais situações, buscando o seu equilíbrio pela equidade. “*Por isso, se havia contraste entre o lícito e o honesto e se jus est ars boni et aequi, no dizer de Celso, haveria que se alterar a situação lícita e contrária à Moral, por força da Equidade e em obediência aos princípios*

¹⁶¹ Citação feita por Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 43.

*das três correntes filosóficas da Grécia: não prejudicar outrem, viver honestamente e a lição aristotélica da justiça distributiva, como proporção de homem para homem segundo seus méritos, traduzidos no Digesto, I, 1, 10.”*¹⁶²

Esta visão humanista do direito, vinculando este sempre ao seguimento de ideais morais, estes obrigatoriamente ligados a idéias de igualdade trazidos pela justiça comutativa, passam a interferir diretamente no conteúdo do contrato. Afinal, se a idéia de justiça estava ligada a uma idéia de distribuição eqüitativa dos bens da vida, não se poderia admitir, em negócios de transferência patrimonial, um desequilíbrio entre o valor da coisa e o preço pago.

Tal pensamento determinou o alargamento da aplicação da lesão, que estendeu seus horizontes não só ao contrato de compra e venda, mas também a outros contratos de caráter oneroso, onde deveria prevalecer a idéia de preço justo, ou prestação e contraprestação correspondente ao interesse real das partes. Se no direito romano não se perquiria a discussão de tal preço justo, já que o instituto previa o tarifamento em metade ou dois terços – no caso de lesão enorme e enormíssima, respectivamente, a partir da reaplicação do mesmo pelos glosadores e sua utilização pelo jurista leigo, em combinação com regras do direito canônico, passou a se discutir a existência do preço justo considerando-se o caso concreto, com a inclusão da análise da conduta das partes. Neste sentido, tem-se a idéia de eqüidade como justiça aplicada ao caso concreto e, como cada relação negocial cerca-se de características próprias, impossível se analisar a existência ou não de uma conduta contrária à própria moral sem que se observe a condição real das partes envolvidas, considerando-se, como no caso da

¹⁶² Hélio Borghi, *Lesão*, cit. p. 16.

lesão enormíssima, a existência de verdadeira conduta dolosa por parte daquele que se aproveita da situação.

No mais, tal período medieval é responsável pela ampliação do instituto, permitindo-se a alegação da lesão não só por parte do vendedor, mas também do comprador que se vê lesado pela realização de negócio comutativo. Passam a se aplicar os conceitos de usura real e pecuniária, sendo esta caracterizada pelo ganho excessivo em empréstimo de dinheiro, aquela, pela desproporção que gere ganho excessivo em qualquer outro negócio. Passou-se diretamente a se punir a usura, com a direta intervenção do Estado contra a usura.

Decorrente de tal combate, passou-se a discutir a possibilidade a renúncia, pela parte contratante, do direito de rescindir o negócio realizado com lesão enorme, tanto no caso de usura real como na usura pecuniária. Ou seja, apesar de haver todo um sistema de punição da usura, havia uma válvula de escape, através da permissão para que as partes, no momento da realização do contrato, renunciar expressamente ao direito de rescindir o negócio por lesão.

Trata-se de prática aceita, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade, considerando-se que a parte do negócio correspondente à desproporção caracterizava-se como verdadeira doação em favor da parte beneficiada.¹⁶³ Tal renúncia prévia passou a dar vazão a um número cada vez maior de negócios com prestações desproporcionais, desde a compra e venda, chegando mesmo aos empréstimos com juros excessivos.

¹⁶³ Hélio Borghi, *A lesão*, cit. p. 19.

O conflito entre a rescisão dos negócios por lesão e a autonomia da vontade privada adentra os séculos, com uma crescente importância dada à liberdade negocial, não se aceitando, numa proporção cada vez maior, a interferência das regras jurídicas na conformação do conteúdo negocial. A função do Estado, cada vez mais próximo dos ideais laicos, não era o de proteger as partes em suas relações negociais, mas sim garantir a eficácia plena, a executividade da vontade manifestada de forma livre por parte livres e iguais perante o ordenamento.

Passou a lesão a sofrer severa crítica, entendida como medida de proteção unilateral a uma das partes do contrato, o que contraria o princípio da isonomia defendida pelos ideais liberais. A liberdade de contratar deveria ser protegida não só em seu exercício mas em seu conteúdo, sendo que a lesão, em sua formulação tradicional, “*poderia abalar a segurança das relações jurídicas em geral, na medida em que poderia ocorrer a anulação de um contrato, ainda que realizado sob a observância de todos os requisitos formais.*”¹⁶⁴

Este crescimento culminou com a supressão do instituto em muitos ordenamentos ou mesmo a sua redução a casos especialíssimos, como o que se observa no Código Civil Francês, documento legal essencialmente liberal, não aceitando a intervenção estatal no conteúdo da liberdade negocial. Sobre tal codificação, manifesta-se o mestre Orlando Gomes sobre a ignorância do Código Civil Francês a respeito da lesão, apesar da defesa feita por Portalis à sua admissão. No entender do autor, o art. 1.118 do Código Civil Francês, de tão limitador que é, praticamente nega a aceitação da lesão como causa de nulidade do negócio jurídico.¹⁶⁵ A

¹⁶⁴ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 38.

¹⁶⁵ Georges Ripert, *A regra moral*, cit. p. 122.

simples previsão da lesão somente para os casos de compra e venda de imóveis, sempre em proveito do vendedor e tarifada numa proporção de sete doze avos, em verdade, mutilou por completo o instituto, não havendo mais que se falar em uma causa genérica de anulação de convenções, mas pura e simplesmente uma limitação ao ato de contratar a compra e venda de imóveis.

Entretanto, não foram poucos os autores franceses do final do século XIX, ao comentar o disposto no art. 1.674 do Código Civil Francês, que criticaram a previsão da lesão como forma de anulação de compras e vendas, admitindo aí uma interferência nefasta à liberdade contratual preconizada pelas idéias liberais recorrentes à época.¹⁶⁶

Em resumo, o instituto, se presente nas legislações criadas no período de sua ampla aceitação, o que se observa na sua previsão nas Ordenações Afonsinas, Filipinas e Manuelinas, passou a ser paulatinamente desprestigiado a partir da edição do Código Napoleônico, ou com a sua total supressão ou com sua limitação extrema. Assim, textos legais como o Código Civil Brasileiro de 1916, simplesmente suprimiram o instituto, sob a afirmação de que geraria insegurança jurídica, negando a interferência do Estado no conteúdo econômico dos contratos, em ampla homenagem aos ideais liberais.¹⁶⁷

Permaneceu, entretanto, em outras legislações, como no Código Civil Alemão (BGB), que em 1896 previu o instituto¹⁶⁸, dando

¹⁶⁶ Georges Ripert (*A regra moral*, cit. p. 122) cita, exemplificando tal posição, Alfredo Jourdan, Stuart Mill, Planiol e Hayem.

¹⁶⁷ Clóvis Bevilacqua, *Teoria geral do direito civil*, Ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Rio e Fancisco Alves, p. 230.

¹⁶⁸ Apesar de haver confusão entre a lesão e a usura no BGB, não se pode considerar que a previsão de nulidade dos negócios, nos termos do art. 138, BGB, contenham em si o conceito de lesão, mesmo que se denomine genericamente de usura real ou pecuniária.

origem às duas grandes escolas da lesão no direito moderno e contemporâneo: a escola francesa e a escola germânica. Ambas serão abordadas em capítulo próprio.

3.2. Conceito jurídico e categorias de lesão

3.2.1. Conceito jurídico de lesão

Não há conceito absoluto de lesão, tendo-se em consideração o fato da mesma poder ocorrer em situações e em virtude de negócios distintos, podendo-se pensar, de uma maneira geral, que a lesão “*dá-se quando entre as prestações das partes existir desproporção absurda, tornando claro que uma delas está lesando a outra.*”¹⁶⁹ As variações sobre as modalidades de lesão existentes, bem como os diferentes requisitos jurídicos para a sua configuração determinam uma variabilidade de conceito. Além disto, a própria consideração da lesão como defeito do negócio jurídico, como causa da ilicitude do negócio, considerando a quebra da comutatividade contratual, como elemento caracterizador do negócio imoral, ou, ainda, como situação suficiente à rescindibilidade do negócio, permitem uma variabilidade doutrinária e legal na adoção de um conceito jurídico de lesão.

As referências doutrinárias sobre um conceito de lesão são muitas, variando de acordo com a adoção ou não do elemento subjetivo da lesão, seja por parte da parte lesada, seja em função da consideração do dolo de aproveitamento como elemento constitutivo da lesão.

¹⁶⁹ César Fiúza, *Direito civil: curso completo*, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 216.

Marcelo Guerra Martins, em sua monografia sobre o tema, lista uma série de definições de lesão, das quais destacamos a de Sílvio Rodrigues¹⁷⁰, ao definir a lesão como *“prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, não recebe da outra parte, valor igual ao da prestação que recebeu”*; a de Darcy Bessone de Oliveira Andrade¹⁷¹, afirmando ser a lesão *“prejuízo que, nos contratos comutativos, resulta da desproporção das prestações reciprocamente prometidas pelos contratantes.”*

Arnaldo Rizzardo¹⁷², apesar de retratar o tema tanto na teoria contratual como na teoria geral dos negócios jurídicos, define a lesão como um 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. Também conceitua-se como todo o contrato em que não se observa o princípio da igualdade, pelo menos aproximada, na prestação e na contraprestação, e em que não há a intenção de se fazer uma liberalidade. Revelando a falta da equidade, ou a iniquidade enorme, provoca um desequilíbrio nas relações contratuais.

Hélio Borghi¹⁷³, em sua monografia a respeito da lesão, afirma ser a mesma a *“proteção posta à disposição por estas legislações, no sentido de ser considerado nulo, ou de ser anulado, um ato ou negócio jurídico, de caráter comutativo, em que as prestações devidas pelas partes, no momento da celebração da avenca, não sejam proporcionais em relação ao quanto que tais legislações fixem, ou ao arbitrado pelo juiz, e*

¹⁷⁰ Sílvio Rodrigues, *Vícios do consentimento*, p. 209, *apud* Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 69.

¹⁷¹ Darcy Bessone de Oliveira Andrade, *Do contrato: teoria geral*, p. 265, *apud* Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 70.

¹⁷² Arnaldo Rizzardo, *Da ineficácia dos negócios jurídicos*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 69.

¹⁷³ Hélio Borghi, *A lesão*, cit. p. 21-22.

que tal desproporção seja originada da inexperiência, leviandade ou estado de necessidade da parte lesada na avenca, podendo tal anulação ser evitada com a complementação do preço ao valor real, ou, se o lesado for o comprador que pagou mais pelo que valia menos (observando-se os mesmos pressupostos), a devolução, pela parte a quem aproveitou a desproporção, do equivalente ao excesso do justo preço, podendo tal complementação ou devolução ser diminuída ou acrescida de um décimo do valor.”

Resumidamente, e permitindo uma construção da análise de seus elementos, podemos adotar como síntese de todas as definições historicamente construídas a definição da lesão como “*o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes.*”¹⁷⁴ Deve-se perceber, com base em tal definição, que a lesão como desproporção das prestações de um negócio é um efeito e não o negócio em si ou a sua causa. Assim, considerando que as legislações modernas têm admitido a existência da lesão independentemente da existência do dolo de aproveitamento, há que se entender a lesão como um efeito de um contrato que não atende ao requisito da equivalência de prestação, tendo por causa um dos elementos subjetivos ligados à vítima da lesão.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, v. 1: *parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 370. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 293. Eduardo A. Zannoni, *Ineficácia*, cit. p. 309. Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 211. Christian Larroumet, *Droit civil*, t. 3: *les obligations, le contract*, 4^a ed., Paris: Economica, 1998, p. 377. Louis Josserand, *Derecho civil; teoría general de las obligaciones*, tradução de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 74. Georges Ripert; Jean Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1988, p. 105.

¹⁷⁵ José de Abreu Filho, *Negócio*, cit. p. 308.

Em função de tal definição, podemos perceber que a lesão ocorrerá sempre que tivermos presentes, de maneira geral, uma parte prejudicada, seja por sua condição econômica, seja por sua condição cultural, e uma parte beneficiada normalmente por sua uma vantagem de fato que desfruta ou, mais comumente, uma posição econômica diferenciadora, gerando, de forma deliberada ou não, uma quebra do princípio da comutatividade ou da equivalência de prestações da obrigação contratual. Resulta, portanto, o conceito de lesão da combinação de determinadas ocorrências contratuais que combinem a não ocorrência do *“princípio da igualdade pelo menos aproximada, na prestação e na contraprestação, e em que não há a intenção de se fazer uma liberalidade”*, gerando um desequilíbrio contratual classificado pela doutrina como *“falta da eqüidade, ou a iniquidade enorme.”*¹⁷⁶

Tal situação tem história no Estado brasileiro, a exemplo da situação dos imigrantes italianos do final do século XIX, que faziam negócios extremamente lesivos junto aos coronéis proprietários dos armazéns das fazendas.¹⁷⁷ Observa-se hoje os mesmos requisitos de constituição da lesão nos negócios levadas a termo por produtores de certas mercadorias ou pelo mercado financeiro, que detém o monopólio da venda de capital, obrigando a parte mais fraca economicamente a realizar negócios descaradamente lesivos à parte mais fraca.

A construção legislativa que se seguiu da entrada em vigor do Código Civil de 1916, adotando, para determinadas situações, o princípio da lesão como causa de anulação do negócio, nos obriga a diferenciar, minimamente, três modalidades de lesão no direito brasileiro. A lesão

¹⁷⁶ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 245.

¹⁷⁷ O exemplo é de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso*, cit. p. 370.

ocorrida em função de negócios que atentam contra a econômica popular; a lesão nas relações de consumo e a lesão dos contratos em geral, esta renascida em função da nova codificação.

3.3. Natureza jurídica e elementos constitutivos

3.3.1. Natureza jurídica da lesão

Flagrante discussão sempre se apresentou sobre a natureza jurídica da lesão. Correntes diversas procuram classificá-la como elemento caracterizador de um ato ilícito, ante a iniquidade que atinge o negócio imoral gerado pelo desequilíbrio das prestações (Alemanha), ou como defeito do negócio jurídico (Brasil, Argentina, Portugal), classificando-a como causa geradora da anulabilidade do ato jurídico. Ainda, correntes e documentos legislativos adotam terceira posição, afirmando a lesão como causa de rescindibilidade do negócio, retirando a análise da lesão do foco da vontade, passando-a para os efeitos obrigatórios do negócio jurídico e a possibilidade de sua resolução a pedido da parte lesada (França e Itália).

Independentemente das discussões doutrinárias, considerou o legislador brasileiro a lesão civil como um vício do consentimento, gerando a anulabilidade do negócio jurídico realizado dentro de seus pressupostos e com exercício do direito de anulação no prazo decadencial de 4 anos.

Em verdade, a variabilidade da classificação da natureza jurídica da lesão passa, necessariamente, pela observação ou não do elemento subjetivo da mesma, tanto por parte do beneficiado como do lesado. Uma análise eminentemente objetivista da lesão gera,

obrigatoriamente, uma condenação da própria licitude do negócio, já que a ocorrência do desequilíbrio frontal da prestação acarreta a própria contaminação do objeto do negócio, tornando-o ilícito. De outra forma, ao se considerar os elementos subjetivos da lesão no que diz respeito ao lesionado, transfere-se o elemento de defeito do negócio do objeto para a vontade daquele que contrata em desarmonia com os princípios contratuais.

Ripert enxerga na volta da doutrina da Igreja Católica da Idade Média, que duelava incessantemente com a usura, em contato com as idéias socialistas e o posicionamento doutrinário jurisprudencial do final do século XIX e início do século XX, uma retomada da obrigação moral nas obrigações contratuais, em contrapartida há mais de 100 anos de idéias puramente liberais.¹⁷⁸ Enfim, a volta da análise, pelo julgador, do equilíbrio e, por que não, da causa econômica da relação contratual entabulada entre as partes, qualificada pela exploração direta ou indireta de uma das partes em relação à outra, levada ao contrato por erro, estado de necessidade ou leviandade. Considerando-se tal idéia, tem-se a corrente que afirma ser a lesão um defeito do negócio jurídico.¹⁷⁹

Na redação do Código Civil Francês, houve a discussão sobre o interesse em se adotar tal instituto, avaliando-se a insegurança que poderia ser gerada pela possibilidade de ineficácia do contrato em casos de lesão. Entretanto, segundo Orlando Gomes¹⁸⁰, a justificativa apresentada para o ingresso do instituto no Código Napoleônico não se subsume aos fundamentos e princípios da lesão em seu aspecto histórico. Para tal autor, a lesão deveria fundar-se na análise da comutatividade essencial do contrato de compra e venda, bem como a necessidade de existir uma justa

¹⁷⁸ Georges Ripert. *A regra*, cit. p. 129.

¹⁷⁹ Carlos Alberto Gherzi, *Derecho*, cit. p. 432.

¹⁸⁰ *Transformações*, cit. p. 28.

causa para os contratos realizados, concluindo que somente haveria causa num contrato de compra se o preço determinado for proporcional à coisa adquirida. Em caso de ausência de tais elementos, não poderia haver consentimento válido, já que a pessoa, ante a desproporcionalidade das prestações, somente poderia ter consentido por erro. Seria a lesão, efetivamente, um vício do consentimento.¹⁸¹

Neste aspecto, percebe-se plenamente a idéia formulada pelos autores franceses para a justificação da nulidade pela lesão em consequência da falta de justa causa para o contrato. A comparação dos valores de mercado e de negócio apresenta, como resultado, uma igualdade que valida e uma desigualdade que invalida, ante a inexistência de justa causa na relação contratual estabelecida em descompasso com tal equilíbrio.¹⁸²

Passemos a análise das correntes doutrinárias diversas sobre a natureza jurídica da lesão.

O Código Napoleônico adotou como sustentáculo da teoria do negócio jurídico a plena liberdade contratual, atribuindo à manifestação de vontade uma importância superior mesmo ao interesse social; era a predominância do individualismo sobre o interesse coletivo. Diante de tal composição de elementos, como se admitir a adoção de um instituto como

¹⁸¹ Orlando Gomes (*Transformações*, cit. p. 28), afirmando que “Admitida no pressuposto de que é vício do consentimento, tem de ser apreciada no momento em que a vontade é declarada, dando lugar, se comprovado o defeito, à anulação do contrato, qualificada como rescisão. A ação rescisória somente pode ser proposta pelo vendedor. Seu direito é subordinado à prova de que o consentimento foi viciado. A lesão configura-se, em suma, como uma causa de rescisão da venda por não ter sido livre e espontâneo o consentimento. É eminentemente subjetiva.” Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 211.

¹⁸² Neste aspecto, observa-se plenamente a volta às idéias de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Aquele com a idéia de equivalência como ideal de justiça; este com a idéia de venda pelo justo valor. Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 432. Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 492. Jacques Sarget, *Le contrat immoral*, Paris: Dalloz, 1939, p. 263.

a lesão em sua conformação originária, objetiva, sustentada na idéia da desproporção e da equivalência de prestações, diminuindo a blindagem sobre a manifestação de vontade e admitindo que seja a mesma deixada de lado ante a um contrato que fere a proporcionalidade dos negócios? Para tanto, houve, na lição de Orlando Gomes, uma alteração da natureza jurídica da lesão, permitindo a sua adequação ao princípio da autonomia da vontade, “*reduzindo-a a um vício do consentimento equiparado ao erro para que se tornasse admissível a rescisão do contrato, sem sacrifício da força vinculante da vontade, nem do seu poder criador.*”¹⁸³

Percebe-se, por parte do mestre baiano, profunda crítica à manutenção da lesão como defeito do negócio jurídico, chamando-a de lesão qualificada, determinando a rescisão do contrato ou o reajustamento do preço, afirmando que “*ao lhe introduzir o elemento que alguns denominam sua qualificação, o direito alemão conduziu a lesão, descaracterizando-a, à faixa mais larga da usura, e retomou a tradição canonista ao condenar, em fórmula geral, a exploração do necessitado e do inexperiente como contrária aos bons costumes.*”¹⁸⁴

Neste sentido, há necessidade de bem definir os conceitos de lesão, adotado pelo legislador francês em seu Código Civil, do conceito de lesão adotado pelo legislador alemão, a qual muito se aproxima da usura. Sobre tal diferença, afirma-se que, enquanto a lesão leva em consideração a vontade de quem sofre a lesão, para a usura, em seu conceito clássico, a vontade de quem sofre o prejuízo permanece intacta, havendo, isto sim, uma condenação à vontade de quem obtém a vantagem exagerada, por ser

¹⁸³ Orlando Gomes, *Transformações*, cit. p. 29.

¹⁸⁴ Orlando Gomes, *Transformações*, cit. p. 29.

considera atentatória à moral e aos bons costumes.¹⁸⁵ Anula-se o negócio não em função da vontade manifestada pela vítima, mas sim pelo comportamento daquele que se aproveita da necessidade, leviandade e inexperiência de quem contrata. Havendo usura, portanto, o contrato seria imoral e, conseqüentemente, ilícito e nulo, nos termos da teoria geral dos negócios jurídicos.

Neste sentido vai a legislação alemã, ao considerar a existência da lesão no negócio jurídico muito mais que um vício do consentimento daquele que contrata por necessidade, inexperiência ou leviandade. Considera tal aproveitamento verdadeiramente uma falha no próprio encaixe do negócio no ordenamento jurídico, negando-lhe eficácia, caracterizando-o como negócio absolutamente nulo, sendo o benefício excessivo gerador da quebra dos bons costumes.¹⁸⁶

A exigência do elemento subjetivo na lesão, introduzida pelo art. 138 do BGB, expandiu os requisitos para a existência da lesão, não sendo suficiente a existência da desproporção do preço pago em relação à prestação recebida. Haveria, obrigatoriamente, que indicar o contrato uma exploração daquele que necessita contratar (*humiliores*) por parte daquele que exige a vantagem manifestamente excessiva (*potentiores*), sendo que a inexistência de tal elemento, ainda que houvesse desproporção absurda dos valores, não existiriam os pressupostos da lesão, sendo perfeitamente válido o contrato. Tal situação, na opinião de Orlando Gomes, mostra, de forma definitiva, a modificação do conceito de lesão, transformando-a em outro instituto jurídico assemelhado ao erro ou à coação, que foca a análise

¹⁸⁵ Louis Josserand, *Derecho*, cit. p. 75. Orlando Gomes, *Transformações*, cit., p. 30.

¹⁸⁶ Andreas von Tuhr, *Derecho civil*, v. III, Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 46.

do negócio jurídico não só na moralidade do negócio representada pelo preço determinado, mas também na condição pessoal de quem consente.¹⁸⁷

A crítica de Orlando Gomes vai no seguinte sentido: se a existência da lesão depende da exploração da necessidade ou inexperiência da outra parte, não se poderia considerar a lesão um defeito do consentimento, já que a contrariedade ao ordenamento encontra-se na vontade de quem explora e não na de quem é explorado.¹⁸⁸

Segundo a teoria histórica, o ingresso do elemento subjetivo na lesão transformou-a num vício do consentimento. Acaso houvesse apenas a apreciação da desproporção das prestações, haveria vício contratual e não do consentimento, como pode ser observado, por exemplo, em diplomas legislativos como o Código de Defesa do Consumidor, ao retirar da análise do julgador o elemento subjetivo, considerando a iniquidade das cláusulas por si só.

O elemento objetivo está ligado à equidade, ou seja, ao equilíbrio proporcional entre o objeto do negócio e o seu preço, forçando a uma manutenção de princípios fundamentais que direcionam o próprio sistema legal, relativizando direitos em função do atendimento de interesses da outra parte.¹⁸⁹ Houve, no dizer de Ghersi, a incorporação à regra da vantagem econômica do capitalismo de um sentido ético, social ou de teleologia social.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Heirich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 293. Orlando Gomes, *Transformações*, cit. p. 33.

¹⁸⁸ Orlando Gomes, *Transformações*, cit. p. 35.

¹⁸⁹ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 248. Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 431. Jacques Sarget, *Le contrat*, cit. p. 266.

¹⁹⁰ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 431.

A equidade somada aos elementos subjetivos da lesão forma a natureza jurídica da lesão. Segundo Arnaldo Rizzardo, “*vemo-la ... como imposição da consciência social e em favor daquele equilíbrio de que acima falamos. O seu fundamento nada tem de metafísico ou religioso. As regras que a disciplinam, como específicos instrumentos de direito, servem à harmonia social, que pressupõe uma equitativa distribuição dos bens acumulados pela civilização dos homens.*”¹⁹¹

Considerando tal posição, que coloca a lesão como instrumento de proteção legal à parte contratante, tem-se a mudança do foco da análise do instituto da vontade do lesado para a necessidade de uma relação equilibrada entre as partes, aproximando-se da previsão do BGB quanto à lesão, considerando a sua ocorrência não uma afronta à liberdade de consentimento, mas à própria moralidade necessária à eficácia dos negócios jurídicos. Se a lesão evita a existência de negócio desproporcional, gerando prejuízo material a uma das partes em benefício da outra, há que se considerar que à lesão interessa a proteção da equidade e das razões sociais que justificam o equilíbrio contratual, e não simplesmente a proteção da consciência e a liberdade de quem manifesta a vontade.

Marcelo Guerra Martins, após o repasse de uma série de opiniões doutrinárias, considera a lesão um “*vício do negócio jurídico.*”¹⁹² Para o mesmo, o fato de uma das partes contratantes encontrar-se em posição ou estado de inferioridade em relação à outra parte, situação absolutamente necessária para a conformação de todas as espécies de lesão, já que a comprovação dos elementos subjetivos por parte do lesado se faz

¹⁹¹ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 248. Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 86.

¹⁹² Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 95.

obrigatória, torna a manifestação de vontade viciada, já que “*em tais casos, o agente estará interessado em satisfazer aquele estado de necessidade, não se preocupando se sofrerá desvantagem exagerada com o negócio.*”¹⁹³

Ademais, não sendo a lesão um fato material, sobretudo à vista da hipertrofia atual do fator subjetivo no que diz respeito à condição pessoal da parte lesada, que entra em sua conceituação, o seu lugar no quadro dos vícios da vontade está perfeitamente delimitado. É o quarto vício: erro, dolo, coação e lesão. O desequilíbrio apresenta-se, de início, justamente na formação e manifestação do consentimento. Este desequilíbrio “*desvirtua a vontade e fazem emitir um querer defeituoso. São a necessidade, a premência temporária ou permanente, a inexperiência, a leviandade, que conduzem a querer ou consentir em determinada transação lesiva. A vontade não se expõe livremente. Um fator estranho leva-a a atuar. Um vício tira-lhe a autonomia plena e verdadeira.*”¹⁹⁴

A posição, embora adotada pelo legislador brasileiro e de encontrar guarida em grande número de doutrinadores de escol não está isenta de confrontos, havendo autores que atribuem à mesma natureza jurídica diversa, seja em função de seus efeitos, seja em função de sua natureza.

¹⁹³ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 97.

¹⁹⁴ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 248. No mesmo sentido, Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 107. Georges Ripert (*A regra*, cit. p. 123), afirma que “*a lesão do contrato não é, para o defensor da autonomia da vontade, senão a consequência fatal da luta de interesses. O legislador deu a sua proteção aos incapazes e resguardou aqueles cujo consentimento foi viciado. Que os outros se defendam a si próprios. O perigo da lesão é o percalço da liberdade.*” Ainda, pela não consideração de plano da lesão como vício social, afirma Marcelo Guerra Martins (*Lesão*, cit. p. 103), que “*é possível afirmar que a lesão está completamente afastada de uma possível identidade com os vícios sociais, tendo em vista que nesses vícios não há que se falar em defeito da vontade propriamente dito, uma vez que as partes têm plena consciência do conteúdo do negócio, tendo também clara idéia de prejudicar terceiro.*”

Para alguns autores, haveria impossibilidade de se considerar a lesão como defeito do negócio jurídico nos mesmos termos do erro, do dolo e da coação levando-se em conta que estes visam, principalmente, a defesa da pureza do consentimento expressado, sem maiores considerações ao conteúdo material do negócio.¹⁹⁵ Ou seja, a origem do defeito, nestes casos, limita-se e exaure-se na inexistência do consentimento livre e consciente. Ao contrário, na lesão não se limita a análise do defeito no âmbito exclusivamente ligado ao consentimento em si e sua manifestação, bem como seu fundamento a proteção do consentimento livre, mas *somente considera a vontade para melhor socorrer o patrimônio injustamente diminuído*.¹⁹⁶ Sendo assim, seria a mesma inassimilável a qualquer um dos vícios da vontade, tendo características próprias e distintas das estrutura tradicional dos tradicionais defeitos dos negócios jurídicos.¹⁹⁷

3.3.1.1. Incidência da lesão

Entende-se, num âmbito geral, que a lesão somente teria aplicabilidade aos contratos comutativos. Estes contém em si a necessidade não só de relativo equilíbrio das prestações mas, principalmente, a existência de prévio conhecimento no que diz respeito à prestação e contraprestação. Para Ripert e Boulanger, a restrição de aplicação somente aos contratos comutativos justifica-se já que, nos contratos aleatórios, “o prejuízo que pode resultar a uma das partes não pode ser considerado uma

¹⁹⁵ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 467.

¹⁹⁶ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 103.

¹⁹⁷ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit., p. 106.

lesão”¹⁹⁸, já que houve a assunção de tais riscos como parte do próprio negócio.

A grande maioria dos doutrinadores sustenta tal posição, ou seja, a aplicabilidade da lesão somente aos contratos comutativos como regra, considerando-se a possibilidade de verificação do desequilíbrio das prestações no próprio momento da contratação.¹⁹⁹

Ao contrário dos contratos aleatórios, onde a análise do conflito entre prestação e contraprestação fica prejudicado, já que as próprias prestações em si não constituem o âmbito único e essencial do negócio, mas sim a sua possibilidade de ocorrência ou não e, ainda, em que incidência. Sendo a lesão um defeito quanto à correspondência das contraprestações e, nos negócios aleatórios, havendo indeterminabilidade de tal correspondência como natureza própria do contrato, não haveria, numa análise superficial, a possibilidade de se questionar a mesma pela existência da lesão.

Naqueles, a desproporção das prestações não indica lesão, já que tal diferença entre no risco do próprio negócio.²⁰⁰

Da mesma forma, entende Bianca que o caso de haver “*a assunção do risco pela evicção por parte do comprador não impede que o preço de venda possa ser inferior à metade do valor do bem por ter em conta que a redução deriva da cláusula de risco.*”²⁰¹

¹⁹⁸ Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité*, cit. p. 104. Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 289. Christian Larroumet, *Droit*, cit. p. 373. Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 137.

¹⁹⁹ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 69.

²⁰⁰ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 649.

²⁰¹ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 650.

Embora tenha a lesão, em seu desenvolvimento histórico, se aplicado originariamente somente ao contrato de compra e venda de imóveis, passou-se a entender a sua incidência para todo e qualquer contrato oneroso e comutativo²⁰². Haveria, neste sentido, impedimento à aplicabilidade da lesão aos contratos aleatórios, gratuitos e nas vendas judiciais, já que eventual divergência entre o preço real e o praticado passaria, necessariamente, ao controle judicial²⁰³.

Bianca, citando a posição doutrinária de Mirabelli²⁰⁴, afirma que é necessário que o contrato seja oneroso, o que não significa a necessidade de correspectividade de prestações. Cita, como exemplo, a possibilidade de lesão em contratos associativos.

A sanção aplicada à figura jurídica da lesão visa, de forma direta, à proteção jurídica da comutatividade do contrato, ou seja, o equilíbrio entre a prestação assumida por uma das partes e a contraprestação estipulada. Entretanto, não se pode imaginar a existência de um equilíbrio absoluto entre prestação e contraprestação, já que a realização do lucro é fundamental para a própria existência dos negócios, notadamente em economias capitalistas. Apesar de tal impossibilidade de equilíbrio absoluto, há a necessidade de que o contrato atenda a uma utilidade social, convivendo com a segurança jurídica das convenções e a liberdade contratual.²⁰⁵

²⁰² Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 71; Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 126; C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 644; Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 490.

²⁰³ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 126. Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 136 afirma que a lesão enorme não se aplica aos contratos gratuitos.

²⁰⁴ Mirabelli, *La rescissione del contratto*, p. 327, *apud* C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 646.

²⁰⁵ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 490.

De fato, o que o regramento jurídico da lesão visa evitar é que o desequilíbrio considerável das prestações atinja, de forma direta, tal função social do contrato, permitindo uma correta circulação da propriedade e não sua concentração unilateral, pendendo a operação patrimonial a uma das partes.

Para Antonio Junqueira Azevedo, Roberto Senise Lisboa e Eduardo Zannoni, é possível a existência da lesão nos contratos aleatórios. Para os mesmos, quando há o chamado contrato aleatório, tem-se a assunção pela parte de um risco contratual previsto e, obrigatoriamente, posterior à formação do contrato. Assim, a aleatoriedade estará no cumprimento do contrato e não na sua formação. Não seria, portanto, impossível a existência da lesão na formação de um contrato que contém o elemento da aleatoriedade em seu cumprimento ou como seu resultado.²⁰⁶

No mesmo sentido, admite Trabucchi²⁰⁷, em situações excepcionais e dentro de um juízo de mérito, a rescisão por lesão nos contratos aleatórios, notadamente naqueles que se mostram aleatórios a somente uma das partes.

A ilustrar a posição doutrinária afirmada, utiliza-se usualmente o contrato de seguro, que não é aleatório no que diz respeito ao pagamento

²⁰⁶ Por todos, Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 130. Também pela aplicabilidade da lesão a contratos aleatórios, Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, 2005, p. 424. Arnaldo Rizzardo (*Contratos*, cit. p. 77), pondera: “*Nos contratos aleatórios não é incogitável a presença de lesão ao direito. Darcy Bessone de Oliveira Andrade vê a possibilidade, encontrando apoio no pensamento de Démogue, embora a regra seja a inaplicabilidade. Mas não há incompatibilidade. Cientificamente, graças ao cálculo das probabilidades, um acontecimento dependente da sorte conta com oportunidades certas de se realizar e pode ter um valor matemático. A operação é suscetível de ser concebida de tal modo que, mesmo atendido o seu caráter aleatório, não se exclua a lesão. Efetivamente, não é inviável que sejam mínimas ou ridículas as oportunidades, sem correspondência com a prestação certa do contratante, inspirando-se a convenção tão unicamente em condenável propósito de exploração da necessidade, inexperiência ou leviandade de quem a realize.*”

²⁰⁷ Alberto Trabucchi e Giorgio Cian, *Commentario breve al Codice Civile*; complemento giurisprudenziale, 4ª ed., Milão: CEDAN, 1996, p. 1.586 e 1.642.

do prêmio, abarcando a indeterminação quanto ao pagamento da indenização, seja em seu *an debeat*, seja em seu *quantum debeat*. Poderia haver lesão na cobrança de prêmio desproporcional ao valor corrente cobrado pelas seguradoras para a proteção de um determinado interesse jurídico do contratante (um veículo, por exemplo), não guardando relação alguma com a aleatoriedade do pagamento ou não da obrigação do seguro, assim como seu valor final.

Para Arnaldo Rizzardo, qualquer tipo de contrato pode ser atingido pelo instituto da lesão, já que o “*imoral e o injusto atingem a generalidade das coisas apreciáveis através de cotação econômica.*”²⁰⁸

Em regra, é impossível a renúncia prévia ao direito ao reconhecimento de um negócio lesivo, embora seja possível a renúncia após a realização do contrato²⁰⁹, preservando-se o negócio e desde fique demonstrado que a renúncia ocorre quando já não há mais a situação de necessidade ou inexperiência a contaminar a vontade. Ainda, somente se admite tal renúncia se, efetivamente, houver um reequilíbrio das prestações.²¹⁰ Tal posição decorre da possibilidade de convalidação do negócio anulável, seja pelo tempo, seja pela manifestação expressa das partes.

A equivalência de prestações deve existir no momento da contratação, já que eventuais alterações normais dos valores das prestações ou objetos do negócio constituem-se em decorrência natural da álea

²⁰⁸ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 251; Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 132.

²⁰⁹ Wilson de Andrade Brandão (*Lesão*, cit. p. 74), entende que a renúncia sempre deverá ser evitada, já que justifica a exploração de um negócio que, de início, mostrou-se lesionário. Pela impossibilidade da renúncia prévia, Eduardo A. Zannoni, *Ineficácia*, cit. p. 343, embora afirme a possibilidade da renúncia posterior, desde que haja o reequilíbrio objetivo e subjetivo do contrato.

²¹⁰ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 122.

contratual.²¹¹ Eventual aumento ou diminuição do valor do bem negociado, sem que haja interferência das partes, não poderá ser considerado lesão. Se surgir depois, será causa de inexecução ou de resolução por imprevisão, já que não se caracterizaria o vício de origem, ligada à manifestação de vontade, mas sim ao processo dinâmico de cumprimento do negócio.²¹² Para Hélio Borghi²¹³, há possibilidade da aferição em momento posterior, desde que a desproporção das prestações tenha sido provocada pela parte contratante que se aproveita do mesmo.

Ripert entende que não seria possível a lesão nos contratos entabulados entre comerciantes, já que a condição apresentada por ambos pelo simples fato de se apresentarem como tal, seria suficiente para se presumir uma capacidade negocial e de defesa incondizente com a lesão. Afirma que os que se dedicam ao comércio devem saber defender-se, e que a aplicação da lesão a tais negócios caracterizaria verdadeira quebra dos principais elementos necessários aos negócios mercantis: a rapidez e a segurança jurídica das transações.²¹⁴

Analisa-se também a necessidade da permanência da condição lesiva no momento de ingresso com a ação. Zannoni entende pela necessidade, no momento de ingresso da ação para terminar os efeitos do negócio, da manutenção da desproporção das prestações.²¹⁵ De forma diversa, Carlos Alberto Ghersi, analisando o direito argentino, não concorda com a necessidade de permanência da desproporção no momento da ação, entendendo que há situações em que, apesar de findo o negócio,

²¹¹ Georges Ripert, *A regra*, p. 135. Christian Larroumet, *Droit*, cit. p. 365. Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia*, cit. p. 322. Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 293.

²¹² Jacques Ghestin., *Traité*, cit. p. 489.

²¹³ Hélio Borghi, *A lesão*, cit. p. 124.

²¹⁴ Georges Ripert, *A regra*, cit. p. 136.

²¹⁵ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia*, cit. p. 322.

permanece clara a lesão causada pela desproporcionalidade, permitindo-se a discussão da ineficácia da relação negocial mesmo após a situação lesiva não existir mais.²¹⁶ Se assim não fosse, haveria uma quebra da teleologia esperada pela própria natureza da norma

Ripert defende ainda a necessidade de se diferenciar a aplicação da lesão aos contratos em que haja a aplicação da chamada especulação comercial. Nestes, o risco de ganho ou perda faz parte do conteúdo negocial, não havendo que se falar em lesão, somente sendo esta capaz de atingir os contratos onerosos em que esteja ausente a idéia natural de especulação mercantil. Cita passagem de Dumoulin, afirmando este que é necessário não se aplicar a idéia de lesão aos chamados contratos *lucrativos*, já que nestes o risco de ganho ou perda integraria a própria natureza do contrato.²¹⁷

Vista as situações em que incide a lesão, passaremos a analisar os seus elementos constitutivos.

3.3.2. Dos elementos constitutivos da lesão

Da análise histórica do instituto da lesão, seja em sua conformação originária nos termos da Lei Segunda, seja em termos atuais, com o reaparecimento do instituto nas codificações modernas, notadamente

²¹⁶ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 435.

²¹⁷ Georges Ripert (*A regra*, cit. p. 137 e 120), afirmando que: “*Pode um contratante legitimamente tirar do contrato todas as vantagens, que possa conquistar ao outro contratante mau defensor dos próprios interesses por fraqueza, ignorância ou necessidade? Não será preciso, pelo contrário, que haja entre as duas prestações, qualquer que seja a sua natureza, uma certa equivalência, e a injustiça do contrato não resultará unicamente da desproporção das vantagens adquiridas? Se a lesão é uma causa de nulidade do contrato ou de redução das obrigações ela se revelará pela própria análise do contrato, pela pesagem simbólica dos sacrifícios, e, retoando uma velha expressão tantas vezes usada, o dolo será provado ex re ipsa.*”

do final do século XIX, conclui-se a existência de elementos essenciais à existência da lesão.

Tais elementos, se são existentes no conceito geral de lesão, podem ou não ser utilizados pelo legislador como requisito para a configuração do defeito do negócio ou da causa de revogação de contrato estabelecido entre as partes. Assim, mister se diferenciar os elementos subjetivos e os objetivos ligados à lesão, para depois, conforme as análises históricas e do direito estrangeiro, determinar-se a adoção ou não das teorias apresentadas.

Assim, poderemos diferenciar, de maneira genérica, os modelos adotados para a lesão, caracterizando-se como vício objetivo do contrato, quando se requer apenas a existência da desproporção de prestações; ou como vício do consentimento, quando se faz necessária a presença do elemento subjetivo da lesão, qual seja, a necessidade de contratar, a inexperiência e, para alguns, a leviandade, aliados ou não ao dolo de aproveitamento.

Passamos à análise, pormenorizada, de cada um dos elementos, objetivo e subjetivos da lesão, ainda que os mesmos não sejam exigidos de forma concomitante por todas as modalidades de lesão. Estes são, na consideração de Arnaldo Rizzardo:

“I – a desproporção entre as prestações;

II – a miséria ou necessidade, a inexperiência e a leviandade (para o termo ‘ligeireza’ utilizado no espanhol empresta-se o significado de ‘leviandade’);

*III – a exploração por parte do lesionante.*²¹⁸

3.3.2.1. O elemento objetivo da lesão

De maneira geral, a doutrina classifica como elemento objetivo da lesão a existência de abuso na fixação do valor, passando o objeto de tal negócio, em função de tal abuso, a ser considerado contrário aos próprios princípios contratuais a serem observados quanto ao elemento econômico do contrato. Assim, a desproporcionalidade do valor do negócio configura-se como elemento objetivo obrigatório em todas as modalidades de lesão. Tal desproporcionalidade demonstra-se como a ofensa aos princípios que pretendem ser protegidos pelo instituto, quais sejam, a comutatividade e a equivalência de prestações.

Para os romanos, a fixação desta equivalência de prestações e, conseqüentemente, para a existência de preço lesivo, era necessário a cobrança de preços acima de determinado índice indicado pelo próprio legislador, chamado de sistema de tarifamento. Na Idade Média, o direito canônico trabalha a idéia da lesão junto com o conceito de “justo preço”.

A desproporção das prestações é figura obrigatória em todos os casos de lesão²¹⁹, sendo conceito de fixação difícil. Isto porque a desproporção das prestações, que fere a equivalência nos contratos, não

²¹⁸ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 246. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito*, cit. p. 621.

²¹⁹ Marcelo Guerra Martins (*Lesão*, cit. p. 6-7), afirma: “O enfoque da lesão deve levar em conta o aspecto objetivo da questão, tendo em vista que, sob o ponto de vista puramente subjetivo, a parte lesada poderá entender que não ocorreu lesão, isto é, sempre poderá concluir que, no seu caso concreto, não teria recebido prestação exageradamente inferior àquela que entregou. Com efeito, nessa linha de raciocínio, para que se possa determinar critérios minimamente uniformes acerca da ocorrência da lesão, é de rigor encarar o instituto do ponto de vista objetivo.” Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito*, cit. p. 621. Eduardo A. Zannoni, *Ineficácia*, cit. p. 310. Jean Carbonier, *Derecho*, cit. p. 211.

pode ser fixada de forma hermética, variando de acordo com a situação em que se insere a relação contratual. Variações de localidade, de tempo, pessoais, legais ou outras podem alterar, muitas vezes dentro de um mesmo país, o preço a ser pago por determinado produto ou serviço.

Há, na formação da lesão, uma análise comparativa entre o valor venal do bem, ou seja, o valor real de comércio do objeto e a contraprestação contratada.²²⁰ A fixação de preços pela legislação é uma forma encontrada para se buscar evitar a formação de contratos lesivos. Entretanto, para o autor, a existência de fixação legal de preços, como regra de ordem pública, diferencia-se da lesão, já que naquela haverá pura e simplesmente nulidade da estipulação por ofensa à ordem legal, nesta, haverá necessidade de apreciação judicial das reais condições do negócio antes da decisão quanto à existência ou não do desequilíbrio contratual.²²¹

Guillermo Borda afirma que em princípio, somente os contratos comutativos estão sujeitos à redução ou resolução por lesão, já que nos contratos aleatórios as partes assumem deliberadamente o risco de eventual resultado desvantajoso do contrato.²²² Entretanto, afirma a possibilidade de existência de lesão em contratos aleatórios quando a desproporção dos valores não recair sobre o elemento da álea, mas sim sobre partes certas da contratação formulada. Seriam situações em que a desproporção de valores seja tamanha que nem mesmo a existência da álea a justificaria. Cita o seguinte exemplo: quando se compra algo que pode ou não existir e se paga muito mais do que ela valeria, ainda que existindo. Assim, quando o comprador assume a álea de que a coisa não exista, se supõe que oferecerá um preço menor do que a coisa vale, ou seja, ofereço

²²⁰ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 489.

²²¹ Jacques Ghestin, *Traité* cit. p. 490.

²²² Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 137.

100 por algo que, se existisse previamente, valeria 200, não havendo, no caso, nenhum defeito a atingir o contrato. Ao contrário, se ofereço 200 por algo que, se existisse, valeria 100, poderá o contrato ser rescindido por lesão, já que do ponto de vista do vendedor não houve álea, sendo sempre este vantajoso ao mesmo.²²³

Para que se aprecie, nos termos da lesão, a desproporção, necessário se faz a análise de um conceito de preço justo. Este não pode ser considerado como a absoluta equivalência de prestações, já que não seria admissível exigir, dentro do comércio livre e numa economia capitalista, que o preço de negociação seja o mesmo preço de produção, atribuindo aos negócios uma lucratividade igual a zero. A questão não é simplista, afirmando Marcelo Guerra Martins que *“essas questões atormentam a doutrina desde a Idade Média, sendo que a noção do justo preço foi bem desenvolvida pelos autores medievais, sofrendo variações ao longo do tempo.”*²²⁴

Da mesma forma, preço desproporcional não está, absolutamente, ligado à idéia de “produto caro”, já que a desproporção é conceito relativo, sendo impossível analisá-la sem que existam outros objetos negociais, semelhantes, e que sejam negociados por valores completamente diversos daquele inserido no possível negócio lesivo.

Na verdade, o conceito de desproporcionalidade como elemento da lesão gera a obrigatoriedade de incursão ao mundo da economia, já que o preço desproporcional passa pela análise do conceito de preço proporcional a partir de uma análise de mercado, aliado a existência

²²³ Guillermo A. Borda. , *Tratado*, cit. p. 138.

²²⁴ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 75.

de um preço manifestamente desproporcional, ou seja, muito acima daquela média de mercado.²²⁵ Também deve-se levar em conta todos os elementos que incidem sobre a possibilidade normal e regular de desfrute no momento do negócio, como, por exemplo, a capacidade produtiva do bem, a sua utilidade, a sua raridade no mercado, seu valor agregado etc.²²⁶

Assim, dois elementos acabam sendo necessários para se apreciar o elemento objetivo da lesão: o conceito de preço justo e os limites para que o preço cobrado seja considerado desproporcional, seja em proveito do comprador, seja em proveito do devedor.

O conceito de preço proporcional deve estar, obrigatoriamente, ligado à idéia de preço corrente ou preço médio. No dizer de Caio Mário da Silva Pereira, “*corrente é o valor que habitualmente tem a coisa ou o serviço. Mas, como em relação ao tempo e ao lugar, e ainda no mesmo lugar e ao mesmo tempo pode existir variação, para se aferir a lesão ter-se-á de aceitar a estimativa média ou comum.*”²²⁷ O critério para a verificação da desproporção, portanto, deve ser aquele utilizado em geral para a valoração econômica dos bens e serviços.²²⁸

“*La rescissione non è rimedio applicabile ai prezzi socialmente ingiusti.*”²²⁹ Ou seja, para a análise da lesão é necessário levar em consideração as condições subjetivas de quem contratou e porque contratou. Ainda que se pague preço considerado desproporcional em

²²⁵ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 77.

²²⁶ Alberto Trabucchi, *Commentario*, cit. p. 1.585.

²²⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 164.

²²⁸ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 647. François Jacob, *Code civil*, cit. p. 1379.

²²⁹ “*A rescisão não é remédico aplicável ao preço socialmente injusto*”, cf. C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 647.

relação ao valor do bem da vida, se este for o corrente e comumente praticado pelo mercado, não haverá lesão.

Diante do preço cobrado e do preço de mercado, é necessário se fazer a segunda análise para a conformação do elemento objetivo da lesão, a desproporção. Neste momento é que se analisará o negócio para se verificar se o valor exigido é *manifestamente* desproporcional ao valor corrente de mercado. Adiante-se logo que não é qualquer desproporção capaz de gerar a lesão. Com efeito, seria impossível que as prestações fossem exatamente iguais, mesmo no contrato de natureza comutativa. O que é vedado é o lucro exorbitante, ou seja, superior a certos limites, que encontram-se dispostos no ordenamento jurídico. Tem-se aí o segundo pressuposto objetivo da lesão, denominado de tarifamento.²³⁰

A simples existência de negócio a preço baixo ou elevado não demonstra a lesão, já que é necessário se averiguar a intenção da parte ou mesmo outras situações pessoais que poderiam caracterizar a nulidade absoluta do contrato, como a incapacidade de fato da parte lesada.²³¹

Esta desproporção pode ser determinada pelo legislador através da técnica do tarifamento²³², fixando em quanto a mais ou a menos poderia o negócio ser considerado lesivo.²³³ A fixação da desproporção por tarifamento, se por um lado traz segurança no sentido das partes negociantes saberem, em momento prévio, até que ponto podem lucrar em determinado negócio jurídico, por outro impede a análise fática que

²³⁰ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 8.

²³¹ Carlos Alberto Ghersi, *Tratado*, cit. p. 432. C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 648.

²³² Tal tarifamento é considerado, por parte da doutrina, como o segundo elemento objetivo da lesão que, combinado à desproporção, completa a conformação do elemento objetivo da lesão, cf. Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 77.

²³³ Marcelo Guerra Martins (*Lesão*, cit. p. 8), afirmando que: “O tarifamento é justamente o limite admitido na desproporção das prestações. Exorbitando-se tal limite, o negócio passa a ser lesionário.”

permitiria ao julgar, considerando as características particulares do negócio, das partes e, por que não, do local e da situação temporal em que se realiza. Isto porque se considerarmos país continental como o Brasil, bem como as desigualdades do preço de comercialização entre os Estados, seria impossível a um juiz do Estado 'x' julgar a existência da lesão em determinado negócio utilizando-se critérios somente aplicável ao Estado 'y'.²³⁴

Esta finalidade moralizadora da nova teoria contratual revela uma aplicação mais constante de princípios norteadores expressos pelo Código Civil Alemão, através das chamadas cláusulas gerais, salientando-se, na lição de Orlando Gomes²³⁵, a boa-fé, os bons costumes, a confiança e a lealdade recíprocas, aos costumes comerciais, a justa causa nos negócios jurídicos, a desproporcionalidade e o aproveitamento da situação de necessidade ou de inexperiência da outra parte contratante.

Sem dúvidas a previsão da lesão apenas por critérios gerais de existência, sem tarifamento fixo, mostra-se a forma mais adequada para que a repressão da lesão produza seus efeitos desejados, sem que se desconsidere situações particulares ligadas aos casos.²³⁶ Consideramos, no caso, a necessidade de se avaliar as características particulares do caso, devendo o juiz considerar não um padrão frio e pré-determinado pela

²³⁴ Considerando-se o sistema federativo do Brasil, com a diferenciação de alíquotas tributárias entre os diversos estados, notadamente quanto ao ICMS, bem como as diferenças de custos de comercialização de produtos existentes entre o local de produção e aquele que vende produto transportado por longa distância, se poderia ter preços completamente diferentes para os mesmos produtos. Interessante, portanto, a possibilidade do julgador aferir se a desproporcionalidade é ou não suficiente para a caracterização da lesão.

²³⁵ *Transformações*, cit. p. 8.

²³⁶ No sentido do não tarifamento da desproporção para a existência da lesão: Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 164; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*, cit. p. 402; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso*, cit. p. 374; Renan Lotufo, *Código Civil comentado*, v.1: parte geral, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441; Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 85.

legislação pelo tarifamento, mas considerando a equidade, como princípio de justiça aplicável ao caso.

Poder-se-ia argumentar no sentido da maior segurança jurídica no caso de existência de um tarifamento fixo na legislação para a determinação da lesão. Não nos parece o melhor entendimento. Segurança jurídica é um conceito relativo, já que somente se pode considerar este fenômeno quando se está diante de um contrato lícito, perfeito, que atenda aos requisitos legais e principiológicos do ordenamento jurídico. A segurança, longe de permitir que um contrato lesivo de fato seja mantido por não atingir os índices previamente previstos por um legislador muitas vezes distante temporalmente, visa essencialmente a proteção de contratos e negócios que venham a atingir sua função social e não firam, direta ou indiretamente, aquilo que genericamente se pode chamar de obrigação moral nos contratos.

Ripert fia-se à corrente da invalidade de se fixar a lesão por tarifamento, preferindo o arbítrio do juiz. *“Não se poderá, com efeito, reduzir sem perigo a idéia de lesão à desproporção das obrigações com ou sem limite de cálculo, porque para dar uma forma jurídica à regra, despojam-na do seu caráter moral, arruinando o seu fundamento sem por isso chegar à precisão técnica que visam.”*²³⁷

Na fixação do que seria o justo valor, necessário se faz levar em consideração a existência de situações particulares, vontades especiais de contratar que indicam, muitas vezes, o pagamento de um preço além

²³⁷ Georges Ripert, *A regra*, cit. p. 131. O próprio posicionamento da doutrina francesa é no sentido de que a determinação da existência do preço abusivo passe, necessariamente, pela manifestação de 3 peritos, que indicarão a existência ou não da exorbitância em relação ao preço corrente, cf. François Jacob, *Code*, cit. p. 1381.

daquele que pode ser qualificado de normal ou de mercado. Assim, situações como a do colecionador que aceita, de forma livre e consciente, pagar preço acima do mercado para a obtenção de peça faltante em sua coleção; ou o adquirente de imóvel que, em vista de interesse pessoal ou familiar, aceita pagar valor acima do usual para a aquisição de imóvel anteriormente pertencente à família etc. Haveria, *in casu*, verdadeiro *preço da vontade de contratar*, o que não legitima a afirmação da existência de lesão. O que qualifica esta não é só o valor a ser pago, mas as condições subjetivas que fizeram com que o contrato fosse levado a termo.

3.3.2.2. Os elementos subjetivos da lesão

Historicamente, em vários momentos o instituto da lesão teve sua análise fixada não somente no preço, mas incluiu a análise de elementos subjetivos, ligados ou à pessoa que sofre a lesão, ou à pessoa que beneficia-se do negócio lesivo. Assim, “*além da questão objetiva (desproporção das prestações e tarifamento), é de rigor a existência de elementos subjetivos, ligados à esfera psíquica das partes envolvidas no negócio jurídico.*”²³⁸

Os elementos subjetivos da lesão que se ligam a quem sofre a lesão são, classicamente, três: a premente necessidade de contratar; a inexperiência na realização de negócio; e a leviandade na realização do negócio. Tais elementos são clássicos, sendo trazidos pelo próprio direito Romano quanto à existência da lesão, sendo que, classicamente, a lesão se configurava quando, em um contrato comutativo, tinha-se “*uma*

²³⁸ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 9. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 226. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 292.

‘desproporcionalidade acentuada’, fora do tolerável ou admirável, capaz de gerar um ‘prejuízo’ tão avantajada que legitimasse a parte prejudicada a rescindi-lo.’²³⁹

De acordo com a previsão legal de cada ordenamento, poderá haver a necessidade da análise de um elemento subjetivo ligado à pessoa que beneficia-se da lesão, geralmente chamado de dolo de aproveitamento. Entretanto, limita-se a casos em que a legislação assim o exige previamente, bem como em casos em que há, por construção da próprio ramo de direito que o prevê, a necessidade de demonstração da atuação voluntária no âmbito lesivo, como no caso da lesão decorrente da usura prevista na Lei de Crimes contra a Economia Popular. Em sendo uma conduta criminosa e não havendo previsão da modalidade culposa, somente há de se reconhecer a sua existência em casos em que se comprova a intenção, o dolo exigido para a configuração do tipo.

3.3.2.2.1. Necessidade de contratar

O primeiro dos elementos subjetivos ligados a quem sofre a lesão é a necessidade de contratar. Esta, longe de ser considerada com pobreza, falta de recursos ou situação de miserabilidade, está ligada à necessidade contratual ou de contratar, *“ou seja, a necessidade de contratar naquele caso concreto, não importando a situação econômica do necessitado.”²⁴⁰* Adotando tal posicionamento, mostra-se clássica a afirmação de Caio Mário da Silva Pereira de que mesmo que determinada

²³⁹ José de Abreu Filho, *Negócio*, cit. p. 306.

²⁴⁰ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 9. No mesmo sentido: Guido Alpa, *Elementi*, cit. p. 392. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 478. Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 250, embora discordemos de tal exemplo, que, em nossa opinião, caracteriza o estado de perigo e não a lesão, já que a necessidade que impulsiona a vontade da parte lesada é de salvar a vida, bem maior, e não apenas um interesse econômico.

pessoa possua condições financeiras, pode existir situação na qual o contrato torna-se inevitável e, “*se num momento dado ele precisa de dinheiro de contado, urgente e insubstituível, e para isto dispões de um imóvel a baixo preço, a necessidade que o leva a aliená-lo compõe a figura da lesão.*”²⁴¹

O exemplo pode bem demonstrar a existência da necessidade de contratar, mas, considerando-se a possibilidade do dolo de aproveitamento, somente seria aplicável em casos em que o beneficiado com a venda do imóvel a preço baixo se aproveitasse, de forma dolosa, da necessidade contratual. Arnaldo Rizzardo cita como exemplo da necessidade de contratar a situação a celebração de “*um trato com um cirurgião, comprometendo-se a pagar elevados honorários para realizar uma operação de urgência. Há um perigo que motiva a decisão, impulsionada pela urgência de um socorro.*”²⁴²

Efetivamente, a necessidade está ligada diretamente à impossibilidade de se deixar de contratar, sob pena de se sofrer prejuízos iguais ou superiores ao exagero da obrigação pretendido pela parte beneficiada, como no caso da parte que, sem observar as taxas contratuais que assume, realiza negócio bancário em virtude de pedido de falência ou aviso de protesto, estando configurada a necessidade de contratar.²⁴³ É necessidade cujo “*significado é econômico, isto é, trata-se da necessidade econômica de contratar. Não se confunde, contudo, com miserabilidade ou falta de recursos financeiros da parte.*”²⁴⁴

²⁴¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 165. No mesmo sentido, o exemplo trazido por C. Massimo Bianca (*Diritto*, cit. p. 647), afirmando haver a necessidade de contratar quando o insolvente vendem bem abaixo do valor para fazer numerário rápido.

²⁴² Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 250.

²⁴³ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*, cit. p. 405.

²⁴⁴ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 87. Embora Humberto Theodoro Júnior (*Comentários*, cit. p. 228), afirme que a necessidade de contratar também atinja imperativos de *ordem espiritual*, assim não

3.3.2.2.2. Inexperiência negocial

O segundo elemento subjetivo ligado à vítima da lesão é a inexperiência contratual. Da mesma forma que na necessidade, não se deve interpretar este elemento de forma ampla ou geral, já que não se admite que somente se socorra da lesão pessoa analfabeta ou que não possua estudo formal, não se descurando de que a inexperiência contratual não significa simplicidade ou falta de cultura. O que se observa é a situação fática, ou seja, se para aquela modalidade contratual haveria ou não a falta de experiência ou conhecimento específico.

Inexperiência aqui significa inexperiência contratual, ou seja, inexperiência em relação ao objeto do contrato ou ao outro contratante.²⁴⁵ Por exemplo, o “*consumidor, (...) via de regra, não possui a mesma prática e o mesmo conhecimento técnico do que o fornecedor, que é geralmente um empreendedor e por isso está acostumado ao tipo de negócio que pratica.*”²⁴⁶

Assim, a inexperiência deverá ser analisada sob o aspecto contratual, levando-se em consideração não só a pessoa que se afirma inexperiente, mas também uma análise quanto a natureza do contrato e a

entendemos, já que a necessidade deve demonstrar, de forma efetiva, que a contratação deu-se por uma necessidade certa, determinada e mensurável. Ao se afirmar que a necessidade caracterizadora da lesão poderia ser espiritual, estar-se-ia subjetivando por demais tal requisito da lesão, já que impossível se medir, de forma minimamente exata e objetiva, o tamanho das necessidades espirituais de cada um, bem como se tal necessidade espiritual mostra-se suficientemente grave para impulsionar a vontade contratual ao negócio lesivo.

²⁴⁵ Carlos Roberto Gonçalves (*Direito*, cit. p. 405), afirmando haver o elemento da inexperiência nos contratos bancários, nos quais a parte tem dificuldade em apreender o alcance das cláusulas redigidas em termos técnicos, gerando desproporcionalidade de condições entre as partes.

²⁴⁶ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 90.

pessoa da outra parte contratante.²⁴⁷ Decorre da falta de uma perfeita consciência sobre o ato em si, mas, principalmente, sobre suas conseqüências, tendo tal deficiência origem em circunstâncias as mais diversas, como a falta de conhecimento técnico, legal, econômico, comercial etc. Há, como conseqüência, um *deficit* na formação da vontade, no dizer de Humberto Theodoro Júnior.²⁴⁸

3.3.2.2.3. Leviandade

Tal elemento subjetivo, previsto expressamente na Lei de Economia Popular, está ligado à realização do negócio jurídico sem que a parte tenha refletido de forma segura e pormenorizada quanto às conseqüências de tal negócio. Pela leviandade, seriam protegidos aqueles contratantes que, sem pensar nos efeitos nefastos ou prejudiciais à sua economia particular, realiza negócio em prejuízo a seu patrimônio ou a seus familiares. A afoiteza o leva a realização de negócio pernicioso à sua condição econômica.²⁴⁹

A leviandade, como elemento subjetivo da lesão, poderia auxiliar a família de eventual pessoa pródiga, a anular negócios jurídicos realizados antes de eventual interdição, demonstrando-se que pessoa atenciosa e conscienciosa quanto aos efeitos do negócio lesivo jamais teria realizado tal negócio. De certa forma, a previsão da leviandade como elemento subjetivo da lesão provinha de proteção não só a pessoa que

²⁴⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 167. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 479.

²⁴⁸ *Comentários*, cit., p. 228; Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit., p. 250.

²⁴⁹ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 91. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 481.

realiza seu negócio, mas, essencialmente, seus familiares e dependentes que fatalmente sofrerão os efeitos de tal negócio lesivo.²⁵⁰

Tal elemento, devido à sua natureza, é inaplicável às pessoas jurídicas.

3.3.2.2.4. Dolo de aproveitamento

Historicamente, não se aplicava o dolo de aproveitamento na configuração da lesão. Assim, na análise da lesão enorme e da lesão enormíssima, apenas se verificava a existência do elemento objetivo da lesão. Bastava a comprovação da desproporção do preço em relação ao objeto, considerando-se ilícito o objeto de tal negócio ante a imoralidade ou a quebra objetiva do princípio da proporcionalidade e da comutatividade do contrato.

A entrada em vigor do Código Civil Alemão (BGB), no ano de 1900, após 4 anos de *vacatio legis* trouxe uma nova perspectiva na análise da lesão. Segundo o §183 do BGB, a lesão, classificada em tal ordenamento jurídico como uma causa de nulidade do contrato, ante a imoralidade de seu objeto, precisa, para se caracterizar, do chamado dolo de aproveitamento, ou seja, a lesão não se configura com a simples existência da desproporção do preço, mas desta aliada à exploração dolosa da necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte. Assim, segundo o ordenamento alemão, a lesão configura-se no momento em que uma das

²⁵⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. 1, cit. p.403; Arnaldo Rizzardo (*Contratos*, cit. p. 250), afirma que “Age o lesado com descuido e irresponsabilidade, vindo a suportar considerável prejuízo. Com mais justiça se admite a desconsideração quando os atingidos são os familiares do vendedor.”

partes, tendo ciência da condição inferior da outra parte contratante, lhe exige obrigação desproporcional de forma consciente e positiva²⁵¹, havendo uma mudança de foco de análise da lesão do lesado para o beneficiado.²⁵²

Tal elemento subjetivo é ligado à figura do beneficiado no contrato lesivo²⁵³, sendo comumente chamado de dolo de aproveitamento, caracterizando-se pela consciência da parte beneficiada da existência de algum dos elementos subjetivos a atingir a parte lesada. Como bem lembra Caio Mário da Silva Pereira, a existência do dolo de aproveitamento é necessária para a configuração da usura real, ao contrário do que se encontra nos casos de usura pecuniária.²⁵⁴

Portalís observa que o contrato de compra e venda é um contrato comutativo e, por conseqüência, que deve envolver a entrega de um preço proporcional à coisa negociada, sendo tal proporção de valores verdadeiramente parte integrante da causa do negócio jurídico, abordando o aspecto objeto da lesão. Em contrapartida, afirma que a efetivação de negócio em tais condições somente pode demonstrar a existência de uma má formação da vontade do prejudicado e que o dolo daquele que se aproveita de tal desproporção é evidente, sendo provado pela simples análise da coisa e do preço, ou seja, *in re ipsa*.²⁵⁵

²⁵¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 165. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 478. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 293.

²⁵² José de Abreu Filho, *Negócio jurídico*, cit. p. 308.

²⁵³ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 10.

²⁵⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 167. Tal comentário refere-se à Lei n° 1.521/51 (Lei de Crimes Contra a Economia Popular), que diferencia a usura pecuniária, que configura-se pela cobrança de juros a taxa superior à legal, e a usura real, que somente se configura pela combinação de algum dos elementos subjetivos da lesão com a desproporção do preço, aliados ao dolo de aproveitamento.

²⁵⁵ Jacques Ghestin., *Traité*, cit. p. 508.

O dolo de aproveitamento “*consiste justamente no fato de uma das partes ter plena ciência acerca da situação de dificuldade enfrentada pela outra.*”²⁵⁶

O fundamento do dolo de aproveitamento tem origem moral, já que, se é contrário ao ordenamento o fato de alguém, em um contrato, receber contraprestação flagrantemente desproporcional ao que recebe, gerando prejuízos ilegítimos à parte contrária, mais ainda no caso de haver ciência plena do beneficiado da situação de necessidade, inexperiência ou leviandade que atinge a parte contrária, aproveitando-se de tal para obter benefícios ilícitos. Neste sentido, afirma Arnaldo Rizzardo que o “*direito não pode caminhar divorciado dos princípios morais que imperam na sociedade e que norteiam as consciências a conceberem os relacionamentos dentro de um mínimo de decência e pudor econômico, sob pena de se converterem estes em instrumentos de pura especulação e destruição, ao invés de se tornarem fatores construtivos da riqueza nacional. Daí a necessidade da eqüidade.*”²⁵⁷

Tal eqüidade, ou justiça particular aplicável ao caso concreto, deve impedir que uma das partes obtenha vantagem desproporcional às custas da necessidade da outra parte, daí o fundamento geral da condenação do chamado dolo de aproveitamento.

A lesão prevista no art. 157 do Código Civil brasileiro não adotou o posicionamento do BGB quanto à necessidade da existência ou, no mínimo, da comprovação do dolo de aproveitamento para a caracterização da lesão. Para se chegar a tal conclusão, necessária se faz

²⁵⁶ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 478. Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 10.

²⁵⁷ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, cit. p. 247.

uma digressão histórica sobre a formulação do art. 157 do Código Civil de 2002.

O Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, em seu art. 31, previa a lesão como causa de anulabilidade do negócio jurídico. Para tanto, colocava como elementos essenciais a existência da premente necessidade e inexperiência como elementos subjetivos, e a existência de desproporção entre a prestação assumida e a vantagem obtida no negócio, sem cogitar a existência do dolo de aproveitamento. Voltava-se o projeto ao ideal da lesão romana, adotada pelo legislador francês de 1804.

Já na década de 60 do século passado, Caio Mário da Silva Pereira, após a duas edições de sua clássica obra *Lesão nos contratos*, redigiu seu Anteprojeto do Código Civil (1965), prevendo a lesão em termos similares ao previsto no BGB, ou seja, com a inclusão de elemento subjetivo vinculado ao beneficiado pela lesão: o chamado dolo de aproveitamento. Além disto, previa a anulabilidade do negócio jurídico, enxergando um defeito do negócio jurídico em sua conformação. Entretanto, conforme posição de Renan Lotufo²⁵⁸, citando artigo publicado por Lamartine Corrêa, “*a fonte do art. 157 só é a do Anteprojeto de Caio Mário quanto à anulabilidade, mas não no que tange ao aspecto conceitual, que se baseou no projeto de 1941: ‘...Como naquele notável anteprojeto, o prisma da conceituação é outro. Não se olha o dolo de quem tenha procurado explorar a necessidade ou inexperiência alheia, mas a circunstância de haver alguém emitido sua declaração de vontade sob premência de necessidade, ou por inexperiência’.*”

²⁵⁸ José Carlos Moreira Alves (*A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, 2ª ed. aum., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114), afirmando que mais que punir o lesante, o instituto tem em si a intenção de proteger o lesado. No mesmo sentido, Renan Lotufo, *Código*, v. 1, cit. p. 438-439.

Houve, efetivamente, uma opção por sistema similar ao francês, que fixa sua análise na figura do lesado, deixando de lado a existência ou de intenção da parte beneficiada, como nos sistemas italiano e alemão. Esta opinião encontra-se expressamente manifestada pelo relator do anteprojeto da parte geral do Código Civil de 2002, Moreira Alves.²⁵⁹

Ou seja, se comprovada a existência de uma vantagem desproporcional, torna-se evidente, por presunção relativa, a existência do dolo de aproveitamento, já que o princípio da boa-fé objetiva tornaria ilícita a conduta de alguém, ainda que sem intenção, aproveite-se de uma situação de inferioridade da outra parte contratante. O equilíbrio das prestações suplante a análise subjetiva da conduta da parte beneficiada, dando-se primazia à proteção do prejudicado pelo negócio.

Tal presunção é relativa, já que a simples análise da desproporção das prestações pode esconder, de fato, a intenção altruística ou o *animus donandi* que anima a atuação de uma das partes contratantes.²⁶⁰

²⁵⁹ No mesmo sentido, Humberto Theodor Júnior, *Comentários*, cit. p. 231.

²⁶⁰ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 233.

4. MODALIDADES DA LESÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. A lesão no direito brasileiro - histórico

Historicamente, os primeiros documentos legislativos a organizarem a sociedade brasileira decorrem, como não poderia deixar de ser, das mesmas normas previstas na metrópole portuguesa. Assim, até mesmo após o advento da República, mantinham-se vigentes no território nacional os dispositivos legais vigentes em Portugal.

Este, por conseguinte, teve uma construção legislativa, apesar dos vários processos de unificação que redundaram na formação do atual Estado Português, basicamente fundada no direito romano, nos princípios a ele inseridos no período medieval e nas principais correntes do direito continental.

A previsão, basicamente repetindo a idéia da lesão enorme romana, fora prevista nas Ordenações Afonsinas (Liv. IV, título XLV), Manuelinas (Liv. IV, título XXX) e Filipinas (Liv. IV, título XIII). Estas, previam textualmente a lesão ao prever que: *“Do que quer desfazer a venda por ser enganado em mais da metade do justo preço: Posto que o contrato de compra e venda de qualquer coisa entregue ao comprador, móvel ou de*

raiz seja perfeito, e o preço pago ao vendedor, se for achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, pode desfazer a venda por bem de dito engano, ainda que o engano não procedesse do comprador mas somente se causasse da simplesa do vendedor. E poderá isso mesmo o comprador desfazer a compra, se foi pela dita maneira enganado além da metade do justo preço, e entende-se o vendedor enganado além da metade do justo preço se a coisa vendida valia por verdadeira e comum estimação ao tempo do contrato dez cruzados e foi vendida por menos de cinco. E da parte do comprador se entende ser enganado se a coisa comprada, ao tempo do contrato valia por verdadeira e geral estimação dez cruzados e deu por ela mais de quinze.”

Paralelamente, as mesmas Ordenações Filipinas preveram a lesão enormíssima quando ocorresse o recebimento, pelo vendedor, de valor de apenas a terça parte do valor justo do negócio. No caso, diferenciava-se a lesão enormíssima da lesão enorme pela presunção de dolo naquela, não se falando na *actio venditi*, mas sim na *exceptio doli* por parte do vendedor, considerando-se o dolo *in re ipsa* na existência de tamanha desproporção.

Em resumo, a lesão enorme, quando do advento da República, tinha as seguintes características: ocorria quando havia desproporção em mais de metade (ou 2/3 no caso de lesão enormíssima); permitia a complementação do preço para a manutenção do negócio; protegia tanto o comprador como o vendedor; prescrição em 15 anos para a lesão enorme e 30 anos para a lesão enormíssima.

Tal previsão, em vigor até a entrada em vigor do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, mantinha a possibilidade da

lesão fundamentar a rescisão de uma compra e venda. Assim, era a lesão uma falha no elemento da comutatividade dos contratos, não gerando a anulabilidade do negócio jurídico, mas sim caracterizando-se como uma causa de rescisão do negócio jurídico. A falha não estava localizada na manifestação de vontade, mas sim na imoralidade das condições contratadas.²⁶¹

O primeiro diploma legal geral em vigor no Brasil que negava efeito à lesão nos negócios foi o Código Comercial de 1850. Este, em seu art. 220, previa a impossibilidade de se alegar lesão nos negócios que se constituíssem atos de comércio, bem como em negócios envolvendo comerciantes. Por tal dispositivo, não podiam se amparar da lesão os comerciantes quando contratavam entre si, mesmo porque não se poderia aplicar aos mesmos a idéia de inexperiência contratual. Além disto, previa a necessidade, para a validade do contrato de compra e venda mercantil, previa a necessidade da existência de preço sério e não preço justo.²⁶²

No que diz respeito à legislação geral, de Teixeira de Freitas, em seu Esboço de 1860, partiu o primeiro golpe. O art. 1.869, único a este respeito, é abolicionista, afirmando a impossibilidade de se rescindir contratos pela existência de lesão.²⁶³ O Projeto de Código Civil de Felício dos Santos, datado de 1881, previa, nos artigos, 2.075 a 2.083, a rescindibilidade das compras e vendas por lesão. Sente-se nesse trabalho a força da tradição das Ordenações. No Projeto do Código Civil Brasileiro de Coelho Rodrigues, datado de 1893, também está prevista a rescisão do

²⁶¹ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 222.

²⁶² Caio Mário da Silva Pereira (*Lesão*, cit. p. 94), afirmando a idéia defendida pelos comercialistas do início do século passado, em sua doutrina, da existência da presunção de perícia dos comerciantes, impedindo a alegação de preço injusto, bem como a ampliação do dispositivo, em momento posterior, a qualquer venda mercantil.

²⁶³ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 95.

contrato lesivo, prevista nos artigos 662 a 667, Parte Especial, Livro Primeiro, Título II, Seção III.²⁶⁴

Clóvis Bevilacqua, ao construir o projeto do Código Civil de 1916, adotou posicionamento francamente contrária ao instituto, não havendo previsão do instituto de forma pura na redação original do projeto. A Comissão revisora da primeira redação, por aditamento feito em 05/07/1900, incluiu o instituto, em termos similares aos existentes nas Ordenações.

Entretanto, a Comissão dos 21, na revisão final do texto, com a participação de Clóvis Bevilacqua, suprimiu novamente o instituto, com a retirada do aditamento realizado ao projeto, tendo sido aprovada a redação final sem a previsão da lesão, em 31/12/1901.²⁶⁵

O instituto permaneceu sem utilização na forma pura como instrumento de anulação ou rescisão dos negócios jurídicos, apesar da existência, a partir da entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 1916, de uma séria de normas, notadamente no que diz respeito às locações urbanas, criando limitações à liberdade contratual e proteção jurídica ao locatário. Entretanto, nenhuma delas se comparava ao instituto em sua pureza conceitual, isto é, prevendo a rescindibilidade ou nulidade do negócio em virtude da quebra do equilíbrio das prestações contratuais.²⁶⁶

A entrada em vigor da Lei de Crimes contra a Economia Popular trouxe à tona novamente o instituto, embora com características

²⁶⁴ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 142.

²⁶⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. p. 97.

²⁶⁶ Sobre a evolução legislativa do instituto, ainda que de forma indireta, vide Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão*, cit. *passim* 123-136.

próprias, mas com o uso dos princípios fundamentais anteriormente adotados pelo instituto, encontrando-se em vigor até os dias atuais.

À esta, aliou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.072/90), ao prever, ainda que com requisitos distintos, a lesão nas contraprestações como situação suficiente à revisão ou anulação do negócio. O Código Civil Brasileiro de 2002 deu nova vida ao instituto, classificando-o como defeito do negócio jurídico, apropriando-se do regramento geral previsto para as nulidades relativas previstas na parte geral da codificação.

Abordaremos, no próximo item, a lesão no direito atual, partindo da lesão na Lei de Crimes contra a Economia Popular, passando pelo Código de Defesa do Consumidor e chegando ao Código Civil brasileiro de 2002, além de eventuais previsões em legislação esparsas.²⁶⁷

4.2. Lesão usurária

A primeira manifestação moderna da lesão no ordenamento jurídico brasileiro, após a edição do Código Civil brasileiro de 1916, foi a Lei n. 1.521, de 26.12.1951, conhecida como Lei de Crimes contra a Economia Popular, que substituiu o Decreto-lei n. 869, de 18.11.1938.

²⁶⁷ Alguns afirmam a existência ainda da lesão nos casos previstos na Medida Provisória n° 2.172-32, de 23.08.2001, afirmando a nulidade dos negócios jurídicos que contenham disposições usurárias e que gerem excessivas vantagens a uma das partes. Entretanto, considerando-se o texto do art. 2º, da Emenda Constitucional n° 32, e o fato do Código Civil ter regulamentado em seu todo os negócios lesivos, seja por usura, seja pelas vantagens excessivas, haveria que se entender pela revogação dos dispositivos de tal medida provisória que tratem sobre a lesão.

Tal norma, de intuito punitivo, visando evitar a exploração econômica por parte de pessoas que detivessem influência na formação do mercado de consumo, estabeleceu uma mistura de aspectos de ordem exclusivamente penal e efeitos civis-contratuais.

Em sua construção, houve a combinação de elementos objetivos e subjetivos, já que previa a exploração constituinte da lesão como conduta criminosa, apesar de construir um conceito de lesão, pelo menos quanto aos elementos constitutivos, similar ao conceito de usura trazido pelo art. 138 do Código Civil alemão (BGB).

Em sendo uma conduta criminosa e, nos termos dos princípios de direito penal vigentes, não se poderia permitir a ocorrência da mesma de forma culposa, exigindo-se, ante a ausência daquela previsão, a demonstração da intenção, do dolo na realização da exploração, para a configuração da usura. Assim, para a doutrina e em decorrência da natureza da lei, a lesão ocorre quando o crime se configura, exigindo-se a demonstração do dolo de aproveitamento, além dos elementos subjetivos ligados ao lesado: necessidade, inexperiência e leviandade.

O texto legal estabelece um limite para os lucros a serem obtidos em negócios jurídicos, considerando o desrespeito a tais limites, configurado pela exigência de valores superiores aos valores de mercado, atingida uma determinada taxa, usura pecuniária, suficiente à contaminação do negócio. Fixa como limite o índice de um quinto do valor corrente ou justo para a prestação correspondente do objeto do negócio.²⁶⁸

²⁶⁸ Wilson de Andrade Brandão (*Lesão*, cit. p. 196-197), afirma que a natureza jurídica do art. 4º, da Lei n. 1.521/51, tem uma dupla entidade jurídica: primariamente é de ordem pública, punindo a lesão com o intuito de prover serventia social e prática; secundariamente dirige-se às relações privadas, quando se manifesta a respeito dos efeitos do negócio entabulado entre as partes.

Ao se considerar a estrutura de tal norma, prevendo a usura como conduta criminosa, percebe-se que houve o direcionamento da proteção contra os negócios lesivos ao próprio interesse público, suficiente a exigir a intervenção do Estado. Tal previsão, ainda que genérica e voltada para a punição de delito criminal, nos serve de base para visualizar a mudança de posicionamento do legislador, deixando de lado o liberalismo explícito e sem limites (*pacta sunt servanda*), passando a intervir nas cláusulas contratadas pelas partes. Dispõe o art. 4º, b, da referida lei:

“Art. 4º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

(omissis)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.”

Em que pese tratar-se de legislação tipicamente penal, podemos perceber a existência dos elementos caracterizadores da lesão em geral, ou seja, a vantagem exacerbada conseguida à custa da inexperiência ou necessidade da outra parte. No caso, a proporção do direito romano e das Ordenações que exigiam uma diferença de metade do valor real do negócio obtido por usura, aqui fica reduzida ao lucro que exceder a 1/5 o valor corrente do negócio.

Sendo tal objeto de negócio (negócio usurário) caracterizados de conduta criminosa, não se pode deixar de pensar que a causa do mesmo foi a existência de um contrato que envolva um objeto ilícito, tendo, como

decorrência natural, a nulidade absoluta do mesmo, por aplicação expressa do art. 166, II, do Código Civil brasileiro.²⁶⁹

Embora tal seja o raciocínio mais lógico, dentro da teoria da nulidade absoluta prevista na teoria geral do direito civil, tem-se que, por expressa disposição legal da Lei n. 1.521/51, poderá o juiz manter os efeitos do negócio, porém adequando o seu conteúdo às determinações legais.²⁷⁰

Ora, se a cláusula é nula, não se admitiria a sua convalidação, nem por ato do juiz, nem a pedido das partes, nos termos dos arts. 168, parágrafo único, e 169, do Código Civil brasileiro.²⁷¹ No caso, o que se percebe é que houve um distanciamento, elogiável, dos efeitos da nulidade absoluta como regra geral e a possibilidade de convalidação do negócio atingido pela lesão nos termos da legislação citada.

Haveria, ante a autorização para a readequação do negócio, não nulidade absoluta, mas sim ordem legal expressa de revisão judicial da cláusula, com a manutenção do negócio, adontando-se o *princípio da*

²⁶⁹ Art. 166, Código Civil brasileiro. É nulo o negócio jurídico quando:

I – *omissis*;

II – for ilícito, impossível ou indeterminado o seu objeto;

Omissis.

²⁷⁰ Dispõe o §3º, do art. 4º, da Lei n. 1521/51: “*A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.*”

²⁷¹ Art. 168, Código Civil brasileiro. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

*conservação do negotium juris*²⁷², não mantendo, mas adequando o negócios às regras legais aplicáveis.

O instituto, de uma maneira geral, teve pouca aplicação prática no âmbito privado já que, com a necessidade de se demonstrar o dolo de aproveitamento, dificultou-se a comprovação de um de seus pressupostos subjetivos.

4.3. Lesão no Código de Defesa do Consumidor

A lesão existente nas relações de consumo também passou a fazer parte do arcabouço jurídico brasileiro a partir da entrada em vigor da Lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Para tal legislação, que tem como base hermenêutica a proteção jurídica do consumidor mais fraco na relação negocial, previu a possibilidade de rediscussão de cláusulas contratuais lesivas ao consumidor, bem como listou como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que imponham ônus desproporcional ao consumidor. Tal construção é feita com base na análise dos arts. 6º, V; 39, V; 51, IV e seu §1º, III, que listamos:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

V – a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

²⁷² Wilson de Andrade Brandão (*Lesão*, cit. p. 225), afirmando que “em síntese, no direito brasileiro, se instituiu a ‘revisão judicial’ dos contratos lesionários. Observe-se bem: ‘revisão’. Respeita-se, essencialmente, a vontade das partes que se determinaram a pactuar. O contrato como contrato é inviolável. O que se não permite é a exploração de uma parte pela outra. Daí o poder do juiz de reduzir as prestações ao justo legal.”

(...)

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

(...)

§1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

(...)

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

A lesão consumerista tem tratamento jurídico diferenciado. Por fazer parte de codificação de normas de ordem pública, não se poderia deixar ao alvitre do tempo sua ratificação, característica própria das agressões que acarretam a anulabilidade. Ao contrário, a lesão, quando ocorrida na relação de consumo, fulmina o negócio de nulidade absoluta, não havendo prescrição ou preclusão processual que a atinja, embora sempre haja a possibilidade, ante o princípio de manutenção do negócio, de adequação das cláusulas a um patamar aceitável.

Além disto, percebe-se que o conceito de lesão consumerista é mais amplo, já que não exige, para sua ocorrência, o cumprimento de critérios objetivos no que se refere à proporção da lesão alcançada, ao contrário da lesão na Lei de Economia Popular. Assim, mesmo que a desproporção do negócio não tenha atingido o 1/5 exigido pela citada lei, ou mesmo a metade do valor do negócio, como na lesão enorme, poderá o juiz, em cada caso, reconhecer a existência da desproporcionalidade lesiva.

Também não se exige a demonstração dos elementos subjetivos clássicos, como a necessidade, inexperiência e leviandade. Basta o consumidor demonstrar que houve desproporção dos resultados dos negócios para pleitear a anulação, não se cogitando a comprovação de nenhum dos elementos subjetivos, *bastando a existência de prestação exagerada por parte do consumidor*.²⁷³

Isto porque, por presunção geral adotada pela legislação consumerista, sempre terá o consumidor o privilégio de ser considerado a parte hipossuficiente, aceitando-se que se o negócio estabeleceu-se com prestações desproporcionais em relação ao valor médio do mercado, situação esta reconhecida pelo juiz da causa, haverá presunção legal de que tais condições somente foram aceitas pelo consumidor em função de sua especial condição negocial. Assim, haverá a lesão consumerista independentemente do consumidor comprovar que está em estado de necessidade ou movido pela inexperiência e, ainda, não haverá a necessidade da existência de quaisquer atos dolosos por parte do fornecedor para a configuração do contrato lesivo.

De se observar ainda que, conforme a legislação consumerista, a ilicitude de cláusulas abusivas não gerar a anulação ou rescindibilidade do contrato, mas sim sua revisão, reestabelecendo-se o equilíbrio necessário ao cumprimento das exigências da boa-fé e da função social do negócio, nos termos do art. 51, §2º, da Lei 8.078/90. Também se deve levar em consideração que os objetivos da legislação consumerista não tem por fim a defesa exclusiva do consumidor de forma absoluta, mas sim a defesa de um sistema de consumo sadio e sustentável.

²⁷³ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 114.

Assim, não é a existência do lucro que gera a lesão consumerista, mas somente aquelas condutas que se mostrem excessivamente onerosas, abusivas, iníquas e que, de forma direta, imponham ao consumidor um prejuízo. O lucro, como finalidade da prática comercial, não deve ser combatido, sob pena de se esvaziar tal atividade, mas somente limitado, impedindo que o fornecimento de bens e serviços se transformem em instrumento de dominação social e econômica. Portanto, *“a vantagem do fornecedor configuradora de lesão para o consumidor haverá de ser “exagerada” (art. 51, §1º, caput); deverá ser vista como excepcional e incompatível com o princípio da boa-fé e da lealdade, configuradora, portanto, de comportamento desonesto e inaceitável pelo senso ético comum.”*²⁷⁴

4.2. Lesão civil ou especial

Vistos, ainda que *passim*, os outros casos de lesão aceitos de maneira geral pelo direito brasileiro, resta-nos a discussão acerca dos limites conceituais e o alcance da lesão como novo instituto geral do direito civil brasileiro. Para parte da doutrina²⁷⁵, diferencia-se a lesão-vício do negócio jurídico da lesão enorme ou objetiva e da lesão por usura, já que estas últimas geram a nulidade do negócio jurídico, enquanto a lesão-vício gera a sua anulabilidade.

No primeiro caso (lesão enorme ou objetiva), há quebra do princípio da comutatividade dos contratos, devendo ser analisado

²⁷⁴ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit., p. 249.

²⁷⁵ Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil comentado*, v. II: Negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos, São Paulo: Atlas, 2003, p. 234 e seguintes.

independentemente da existência de dolo de aproveitamento, gerando a nulidade ou a revisão das cláusulas contratuais.²⁷⁶

Já a lesão por usura, tratada na lei de crimes contra a economia popular caracteriza-se por gerar a nulidade do contrato e não sua anulabilidade, sendo necessária a demonstração de que houve abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de alguém e desproporção maior que 20% do justo valor do lucro.

Por fim, a lesão civil ou lesão-vício ou lesão especial, na qual há a análise apenas do comportamento da vítima que teve sua vontade maculada pela necessidade ou inexperiência, não se cogitando o dolo de aproveitamento.

Visualiza-se, de plano, a existência de dois elementos essenciais à existência da lesão civil: a) um elemento objetivo ou material, caracterizado pela desproporção das prestações negociadas; e b) um elemento subjetivo ou imaterial, caracterizado pela necessidade, leviandade ou inexperiência de uma das partes em receber a prestação (lesado) e o dolo de aproveitamento da parte beneficiada.²⁷⁷

Tais elementos são retirados da redação do art. 157 do Código Civil brasileiro:

²⁷⁶ Álvaro Villaça Azevedo, *Código*, cit. p. 236.

²⁷⁷ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso*, cit. p. 374; Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 226; Marcelo Guerra Martins (*Lesão*, cit. p. 113), afirma que “*esta lesão diferencia-se da lesão enorme, porque não basta a desproporção entre a prestação e sua causa, e difere da lesão usurária, porque não se cogita do dolo de aproveitamento da parte beneficiada (portanto, não há que se falr em ato ilícito ou contrário aos bons costumes). Sua sanção é a anulabilidade (art. 171, II), admitindo-se a oferta de suplemento suficiente para eliminar a desproporção (art. 157, §2º).*”

“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 os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

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

Percebe-se que o legislador preferiu não tarifar a ocorrência da lesão, deixando ao arbítrio do julgador a análise de cada caso, verificando ou não a ocorrência do exagero caracterizador da lesão.²⁷⁸

O primeiro elemento subjetivo necessário para a caracterização da lesão é a premente necessidade do lesado. Este, naquela situação fática que vive, não pode deixar de contratar, ainda que tal negócio se demonstre extremante prejudicial. Havendo outra alternativa para o lesado que não a contratação, não haverá a configuração da lesão, decorrendo, nestes casos, o desequilíbrio contratual da própria vontade livre dos contratantes.

O outro caso listado pelo art. 157 do Código Civil brasileiro é a inexperiência da outra parte contratante, caracterizada pela inabilidade da parte em lidar com aquele negócio jurídico. Inexperiência não significa baixo nível cultural ou intelectual, já que um analfabeto pode ser muito mais experiente num determinado negócio do que o acadêmico de longa data, que jamais realizou tal transação.

²⁷⁸ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso*, cit. p. 374), afirmando que “*não havendo solução ideal, mais conveniente é facultar ao julgador, à luz do caso concreto, reconhecer ou não a ocorrência do referido vício.*” De forma similar, entendendo que o conceito de valor desproporcional deverá ser preenchido a cada caso concreto, com base nos princípios da boa-fé, da equidade e dos usos e costumes, Humberto Theodor Júnior, *Comentários*, cit. p. 227.

No caso, ambos os elementos subjetivos citados são pressupostos da existência da lesão, sendo necessário que “*a dificuldade econômica ou a inexperiência do contratante forma a causa determinante do negócio lesivo, ou seja, se a parte prejudicada lançou mão do contrato como instrumento para tentar satisfazer sua necessidade; e, ainda, se foi por causa dessa premência que as condições iníquas vieram a ser ajustadas.*”²⁷⁹

Também se deve afirmar a leviandade como causa da lesão. Entende-se aquela como a atuação impensada, sem a correta análise da situação negocial e suas conseqüências, causando arrependimento e prejuízo posterior. No caso, se a parte lesada tivesse agido com mais cautela, tendo tempo para pensar e ponderar os prós e os contras do negócio não o teria feito ou o teria de maneira diversa.

Discutida é a questão da necessidade de se verificar o elemento anímico da parte beneficiada pelo negócio lesivo. Seria necessário o dolo de aproveitamento para a existência da lesão civil ou bastaria o fato em si lesivo (objetivamente) para uma das partes e lucrativo para a outra? Estas, as teorias objetivistas e subjetivistas da lesão.

A redação do art. 157, do Código Civil brasileiro, deixa em aberto a questão, havendo necessidade de uma digressão histórica para se chegar a uma conclusão lógica.

O que o artigo em questão coloca de maneira clara é a obrigatoriedade de que a contratação tenha se dado em função de uma quebra da liberdade contratual, fazendo com que o outro contratante tenha

²⁷⁹ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 225.

se prevalecido de tal condição para a realização de um negócio jurídico desproporcionalmente a seu favor. Assim, o elemento *vantagem ilícita* faria parte da conformação da estrutura da lesão, sendo tal vantagem ilícita chamada de dolo de aproveitamento.

Mas haveria a necessidade da consciência da parte beneficiada do dolo de aproveitamento, ou seja, a consciência da condição da outra parte de premente necessidade ou inexperiência? Há certa divergência doutrinária.

Para Caio Mário da Silva Pereira, não há necessidade do dolo de aproveitamento, sendo questão objetiva a existência ou não da lesão. Diferente do caso do estado de perigo, que requer o conhecimento prévio da situação de risco por parte do beneficiado, na lesão basta a ocorrência objetiva do lucro excessivo, mesmo que o beneficiado não saiba da situação econômica ou anímica da parte contrária. É a chamada lesão qualificada, na qual não se discute a existência do dolo de aproveitamento.²⁸⁰

Para outros autores, o dolo de aproveitamento é necessário, mas não precisa ser demonstrado pela parte lesada, bastando a demonstração de que há desproporção entre as contraprestações. Há uma presunção de dolo de aproveitamento por parte de quem aceita contratar em condições desproporcionais à outra parte, presunção de que aproveita-se de uma condição psicológica inferior da outra parte. Tal presunção “*é relativa, visto que se torna cabível a prova pelo interessado de que, in concreto,*

²⁸⁰ César Fiúza, *Direito*, cit. p. 216. Neste sentido, o Enunciado 150 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, afirma: “*A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige o dolo de aproveitamento.*”

*teria agido de boa-fé e sem abuso ou exploração da fragilidade do outro contratante.*²⁸¹

Assim, para a segunda corrente, há necessidade de um dolo de aproveitamento, havendo uma presunção *iuris tantum* de tal dolo.

A terceira corrente adota a teoria objetivista, ou seja, analisa somente a existência de desproporção entre as prestações e a existência de uma condição de inexperiência ou necessidade por parte do prejudicado, sendo desnecessária a análise do elemento anímico por parte do beneficiado.

Sílvio Rodrigues²⁸² indica quais seriam os requisitos essenciais para a existência da lesão civil:

- a) contrato comutativo, já que neste há presunção de equivalência de prestações, ao contrário do negócio aleatório;
- b) desproporção no momento do contrato e não posteriormente, sendo este seu elemento objetivo;
- c) desproporção considerável e, neste ponto, adotou o legislador a idéia do Código Alemão, dando ao juiz a liberdade de verificar tal quesito caso por caso;
- d) deficiência nas condições psicológicas da parte lesada em função de sua inexperiência ou premente necessidade;
- e) existência de nexo causal entre a deficiência na liberdade da manifestação da vontade e o conteúdo e conclusão do negócio, com a necessidade de decisão judicial para o seu reconhecimento;

²⁸¹ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 233.

²⁸² Sílvio Rodrigues, *Direito*, v. 1, cit. p. 225.

f) o beneficiado tem direito de pedir a complementação do valor do negócio. Mas ao “*prejudicado não é deferido o direito de pedir a inteiração do valor. Só se he permite pleitear a rescisão.*”²⁸³

Entende-se ainda que, em se tratando da lesão civil ou especial, há necessidade de permanência da lesão quando do exercício da ação anulatória, já que em se tratando de nulidade absoluta, há a possibilidade de convalidação expressa ou tácita do negócio. Se houve tal convalidação, de forma a desaparecer ou o desequilíbrio ou o vício do negócio a atingir a vontade da parte contratante, não há mais que se falar em reconhecimento da nulidade relativa do negócio. Ainda, a análise de tal desproporção deverá ser feita no momento da contratação, já que “*pouco importa que o bem tenha se valorizado ou desvalorizado posteriormente ao contrato. A anulação será possível em função do prejuízo que o lesado efetivamente sofreu no momento do ajuste.*”²⁸⁴

Por expressa determinação legal, o valor do bem da vida objeto do contrato em discussão deverá ser apreciado de acordo com parâmetros vigentes na data da negociação. Eventual alteração posterior dos valores, tornando o contrato excessivamente desequilibrado poderá dar ensejo à revisão judicial do contrato, mas não a sua anulação ou revisão com base na ocorrência da lesão em si.

4.5. Efeitos da lesão civil ou especial no direito brasileiro

²⁸³ Sílvio Rodrigues, *Direito*, v.1, cit. p. 226.

²⁸⁴ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 226.

Considerando a previsão do Código Civil brasileiro, tem-se que a lesão, por expressa determinação legal, acarreta a anulabilidade do negócio jurídica, sendo considerado como defeito do negócio jurídico. Apesar de tal solução, decorrente da simples interpretação das regras gerais da nulidade relativa, não se coaduna de forma clara com os princípios que sustentam o instituto jurídico da lesão.

A idéia, em verdade, que sustenta a lesão não é pura e simplesmente a anulação do negócio, mas sim, “*antes de tudo, acobertar o alienante dos efeitos ruinosos de seu ato.*”²⁸⁵

Porém, ante o princípio da conservação do negócio jurídico, deve se considerar a sua adequação e não a simples anulação, com a retirada de seus efeitos particulares. Em verdade, apesar de ser previsto pelo legislador como um defeito do negócio jurídico e, conseqüentemente, anulável, o negócio lesivo enquadra-se muito melhor numa busca de reequilíbrio da prestação lesiva, evitando-se a continuidade da demanda e mantendo-se o negócio entabulado em si. Tanto assim que o §2º do dispositivo legal afirma a prerrogativa do beneficiado com a lesão de manter o negócio, complementando o preço lesivo ou devolvendo ou cancelando as obrigações exageradas.

No que diz respeito à própria interpretação da idéia, tem-se que em qualquer discussão sobre a lesão deve-se, em primeiro lugar, levar em consideração da possibilidade de restabelecimento do equilíbrio contratual, sendo mesmo obrigação do julgador, dentro dos limites da ética

²⁸⁵ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 75.

e de sua atuação imparcial, buscar a manutenção do negócio com seu reequilíbrio.²⁸⁶

4.6. Lesão e institutos afins

4.6.1. Lesão e erro

Diferencia-se a lesão do erro em função de ambos os elementos que compõem aquela, o objetivo e o subjetivo. O erro ocorre quando há “*uma falsa representação que influencia a vontade no processo ou na fase da formação*”²⁸⁷ do negócio jurídico.

No erro não encontra-se presente a necessidade da discussão do elemento objetivo “desproporção das prestações”, embora possa haver tal desproporcionalidade em decorrência da falha na formação da vontade em função do erro ou ignorância. Entretanto, apesar de tal possibilidade, tem-se que a configuração do erro ou da ignorância passa necessariamente pela falsa percepção ou ausência de percepção sobre elementos conformadores do negócio jurídico, seja em seu objeto, seja em relação aos elementos secundários que o cercam. “*Enquanto o primeiro corresponde à falsa noção de uma realidade negocial, incidindo sobre a natureza ou objeto principal da avença, a segunda incide sobre o seu respectivo valor,*

²⁸⁶ Neste sentido, o Enunciado 149 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, afirma: “*Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, §2º, do Código Civil de 2002.*”

²⁸⁷ Orlando Gomes, *Introdução*, cit. p. 417.

tendo a parte consciência deste último, bem como da desproporção das prestações, e não uma falsa noção como ocorre no erro.”²⁸⁸

Assim, o que importa na configuração do erro como defeito do negócio jurídico não é o valor do negócio assumido, mas sim a falsa percepção sobre os elementos de formação do negócio.²⁸⁹ Estabelece-se, assim, a primeira diferença entre a lesão e o erro, já que todas as modalidades de lesão passam, necessariamente pela apreciação da desproporção entre o valor estabelecido no negócio e o valor real ou média de mercado. Pagar mais caro ou mais barato por um objeto não pode acarretar, por si só, o erro, mas pode configurar-se como elemento essencial da lesão.

No que diz respeito ao elemento subjetivo, também se mostram diversos os efeitos em questão.

O erro caracteriza-se pela falsa idéia ou ausência de informação sobre características essenciais do negócio, mas sem que haja qualquer interferência externa na formação de tal vontade. Assim, no erro, a análise subjetiva passa ao largo do outra parte contratante, concentrando-se na figura do manifestante da vontade que erra. Erra por sua culpa e responsabilidade, não havendo, no plano teórico, responsabilidade de outra parte face aos prejuízos causados pela manifestação eivada de erro.

No erro, o nexo entre a manifestação de vontade e o vício está concentrado na pessoa que erra, sendo o fundamento social de tal vício o fato do ordenamento não considerar socialmente válido que alguém se

²⁸⁸ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 104.

²⁸⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, v.1, cit. p. 517.

obrigue sem clareza de consciência sobre tal objeto. Há exclusiva análise da vontade de quem a manifesta com erro, sendo irrelevantes aspectos objetivos da declaração. Se na lesão há uma combinação entre a condição subjetiva do lesado, aliada a uma desproporção objetiva da prestação, no erro há uma análise exclusivamente da vontade do agente.

4.6.2. Distinção entre lesão e teoria da imprevisão

Ambos os institutos têm, como base de construção, a busca do equilíbrio contratual ou a manutenção da equivalência de prestações, “sendo que a lesão ocorre no momento da realização do negócio, enquanto que a teoria da imprevisão é aplicada depois, ou seja, na execução do contrato, quando este restar excessivamente oneroso para uma das partes.”²⁹⁰

Há na aplicação da teoria da imprevisão a existência de um desequilíbrio posterior à formação do negócio jurídico. Não haveria que se falar, no caso de onerosidade excessiva, de anulação, mas de resolução ou revisão judicial, já que no momento da formação do contrato não havia qualquer vícios em seus elementos constitutivos, formando-se a relação jurídica de forma correta, havendo sim o surgimento de seus elementos constitutivos em momento posterior, durante o cumprimento do contrato de trato sucessivo.²⁹¹

Assim, o que diferencia os institutos não é o elemento objetivo que as caracteriza, qual seja, a existência da lesão ou desproporção das

²⁹⁰ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 140.

²⁹¹ Eduardo A. Zannoni, *Ineficácia*, cit. p. 127. Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 147.

prestações, mas sim o momento e a causa das mesmas. Na lesão, tal desproporção é cotemporânea à manifestação da vontade, sendo decorrente de uma manifestação de vontade inicialmente viciada pela necessidade ou inexperiência, gerando um defeito do negócio jurídico. Na onerosidade excessiva, não existe tal desequilíbrio das prestações no momento da formação do contrato, mas sim em decorre do desenvolvimento e cumprimento do outro; não há nenhuma interferência na vontade das partes, sendo esta livre e consciente, ocorrendo a desproporção por causas extrínsecas ao negócio, caracterizadas pelos eventos imprevisíveis e inevitáveis, de caráter extraordinário, gerando a possibilidade de revisão ou resolução do contrato.

4.6.3. Distinção entre lesão e estado de perigo

Apesar de possuírem o mesmo efeitos de acordo com a legislação positiva brasileiro, ou seja, a anulabilidade do negócio jurídico, bem como uma semelhança quanto ao seu fundamento de fato, qual seja, a existência de um desequilíbrio econômico do conteúdo do contrato, guardam diferenças absolutas os institutos.²⁹²

O estado de perigo é definido pelo art. 156 do Código Civil brasileiro, ocorrendo quando alguém, premido de necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Tem como requisitos a existência de um mal iminente, grave e conhecido da outra parte contratante; que o bem jurídico ameaçado seja a pessoa que pratica o ato

²⁹² Humberto Theodoro Júnior (*Comentários*, cit. p. 204), afirma, com base em Trabucchi, que tais situações correspondem, no direito italiano apelidadas de *stato di pericolo* e *stato di bisogno*.

que lhe seja excessivamente oneroso, ou pessoa ligada proximamente à ele; e que o risco de tal dano, ou seja, a busca da salvação ou impedir o dano, seja a causa do negócio jurídico.²⁹³

A primeira diferença que salta aos olhos entre os institutos é a qualificação da necessidade que caracteriza a lesão e o estado de perigo. Naquela, como já se afirmou, tem-se a necessidade de contratar para se evitar um efeito econômico lesivo. Ou seja, para se evitar um prejuízo de ordem patrimonial maior, aceita-se a realização de um negócio lesivo.

Ao contrário, no estado de perigo, a necessidade caracterizadora é “*personalíssima, isto é, ligada às condições físicas da pessoa.*”²⁹⁴

A diferença entre a lesão e o estado de perigo é que neste, o grave dano ameaçado diz respeito à pessoa do contraente, naquele, o seu patrimônio.²⁹⁵ Para Humberto Theodor Júnior, no estado de perigo, há um risco pessoal, caracterizado pelo perigo de vida ou de grave dano à saúde ou à integridade física de uma pessoa, enquanto que no estado de necessidade ou lesão, “*o risco provém da iminência de danos patrimoniais, como a urgência de honrar compromissos, de evitar a falência ou a ruína dos negócios.*”²⁹⁶

Para Marcelo Guerra Martins, em ambos os casos há estado de necessidade, mas qualificada de formas diversas em ambos os institutos. No estado de perigo, o estado de necessidade que contamina a atuação da

²⁹³ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 211.

²⁹⁴ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 148.

²⁹⁵ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 647.

²⁹⁶ Humberto Theodoro Júnior, *Comentários*, cit. p. 204.

parte é de cunho personalíssimo, enquanto que na lesão, o mesmo estado de necessidade é ligado a uma necessidade econômica de contratar.²⁹⁷ Apesar da diferença, ambos os institutos têm fundamentos em comum: a boa-fé, a equidade contratual e a comutatividade das prestações.

5. LESÃO NO DIREITO COMPARADO

5.1. Direito alemão

Considerando a construção do Código Civil Alemão, de surgimento posterior ao Código Napoleônico e francamento diverso deste no que diz respeito à regulamentação do negócio jurídico, tem-se com a edição do mesmo e sua entrada em vigor, uma revigoração do instituto da lesão. Deve-se isto ao fato de sua supressão, quase que total, pelo Código

²⁹⁷ Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 148.

Civil Francês, de inspiração amplamente liberal, sendo o Código Civil Alemão o primeiro grande diploma legislativo moderno a prever a possibilidade da verificação do equilíbrio das prestações como elemento da formação do negócio jurídico válido.

Entretanto, antes mesmo do BGB já havia previsão legal para a anulação de negócios por usura no sistema jurídico alemão. Para o direito alemão antigo, a usura (ou lesão) consistia em se ultrapassar os limites dos interesses nos negócios jurídicos. A usura era, portanto, um extrapolamento dos limites legítimos dos interesses das partes em negócios jurídicos, o que não deixava de ser um conceito vago e excessivamente dependente de interpretação para a verificação da existência da usura. Decorrendo disto, houve supressão do instituto pela lei de 12 de outubro de 1867.

Apesar disto, o instituto continuou a ser aplicado pelos tribunais alemães, que reconheciam a existência de imoralidade no objeto de negócios que se caracterizavam numa excessiva exploração da parte contrária. Baseado em tal interpretação, que se sustentava na ilicitude da vantagem excessiva, surgiu a lei de 24 de maio de 1880, que previa a chamada usura de crédito ou pecuniária. Tal lei, que já previa os elementos subjetivos exploração da necessidade, inexperiência ou leviandade da parte, instituiu a existência da lesão nos casos de vantagens desproporcionais na concessão de mútuos ou na prorrogação de créditos pecuniários. Este conceito de lesão foi ampliado pela lei de 19 de junho de 1893, criando-se o conceito de lesão material, ocorrendo em casos similares ao da lesão pecuniária, mas tendo como elemento qualificador do sujeito ativo da lesão a existência de exploração de lesão material como elemento de indústria ou de forma costumeira.

Assim, no exato momento anterior ao BGB, convivia a Alemanha com dois tipos de usura: a pecuniária e a material ou real.

De acordo com Enneccerus, por um acordo da Comissão do *Reichstag*, houve a unificação dos conceitos de usura pecuniária e real no BGB, criando-se um conceito unitário do direito civil alemão, caracterizando a usura como causa de nulidade absoluta em função da imoralidade do negócio.²⁹⁸

Da mesma forma, verifica-se a inovação do Código Civil alemão ao prever, de forma obrigatória, a verificação não só do elemento objetivo para a caracterização da lesão, mas também de seu elemento subjetivo duplo, ou seja, considera elemento subjetivo da lesão não só a condição daquele que se submete, com prejuízo, a tal negócio, mas também a posição subjetiva daquele que retira a vantagem indevida de tal negociação²⁹⁹. Foi, portanto, a escola que incluiu o elemento subjetivo na lesão, através do dolo de aproveitamento, coisa inexistente na lesão romana tradicional.

Ao contrário dos Códigos Civis francês e italiano, que tratam da lesão dentro dos livros correspondentes aos contratos, considerando causa de nulidade e de rescisão contratual, respectivamente, a legislação alemão incluiu o equilíbrio das prestações estabelecidas no negócio jurídico como elemento essencial a qualquer negócio jurídico ao qual seja possível a aplicação do instituto.

²⁹⁸ Ludwig Enneccerus. *Tratado de derecho civil*; parte general, Barcelona: Bosch, 1986, v.2, 2ª parte, p. 640.

²⁹⁹ Antonio Jeová Santos. *Função social do contrato*, São Paulo: Método, 2004, p. 158.

Considerou o legislador alemão a existência do desequilíbrio das prestações como situação caracterizadora da usura e esta, por consequência, acarretaria a existência de conflito com o ordenamento, caracterizado como verdadeira infringência aos bons costumes, gerando um negócio jurídico imoral. Este o sentido da redação do art. 138 do BGB:

“Art. 138. (Sittenwidriges Rechtsgeschäft)

1. Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten sitten verstößt, ist nichtig.

2. Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durt das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen willensschwäche eines anderen. Sich oder einem Dritten für eine Leistung vermögensvorteile versprechen oder gewähren. Laßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zuder Leistung steher.”³⁰⁰

Da redação do dispositivo, verifica que, *“em oposição à tendência do Código Civil francês, que se chamou objetivista, a germânica se definiu como subjetivista, dando-se à lesão o epíteto de qualificada, porque passou a resultar da desigualdade dos deveres em virtude da exploração, por um dos contratantes, da necessidade, da ligeireza ou leviandade do outro.”³⁰¹*

No sistema alemão, pode-se conceituar a usura e, consequentemente, a lesão, como *“la explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, haciéndole prometer o conceder, para el estipulante o para un tercero y a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que exceden de tal modo del valor*

³⁰⁰ Art. 138, BGB. Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo. Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si ou para um terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação.

³⁰¹ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 56.

de la prestación que, dadas las circunstancias, se hallan con ésta en una desproporción extraordinaria.”³⁰²

A previsão da existência da condição subjetiva privilegiada do prejudicado pelo negócio lesivo, caracterizado pela necessidade de contratar, a leviandade ou a inexperiência da parte contrária, alia-se à exigência do dolo de aproveitamento, caracterizado por uma especial condição subjetiva da parte beneficiada com o negócio lesivo. Assim, mesmo que haja a imoralidade do negócio simplesmente pela condição objetiva do mesmo, não abre mão o sistema alemão da existência de ciência, de ambas as partes, das circunstâncias de fato que tornam tal negócio imoral, não reconhecendo a nulidade do negócio pela *laesio enormis*, como no caso do direito romano. Assim, tanto aquele que se aproveita do negócio imoral (ou lesivo), como aquele que aceita a realização de tal negócio, devem ter ciência ao menos das condições de fato que caracterizam tal relação nos termos do art. 183, do BGB. No dizer de Enneccerus, haverá contrariedade aos bons costumes nos negócios usurários e nos negócios nos quais se explore, de alguma forma, a outra parte.³⁰³

Dois os elementos necessários, portanto, para a caracterização da usura no sistema alemão: um objetivo, que pressupõe a existência de vantagens patrimoniais a uma das partes que excede manifestamente a contraprestação, sendo tal desproporção decorrência direta da necessidade, inexperiência ou leviandade da parte prejudicada; o outro subjetivo, caracterizado pela exploração, ou seja, o dolo de aproveitamento, não

³⁰² Ludwig Enneccerus, *Tratado*, cit. p. 640.

³⁰³ Ludwig Enneccerus. *Tratado*, cit. p. 632. Para tal autor, além das formas essenciais de negócios imorais, haveriam outros não previstos diretamente pelo legislador, mas passíveis de tal classificação ante a análise de suas condições. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 292.

puramente a intenção da parte beneficiada em ter uma vantagem indevida, um benefício excessivo, mas sim o seu aproveitamento consciente da necessidade, inexperiência e leviandade da outra parte contratante.³⁰⁴ A presença de tais elementos fáticos, descritos no art. 138, §2º, do BGB, é requisito essencial para a caracterização do negócio usurário e, conseqüentemente, nulo pela existência da lesão.³⁰⁵

Pelo sistema, a simples existência de desproporção das prestações mostra-se insuficiente para a caracterização da lesão, sendo necessária a existência do elemento subjetivo. Assim, a nulidade do negócio por usura mostra-se muito mais uma sanção a aquele que se beneficia indevidamente, através de uma intenção reprovável, da necessidade contratual da outra parte, embora não seja necessária a comprovação da intenção de prejudicar. Basta, portanto, que fique claro a vontade de obter uma vantagem excessiva³⁰⁶. Tal situação também pode mostra-se nos casos de prepotência econômica ou, em outras palavras, em situações nas quais a divergência de posições econômicas entre as partes mostre-se suficiente a caracterizar uma exploração indevida da parte mais fraca.³⁰⁷

Assim, a característica primária do negócio usurário é a existência de uma desproporção manifesta entre a prestação e a contraprestação em um contrato bilateral.³⁰⁸ O legislador alemão preferiu

³⁰⁴ Ludwig Enneccerus, *Tratado*, cit. p. 641; Antonio Jeová Santos, *Função social*, cit. p. 159. Andreas von Tuhr, *Derecho*, cit. p. 46. Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 293. Hélio Borghi, *A lesão*, cit. p. 59-60.

³⁰⁵ Karl Larenz, *Derecho*, cit. p. 620.

³⁰⁶ Heinrich Lehmann, *Tratado*, cit. p. 292. Antonio Jeová Santos, *Função social*, cit. p. 159.

³⁰⁷ A idéia da prepotência econômica desenvolveu-se essencialmente após a 1ª Guerra Mundial, com normas criadas para se evitar o excessivo aproveitamento da situação de penúria causada pela crise produtiva, sendo tal situação de aproveitamento chamada, à época, de usura de guerra ou usura social, cf. Ludwig Enneccerus, *Tratado*, cit. p. 646.

³⁰⁸ Karl Larenz, *Derecho*, cit. p. 620.

não fixar um critério limitador sobre o conceito de desproporção manifesta, ao contrário do que o direito romano previa para a lesão enorme (*laesio enormis*).

A consideração de tal abusividade deve levar em consideração critério fáticos comuns à data da formação do contrato, dos riscos assumidos pelas partes no negócio, da situação geral do mercado e das garantias eventualmente concedidas no negócio.

Ao contrário da consideração do legislador brasileiro de 2002, optou o legislador do BGB pela nulidade absoluta a atingir o negócio, já que considera tal equilíbrio elemento essencial ao negócio jurídico.

Apesar de não citar o dispositivo a que tipo de contratos refere-se a nulidade por lesão, pode-se entender a sua aplicabilidade somente aos negócios que envolvam, necessariamente, o equilíbrio ou comutatividade de prestações, o que, obrigatoriamente, acarreta a existência de negócios onerosos. Inaplicável, numa análise superficial, aos negócios gratuitos e aleatórios³⁰⁹; ao contrário, não haveria impedimento para a aplicação da regra da nulidade dos negócios imorais a aqueles complementados com elementos acidentais como a condição e o termo.³¹⁰

Interessante se notar que toda a análise da lesão no sistema alemão parte, necessariamente, da análise da imoralidade que pode atingir o objeto do negócio jurídico, sendo necessária a verificação da moral geral aplicável à época da realização do negócio.³¹¹ Não uma moral particular do julgador, mas sim o entendimento geral de uma determinada comunidade

³⁰⁹ Remete-se o leitor à discussão da existência de lesão em contratos gratuitos e aleatórios.

³¹⁰ Ludwig Enneccerus, *Tratado*, cit. p. 621.

³¹¹ Andreas von Tuhr, *Derecho*, cit. p. 36.

social, não sendo admitida, de forma alguma, a aplicação de uma moral retroativa para fins de classificação de um negócio jurídico como imoral e, conseqüentemente, ilícito.³¹²

5.2. Direito francês

Com a Revolução Francesa e, conseqüentemente, a aplicação direta de idéias e ideais liberais não só ao sistema jurídico, mas à própria organização social de França, passou-se a considerar a intervenção estatal no conteúdo dos negócios jurídicos estabelecidos entre as partes como cidadãos livres. A ordem jurídica somente poderia intervir para garantir os efeitos do negócio que as próprias partes estabeleceram livremente, através de sua manifestação de vontade.

Conseqüência disto é a edição de leis que desautorizam a rescisão por lesão e autorizam, expressamente, a realização de contratos de mútuo a juros, liberando-se a prática usurária. Assim surgem a Lei de 3 de outubro de 1789, que liberou os empréstimos a juros na França, ocasionando um processo inflacionário dentro daquele país, e a Lei de 14 Fruidor, Ano III, de 31 de agosto de 1795, que expressamente vedou a rescisão contratual baseada na lesão, colocando no ostracismo absoluto o instituto no ordenamento jurídico francês pós-revolução.

Era a consideração em seu grau máximo da liberdade negocial e da autonomia da vontade privada, entendimento que diretamente

³¹² Ludwig Enneccerus (*Tratado*, cit. p. 623), afirmando que: “*Una inmoralidad retroactiva, para contratos que en su momento eran correctos, no existe.*” Andreas von Tuhr, *Derecho*, cit. p. 40.

influenciou na redação do Código Civil francês.³¹³ Entretanto, apesar de tal posicionamento liberal, a necessidade prática acabou por fazer o instituto ressurgir, ainda que timidamente, através das Leis 3 Germinal, Ano V; de 19 Floreal, Ano VI e 24 Pradial, Ano VII, que voltaram a permitir a rescisão de negócios com base na lesão.

Com a edição do Código Civil Francês, houve uma mutilação do instituto, já que, além de haver uma limitação casuística, permitindo-se a alegação de lesão somente a uns poucos negócios, também limitou o instituto quando ao seu sujeito ativo, sendo que somente poderia fazer uso do instituto para fins de rescindir um negócio aquele que vendeu um bem imóvel por valor inferior ao real, desde que numa desproporção superior a 7/12.

Infere-se que o Código Napoleônico, ao prever a lesão em seu art. 1.118, em combinação com a redação do art. 1.674, a classificou como uma espécie de vício do consentimento, tendo aplicação restrita, somente podendo beneficiar o alienante em compras e vendas envolvendo bens imóveis o que indica, claramente, uma intenção de limitar gravemente a aplicação do instituto.³¹⁴ Para Terré, “*o desequilíbrio faz presumir o vício, mas o beneficiado poderá evitar a nulidade demonstrando que não houve exploração de uma das partes pela outra.*”³¹⁵ Assim, a lesão decorreria evidentemente de um vício do consentimento, que deverá ser demonstrado, além do desequilíbrio das prestações.³¹⁶

³¹³ Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 127.

³¹⁴ Christian Larroumet, *Droit*, cit. p. 380.

³¹⁵ François Terré, *Droit*, cit. p. 244.

³¹⁶ François Terré, *Droit*, cit. p. 244

Em sentido contrário, Jean Carbonnier, afirma que a lesão não é vício do consentimento, mas sim vício objetivo, “*devendo pronunciar-se tão logo seja comprovada, objetiva e matematicamente, a existênci da desproporção prevista em lei.*”³¹⁷

Apesar da posição restritiva imposta pelo Código Civil francês, tem-se que, algumas vezes, o legislador francês viu-se obrigado, em pleno período liberal, a aceitar a rescisão ou anulação de negócio ante a existência de lesão. Primeiro no caso de Lei de 8 de julho de 1907, que permitia a declaração da lesão em favor de compradores de adubo, ou seja, protege sempre o agricultor em relação ao produtor de adubo; depois, no caso de Lei de 29 de abril de 1916, que permitia a busca do equilíbrio por eventuais promessas exageradas de indenização por assistência ou salvamento marítimo.

No que diz respeito aos juros, a Lei de 3 de setembro de 1807 limitou a taxa de juros cobrada em empréstimos feneratícios³¹⁸, bem como taxou preços ligados à necessidades públicas, como os aluguéis no período após a 1ª Guerra Mundial.

O problema assim se apresentava: excetuando as situações em que havia a taxação de preços, ou o caso da compra e venda de imóveis, impossível seria aos tribunais, em eventual apreciação de relação jurídica desproporcional, aplicar pura e simplesmente a teoria da lesão, sob pena de incorrência de julgamento *contra legem*. Em decorrência de tal

³¹⁷ Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 292. Também Jacques Saiget (*Le contrat*, cit. p. 266), afirmando que não há, na lesão, um vício ligado à moral, mas sim um vício ligado exclusivamente ao preço. Louis Josserand (*Derecho*, cit. p. 75), entende a lesão como uma causa de sanção em nome da equidade ou igualdade de fato na relação jurídica conformada pelo negócio, retirando o aspecto subjetivo do vício do consentimento.

³¹⁸ Georges Ripert, *A regra*, cit. p. 124.

impedimento, afirma a doutrina francesa o desenvolvimento, por obra da jurisprudência, da teoria da causa do negócio, como forma de se prover proteção jurídica à parte mais fraca da relação negocial.

Passou tal jurisprudência a entender a falta de justa causa na relação negocial quando prestação e contraprestação não fossem compatíveis entre si. Ou seja, a causa do negócio jurídico seria o seu resultado esperado pelo valor razoavelmente pretendido. Se o bem da vida buscado não se compara, nem de perto, ao valor exigido para sua entrega, padeceria de justa causa o contrato. Assim nos casos em que a prestação trazia sacrifício real a uma das partes e aparente para a outra; nos casos em que, não havendo expressa previsão do preço de um serviço, evita-se a imposição, por parte do fornecedor, de seu alegado preço de mercado; nos casos de limitação ou diminuição da cláusula penal em casos de erro e execução parcial; nos casos de erro quanto ao preço em trespases de estabelecimentos mercantis, dentre outras situações.³¹⁹ Em tais situações, nunca havia o reconhecimento expresso da existência da lesão, mas observa-se o princípio do equilíbrio de prestações como fator preponderante na interpretação utilizada.

Não sem tempo, a necessidade de uma maior intervenção estatal no controle do conteúdo contratual fez com que se apresentasse, em 20 de junho de 1920, projeto de lei, determinando-se a alteração da redação do art. 1.118 do Código Civil francês, também admitindo a lesão na formulação da partilha em caso de sucessão *causa mortis*, ocorrendo em situações em que havia dano maior que a quarta parte.³²⁰

³¹⁹ Georges Ripert, *A regra*, cit. p. 125.

³²⁰ Louis Josserand, *Derecho*, cit. p. 76.

No sistema francês, a lesão representa um desequilíbrio objetivo das prestações, fazendo presumir a existência de um vício do consentimento na formação do contrato.³²¹ Ou seja, o fato de uma das partes ter aceito a realização de um negócio com uma desproporção superior a aquela indicada pela lei, indicaria a existência de um vício ou uma ausência de plena consciência na formação do consentimento.

Ghestin afirma a aplicação do princípio da lesão ao vendedor de imóveis, fiando-se na posição defendida por Portalis, na redação do Código Civil Francês, de que a lesão não poderia incidir sobre as vendas de bens móveis ante a dificuldade de se fixar, de forma clara, o justo preço de venda de bens móveis.³²²

*“A regra da equivalência das prestações, tão necessária como expressão da justiça comutativa, restaura-se com maior amplitude, não somente através da condenação à usura material, mas, principalmente, pela aceitação, tímida ainda, de novas construções doutrinárias, como a teoria das bases do negócio jurídico de Oertmann ou o conceito de impossibilidade econômica para justificar a exoneração do devedor nos mesmos termos em que o liberem a impossibilidade física e jurídica.”*³²³

Esta finalidade moralizadora da nova teoria contratual revela uma aplicação mais constante de princípios norteadores expressos pelo Código Civil alemão, através das chamadas cláusulas gerais, salientando-se, na lição de Orlando Gomes³²⁴, a boa-fé, os bons costumes, a confiança e

³²¹ François Terré, *Droit*, cit. p. 244. Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 135. François Jacob, *Code civil*, cit. p. 1378. Jacques Saiget, *Le contrat*, cit. p. 266.

³²² Louis Josserand, *Derecho*, cit. p. 77. Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 291. Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 491. François Terré, *Droit*, cit. p. 245.

³²³ Orlando Gomes, *Transformações*, cit. p. 7.

³²⁴ *Transformações*, cit. p. 8.

a lealdade recíprocas, aos costumes comerciais, a justa causa nos negócios jurídicos, a desproporcionalidade e o aproveitamento da situação de necessidade ou de inexperiência da outra parte contratante.

Em que pese inicialmente a rescisão por lesão estar limitada aos vendedores de imóveis, nos exatos termos do texto do art. 1.674 a 1.685 do Código Civil francês, a legislação pós-codificação francesa vem aceitando, em pontos isolados, a existência da lesão, como nos casos de previsão da anulação de contratos entre fornecedores e agricultores, presumindo-se a ignorância destes quanto aos preços abusivos; ou nos contratos de edição, quando presume-se a situação de exploração de necessidade por parte do editor em relação aos jovens autores.³²⁵ Perceba-se que houve, inicialmente, uma consideração à certas e determinadas categorias de contratantes, estipulando-se tal proteção somente em função de tal condição particular contratual. Posteriormente, a legislação e a jurisprudência francesas sancionaram a lesão para outras modalidades de vendas, como, por exemplo, nas relações de consumo.³²⁶

Por influência da doutrina econômica liberal do século XVIII, houve uma recusa à continuidade da rescisão dos negócios por lesão, entendendo-se a ação de rescisão por lesão como um risco ao nominalismo monetário. Foi, em função disto, retirada do ordenamento jurídico francês a ação de rescisão por lesão pelo decreto de 14 fruidor no ano III, sendo

³²⁵ As situações são descritas por Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 491. Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 291.

³²⁶ Sobre o aumento do espectro da lesão, em função da construção jurisprudencial, afirma Jean Carbonnier (*Derecho*, cit. p. 291) que: “os tribunais se têm atribuído, em todo tempo, a prerrogativa de controlar se no mandato e mais amplamente, nos contratos celebrados pelos membros de profissões liberais com seus clientes, havia proporcionalidade entre a retribuição fixada e o serviço que se presta.” No mesmo sentido, Louis Josserand, *Derecho*, cit. p. 77. Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 493.

restabelecida parcialmente pela lei de 19 Floreal no ano VI, dando os contornos limitados que seriam aceitos pelo Código Civil francês.³²⁷

A leitura simples do disposto no art. 1.118, do Código Civil francês, nos impõem um princípio restritivo à lesão: a lesão não vicia as convenções, senão para certas pessoas e em certos negócios. Limitava-se a sua incidência, bem como a legitimação ativa para a arguição da lesão, já esta somente cabia ao vendedor do imóvel.³²⁸ Somente era admitida na venda e na partilha embora, como já dito, houve em momento posterior um alargamento de sua incidência, permitindo-se que atingisse outros negócios jurídicos onerosos e que, de fato, encontrava-se uma das partes em condição inferiorizada.

Os artigos 1674 a 1685, permitem a ação do vendedor para a anulação de venda de um imóvel quando o preço pago caracterizar uma lesão superior a 7/12 do preço justo ou de mercado. Tal ação deve ser intentada no prazo de 2 anos a partir da venda.

Não se admite a lesão de vendas feitas por determinação de autoridade judicial, já que estaria, de fato, ausente o consentimento quanto a intenção de se realizar o negócio.³²⁹ Se a venda é feita contra a vontade do proprietário, tem-se, de fato, a existência de uma lesão a um interesse subjetivo decorrente do próprio direito de propriedade em si. Da mesma forma quanto ao valor, já que, em regra, as vendas judiciais decorrem da necessidade de se recompor o patrimônio alheio ou garanti-lo, como no caso da venda na extinção de condomínio. Nestes casos, considerando a particularidade da situação, não se poderá afirmar a existência de venda por

³²⁷ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 493.

³²⁸ Christian Larroumet, *Droit*, cit. p. 369.

³²⁹ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 495.

preço lesivo, já que permitido o negócio pela autoridade judicial responsável.

No que diz respeito à incidência da lesão nos contratos aleatórios, existe divergência doutrinária na França, defendendo uns a sua proibição, outros, a inexistência de qualquer restrição.

Para a primeira posição, os contratos aleatórios não admitiriam a rescisão por lesão já que nestes o desequilíbrio que pode aparecer nas prestações, de fato, em função do elemento de incerteza que integra a formação do preço, se justifica pelo fato de se caracterizarem genericamente como contratos especulativos.³³⁰

Outros entendem que o Código Civil francês não proibiu a incidência da lesão nos contratos aleatórios, desde que aquela não incida sobre a álea normal do contrato.³³¹

Ghestin, manifestando-se sobre a prova da lesão na ação rescisória, afirma a possibilidade de se autorizar o demandante a produzir, dentro do processo, a prova da lesão existente. Cita, para tal, decisão da 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa, em decisão tomada em 13 de abril de 1988, que autorizou a produção de prova quanto a existência da lesão, através da manifestação de três peritos em vendas imobiliárias, afirmando a existência do desequilíbrio em questão.³³²

³³⁰ Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité*, cit. p. 104. Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 289. Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 496.

³³¹ Christian Larroumet, *Droit*, cit. p. 373. François Jacob, *Code civil*, cit. p. 1378.

³³² Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 501. No mesmo sentido, sobre a manifestação oficial de três peritos como forma de se comprovar a lesão, François Jacob, *Code civil*, cit. p. 1381.

A ação de lesão prevê a rescisão do contrato, sendo, nos termos do art. 1.681 do Código Civil francês, autorizado o beneficiado pela diferença do preço a oferecer-se para a complementação do mesmo, mantendo-se o negócio e restabelecendo-se o equilíbrio contratual. Perceba-se que tal complementação do preço, de acordo com a doutrina francesa, não depende da aceitação do lesado. Ou seja, oferecendo-se a parte a complementação do preço, a continuidade do negócio não dependerá da aceitação do vendedor, verificando-se verdadeiro direito potestativo por parte do comprador.³³³

O direito de se buscar a rescisão por lesão não pode ser renunciado, conforme determina o art. 1.674 do Código Civil francês, ainda que expressamente pactuada tal renúncia no termo negocial.³³⁴

O contrato de compra e venda é um contrato comutativo e, por consequência, que deve envolver a entrega de um preço proporcional à coisa negociada, sendo tal proporção de valores verdadeiramente parte integrante da causa do negócio jurídico, abordando o aspecto objeto da lesão. Em contrapartida, afirma que a efetivação de negócio em tais condições somente pode demonstrar a existência de uma má formação da vontade do prejudicado e que o dolo daquele que se aproveita de tal desproporção é evidente, sendo provado pela simples análise da coisa e do preço, ou seja, *in re ipsa*.³³⁵

³³³ Neste sentido, afirma Jacques Ghestin (*Traité*, cit. p. 502): “*La volonté de la personne lésée n’intervient pas. Il n’y a donc pas renonciation au droit de critique, mais inefficacité de celui-ci par la régularisation de l’acte.*” Louis Josserand, *Derecho*, cit. p. 79. Christian Larroumet, *Droit civil*, cit. p. 376.

³³⁴ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 505.

³³⁵ François Terré, *Obligations*, cit. p. 27. Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 508.

Entretanto, a redação final do Código Civil Francês, permitindo a rescisão por lesão somente em favor de uma das partes e limitada às vendas de imóveis e à partilha, levam a entender a adoção da teoria subjetivista da lesão. Isto porque mostra-se evidente a necessidade de se levar em consideração quem está sendo lesado e não pura e simplesmente a existência da desproporção das prestações estabelecidas.³³⁶

Entretanto, Ghestin afirma que a jurisprudência formada após a entrada em vigor do Código Civil francês fez prevalecer um entendimento objetivista, analisando a lesão levando-se em consideração prevalentemente as obrigações assumidas e não seus titulares em si.³³⁷ Tal posição se sustenta em quatro idéias: a) a de que a prova da existência efetiva de um vício do consentimento é desnecessária para a rescisão por lesão, bastando a demonstração da lesão material ou pecuniária, não se perquirindo aspectos morais da conduta das partes; b) a existência da lesão faz presumir a existência de um vício do consentimento, não havendo necessidade de sua comprovação, havendo verdadeiramente um vício do consentimento *ex re ipsa*; c) a prova de um vício do consentimento não faz presumir, de forma automática, a existência de lesão³³⁸; d) a prova da inexistência de um vício do consentimento não é obstáculo para o reconhecimento do direito à rescisão do contrato.

Estes quatro argumentos demonstram claramente a adoção da teoria objetivista da lesão no caso de rescisão de contratos de compra e venda de imóveis e partilhas, nos termos do arts. 1.674 a 1.685 do Código Civil francês.

³³⁶ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 508.

³³⁷ Jean Carbonnier, *Derecho*, cit. p. 291. Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 508.

³³⁸ Jacques Ghestin (*Traité*, cit. p. 509), afirma que: “*l’allégation d’un vice du consentement ne constitue ainsi qu’un simple argument puisque, même établi, celui-ci n’imposerait pas d’admettre l’existence d’une lésion.*”

Posteriormente à edição do Código Civil francês, surgiram novas leis e construções jurisprudenciais que permitiram a aplicação do instituto da lesão a outras modalidades de transferência de direitos, envolvendo bens móveis ou mesmo a cessão de direitos.³³⁹ Muitas destas disposições estão ligadas não ao contrato em si, mas às aplicações temporárias do instituto, considerando-se a existência de necessidades econômicas pontuais e temporais, bem como somente se aplicam a determinadas categorias de sujeitos contratantes. Geralmente, em tempos de crise vê-se o aumento da defesa da lesão como instrumento de controle do conteúdo do contrato e como fator limitador da liberdade contratual. Em épocas abastadas, a pujança da economia inibe regras que venham a limitar a liberdade contratual.³⁴⁰

A lei de 8 de julho de 1.907 foi estabelecida com a finalidade de proteger agricultores que haviam realizado negócios em período anterior mesmo a aquela lei, para a aquisição de bens de consumo necessários à sua produção. Tal diploma legal entendia a lesão como decorrência da necessidade de contratar tais matérias primas, bem como a existência de ignorância dos agricultores no que diz respeito ao preço contratado. Tal lei, modificada pela de 10 de março de 1.937, aplica-se à venda de sementes e de plantas destinadas à agricultura.

Ao que parece, a iniciativa trouxe resultados, com a atuação do governo francês no ano de 1934, estabelecendo a possibilidade da redução do preço de negócios por lesão levados a termo com comerciantes

³³⁹ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 510.

³⁴⁰ Neste sentido, percebe-se o movimento dialético do liberalismo e do intervencionismo econômico, num constante movimento de pêndulo com sucessivas intervenções e absentismos do Estado quanto à liberdade contratual.

envolvendo, inclusive, preços pagos em períodos anteriores, gerando verdadeira discussão *ex tunc* da lesividade dos preços contratados.

No caso, permitia-se ao oblato em tais compras e vendas demandar a redução do preço, se ficasse demonstrada a lesão de mais de $\frac{1}{4}$ do valor real do produto adquirido.

Da mesma forma, o art. 57 da Lei de 11 de março de 1.957, que trata da propriedade literária e artística, nitidamente visa proteger o jovem autor no ato de contratar com editor para sua obra. Aquele poderá obter a revisão do preço convencionado para a cessão dos direitos autorais se ficar demonstrado que fora contratada uma remuneração menor que $\frac{7}{12}$ do produto gerado de tal cessão.³⁴¹ Perceba-se que, em tal situação, tem-se de fato o aparecimento da lesão em momento posterior ao contrato, já que a diferença entre o lucro auferido pelo editor com a venda da obra resultante dos direitos autorais cedidos e o valor pago ao autor somente será visível em momento posterior à contratação. Seria, na vista de Ghestin, em verdade, uma daquelas situações em que o legislador autoriza excepcionalmente a revisão por imprevisão e não, objetivamente, hipótese de lesão no ato da contratação.³⁴²

Em que pese tal indicação, entendemos que, de fato, há lesão e não caso de rescisão por imprevisão. Isto porque o que caracteriza a lesão é o conteúdo da obrigação assumida, ainda que o resultado de tal conteúdo somente seja visível no momento do cumprimento do contrato ou mesmo em seu cumprimento em trato sucessivo. O que gera a lesão não é o ganho a mais ou a menos no momento do seu recebimento, mas sim a contratação

³⁴¹ Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 511.

³⁴² Jacques Ghestin, *Traité*, cit. p. 511.

de forma desequilibrada. É um vício de origem, ainda que se observe o resultado em momento posterior.

5.3. Direito italiano

O direito italiano antigo adotou uma sistemática similar ao BGB, sendo somente aplicável a lesão aos casos de compra e vende de imóveis nos quais haja negociação por menos da metade do justo preço. Assim dispunha o art. 1.529 do anterior Código Civil italiano:

*“Art. 1.529. Il venditore che è stato lesa oltre la metà nel giusto prezzo di un immobile, ha il diritto di chiedere la rescissione della vendita, ancorchè nel contratto avesse rinunciato espressamente alla facoltà di domandare una tale rescissione, ed avesse dichiarato di donare il di più del valore.”*³⁴³

O valor de tal negócio, seja para a verificação de seu valor de mercado, seja para a verificação da existência de valor excedente, deveria ser aferido na data da realização do negócio, havendo, para a parte lesada, prazo prescricional de 2 anos para o ingresso com a ação anulatória, nos termos do art. 1.531 do revogado Código Civil italiano.³⁴⁴

Previa ainda a anterior legislação italiana a possibilidade da complementação do preço por parte do comprador, mantendo-se íntegro o

³⁴³ Art. 1529. O vendedor que é lesado além da metade do justo preço de um imóvel, tem direito de pedir a rescisão da venda, a não ser que no contrato tenha renunciado expressamente à faculdade de aforar tal rescisão, ou tiver declarado doar o valor excedente.

³⁴⁴ Para Francesco Degni (Lezioni di diritto civile. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1935, p. 243), trata-se de prazo de decadência e não de prescrição, ante a natureza da demanda anulatória, *apud* Marcelo Guerra Martins, *Lesão*, cit. p. 47.

negócio em sua totalidade, nos termos do art. 1.534, Código Civil italiano revogado. Além disto, a ação de rescisão pela lesão somente estava à disposição do vendedor, não havendo a possibilidade do comprador ingressar com a ação de rescisão pela lesão.

O atual Código Civil italiano adotou posicionamento novo, tratando a questão da lesão não como instituto vinculado ao negócio jurídico em si, mas como causa expressa de rescindibilidade de contratos estabelecidos em contratos onerosos e comutativos. É prevista, de forma geral, no art. 1448, do Código Civil italiano³⁴⁵, denominando-se de ação geral de rescisão por lesão.

Coloca como elemento fundamental a ocorrência de desproporção entre as prestações das partes, originando-se tal desproporção no estado de necessidade de uma delas, havendo o aproveitamento de tal condição pela parte beneficiada. Tal ação não será admissível se a lesão não exceder à metade do valor da prestação cumprida ou prometida pela parte lesada ao tempo do contrato.

³⁴⁵ Art. 1448. *Azione generale di rescissione per lesione.*

1. *Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.*

2. *L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.*

3. *La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.*

4. *Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.*

5. *Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione.*

Art. 1448. *Ação geral de rescisão por lesão.*

1. *Se ocorrer desproporção entre as prestações das partes e essa desproporção tiver origem no estado de necessidade de uma delas, sendo que a outra aproveitou para tirar vantagem, a parte prejudicada pode pleitear a rescisão do contrato.*

2. *A ação não é admissível se a lesão não exceder à metade do valor da prestação cumprida ou prometida pela parte lesada ao tempo do contrato.*

3. *A lesão deve perdurar ao tempo em que a ação for proposta.*

4. *Não podem ser rescindidos por lesão os contratos aleatórios.*

Percebe-se, portanto, um tarifamento direto, condicionando a ocorrência da lesão a uma desproporção de, pelo menos, metade do valor do negócio. No que diz respeito à tal tarifamento, afirma Guido Alpa e Mario Bessone que o ordenamento jurídico italiano não adota, expressamente, o princípio absoluto da equivalência de prestações, sendo “*as partes livres para dar à outra prestações que desejarem*”³⁴⁶, sendo o ordenamento indiferente, somente intervindo em casos excepcionais: a rescisão por lesão e por estado de perigo.

Ainda, determina a legislação italiana a necessidade da permanência da lesão para que se possibilite a ação rescisória. Ou seja, a lesão deve perdurar ao tempo em que a ação for proposta. Também impede-se o uso de tal ação nos casos de contratos aleatórios.

Sobre a natureza jurídica do instituto no direito italiano, considera-se que a irregularidade do contrato não está na iniquidade das prestações em si, mas na iniquidade resultante do aproveitamento de uma situação em que há uma alteração anômala da vontade, da liberdade negocial.³⁴⁷

Pode-se observar, de fato, na rescindibilidade do contrato por lesão dois efeitos distintos: a proteção à vontade livre e consciente da parte que se prejudica por um negócio assumido em estado de necessidade e também uma sanção civil a aquele que se aproveita de tal situação.³⁴⁸

³⁴⁶ Guido Alpa e Mario Bessone, *Elementi*, cit. p. 391.

³⁴⁷ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 643.

³⁴⁸ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 643.

A prescrição da ação rescisória por lesão ocorre em um ano, contados a partir da conclusão do negócio lesivo.³⁴⁹ Entretanto, acaso o mesmo fato que constitui a lesão também acarretar crime, haverá a aplicação do disposto no art. 2947, do Código Civil italiano. Para este, nos casos em que há investigação criminal a respeito do mesmo ato caracteriza a lesão, haverá a suspensão do prazo prescricional enquanto não há decisão no juízo criminal. Assim, nos termos do art. 2.947, Código Civil italiano, havendo a extinção do processo criminal por causa diversa da prescrição ou com a sentença condenatória com trânsito em julgado, haverá a reabertura do prazo de 1 ano para o ingresso com a ação rescisória.

Na verdade, o que poderia fazer a lesão ser considerada crime no sistema italiano seria a caracterização da usura, que somente se verifica com a existência do dolo de aproveitamento.³⁵⁰ Tal crime, previsto no art. 644, do Código Penal italiano, tem características distintas do negócio jurídico lesivo com efeito exclusivamente na esfera civil. O crime de usura, por tal dispositivo, somente atingiria negócios envolvendo bens móveis ou dinheiro, não havendo um valor mínimo de diferença ou de aproveitamento ilícito de uma parte sobre a outra, sendo apenas necessário o dolo de aproveitamento. Ao contrário, a lesão poderia ser aplicada aos contratos que envolvessem qualquer tipo de bem, com um aproveitamento indevido de metade do valor, para mais ou para menos, sem que haja a necessidade do dolo de aproveitamento.

³⁴⁹ *Art. 1.449. Precrizione. L'azione di rescissione si prescrive in un ano dalla conclusione del contratto; ma se il fatto costituisce reato, si applica l'ultimo comma dell'articolo 2.947. La rescindibilità del contratto non può essere oposta in via di eccezione quando l'azione è prescritta.*

Art. 1449. Prescrição.

1. A ação de rescisão prescreve em um ano da conclusão do contrato, mas se o fato se constituir em crime se aplica o último parágrafo do artigo 2947.
2. A rescisão do contrato não pode ser oposta pela via de exceção quando a ação estiver prescrita.

³⁵⁰ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p.1.587.

Bianca entende que haveria coincidência entre o crime de usura e a lesão, o que levaria a se questionar sobre a existência de rescisão por lesão ou a declaração de nulidade absoluta do objeto em função de sua ilicitude. Segundo o mesmo autor, a tese prevalente no direito italiano entende que a existência do crime não altera o regramento dado à questão pelo direito privado.³⁵¹ À parte somente caberia o direito à rescisão. Entretanto, poderia a vítima aproveitar-se de um maior prazo prescricional do crime de usura para buscar eventual indenização pelo dano causado pela lesão, através de ação civil *ex delicto*. Tal entendimento se lastreia no art. 1.449 c.c. 2.947, ambos do Código Civil italiano, determinando aquele, em seu terceiro parágrafo que, se um adno decorre de ato ilícito que se caracteriza como crime, o prazo prescricional para a ação indenizatória será o do crime, desde que este prazo seja maior que o previsto genericamente para as reparações de dano, que é de 5 anos.

Estabelecendo as partes contratação com preço incerto ou determinável, o prazo de um ano para o ingresso com a ação passa a correr da fixação definitiva do preço,³⁵² já que a apreciação da lesão somente poderia ser levada a termo com a determinação do preço do objeto para seu confronto com o valor de mercado. Da mesma forma nos casos de contratação com condição suspensiva, já que somente poderá ser buscada a anulação de contrato que já possui eficácia plena. Ou seja, se ainda não ocorreu a condição suspensiva, não há que se falar em prejuízo pela lesão, já que nenhum efeito negocial irá produzir o negócio antes da ocorrência da condição.

³⁵¹ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 649.

³⁵² Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.587; C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p.651.

Havendo contrato preliminar, que pode ser rescindido por lesão, correrá o prazo ânua a partir da data da realização do contrato preliminar, não do contrato definitivo. Entretanto, sendo concluído o contrato definitivo, revoga-se o prazo, atendendo-se à autonomia do pacto definitivo.³⁵³ No contrato preliminar, tem-se que a conclusão de tal negócio por sentença constitutiva substitutiva da manifestação de vontade definitiva da parte negocial, através de uma execução específica da obrigação de concluir um contrato, não autoriza a rescisão por lesão. Isto porque não se pode admitir que o contrato substituído pela sentença judicial esteja contaminado pela vantagem excessiva e contrária ao ordenamento jurídico.³⁵⁴

O art. 1450, do Código Civil italiano prevê a possibilidade da oferta de modificação, como forma de se manter o negócio jurídico, evitando a sua rescisão. Tal oferta de modificação somente é aplicável a contratos que envolvam direitos pessoais, não sendo admitida tal modificação em obrigações de cunho real³⁵⁵, já que impossível a modificação do objeto certo e determinado de obrigações a este título. Trata-se de decorrência direta do princípio da conservação do contrato e da boa-fé negocial.

Trabucchi³⁵⁶ afirma que a natureza jurídica da oferta de modificação não é a de uma declaração negocial de vontade direta à parte contrária ou ao juiz da causa, mas sim uma demanda judicial em busca de um provimento constitutivo que terá, como efeito, a alteração do conteúdo do contrato. De forma diversa, Bianca³⁵⁷ entende que o pedido de redução

³⁵³ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.587.

³⁵⁴ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.587.

³⁵⁵ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.588.

³⁵⁶ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.588.

³⁵⁷ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 654.

por equidade do contrato poderia ser analogamente definido como um negócio unilateral e receptício mediante o qual a parte legitimada dá eficácia definitiva ao contrato, modificando o conteúdo segundo um justo critério de troca.

Ainda, sobre a oferta de modificação, surge a questão da necessidade ou não de se afirmar ao juiz da causa, quando do pedido da modificação, qual o valor que se pretende complementar ou restituir em função da lesão. Trabucchi³⁵⁸ entende que sim, citando outros autores que entendem desnecessária tal indicação, deixando a mesma ao arbítrio do juiz. Bastaria à parte beneficiada demonstrar ao juiz a sua intenção de reequilibrar o negócio.

Não se permite a convalidação do contrato lesivo, por expressa disposição do art. 1451, do Código Civil italiano, tendo em vista que a iniquidade do negócio, como vício objetivo, não poderia ser convalidade.³⁵⁹

Embora não possa ser convalidado, nada impede que haja transação sobre o objeto da obrigação contaminada pela lesão, dado o seu caráter autônomo.³⁶⁰ Aí mostra-se a divergência quanto ao dispositivo, já existe uma limitação absoluta da liberdade negocial para a convalidação do contrato lesivo, enquanto que, ao mesmo tempo, não se permite a rescisão por lesão da transação.

Talvez a continuidade do estado de necessidade possa justificar a proibição da convalidação, já que se permanecem presentes os elementos subjetivos da lesão no momento da convalidação, nada impediria

³⁵⁸ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.588.

³⁵⁹ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 653.

³⁶⁰ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.589.

os mesmo defeitos de ordem interna atingirem o ato de confirmação do ato lesivo. “*La nullità della convalida comporta che il contraente non può validamente disporre del diritto alla rescissione del contratto e, in particolare, che tale diritto non può essere oggetto né di rinunzia né di transazione.*”³⁶¹

Entretanto, a jurisprudência italiana entende pela possibilidade da transação sobre o contrato lesivo, considerando a sua autonomia no que diz respeito ao negócio originário, ou seja, a matéria originária, em seu conteúdo, não afetaria a transação.³⁶²

Havendo a rescisão do contrato, haverá a manutenção dos efeitos dos mesmos em relação a terceiros de boa-fé, salvo nos casos em que, iniciada a ação rescisória, houve a transcrição da mesma em registro público, como no caso, por exemplo, da rescisão do contrato de compra e venda de bem imóvel.

Havendo a rescisão do contrato por lesão e não havendo a possibilidade de restabelecimento das partes à situação anterior com a devolução do bem negociado, eis que já se encontra em mãos de terceiro, haverá a necessidade de se restituir as prestações recebidas. Além disto, há a possibilidade de se cumular a ação de rescisão por lesão com perdas e danos, considerando a existência de responsabilidade pré-contratual da

³⁶¹ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 653. “*A nulidade da convalidação significa que o contratante não pode dispor validamente do direito à rescisão do contrato e, em particular, que tal direito não pode ser objeto nem de renúncia, nem de transação.*”

³⁶² C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 653, citando Mirabelle (*Dei contratti in generale*, p. 597), afirmando este do perigo em se aceitar a transação nestes casos, já que poderia haver a continuidade do estado de necessidade mesmo neste momento e, ante a proibição de rescisão da transação por lesão (art. 1.970, CCItaliano), abrir-se-ia as portas para a legalização do negócio lesivo.

parte que se aproveitou da situação particular do negócio para obter vantagem ilícita.³⁶³

Tal rescisão não pode prejudicar terceiros, desde que a transferência do bem tenha se revestido dos requisitos de oponibilidade, como o cumprimento de formalidades legais e a boa-fé subjetiva no ato da contratação. Assim, se, por exemplo, uma compra e venda sujeita a registro imobiliário já estiver devidamente registrada no momento do ingresso da ação de rescisão, será inoponível tal rescisão ao adquirente.³⁶⁴

Como já dito, o direito italiano atual trabalha com um conceito geral de ação de rescisão contratual por lesão, conforme o disposto no art. 1.448, do Código Civil italiano. Massimo Bianca entedente que a rescindibilidade do contrato por lesão caracteriza-se como uma forma de invalidade do mesmo, principalmente se considerar-se o contrato firmado em estado de perigo e de necessidade.³⁶⁵ Entretanto, há divergência na doutrina italiana quanto à consideração da rescindibilidade do contrato por lesão como forma de invalidade do negócio.

A corrente que não entende a rescindibilidade como forma de nulidade afirma que a rescindibilidade nada mais é que uma forma de sanção contra a iniquidade da condição contratual aceita em estado de perigo ou de necessidade.³⁶⁶

Entretanto, a corrente pela rescindibilidade como forma de anulação do negócio jurídico dá maior relevância à manifestação de

³⁶³ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 652.

³⁶⁴ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 652.

³⁶⁵ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 642.

³⁶⁶ Divergência citada por C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 643.

iniqüidade como algo causado por uma perturbada vontade contratual. Ou seja, a iniquidade das cláusulas contratuais demonstra-se como efeito da existência do aproveitamento excessivo de uma das partes quanto à necessidade da outra, e não como causa de eventual defeito da atuação.

Assim, no dizer de Bianca³⁶⁷, levando em consideração o consenso manifestado e não seu conteúdo, “*l’instituto della rescissione sanziona l’abusivo approfittamento di chi si trova in una situazione di anomala e pregiudizievole alterazione della libertà negoziale.*”

A rescindibilidade demonstraria, pois, um julgamento socialmente negativo de tal aproveitamento, ainda que involuntário em sua origem.

Para que haja a ação geral de rescisão de contrato por lesão, é necessária a concorrência de três elementos conformadores da lesão, conforme afirma Trabucchi.³⁶⁸ São eles o excesso em mais da metade da prestação em relação à contraprestação (“*eccedeenza di oltre la metà della prestazione rispetto alla contraprestazione*”), sendo este o elemento objetivo caracterizador da lesão; estado de necessidade (“*stato di bisogno*”), que funcionar como o motivo da aceitação da desproporção apresenta na relação negocial; e haver a vantagem indevida, o aproveitamento escuso da outra parte em relação à parte necessitada (“*l’averne il contraente avvantaggiato tratto profitto dall’altrui stato di bisogno del quale era consapevole*”).³⁶⁹

³⁶⁷ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 643.

³⁶⁸ Alberto Trabucchi, *Commentario*, cit. p. 1584.

³⁶⁹ Alberto Trabucchi, *Commentario*, cit. p. 1.584. C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 642. Guido Alpa e Mario Bessone (*Elementi*, cit. p. 392), afirmam que: “o aproveitamento não significa simples conhecimento daquele estado, mas significa mais: vontade de tirar vantagem indevida daquele aproveitamento.”

Dentre estes requisitos, assim como em outros sistemas, a necessidade aqui apresentada pode ocorrer em casos de dificuldade econômica ou crise de liquidez³⁷⁰, não sendo necessário para a caracterização do elemento subjetivo da lesão a existência de pessoa paupérrima ou absolutamente isenta de condições materiais.

Preferiu o legislador italiano utilizar-se do critério fixo de verificação da lesão, afirmando a sua existência quando a falta de correspondência entre o valor da prestação e o da contraprestação tiver uma proporção de no mínimo metade. Entretanto, há entendimentos no sentido que o cálculo de tal valor deverá levar em conta não só o seu valor econômico direto, mas também a sua capacidade lucrativa e de gerar resultados satisfatórios a seu proprietário.³⁷¹

Não há necessidade de ciência do estado da parte prejudicada, já que a existência nítida, aparente da divergência de preços é suficiente para a caracterização da lesão.³⁷² Na verdade, o conhecimento sobre a necessidade econômica da outra parte fica subsumido na existência clara de uma utilidade econômica exagerada.

Desnecessário que o beneficiado tenha solicitado ou instigado a formação do contrato, já que eventual busca da manifestação de vontade contrária aos reais efeitos ou vantagens do negócio com ciência inequívoca da parte poderia caracterizar o dolo.

³⁷⁰ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.584.

³⁷¹ Neste sentido, afirma Alberto Trabuchi (*Commentario*, cit. p. 1.585), que: “*Anche la scelta del metodo di stima, per accertare la dedotta sproporzione tra prezzo e valore dell’immobile, è remessa al prudente apprezzamento dei giudici di merito.*”

³⁷² Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.585.

Assim, o que se requer é a consciência do aproveitamento objetivo exagerado, e não da necessidade econômica da parte contrária.

Como sempre, a desproporção entre as prestações deve ser apreciada no momento da realização do contrato e não no momento de sua execução, o que poderia, no máximo, ensejar a apreciação da existência da onerosidade excessiva como forma de relativização do princípio da intangibilidade do contrato.

Para a ação que busca a rescisão *ultra dimidium* é preciso que o interessado prove não só a subsistência da lesão no momento da propositura da ação, ma também a continuidade, a subsistência do estado de necessidade e o aproveitamento da outra parte.³⁷³ Assim, para o direito italiano, deve ser verificado o valor da prestação e da contraprestação no momento do ingresso da demanda, de acordo com os valores atuais,³⁷⁴ mas levando-se em consideração seus valores pecuniários, sempre mantendo a idéia de proporção.

A simples variação nominal das quantias pecuniárias não é suficiente para descaracterizar a desproporção. Também não é necessário que o objeto da prestação permaneça no patrimônio das partes para o ingresso com a ação de rescisão.³⁷⁵

Desta forma, o ônus da prova do estado de necessidade caberá à parte que se afirma lesada, numa distribuição natural do ônus da prova.

³⁷³ Alberto Trabuchi, *Commentario*, cit. p. 1.586.

³⁷⁴ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 647.

³⁷⁵ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 647.

Em se tratando de ação de rescisão, impossível o conhecimento da mesma de ofício pelo juiz, sendo necessária o impulso da parte.³⁷⁶

A sentença da ação de rescisão tem natureza constitutiva, já que priva o negócio jurídico de toda sua eficácia inicial.³⁷⁷

5.4. Direito português

*“A lesão, sob forma rigorosamente definida, já aparece nas Ordenações Afonsinas (1446), título XLV, Livro IV, adotando o tarifamento em metade do valor do preço na compra e venda. O texto legal da época afirma que todos os contratos comutativos, que se designam as avencas em que se dá ou deixa uma coisa por outra, segundo a expressão legal, podem ser rescindidos por lesão enorme.”*³⁷⁸

As Ordenações Manuelinas (1521), Título XXX, Livro IV, mantiveram o instituto, apenas reduzindo o prazo prescricional da lesão de 30 para 15 anos, além de proibir a renúncia a tal direito. Posteriormente, as Ordenações Filipinas (1603), Título XIII, Livro IV, mantiveram o instituto com a mesma regulamentação.

Segundo citação feita por Wilson de Andrade Brandão, a existência dos dispositivos a respeito da lesão nas codificações citadas não indica a primeira incidência do instituto em terras portuguesas. Antes disto, outras legislações contribuíram para a formação e conformação da previsão

³⁷⁶ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 650.

³⁷⁷ C. Massimo Bianca, *Diritto*, cit. p. 650.

³⁷⁸ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 130.

trazidas nas ordenações, através de leis gerais, desde Afonso II; o pronunciamento e decisões das Cortes, a partir de Afonso IV; as normas de direito romano aplicáveis; concordatas entre D. Dinis, D. Pedro, D. João I e os sumos pontífices e prelados do reino; o direito canônico; o Código das Sete Partidas, dentre outros.³⁷⁹

Em sua redação original, previa o Código Civil português a lesão com causa de nulidade relativa do negócio, assemelhando-se à figura da usura,³⁸⁰ podendo o lesado optar pela modificação por equidade da obrigação. Da mesma forma, se requerida a nulidade, poderá o beneficiado oferecer a redução da sua vantagem, mantendo-se o negócio de forma com o equilíbrio necessário.³⁸¹

Verifica-se, de acordo com o texto original, que a exigia, para sua configuração a consciência de aproveitamento da situação peculiar do lesado, ou seja, o aproveitamento consciente deve ter sido a causa da desproporção observada no negócio.³⁸² Ainda, exige que a desproporção seja qualificada, já que afirma que a mesma deve ser manifesta, ficando ao arbítrio do julgador decidir se a desproporção questionada é manifesta ou não.³⁸³

³⁷⁹ Wilson de Andrade Brandão, *Lesão*, cit. p. 131.

³⁸⁰ Art. 282º Código Civil português (negócios usurários)

1. É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, aproveitando conscientemente a situação de necessidade, inexperiência, dependência ou deficiência psíquica de outrem, obteve deste, para si ou para terceiro, a promessa ou concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados.

2. Fica ressalvado o regime especial estabelecido para o mútuo no artigo 1146º.

³⁸¹ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito*, cit. p. 622.

Artigo 283º Código Civil português (Modificação dos negócios usurários)

1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade.

2. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior.

³⁸² Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*; vol. I (artigos 1º a 761º), 4ª ed. rev. e atual. com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 259.

³⁸³ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código*, cit. p. 259.

Posteriormente, a redação original do Código Civil português sofreu alteração, por força do Dec.-lei n° 262/83, de 16 de junho, sendo retirado o termo *manifestamente*, considerando que a simples existência da desproporção que atinja o equilíbrio natural do negócio seria suficiente à configuração da lesão. Da mesma forma, retira a expressão “*aproveitando conscientemente a situação de necessidade, dependência ou deficiência psíquica de outrem*”, substituindo-o por “*explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem*”.

A modificação, segundo Pires de Lima e Antunes Varela³⁸⁴, foi meramente estética, já que “*explorar e aproveitar conscientemente certas situações são expressões de significação idêntica, não se vendo qualquer justificação para a alteração introduzida.*”

Segundo o disposto no Código Civil português, os elementos constitutivos da lesão, como usualmente ocorre nos outros sistemas já analisados, serão: a) a situação de inferioridade do declarante; b) obtenção de benefícios excessivos ou injustificados; c) a intenção ou consciência do usuário de explorar a referida situação de inferioridade.³⁸⁵ Como consequência, haverá a anulabilidade do negócio lesivo, não sendo considerada causa de rescisão ou de invalidade absoluta do negócio.³⁸⁶

Prevê a possibilidade, desde que demonstrada a existência da desproporção das prestações, considerado o caso concreto, já que não há tarifamento por parte da legislação. Ainda, requer o dolo, exigindo o aproveitamento consciente da condição desvantajosa da outra parte

³⁸⁴ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código*, cit. p. 261.

³⁸⁵ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito*, cit. p. 621.

³⁸⁶ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria*, cit. p. 98.

contratante, semelhantemente ao dispositivo do art. 138 do Código Civil alemão. Sobre o dolo de aproveitamento, entende a doutrina portuguesa que “*não constitui um pressuposto legal da usura que o usurário leve a outra parte a praticar o negócio: basta aproveitar-se da disposição desta.*”³⁸⁷

Adota amplamente o princípio da conservação do negócio jurídico, com a modificação eqüitativa do conteúdo da relação negocial, seja a pedido direto da parte lesada, seja como medida impeditiva da anulação do negócio alegada pela parte beneficiada pelo negócio lesivo.

Interessa notar que o art. 282, do Código Civil português, ao prever a anulabilidade do negócio pela existência da lesão, traz exceção quanto às situações especialmente regulamentada pelos artigos 559^o-A e 1446^o, citados na alínea 2.³⁸⁸ Segundo os dispositivos em questão, há um regime específico para a lesão (ou usura) nos casos de contratos de mútuo, tornando determinável a taxa de juros legais e, de forma diversa que a lesão em sentido estrito, tarifando o valor do excesso da contraprestação de juros caracterizador da usura.

³⁸⁷ Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil português: teoria geral do direito civil*, Almedina: Coimbra, p. 559.

³⁸⁸ Art. 559^o-A (Taxa de juro), com a redação dada pelo Dec.-lei 220-C/80, de 34-6:

1. Os juros legais e os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativos são os fixados em portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano.
2. A estipulação de juros de taxa superior à fixada nos termos do número anterior deve ser feita por escrito, sob pena de serem apenas devidos na medida dos juros legais.

Art. 1146^o (Usura)

1. É havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros superiores em 3% ou 5% aos juros legais, conforme exista ou não garantia real.
2. É havido também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo, relativamente ao tempo da mora, mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima do juro legal, conforme exista ou não garantia real.

Nestes casos, aplicáveis somente no que diz respeito aos juros e cláusula penal em contratos de mútuo, não haverá liberdade do juiz para a verificação se a desproporção apresentada é ou não caracterizador da lesão usurária, havendo claro tarifamento no que diz respeito aos juros em si e à cláusula penal estabelecida em tais negócios.

5.5. Direito argentino

A redação original do atual Código Civil argentino não previa a lesão como causa de nulidade, anulação ou rescisão do negócio jurídico. Tal prerrogativa não foi aceita por Vélez Sarsfield, conforme comentário ao art. 943 do Código Civil argentino, aceitando como causa de anulação do negócio jurídico somente os vícios clássicos: erro, dolo, fraude e simulação.³⁸⁹ Cifuentes, em sua obra sobre o negócio jurídico, afirma que Vélez entendia que somente os pressupostos dos vícios originariamente previstos no Código Civil argentino “*poderiam dar por resultado que as partes questinassem a plena vigência do acordado, eximindo-se de seu estrito cumprimento.*”³⁹⁰

Em momento posterior à entrada em vigor do Código Civil argentino, a jurisprudência passou a admiti-la em alguns casos, sendo, posteriormente, expressamente prevista pela Lei n° 17.711, alterando a redação do art. 954, acrescentando-lhe um parágrafo segundo,³⁹¹ ficando assim redigido:

“*Art. 954.*

³⁸⁹ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 467.

³⁹⁰ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 467.

³⁹¹ Guillermo A. Borda, *Tratado*, cit. p. 129. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 472.

§2º. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligeireza o inexperiencia de la otra, obtieviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán yercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuera ofrecido por el demandado al contestar a demanda.”³⁹²

Percebe-se que o instituto, com a redação determinada pelo citado Decreto-lei, trouxe, segundo Ghersi, alterações de ordem sociológica e de ordem econômica ao ordenamento jurídico argentino. Para referido autor, sociologicamente, a lesão reconhece e permite a existência de desiguais semque haja um desequilíbrio nas relações jurídicas daí decorrentes.³⁹³ No sentido econômico, houve a inclusão de um elemento ético á busca das vantagens econômicas garantida pelo sistema capitalista constitucionalmente adotado. No dizer do autor, “*houve a incorporação à regra da vantagem econômica do capitalismo de um sentido ético, social ou, sem conclusão, de teleologia social.*”³⁹⁴

³⁹² Art. 954, §2º, Código Civil argentino. Também se poderá demandar a nulidade da modificação dos atos jurídicos quando uma das partes, explorando a necessidade, leviandade ou inexperiência da outra, obteve por meio destes uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcional e sem justificação. Se presume, salvo prova em contrário, que existe tal exploração em caso de notável desproporção das prestações. Os cálculos deverão fazer-se segundo os valores ao tempo do ato e a desproporção deverá subsistir no momento da demanda. Somente o lesionado ou seus herdeiros poderão exercer a ação cuja prescrição ocorrerá no prazo de cinco anos da realização do ato. O acionante tem opção para demandar a nulidade ou um reajuste equitativo do acordo, mas a primeira destas ações se transformará em ação de reajuste se este for oferecido pelo demandado ao contestar a demanda.

³⁹³ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 430.

³⁹⁴ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 431.

Para Cifuentes, a lesão trazida pela reforma do Código Civil argentino é a subjetiva-objetiva, com a necessidade de combinação da condição pessoal de necessidade e inexperiência do lesado, com a vantagem desproporcional por parte do beneficiado.³⁹⁵ Tal desproporcionalidade não pode ser simples, mas evidentemente desproporcional, demonstrando que a vantagem econômica havida é grotesca e manifestamente excessiva, sendo a origem da tal desequilíbrio a existência de algum dos elementos subjetivos da lesão.³⁹⁶

O dolo de aproveitamento é resultado da exploração, sendo exercido como conseqüência do conhecimento ou possível conhecimento por uma das partes da condição deficitária da outra.³⁹⁷ A própria redação do dispositivo cria uma presunção de existência do dolo de aproveitamento, ao afirmar que a existência do elemento subjetivo por parte do beneficiado é presumida pela manifesta desproporção.³⁹⁸

Tem a natureza jurídica de vício do consentimento.³⁹⁹ Os elementos subjetivos e objetivos são iguais aos de outros sistemas, com a previsão da desproporção evidente como elemento objetivo, e a existência da exploração da necessidade, inexperiência ou leviandade como elementos subjetivos.⁴⁰⁰ A desproporção deverá ser aferida com base nos valores do momento de realização do negócio, através de manifestação do juiz, já que não há tarifamente legal.⁴⁰¹

³⁹⁵ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 468.

³⁹⁶ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 432.

³⁹⁷ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 473.

³⁹⁸ Eduardo A. Zannoni, *ineficacia*, cit. p. 330.

³⁹⁹ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 473.

⁴⁰⁰ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 478-480

⁴⁰¹ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia*, cit. p. 321. Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 435.

O parágrafo terceiro do art. 954, do Código Civil argentino, repete a presunção já enunciada no parágrafo segundo, ao prever a presunção da exploração quando há notável desproporção das prestações.⁴⁰² Trata-se de caso de dolo *in re ipsa*.

Cifuentes entende que a presunção determinada no dispositivo recai somente sobre o dolo de aproveitamento ou exploração da condição inferior da outra parte, não dispensando-se que o lesado demonstre um dos três elementos subjetivos a ele ligados, ou seja, a necessidade, inexperiência ou leviandade, embora afirme a existência de oponições no sentido de que a demonstração da desproporção manifesta indica, de forma conexa, a existência do elemento subjetivo ligado ao lesado.⁴⁰³

Como consequência, prevê-se a nulidade relativa do ato,⁴⁰⁴ mas sempre será possível a manutenção do negócio, com a sua integração de acordo com os ditâmes da equidade. No caso, tanto o lesado poderá optar pela ação de adequação, como o beneficiado poderá, em contestação, oferecer-se à complementação do preço ou devolução do excesso, mantendo-se a eficácia patrimonial perfeito do ato.⁴⁰⁵

O exercício da ação, de acordo com o dispositivo legal, somente é deferido ao próprio lesado ou a seus herdeiros, havendo obrigatoriamente que se demonstrar a continuidade da lesão no momento do início da demanda.⁴⁰⁶ Ghersi discorda do posicionamento legal quando à necessidade de permanência da lesão no momento de ingresso com a ação,

⁴⁰² Art. 954, §3º, Código Civil argentino. *Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.* (Se presume, salvo prova em contrário, que existe tal exploração em caso de notável desproporção de tais prestações.

⁴⁰³ Carlos Alberto Ghersi, *Dercho*, cit. p. 435. Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 484.

⁴⁰⁴ Santos Cifuentes, *Negócio*, cit. p. 490.

⁴⁰⁵ Carlos Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 436.

⁴⁰⁶ Eduardo A. Zannoni, *Ineficacia*, cit. p. 322.

entendendo que há situações em que já findou o negócio, mas permanece presente o dano causado pela desproporcionalidade. Não se poderia, em tais casos, impedir a ação de lesão, pois, caso contrário, haveria uma quebra da teleologia esperada pela própria natureza da norma.⁴⁰⁷

5.6. Análise comparativa do instituto no sistema brasileiro e outros sistemas analisados

5.6.1. Semelhanças

Todos os ordenamentos analisados consideram a necessidade do equilíbrio de prestações, sendo este o fim a ser atingido nas relações contratuais em geral, não importando o meio utilizado para se garantir tal equilíbrio. Este pode justificar-se de diversas formas: na correspectividade relativa das prestações nos negócios onerosos e comutativos, na existência do preço de mercado como causa essencial no contrato de compra e venda, na existência da falta de objeto lícito, considerando-se a desproporção contrária à moralidade ou, de forma abrangente, o próprio princípio da boa-fé objetiva.

Com variações de intensidade, a existência de um dever geral e abstrato determinante de comportamentos positivos e negativos, tendentes a permitir que cada uma das partes envolvidas na relação negocial atinja seus objetivos ou interesses econômicos sustenta a sanção legal à lesão contratual.

⁴⁰⁷ Calros Alberto Ghersi, *Derecho*, cit. p. 435.

A visão de que o contrato não deve ser instrumento de dano, prejuízo ou enriquecimento injustificado lastreia todos os conceitos legais de lesão analisados. Uns de forma restrita, como o texto expresso do Código Civil francês, que limita os casos de lesão a alguns negócios e pessoas determinadas, restringindo por demais o instituto, passando por ordenamentos onde há uma aplicação mais ampla, porém considerando a lesão como causa de simples rescindibilidade do contrato e limitada à comprovação de uma desproporção dentro de limites tarifados, chegando a ordenamentos onde a lesão é aplicada de forma mais ampla, sem limitação a determinados contratos, pessoas ou prejuízos previamente tarifados.

O sustentáculo do instituto não é mais a simples falha na formação do consentimento, mas na boa-fé objetiva e na função social do contrato, ampliando-o, podendo-se afirmar a existência de um fundamento comum à lesão: o equilíbrio econômico nas relações contratuais.

O segundo ponto comum à maioria absoluta dos ordenamentos analisados, com exceção ao francês, que prevê exclusivamente elementos objetivos, é a necessidade da existência de um elemento subjetivo específico do prejudicado. Ou seja, a simples lesão material qualifica-se pela presença da necessidade, inexperiência ou outra situação que retira, de fato ou por presunção, a plena autonomia da vontade da parte prejudicada. A lesão, não importando o tratamento jurídico de sua consequência – nulidade, anulabilidade ou rescindibilidade – liga-se sempre a uma ausência da plenitude do consentimento da parte prejudicada.

5.6.2. Diferenças

Divergem os ordenamentos notadamente quanto a quatro pontos: o alcance do instituto a todos ou somente a certos e limitados negócios onerosos, a necessidade de se demonstrar ou não o dolo de aproveitamento, a existência de tarifamento expresso ou não e, por fim, os efeitos decorrentes da lesão, seja no contrato em si, seja na ligação jurídica das partes.

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como o alemão, o português, o italiano e o argentino, prevêm a lesão como instrumento geral de proteção ao equilíbrio das relações negociais, apenas diferenciando-se pelo fato da legislação italiana, ao falar em lesão, limita-a aos casos de lesão contratual, já que é causa de rescindibilidade, enquanto os outros ordenamentos apresentam a lesão como instituto aplicável a qualquer negócio jurídico. A divergência, se em si pode parecer importante, considerando o caráter específico do contrato dentro da teoria dos negócios jurídicos, na prática perde importância, já que o local natural da ocorrência da lesão são os negócios jurídicos bilaterais e onerosos, dificilmente ocorrendo em negócios jurídicos unilaterais.

Apesar de tal diferença, tem-se que em tais ordenamentos não há limitações do instituto a um determinado tipo de negócio ou a certas pessoas previamente estabelecidas, caracterizando-se como instituto ligado ao fenômeno do negócio jurídico em geral.

Ao contrário, a previsão da lesão no Código Civil francês limita a aplicação do instituto somente aos casos que envolvam contratos de compra e venda de imóveis, sendo tal faculdade atribuída exclusivamente ao vendedor lesado, ou nos casos de partilha.

Conclui-se que, enquanto no sistema francês há uma limitação ampla à aplicabilidade do instituto, autorizando a rescisão por lesão somente ao vendedor ou ao prejudicado na partilha, os outros ordenamentos jurídicos ampliam o seu alcance, permitindo a rescisão por lesão aos negócios jurídicos onerosos em geral.

O segundo ponto de divergência dos sistemas consiste na necessidade ou não de demonstração dos elementos subjetivos, seja do lesado, seja por parte do beneficiado na lesão.

Há sistemas que direcionam a análise da lesão diretamente à figura do lesante, percebendo-se que, nestes casos, tem a lesão um caráter punitivo ao beneficiado indevidamente, sendo apenas secundária a proteção legal ao prejudicado. Nestes casos, também percebe-se a subjetivação da análise de tal conduta, necessitando-se da análise da motivação que levou o causador do dano a assim agir e, mais ainda, que se verifique que a lesão decorreu diretamente a intenção da parte de aproveitar-se da condição prejudicada da parte lesada. Para alguns, tal dolo de aproveitamento não precisa ser demonstrado diretamente, sendo presumido, *in re ipsa*, decorrente da flagrante desproporcionalidade do preço e falta de intenção da parte em realizar negócio gratuito. Assim o direito alemão, ao determinar a nulidade absoluta do negócio lesivo por não atender ao requisito da moralidade do objeto do negócio.

Outros sistemas direcionam seu olhar para o prejudicado, vendo na lesão não uma sanção em si, mas sim uma medida de proteção direcionado à parte que realiza o negócio impulsionado por uma formação da vontade viciada. Nestes casos, supre-se a necessidade de se demonstrar, presumindo-se o dolo de aproveitamento, sendo mesmo irrelevante se o

beneficiado pela lesão sequer conhecia a condição do prejudicado. Tal dolo de aproveitamento configura-se com a exploração, quando a parte beneficiada conhecia ou poderia conhecer a situação de necessidade da parte prejudicada. O que importa, em verdade, é que a existência da necessidade, inexperiência ou leviandade da parte prejudicada, aliada a uma vantagem desproporcional, criam uma presunção de tal aproveitamento.

Sobre a existência dos elementos subjetivos por parte do prejudicado, também afirmam os sistemas que consideram a lesão um vício do consentimento que, a existência da desproporção das prestações presumem a negociação com algum defeito sobre a vontade livre e consciente.

Também se verifica divergência quanto a existência de um tarifamento rígido, legal, para a ocorrência da lesão. Percebe-se, como tendência, a quebra de tal tarifa legal, deixando ao arbítrio do julgador verificar se o valor da desproporção chega ou não a atingir a boa-fé objetiva e a função social do negócio, requisitos da própria validade dos negócios jurídicos de acordo com o Código Civil brasileiro. A divergência ocorre quando ao ordenamento francês e italiano, sendo que ambos determinam, expressamente, um limite mínimo de desproporção para que se caracterize a lesão, adotando a técnica do tarifamento. Outros, como o brasileiro, o alemão, o português e o argentino, não prevêm, de forma geral, o tarifamento determinador da ocorrência da lesão.

Por fim, quanto aos efeitos há uma clara diferenciação entre as legislações analisadas, variando o grau de ineficácia do negócio lesivo.

Primeiro, temos situações em que a lesão gera o maior grau de ineficácia do negócio, com a previsão da nulidade absoluta do negócio. É o caso do Código Civil alemão, que coloca a lesão (usura) como situação caracterizadora da imoralidade no negócio jurídico e, por consequência, quebra um dos elementos necessários ao negócio jurídico: a moralidade do próprio objeto negocial.

Segundo, há sistemas que admitem a lesão como causa de nulidade relativa, estando a ineficácia do ato vinculada a um interesse particular do lesado, que deverá ingressar com a ação anulatória no prazo determinado em cada legislação. Nestes casos, vê-se mais claramente a idéia da lesão como defeito do negócio jurídico, com a validade do negócio e a possibilidade de convalidação, ratificação e sentença anulatória com efeitos *ex nunc*. Há muito mais um interesse particular do prejudicado que tem à sua disposição a ação anulatória que uma atuação que afete o interesse coletivo, como na nulidade absoluta. São os casos do Brasil, Argentina e Portugal.

Por fim, há sistemas que consideram a lesão causa de rescindibilidade dos contratos. Se na nulidade e na anulabilidade há uma análise do negócio considerando-se exclusivamente a sua formação, na rescindibilidade há a autorização para uma das partes requerer exclusivamente a extinção de seus efeitos, sem se discutir a formação em si ou os efeitos já produzidos. Neste casos, analisados em nosso estudo no direito francês e italiano, há uma autorização expressa a uma das partes da relação contratual a estabelecer a rescisão unilateral do negócio.

Apesar de tal diferenciação, percebe-se que em todos os casos, com exceção ao direito alemão, prevalece a idéia ou o princípio da

continuidade do negócio, já que todos os ordenamentos deixam clara a possibilidade de retificação, convalidação ou revisão judicial do negócio, mantendo-se a força criadora do contrato em si, apenas ajustando as suas disposições lesivas.

CONCLUSÕES

1. A lesão sempre teve como escopo a manutenção do equilíbrio econômico das relações patrimoniais, independentemente da adoção de uma intenção punitiva ao lesionante, quando se observa mais sua conduta que o dano sofrido pelo prejudicado, como nos casos em que se objetiva a lesão, visando-se mais a proteção do lesado que a punição do lesionante.

2. Há uma tendência natural de se retirar, do conceito da lesão, a necessidade de demonstração do dolo de aproveitamento, seja por considerar-se suficiente a existência da desproporção das prestações, seja por se considerar tal dolo implícito na simples existência da aceitação de prestações lesivas. Esta a posição aparentemente adotada pelo legislador brasileiro.

3. A condição do lesado é relevante, já que o negócio entabulado deve ter como pressuposto a necessidade de contratar e a inexperiência contratual, embora estas possam ser presumidas em legislações especiais, como o Código de Defesa do Consumidor.

4. A análise da condição subjetiva da parte contratante acaba por considerar a sua motivação na realização do negócio, que leva em conta não só a causa do negócio, com a eventual transferência patrimonial, mas também o motivo de tal transferência, principalmente nos casos de lesão baseada na necessidade de contratar para se atender a uma necessidade patrimonial própria.

5. Apesar de se mostrar, para o Código Civil brasileiro como um defeito do negócio jurídico, não se observa pura e simplesmente a aplicação da idéia de anulação do negócio, mas sim a busca de seu reequilíbrio, em clara e devida aplicação do princípio da manutenção dos negócios quando cabível.

6. Os julgadores, diante de casos em que se apresentem os pressupostos da lesão, devem necessariamente buscar a manutenção do

negócio, tentando, antes da anulação do negócio, a sua conformações aos ditames da boa-fé e da função social do contrato.

BIBLIOGRAFIA

ABREU FILHO, José de. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5ª ed. atual. de acordo com o novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2003.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Elementi di diritto privato*. Roma: Laterza, 2001.

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privada*. Napoli: Jovene Editore, [s.d.].
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*; subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2ª ed. aum., São Paulo: Saraiva, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, vol. II.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZI, Camila Lemos. *A lesão como forma de abuso de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 826, ago. 2004, p. 38-57.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Elementi di diritto privato*. Roma: Laterza, 2001.
- BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo; ALPA, Guido. *Rischio contrattuale e autonomia privada*. Napoli: Jovene Editore, [s.d.].
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. rev. e atual. pelo prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, F. Alves, 1975.
- BIANCA, Massimo C. *Diritto civile; il contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1988, v. III.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *A figura da lesão na jurisprudência pátria: do direito anterior aos nossos dias*. São Pau: Revista dos Tribunais, ano 90, v. 784, fev. 2001, p. 138-151.
- _____. *Da lesão no direito brasileiro atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3ª ed. com Carlos Alberto Bittar Filho, rev. e atual. da 2ª ed. da obra O direito civil na Constituição de 1988, São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil; obligaciones II*. 7ª ed. Atualizada, Buenos Aires: Perrot, 1994.
- BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*. São Paulo: Leud, 1988.
- BOULANGER, Jean; RIPERT, Georges. *Traité de droit civil; t. II*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1957.
- BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1991.
- BRASIL. *Código civil e legislação civil em vigor*. Organização, seleção e notas de Theotônio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARBONNIER, Jean. *Derecho civil; estudo introductorio e tradução da 1ª ed. francesa com adições de conversão ao direito espanhol por Manuel Maria Zorrillo Ruiz, tomo II, v. II: el derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Barcelona: Bosch, 1971.
- _____. *Droit civil; les obligations*. 13ª ed., Paris: Universitaires de France, 1988.
- CHABAS, François *et alli*. *Leçons de droit civil; introduction à l'étude du droit*. 11ª ed. por François Chabas, Paris: Montchrestien, t.1, vol. 1, 1996.
- CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile; complemento giurisprudenziale*. 4ª ed., Milão: CEDAN, 1996.
- CIFUENTES, Santos. *Negócio jurídico; estructura. Vícios. Nulidades*. Edição com a colaboração de Manuel D. Cobas e Jorge A. Zago, Buenos Aires: Astrea, 1986.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V. 3, São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Inocência Mártires. O novo código civil e a interpretação conforme a Constituição, em *O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*, coordenação de Ives Gandra Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes e Domingos Franciulli Netto. São Paulo: LTr, 2003.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7ª ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 1999.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DESCHÉ, Bernard; GHESTIN, Jacques. *Traité des contrats; la vente*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, 1146 p.
- DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Derecho civil; v. 1: Introducción. Parte general. Derecho de la persona*. 2ª ed., Madrid: Tecnos, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 18ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1993.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. 2ª ed. atual, rev. e ampl., São Paulo: Nelpa, 2001, v. 3.
- ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Tratado de derecho civil; parte general*. 3ª ed. traduzida da 39ª edição alemã por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer, Barcelona: Bosch, t. I, 2ª parte, 1981.

- FILOMENO, José Geraldo Brito *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FIUZA, César. *Direito civil*; curso completo. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. 3ª ed. rev., v. 1, São Paulo: RT, 1975.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*; parte geral. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2002.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho civil*; parte general. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- GHESTIN, Jacques; DESCHÉ, Bernard. *Traité des contrats*; la vente. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, 1146 p.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Introdução ao direito civil*. 18ª ed., atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. aum., São Paulo: RT, 1980.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*; parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- GULLÓN, Antonio; DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho civil*; v. 1: Introducción. Parte general. Derecho de la persona. 2ª ed., Madri: Tecnos, 2000.
- HÖERSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*: teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992.

- JACOB, François *et alli*. *Code civil*; texte du code, textes complémentaires, jurisprudence, annotations. Paris: Dalloz, 2002.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*; teoría general de las obligaciones. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterolo, Buenos Aires: Bosch, 1950.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil*; parte general. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madri: EDERSA, 1978.
- LARROUMET, Christian. *Droit civil*; tomo 3: les obligations, le contrat. 4ª ed., Paris: Economica, 1998.
- LEQUETTE, Yves; SIMLER, Philippe; TERRÉ, François. *Droit civil*; les obligations. 6ª edição, Paris: Dalloz, 1996.
- LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil*; v.1: parte general. Tradução da última edição alemã com notas de direito espanhol por José Maria Navas. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*; vol. I (artigos 1º a 761º). 4ª ed. rev. e atual. com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*; consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2000.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*; introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 9ª ed. rev. e atual. pelo prof. José Serpa de Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. 1.
- LÓPEZ, A. M. López; MONTÉS PENADES, V. L. (org.). *Derecho civil*: parte general. 2ª ed., Valência: Tirant lo Blanch, 1995.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

- MARQUES, Cláudia Lima (org) *et alli*. *Comentários ao código de defesa do consumidor*; arts. 1^a a 74; aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*; o novo regime das relações contratuais. 3^a ed., São Paulo: RT, 1998.
- MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MAZEADU, Jean *et alli*. *Leçons de droit civil*; introduction à l'étude du droit. 11^a ed. por François Chabas, Paris: Montchrestien, t.1, vol. 1, 1996.
- MAZEAUD, Henri *et alli*. *Leçons de droit civil*; introduction à l'étude du droit. 11^a ed. por François Chabas, Paris: Montchrestien, t.1, vol. 1, 1996.
- MAZEAUD, Léon *et alli*. *Leçons de droit civil*; introduction à l'étude du droit. 11^a ed. por François Chabas, Paris: Montchrestien, t.1, vol. 1, 1996.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo – meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 11^a ed., rev., ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Vol. XXI, t. 2, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1972.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 1: *teoria geral do direito civil*, 37^a ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Curso de direito civil*, v.5: *Obrigações 2^a parte: contratos*. 28^a ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- MONTÉS PENADES, V. L.; LÓPEZ, A. M. López (org.). *Derecho civil*: parte general. 2^a ed., Valência: Tirant lo Blanch, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____ e Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*: atual. até 16.05.2005, 3ª ed., rev. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NIPPERDEY, Hans Carl; ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*; parte general. 3ª ed. traduzida da 39ª edição alemã por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer, Barcelona: Bosch, t. I, 2ª parte, 1981.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*; direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo e GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*; parte geral. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de direito civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 3.

_____. *Instituições de direito civil*. 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.1.

_____. *Lesão nos contratos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice civile annotado con la dottrina e la giurisprudenza*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiana, 1991.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 1ª ed. atualizada por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000, t. IV.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4ª ed., anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2ª tir., São Paulo: RT, 1999.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato; as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade negocial*. Coimbra: Almedina, 1999.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª edição, tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira, Campinas: Bookseller, 2002.
- RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil*; t. II. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1957.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

- _____. *Direito civil*. 32ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes; Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Enzo; ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Rischio contrattuale e autonomia privada*. Napoli: Jovene Editore, [s.d.].
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. da 6ª ed. italiana por Paolo Capitanio; atual. por Paulo Roberto Bernassi, Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântica, 1967.
- SAIGET, Jacques. *Le contrat immoral*. Paris: Dalloz, 1939.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. 2ª ed., São Paulo: Método, 2004.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de defesa do consumidor anotado*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2002.
- SIMLER, Philippe; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Droit civil; les obligations*. 6ª edição, Paris: Dalloz, 1996.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Maria Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado – conforme a Constituição da República*; vol. 1: parte geral e obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil; les obligations*. 6ª edição, Paris: Dalloz, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III – dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, v. 771, jan. 2000, p. 11-37.

TRABUCCHI, Alberto; CIAN, Giorgio. *Commentario breve al Codice Civile; complemento giurisprudenziale*. 4ª ed., Milão: CEDAN, 1996.

TUHR, Andreas von. *Derecho civil; v.1: teoria general del derecho civil alemán: los derechos subjetivos y el patrimonio*. Tradução da edição por Celestino Pardo, Madri: Marcial Pons, 1998.

_____. *Derecho civil; v. 3: los hechos jurídicos, el negocio jurídico*. Tradução de Tito Ravà, Buenos Aires: Depalma, 1948.

VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. *Código Civil anotado; vol. I (artigos 1º a 761º)*. 4ª ed. rev. e atual. com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil; parte geral*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, v. 1, 2003.

_____. *Direito civil; teoria das obrigações e teoria dos contratos*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2001.

WALD, Arnoldo. *Direito civil; introdução e parte geral*. 9ª ed., rev., ampliada e atualizada de acordo com o novo Código Civil, com a colaboração dos profs. Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 1986.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.