

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

PAULO BERNARDO CUNHA PEREIRA DA VEIGA

A LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Curitiba
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

PAULO BERNARDO CUNHA PEREIRA DA VEIGA

A LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Trabalho apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Ciências
Jurídicas pela Universidade Federal do Paraná,
sob orientação do Prof. Dr. Rodrigo Xavier
Leonardo, na área de Direito Civil.

Curitiba
2016

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a exegese doutrinária e jurisprudencial do instituto da lesão nos contratos, conforme sua positivação no art.157 do Código Civil brasileiro. Para tanto, fez-se mister a revisão bibliográfica dos principais escritos a este respeito, bem como de trabalhos relativos ao tema da lesão publicados, todavia, em tempo pretérito à edição do mencionado documento legislativo. A isso, seguiu-se breve investigação histórica relativa à origem e desenvolvimento do referido instituto, primeiramente no direito estrangeiro e, num segundo momento, no direito pátrio. Então, passou-se a investigação, já no domínio da teoria geral do direito, sobretudo civil, de sua natureza jurídica, cabendo análise comparada do disposto no art.157 com dispositivos integrantes de outros ordenamentos e/ou de tempos pretéritos. Por fim, buscou-se levantar e analisar, da maneira mais abrangente possível, a jurisprudência da lesão no Código de 2002, avaliando sua compatibilidade com a doutrina predominante acerca do tema. Os capítulos foram ordenados de forma a possibilitar a compreensão mais objetiva possível ao leitor, tendo em vista o escopo de levá-lo a compreender a dogmática do instituto no Código Civil. Assim, primeiramente, logo após a introdução, apresenta-se a dogmática propriamente dita da lesão no diploma em comento. Segue a ela, para maior aprofundamento do leitor, apontamentos sobre a origem e desenvolvimento do instituto. Isso feito, apresentam-se os seus fundamentos, para só então tratar da exegese jurisprudencial e apresentar as conclusões viabilizadas pela investigação.

Palavras chave: lesão; usura real; equidade; equilíbrio contratual; justiça comutativa; defeitos do negócio jurídico; boa-fé objetiva; função social do contrato.

ABSTRACT

The scope of the current study is to review scholar opinion and case law related to the doctrine of contractual injury, as it is defined by article 157 of the 2002 Brazilian Civil Code ("Civil Code"). For that regard, it was necessary to analyze published material and existent legal literature produced prior to the enactment of the aforementioned statutory law. Besides, the study goes back to a comparative review of the roots of such doctrine starting with the foreign perspective and leading towards a domestic approach. In addition, the study focuses on the field of general theory of law with a special weight to civil law; its legal nature, as well as a comparative analysis of article 157 vis a vis other provisions coming from other legal statutes, currently in force. Lastly, the intention was to search and review in the broadest possible way court decisions about contractual injury set up in Civil Code, with an eye to assess its application under leading scholar opinion on the matter. The chapters were presented in a way to be as comprehensive as possible enabling the reader to better understand the dogmatic characteristics of said doctrine in Civil Code. Therefore, the theory about contractual injury is laid down right after the introduction. To assist the reader who may be interested in further analysis, the study contains topics about the origin and development of the said doctrine, followed by, its main principles, and jurisprudence which create a adequate scenario for the investigation and its conclusion.

Key words: injury; true usury; equity; contract balance; commutative justice; defects of the legal transaction; objective good faith; social function of contract.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A DOGMÁTICA DA LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	9
2.1. Âmbito de Incidência.....	10
2.2. Elementos e Requisitos.....	12
2.2.1. Elementos relativos aos sujeitos (desequilíbrio subjetivo).....	13
2.2.1.1. <i>A premente necessidade</i>	14
2.2.1.2. <i>A inexperiência</i>	18
2.2.1.3. <i>O controverso dolo de aproveitamento</i>	23
2.2.2. A manifesta desproporção entre as prestações (desequilíbrio objetivo).....	33
2.2.3. Nexo de causalidade e ônus da prova.....	36
2.3. Natureza Jurídica e Sanção (a lesão nos três planos do ordenamento).....	36
2.4. Exclusão da Anulabilidade.....	39
2.5. Mecanismos Judiciais de Tutela.....	40
2.6. Defesa do Réu e Decadência.....	40
3. A ORIGEM HISTÓRICA E BREVES APONTAMENTOS SOBRE SUAS TRANSFORMAÇÕES.....	42
3.1. Direito Romano.....	42
3.2. Medievo.....	44
3.3. Séculos XVIII a XX.....	45
3.4. Direito Brasileiro.....	48
4. OS FUNDAMENTOS DA LESÃO.....	53
4.1. Justiça e Equidade.....	54
4.2. Função Social do Contrato.....	57
4.3. Boa-fé Objetiva.....	59
5. A EXEGESE JURISPRUDENCIAL.....	66
5.1. A Exegese do STJ.....	66
5.2. A Exegese dos Tribunais de Justiça.....	71
5.2.1. Concretização de Princípios.....	71
5.2.2. A Desproporção.....	72
5.2.3. A Premente Necessidade.....	74
5.2.4. A Inexperiência.....	75
5.2.5. O Dolo de Aproveitamento.....	76
5.2.6. A questão do ônus da prova.....	76
5.2.7. Temas diversos.....	77
6. CONCLUSÕES.....	79
7. BIBLIOGRAFIA.....	81

1. INTRODUÇÃO

A presença ou ausência do instituto da lesão nos contratos em um determinado ordenamento jurídico, juntamente com seus lineamentos e contornos podem parecer de relevância acessória no que concerne ao todo daquele sistema, à primeira vista. Todavia, uma análise mais atenta permite que, a partir deste singelo dispositivo, se compreenda toda a visão subjacente acerca do significado do conceito de justiça naquele sistema, o que se entende por contrato naquela sociedade e, por fim, o próprio conceito que se tem do que significa o direito. Já isso não parece de pouca relevância.

Ainda que não se saiba com precisão qual fora, na história, o primeiro dispositivo a tutelar o equilíbrio das relações contratuais, e que provavelmente já existissem em alguns ordenamentos, foi no direito romano que os historiadores encontraram o documento mais remoto a tratar do tema da Lesão.

Conforme leciona Marcos Bernardes de Mello¹, em geral, como decorrência do princípio da liberdade de contratar, as pessoas são livres para avençarem seus negócios, dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Assim sendo, de início, o direito romano reconhecia que não havia parâmetros de preço na compra-e-venda, deixando a fixação de seu montante à livre concorrência, como se constata no ensinamento de Paulo², segundo o qual “(...) *no comprar e vender está naturalmente permitido comprar por menos o que valha mais, e vender por mais o que valha menos, e deste modo enganarem-se mutuamente*’ (... *in emendo et vendendo naturiliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invincem se circumscribere*(...)”.

Todavia, num segundo momento, Diocleciano³ instituiu a possibilidade de rescisão da compra-e-venda, com restituição do *quantum* recebido, se o preço contratado correspondesse a menos da metade daquele que seria justo, ficando porém elidido esse direito do vendedor se o comprador o complementasse até seu pleno valor.⁴ Trata-se da *laesio enormis*, instituída pela *lex secunda*, do ano de 285 da nossa era.⁵

¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 234.

² *Ibidem*, p. 234.

³ Ver capítulo referente ao histórico do instituto.

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.* 234.

⁵ Como se verá adiante, a autenticidade do referido documento fora questionada por alguns pesquisadores a exemplo de Renè Dekkers, na obra *La Lesión Enorme*.

A inclusão do referido dispositivo espelha a concepção formalista romana acerca do contrato; a noção de justiça e de direito que lhe fora legada pela filosofia grega, segundo a qual a justiça consiste em “dar a cada um aquilo que é seu” e a justiça comutativa deveria restabelecer o equilíbrio existente antes da conclusão do negócio; a influência do conceito aristotélico de sinalagma, a pautar a reciprocidade das prestações nos negócios comutativos; a concepção objetiva de direito, segundo a qual o direito, como objeto da justiça, consiste numa coisa (res) exterior aos sujeitos da relação jurídica e, por fim; a influência da concepção aristotélica de justo preço, pautada em uma teoria objetiva do preço.⁶

Paulatinamente, a concepção objetiva do direito fora cedendo lugar a outra, subjetiva, notadamente a partir da obra de Guilherme de Okham e seu nominalismo, culminando na filosofia iluminista e, no campo do direito, no voluntarismo jurídico.⁷ Tal fenômeno, aliado à influência do direito canônico, veio trazer elementos subjetivos como requisitos da lesão nos mais variados ordenamentos, a gerar a assimilação dos conceitos objetivo de lesão e subjetivo de usura real (como modalidade de proibição da usura, inicialmente compreendida como abuso na cobrança de juros pecuniários nos contratos de mutuo), vindo a culminar na própria ojeriza ao instituto e sua defenestração dos ordenamentos modernos, por obstaculizar a autonomia da vontade e gerar insegurança jurídica com consequente desaceleração econômica naquelas nações.

Não por outra razão, o instituto acabou por ficar de fora do Código Civil brasileiro de 1916. Para compreender o espírito filosófico e o sentimento jurídico daquele momento, nada como as palavras de Carvalho de Mendonça, citadas por João Aguirre: “célebre lesão, enorme e enormíssima, de triste memória nos *annaes* forenses”⁸.

Com o passar do tempo, sobretudo tendo em vista as mazelas e contrastes sociais decorrentes das Grandes Guerras, aliados à globalização, com crescente industrialização, informatização e incremento das operações econômicas em volume, frequência e velocidade, percebeu-se que a tutela da higidez da vontade não era apta por si só a garantir a justiça das relações contratuais, como pretendiam os voluntaristas. Tal tutela não bastaria para que fosse garantida a comutatividade nos pactos.

⁶ Para maior aprofundamento nesses temas ver os 3 livros do Michel Villey, apontados na bibliografia (Filosofia do Direito: *definições e fins do direito; os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; *Direito Romano*; e *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005), bem como o livro citado de Hervada (*Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008).

⁷ Ver Michel Villey (*A formação... e Filosofia do direito...*)

⁸ Carvalho de Mendonça *apud* AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão. A lesão no Código Civil de 2002. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, vol. 918, pp. 95-114, 2012. P. 99

É em tal contexto que o paradigma contratual passa a ser revisto, com crescente intervenção e dirigismo estatal no conteúdo dos contratos, seara essa anteriormente compreendida como quase sacra e inviolável. Começam a surgir, tanto nacionalmente quanto internacionalmente, normas a tutelar a equivalência das prestações obrigacionais, a proteger as partes vulneráveis ou hipossuficientes e a direcionar a elaboração e execução dos contratos tendo em vista a sua função social. Pode-se dizer que o dispositivo do art.157, assim como o Código de Direito do Consumidor, são normas que vieram imbuídas desse novo (e antigo) espírito.

Tendo isso em vista, o presente trabalho tem por escopo apresentar a melhor exegese do dispositivo em comento, tendo em vista as exigências de compreensão unitária dos fins do Ordenamento e buscando compreender até que ponto seu lineamento é compatível com o presente sistema jurídico.

2. A DOGMÁTICA DA LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em nosso Código Civil, o estatuto jurídico da lesão situa-se na Parte Geral, Livro III (Dos Fatos Jurídicos), Título I (Do Negócio Jurídico), Capítulo IV (Dos Defeitos do Negócio Jurídico), no art. 157, com a seguinte redação:

Art. 157. Ocorre a 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.

A partir do referido dispositivo, pode-se conceituar o instituto, tal como positivado no diploma em comento, como o *defeito do negócio jurídico que atua no plano de sua validade*⁹, *tornando-o anulável*¹⁰, *caracterizado pela manifesta e exagerada desproporção entre as*

⁹ Para um maior aprofundamento no estudo da lesão, é valiosa sua compreensão à luz da Teoria da Fato Jurídico, segundo a qual as normas jurídicas preveem os fatos do mundo físico, em seu suporte fático, e lhes cominam certos efeitos, em seu preceito (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32). O suporte fático é composto por elementos nucleares e complementares. Os **elementos nucleares** são a causa da suficiência do suporte fático, e se não ocorrerem o fato inexistente. (Ibidem. p. 52). Os **elementos complementares** são pressupostos da validade e eficácia dos fatos, necessários à eficiência do suporte fático (Ibidem. p. 62). Assim, existência, validade e eficácia são “etapas” por que passa o fato jurídico desde que incidiu a norma. No que interessa a este trabalho, o **plano da validade** se refere aos atos, fatos em que a vontade humana é elemento nuclear, excluindo-se os fatos em sentido estrito, os atos-fatos e os fatos ilícitos (Ibidem. p. 100). A manifestação de vontade qualificada, ou declaração de vontade, é o que caracteriza certos atos como negócios jurídicos. Para Antônio Junqueira de Azevedo, o negócio é definido como: “manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos”, respeitando os pressupostos de existência, validade e eficácia correspondentes (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Negócio Jurídico: *existência, validade e eficácia*. pp. 18-19). Analogamente, para Marcos Bernardes de Mello, o negócio jurídico é definido como “(...) fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou **declaração consciente de vontade**, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, **dentro de limites predeterminados** e de amplitude variável, **o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz** das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. p. 189, grifos nossos) Tendo isso em vista, temos que **a lesão, como norma invalidante, acusa a deficiência dos suportes fáticos de certos negócios jurídicos, pela falta de elementos complementares**. Assim, tem-se que os negócios jurídicos sujeitos à lesão possuem, como elementos complementares: a) a necessidade de não serem manifestamente desproporcionais em desfavor de uma parte que esteja em premente necessidade; b) a necessidade de não serem manifestamente desproporcionais em desfavor de uma parte inexperiente. Noutra prisma, pode-se considerar que a lesão é um dos “limites predeterminados” a que se referiu Marcos Bernardes de Mello em seu conceito de negócio jurídico, pois cerceia a liberdade das partes na definição do conteúdo eficaz (efeitos) das relações jurídicas oriundas dos negócios jurídicos sujeitos à lesão.

¹⁰ Não se olvide, todavia, a possibilidade de convalidação do mesmo, a depreender da leitura do parágrafo 2º. A respeito da possibilidade de convalidação e do prestígio da técnica da redução e do princípio da preservação dos contratos, ver **ponto 2.5**.

*prestações de um contrato bilateral*¹¹, concomitante à sua formação, resultante de consentimento viciado pela inexperiência ou pelo estado de premente necessidade em que então se encontrava a parte prejudicada.¹²

Para melhor compreensão de nosso objeto, seguimos à análise de seus pormenores.

2.1. Âmbito de Incidência

Historicamente limitada aos contratos de compra e venda¹³, a configuração da lesão, conforme recepção pelo art. 157, de modo diverso, é compatível com qualquer espécie de

¹¹ Conforme lição de Carlos Alberto da Mota Pinto, o critério classificativo para a compreensão de um negócio jurídico como sendo unilateral ou bilateral (ou ainda plurilateral) é o do número e modo de articulação das declarações integradoras do negócio: “nos negócios unilaterais há uma só declaração de vontade ou várias declarações, mas paralelas, formando um só grupo. Se olharmos os autores das declarações, constataremos haver um só *lado*, uma só *parte*. É o caso do testamento, da renúncia à prescrição, de procuração (...) Já nos contratos ou negócios bilaterais, por sua vez, há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Há assim uma *oferta ou proposta* e a *aceitação*, que se conciliam num *consenso*. É o caso paradigmático da compra e venda.” (MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. pp. 387-388) Para frisar, lembre-se que o conceito de parte não se confunde com o de pessoa. Nas palavras de Enzo Roppo: “Em geral, nos exemplos que até aqui foram dados, referimo-nos à presença de dois sujeitos contrapostos (A-B, X-Y). Isto poderia fazer pensar que os contratos se concluem sempre entre duas pessoas, portadoras de interesses convergentes, que encontram no contrato a sua composição e o seu equilíbrio. Mas isso não é verdade: seja porque, mesmo quando o contrato se estipula entre duas partes, é possível que nele estejam envolvidas mais de duas pessoas; seja porque existem contratos em cuja conclusão intervêm mais de duas partes. Resulta claro, de tudo quanto já foi dito, que o conceito de *parte* do contrato não coincide com o conceito de *pessoa* (física ou jurídica). Parte significa centro de interesses objectivamente homogêneos, e uma parte contratual pode consistir em uma, como em duas, três ou mais pessoas (que relativamente àquele contrato exprimem uma posição de interesse comum). Um exemplo: A e B sabem que C, proprietário de um lote de terreno, o oferece em venda por um preço que lhes parece muito vantajoso, mas nem um nem outro individualmente dispõem da soma necessária; A e B, que formam uma só parte, a parte adquirente (sendo interesse comum a ambos, contraposto ao interesse do vendedor o de adquirir o terreno pelo preço mais baixo possível, com as maiores garantias possíveis, etc.). Mas se, em seguida, A e B, tornados comproprietários do terreno, decidem dividi-lo entre eles de forma que cada um se torne proprietário exclusivo de uma parte deste, no respectivo contrato de divisão A será uma parte e B a outra parte, porque relativamente a este contrato eles exprimem interesses conflituantes (cada um deles procurando uma divisão o mais favorável possível).” (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 81-82)

¹² Toma-se como base o conceito da Dra. Anelise Becker, fazendo, todavia, as adaptações que parecem necessárias para sua melhor adequação à lesão tal qual positivada no Código de 2002. Eis o conceito original, *in verbis*: “A lesão, ou usura real, é espécie, como a usura pecuniária, do gênero usura, e consiste na exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que se encontrava o prejudicado.” (BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.185). Para conhecer outros conceitos, ver boa compilação feita por João Aguirre (A lesão... pp. 101-102).

¹³ A questão da abrangência da lesão no Direito Romano é controversa, mas se adotou o ponto de vista de que ela se restringia a contratos de compra e venda, pelos motivos expostos no item 3 do trabalho (relativo ao histórico do instituto). Caio Mário da Silva Pereira, tratando do instituto conforme constava no Projeto de Código de Obrigações de 1965: “Diversamente do que se dava com a *laesio ultra dimidium* do Código Justinianeu, ou da *lesão enorme* das Ordenações Filipinas, seu campo de ação não se reduz ao contrato de compra e venda. Abrange toda espécie de contrato (v. nº 29, *supra*), ou mais generalizadamente, qualquer gênero de negócio jurídico oneroso” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 197). Sendo de compra e venda, são por pressuposto onerosos, ou seja, aqueles “(...) em que o sacrifício do sujeito tem uma contraprestação ou equivalente em benefício (...)” (BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 92).

negócio jurídico, desde que seja este sinalagmático¹⁴. Conforme lição de Marcos Bernardes de Mello¹⁵:

A lesão pode acontecer em qualquer espécie de negócio Jurídico, seja compra-e-venda, permuta, locação, mútuo, dação em pagamento, mandato, transação, por exemplo; o que importa, afora as circunstâncias pessoais (= estado de necessidade ou inexperiência), é que do negócio resulte significativa desproporção entre prestação e contraprestação.

Tradicionalmente, entendia-se que estavam excluídos do âmbito de incidência da lesão os contratos aleatórios, vez que nestes não seria possível precisar a consistência de uma das prestações, uma vez que o seu montante, ou mesmo a sua existência, dependeria de um evento posterior e incerto, que poderia fazer com que o ganho ou perda derivados da contratação recaíssem sobre um ou outro dos contraentes. Tal fora a posição predominante na doutrina nacional até a virada do milênio.

Todavia, uma análise mais aprofundada da noção de *álea* permite que se descubra que nem todo contrato formalmente tido como aleatório necessariamente comporta, na prática, uma *álea* típica de um contrato verdadeiramente aleatório. A essência do contrato aleatório está na incerteza e na presença de um risco real para ambas as partes. A inexistência de risco real para um dos contratantes é apta a desconfigurar a essência aleatória do negócio.

Além disso, deve haver uma proporcionalidade entre os benefícios, ainda que incertos, que as partes podem vir a extrair do negócio. Nas palavras de Anelise Becker¹⁶:

Para que o contrato aleatório seja imune à invalidade por lesão, os riscos e chances de cada um dos *contratantes devem estar equilibrados no momento em que é formado* e, pois, para conservar tal caráter, a “lesão” deve ser diagnosticável **apenas quando cessada a incerteza**. Somente assim esse desequilíbrio não colocará em perigo a validade do contrato, porque *consequência normal* de sua execução.

A possibilidade de desconstituição dos contratos aleatórios por motivo de lesão, em consequência, deve ser aceita naquelas hipóteses em que seja possível verificar previamente a lesão com alguma certeza. Isso ocorre tanto quando a lesão mostra-se evidente *ab initio* para uma das partes, como quando o contrato não é verdadeiramente aleatório, pois, no primeiro caso, a lesão certa torna irrelevante a *álea* do contrato e, no segundo, a falta de *álea* submete-o ao regime dos contratos comutativos.

A lesão é evidente quando sua verificação independe de qualquer cálculo matemático. Nos casos de venda de imóvel em que o preço é ajustado na forma de uma *renda vitalícia cujo valor é inferior ou igual aos rendimentos do imóvel*, o comprador quita o preço sem nada desembolsar, sem efetuar nenhum sacrifício de seu próprio patrimônio, pois o montante da renda será suficientemente coberto pelos frutos do imóvel. Ora, esta indigência do pagamento dispensa a consideração da incerteza quanto ao período de sobrevivência do credor,

¹⁴ O sinalagma é magistralmente definido por Anelise Becker como “(...) nexos que liga as obrigações das duas partes, mantendo-as numa relação de correspectividade e interdependência, que deve estar presente na celebração do negócio (*sinalagma genético*) e também durante a sua execução (*sinalagma funcional*)” (BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 139, grifos da autora).

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade...* p. 238

¹⁶ BECKER, Anelise. *Op. cit.* pp. 96-98

pois, não importa o quanto ele venha a viver, o adquirente não corre nenhum risco de perda, mesmo na hipótese, a mais desfavorável, de o vendedor atingir uma idade mais do que centenária. Quanto a este, por sua vez, não tem qualquer chance de ganho, vindo mesmo a sofrer uma perda considerável, na medida em que, tendo vendido seu imóvel em troca de uma renda vitalícia, por certo visava a obter renda superior àquela que obteria sem essa operação. Dessa forma, *a certeza da inequivalência entre os riscos assumidos por cada parte*, que vem à luz ao primeiro exame, *impede ao adquirente invocar o caráter aleatório do contrato para escapar à invalidade por lesão, pois destrói tal caráter*.

O mesmo ocorre nos contratos de seguro: embora atribuídos ao segurador os riscos relativos à ocorrência do sinistro – ou da doença, no caso do “seguro-saúde”— e à sua extensão, *sempre que o prêmio pago pelo segurado for desproporcional à cobertura oferecida*, o contrato poderá ser lesionário.

O adquirente tampouco poderá invocar suposto caráter aleatório do contrato para furtar-se à sanção da lesão quando o contrato celebrado não for verdadeiramente aleatório. É o que dá, por exemplo, na hipótese do contrato de renda vitalícia quando a idade e o estado de saúde do vendedor, já no momento da celebração do contrato, garantem ao comprador extrema brevidade das prestações vitalícias às quais se obriga, com o que sua chances de perda são demasiado restritas para que haja efetiva aleatoriedade. É certo que o adquirente não pode jamais ter certeza absoluta da morte próxima do vendedor quando da celebração do contrato, mas, *se a álea é mínima, pode ser desconsiderada*.

No mesmo sentido, está Sílvio de Salvo Venosa, para quem, nos contratos aleatórios “(...) excepcionalmente pode ser tipificada a lesão, quando a vantagem obtida é frontalmente superior à *álea* do contrato”.¹⁷ Ou seja, se o beneficiário obtiver um lucro muito superior ao risco que suportou, poderia haver lesão.

Ainda, convém mencionar que, também de modo diverso do que ocorrera no passado, qualquer das partes pode alegar a lesão. Nas palavras de Rodrigo Toscano de Brito¹⁸:

Diante do quadro aqui exposto sobre lesão, e de regra constante no Código Civil, vê-se que não se determina a parte que alegará a lesão. A rigor, exemplificativamente, tanto o vendedor como o comprador podem se ver diante da situação que se pretende proteger e alegar a existência da lesão. Em consequência disso, não se pode negar a íntima noção do instituto com o equilíbrio da relação contratual, servindo inclusive de argumento para o próprio conteúdo do princípio da equivalência material.

Por fim, é mister lembrar que, por imposição do princípio da conservação do negócio jurídico, a desproporção não é apta, por si só, a invalidar a totalidade do contrato, mas apenas aquela parcela afetada pelo desequilíbrio.

2.2. Elementos e Requisitos

O instituto do art.157, de averiguação um tanto mais complexa do que a lesão enorme, do direito romano¹⁹, requer, para além da mera existência da desproporção entre as prestações, que esta seja consequência de consentimento viciado pelo estado de inferioridade

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 16 ed. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 466.

¹⁸ BRITO, Rodrigo Toscano de. *Estado...* p. 70

¹⁹ Ver ponto 3.1, relativo ao histórico do instituto.

em que se encontrava a parte lesada ao tempo da conclusão do negócio. Passamos agora à análise pormenorizada de seus elementos.

2.2.1. Elementos relativos aos sujeitos (desequilíbrio subjetivo)

Para a configuração da lesão invalidante, exige-se, além da manifesta desproporção entre as prestações, a constatação de que a parte prejudicada encontrava-se em posição de inferioridade quando da contratação²⁰, sendo esta determinante para que aquele negócio fosse realizado. Importa destacar, todavia, que essas circunstâncias que a levaram a tal não se confundem, necessariamente, com limitações existenciais, estando, no mais das vezes, relacionadas unicamente àquele negócio jurídico específico.

Nas palavras de Ana Luiza Maia Nevares²¹:

Quanto ao lesado, caracteriza-se o elemento subjetivo a partir de suas condições de inferioridade na contratação que, de acordo com o Código Civil de 2002, são determinadas pela premente necessidade, ou por inexperiência do contratante. **Tais circunstâncias devem estar relacionadas exclusivamente à contratação, ou seja, àquele determinado contrato**, pois uma pessoa pode ser considerada em estado de inferioridade para certos negócios, em razão de suas próprias condições pessoais, ou em razão de circunstâncias do momento da celebração, e não ser considerada como tal para outros.

Conforme tema que será abordado com maior profundidade infra²², a preocupação do legislador pátrio esteve mais voltada à proteção da parte desfavorecida e à manutenção do equilíbrio contratual objetivo do que à punição da conduta imoral daquele que resulta beneficiado pelo desequilíbrio lesionário. De tal forma é isso verdadeiro, que os requisitos subjetivos do instituto em comento, qual sejam a **premente necessidade** e a **inexperiência**, dizem respeito exclusivamente àquela parte²³.

²⁰ Menciona-se genericamente posição de inferioridade para abranger os requisitos da premente necessidade e da inexperiência. Conforme será esclarecido adiante, esses requisitos são alternativos, não havendo necessidade, para a configuração do elemento subjetivo, que ocorram simultaneamente.

²¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo Código Civil: *estudos na perspectiva Civil- Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 291. (grifo nosso)

²² Vide ponto relativo ao dolo de aproveitamento (ponto 2.2.1.3)

²³ Posição diversa têm aqueles que, a exemplo de Humberto Theodoro Jr., defendem a presença de presunção relativa de dolo de aproveitamento como elemento a integrar a dogmática da lesão no direito civil vigente (ver THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil: *Dos Defeitos do Negócio Jurídico ao Final do Livro III*. vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 220-249). Segundo esses autores, a configuração do elemento subjetivo é dupla ou bilateral. Há que averiguar, de uma lado, se há necessidade ou inexperiência e, de outro, presume-se dolo de aproveitamento, afastando-se o vício caso a parte beneficiada prove que desconhecia, ao tempo da contratação, a situação de inferioridade da parte prejudicada. Tal posicionamento será enfrentado infra, no ponto sobre o dolo de aproveitamento (2.2.1.3). Adiante-se, contudo, que Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, na atualização da obra “Introdução ao Direito Civil”, de Orlando Gomes, consideramram que a subjetividade da lesão se encontra na vulnerabilidade da parte lesionada, e não no abuso do beneficiário (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20 ed. Revista, atualizada e

Convém mencionar, ainda, conforme lição do professor Marcos Bernardes de Mello²⁴, que:

Esses dois dados (**necessidade e inexperiência**) **devem ser considerados alternativamente**, de modo que não é preciso que ocorram simultaneamente no caso concreto. Nada importa, porém, se os dois se materializem em concorrência. Por se tratar de elementos essenciais do suporte fático, se o prejudicado (lesado) não provar que o negócio somente foi formalizado porque estava sob urgente necessidade econômica ou moral, ou que foi vítima de sua inexperiência em relação ao negócio, não se configura a lesão invalidante, mesmo em havendo importante desproporção entre prestação e contraprestação.

Assim sendo, conclui-se que os requisitos subjetivos da lesão são aqueles que de alguma forma comprometem o perfeito consentimento da parte prejudicada, impelindo-a à realização do contrato.

Por fim, vale lembrar que esses requisitos quanto ao estado de inferioridade da parte prejudicada não são presumidos, diversamente do que ocorre nas relações de consumo, devendo ser demonstrados pela parte que os alegar²⁵.

Isso posto, segue sua exposição pormenorizada.

2.2.1.1. *A premente necessidade*

A necessidade a que se refere o dispositivo do art.157, conforme eficiente definição de Caio Mário da Silva Pereira²⁶, consiste na **necessidade contratual**, caracterizada pela **impossibilidade de evitar o contrato**, não estando restrita à insuficiência habitual de meios para prover à subsistência própria ou dos seus. A necessidade diz respeito ao momento da pactuação, lhe é contemporânea, não sendo, necessariamente, um estado de vida hipossuficiente. Nas suas palavras²⁷:

A necessidade, de que a lei fala, não é a miséria, a insuficiência habitual de meios para prover à subsistência própria ou dos seus. Não é a alternativa entre a fome e o negócio.

umentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 335).

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... p. 237, grifo nosso.

²⁵ A esse respeito, o Enunciado nº. 290, da IV Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, afirma que o “Art. 157. A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado”.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão*... p. 165. Embora o trabalho seja anterior ao Código Civil de 2002, é monografia específica sobre o tema da lesão, tendo-o analisado desde suas origens mais remotas até o final do século XX, bem como à luz dos diversos diplomas normativos que o previam no interregno entre o Código de 1916 e o Código de 2002, ela plenamente compatível com a dogmática atual do instituto. Adiante, neste trabalho, serão abordadas considerações em que medida a dogmática anterior ao Código de 2002 podem ser com ele plenamente compatíveis, tomadas as devidas precauções.

²⁷ *Ibidem*. p. 165.

Deve ser a necessidade *contratual*. Ainda que o lesado disponha de fortuna, a necessidade se configura na impossibilidade de evitar o contrato. Um indivíduo pode ser milionário. Mas, se num momento dado ele precisa de dinheiro de contado, urgente e insubstituível, e para isso dispõe de um imóvel a baixo preço, a necessidade que o leva a aliená-lo compõe a figura da lesão.

E, mais adiante²⁸:

A “necessidade”, como requisito da lesão subjetiva não se confunde com a pobreza. É de se cogitar da *necessidade contratual*, ou seja, a circunstância de ter o declarante de realizar aquele negócio, naquele momento, independentemente de seu estado de fortuna. O que conta (esclarece Massimo Bianca) é que o contrato seja instrumento ‘para a satisfação da necessidade e que em razão de tal necessidade o contraente seja compelido a estipular em condições iníquas’ (Diritto Civile, Il Contratto, n° 335, p.648). O exemplo frisante que se apresenta é o de um pai que tem de tratar um filho gravemente doente ou gravemente ferido, e se vê na contingência de pagar um preço absurdo por aquilo que em circunstâncias normais lhe custaria muitíssimo menos. Ou, o de alguém em estado de insolvência, que tem de vender suas coisas, para realizar prontamente recursos em dinheiro (como no exemplo do citado Bianca).

Ademais, conforme lição de Marcos Bernardes de Mello, a necessidade a que se refere o dispositivo, não está limitada ao aspecto econômico, podendo ter caráter apenas **moral**. A causa da necessidade é irrelevante, *in verbis*:

A premente necessidade que impõe a assunção da obrigação onerosa não deve ser considerada apenas sobre o prisma econômico (por exemplo, obter meios financeiros para cumprir um compromisso), mas pode ter caráter apenas moral, como no caso de alguém que se submete a contratar locação de um prédio urbano a preço exorbitante compelido pela precisão urgente de um teto para a sua família que está desabrigada, ou na hipótese de mulher que, em processo de separação judicial motivada por maus tratos do marido, precisando livrar-se da pressão psicológica cede parte importante de seu patrimônio para viabilizar o acordo.²⁹

E, ainda, o mesmo autor elenca entre os dados irrelevantes para caracterizar a lesão:

(...) A motivação que levou ao estado de necessidade, de modo que pode ter sua origem em imposição de cunho moral ou apenas econômico. Por isso, se o negócio prejudicial foi concluído porque o figurante precisava obter recursos para cumprir um dever moral, ou se o fez para realizar um tratamento médico (o que não caracteriza situação configuradora do estado de perigo, apesar de relacionado à saúde ou à vida), ou se para pagar uma dívida vencida, por exemplo, não importa.³⁰

A este respeito, investigando os fundamentos filosóficos do instituto, e sob a influência de Michel Villey, lembra a Dra. Anelise Becker que a lesão está ligada à justiça

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão...* p. 199.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade...* p. 237.

³⁰ *Ibidem*. p. 238.

comutativa e não à distributiva³¹, servindo de critério para a equivalência nas trocas, e não para a correção das desigualdades sociais.³²

Importa, também, que não se olvide o qualificativo *premente* a que o legislador atribui à necessidade. Quer o mesmo com isso deixar claro que nem toda necessidade é apta a configurar a lesão, mas apenas aquela grave e urgente, que limita a liberdade do contratante, impelindo-o à conclusão do contrato.

Por fim, faz-se mister a distinção entre este conceito e aquele apto a configurar o vício do art.156³³, denominado *estado de perigo*³⁴. Diversamente do que ocorre na lesão, o perigo a que diz respeito ao *risco de dano pessoal*, estando este, de forma taxativa, relacionado à vida, à saúde ou a integridade física, excluídos quaisquer prejuízos de ordem patrimonial. Além disso, sua configuração requer *intenção dolosa* daquele que dele se aproveita para obter vantagem indevida, requisito por sua vez dispensado na lesão.³⁵

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello³⁶:

Embora a regra do art.156 não faça menção expressa, o dano deve ser pessoal, portanto, que diga respeito, exclusivamente, à vida, à saúde ou a integridade física, excluído do conceito qualquer prejuízo de ordem patrimonial. O art. 1.447 do Código Civil italiano, que serviu de paradigma ao nosso 156, é explícito ao mencionar que o fundamento da rescindibilidade (essa a penalidade imposta) do negócio jurídico deve ser um *'pericolo di un danno grave alla persona'*, o que espanta qualquer dúvida que se possa ter quanto à

³¹ Os conceitos de justiça comutativa e justiça distributiva, em Aristóteles, estão compreendidos no conceito maior de justiça particular. Esta, segundo o autor, seria a virtude que predispõe a dar a cada um o seu (aquilo que lhe é devido). O justo, ou direito, objeto da virtude da justiça particular, seria sempre um *ison*, um “igual”, uma relação de adequação entre os sujeitos (pessoas) e as coisas. Michel Villey, ao falar sobre esse “igual”, assim leciona: “Esta palavra pode ser mal compreendida, porque a matemática moderna é muito diferente da matemática da Grécia. A matemática grega não tinha a aridez da nossa; era também uma busca, uma contemplação desta *beleza* que reside na ordem cósmica. O *ison* não é simplesmente a equivalência de duas quantidades, mas a *harmonia*, o *valor do justo*, parente próximo do valor do *belo*. O *ison* é um ‘justo meio-termo’ entre ‘um excesso e uma falta’. De modo algum a igualdade simples ou ‘aritmética’ do moderno igualitarismo.” (VILLEY, Michel. Filosofia do Direito... pp. 73-74) Isso posto, à justiça distributiva caberia a correta distribuição dos bens, encargos e honrarias no interior da Cidade. Seu critério de igualdade seria uma igualdade geométrica ou proporcional, vez que a justiça trata desigualmente os desiguais, mantendo, contudo, uma justa e equivalente proporção. A igualdade estaria na proporção “igual” e não na atribuição de coisas equivalentes aos não equivalentes, prática que desvirtuaria e tornaria desigual a proporção. Já a justiça comutativa ou corretiva, pressuporia a distribuição conforme a justiça distributiva, e atuaria no sentido de corrigir o desequilíbrio ocasionado ou pelas trocas de bens entre os sujeitos ou por um delito. Caberia à justiça comutativa reestabelecer o equilíbrio que havia antes dos fatos supramencionados. Para tanto, o critério será o da igualdade aritmética, vez que se busca uma igualdade direta que, no caso dos contratos, consiste na igualdade de valor entre duas prestações. Para maior aprofundamento, ver Michel Villey (Op. cit.) e Javier Hervada (*Lições...*)

³² BECKER, Anelise. *Teoria...* pp. 121-122.

³³ BRASIL. Código Civil. Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

³⁴ Para maior aprofundamento, ver Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico: plano da validade...* pp. 228-233).

³⁵ Ver ponto relativo ao dolo de aproveitamento. (ponto 2.2.1.3).

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. pp. 228-229.

natureza dos danos. A fórmula usada pelo legislador brasileiro, porém, é ambígua, uma vez que faz alusão, apenas, a *grave dano conhecido pela outra parte*, sem especificar o caráter do dano. Entretanto, a referência da parte inicial à *necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família*, analisada em consonância com as normas que regem o instituto da *lesão* (art.157), permite o entendimento de que somente o *risco de danos à pessoa* do figurante, a membro de sua família ou, eventualmente, a terceiro, entra na composição do suporte fático do estado de perigo invalidante. Do conceito de estado de perigo estão totalmente excluídos os riscos a bens patrimoniais, por mais importantes que sejam.

E, mais adiante:

É essencial, ainda, que o temor do risco seja do conhecimento do outro figurante do negócio jurídico, de modo que sua ignorância quanto à ocorrência do estado de perigo elimina a anulabilidade. A configuração do estado de perigo invalidante supõe intenção dolosa daquele que se aproveita para obter vantagem indevida.³⁷

Tal fora também, aparentemente, o entendimento da Comissão Elaboradora e Revisora do Projeto de Código Civil encaminhado ao Congresso Nacional em 1975, que deu origem à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (trata-se do Código Civil vigente), que teve no professor José Carlos Moreira Alves seu relator para a Parte Geral.³⁸

Quando da análise do Projeto pela Comissão Especial do Código Civil (a Comissão da Câmara de Deputados que deu parecer sobre o Projeto original), foram por esta apresentadas duas emendas ao Projeto – o qual, todavia, seguiu intacto neste tocante – no sentido de suprimir o artigo relativo ao estado de perigo, por entenderem que esse instituto, em última análise, se confundia com a lesão. Assim respondeu o relatório da Comissão Revisora³⁹:

Os dois institutos – o do estado de perigo e o da lesão – não se confundem. O estado de perigo ocorre quando alguém se encontra em perigo, e, por isso, assume obrigação excessivamente onerosa. Aludindo a ele Espínola (*Manual do Código Civil Brasileiro*, vol.III, parte primeira, págs.396/397) dá este exemplo: ‘Será alguma vez um indivíduo prestes a se afogar que promete toda a sua fortuna a quem o salve de morte eminente’, e, em seguida, mostra a diferença entre estado de perigo e coação: ‘Tratar-se-á, em casos tais, de coação, no sentido da lei como vício do consentimento? Nem foi um dos contraentes o autor do constrangimento nem foi este praticado no intuito de se obter o consentimento para o contrato determinado. Não têm, portanto, aplicação direta os arts. 98 a 101 do Código Civil’. No estado de perigo, alguém se obriga a dar ou fazer (prestação) por uma contraprestação sempre de fazer; daí não ser possível suplementação da contraprestação, para validar o negócio⁴⁰. Ademais, a simples oferta de quem está em estado de perigo já não o vincula por causa desse efeito.

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade...* p. 230.

³⁸ Para melhor compreender a gênese do atual código, ver ALVES, José Carlos Moreira. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro: *subsídios históricos para o Novo Código Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁹ ALVES, José Carlos Moreira. A parte... pp. 149-150.

⁴⁰ Tal não fora, todavia, o entendimento que prevaleceu na III Jornada de Direito Civil, que, em seu Enunciado n.148, assim expressa: “148- Art.156: Ao ‘estado de perigo’ (art.156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157”. Conforme compreensão adotado no enunciado, o vício do art.156 pode ser sanado pela técnica da redução, tendo em vista o princípio da preservação dos contratos. Sobre a técnica da redução do negócio jurídico e o referido princípio, ver Anelise Becker (*Teoria...*)

A lesão ocorre quando não há estado de perigo, por necessidade de salvar-se; a ‘premente necessidade’ é, por exemplo, a de obter recursos. Por outro lado, admitindo o § 2º do art.155 a suplementação da contraprestação, isso indica que ela só ocorre em contratos comutativos⁴¹, em que a contraprestação é um dar (e não um fazer). A lesão ocorre quando há *usura real*. Não há lesão, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo, que vicie a simples oferta. Ademais, na lesão não é preciso que a parte saiba da necessidade ou da inexperiência; a lesão é objetiva. Já no estado de perigo é preciso que a parte beneficiada saiba que a obrigação foi assumida pela parte contrária para que esta se salve de grave dano (leva-se em conta, pois, elemento subjetivo).

Por isso a existência dos dois institutos, pois só o estado de perigo ou só a lesão não bastam para cobrir todas as hipóteses que se podem configurar. E a disciplina deles, conforme as hipóteses em que incidem, é diversa, como se viu acima.

O mesmo ocorrera quando da análise do Projeto pelo Senado Federal.⁴² À Emenda N. 20, que propunha a supressão do artigo que agora figuraria no n. 156, respondera a Comissão com os mesmos argumentos supracitados.⁴³ Eis que trata-se do artigo de mesmo número no diploma vigente.

Isso posto, tem-se, sumariamente, que a **premente necessidade** consiste na *impossibilidade de evitar o contrato*, podendo ser de natureza *econômica* ou apenas *moral*, desde que *grave e urgente*, diferenciando-se do estado de perigo por ser este restrito a *risco de dano pessoal* a exigir prova de *dolo de aproveitamento* da parte beneficiada.

2.2.1.2. A inexperiência

Já por inexperiência, deve-se compreender, novamente, conforme leciona o professor Caio Mário⁴⁴, a **inexperiência contratual**, que consiste na *falta de conhecimentos ou habilidades relativos à natureza da transação*⁴⁵ estabelecida entre as partes contratantes, ou na *falta de intimidade ou familiaridade com o tipo de negócio celebrado*⁴⁶, a ser avaliada no caso concreto.⁴⁷ Sua abrangência não está restrita a eventuais limitações cognitivas da parte, ou à sua incultura, ainda que, todavia, as inclua.⁴⁸

⁴¹ Sobre a possibilidade da incidência da lesão nos contratos aleatórios, ver (ponto 2.1)

⁴² ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit. pp. 184-185.

⁴³ Ibidem. pp.184-185.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão...* p.167.

⁴⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro... p. 291

⁴⁶ AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão. A lesão... p. 106.

⁴⁷ Interessante, todavia é a posição de Karl Larenz que, ao analisar o mesmo requisito no direito alemão, limita a inexperiência à inexperiência geral de vida, ou aquela negocial geral, não admitindo aquela relativa ao tipo específico de negócio jurídico em questão. Nas suas palavras: “En cambio, la inexperiencia significa una falta de experiencia general de la vida o de experiencia en materia de negocios; no es suficiente la falta de experiencia precisamente en negocios del tipo en cuestión.” (LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 621)

⁴⁸ Nesse sentido, é “dispensável a demonstração de completa ingenuidade, é suficiente a *inexperiência relativa ao tipo particular de transação estabelecido entre as partes*.” (BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 124)

Nas palavras de Caio Mário⁴⁹:

Também inexperiência não quer dizer incultura, pois que um homem erudito, letrado, inteligente, muitas vezes se acha, em contraposição com o co-contratante arguto, na situação de não perceber bem o alcance do contrato que faz, por escapar aquilo à sua atividade comum. Aqui também, além da inexperiência geral, decorrente de grau modesto de desenvolvimento, ter-se-á de examinar a inexperiência contratual, que se aferirá tanto em relação à natureza da transação, quanto à pessoa da outra parte.

Mais adiante, leciona:

A inexperiência residiria no fato de o declarante, pelo seu estado de espírito, ou por não ser afeito aos negócios, ou pela ausência de conhecimento sobre a natureza do que realiza, – não dispor de meios adequados de informação sobre o contrato que celebra, ou sobre o preço da coisa ou ainda sobre as condições de mercado. Desafeito ao negócio, ajusta uma avença em tais termos que proporciona ao co-contratante um ‘lucro maior da marca’ ao mesmo tempo que sofre grande prejuízo.⁵⁰

Ou ainda, leciona Humberto Theodoro Júnior⁵¹:

Também quando a lesão tenha sido motivada por *inexperiência* da parte, há um *déficit* na formação da vontade. Mas não é necessário que o contratante seja genericamente uma pessoa desconhecadora do mundo negocial. O dado é concreto e deve ser analisado como falta de prática no terreno em que o contrato se consumou. Pode, assim, uma pessoa do comércio apresentar-se como inexperiente quando se dispõe a aferir as condições de um contrato estranho ao seu *métier*.

A título ilustrativo, Rodrigo Toscano de Brito traz-nos exemplo de um “médico rico, pesquisador e cientista dedicado, que muito raramente sai de sua rotina no laboratório em que trabalha e, de repente, resolve comprar uma fazenda, com todos os seus acessórios”.⁵²

Entretanto, requer-se, conjuntamente com a inexperiência, a boa-fé daquele que a alega, de maneira que a prova pela outra parte de que o alegante contratou em área estranha a seu *expertise*, com a intenção de exigir, posteriormente, a complementação do preço ou a devolução da parte excedente seria suficiente para desconfigurar a inexperiência, e,

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão...* p.167.

⁵⁰ *Ibidem*. p.199.

⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários...* p. 228. No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello: “Para caracterizar a inexperiência do lesado não se deve levar em conta o seu nível cultural, mas suas habilidades e conhecimento para lidar com a espécie de contrato. Assim, uma pessoa de larga experiência em medicina, por exemplo, pode não ter nenhuma no mundo dos negócios e, assim, estar exposta a ser lesada. A inexperiência se deve apurar na área específica em que se concretizou o negócio. É claro que uma pessoa ignorante ou de pouca cultura, ou, ainda, criada e que viva em comunidades interioranas, cuja vida pacata estimula a ingenuidade nos negócios, p.ex., estará bem mais exposta a ser vítima de uma lesão do que aquele com certo grau de conhecimentos ou que vive em centros urbanos maiores. No entanto, inexperiência não é sinônimo de descaso nem de negligência. O Código Civil brasileiro afastou-a como suporte fático da lesão.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade...* p. 237) Sobre a leviandade, trataremos na sequência.

⁵² BRITO, Rodrigo Toscano de. *Estado de Perigo e Lesão*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. vol. 4. São Paulo: Método. p. 70

consequentemente, a lesão, vez que afastado materialmente o desequilíbrio subjetivo.⁵³ Configurada tal hipótese, parece estarmos diante do vício de *dolo essencial*, e não da lesão invalidante.⁵⁴

Ainda, inexperiência não se confunde com leviandade, pois esta consistente na “*inconseqüência*, descaso pelos efeitos dos próprios atos, considerando-se que age leviamente aquele que, por incúria, indiferença ou falta de suficiente reflexão, não dá importância às conseqüências que possam advir da sua conduta.”⁵⁵

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, “inexperiência não é sinônimo de descaso nem de negligência. O Código Civil brasileiro afastou-a como suporte fático da lesão”⁵⁶ e, ainda, entre os dados irrelevantes para caracterizar a lesão, menciona⁵⁷:

Se houve leviandade por parte do lesado. No direito nacional a leviandade do lesado não conduz à anulabilidade, embora possa haver dever de indenizar por parte do favorecido com o negócio, se provado que agiu de má-fé.

A Lei 1.521/51, em seu artigo 4º, alínea b⁵⁸, em vigor até 2001, tutelava, todavia, a leviandade, como elemento passível de caracterizar a usura real⁵⁹. Isso se deve, a nosso ver, ao fato de não serem idênticos os fundamentos e escopos a orientarem os artigos 4º, da Lei 1.521/51 e 157, da Lei 10.406/02.

Enquanto o primeiro dispositivo consistia em norma de *natureza fundamentalmente criminal*, a gerar conseqüências na ordem cível, o segundo possui *natureza fundamentalmente civil*. Assim sendo, ao passo que o escopo daquele era *punir a atitude maliciosa e imoral daquele que se aproveita* de alguém em estado de inferioridade para obter vantagem de natureza patrimonial, este justifica-se pela proteção da parte prejudicada, que tem seu consentimento (elemento essencial do suporte fático do negócio jurídico) debilitado

⁵³ Convém lembrar que, de forma diversa do que ocorrera nas primeiras positivizações do instituto, a lesão do art.157, quando configurada num contrato de compra-e-venda, pode ter por paciente tanto o comprador quanto o devedor. A esse respeito ver Marcos Bernardes de Mello. (Teoria do fato jurídico: *plano da validade...* p. 238).

⁵⁴ Sobre o dolo invalidante, ver Marcos Bernardes de Mello (Op. cit. pp. 203-217). Ainda que, eventualmente, não venha a se configurar o dolo essencial propriamente dito, a própria má-fé pode ser a ele equiparada para os fins de anulação do negócio jurídico. A esse respeito, ver MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade...* pp. 120-122.

⁵⁵ BECKER, Anelise, *Teoria...* p.122. Muito semelhante é a definição citada por Caio Mário da Silva Pereira: “A leviandade na definição de Liszt-Schmidt, citada por Nélson Hungria, será a incúria, a indiferença, o descaso pelas conseqüências que possam advir do ato”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão...* p.167)

⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. p. 237. Opinião diversa tem Venosa (Direito... p. 468).

⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. p. 238.

⁵⁸ Lei 1.521/51: Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...) 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.

⁵⁹ Trata-se da lesão. A esse respeito, ver Caio Mário da Silva Pereira (*Lesão...* pp. 126-137).

e, sobretudo, por imposição da *justiça comutativa*, que ordena que nos negócios jurídicos sinalagmáticos haja equivalência entre prestação e contraprestação⁶⁰. Ora, se é razoável a punição da malícia da parte que se aproveita da inferioridade de outrem, não a é a proteção à atitude daquele que é negligente, conforme clássico brocardo *dormientibus non succurrit jus*.⁶¹

Finalmente, cabe distinguir a inexperiência, requisito da lesão, do elemento subjetivo a configurar o erro invalidante, defeito disciplinado pelos arts. 138 a 144 do Código Civil. A tal respeito, à emenda n. 189 proposta pela já mencionada Comissão Especial do Código Civil, e que propunha a supressão da palavra “inexperiência” do art.155 do Projeto original (referente à lesão), assim respondeu a Comissão Revisora⁶²:

A inexperiência não se confunde com o erro, pois não se trata de desconhecimento ou falso conhecimento de uma realidade. O inexperiente conhece a desproporção, mas, por falta de experiência de vida, concorda com ela, sem atentar para as consequências maléficas. Ademais, se inexperiência se confundisse com o erro, teríamos que o erro -- que deveria ser essencial -- tornaria anulável o negócio, sem a possibilidade da suplementação a que alude o § 2º do art. 155. Note-se, ainda, que a lesão, como conhecida em nosso sistema atual (e da qual se afasta, em certos pontos, o Projeto) -- vide a Lei 1.521, de 26.12.51, no artigo 4º, letra ‘b’ --, ocorre quando há inexperiência”

Todavia, parece mais acertada a argumentação do professor Wilson de Andrade Brandão⁶³, *in verbis*:

⁶⁰ Esse tema será melhor explorado nos pontos relativos à equivalência, à natureza jurídica e aos fundamentos da lesão (ponto 4).

⁶¹ Outro argumento a favor desse ponto de vista é a exigência, pela Lei 10.406/02, da escusabilidade do erro (substancial) para torná-lo anulável (ver MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... pp .184-202). Ao que tudo indica, fora intenção do legislador afastar qualquer tutela da leviandade, mormente no que concerne aos defeitos do negócio jurídico.

⁶² ALVES, José Carlos Moreira. A parte... p.151. No mesmo sentido, Arnaldo Rizzardo, citado por Marcelo Guerra Martins: “o erro corresponde à formação de um conceito não real. É a não conformidade do pensamento com a realidade. Não é o caso da lesão, em que a parte compreende a desproporção de valores. Admite-se a existência do erro quanto ao valor da coisa, em que a vontade deixa de atuar e não conhece as verdadeiras dimensões do resultado. Mas, no caso da lesão, o elemento volitivo existe, quer, conhece e é levado a agir por sua liberdade.” (MARTINS, Marcelo Guerra. Lesão Contratual no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.104); e o próprio Marcelo Guerra Martins: “Verifica-se, destarte, não haver qualquer relação entre erro e lesão. Enquanto o primeiro corresponde à falsa noção de uma realidade negocial, incidindo sobre a natureza ou objeto principal da avença, a segunda incide sobre seu respectivo valor, tendo a parte consciência desse último, bem como da desproporção das prestações, e não uma falsa noção como ocorre no erro.” (Ibidem, p.104). Discordamos, todavia, desta posição, por parecer-nos que também pode ser configurada a inexperiência quando a parte desconhece a desproporção, por erro ou ignorância. Além disso, conforme Marcos Bernardes de Mello, “o vício da anulabilidade deixa de existir quando o figurante a quem a manifestação da vontade se dirige se oferece para executá-la conforme a vontade real do manifestante (Código Civil, art.144).” (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... p. 201).

⁶³ BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991. Pp.103-105, grifos nossos.

Efetivamente, o erro, com o rigor que lhe dão as legislações, não pode abranger os casos em que apenas a lesão deve ser invocada. Distanciam-se os dois desde a idéia inicial que encerra cada um. No corpo das leis civis o erro apresenta-se como transposição do conceito que se encontra na lógica tradicional. Trata-se da não-conformidade do pensamento com a verdade, em virtude de causas lógicas ou morais. Erra o homem tomado em sua condição de tipo ideal, modelo dos outros homens. Por isso o direito tradicional ampara contra o erro a vontade demonstravelmente apta, mas que se deixou embair num imprevisto. Erra, em suma, aquele que a própria lei considerou capaz de exercitar os seus direitos.

De modo diverso a lesão encara o erro, que se contém, às vezes, em sua caracterização. Tem-no como um estado de espírito que se avizinha já da incapacidade, de uma incapacidade “*novum genius*”. Com esse pressuposto, BULHÕES CARVALHO estudou o instituto da lesão como meio de proteção ao débil econômico e psíquico.

Ainda que aceitássemos a lesão como espécie de erro, tratar-se-ia de erro quanto ao preço da coisa, que a legislação informada pelo espírito clássico desacolheu. É, de fato, muito difícil estender à lesão a idéia de erro substancial, cuja compreensão se extrai, com rigor, dos textos legais.

É certo que os tribunais franceses, à falta de disposições específicas, decidiram fundados em erro sobre o valor. Mas esse esforço é insuficiente e não tem o concurso unânime dos juízes.

Nosso Código Civil e seus exegetas negam, categoricamente, a possibilidade de ampliar uma noção que lhes parece cristalizada. Os arts. 86 e 87 têm sido, por isso mesmo, aplicados segundo os cânones tradicionais. Seu entendimento parece uniforme, e, em verdade, quase não se fala em erro sobre o valor. Ou se fala para contestá-lo.

Com apoio nestas observações havemos de concluir que, pelo erro, em sua acepção clássica, não é possível atingir a censura geral dos atos lesionários. E, ainda que demos a esse vício da vontade o sentido mais lato, para incluir também o erro sobre o valor, vemos a sua não-coincidência com a lesão. É que o engano em que labora a vítima da lesão, só por si, não desnatura o ato jurídico. **Para que tenha essa força decisiva se faz necessário que se alie inseparavelmente ao fato concreto do dano sofrido ou potencial. Sem essa congeminação é impróprio falar-se de negócio lesionário.** Assim, de resto, entendeu o direito romano, ao admitir a presunção de dolo. E só agora, por influência do BGB, veio a desaparecer essa presunção, atribuindo-se ao elemento subjetivo o relevo de requisito a ser provado para que se haja por definido o dano exorbitante.”

Levando isso em consideração, conclui-se que a chave para a distinção destes conceitos está no **estado de inferioridade em que se encontra uma das partes na lesão**, gerando um **desequilíbrio subjetivo** no contrato, desequilíbrio esse dispensável para a configuração do erro essencial, para a qual basta a *divergência inconsciente entre a vontade e*

a sua manifestação⁶⁴, aliada a outros requisitos que não necessariamente a inferioridade situacional da parte prejudicada.⁶⁵ Além disso, enquanto a constatação do erro é subjetiva, a inexperiência, assim como a necessidade, devem ser provadas objetivamente, sendo desnecessária, portando, prova de erro ou de dolo.⁶⁶

2.2.1.3. O controverso dolo de aproveitamento

Questão que não obteve solução consensual na doutrina, é aquela relativa à exigência ou não do requisito do **dolo de aproveitamento** pelo dispositivo ora analisado. Isso porque, de modo diverso do que constava na legislação anterior ao Código Civil de 2002, o legislador fora omissivo em relação à menção dos termos “aproveitamento” ou “exploração”.

Por dolo de aproveitamento, entende-se a intenção, por parte do beneficiado, de tirar proveito do estado de inferioridade (premente necessidade e/ou inexperiência) em que se encontra a outra parte no momento da conclusão do negócio. Esse requisito tem por pressupostos o conhecimento desta situação de inferioridade e a consciência da manifesta desproporção entre as prestações.⁶⁷

Não se confunde com o dolo invalidante, vez que não exige, para a sua configuração, que o agente recorra a meios ardilosos para induzir em erro a vítima, nem que tenha intenção de prejudicá-la, bastando que conheça e tire proveito de sua situação de inferioridade. Nas palavras de Caio Mário⁶⁸:

*Não há propriamente dolo no aproveitamento, pois não há mister que o beneficiado induza o agente a praticar o ato, levando-o à emissão de vontade por algum processo de convencimento, nem que tenha a intenção de explorá-lo. Basta que se aproveite conscientemente daquela situação de inferioridade, ainda que momentânea do agente, e com ele realize negócio de que aufera lucro anormal. Assim, por exemplo, o advogado que, se valendo de situação de desespero da parte, firma contrato *quota litis* no qual fixa sua remuneração de êxito em 50% do benefício econômico gerado pela causa.*

E ainda, em obra anterior, do mesmo autor:

(...) o “dolo de aproveitamento” não se confunde com o erro, o dolo, ou a coação na sua figura de defeito tradicional dos negócios jurídicos. Não se trata de um contratante que é levado a realizar o negócio jurídico no desconhecimento do verdadeiro valor da coisa; ou daquele que emite a declaração de vontade induzido pelas maquinações da outra parte; ou

⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... p.184.

⁶⁵ A esse respeito, ver Marcos Bernardes de Mello (Op. cit. pp. 184-202).

⁶⁶ Marcos Bernardes de Mello menciona, entre os dados irrelevantes para caracterizar a lesão “a ocorrência de dolo ou erro, nem mesmo de que o figurante que se beneficia soubesse do estado de necessidade ou da inexperiência do outro, agindo de má-fé. O estado de necessidade ou a inexperiência devem ser provados objetivamente.” (Op. cit., p. 238)

⁶⁷ Ver Karl Larenz (Derecho Civil... p. 621).

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 459.

daquele outro que é forçado ao contrato pela força de intimidação ou ameaça de mal maior (*vis compulsiva*).⁶⁹

Isso posto, observa-se na doutrina basicamente três correntes. A primeira delas, majoritária, e contando com a opinião do próprio legislador⁷⁰, advoga pela irrelevância do requisito em comento, bastando, para que se configure a lesão, a manifesta desproporção, o estado de inferioridade do prejudicado e o nexo de causalidade entre estes. Para essa corrente, a omissão do legislador fora intencional e é plenamente compatível com o estatuto dos defeitos do negócio jurídico e com a racionalidade da Parte Geral do Código. Tal é a posição de João Aguirre; Marcos Bernardes de Mello; Carlos Alberto Bittar Filho; José Carlos Moreira Alves; da Comissão Elaboradora e Revisora do Projeto de Código Civil; Tiago de David; Ricardo Padovini Pleiti, e Ruy Rosado de Aguiar.⁷¹

Conforme Marcos Bernardes de Mello, são dados irrelevantes para a configuração da lesão a: “ocorrência de dolo ou erro, nem mesmo de que o figurante que se beneficia soubesse do estado de necessidade ou da inexperiência do outro, agindo de má-fé. O estado de necessidade ou a inexperiência devem ser provados objetivamente.”⁷²

Já uma segunda corrente, minoritária, por sua vez, advoga pela imprescindibilidade do requisito do dolo de aproveitamento para que a lesão se configure, havendo necessidade de o mesmo ser provado pela parte que a alega. Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira⁷³ e Sílvio de Salvo Venosa.⁷⁴

Para uma terceira corrente, igualmente minoritária, a configuração daqueles requisitos explícitos no texto do art. 157 geraria *presunção relativa* do elemento subjetivo do dolo de aproveitamento, *invertendo o ônus da prova*, cabendo à parte beneficiada provar que

⁶⁹ PEIREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão...* p. 199. Ainda, Para Venosa, “não há necessidade de o agente induzir a vítima à prática do ato, nem é intenção de prejudicar. Basta que o agente se aproveite dessa situação de inferioridade em que é colocada a vítima, auferindo lucro desproporcional e anormal” (VENOSA. *Direito...* p. 467). E “diversamente do que se passa no dolo, o contratante não induz o outro à prática do ato lesivo, e apenas tira proveito de sua situação”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários...* p. 226).

⁷⁰ Ver José Carlos Moreira Alves (A parte...)

⁷¹ João Aguirre (A lesão...); Marcos Bernardes de Mello (Teoria do fato jurídico: *plano da validade...*); Carlos Alberto Bittar Filho *apud* Rodrigo Brito (Estado... p. 69); José Carlos Moreira Alves (A parte... p.150); Tiago de David (Justiça Contratual e o Instituto da Lesão no Direito Brasileiro. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, vol. 913, p. 85-133, 2011. p. 119); Ricardo Padovini Pleiti (PLEITI, Ricardo Padovini. Lesão e “dolo de aproveitamento” no Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 13, vol. 50, p. 93-106, 2012. p. 95); Ruy Rosado de Aguiar *apud* Danilo Badaró Mendonça (MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, vol. 835, p. 723-753, 2005. pp.740-744).

⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade...* p. 238 .

⁷³ Primeiramente, Caio Mário aduziu que o dolo de aproveitamento seria necessário na monografia que escreveu sobre o tema (ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 203). Nesse momento, tinha em vista não a legislação em atualmente em vigor, mas apenas o projeto do que viria a ser nosso Código Civil. Não obstante, manteve a opinião após a entrada em vigor do novo código. (ver Idem. *Instituições...* pp. 458 e 459).

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito...* pp. 466 e 467

desconhecia a situação de inferioridade a que se encontrava a outra parte, ou ainda, que não tinha a intenção de dela tirar proveito. Segundo esses autores, outra solução não seria compatível com o ordenamento, comprometido que está com a teoria da confiança e, portanto, com a segurança jurídica e a tutela da boa-fé no domínio dos contratos.⁷⁵ Defendem essa posição Humberto Theodoro Júnior e Ana Luiza Maia Nevares.⁷⁶

Por mais razoáveis que sejam as posições minoritárias, ao demonstrarem preocupação com os valores da segurança jurídica e da justiça, notadamente pela tutela da boa-fé (em sua dimensão subjetiva), não parece, todavia, que seja esta a exegese mais adequada do dispositivo do art.157. Isto porque:

1. Não fora esta a intenção do legislador. Assim expõe Moreira Alves, relator da Parte Geral na Comissão Elaboradora e Revisora do Projeto de Código Civil⁷⁷:

No tocante à lesão, o Projeto se afastou do sistema alemão e do italiano, e, portanto, do adotado pelo Código Civil português, que se orientou por ambos, já que se orientou a conceituação daquele, mas preferiu a solução deste. O Projeto, na linha do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 (de cujo art. 31 deriva o seu art. 155), **não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido** --- como sucede no direito italiano e no português, e que, por isso mesmo, não deveriam admitir se evitasse a anulação se, modificado o contrato, desaparecesse o defeito --- **mas, sim, em proteger o lesado**, tanto que, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem de conhecê-lo, **na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure.**

Além disso, a própria Comissão Revisora, ao rebater emenda que propunha a supressão do art. 154, relativo ao estado de perigo, por acreditar que o mesmo se confundia com a lesão, assim responde: “ademais, na lesão não é preciso que a parte saiba da necessidade ou da inexperiência; a lesão é objetiva.”⁷⁸

Por fim, quando da análise do Projeto pelo Senado, à Emenda de n.21, responde a Comissão Revisora com os mesmos argumentos *supra*:

EMENDA N.21 – Dê-se ao art. 157 a seguinte redação: ‘Ocorre a lesão quando uma das partes, abusando da inexperiência ou da premente necessidade da outra, obtém vantagem manifestamente desproporcional ao proveito resultante da prestação oposta, ou exageradamente exorbitante da normalidade’.

COMENTÁRIO: Com referência à lesão, o Projeto se afastou do sistema alemão e do italiano, e, portanto, do adotado pelo Código Civil português, que se orientou por ambos, já que se orientou a conceituação daquele, mas preferiu a solução deste. O Projeto, na linha do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, de autoria dos eminentes civilistas OROSIMBO NONATO, FILADELFO AZEVEDO E HANEMANN GUIMARÃES, de cujo art. 31 deriva o seu art. 157, **não se preocupa em punir a atitude maliciosa do**

⁷⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários... p. 231.

⁷⁶ Humberto Theodoro Junior (Op. Cit.) e Ana Luiza Maia Nevares, (O erro...)

⁷⁷ ALVES, José Carlos Moreira. A Parte... p. 114, grifos nossos.

⁷⁸ Ibidem. p.150.

favorecido --- como sucede no direito italiano e no português, e que, por isso mesmo, não deveriam admitir se evitasse a anulação se, modificado o contrato, desaparecesse o defeito -- **mas, sim, em proteger o lesado**, tanto que, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem de conhecê-lo, **na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure**.

Portanto, o lesado está mais bem protegido pela orientação seguida pelo Projeto, orientação essa que, ademais, tem a virtude de manter o negócio jurídico se ocorrer uma das hipóteses previstas no § 2º desse artigo 157 ('Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redação do proveito').⁷⁹

Isso posto, ainda reforça esses argumentos o fato de ser o ex-ministro Moreira Alves professor de direito romano e, portanto, conhecedor da origem notadamente objetiva do instituto. Nas palavras de Tiago de David: "trata-se de não criar um requisito que a própria Lei não exige, ao contrário do que ocorre no estado de perigo que para a sua caracterização necessidade do conhecimento do outro sobre a situação de risco."⁸⁰ E ainda, Ricardo Padovini Pleti: "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*".⁸¹

2. Há incompatibilidade do instituto da lesão com o dolo de aproveitamento, conforme tese do professor Orlando Gomes.⁸² De acordo com o mestre baiano, a *lesão qualificada* (aquela que tem por pressuposto o dolo de aproveitamento) constitui deformação inaceitável do instituto, decorrente da confusão e fusão dos conceitos da lesão e da *usura real*, estes inassimiláveis em sua opinião.

Ao passo que a lesão teria a **natureza jurídica de vício do consentimento**⁸³, voltada a norma que a condena a quem lhe sofre os efeitos (o lesado) e sendo o defeito de sua vontade o fundamento do vício,

(...) na usura, ao contrário, presume-se intacta, como disse Saleilles, a vontade de quem sofre a exploração, atacando-se a vontade de quem a comete, por ser condenável como atentatória dos bons costumes. Por isso, leva-se em conta sobretudo o estado de espírito do explorador.⁸⁴

E mais:

Funda-se a condenação à usura no interesse social de proibir que se prevaleça alguém de circunstâncias fortuitas para tirar proveito anormal. A proteção a quem sofre lesão na venda

⁷⁹ ALVES, José Carlos Moreira. A parte... pp.185-186, grifos nossos.

⁸⁰ DAVID, Tiago Bitencourt de. Justiça... p.120 (sic)

⁸¹ PLEITI, Ricardo Padovini. Lesão... p. 98.

⁸² GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 27-41.

⁸³ Não parece verdade, todavia, que o fundamento do instituto da lesão, em sua origem romana, estivesse na tutela da higidez da vontade, mas sim na tutela da equidade (moralidade do objeto do negócio). A esse respeito, ver Anelise Becker (*Teoria...*).

⁸⁴ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 30

de um imóvel baseia-se na presunção de que o consentimento não foi livre e espontâneo. Dispensa-se, por conseguinte, no interesse individual do prejudicado.

Havendo usura, o contrato é imoral. Impõe-se-lhe, conseqüentemente, a sanção de nulidade. Válido não pode ser, com efeito, negócio jurídico que atente contra os bons costumes. Vício do consentimento não determina a nulidade do contrato, senão sua anulabilidade, reservada à parte que celebrou o contrato defeituosamente. Diz-se que, ocorrendo a lesão, o contrato se torna rescindível – o que vale afirmar que é anulável. Distintas são, pois, as sanções. Porque ditada no interesse do lesado, a regra enunciadora da lesão permite a conservação do contrato se a outra concordar em corrigir a desproporção entre as prestações. No caso, porém, da usura, a permanência do negócio não pode ser admitida em face da nulidade.

Diferentes, assim, no fundamento, na configuração, na sanção que se lhes aplica e por tantos outros traços incisivos, lesão e usura são desenganadamente inassimiláveis. O esforço que se vem fazendo no sentido de adaptar a usura ao conceito de lesão mais não passa do que vã tentativa de salvar uma noção completamente decadente, travestindo-a com indumentária que se não ajusta à sua envergadura. Tal propósito se reduziria a simples questão terminológica, se fora indiferente batizar a usura com o nome de lesão. Mas os que as confundem esquecem-se de que não podem receber o mesmo tratamento porque, em substância, não podem identificar-se. Entretanto, dominados pela confusão dos dois conceitos, localizam a usura, como se fora lesão, no capítulo dos vícios do consentimento. Ainda recentemente, a Comissão de reforma do Código Civil francês cometeu esse deslize, sendo de lamentar, igualmente, que assim tenha procedido a que, entre nós, elaborou o Projeto de Código das Obrigações. Com o pensamento fixado ainda na lesão propriamente dita, transpõem a sanção a ela aplicável como vício do consentimento para a regra que consubstanciam a condenação ao negócio imoral, previsto na alínea II, do art. 138, do Código Civil alemão, e assim por diante.

Nesse sentido se tem orientado, erroneamente, algumas legislações, na reça de uma doutrina intumescida de equívocos.”⁸⁵

Por mais que não se possa afirmar com segurança que o legislador comungava desta distinção de conceitos, parece muito claro que o art. 157 reproduz adequadamente aquilo que Orlando Gomes entendia por lesão. Prova disso é a possibilidade de convalidação do negócio, aludida no seu parágrafo segundo, cuja compatibilidade com o interesse público de censura do comportamento imoral do aproveitamento nos parece duvidosa. Interessante também é lembrar que a legislação anterior ao código tratava predominantemente e explicitamente da usura real e não da lesão.

3. Há uma tendência contemporânea de revisão dos fundamentos da justiça contratual, com conseqüente declínio do dogma voluntarista, que apontam para sua maior objetivação, e um maior dirigismo contratual por parte do Estado.⁸⁶ Trata-se de começar a desviar aquela atenção voltada unicamente aos sujeitos que pactuam, para também avaliar juridicamente o objeto da contratação e tutelar o bem jurídico da confiança. Tal tendência possui reflexos tanto legislativos, quanto jurisprudenciais e doutrinários. Conforme convicção adotada no presente trabalho, a exigência do dolo de aproveitamento está também

⁸⁵ GOMES, Orlando. *Transformações...* pp. 30 e 31

⁸⁶ A esse respeito ver: Anelise Becker (Teoria...) e Cláudia Lima Marques (MARQUES, Cláudia Lima. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.). Maiores explicações acerca da ascensão e do declínio do voluntarismo jurídico e seus reflexos no paradigma contratual serão dadas nos capítulos subsequentes.

vinculada a uma resiliência voluntarista.⁸⁷ Como maior aprofundamento nesse tema foge ao escopo de nosso trabalho, os mencionaremos sumariamente.

Como reflexos legislativos, convém mencionar a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que impõe limitações à autonomia privada dos fornecedores e traz importantes instrumentos de proteção à parte hipossuficiente e, ainda, a Medida Provisória n. 2.172-32/01, que em seu art.1º, II⁸⁸, revogado pela Lei n. 10.406/02, claramente exclui o requisito do dolo de aproveitamento dos elementos configurantes da lesão.

Sobre o que ocorrera na doutrina e jurisprudência, nas palavras de Anelise Becker⁸⁹:

A liberdade passou para um segundo plano em relação aos princípios da equivalência e da boa fé objetiva – que impedem a tutela daqueles contratos em contraste com os valores protegidos pelo ordenamento jurídico, seja pelo modo como foram concluídos, seja por seu conteúdo –, determinando um verdadeiro retorno à definição aristotélica de justiça comutativa.

Essa mencionada objetivação contrasta com a subjetivação geral da doutrina e legislação nacional e internacional dos séculos XIX até fins do século XX, período em que grande parte dos autores que defendem o requisito do dolo de aproveitamento formaram sua convicção.

4. Parcela significativa dos autores que advogam pela presença do dolo de aproveitamento como requisito da lesão fundamenta seu ponto de vista com base em doutrina e jurisprudência anterior à Lei 10.406/02, crendo, desavisadamente todavia, que as mesmas se referem àquele diploma legal. Ademais, o único argumento por eles mencionado que não fora fundamentado em doutrina desatualizada ou relativa a matéria diversa da civil não parece ser de todo acertado.

Uma análise atenta dos textos que defendem a presunção relativa do elemento do dolo de aproveitamento, conforme mencionado *supra*, é capaz de perceber que todos têm por base a erudita obra de Anelise Becker.⁹⁰ Apesar de erudita, adequada e bem escrita, a referida obra

⁸⁷ A tal respeito, ver Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Op. Cit. pp. 27-41).

⁸⁸ Medida Provisória n. 2.172-32/01. Art. 1 São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: (...) II - nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido.

⁸⁹ BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 57. Sobre a justiça comutativa, ver nota de rodapé n. 23.

⁹⁰ Ver Anelise Becker, Op.cit. Ver também Ana Luiza Maia Nevares (O erro...) e Humberto Theodoro Junior (Comentários...). Todavia, a Dra. Anelise Becker menciona (Op. cit. p. 117), o Projeto de 1975, e defende que este está de acordo com a sua teoria da presunção relativa e da inversão do ônus da prova. Equivoca-se, compreensivelmente a autora, vez que o referido projeto só muito remotamente era objeto de sua pesquisa.

fora publicada dois anos antes da edição da Lei 10.406/02, e sua análise tem por base as diversas legislações a ela anteriores, notadamente a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Nas Palavras de Humberto Theodoro Júnior⁹¹:

Correta, portanto, a definição que ANELISE BECKER dá à **lesão agasalhada pelo Código de 2002**: ‘Lesão é a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, *resultado do aproveitamento*, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado.

Como já mencionado, equivocou-se o autor, vez que a autora descreve corretamente a lesão tal qual fora desenhada pelas legislações nacionais em vigor no ano de 2000, todas elas a descrever em verdade o conceito de *usura real*. Não fora esta, todavia, a lesão agasalhada pelo Código de 2002.⁹²

No mesmo equívoco incorrera, ao que tudo indica, Ana Luiza Maia Nevares que, além de fundamentar sua posição com base na Dra. Anelise Becker, recorre também à obra *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, de Luis Renato Ferreira da Silva, obra essa publicada no ano de 1999, e que aborda a legislação relativa ao período de 1916 a 1990.⁹³ Apesar disso, todavia, tanto Ana Nevares quanto Humberto Theodoro Júnior fundamentam suas posições em argumento que será comentado a seguir e que não é de todo perfeito, ainda que seja razoável.

Assim sendo, insiste-se na inadequação de se recorrer a essa teoria como se fosse a correta exegese do Código de 2002.

⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários... p. 232, grifo nosso.

⁹² A esse respeito, veja-se o item 2 supra.

⁹³ Veja-se: “Assinala Luis Renato Ferreira da Silva que, nos ordenamentos onde se estabelece a exploração como requisito da lesão, os juristas discutem o sentido que deve ser dado ao instituto da exploração: basta o conhecimento pela parte que causa a lesão das condições de inferioridade do lesado na contratação, ou é preciso que, além do conhecimento, haja a intenção de aproveitar-se dessa inferioridade?

Arremata o autor que ‘parece que tem sido suficiente, para tanto, o conhecimento da situação de inferioridade, até porque, de modo diverso, estar-se-ia como que a tornar impeditivo o uso do instituto, tamanha a dificuldade em demonstra o *animus* doloso da espécie.

Dessa maneira, o dolo de aproveitamento deve assumir uma feição objetiva, no sentido de ser presumido, quando houver uma desproporção exagerada entre as prestações, à custa da situação de inferioridade de uma das partes, uma vez que não se admite que um contratante de boa-fé exija do outro prestações desproporcionais. Se o fez, é porque se aproveitou da situação de inferioridade em que então se encontrava o lesado.

Esta foi a posição adotada pelo Código Civil de 2002, que nada dispôs sobre a caracterização do dolo de aproveitamento, concluindo-se que o elemento subjetivo a ser caracterizado é tão somente o da parte lesada, que há de ter contratado sob premente necessidade ou inexperiência.

Há, portanto, presunção relativa quanto ao abuso ou exploração do contratante beneficiado, pois, repita-se, não é possível supor que um contratante de boa-fé estabeleça prestação desproporcional a ser cumprida pela outra parte. Dessa maneira, a lesão poderá ser afastada se o contrata beneficiado provar que não havia situação de inferioridade e/ou que não aproveitou ou explorou aquela situação” (NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro... pp. 294-295)

Voltando ao texto de Humberto Theodoro Júnior⁹⁴, *in verbis*:

Dessa forma, embora não se despreze a conduta dolosa do beneficiário da lesão, esta é encarada sob uma feição objetiva, contentando-se a lei em presumi-la, diante de uma exagerada desproporção entre as prestações, uma quadra caracterizada pela situação de inferioridade da vítima. O próprio princípio da proibidade e boa-fé exige que, em regra, um contratante não imponha ao outro prestações desproporcionais. Daí a presunção: “Se o fez, é porque se aproveitou da situação de inferioridade em que então se encontrava o lesado”.

A presunção, todavia, é relativa, visto que se torna cabível a prova pelo interessado de que, *in concreto*, teria agido de boa-fé e sem abuso ou exploração da fragilidade do outro contratante.

Com efeito, não é impossível que se possa provar que o móvel das prestações desequilibradas tenha se situado em liberdade livremente praticada sem vínculo algum com a situação de carência ou inexperiência do agente. Malgrado o estado anormal da parte, pode, em determinadas circunstâncias, agir com ânimo caritativo ou altruístico, o que, uma vez comprovado, elidiria o dolo de aproveitamento e impediria a configuração da lesão.

Tudo se resolve em torno do dolo de aproveitamento, por um mecanismo de presunção *juris tantum*, a que se aplica uma inversão do ônus da prova.

Na verdade, não é totalmente despicienda a ciência da parte em torno da situação do outro contratante. O que a lei dispensa é a prova dessa circunstância, presumindo-a diante dos termos anormais em que o negócio usurário se realiza.

Conforme se depreende tanto do texto quanto das notas de rodapé, o autor adota a teoria da inversão do ônus da prova que a Dra. Anelise Becker trouxe para a doutrina brasileira. Ao que tudo indica, a autora desenvolve tal teoria tendo em vista as legislações que disciplinam a usura real e, sobretudo, o Código de Defesa do Consumidor, diplomas estes permeados por racionalidade diversa daquela do Código Civil vigente.

Por fim, cabe agora analisar o argumento de que a responsabilidade sem culpa seria incompatível com a eticidade do Código, todo ele comprometido com o sistema da confiança. Na opinião de Humberto Theodoro Júnior⁹⁵:

Não cremos, todavia, que num Código visualmente comprometido com o sistema da confiança, e, por isso, submetido ao princípio ético da boa-fé, e da lealdade contratual, o beneficiário da estipulação lesiva se submeta à anulação do negócio sem qualquer tipo de culpa ou responsabilidade de sua parte. É preciso, segundo entendemos, que as circunstâncias evidenciem que a parte estava se favorecendo de um desequilíbrio anormal de prestações e, que dentro da razoabilidade, somente um estado de necessidade ou inexperiência da vítima poderia explicar o negócio nos termos em que foi avençado.

É claro que nem todo desequilíbrio de prestações tem origem no estado de necessidade ou na experiência. Se a pessoa maior e capaz pode até dispor de seu bem gratuitamente, sem qualquer compensação (doação pura), pode também evidentemente vender a preço inferior ao seu valor de mercado, desde que faça livre e conscientemente. Em princípio, porém, é de ter-se o negócio não comutativo como decorrente de pressões como a do estado de necessidade ou da inexperiência, se nada explica a desproporção econômica do contrato, *in concreto*. Mesmo porque o *animus donandi* não se presume. Reclama prova, sempre que invocado, por parte de quem da liberalidade quer se prevalecer.

⁹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários... pp. 233 e 234

⁹⁵ Ibidem. pp. 239-240.

Assim, não sendo o caso de disposição gratuita, no todo ou em parte, e provando a parte seu estado de necessidade quando firmou o contrato lesivo, estará implícita a comprovação do aproveitamento da conjuntura adversa pelo outro contratante, que não teria outro motivo para justificar a conduta ruinosa de seu parceiro. O ônus da prova do elemento configurador da lesão é, pois, do lesado. Se não se desincumbe dele, a ação anulatória será improcedente. Se, porém, a prova de sua necessidade premente vem a ser feita, não se há de exigir que prove também a ciência dela pela parte beneficiada. Não havendo motivo para exigi-la, o co-contratante se torna responsável pela lesão, sem necessidade de comprovação alguma de seu efetivo conhecimento a respeito. Este, sim, se pretender afirmar que não houve influência do estado de necessidade da parte contrária, terá de provar o ânimo de liberalidade de quem o favorecer de forma não usual.

Justamente por isso é que, tendo desconhecido o estado de necessidade ou a inexperiência do lesado, e não se tratando de ato de liberalidade, lícito é ao beneficiário evitar a anulação do contrato, oferecendo suplemento de preço ou aceitando sua redução, para tornar o contrato honesto e equitativo (art.157, §2º). A não oferta de reequacionamento do negócio, diante da pretensão de anulá-lo manifestada pelo lesado, é a comprovação *a posteriori*, da censurabilidade da conduta do contratante, que mesmo sabendo do defeito negocial, não se dispõe a repará-lo.

Por mais razoável que seja esta opinião, preocupada que está com a proteção daquele que tem boa-fé (dimensão subjetiva) e com a segurança jurídica, não parece, todavia, que seja a correta exegese do dispositivo em comento.

Sobre a incompatibilidade da responsabilidade sem culpa com o Código de 2002, pode-se afirmar que, ainda que a responsabilidade subjetiva seja a regra, constata-se uma tendência de se aceitar cada vez mais a responsabilidade objetiva, criando deveres de cuidado a orientar a conduta dos cidadãos. Isso se dá sobretudo, tendo em vista a proteção de valores considerados fundamentais pela sociedade. Prova disso são os artigos 927, parágrafo único, 931, 932, 933, 936 e 938 do referido diploma.

Assim sendo, ainda que excepcionalmente, pode ser compatível com a racionalidade do Código Civil a responsabilidade objetiva. Esses casos excepcionais são, na sua quase totalidade, baseados na teoria do risco.⁹⁶ Todavia, conforme posição que se depreende da obra intitulada *Responsabilidade Civil*, de autoria de Orlando Gomes e atualizada por Edvaldo Brito, há, ao lado desta, a responsabilidade de equidade, *in verbis*

:

Por outro lado, a chamada *responsabilidade de equidade*, consagrada no Código Civil alemão, e aceita pelo Código Civil italiano (RA) e pelo texto de 2002 do Código brasileiro (RA), constitui, por igual, exceção à regra da responsabilidade baseada na culpa. Admitem esses Códigos que, em circunstâncias especiais, o juiz, levando em consideração a situação da vítima, pode condenar o autor do dano a repará-lo, ainda que o considere irresponsável. As disposições legais que conferem esse poder à autoridade judicial firmam preceito de evidente caráter excepcional, embora tenham aberto profunda brecha no sistema tradicional da responsabilidade, ao admitirem a eliminação da imputabilidade, permitindo que a obrigação de indenizar o dano seja imposta, por exemplo, a um alienado, vale dizer,

⁹⁶ Ver GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

abstraindo a ideia de culpa, descabível que é nas pessoas que não têm capacidade de querer e entender.⁹⁷

Assim sendo, não parece que seja absoluta tal afirmação do professor mineiro.

Convém lembrar, ainda, que Theodoro Júnior menciona a doutrina da confiança como fundamento da exigibilidade do dolo de aproveitamento. Contudo, a mesma doutrina serve de base para a compreensão da boa-fé na sua dimensão objetiva. Esta, por sua vez, não diz respeito ao estado anímico (interno) do contratante, mas à sua conduta exterior. Um negócio lesivo, portanto, não é resultado de má-fé (estado interno), que se opõe à boa-fé subjetiva, como faz entender o autor. Como expressão da boa-fé objetiva, a lesão **coíbe a conduta** de se travar um pacto excessivamente desproporcional, em que a contraparte esteja em premente necessidade ou seja inexperiente.

São válidos, em grande parte, os argumentos apresentados pelo professor, quanto ao fato de que nem toda desproporção entre as prestações de um negócio é apta, por si só, a invalidá-lo por lesão. Todavia, um suposto ato de liberalidade da parte em posição de inferioridade seria apto a desconstituir eventual nexo de causalidade entre essa situação e a desproporção, de maneira a afastar a lesão por falta do mesmo requisito, não sendo necessária qualquer inferência a respeito do dolo de aproveitamento.

Não se pode concordar, por fim, com o argumento de que a não oferta de reequacionamento do negócio, diante da pretensão de anulá-lo manifestada pelo lesado, é a comprovação *a posteriori*, da censurabilidade da conduta do contratante, que mesmo sabendo do defeito negocial, não se dispõe a repará-lo. Conforme já mencionado anteriormente, ainda que passível de convalidação *a posteriori*, a lesão é vício cuja configuração é concomitante à formação do negócio. Assim sendo, também são a ele concomitantes os requisitos subjetivos, do mesmo modo que o objetivo, da desproporção. Isso posto, interessam apenas as condições psicológicas daquele momento. Da mesma forma que a inexperiência, a necessidade e a desproporção podem ser sanadas ou agravadas em momento pretérito, assim também pode ocorrer no que concerne à moralidade das intenções daquele que resulta beneficiado pelo negócio.

Tendo tudo isso em vista, parece mais adequada aquela exegese que tem por desnecessário o dolo de aproveitamento como requisito da lesão invalidante. Tal requisito é típico do instituto criminal da usura real, esculpido historicamente na legislação civil por

⁹⁷ GOMES, Orlando. *Responsabilidade...* p. 87.

influência da doutrina voluntarista, cuja concepção não predominou na redação definitiva do art. 157 do Código de 2002.

2.2.2. A manifesta desproporção entre as prestações (desequilíbrio objetivo)

O elemento objetivo é premissa sempre necessária a fim de que qualquer negócio possa ser considerado lesivo. Para Venosa, “configura-se pelo lucro exagerado, pela desproporção das prestações que fornece um dos contratantes”⁹⁸. Já Humberto Theodoro Junior conceitua-o como “(...) lucro exagerado e incompatível com a normal comutatividade do contrato”, defasagem esta que se opõe à própria noção de sinalagma⁹⁹.

Como reza o próprio texto da lei, a desproporção, qualificada de “manifesta”, deve ocorrer em alto grau, “a ponto de causar sério prejuízo ao lesado”¹⁰⁰. Assim, não é qualquer obtenção de vantagem econômica que pode ser apontada como desproporção, mas apenas aquela que se caracterizar como um ganho abusivo¹⁰¹.

Afinal, sendo o sistema contratual vigente inserido numa ordem econômica que valoriza a livre iniciativa, é legítimo que em seus negócios as partes visam ao lucro, ao acúmulo de riquezas, a benefícios pessoais, etc.

Em suas origens, estabelecia-se uma quantificação específica para se aferir a desproporção (metade do preço, um terço do preço, etc.), o que foi mantido em algumas positivamente modernas, como a nossa Lei de Economia Popular (ver capítulo sobre o histórico).

Contudo, o Código Civil de 2002 previu que a caracterização da desproporção se daria ao arbítrio do juízo, não havendo cifra previamente estabelecida, por influência de fórmula consagrada no BGB e no Projeto Revisto de Código de Obrigações, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira¹⁰².

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello¹⁰³

Código Civil não estabeleceu critérios objetivos para que seja avaliada a onerosidade da lesão, a grandeza do prejuízo que o lesado sofreu [Logo,] a significância da desproporção deve ser valorada segundo prudente arbítrio do juiz, decidindo em juízo de equidade, considerando, sempre, os valores vigentes ao tempo da concretização do negócio.

⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito... p. 466.

⁹⁹ THEODOR JUNIOR, Humberto. Comentários... pp. 226-227.

¹⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... p. 236.

¹⁰¹ AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão. A lesão... p. 104.

¹⁰² ALVES, José Carlos Moreira. A parte... p. 152.

¹⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... p. 236.

Refletindo sobre a verificação prática da equivalência prestacional, Caio Mário da Silva Pereira¹⁰⁴ propõe valiosa técnica, que merece ser trazida à lume:

Cabe, então, ao julgador, através de laudo pericial, como de dados concretos fornecidos pelos interessados, apurar qual seria o valor normal da coisa. Para aquelas que têm cotação no mercado ou na bolsa, o levantamento é muito fácil. Para as demais, a verificação é feita através de negócios similares no local ou na região. Em se tratando de imóvel, o preço de venda de bens congêneres, mediante a comparação de escrituras; para veículos automotores, os preços de oferta; para gêneros de consumo, os dados aplicados no comércio. E assim por diante. Trata-se evidentemente de *quaestio facti*, sujeita ao *arbitrium boni viri* do juiz, que apreciará cada caso à luz de seu bom senso.

Karl Larenz, sobre este mesmo assunto, remete-se à questão do preço justo. Para o jurista, a dificuldade intrínseca de se definir os preços, de antemão deveria afastar o Estado de tentar planejá-los, salvo em situações excepcionais, relativas a bens de primeira necessidade, ou em que o mercado não opere normalmente¹⁰⁵.

Todavia, sendo a equivalência um princípio de justiça¹⁰⁶, deve-se buscar implementá-lo, o que na prática pode implicar a definição do que seria um justo preço. Segundo Larenz, primeiramente deve o juiz cotejar a avença com os preços de mercado. Na falta dessa informação, deve buscar a definição do justo preço noutros critérios, como o esforço empregado na prestação (custos de produção), a qualidade da prestação ofertada, os riscos do negócio, os benefícios razoavelmente obtidos, entre outros¹⁰⁷.

Assim, conclui o autor que a definição do justo preço não pode se dar *a priori*, mas pela jurisprudência na concretude de um caso em que haja manifesta a desproporção da avença, segundo os ditames da boa-fé.

O legislador brasileiro positivou, com o art. 157, dois dos fundamentos da lesão, a equidade e a boa-fé objetiva¹⁰⁸. De um lado, permitiu sua aplicação conforme a equidade, pela possibilidade de se verificar o prejuízo efetivamente gerado em negociação. De outro, permitiu a aplicação da lesão como concreção da boa-fé objetiva, pois, ao avaliar a desproporção à luz dos valores vigentes à época da celebração do negócio, o juiz não está engessado a cifras predeterminadas, podendo promover a abertura sistêmica do direito contratual.

¹⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão...* p. 198, grifos do autor.

¹⁰⁵ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Editorial Civitas, 1985. pp. 81-82.

¹⁰⁶ Ver capítulo sobre os fundamentos da lesão.

¹⁰⁷ LARENZ, Karl. *Derecho justo...* pp. 83-86.

¹⁰⁸ AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão. *A lesão...* p. 103.

O parágrafo primeiro do art. 157, ao determinar que a desproporção deve ser apreciada “segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico”, estabelece que ela deve ser concomitante à celebração do negócio.

Portanto, a lesão não pode ser alegada se à época de sua celebração estes apresentavam condições de validade perfeitas, pois a desproporção “(...) deve ter se dado no momento da contratação e não ser fruto de oscilações de mercado posteriores ao negócio”¹⁰⁹.

Quando o desequilíbrio é posterior à celebração do negócio, o que ocorre é sua revisão por *onerosidade excessiva*, de acordo com a denominada cláusula *rebus sic standibus*, prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil.

Embora ambos os institutos se fundamentem na proteção do equilíbrio contratual e da boa-fé¹¹⁰, eles diferem pelo momento em que o desequilíbrio se instala. Além disso, outras razões podem ser apontadas para fundamentar essa diferença.

A lesão, prevista como defeito do negócio jurídico, tem maior abrangência, e acarreta a anulação do negócio (operando no plano da validade); enquanto que a onerosidade excessiva é cláusula restrita aos contratos de execução continuada, e acarreta sua rescisão (operando no plano da eficácia¹¹¹).

A aferição prática da desproporção, devendo ser arbitrada segundo os valores vigentes à época da contratação, deve enfrentar o difícil problema do momento em que é apurada. Como aduz Caio Mário da Silva Pereira, a dinâmica do mercado, o fenômeno inflacionário, as mudanças de planejamento econômico, dentre outros fatores, geram dificuldades à verificação da desproporção, que ocorre, a mais das vezes, com considerável lapso temporal desde a celebração do negócio¹¹².

Por fim, cabe ressaltar que a desproporção deve perdurar até a declaração de anulabilidade, pois a lesão é vício sanável¹¹³. Afinal, sendo a equidade um dos fundamentos da lesão, sanado o desequilíbrio (ou seja, a iniquidade), não há motivos para a invalidação da avença, mesmo porque assim se garante o respeito ao *pacta sunt servanda* e à segurança jurídica.

¹⁰⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários... p. 226.

¹¹⁰ Ibidem. pp. 243-244

¹¹¹ Para maior aprofundamento, ver Marcos Bernardes de Mello (Teoria do fato jurídico: *plano da eficácia*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013). Fernando de Noronha (O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: *autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994) e Luiz Renato Ferreira da Silva (Revisão dos Contratos: *do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999).

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão...* pp. 200-201.

¹¹³ THEODOR JUNIOR, Humberto. Comentários... p. 226.

2.2.3. Nexo de causalidade e ônus da prova

Presentes os requisitos supramencionados, resta ainda, para que esteja configurada a lesão, que se demonstre o **nexo causal** entre o estado de necessidade ou a inexperiência do lesado e a conclusão do negócio. Em outras palavras, é mister que seja provado que o negócio somente foi formalizado por força de uma daquelas circunstâncias. Isso porque, ainda que presentes aqueles requisitos, a desproporção poderia mesmo assim ter por causa um ato de liberalidade da parte que se encontra no estado de inferioridade.

Isso posto, conclui-se que cabe ao lesado provar: (a) a existência do estado de necessidade ou sua inexperiência relativamente ao negócio; (b) que contraiu a obrigação forçado por ele; e, finalmente, (c) a significativa desproporção entre a sua prestação e a contraprestação do favorecido.¹¹⁴

2.3. Natureza Jurídica e Sanção (a lesão nos três planos do ordenamento)

A natureza jurídica da lesão varia conforme o contexto histórico em que está inserida. De origem puramente objetiva, em Roma, a lesão se visava à desconstituição de contratos de compra e venda desproporcionais. O dolo do beneficiário, quando muito, era presumido. Sua natureza era, portanto, de norma de revisão contratual (sanção), por imperativo de equidade (fundamento).

Na Idade Média, subjetivou-se a lesão, pela necessidade da parte lesada ter sido explorada para configuração do instituto (usura real ou *lesão qualificada*¹¹⁵). Visava-se à busca pelo justo preço e pelo justo salário, bem como à proibição da usura. Diferenciava-se em lesão enorme e enormíssima. Sua natureza era de norma de revisão de pactos afetados pela lesão enorme, ou declaração de inexistência dos afetados pela lesão enormíssima (sanção), os quais eram considerados contra a moral (fundamento).

Por influência do voluntarismo (séculos XVIII e XIX), a lesão passou a ser entendida (em alguns ordenamentos) como *vício de consentimento*. Sua natureza, nesse contexto, é de norma invalidade (sanção) de negócios em que ocorresse um descompasso entre a vontade declarada e o verdadeiro querer do agente (fundamento).

No Brasil, inicialmente prevista, a lesão foi afastada do âmbito cível com Código de 1916, para ser definitivamente positivada apenas com o Código de 2002¹¹⁶.

¹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... p. 240.

¹¹⁵ Para maiores explicações, verificar capítulo referente ao histórico.

¹¹⁶ Embora tenha sido positivada na Medida Provisória 2172-32/2001, foi apenas com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que a lesão ganhou seus definitivos contornos em âmbito cível.

Antes, contudo, deve-se apontar algumas legislações que influenciaram em seu ressurgimento. Na Lei da Economia Popular (1951), previa-se o crime de usura real, o qual gerava a nulidade dos pactos (sanção), para *punir a conduta dolosa* do agente que se aproveitava da situação de inferioridade da contraparte (fundamento).

O Código de Defesa do Consumidor (1990), previu uma lesão puramente objetiva, ao estabelecer a nulidade de cláusulas (sanção) que estabeleçam obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Sua natureza é de norma invalidante, que busca a defesa do consumidor, *presumivelmente vulnerável* (fundamento).

Além disso, a prática forense anterior ao atual Código Civil passou a aplicar o instituto, em âmbito cível, como hipótese de nulidade do negócio jurídico por ilicitude do objeto (sanção). Sua natureza era de norma invalidante, que visava garantir a licitude do objeto e o respeito ao princípio geral da boa-fé (fundamentos).

No Código Civil de 2002, a lesão é espécie de defeito do negócio, contudo é diferente dos demais (dolo, coação, etc.), podendo mesmo ser considerado um “*vício excepcional*”¹¹⁷. Seus fundamentos, contudo, à luz da dogmática atual e dos demais princípios que estruturam ordenamento jurídico, configuram conceito diferente das construções anteriores.

Primeiramente, a lesão atual, como norma invalidante, a diferencia de hipótese de mera revisão dos contratos (como nas lesões enormes romana e medieval). Muito mais ainda, a diferencia da lesão enormíssima, criada no medievo como hipótese de inexistência do negócio.

Por outro lado, a **sanção de anulabilidade**, grau de invalidade inferior, bem como a possibilidade de **convalidação**, diferenciam a lesão atual do rigor conferido ao crime de usura real, à lesão consumerista e à construção forense de lesão por ilicitude do objeto, pois em todas estas hipóteses o efeito é a nulidade do pacto. Ademais, entende-se que, com isso, o legislador procurou compatibilizar a proteção da equidade, da justiça comutativa e da boa-fé com o princípio da autodeterminação negocial e da preservação dos pactos.

Pela necessidade de vinculação da inferioridade do lesado, gerada pela premente necessidade ou inexperiência, ao contrato em específico, diferencia-se o instituto ora em comento da lesão consumerista, em que a vulnerabilidade é presumida. Por isso mesmo, o fundamento da lesão atual está na **justiça comutativa** (equilíbrio no trânsito jurídico de bens) e não na justiça distributiva (equilíbrio na distribuição dos bens na sociedade), pois a vulnerabilidade reprovada pela norma é contratual e não social.

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* p. 458

Além disso, a presença dos **elementos subjetivos** relativos ao lesado conferem ao instituto caráter de *vício da manifestação da vontade*¹¹⁸. Afinal, trata-se de um vício congênito à celebração do negócio em que há exteriorização da vontade com defeitos, tornando seu suporte fático deficiente¹¹⁹. Isso também afasta a lesão atual da lesão enorme romana ou da lesão consumerista, fundamentalmente objetivas.

A lesão atual, ao **excluir a leviandade** como elemento subjetivo, buscou garantir o equilíbrio prestacional num contexto de liberdade negocial, e não punir o beneficiário. Além disso, como já largamente exposto, o instituto não contempla o critério do **dolo de aproveitamento**, pois subjetividade se refere à proteção do lesado, e não ao beneficiário. Logo, diferencia-se o instituto da usura real medieval, que pretendia punir uma imoralidade, e do tipo penal previsto na Lei de Economia Popular, que pretende punir a conduta dolosa do criminoso.

Pela necessidade da **manifesta desproporção** entre as prestações ser grave (lucro exagerado, prejudicial ao lesado), percebe-se que o sistema não procurou punir a obtenção de quaisquer benefícios, o que também indica que o fundamento da lesão é a garantia da justiça comutativa, e não distributiva.

A falta de quantificação específica para a desproporção, que deve ser aferida **ao arbítrio do juízo**, desde logo a torna diferente da lesão enorme romana, da usura real medieval (enorme e enormíssima), e do crime de usura real. Além disso, pode-se dizer que essa previsão, à luz dos fundamentos da lesão e dos princípios do ordenamento brasileiro, a diferencia de simples vício de consentimento.

Afinal, a possibilidade de arbitramento do desequilíbrio efetiva: a) os ditames da **equidade**, pois permite uma análise concreta do equilíbrio prestacional; b) o princípio da **boa-fé objetiva**, na medida em que o juízo pode, caso a caso, promover a recepção de valores extra sistemáticos, conforme a evolução social assim o exija; c) a **função social do contrato**, eis que permite ao Estado interferir na valoração de prestações que não estejam conforme os ditames do bem comum e da dignidade da pessoa humana.

Em suma: a lesão, em nosso ordenamento, não é: pura inibição do desequilíbrio prestacional (dados seus elementos subjetivos); punição ao beneficiário (pela ausência de dolo de aproveitamento); simples vício de consentimento do lesado (pois concretiza princípios superiores à mera manifestação de vontade negocial).

¹¹⁸ ALVES, Moreira. A Parte... p. 65

¹¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: *plano da validade*... p. 183

Portanto, a proscrição da lesão do art. 157 tem *natureza jurídica de norma invalidante, cuja sanção é a anulabilidade, concretizando os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do pacta sunt servanda, fundamentando-se em ideais de justiça comutiva e de equidade, não se despreendendo completamente, todavia, da tutela da higidez da vontade dos contratantes.*

2.4. Exclusão da Anulabilidade

O parágrafo 2, do art. 157 prevê a possibilidade de revisão do contrato, que é direito de ambas as partes. O lesionado, como autor, pode pedir tanto a anulação do negócio quanto sua revisão, a qual impede a consumação do dano gerado pela ilicitude do ato lesivo, permitindo a manutenção do negócio¹²⁰. Tal dispositivo observa orientação do princípio da preservação dos contratos, sendo prestigiada a técnica da redução do negócio jurídico, vez que a proteção contra a lesão tem em vista interesses particulares e não a ordem pública.¹²¹

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello¹²²:

A lesão deixa de ser causa da anulabilidade se o figurante favorecido pela desproporção se dispõe a eliminar a desproporção, tornando equânime o negócio jurídico, pela oferta de suplemento suficiente ou de redução do proveito, conforme o caso. Assim, por exemplo: (a) se alguém que, aproveitando-se da necessidade do outro, compra imóvel por preço correspondente a 1/3 do valor de mercado mas se oferece a completá-lo, ou (b) se aquele que, aproveitando-se da inexperiência do outro, vende imóvel por preço exorbitante (duas vezes o valor do mercado, *e. g.*), se oferece a reduzir o preço ao normal, fica suprimido o defeito invalidante.

Havendo a oferta para sanar a anulabilidade, não pode o lesado se negar a aceita-la. É direito que cabe ao favorecido. No entanto, se a oferta não for satisfatória para eliminar a lesão, cabe ao juiz buscar a conciliação, somente devendo decretar a anulabilidade se persiste a lesão, apesar da oferta do favorecido. Na hipótese, porém, de persistir a recusa da vítima, em sendo razoável a oferta do favorecido, deve o juiz, em juízo de equidade, desconsiderar a recusa e preservar o negócio jurídico.

A oferta para sanar a anulabilidade da lesão pode ser formulada em qualquer momento anterior à sentença.

¹²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários... pp. 237-238

¹²¹ A esse respeito, ver Anelise Becker (*Teoria...*). Ainda, o Enunciado nº. 149, da III Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça, afirma que o “Art. 157: 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.” Segundo o Enunciado nº. 291, do IV Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça, o “Art. 157. Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço.”

¹²² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade...* p. 239.

2.5. Mecanismos Judiciais de Tutela

A lesão é hipótese de anulabilidade do negócio jurídico. Ao contrário da nulidade, não pode ser apreciada e declarada de ofício, mas depende sempre de iniciativa da parte prejudicada para sua ocorrência¹²³.

Processualmente, a lesão pode ser objeto de ação e de exceção: pode ser alegada como causa de pedir de uma ação direta anulatória; ou como exceção em demandas que exijam o implemento de obrigações oriundas de negócios lesivos.

A legitimidade ativa para a ação de anulação é da parte lesionada, a qual se transmite a herdeiros legítimos e testamentários (que podem inicia-la ou continua-la), ou do legatário, se a lesão disser respeito à alienação do bem deixado como legado¹²⁴.

A legitimidade passiva é da parte que se locupletou com vantagens ilegítimas advindas da desproporcionalidade. Se o negócio lesivo for relativo a bem posteriormente transmitido a terceiro, “este deverá ser chamado a integrar a lide na qualidade de litisconsorte necessário (...)”¹²⁵.

Como já mencionado, o ônus da prova para a comprovação dos requisitos da lesão é do lesionado, a quem cabe o direito potestativo de obter a anulação do negócio viciado. Uma vez que o dolo de aproveitamento não é elemento da lesão, não há necessidade de demonstrar o abuso cometido pela contraparte, mas apenas dos elementos configuradores da lesão¹²⁶.

Os elementos subjetivos relativos ao lesado podem ser demonstrados por variados meios de provas, até mesmo indiciários ou circunstanciais. Já o elemento objetivo, a desproporção do contrato, é comumente demonstrada por meio de prova pericial¹²⁷.

Por fim, lembre-se que “é essencial que se demonstre o nexo causal entre o estado de necessidade ou a inexperiência do lesado e a conclusão do negócio, portanto, que seja prova que o negócio somente foi formalizado por força de uma daquelas circunstâncias¹²⁸”.

2.6. Defesa do Réu e Decadência

A alegação de lesão deve se dar no prazo de quatro anos, contados do dia em que se realizou o ato jurídico (artigos 177 e 178, II do Código Civil). Sendo decadencial, o prazo corre independentemente de impedimentos, suspensões e interrupções, e sua decretação pode ser de ofício pelo juiz.

¹²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários... p 236.

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade*... pp. 239-240.

¹²⁵ Ibidem. p. 240.

¹²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit. pp. 244-245.

¹²⁷ Ibidem. p. 245

¹²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. p. 240.

O suposto beneficiário, como réu, pode oferecer exceção alegando e provando que a lesão não se configurou ou que decaiu o direito de exigí-la¹²⁹, bem como pode pedir a redução do negócio, tornando-o equânime.

Para melhor compreensão do que fora aqui exposto, convida-se o leitor a conhecer, ainda que sucintamente, a origem e o desenvolvimento do instituto ao longo do tempo.

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: *plano da validade...* p. 240

3. A ORIGEM HISTÓRICA E BREVES APONTAMENTOS SOBRE SUAS TRANSFORMAÇÕES

Embora seja possível a identificação dos primórdios da lesão em outras realidades históricas, para fins deste trabalho é no Direito Romano que serão buscadas as raízes para o instituto, pois foi nele que se identificou, primeiramente, sua positividade¹³⁰.

3.1. Direito Romano

O aparecimento da lesão foi grande ruptura no sistema romano, já que “(...) as partes agiam com extrema liberdade na formação e constituição do vínculo contratual. O ajuste, desde que estivesse perfeito e acabado, obrigava, sem apelo, os pactuantes.”¹³¹. Com efeito, nos contratos “(...) não se cogitava de indagar se o preço era *justo*. Ao contrário, podia cada uma das partes buscar o melhor negócio, procurando o vendedor o maior preço para a coisa, e lícito ao comprador adquirir pelo menor preço que conseguisse”¹³².

No Direito Romano clássico, depois da fixação da lei das XII Tábuas, houve uma evolução contínua das normas, que eram puras e simples, formando um sistema tão coerente a ponto de poder ser utilizado como sustentáculo jurídico de todo o Ocidente¹³³, o *ius civile*. Como contraponto, o pretor era o responsável por adequar as normas do *ius civile* às especificidades do caso concreto, gerando um constante entrelaçamento entre a positividade do direito escrito e os imperativos da equidade¹³⁴.

Desde muito cedo, é notável, e a todo momento se manifesta, o dualismo do conceito, em todas as províncias do direito, entre a norma rígida do direito estrito e a humanização do direito natural; entre os preceitos aristocráticos e insensíveis do *ius civile*; e a flexibilidade criadora e democrática da *aequitas*¹³⁵.

Dessa dialética, decorreram diversos institutos, dentre os quais se destaca a *restitutio in integrum*, que se assemelhava à lesão por consistir na reposição das partes ao *status quo ante* do contrato em virtude de algum vício – como menoridade, coação, dolo, fraude, erro, ausência ou *captis diminutio*¹³⁶. Embora semelhante à lesão, a *restitutio* dela se diferenciava pelo seu caráter mais subjetivo¹³⁷.

¹³⁰ BRANDÃO, Wilson de Andrade. *A lesão...* p. 23

¹³¹ *Ibidem*, p. 23.

¹³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão...* p. 11

¹³³ *Ibidem*. p. 5

¹³⁴ *Ibidem*. p. 6

¹³⁵ *Ibidem*. p. 32.

¹³⁶ MENDONÇA, Danilo Badaró. *Lesão...* p. 729

¹³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.* p. 33

Todavia, o direito pretoriano foi paulatinamente perdendo força no cenário jurídico romano. O alargamento territorial de Roma no período imperial criou a necessidade de uma positivação normativa mais abrangente, e “a centralização do poder nas mãos dos imperadores trouxe como consequência a absorção da função legislativa”¹³⁸.

Assim, foi com a Lei Segunda, do imperador Diocleciano, e a Lei Oitava, do imperador Maximiliano, dois fragmentos do Código de Justiniano¹³⁹, que se positivou o a *lesio enormis*: defeito objetivo do contrato de compra e venda, em que houvesse desproporcionalidade em mais da metade de seu justo valor. Nesse contexto, diferenciava-se da usura – esta prevista pela Lei das XII Tábuas e entendida com cobrança desproporcional de juros (o preço do uso do dinheiro)¹⁴⁰.

Constatada a desproporção, poderia o lesado pedir o desfazimento da venda (estabelecimento do *status quo ante*) ou a complementação do preço (revisão)¹⁴¹. Tratava-se de uma hipótese de rescisão contratual, pois

(...) não se apontava falha nos elementos essenciais de formação do contrato, como os que ocorriam no erro, dolo ou coação. O motivo do rompimento (rescisão) estava na imoralidade das condições econômicas do ajuste (...) Por isso mesmo o defeito funcional não era fatal. A outra parte poderia ilidir a pretensão rescisória da que restou lesada, oferecendo-se para complementar o preço, ou reduzi-lo, conforme o caso¹⁴².

Quanto à abrangência da lesão, embora haja controvérsias, entende-se por escoreta a visão de Caio Mário da Silva Pereira, para quem ela se restringia à compra e venda, mobiliária ou imobiliária, pois é isso que se extrai de uma leitura fiel dos textos das legislações imperais acima mencionadas¹⁴³.

Não havia na *lesio enormis* elementos subjetivos, que poderiam ser no máximo presumidos¹⁴⁴. Para Caio Mário, sequer se pode falar em dolo presumido do comprador, nem em erro presumido do vendedor, pois a rescisão decorria de um fenômeno puramente material¹⁴⁵. Isso porque, na aplicação prática do instituto, não se indagava “(...) se o

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão...* p. 7

¹³⁹ *Ibidem*, p. 11.

¹⁴⁰ BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 1

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.* p. 25

¹⁴² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários...* p. 222

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.* p. 27-28

¹⁴⁴ MENDONÇA, Danilo Badaró. *Lesão...* p. 730.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.* p. 35.

comprador usou de manobras dolosas, ou se o vendedor laborou em erro quanto ao preço da coisa.”¹⁴⁶

Já no final do Direito Romano, destaca-se a importante influência do Cristianismo, na medida em que revigorava os institutos jurídicos, vivificando-os segundo princípios éticos transcendentais, a ponto de Caio Mário¹⁴⁷ dizer que

A força nova, desta moral mais elevada, impressionava sensivelmente aos espíritos bem formados. Não somente os imperadores cristãos [mas também] os juriconsultos, falando sua linguagem técnica, repetiam conceitos evangélicos.

Mas também, e aí está a sua força, todas as camadas populares se deixaram vencer pelo prestígio da nova fé. Recebendo-a como a expressão da verdade querida sobreposta ao *stratus* da religião pagã, que se inclinava no ocaso.

3.2. Medievo

Na alta idade média, havia uma série de fatores para o não uso do instituto da lesão: o grande apego à terra pelos seus proprietários, sendo que a lesão estava mais relacionada a transações imobiliárias; o regime econômico de tipo feudal, não afeito ao comércio; e o desconhecimento dos textos romanos¹⁴⁸.

Para a maior parte da Europa, a lesão reaparece ao final do século XI, no âmbito da Escola de Bolonha, em que glosadores e canonistas não se distinguem¹⁴⁹. Entendia-se que “aquele que vende a coisa por menos de metade, certamente foi enganado pelo comprador (...)” levado a tal ato por dolo que estava “(...) entrosado no próprio contrato, caracterizado na essência suspeita do ato – *dolus in re ipsa*.”¹⁵⁰

O instituto fundamentava-se em três pontos: no justo preço, no justo salário e na proibição da usura. Diferentemente da lesão romana, no medievo a lesão era subespécie da usura. Havia a usura pecuniária (relativa à cobrança abusiva de juros) e a usura real (a lesão). E nesse contexto, o instituto se caracterizava não apenas pela desproporcionalidade prestacional, mas pela situação subjetiva em que a contraparte se encontrava no momento da avença (necessidade, inexperiência ou leviandade). Daí se denominar a usura real de *lesão qualificada*.¹⁵¹

¹⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão...* p. 34.

¹⁴⁷ Ibidem. pp. 32-33.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 38.

¹⁴⁹ BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão...* p. 42.

¹⁵⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit. p. 40.

¹⁵¹ BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 2

A lesão medieval subdividia-se em duas espécies: a lesão enorme, que era a desproporção de mais da metade entre as prestações (herdada do Direito Romano); e a lesão enormíssima, que era a desproporção de mais de dois terços do justo valor (acrescentada pelos canonistas)¹⁵².

Como efeitos, a lesão enorme desencadeava a rescisão do contrato, enquanto que a enormíssima a constatação de sua inexistência¹⁵³. Isso porque, no caso da lesão enormíssima, era negada ao comprador a faculdade de completar o justo preço, por ser insanável o vício¹⁵⁴.

3.3. Séculos XVIII a XX

O desenvolvimento da cosmovisão iluminista tendeu a afastar a noção de equidade concretizada na lesão, vez que “(...) as revoluções liberais do século XVII e XIX restringiram ou impediram sua aplicação, preocupadas em garantir estabilidade e certeza às relações contratuais”¹⁵⁵.

A vontade do indivíduo, a ser protegida da intervenção estatal, foi idealizada: “entendem os juristas dispensável qualquer proteção ao indivíduo que contrata, fundados no pressuposto de que é livre todo aquele que realiza o negócio, amalgamando a liberdade civil à econômica, e confundindo-as”¹⁵⁶.

Nesse sentido, “(...) a emergência do indivíduo na sociedade, acentuando-se a partir do Renascimento, é uma absoluta hostilidade constante ao princípio rescisório (...)”¹⁵⁷. Ou seja, vigia o princípio da autonomia da vontade, expressão cunhada sob a influência de Kant¹⁵⁸, em que o Estado passa a ser entendido como garantidor das liberdades individuais e da segurança jurídica.

Nesse ínterim, as negociações contratuais, na medida em que garantem o comércio, devem ser protegidas, “e mais convinha ao comércio que essa proteção prestada pelo Estado ao credor não se subordinasse à prévia verificação da conformidade da vinculação do devedor à justiça ou à equidade”¹⁵⁹.

¹⁵² MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão. p. 731.

¹⁵³ BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 5.

¹⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão...* p. 45.

¹⁵⁵ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. p. 2.

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit. p. 54.

¹⁵⁷ BRANDÃO, Wilson de Andrade. Op. cit. p. 44.

¹⁵⁸ BECKER, Anelise. Op. cit. p. 19.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 26.

Contudo, após as transformações econômicas e sociais do início do século XX, houve uma mudança de visão a respeito da proteção da vontade negocial. Caio Mário da Silva Pereira traçou interessante panorama dessa transformação, que vale a pena ser reproduzido¹⁶⁰:

O século XIX foi quase todo tranquilo. Inicia-se com a afirmação democrática, depois da derrota do absolutismo. Os quadros econômicos são estáveis. O individualismo liberal na filosofia, na economia, nas relações públicas e privadas é aceito sem relutância. (...) A escola exegetica predomina, e as investigações se simplificam. No seu último quartel, esboça-se a perturbação que seria legada ao século XX. (...) É a insatisfação. Mas o que é certo é que, em toda a doutrina moderna, sente-se o anseio pelo enquadramento do direito na moral, o que procura realizar traçando novos perfis sobre os quadros clássicos.

Nesse contexto, embora a repulsa à lesão tivesse permanecido ao longo do século XIX, a situação mudou, paulatinamente, no século XX, com o crescimento das preocupações sociais. Passou-se da concepção de Estado Liberal para a de Estado Social¹⁶¹, e o direito passou a prever novas modalidades de intervenção do Estado nas relações econômicas interpessoais, a fim de resguardar o equilíbrio econômico¹⁶².

No âmbito contratual, isso não significou que a vontade passou a ser desprezada como elemento integrante do negócio, mas que seria protegida não pela sua pureza intrínseca, mas apenas na medida em que se prestasse ao assentamento de interesses dignos de tutela pelo ordenamento jurídico. Respeita-se, a palavra dada, mas desde que o contrato se apresentasse como útil e justo, às partes e à sociedade em geral. Voltou-se, portanto, a uma concepção mais material e equânime da liberdade de contratar¹⁶³.

Evidentemente, não houve uma retomada uniforme do instituto no cenário jurídico europeu, pois a lesão foi paulatinamente sendo resgatado após a formação dos Estados Nacionais Modernos, com diferentes matizes¹⁶⁴.

Em parte dos ordenamentos, essa retomada veio a se dar pelo aumento do número de casos específicos de lesão, entendida como cláusula de exceção. Em outras situações, como no Direito Brasileiro, a lesão foi prevista passou a ser cláusula genérica, com pretensões de universalidade. Como aduz Fernando Noronha, a lesão¹⁶⁵

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão...* pp. 102-103.

¹⁶¹ CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. *Onerosidade excessiva, lesão e contratos aleatórios*. 2003. 38 p. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio grande do Sul. p. 6.

¹⁶² *Ibidem*, p. 8.

¹⁶³ BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 51-54.

¹⁶⁴ MENDONÇA, Danilo Badaró. *Lesão...* p. 731.

¹⁶⁵ NORONHA, Fernando. *O Direito...* p. 234.

(...) combatida pelo liberalismo, ainda que admitida, embora em termos limitados, pela maioria dos códigos civis novecentistas, mas no nosso não se lhe fez qualquer alusão. Hoje, porém, desfeito o encantamento que o princípio da autonomia privada produzia, ela vai renascendo das próprias cinzas, não faltando mesmo juristas de nomeada que sustentam nunca ter ela deixado de existir no nosso ordenamento, estando embutida em muitas leis esparsas.

Antes de partir para a análise do histórico do instituto no Brasil, cabe uma breve exposição de como ele evoluiu em alguns ordenamentos jurídicos dos mais significativos. Afinal, a configuração positiva pátria adveio dessas influências.

No Direito Francês, a Revolução Francesa, por meio da Lei de 14 Frutidor, Ano III, causou grande ruptura, suprimindo o instituto. Este, todavia, ressurgiu por estar demasiadamente arraigado na cultura nacional, mas não de forma genérica. No Código Civil de 1804, a lesão “tornou-se vício dos negócios jurídicos apenas nos contratos relativos a imóveis, podendo argui-la tão somente o vendedor (...)”¹⁶⁶.

No Direito Alemão, a lesão enorme é prevista no Código de 1896, como ofensa à moral e aos bons costumes, gerando a hipótese de nulidade do negócio e sendo dever do juiz reconhecê-la de ofício¹⁶⁷. Tem como requisitos a desproporção do contrato e subjetivamente, o dolo de aproveitamento do beneficiário e o estado de necessidade, a inexperiência ou a leviandade do lesionado¹⁶⁸.

No Direito Espanhol, pode-se apontar nas *Lex Romana Visigothorum* (século VII) os primórdios da noção de lesão, nas disposições relativas à usura. Todavia, apenas com a codificação de Afonso X há previsão do instituto em si, por meio do qual era possível desfazer ou ajustar um contrato em que tenha havido prejuízo correspondente à metade do justo valor¹⁶⁹.

Com o advento do iluminismo, também houve uma restrição do instituto na Espanha, e o Código de 1888 previu aplicação da lesão apenas a menores e a ausentes. Todavia, os direitos relativos a Catalunha e a Navarra permaneceram mais fiéis à tradição jurídica medieval, com disposições mais expansivas sobre a lesão.

¹⁶⁶ MENDONÇA, Danilo Badaró. *Lesão...* p. 731.

¹⁶⁷ *Ibidem*. pp. 732-733.

¹⁶⁸ MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão*. p. 56.

¹⁶⁹ MENDONÇA, Danilo Badaró. *Op. cit.* p. 733.

No Direito Italiano, a lesão é prevista no Código Civil de 1942, como hipótese de rescisão dos contratos. Os elementos necessários para sua configuração são: desproporção, estado de necessidade de uma das partes e dolo de aproveitamento da contraparte¹⁷⁰.

No Direito Português, o instituto foi adotado pelas Ordenações Portuguesas. As Ordenações Afonsinas (de 1446) previram a incidência do instituto sobre todos os contratos comutativos; as Manuelinas (de 1521) admitiram a lesão também para a renúncia e a doação do excesso; e as Filipinas (de 1603) acrescentaram a figura da lesão enormíssima, que implica a restituição da coisa (em contratos de compra e venda)¹⁷¹. Para esta última categoria, exigia-se o dolo de aproveitamento¹⁷².

3.4. Direito Brasileiro

No Direito Brasileiro, inicialmente a lesão era prevista sob a vigência das Ordenações portuguesas, as quais “(...) permaneceram em vigor após a independência política brasileira, por força da Lei de 20 de outubro de 1823. Somente em 1832 (Lei de 24 de outubro) é que se revogou a legislação anterior consagrando-se a ampla liberdade de contratar (...)”¹⁷³.

A Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas a previu como incidente sobre todos os contratos comutativos, distinguindo a lesão enorme da enormíssima. Por sua vez, a Consolidação das Leis Cíveis de Carlos Augusto Carvalho manteve o instituto, ressalvando-o de incidir sobre compra e venda de herança líquida, quando o contrato apresentar elementos aleatórios¹⁷⁴.

O Código Comercial de 1850 deu o primeiro passo no sentido de abolir a lesão¹⁷⁵, ao prever que ela não existia para contratos travados entre comerciantes, partes por pressuposto afeitas ao mundo dos negócios, e que visam ao lucro.

Anteriormente ao Código de 1916, houve tentativas de posituação da lesão no Direito Civil: o esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas (1860) previa um artigo para a lesão, estatuinto que ela, por si, não poderia viciar os contratos; já o projeto de Felício dos Santos (1881) previa dois artigos para o instituto, que incidiria em negócios imobiliários desproporcionais em mais da metade do justo preço, passível de ser invocada apenas pelo vendedor; no mesmo sentido, era o projeto de Coelho Rodrigues¹⁷⁶.

¹⁷⁰ MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão... pp. 734-735.

¹⁷¹ BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 8.

¹⁷² MENDONÇA, Danilo Badaró. Op. cit. p. 738.

¹⁷³ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão... p. 3.

¹⁷⁴ MENDONÇA, Danilo Badaró. Op. cit. p. 738.

¹⁷⁵ BECKER, Anelise. Op. cit. p. 8.

¹⁷⁶ MENDONÇA, Danilo Badaró. Op. cit. p. 738.

Por fim, o Código de 1916 aboliu a figura¹⁷⁷. Seu autor, Clóvis Beviláqua, “justificou a ausência com o argumento de que a parte iludida tinha outros meios para restaurar o ser direito, isto é, poderia recorrer ao erro, dolo, a fraude simulação ou coação”¹⁷⁸.

Mesmo com tentativas de reinserção do instituto nos trabalhos de revisão, nos moldes das Ordenações Filipinas¹⁷⁹, a lesão permaneceu rechaçada, pelo apego ao voluntarismo. O Código de 1916, portanto, apregoou a fundo a ideologia individualista, pois via na lesão demasiada intervenção na estatal na esfera privada¹⁸⁰.

De todo modo, o instituto foi sendo reinserido, paulatinamente, no ordenamento jurídico brasileiro, através de legislações esparsas. Ou, ao menos, quando não tratavam da lesão, a busca pela equidade foi criando as bases jurídicas para a posterior positivação do instituto.

Em 1938, com o Decreto 869, a lesão foi reestabelecida no ordenamento jurídico pátrio, não em âmbito cível, mas como ilícito penal ofensivo à economia popular. Em seu art. 4º, a “usura real” consiste em obter lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação, abusando de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da contraparte. Ou seja, o desequilíbrio prestacional era mais especificado¹⁸¹:

Definidora embora do delito de usura, pecuniária ou real, não descurou a lei a consequência cível ofensa aos seus dispositivos. Além de punir com a corporal e pecuniária o infrator, volta sobre a avença, e fere de nulidade a estipulação de juros ou lucros usurários, ao mesmo tempo que arma o juiz da faculdade de decidir por equidade, impondo-lhe o dever de ‘ajustá-lo à medida legal’ ou de “ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido”

Em 1951, o decreto foi substituído pela Lei 1.521, a Lei da Economia Popular, que também previa o crime de usura real, nos mesmos termos do Decreto de 869. Embora a lesão prevista na Lei 1.521 fosse um crime, a jurisprudência passou a aceitar sua aplicação em âmbito cível, já que “a repressão ao delito da usura real fez ressurgir no espírito dos civilistas da época toda a tradição da *laesio enormis*”¹⁸².

¹⁷⁷ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão... p. 3.

¹⁷⁸ MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão... p. 738.

¹⁷⁹ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Op. cit. p. 3.

¹⁸⁰ MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão... p. 738.

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão*... p. 137.

¹⁸² SCHREIBER, Anderson. *O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão*. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/anderson-schreiber-o-principio-do-equilibrio-das-prestacoes-e-o-instituto.html>>. Acesso em 31/10/2016. p. 9

Em primeiro lugar, a própria lei previa uma consequência cível: a nulidade do pacto com usura real. Em segundo, os contratos lesivos eram identificados pela jurisprudência como sendo de objeto ilícito, o que gerava sua nulidade, na forma do Código de 1916. Em terceiro, a usura era vista como ofensa à boa-fé, considerado como princípio geral do Direito¹⁸³.

Além disso, essa tipificação penal da lesão contribuiu de como viria a ser a conformação positiva do instituto no futuro. No que tange à invalidação, houve um posterior abrandamento desta punição, pois o negócio lesivo passou a ser apenas anulável (e não nulo como previsto no tipo penal).

Contudo, a previsão de elementos subjetivos (negligência, inexperiência, leviandade) gerou um “perda do caráter exclusivamente objetivo da lesão”¹⁸⁴, próprio da herança romana e portuguesa, culminando numa aproximação deste instituto com os vícios do consentimento. Assim¹⁸⁵,

Ao tratar da lesão como vício do consentimento, os civilistas passaram a situá-la decididamente no campo da vontade. A exploração da “necessidade” ou “inexperiência” do contratante lesado acabou ganhando contornos de preponderância em relação ao próprio desequilíbrio das prestações. A doutrina passou mesmo a tratar com desdém a definição puramente objetiva de outrora.

Também é possível apontar em outras legislações, senão a usura real, ao menos os fundamentos que servem de substrato à lesão. Sua menção é importante porque elas contribuíram para uma modificação no arcabouço axiológico dos operadores do direito, facilitando a positivação do instituto no final do século XX.

A Lei da Usura (Decreto 22.626 de 1933), embora não tratasse especificamente da lesão, previa uma limitação à cobrança de juros abusivos e do anatocismo, deu importante passo na busca pelo equilíbrio dos contratos.

Assim também é a Lei de Luvas (Decreto 24.150/34), pois regula as condições de renovoamento dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais, vendando o “locupletamento” do proprietário em desfavor do inquilino.

Por sua vez, a Lei do Inquilinato (Decreto-lei 4.598/42), que dispõe sobre aluguéis e residências, prevê em seu artigo 2º que “não é permitido cobrar, na locação ou sub-locação de residência qualquer importância a título de taxas, impostos, luvas ou outra qualquer

¹⁸³ MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão... p. 739.

¹⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *O Princípio*.... p. 9

¹⁸⁵ *Ibidem*. p. 9

despesa ou indenização não prevista em lei”, não permitindo nem ao proprietário impor um valor exorbitante nem ao locatário conservar um preço em desequilíbrio¹⁸⁶.

Por fim, a Lei do Loteamento (Lei 6.766/79) previa a “(...) redução da penalidade contratual para proteger a economia popular contra a desonestidade ou insolvência do vendedor”¹⁸⁷. Além disso, previa que “(...) quando o comprador descumprisse o contrato e o vendedor retomasse a coisa, [houvesse] a devolução das prestações pelo vendedor (...)”¹⁸⁸.

De todo modo, mesmo com essas sucessivas positivações em leis especiais, o apego ao voluntarismo, próprio do ambiente doutrinal e jurisprudencial da época, contribuiu para afastar a repercussão prática da lesão¹⁸⁹.

No âmbito constitucional, contribuíram para a reinserção noção de reequilíbrio contratual no direito pátrio as Constituições de 1934, 1937 e 1946, pois proibiam a usura. Essa proibição não dizia respeito apenas à cobrança de juros abusivos (usura pecuniária), mas também à usura real, que incide sobre outras as realidades negociais que não o mútuo¹⁹⁰.

De todo modo, embora houvesse esse princípio antiusurário desde a constituição de 1934, na ausência de uma lei definidora, não havia possibilidade de revisão do contrato desproporcional, já que a própria Constituição de 1946 previra que ninguém é compelido a fazer ou deixar de fazer nada à falta de lei expressa¹⁹¹.

A usura, não foi mencionada nas Constituições de 1967 e 1969. Embora tenha voltado à tona na Constituição de 1988, que proibiu a usura em todas as suas modalidades no art. 192, §3º, este dispositivo foi revogado pela Emenda Constitucional n. 40/2003.

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078) dispôs em seu art. 6, V que é direito do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, além de prever, em seu art. 39, V, a abusividade de cláusulas que estabeleçam obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

Assim, pode-se dizer que o CDC contempla o instituto da lesão, mesmo que a lei só se remeta à desproporcionalidade das prestações, já que a vulnerabilidade é pressuposta nas

¹⁸⁶ SANTANA, Mayk Carvalho. *A lesão nos contratos*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lesao-nos-contratos,38536.html>>. Acesso em: 31/10/2016.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ BECKER, Anelise. *Teoria...* p. 9.

¹⁹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão...* pp. 130-131.

¹⁹¹ Ibidem. p. 132.

relações de consumo. Não obstante, o instituto ficou circunscrito ao microcosmo consumerista.

A Medida Provisória 1.820/1999, revisada até à Medida Provisória 2172-32/2001, avançou na reintrodução positiva da lesão em âmbito cível. No diploma, previu-se a nulidade de estipulações usuárias, consideradas como negócios não disciplinados pelas legislações comercial e consumerista em que houvesse lucro excessivo obtido em face de situação de vulnerabilidade da contraparte.

Como efeitos, previa-se que o juiz, se requerido, deveria restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando o negócio ao valor corrente ou, na hipótese de pagamento, ordenar a restituição em dobro da quantia recebida em excesso.

Por fim, com o Código de 2002, houve a definitiva previsão da lesão cível, o que já foi tratado no segundo tópico do presente trabalho.

4. OS FUNDAMENTOS DA LESÃO

Uma correta compreensão do direito contratual não prescinde de sua fundamentação filosófica. Afinal, os institutos que regulam os atos dos particulares de tráfego jurídico prestam-se, necessariamente, à concretização de uma ideia de Justiça, que se espraia pelo sistema jurídico por meio de princípios.

Fernando Noronha aponta na justiça e na equidade os fundamentos de todo o Direito, mesmo que estas noções antigas tenham sido suprimidas pelo positivismo do século XIX e da primeira metade do século XX¹⁹².

Karl Larenz, por sua vez, vê no contrato uma expressão da personalidade humana, consierando-o categoria fundamental do Direito. Por meio dele, as partes livremente criam vínculos normativos (autodeterminação), o que é mais respeitoso a sua liberdade que imposições arbitrárias ou coativas¹⁹³. Além disso, realizam transferência de propriedade (bens ou serviços) – a qual, por si mesma, é emanção essencial da personalidade e da liberdade humanas¹⁹⁴.

Para o jusfilósofo, as partes, por meio de declarações de vontade livremente manifestadas, vinculam-se pela confiança mútua no cumprindo da promessa dada, e é crucial que se respeite a palavra dada (*pacta sunt servanda*)¹⁹⁵. Contudo, mesmo que o direito contratual seja expressão da autodeterminação e auto vinculação, também deve se fundamentar nas noções de justiça e equivalência das prestações¹⁹⁶.

Mesmo sendo a liberdade contratual princípio de direito justo, há limites ao seu exercício. Primeiramente, as partes não podem abrir mão de seus direitos fundamentais, que são inalienáveis. Além disso, não podem se vincular desproporcionalmente, em situações que, por desigualdade econômica, dependam demasiadamente da prestação oferecida pela contraparte. Por fim, é possível que existam limitações fundamentadas em objetivos de política econômica (quando há desequilíbrios no mercado, por exemplo).¹⁹⁷

¹⁹² NORONHA, Fernando. O Direito... pp. 206-208

¹⁹³ LARENZ, Karl. Derecho justo... p. 68.

¹⁹⁴ Ibidem. p. 69.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 67.

¹⁹⁶ Ibidem. p. 80.

¹⁹⁷ Ibidem. pp. 74-75.

Portanto, a normativa precisa garantir que o exercício da autodeterminação seja isonômico¹⁹⁸. Tal discussão constitui, justamente, o objeto deste tópico.

4.1. Justiça e Equidade

A lesão, hodiernamente, tem como um dos fundamentos a noção de equilíbrio contratual¹⁹⁹, vez que este instituto “sempre esteve vinculado à ideia de equidade e de justiça contratual (...)”²⁰⁰. Para Ricardo Pleiti “(...) o princípio da equivalência milita a favor de uma justiça contratual objetiva, protegendo as partes de situações de abuso criadas pelas circunstâncias negociais e fazendo com que as regras do direito contratual se destinem, eficazmente, a promover a justa composição dos interesses”²⁰¹. Dessa forma²⁰²,

(...) o ressurgimento do instituto da lesão é um dos mais perfeitos símbolos da valorização do equilíbrio econômico – entendido como princípio da equivalência entre as prestações contratuais –, sendo tal ressurgimento decisivo para que o princípio em questão seja hoje considerado um dos três princípios que apoiam a construção de uma renovada teoria contratual.

Seguindo exposição de Tiago de David, é possível interpretar esses institutos a partir de uma concepção funcionalista, liberal ou aristotélica²⁰³. Para o funcionalismo, o direito privado serve para a consecução dos objetivos sociais predeterminados pelo direito público. Chega-se mesmo a abolir a distinção entre as searas do Direito, com a consequente extinção das categorias e valores tradicionais do direito privado, o que é criticável²⁰⁴.

Na concepção liberal, a vontade humana é entendida como a razão de ser do direito, sobretudo no direito privado. Contudo, essa supervalorização da liberdade culmina no individualismo “a ponto de isolar as relações civis, comerciais e consumeristas da tábua axiológica das constituições contemporâneas, de modo a consagrar o abuso de poder econômico”²⁰⁵.

Nesse sentido, pode-se admitir que a concepção justiça de matriz aristotélica, por ser mais ampla, permite “a absorção dos valores mais representativos da lógica contratual contemporânea, a igualdade, a liberdade e a justiça”²⁰⁶.

Em Aristóteles, a justiça é analisada em seus diferentes matizes, mas para fins do presente trabalho, interessa apenas a espécie de justiça corretiva, ou comutativa, que significa

¹⁹⁸ LARENZ, Karl. Derecho justo. p. 75

¹⁹⁹ BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado... p. 66.

²⁰⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro... p. 284

²⁰¹ PLEITI, Ricardo Padovini. Lesão... p. 102.

²⁰² Teresa Negreiros *apud* BRITO, Rodrigo Toscano de. Op. cit. p. 70.

²⁰³ DAVID, Tiago Bitencourt de. Justiça... p. 88

²⁰⁴ *Ibidem.* p. 89.

²⁰⁵ *Ibidem.* p. 91.

²⁰⁶ *Ibidem.* p. 91.

a “(...) a razão dos que agem de modo a não dar ou receber mais do que lhes é devido nas trocas e indenizações”²⁰⁷.

Essa correção ocorre de modo voluntário e involuntário: voluntariamente, tem-se as relações negociais, regidas atualmente pelo direito contratual; involuntariamente, tem-se o dever de reparar danos, regido atualmente pela responsabilidade civil²⁰⁸.

Para Fernando Noronha, a justiça contratual, reflexo da noção aristotélica de justiça corretiva (comutativa), é “a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”²⁰⁹.

Nesse sentido, a lesão tem a função de garantir justamente a comutatividade, a equivalência e a proporcionalidade no âmbito nos negócios, vez que “(...) a ideia de proporção entre as prestações caracteriza a ideia de sinalagma, termo utilizado inclusive na expressão grega que expressa a justiça corretiva (...).”²¹⁰

É importante salientar, todavia, que um certo grau de desigualdade sempre haverá em qualquer contratação, já que o tráfego negocial – numa sociedade que tem a livre iniciativa como um de seus fundamentos (art. 1º, IV, CF) – visa ao lucro, de modo que “todo contrato exprime uma luta de vontades canalizadas para uma finalidade interesseira, e é a resultante inevitável das desigualdades iniciais, visto ser impossível pela própria contingência humana a concretização de um pressuposto absoluto de igualdade das partes contratantes”²¹¹. A garantia do equilíbrio, portanto, não está em erradicar as desigualdades, mas em coibir excessos, pois “(...) onde e quando se faz mister a intervenção estatal é no caso de um dos contratantes abusar de sua superioridade (...).”²¹²

A **equidade**, por sua vez, é a expressão concreta da justiça²¹³, que vem a preencher a noção de justiça corretiva. Conforme Fernando de Noronha, a justiça contratual é expressão da justiça formal e substancial²¹⁴ (equidade).

Para o referido autor, a justiça formal está na garantia de que a autonomia da vontade seja corretamente exercida, tendo as partes a possibilidade de contratar em pleno uso de suas faculdades mentais, com o devido esclarecimento.

²⁰⁷ DAVID, Tiago Bitencourt de. *Justiça...* p. 108.

²⁰⁸ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 213.

²⁰⁹ *Ibidem*. pp. 214-215.

²¹⁰ DAVID, Tiago Bitencourt de. *Op. cit.* p. 109.

²¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão...* p. 106.

²¹² *Ibidem*, p. 106.

²¹³ NORONHA, Fernando. *Op. cit.* p. 218

²¹⁴ *Ibidem*. p. 220

Já a justiça substancial é garantida pelo efetivo equilíbrio entre os direitos e obrigações relativos ao contrato²¹⁵, que se dá de maneira objetiva e subjetiva. Objetivamente, a justiça substancial é entendida como equivalência entre os ganhos e os ônus obtidos; e subjetivamente, pela existência, para cada parte, de benefícios que superem os sacrifícios no ato negocial²¹⁶.

Portanto, mesmo que o Código Civil de 2002 tenha positivado a lesão como “defeito do negócio jurídico”, uma leitura atenta da obra de Fernando Noronha possibilita inferir que, na sua visão, trata-se mais de uma questão de justiça substancial que de vício de consentimento. O *foco* do instituto não está na da liberdade negocial (relativa à justiça formal), mas na situação de injustiça material. Assim²¹⁷

A lesão é causa de invalidade dos negócios jurídicos, mas é figura estranha aos vícios de consentimento. A explicação para não tratar o desequilíbrio entre as prestações como um defeito ligado a um erro na declaração da vontade ou mal-formação (sic) da mesma, é no sentido de que a pessoa que contrata conhece o conteúdo avençado, inclusive seus efeitos, mas não consegue, pelas mais diversas razões que se enquadram dentre os requisitos legais, colocar a sua liberdade negocial no trato e acaba por aceitar termos estabelecidos pela contraparte que são bastante desfavoráveis para si.

Dessa opinião é também Caio Mário da Silva Pereira, para quem “não é a lesão puramente um vício do consentimento, de vez que o desfazimento não tem por fundamento uma desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada”²¹⁸.

Nesse mesmo sentido, Eros Belin de Moura Cordeiro e Juliano Marcondes Pagani advertem que a classificação da lesão como mero defeito do negócio jurídico foi um acanhamento do instituto²¹⁹, eis que este instituto, “independentemente de afetar a consciência do sujeito contratante (algo que remonta à teoria contratual voluntarista), é desproporção, desequilíbrio”²²⁰.

Por sua vez, Anderson Schreiber, advogando uma leitura expansiva do instituto da lesão como busca da equidade, aduz que “o equilíbrio das prestações deve ser visto como diretriz fundamental, e não como remédio excepcionalíssimo, de aplicação autorizada apenas diante de vícios da vontade ou de ‘fatos imprevisíveis e extraordinários’”²²¹.

De qualquer forma, alerta Noronha que a tentativa de defesa da justiça substancial não pode anular a autonomia privada. Assim, oferece como proposta hermenêutica a consideração

²¹⁵ NORONHA, Fernando. *Direito...* p. 221

²¹⁶ *Ibidem*. p. 221

²¹⁷ DAVID, Tiago Bitencourt de. *Justiça...* p. 117.

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* p. 457

²¹⁹ CORDEIRO, Eros Belin de Moura; PAGANINI, Juliano Marcondes. *Cláusulas...* p. 91

²²⁰ *Ibidem*. p. 102

²²¹ SCHREIBER, Anderson. *O Princípio...* p. 27

de que todos os contratos, no âmbito civil, são presumivelmente justos, com equilíbrio de prestações e de benefícios e encargos, salvo casos especiais²²².

Nestes últimos, haveria injustiça pela ausência dos requisitos da justiça formal, ou pelo desequilíbrio das prestações. Esse desequilíbrio, por sua vez, poderia ser congênito à celebração do negócio (lesão ou estado de perigo) ou posterior (onerosidade excessiva)²²³.

Em sentido semelhante, Anelise Becker, analisando a fundamentação da lesão, aduz que a justiça contratual é fruto da necessidade de garantir o equilíbrio entre os patrimônios, e decorre de um imperativo da justiça comutativa²²⁴. Contudo, a autora diverge de Noronha ao considerar que a autonomia negocial, de acordo com o paradigma contratual moderno, se encontra em zonas residuais no âmbito da contratação²²⁵.

4.2. Função Social do Contrato

Outro fundamento que pode ser apontado para a lesão é o princípio da função social do contrato “(...) uma vez que a antiga majestade antes concedida ao *pacta sunt servanda* cede lugar agora a uma compreensão mais ampla do negócio”²²⁶. Para Anelise Becker, a satisfação econômico-social das necessidades das pessoas é possibilitada pela consideração da função social do contrato²²⁷.

Dispõe o art. 421 do Código Civil que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Segundo Ricardo Pleiti, isso não significa que os interesses das partes devem ser ditados pela coletividade, mas que a liberdade negocial deve ser exercida nos limites do bem comum, com fins à satisfação da dignidade da pessoa humana²²⁸.

A concepção tradicional de contrato deixa a desejar na regulação das realidades negociais modernas, que tendem a ser cada vez mais típicas e uniformes, e não singularizadas²²⁹. Assim, como imperativo de justiça, surge²³⁰

Um novo conjunto de normas de ordem pública, aplicado especificamente ao intercâmbio de bens e serviços considerados em si mesmos e cuja expansão deu-se precisamente no Direito contratual, consubstanciado não mais em uma ordem de exceção, mas sim num ‘instrumento técnico de uma legislação diversificada concorrente com o Direito civil clássico’, atendendo ao crescente grau de publicismo em certos campos da vida

²²² NORONHA, Fernando. Direito... pp. 225-226

²²³ Ibidem. p. 227

²²⁴ BECKER, Anelise. *Teoria...* pp. 57-58

²²⁵ Ibidem.. p. 77

²²⁶ PLEITI, Ricardo Padovini. Lesão... p. 103

²²⁷ BECKER, Anelise. Op. cit. pp. 58-59

²²⁸ PLEITI, Ricardo Padovini. Op. cit. p. 103.

²²⁹ BECKER, Anelise. Op. cit. p. 67

²³⁰ Ibidem. pp. 73-74

tradicionalmente considerados de domínio privado exclusivo, compôs a assim denominada ordem pública econômica e social.

Noutro prisma, sendo a Constituição Federal diploma normativo do qual dimana a autoridade do sistema jurídico em geral, todos os demais institutos do ordenamento devem ser interpretados à luz de seus valores, princípios e regras. Com efeito, a Carta justapõe a livre iniciativa (art. 1, IV, CF) ao lado da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF) como fundamentos da República, estabelecendo que a ordem econômica, calcada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF). Além disso, ao prever como objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades (art. 3º, III, CF), consagra o princípio da igualdade substancial.

Dessa forma, levando-se em consideração que a função social do contrato decorre não apenas do direito civil, mas também da Constituição Federal²³¹, “desenvolve-se atualmente, assim, uma tutela material dos contratos construída a partir da carga axiológica presente no texto constitucional”²³², em que “(...) a noção de equilíbrio contratual é construída a partir dos valores centrais do sistema jurídico e não, da *vontade individual das partes*.”²³³

Karl Larenz, traz importantes contribuições nesse sentido. Para o autor, o contrato, como fonte normativa, não pode estar indiferente ao ordenamento, pois o mero consentimento no ato de contratar não garante sua justiça, mesmo porque há preocupação na defesa dos interesses dos mais fracos economicamente. Nesse sentido, o ordenamento cria as bases para que as partes possam contratar com justiça²³⁴.

Contudo, ressalva o jurista que há uma independência entre a emanção de vontade da parte e o reconhecimento pelo sistema jurídico. A avença vale por si mesma, pois gera confiança de seu cumprimento, que por sua vez gera o vínculo entre as partes. O fundamento último da força obrigatória dos contratos está no reconhecimento da capacidade do ser humano de formar vínculos, emanção de seu poder ético, pois o Direito Justo calca-se na confiança²³⁵.

Assim, a função social do contrato, embora se contraponha à concepção puramente liberal (*voluntarista*), também não precisa decair ao *funcionalismo*, e pode ser mais bem

²³¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro... p. 287.

²³² CORDEIRO, Eros Belin de Moura; PAGANINI, Juliano Marcondes. Cláusulas... p. 89

²³³ Ibidem. p. 90

²³⁴ LARENZ, Karl. Derecho justo... p. 80.

²³⁵ Ibidem. pp. 72-73.

fundamentada nas noções de autodeterminação, de justiça comutativa e de equidade (como já exposto).

Nesse sentido, embora não haja uma separação estanque entre direito público e privado, também não há uma identidade. Existem graus de privatismo e publicismo, na medida em que a liberdade contratual é exercida com a garantia de sua efetividade, de acordo com situação a socioeconômica dos contratantes²³⁶.

Para Anelise Becker, o devir histórico criou uma cisão no conceito de contrato. Existem os contratos negociados e os de adesão, e isso se reflete nos elementos da lesão para cada um deles.

Nos contratos de adesão, o desequilíbrio é pressuposto, o que implica em maior intervenção estatal, e um conceito de lesão de constatação meramente objetiva. Nos contratos negociados, há maior liberdade e maior grau de privatismo, o que demanda menor intervenção do Estado, implicando numa lesão com requisitos subjetivos (cuja existência desconfigura a presunção de equilíbrio)²³⁷.

Sendo assim, os negócios lesivos são punidos com a invalidade porque a vontade exercida por meio deles não é direcionada à sua função social, ou seja, ao bem comum (contemplado, aqui, o bem comum relativo às próprias partes).

4.3. Boa-fé Objetiva

A lesão pode ser entendida como uma concreção da boa-fé objetiva, pois este princípio, imanente a todo Direito Privado, fundamenta todos os seus institutos. Ademais, é “impossível dissociar-se, nos dias de hoje, a teoria da autonomia da vontade e os princípios da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda* (...) do princípio da equidade e do princípio da boa-fé objetiva.”²³⁸

Para Humberto Theodoro Jr. “ao tirar vantagem da situação de inferioridade do outro contratante, o beneficiário, de certa maneira, descumpre o dever de boa-fé que o Código, em boa hora, inclui entre os princípios que presidem tanto a conclusão como a execução dos contratos (art. 422)”²³⁹.

Conforme exposição de Danilo Badaró Mendonça, os vícios da vontade podem se fundamentar em sucessivas doutrinas, como a teoria da vontade, a teoria da declaração, a

²³⁶ BECKER, Anelise. *Teoria...* pp. 78-81.

²³⁷ *Ibidem*. pp. 83-84

²³⁸ AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão. *A lesão...* p. 110

²³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários...* p. 230

teoria da responsabilidade ou a teoria da confiança – esta última intrinsicamente relacionada à noção de boa-fé objetiva.

A teoria da vontade, sistematizada por Savigny, entende os vícios da vontade como um descompasso entre a vontade interna do sujeito a declaração pode ele emitida²⁴⁰. Contudo, pelo excessivo subjetivismo, essa concepção foi sendo paulatinamente mitigada, o que culminou na teoria da declaração. Para esta construção doutrinal, os vícios dos negócios jurídicos dizem respeito aos efeitos da declaração emitida. Afinal, quem emite uma declaração deve ficar sujeito a ela, por um imperativo de segurança jurídica.

Todavia, esse posicionamento também é questionável, eis que “confere proteção excessiva ao destinatário da declaração”. A teoria da responsabilidade, como síntese das anteriores, reza que, “havendo divergência entre a vontade e a declaração, deve prevalecer esta última, se a divergência tiver sido provocada por culpa ou dolo do próprio declarante”²⁴¹.

Por fim, a teoria da confiança aduz que o negócio jurídico não deve ser visto apenas à luz do comportamento do declarante, mas também do destinatário da declaração, pois “é preciso verificar se o mesmo tem legítima expectativa, ou seja, se agiu com boa-fé, ou se também contribuiu com culpa ou dolo”²⁴².

Karl Larenz, também fundamenta a força vinculativa dos negócios na teoria da confiança. Para o autor, com a declaração de vontade, há criação da expectativa de seu cumprimento, o que pressupõe a confiança, identificada pelo autor como a garantia da segurança jurídica e da colaboração entre as partes no tráfego negocial²⁴³.

Subjetivamente a confiança implica numa interpretação das declarações de vontade conforme o que seria razoavelmente esperado: se o equívoco partiu do declarante, interpreta-se segundo o horizonte de compreensão do destinatário; se, por sua vez, o destinatário entendeu mal a declaração, a interpretação é favorável ao declarante²⁴⁴.

Objetivamente, o autor identifica a confiança com os imperativos da ética, que em sua visão se confundem com a noção de boa-fé. Assim, não interessa apenas a declaração de vontade em sua literalidade textual, mas também sua finalidade, suas circunstâncias, os aspectos não escritos da negociação, os costumes negociais e os deveres anexos à obrigação principal²⁴⁵.

²⁴⁰ MENDONÇA, Danilo Badaró. *Lesão...* pp. 726-727.

²⁴¹ *Ibidem*. p. 727.

²⁴² *Ibidem*. p. 727.

²⁴³ LARENZ, Karl. *Derecho justo...* pp. 90-91.

²⁴⁴ *Ibidem*. p. 92.

²⁴⁵ *Ibidem*. p. 96.

Para Danilo Mendonça²⁴⁶, seguindo entendimento de Humberto Theodoro Junior, o nosso ordenamento é mais coetâneo com a teoria da confiança. O art. 112 do Código Civil atesta que interessa à configuração dos negócios jurídicos mais a intenção consubstanciada nas declarações de vontade emitidas que a literalidade da linguagem empregada, o que remete à noção de “legítima expectativa” do negócio.

Já o art. 113, ao dispor que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé”, e art. 422, ao prever que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” são de suma importância para o reconhecimento de que as negociações devem se operar calcadas na confiança, entendida como boa-fé.

Assim, para uma correta fundamentação do instituto da lesão é recomendável a exposição do que seria a boa-fé. Subjetivamente, ela se refere ao estado psíquico do sujeito, “denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito”²⁴⁷. Objetivamente, diz respeito ao exterior do sujeito, pois se consubstancia em deveres de conduta deste perante os demais com quem mantém relações.

A boa-fé não era instituto previsto no Código Civil de 1916, embora houvesse discussões doutrinárias a respeito e seu uso tenha sido relativamente difundido na prática forense. Ou seja, mesmo antes de adotar sua configuração normativa atual “a doutrina apontava a incidência da boa-fé em todo em qualquer contrato”²⁴⁸.

Nesse contexto, era considerada “princípio geral do direito”²⁴⁹, na mesma linha de pensamento do legislador da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em cujo artigo 4º se prevê que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Todavia, com sua adoção pelo Código Civil de 2002 a boa-fé ganhou outros contornos, objetivando-se. Afora sua previsão expressa (artigos 113 e 422), ela se coadunou com a nova lógica do sistema civilístico.

No Código de 1916, preponderava a noção de completude das leis e da tipicidade cerrada dos institutos jurídicos, típico das codificações oitocentistas que “pela interligação

²⁴⁶ LARENZ, Karl. *Derecho justo...* p. 728.

²⁴⁷ REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 30/10/2016

²⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 17

²⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1991. p. 241

sistemática de regras casuísticas, tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada”²⁵⁰.

Já no Código de 2002 houve a adoção da técnica das cláusulas gerais que possibilitou uma ligação intra sistemática, intersistemática e extra sistemática²⁵¹ dos institutos²⁵²:

(...) a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos [que] atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou mediante variáveis tipologias sociais, de usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social.

Adotou-se, portanto, a noção de sistema aberto à evolução social, e não de um todo acabado e fechado. Segundo Judith Martins-Costa, a cláusula-geral da boa-fé objetiva permite um sistema aberto, flexível para o ordenamento jurídico civil.

Evita-se a necessidade da aplicação reiterada de uma pontual interpretação legislativa, possibilitando uma paulatina reconstrução sistemática do Direito Privado. Assim, permite-se que o raciocínio sistemático, próprio dos sistemas fechados e de regras, seja permeado pelo raciocínio tópico, próprio dos sistemas abertos.

Com a cláusula geral da boa-fé objetiva, é possível a introdução de valores no sistema jurídico. A sua inserção permite a recepção de elementos externos ao que já foi previsto na lei, à mutabilidade da vida, possibilitando à prática forense coordenar isso com os demais elementos do sistema²⁵³.

Na concepção oitocentista, as relações obrigacionais eram apenas consideradas em sua dimensão econômica (em sentido estrito), como a seca relação entre uma prestação e uma contraprestação, a qual “trazia na figura do devedor um estado de subordinação, sendo ele o único responsável pelo adimplemento, garantindo-o através do seu patrimônio.”²⁵⁴

Contudo, levando-se em consideração a perspectiva da boa-fé objetiva, a relação jurídica é um conjunto complexo e total de direitos (sentido amplo).

Em sentido estrito, a relação obrigacional é estática, referindo-se a uma análise atomística, de crédito e débito. Em sentido amplo, a relação é dinâmica, referindo-se a uma análise estrutural, em que não se consideram apenas as relações de crédito e débito, mas

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro...* p. 116.

²⁵¹ Ibidem. p. 99.

²⁵² Ibidem. p. 119.

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 22

²⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 302

também os *poderes formativos, os deveres jurídicos e os estados de sujeição que permeiam essa relação central*²⁵⁵.

Neste entorno, existem valores sociais que ultrapassam a mera transação econômica objeto do negócio, ou seja, “vários elementos que integram a relação e, notadamente, do caráter vago ou aberto de alguns, apenas possíveis de concretização através das cláusulas gerais, muito especialmente a da boa-fé”²⁵⁶.

Além disso, as relações de crédito e débito geralmente se pautavam pela ideia de uma oposição entre o credor e o devedor²⁵⁷: duas partes com interesses opostos e que procuram obter vantagens pessoais no negócio jurídico. Com a boa-fé objetiva, há a noção da *colaboração* entre as partes: ambas negociam para consecução de um objetivo comum, que não é a mera satisfação de um débito. A boa-fé faz da relação contratual “uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato”²⁵⁸.

Expandindo-se a análise, temos que a relação crédito-débito está inserida num plexo maior de relações entre estes mesmos sujeitos de direito, as quais, por sua vez, fazem parte de uma cadeia muito maior de relações, que formam a sociedade. Esta, por sua vez, consagra valores que devem ser concretizados em todas as relações. Assim, “os fatos, isoladamente considerados, são meras abstrações, apenas adquirindo verdade e concentricidade quando inseridos no todo. A totalidade, portanto, só o será quando concretamente considerada”²⁵⁹. Nas palavras de Teresa Negreiros:

A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana.²⁶⁰

Logo, a “noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato”, que passa a ser entendido como “um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”²⁶¹.

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* p. 384

²⁵⁶ Ibidem. p. 386

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. pp. 388-389

²⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 130

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 390

²⁶⁰ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 281-282

²⁶¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria...* pp. 106-107

Além disso, a boa-fé pode ser apontada como uma nova fonte do direito. Tradicionalmente, as obrigações nasciam apenas de negócios jurídicos ou da responsabilidade civil. Com a boa-fé, há possibilidade das obrigações se originarem de atos existenciais concernentes ao mínimo existencial do indivíduo. Não se questiona a vontade do sujeito, mas o “significado social típico”²⁶² destas obrigações, que não são acordos interpartes para buscar lucros, mas obrigações que decorrem da própria necessidade de subsistência material dos contratantes.

A doutrina constatou a existência de três funções básicas da boa-fé objetiva: a de cânon interpretativo, a limitar direitos e a de fonte de deveres – as quais, na prática, se complementam²⁶³.

Em linhas gerais: a *função interpretativa* diz respeito ao preenchimento de lacunas dos tipos legais, conforme a concretude de cada caso; a *função de limitação de direitos* sé a vedação à utilização de prerrogativas individuais formalmente previstas que ofendam o ideal de justiça consagrado no ordenamento; por fim, como *fonte de deveres*, a boa-fé faz surgir deveres secundários, laterais, acessórios à obrigação principal de crédito-débito.

Entende-se que a lesão se conecta mais às funções de limitação de direitos e de fontes de deveres.

Por um lado, o instituto *limita dos direitos*, pois gera a anulação de negócio jurídico em que se verifica a existência de seus elementos subjetivos e objetivo. A lesão cria hipóteses em que o sistema jurídico não permite que o titular de direitos advindos de uma negociação lesiva se valha dessa situação, pelo fato dela não se coadunar com a noção de justiça contratual almejada pelo ordenamento.

Por outro lado, a lesão faz surgir nos contratantes *deveres anexos*. Além de fornecerem suas respectivas prestações, as partes devem verificar se: a) o objeto da negociação é manifestamente desproporcional; b) existe uma situação de premente necessidade que induza a contraparte ao negócio; ou c) a contraparte é inexperiente naquele tipo de negociação.

Note-se que a lesão tem o condão de fazer valer, por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva, *valores sociais* que interessam ao ordenamento jurídico – como a justiça social, a equidade e a dignidade da pessoa humana –, pois protege o contratante em situação de inferioridade em contratos desproporcionais.

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...* p. 395

²⁶³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria...* p. 140

Além disso, a lesão, ao proteger contratantes vulneráveis, vai ao encontro da noção, positivada pela boa-fé objetiva, de que o *contrato é uma colaboração*, e não contraposição de interesses individuais egoísticos.

Por fim, com a lesão, há uma *expansão da análise da relação jurídica*: não se considera apenas a relação crédito-débito, mas também a situação dos contratantes no momento da assunção da obrigação.

5. A EXEGESE JURISPRUDENCIAL

A compreensão dogmática de qualquer instituto se enriquece pela análise de sua aplicação prática. Afinal, de nada adianta discutir a dogmática e a fundamentação dos institutos sem buscar compreender de que modo eles, de fato, alteraram as esferas jurídicas das pessoas concretamente consideradas.

Todavia, é preciso alertar que não foram muitas as decisões encontradas sobre a lesão, a ponto de se poder realizar um trabalho suficientemente extenso apto a gerar conclusões científicas de peso. Na opinião de Anderson Schreiber, aliás, a lesão tem sido pouco aplicada pelos tribunais devido às dificuldades de prova de seus elementos subjetivos, bem como à visão que o Poder Judiciário tem de entender a alegação de lesão como um “vitimismo”²⁶⁴.

De todo modo, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto nos Tribunais de Justiça em geral, percebe-se a aplicação da lesão em âmbito cível, mesmo antes de sua definitiva positividade com o Código de 2002, o que demonstra a relevância do instituto.

5.1. A Exegese do STJ

Nesse contexto, as decisões do Superior Tribunal de Justiça são de fundamental importância, pois esta é a Corte responsável pela uniformidade da jurisprudência pátria e dela emanam as diretrizes para todas as demais decisões proferidas em âmbito nacional.

Dentre as decisões encontradas a respeito no STJ, percebe-se que a Corte tende considerá-la como tema próprio dos juízos de primeira e segunda instância. Aduzem os ministros que sua análise implica a reapreciação de matérias fáticas e probatórias, o que é afastado pela exigência da Súmula 7²⁶⁵ do tribunal.

Tal entendimento está exarado, por exemplo, nos julgados do Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial n. 1.408.642/RJ²⁶⁶, do Agravo Regimental no Agravo no

²⁶⁴ Diz o autor que: “Mais de dez anos após a edição do Código Civil de 2002, a aplicação jurisprudencial do instituto da lesão tem sido, entre nós, extremamente diminuta. A alegação da lesão em sede judicial é inibida pelas dificuldades inerentes à demonstração de um estado de “inexperiência” ou “necessidade” do contratante lesado – tese vista já de antemão com antipatia pelo Poder Judiciário por seu caráter vitimista, em um campo onde as relações são presumidamente paritárias.” (SCHREIBER, Anderson. *O Princípio...* p. 12)

²⁶⁵ Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial n. 1.408.642/RJ, da Quarta Turma, Ministro Marco Buzzi; DJe 16/08/2016.

Recurso Especial n. 191.369/SP²⁶⁷, do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.310.051/RS²⁶⁸ e do Recurso Especial n. 1.444.194/PI²⁶⁹.

Outrossim, há outros casos em que o STJ não se furtou ao julgamento. Antes de tratar dos casos em que o tribunal julgou com fulcro no Código Civil de 2002, é importante a verificação de feitos em que a lesão foi abordada ainda sob a vigência do Código de 1916, para sua melhor compreensão histórica. Nestes casos, o STJ aplicou o instituto mesmo sem previsão expressa no Código de 1916, sob argumentos variados.

A diferenciação entre a lesão e os vícios da vontade foi explanada com profundidade do Recurso Especial n. 107.961/RS²⁷⁰, Informativo de Jurisprudência n. 88/2001. Tratava-se de caso em que duas pessoas analfabetas *foram conduzidas a realizarem negócio jurídico* de cessão de direitos hereditários, manifestamente desfavorável para elas mesmas.

Segundo o relator, levando-se em consideração a distinção entre o instituto de lesão e os vícios de consentimento de Anelise Becker (exposto no livro Teoria Geral da Lesão nos Contratos), percebe-se que o caso se trata de dolo (vício de consentimento). Para Anelise Becker, na lesão, diferentemente do que ocorre no dolo, o lesado *quer o contrato* e compreende a desproporção, mas aceita-o por necessidade ou inexperiência.

No caso, os contratantes pouco instruídos foram induzidos à celebração do negócio através de *expedientes astuciosos* perpetrados pela contraparte, não tendo, portanto, compreensão da desproporção entre o preço avençado e o real valor da coisa. Logo, configurou-se um vício de consentimento (dolo), e não a lesão.

Afora as considerações do relator, nesse caso foi possível constatar o *dolo de aproveitamento*, que, como visto, não é elemento integrativo do suporte fático da lesão. Afinal, a lesão protege a manifestação de vontade lesado, e não visa a punir a conduta maliciosa do beneficiário. Entende-se, portanto, que o instituto foi corretamente afastado.

No Recurso Especial n. 1.183.315/ES²⁷¹, também se vislumbra a aplicação da lesão em fatos ocorridos sob a égide do Código de 1916 (embora o julgado seja de 2016), como desrespeito aos princípios da boa-fé e da equidade, o que gerou sua anulabilidade. Assim

²⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 191.369/SP, da Primeira Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 03/10/2012.

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.310.051/RS, da Terceira Turma, Ministro Sidnei Beneti, Dje 04/06/2012.

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.444.194/PI, da Quarta Turma, Ministro Marco Buzzi; DJe 30/03/2015.

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 107.961/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 13/3/2001.

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.183.315/ES, Quarta Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, Dje 01/02/2106.

disse o relator, em excerto que merece ser reproduzido por aludir tanto ao histórico como aos fundamentos do instituto²⁷²:

(...) força reconhecer que o Código Civil de Clóvis Beviláqua, de caráter voluntarista e essencialmente individualista, não mencionou entre seus dispositivos, de modo expresso, o instituto da lesão, como o fez o legislador de 2002. Acontece que a lesão tem como fundamento teórico os princípios gerais da boa-fé e equidade, comandados a presidir a ordem social, “subordinando o direito à moral, segundo elevada concepção do sentido de Justiça” e, por isso, a “circunstância de deixar de legislar sobre a lesão não impede a aplicação da teoria”, ante a estrutura acolhida, já em 1916, baseada na ideia de proceder com correção, dignidade, pautada a atitude nos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar. (...) Destarte, a impugnação recursal, no ponto, é rechaçada por razões que emergem do próprio sistema jurídico e da rede principiológica que o cerca. É que, conforme dito, o instituto da lesão se caracteriza pelo desrespeito à cláusula geral da boa-fé pelo agente que a provoca, atitude que antecede e independe de qualquer previsão legal do instituto.

Outra solução jurídica encontrada pela Corte para aplicar o instituto sem a positivação legal ocorreu no Recurso Especial n. 434.687/RJ²⁷³. A lesão, nesse caso, foi aplicada como hipótese de ilicitude do objeto, e gerou a nulidade do negócio, seguindo a linha da jurisprudência anterior ao Código de 2002, como já esboçado no capítulo referente ao histórico do instituto no Brasil.

Note-se, todavia, uma relevante divergência entre os dois últimos julgados quanto ao grau de invalidade atribuído ao negócio. Embora ambos tratem de fatos ocorridos sob a égide do Código de 1916, no Recurso Especial n. 1.183.315/ES houve apenas a anulação do negócio lesivo, e no Recurso Especial n. 434.687/RJ, a declaração de sua nulidade.

Tal falta de uniformidade jurisprudencial, sem dúvidas apta a gerar insegurança jurídica, é reflexo da falta de delimitação positiva do instituto no Direito Civil. Afinal, como visto no desenvolvimento histórico do instituto, ele assumiu diversas naturezas jurídicas, com efeitos próprios para cada contexto, gerando desde a inexistência do pacto (lesão enormíssima), até sua ineficácia (revisão na lesão enorme), passando pela sua invalidade (como hipótese de nulidade e anulabilidade).

Como exemplo de discussão a respeito do instituto já positivado no Código Civil de 2002, veja-se o Recurso Especial n. 1.117.137/RS²⁷⁴. A controvérsia diz respeito a contratação de serviços advocatícios por gestores de uma grande sociedade anônima. No caso,

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.183.315/ES, Quarta Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, Dje 01/02/2016.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 434.687/RJ, Quarta Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, Dje 11/10/2004

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1117137/RS, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrichi, Dje 30/06/2010

o STJ afastou a incidência da lesão, mas o voto da relatora é útil ao presente trabalho, vez que a delimitação do instituto também se por forma negativa.

Primeiramente, a lesão foi afastada pela ausência de necessidade ou de inexperiência. A relatora considerou o capital social elevado da empresa contratante como fator determinante para afirmar que seus gestores não eram inexperientes em na contratação de serviços jurídicos. Ou seja, no entender da relatora, mesmo os contratantes não tendo diplomação formal que ateste conhecimentos jurídicos, o poderio econômico da corporação para a qual atuavam fazia pressupor que dele dispunham, de alguma forma.

Além disso, considerou-se que não poderia haver a lesão já que não existia desproporcionalidade de prestações na época da contratação. É um exemplo prático em que se reconheceu a diferença entre a lesão e a onerosidade excessiva, aplicando-se a ressalva feita pelo art. 157, § 1º do Código Civil. No mesmo sentido, o Recurso Especial 835.498/GO²⁷⁵, que afastou a incidência da lesão, prevê esta importante distinção.

Já no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 843.265/RS²⁷⁶ houve a aplicação do instituto. A matéria versava sobre prestação de serviços advocatícios, em que houve, logo após a contratação, a resolução da avença. A desproporção se vislumbra na ocorrência do distrato apenas cinco dias após a contratação, sem a prestação de serviço algum, caracterizando o elemento objetivo da lesão.

Quanto ao elemento subjetivo, trata-se da inexperiência do contratante em assuntos jurídicos, o qual exerce a profissão de prático marítimo. Destaque-se que, neste caso, a situação econômica da parte não foi critério relevante para constatação de sua experiência em negócios jurídicos, mas sim o seu conhecimento técnico específico.

O cotejo dos últimos julgados acima traz à tona a importante questão dos critérios práticos para reconhecimento da inexperiência. Como visto, ele elemento foi aplicado em favor de um prático marítimo, mas não de executivos de uma grande sociedade anônima. Constata-se, assim, que a riqueza em si mesma, no caso de pessoas físicas, não é determinante (afinal é notório que um prático marítimo recebe alta remuneração, bem maior que a da maioria dos executivos). Trata-se, aqui, de uma confirmação prática de que a lesão se fundamenta na noção de justiça comutativa, que visa a corrigir desequilíbrios de trânsito jurídico, e não necessariamente proteger pessoas socialmente vulneráveis.

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 835.498/GO, Terceira Turma, Rel. Sidnei Benetti, Dje10/09/2010

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 843.265 / RS, Terceira Turma, Rel. Marco Aurélio Belizze, Dje 01/07/2016

Todavia, o poderio econômico, no âmbito de pessoas jurídicas foi considerado relevante, pois se presumiu que grandes empresas fornecem a seus prepostos as condições necessárias para que sejam bem informados a respeito de negócios – mesmo que eles mesmos não possuam, formalmente, esse tipo de conhecimento técnico.

O Recurso Especial n. 1.265.890/SC²⁷⁷, embora afaste a incidência da lesão, trouxe importantes parâmetros práticos para sua verificação. Trata-se de acordo extrajudicial “por meio do qual a recorrida renunciou ao direito de pleitear novas indenizações relativas ao evento, ressaltando apenas danos materiais que ultrapassassem o limite dos valores acordados”.

Objetivamente, a existência da desproporção foi afastada pelas circunstâncias do caso: mesmo que a parte tenha recebido, com o acordo, menos do que poderia receber em ação indenizatória, recebeu-o imediatamente e com segurança, furtando-se à demora e à incerteza inerentes ao processo judicial. Em suma: não há que se falar em desproporção se há uma indeterminação do bem jurídico almejado pelo suposto lesado.

Subjetivamente, a inexperiência foi afastada pela presença de advogado, que acompanhou a parte quando da transação. É possível deduzir, assim, que a inexperiência, mesmo existente na pessoa, é afastada pela assistência técnica externa. Aqui, há uma semelhança de critério com a presunção de que os executivos de uma grande corporação detêm conhecimentos técnicos que afastam a inexperiência.

Além disso, a decisão menciona o controverso elemento do dolo de aproveitamento, entendendo-o como presumido e afastável pela comprovação da boa-fé objetiva, *in verbis*:

Ainda que esse abuso, consubstanciado no dolo de aproveitamento – vantagem que uma parte tira do estado psicológico de inferioridade da outra – seja presumido diante da diferença exagerada entre as prestações, essa presunção é relativa e cai por terra ante a evidência de que se agiu de boa-fé e sem abuso ou exploração da fragilidade alheia. (...) Em outras palavras, do ponto de vista psicológico, a conduta da parte contratante deve seguir um padrão socialmente aceito como apto à criação de relações jurídicas, sob pena de a sua manifestação não revestir o caráter efetivo de uma declaração de vontade, afetando o negócio jurídico de sua validade.

Para efeitos práticos, entende-se a simples menção ao termo “dolo de aproveitamento” não vai de encontro à concepção de que ele é elemento irrelevante. Afinal, sendo o objeto de análise da julgadora a boa-fé *objetiva*, que diz respeito à *conduta*, ela não se preocupou com o estado anímico da parte beneficiária em se aproveitar da vulnerabilidade da outra.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.265.890/SC, Ministra Nancy Andriighi, Dje. 09/12/2011

Quanto ao critério objetivo da lesão, o Recurso Especial n. 1.155.200/DF²⁷⁸, Informativo de Jurisprudência 464, estabeleceu importante parâmetro. No caso, trata-se de contrato de honorários advocatícios, na modalidade de risco, em que há previsão da *quota litis* de 50% do benefício econômico obtido na hipótese de vitória. Com efeito, a Turma, por maioria, fixou os honorários em 30% como de justiça. Dessa forma, deduz-se que há desproporcionalidade quando contratos advocatícios são formulados em valores superiores a 30% do benefício econômico a ser obtido.

Além disso, quando ao Recurso Especial n. 1.155.200/DF, cabe aduzir ao voto-vista da Ilustríssima Ministra Nancy Andrighi, que trouxe importantes contribuições. No texto, a julgadora relaciona a interpretação da lesão com as normas legais que definem cânones comportamentais, a saber, a função social do contrato (art. 421), a boa-fé objetiva (art. 422) e a vedação ao abuso de direito (art. 187). Assim, temos que o instituto é fundamentado, conforme visto anteriormente, na exigência de um comportamento idôneo e que vise à cooperação interpartes, além da mera satisfação de interesses privados.

Por sua vez, os Recursos Especiais n. 1.106.625/PR²⁷⁹ e n. 977.007/GO²⁸⁰ trazem importante contribuição, ao identificarem os parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código Civil como concretizações do princípio da conservação do negócio jurídico.

5.2. A Exegese dos Tribunais de Justiça

Também é interessante, para uma compreensão mais prática do instituto, vislumbrar como ele é aplicado na prática forense dos Tribunais de Justiça de todo o país. Afinal, nessa instância jurisdicional, mesmo que o processo já esteja instruído, ainda é possível o reexame de matérias fático-probatórias, o que é vedado no STJ. Contudo, pelo número evidentemente demasiado de julgados, que são tomados a título exemplificativo, a análise será efetuada por temas, em vez caso a caso.

5.2.1 Concretização de Princípios

A lesão, prestando-se a concretizar princípios imanentes a todas as relações negociais, é assim prevista na jurisprudência. A boa-fé objetiva é apontada como fundamento do instituto, por exemplo, na Apelação Cível 20130110035947²⁸¹, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Apelação Cível n. 00101183620128260577, do Tribunal de Justiça de

²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.155.200/DF, Massami Uyeda, julgado em 22/02/2011.

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.106.625/PR, Sidnei Beneti, Dje 09/09/2011

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 977.007/GO, Nancy Andrighi, Dje 02/12/2009.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 20130110035947, 4ª Turma Cível, Rel. Arnaldo Camanho de Assis, Dje 05/06/2015

São Paulo²⁸² e na Apelação Cível n. 0001903-0220118120026, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul²⁸³.

Já no julgamento da Apelação Cível 6622553²⁸⁴, do Tribunal de Justiça do Paraná, tratava de contrato de honorários advocatícios, em que havia cláusula prevendo que o inadimplemento de qualquer parcela da avença acarretaria a rescisão integral do contrato, mantendo-se, contudo, o pagamento dos honorários. O Tribunal considerou a identificação de desproporção lesiva como, além de ofensa à boa-fé objetiva, quebra de equidade de relação negocial, reconhecendo dois dos principais fundamentos do instituto, conforme a exposição ora realizada.

5.2.2. A Desproporção

No que tange à desproporção, é possível detectar uma flexibilidade dos tribunais quanto à necessidade de perícia para sua verificação. Nos autos da Apelação Cível n. 10035130082148001²⁸⁵, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais anulou a sentença que indeferiu a realização de perícia para elucidação dos fatos.

Contudo, quando se afasta de plano a lesão pela inexistência de elementos subjetivos, a perícia é descartada, como ocorreu na Apelação Cível n. Tribunal 70051336212²⁸⁶, do de Justiça do Rio Grande do Sul e na Apelação Cível n. 20120910040493²⁸⁷, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e na Apelação Cível 391185420088260114²⁸⁸, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Mas o contrário também é verdadeiro: quando a desproporção não existe, nem se cogita a configuração da lesão, independentemente de análise da existência de elementos subjetivos (Apelação Cível n. 70061454583²⁸⁹). Nesse caso, percebe-se o reconhecimento da lesão como *vício da manifestação da vontade*, ou seja, uma exteriorização da vontade com defeitos.

²⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 00101183620128260577. 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Dje. 01/12/2015

²⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0001903-02.2011.8.12.0026. Rel. José Ale Ahmad Netto, Dje. 26/01/2016.

²⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 6622553, 14ª Câmara Cível, Rel. Themis Furquim Cortes. Julgamento 13/10/2010.

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 10035130082148001, 11ª Câmara Cível, Rel. Alberto Diniz Junior. Julgamento: 18/05/0015

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70051336212, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 12/02/2015

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120910040493, 5ª Turma Cível, Rel. Joao Egmont Dje. 14/04/2015.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 391185420088260114. 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Theodureto Camargo, Dje. 19/07/2011.

²⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70061454583. 18ª Câmara Cível. Rel. Pedro Celso Dal Pra, julgamento em 09/10/2014.

Exemplos interessantes de desproporção são verificados em diversos tribunais e merecem uma revisão elucidativa, já que, como exposto no capítulo sobre a dogmática do instituto, esse elemento é dado ao arbítrio do juízo, segundo os mais variados casos.

Na Apelação Cível n 0332172010²⁹⁰, do Tribunal de Justiça do Maranhão, verificou-se a existência de desproporção no acordo judicial entre um proprietário de terras e uma agricultora por meio da qual esta última, apesar de deter título justo, cedeu seu terreno sem nada receber em contrapartida. Verifica-se aqui a existência iniquidade, que pode ser resolvida pela aplicação da lesão – mesmo que, tecnicamente, o caso pudesse ser mais relacionável à vedação do enriquecimento sem causa, pela inexistência de sinalagma.

A desproporção também pode ser verificada na especificação dos preços dos bens transacionados. Na Apelação Cível n. 24050032952²⁹¹, o Tribunal do Espírito Santo constatou a lesão quando um bem foi vendido a um quarto do seu valor. Nesse feito, destaca-se o papel do Estado na definição do justo preço segundo os imperativos da equidade de da justiça comutativa.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 9186400572009826²⁹², aduz que a desproporção se vislumbra pelo cotejo entre o preço avençado e a média do mercado para a época da contratação. Nesse mesmo sentido, esta a Apelação Cível n. 446424520078070001²⁹³, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

A Apelação Cível 00093035520088190001²⁹⁴, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, versou sobre contrato de honorários advocatícios, em que houve rebaixamento de seu valor de 50% sobre o ganho econômico total recebido em ação de inventário, para apenas 5% sobre o valor efetivamente recebido pelo réu no espólio, mantido um valor fixo de R\$ 2,500,00, dada a natureza da causa. Aqui, percebe-se a técnica da redução do negócio, que provavelmente também se deu pelo cotejo do preço avençado com o mercado em geral.

Quando se percebe mercado uma grande volatilidade preços, a verificação da desproporção é mais dificultosa apenas pela análise do preço. Por exemplo, no julgamento da

²⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível n 0332172010. 2ª Câmara Cível, Rel. Marcelo Carvalho Silva, Dje 18/10/2013.

²⁹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 24050032952. 2ª Câmara Cível, Rel. Elpidio José Duque. Publicação 24/01/2007

²⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 9186400572009826. 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Nelson Jorge Junior, Dje 10/11/2012.

²⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 446424520078070001. 3ª Turma Cível, Rel. Humberto Adjuto Ulhoa, Dje 18/02/2011

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 00093035520088190001. 1ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Maldonado de Carvalho, Dje. 18/03/2014.

Apelação Cível n. 10145074127146001²⁹⁵, do Tribunal de Minas Gerais, afastou a incidência da lesão em negociação mediada por corretor de seguro. Como nesses contratos há uma perene discussão sobre a prática de uma melhor taxa de comissão, afastou-se a existência de desproporção, mesmo porque o contrato foi regularmente executado e amigavelmente rescindo.

Outrossim, em se tratando de bem imóvel, é possível averiguar a desproporção pelo cotejo entre o preço avençado e o laudo de avaliação do bem (Apelação Cível 00046353220108260274, do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁹⁶), o que vai ao encontro da proposta de Caio Mário da Silva Pereira para verificação da desproporção em transações imobiliárias²⁹⁷.

5.2.3. A Premente Necessidade

A premente necessidade é identificada com a impossibilidade de evitar o negócio (Apelação Cível n. 00371736920118110041²⁹⁸), que se verifica, por exemplo, quando há realização de empréstimo, a ser devolvido com juros desproporcionais, para pessoa em dificuldades financeiras (Apelação Cível n. 20130910244484²⁹⁹).

Quanto há comprovação fática de prudência negocial, afasta-se a lesão. Por exemplo, a premente necessidade foi afastada pelo Tribunal de Justiça de Roraima (Apelação Cível n. 00255119620098220001³⁰⁰), em caso onde a celebração de contrato foi realizada pela pactuante com prévia cotação de preço e autorização de um colegiado.

Todavia, em sentido inverso, a simples falta de uma “análise dos riscos” na realização de negócio jurídico não é suficiente para caracterizar a existência da premente necessidade, como ficou atestado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Apelação Cível n. 20120910040493³⁰¹.

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10145074127146001. 12ª Câmara Cível, Rel. Saldanha da Fonseca, publicação 07/08/2013.

²⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 00046353220108260274. 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Renato Rangel Desinano, Dje. 17/09/2015.

²⁹⁷ Ver ponto sobre a 2.2.2, sobre a desproporção.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 00371736920118110041. 3ª Câmara Cível, Rel. Maria Aparecida Ribeiro, Dje 29/09/2015.

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130910244484. 1ª Câmara Cível, Rel. Simone Lucindo, Dje. 22/08/2014.

³⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Apelação Cível n. 00255119620098220001. 1ª Câmara Cível, Rel. Raduan Miguel Filho, Dje 15/03/2012.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120910040493. 5ª Câmara Cível, Rel. Joao Egmont, Dje: 14/04/2015.

5.2.4. A Inexperiência

A inexperiência foi identificada em negociante idosa e semianalfabeta, no já mencionado caso da Apelação Cível n. 0332172010³⁰², do Tribunal de Justiça do Maranhão, bem como em pessoa idosa, simplesmente, na Apelação Cível n. 10433120171742001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais³⁰³.

De todo modo, a idade avançada, em si, não é suficiente para configuração da lesão, devendo ser acompanhada de outros fatores que apontem a inexperiência negocial. E mesmo o contrário: o Tribunal de Justiça do Piauí, por exemplo, considerou que a maturidade, a mais das vezes, traz experiência (Agravo de Instrumento n. 00067485620128180000³⁰⁴).

Ademais, a inexperiência é especificamente relacionada ao negócio jurídico travado. Para contrato de compra e venda mercantil, por exemplo, não foi possível a uma sociedade empresária do ramo de construção civil alegar esse elemento subjetivo em seu favor, na Apelação Cível n. 01729644420108260100³⁰⁵, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Caso semelhante ocorreu no julgamento da Apelação Cível n. 990102799646³⁰⁶, do mesmo tribunal, em que uma sociedade empresária celebrou negócio relacionado à sua atividade. Nesse julgado, inclusive, o tribunal asseverou que a demonstração da inexperiência exige rigor probatório.

Contudo, mesmo que a inexperiência, via de regra, seja especificada a um determinado campo negocial, na hipótese do negociante deter título de bacharel em direito, isso pode afastar qualquer alegação de inexperiência. Como aponto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível n. 70051336212³⁰⁷), de bacharéis em direito se espera um mínimo de conhecimento da legislação e do preparo para assinar contratos em geral.

Em sentido contrário, o fato da parte ser dona de casa pressupõe que não seja afeita a negócios em geral, o que foi reconhecido na já mencionada Apelação Cível n. 0001903-0220118120026, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul³⁰⁸. No mesmo sentido, a

³⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível n. 0332172010. 2ª Câmara Cível, Rel. Marcelo Carvalho da Silva, Dje. 18.10.2013.

³⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10433120171742001. 9ª Câmara Cível, Rel. Luiz Artur Hilário, Dje. 21/10/2014.

³⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Agravo de Instrumento n. 00067485620128180000. 1ª Câmara Cível, Rel. Fernando Carvalho Mendes, publicação 10/12/2013.

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 01729644420108260100. 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Tasso Duarte de Melo, publicação 15/04/2015.

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 990102799646. 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, Dje. 31/08/2010.

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70051336212. 16ª Câmara Cível, Rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 12/02/2015.

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0001903-02.2011.8.12.0026. Rel. José Ale Ahmad Netto, Dje. 26/01/2016.

pouca instrução, entendida como pouca educação formal, também aponta para a inexperiência negocial de uma forma genérica (Apelação Cível 00046353220108260274, do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁰⁹).

O cotejo dos julgados acima permite inferir, como se frisou anteriormente, que a inexperiência está na *falta de intimidade com o tipo de negócio celebrado*, e que sua abrangência não está restrita a eventuais limitações cognitivas ou incultura da parte, ainda que, todavia, as inclua.

5.2.5. O Dolo de Aproveitamento

O dolo de aproveitamento do beneficiário, embora requisito controverso para configuração da lesão, é reconhecido como existente por parte da jurisprudência, como nos Embargos de Declaração n. 9188461-85.2009.8.26.0000³¹⁰, do Tribunal de Justiça de São Paulo e na Apelação Cível n. 11080177261, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo³¹¹ e na Apelação Cível 0025653-94.2002.8.06.000³¹², do Tribunal de Justiça do Ceará.

5.2.6. A questão do ônus da prova

A priori, o ônus da prova para a configuração da lesão recai sobre o pretense lesionado. A justificação processual para esse ônus, contudo, varia conforme a natureza da demanda.

No julgamento da Apelação Cível n. 10472110006377001³¹³, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a demonstração do defeito do negócio jurídico, em sede de embargos à execução, é ônus do pretense lesionado porque esta matéria é fato desconstitutivo, impeditivo ou modificativo do crédito buscado.

Por sua vez, nas hipóteses em que o pretense lesionado é autor da ação, entende-se que a demonstração da lesão é fato constitutivo de seu direito. É o que ocorreu no julgamento da Apelação Cível n. 20120510024366³¹⁴, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e da

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 00046353220108260274. 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Renato Rangel Desinano, Dje. 17/09/2015.

³¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração 9188461-85.2009.8.26.0000. Rel. Ailton Pinheiro de Castro, Dje. 28/05/2013.

³¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 11080177261. 3ª Câmara Cível, Rel. Eliana Junqueira Munhoz Ferreira, Dje. 22/03/2012.

³¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação Cível 0025653-94.2002.8.06.000. Rel. Washington Luis Bezerra de Araujo. Dje. 05/03/2012.

³¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10472110006377001. 16ª Câmara Cível, Rel. Otávio Portes, Dje. 14/07/2014

³¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120510024366. 4ª Turma, Rel. Antoninho Lopes, Dje. 23/07/2014.

Apelação Cível n. 70051004091³¹⁵, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo.

Já no julgamento da Apelação Cível n. 20120910040493³¹⁶, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, houve, inclusive, tentativa do autor em inverter este ônus probatório – por suspeita de prática de agiotagem, o que não foi concedido no caso.

5.2.7. Temas diversos

Interessante analisar, também, outras especificidades do instituto, em variados casos julgados pelos tribunais.

A Apelação Cível n. 70050828037³¹⁷, do Tribunal do Rio Grande do Sul, tratava-se de negócio jurídico de cessão de precatório em que, mesmo existindo o percentual de deságio, não foi reconhecida a lesão, pela falta de premente necessidade ou inexperiência, o que ressalta a natureza de vício de manifestação da vontade do instituto.

Na Apelação Cível 20130111035294³¹⁸, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal diferenciou bem a lesão da onerosidade excessiva, aludindo ao fato de que aquela ocorre no momento da celebração do negócio e gera sua anulação, enquanto esta acontece no curso do contrato e gera sua revisão.

Temática semelhante também foi abordada na Apelação Cível n. 1380391-7³¹⁹, do TJ/PR. No caso, o tribunal asseverou que o descumprimento de cláusulas contratuais gera a rescisão do pacto, e não a anulabilidade do negócio, como ocorre na hipótese de lesão.

O direito potestativo do pretense lesionado de requerer a revisão do negócio para sanar a lesão foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na já mencionada Apelação Cível n. 00093035520088190001³²⁰. Percebe-se, no caso, a efetivação do princípio da preservação dos negócios jurídicos, com que se preocupou o legislador ao prever a possibilidade de convalidação.

³¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70051004091. 12ª Câmara Cível, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, julgamento em 08/05/2014.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120910040493. 5ª Turma Cível, Rel. João Egmont, Dje. 14/04/2015.

³¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70050828037. 18ª Câmara Cível, Rel. Pedro Celso dal Pra, Dje. 28/11/2012.

³¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130111035294. 3ª Turma Cível, Rel. Alfeu Machado, Dje. 05/10/2015.

³¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 1380391-7. 17ª Câmara Cível, Rel. Lauri Caetano, julgamento em 02/12/2015.

³²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 00093035520088190001. 1ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Maldonado de Carvalho, Dje. 18.03.2014.

Por fim, importa destacar que na Apelação Cível n. 70051004091, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³²¹ considerou a lesão como um vício de vontade, os quais “(...) decorrem de uma representação equivocada por parte do declarante, ou seja, vícios de vontade propriamente ditos e divergências ou discordâncias entre a vontade perfeitamente formada e a sua manifestação”.

³²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70051004091. 2ª Câmara Cível, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, Dje. 09/05/2014

6. CONCLUSÕES

1. A lesão, tal qual agasalhada pelo Código Civil de 2002, consiste no *defeito do negócio jurídico que atua no plano de sua validade, tornando-o anulável, caracterizado pela manifesta e exagerada desproporção entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultante de consentimento viciado pela inexperiência ou pelo estado de premente necessidade em que então se encontrava a parte prejudicada.*

2. Sua configuração, apta a contaminar a higidez do negócio jurídico, é compatível com qualquer espécie deste, desde que essencialmente sinalagmático. Ademais, qualquer das partes tem legitimidade para alegar o vício, desde que presentes os requisitos essenciais da lesão. A legitimidade não está restrita, a modo de exemplo, ao comprador ou ao vendedor, num contrato de compra e venda.

3. Quanto à possibilidade de alegação da lesão nos contratos aleatórios, parece correta a posição de Anelise Becker, quando afirma que para que o contrato aleatório seja imune à invalidade pelo defeito em comento, os riscos e chances de cada um dos contratantes devem estar equilibrados no momento em que é formado, ou seja, o vício deve ser diagnosticável apenas quando cessada a incerteza. Será inválida a imunidade quando a lesão mostrar-se evidente *ab-initio* para uma das partes ou o contrato não for verdadeiramente aleatório, pois, no primeiro caso, a lesão certa torna irrelevante a álea do contrato e, no segundo, a falta de álea submete-o ao regime dos contratos comutativos.³²²

4. Conforme orientação majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência, dispensa-se o requisito do dolo de aproveitamento, bastando, para que um negócio jurídico seja maculado por lesão invalidante, a constatação da manifesta desproporção entre as prestações e a prova de que esta teve por causa, ou a inexperiência, ou a premente necessidade da parte prejudicada.

5. A configuração do elemento subjetivo não está atrelada necessariamente a estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência permanente e existencial da parte prejudicada, podendo dizer respeito à inferioridade que se restringe ao momento e circunstâncias da contratação. Por tal razão, a necessidade ou inexperiência são ditas *contratuais*.

6. Isso posto, pode-se inferir que a redação do art.157 do Código traz a lesão nos contornos do conceito proposto por Orlando Gomes³²³, qual seja o de vício de vontade que

³²² BECKER, Anelise. *Teoria...* p.185.

³²³ GOMES, Orlando. *Transformações...*

tem por fundamento a tutela da parte em estado de inferioridade e, por sanção, a anulabilidade. Com isso não se quer dizer, todavia, que a distinção entre lesão e usura real fosse aceita pelo legislador, mas apenas que, na prática, não incorrera este na assimilação daqueles conceitos, fato que resultaria em amálgama ferozmente criticado pelo mestre baiano.

7. Os contornos do instituto do art.157 não coincidem, em sua totalidade, nem com aqueles da *lesão enorme* romana, nem com os que concernem à *lesão enormíssima* medieval; como também não são idênticos aos relativos aos mais diversos regramentos da usura real. Difere a lesão civil brasileira contemporânea da primeira, tanto pelo requisito do elemento subjetivo a aproximar o instituto pátrio dos vícios do consentimento, requisito esse dispensado na *laesio enormis*; quanto pela ausência de critério objetivo a delimitar a desproporção invalidante, critério este presente, por sua vez, na versão romana. Difere da versão medieval (a qual coexistiu com a *laesio enormis*) novamente pelos mesmos requisitos apresentados e, além destes, pela sanção de anulabilidade, vez que seriam considerados inexistentes os negócios viciados pela lesão enormíssima. Finalmente, a lesão invalidante do Código pátrio não requer o elemento do dolo de aproveitamento, típico dos institutos de proibição da usura real.

8. A inclusão da proscrição de lesão no Código Civil vigente reflete as contemporâneas transformações do paradigma contratual. Ao passo que o afastamento do instituto no diploma de 1916 refletiu predomínio da doutrina voluntarista, segundo a qual a tutela da vontade corresponderia necessariamente à tutela da comutatividade; sua inclusão no presente diploma espelha o declínio do dogma da vontade, outrora considerado absoluto, aliado à tendência de crescente tutela do equilíbrio material das prestações nos negócios sinalagmáticos, a um cada vez maior dirigismo contratual por parte do Estado e a um crescente prestígio do princípio da boa-fé na sua vertente objetiva.

7. BIBLIOGRAFIA

LIVROS E MONOGRAFIAS

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1991

ALVES, José Carlos Moreira. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro: *subsídios históricos para o Novo Código Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: *introdução*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: *existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. t. 1. Campinas: LZN Editora, 2003.

BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. *Onerosidade excessiva, lesão e contratos aleatórios*. 2003. 38 p. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio grande do Sul.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20 ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Responsabilidade Civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

- LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- _____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Editorial Civitas, 1985.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LOBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Lesão nos Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Boa-fé e equilíbrio na interpretação dos contratos de consumo*. In Coleção Comissões: Repensando o Direito do Consumidor II. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2007.

RIZARDO, Arnaldo. *Da ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STINGHEN, João Rodrigo de Moraes. *A boa-fé objetiva e a eficácia do negócio jurídico*. 2014. 67 p. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. Vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil: Dos Defeitos do Negócio Jurídico ao Final do Livro III*. vol. 3, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Livraria Coimbra, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 16 ed. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2016.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. *Direito Romano*.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito; os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ARTIGOS E CAPÍTULOS DE COLETÂNEAS

AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão. A lesão no Código Civil de 2002. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, vol. 918, p. 95-114, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualizações do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 615-624.

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Doutrinas Essenciais: obrigações e*

contratos. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 855-870.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de Perigo e Lesão. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. vol. 4. São Paulo: Método. p. 55-74.

CASADO, Márcio Mello. *Panorama Constitucional da Figura da Lesão Enorme no Direito Pátrio*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7636-7635-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31/10/2016.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura; PAGANINI, Juliano Marcondes. Cláusulas abusivas, contratos de adesão e princípio do equilíbrio contratual na contratualidade civil contemporânea brasileira: em busca de um sentido para os artigos 423 e 424 do novo Código Civil. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (coord.). *Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 81-107.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Justiça Contratual e o Instituto da Lesão no Direito Brasileiro. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, vol. 913, p. 85-133, 2011.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Uma análise da função social do contrato e da boa-fé objetiva como delimitadoras da autonomia da vontade e como estruturadoras da segurança jurídica contratual*. In: PASCHOAL, Frederico A; SIMÃO, José Fernando (coord.). *Contribuições ao Estudo do Novo Direito Civil*. Campinas: Millennium, 2004. p. 29-55

LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3 ed., 1981, p. 102-123.

MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, vol. 835, p. 723-753, 2005.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259-304.

PLEITI, Ricardo Padovini. Lesão e “dolo de aproveitamento” no Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 13, vol. 50, p. 93-106, 2012.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em 30/10/2016.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos

contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15. Rio de Janeiro: Padma, jul/set 2003, p. 21-40.

SANTANA, Mayk Carvalho. *A lesão nos contratos*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lesao-nos-contratos,38536.html>>. Acesso em: 31/10/2016.

SCHREIBER, Anderson. *O Princípio do Equilíbrio das Prestações e o Instituto da Lesão*. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/anderson-schreiber-o-principio-do-equilibrio-das-prestacoes-e-o-instituto.html>>. Acesso em 31/10/2016.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *A lesão como defeito do negócio jurídico*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22708/a-lesao-como-defeito-do-negocio-juridico/1>>. Acesso em 31/10/2016.

VELASCO, Ignacio M. Poveda. *A boa-fé na formação dos contratos (direito romano)*. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 755-765.

JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial n. 1.408.642/RJ, da Quarta Turma, Ministro Marco Buzzi, DJe. 16/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 191.369/SP, da Primeira Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe. 03/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.310.051/RS, da Terceira Turma, Ministro Sidnei Beneti, Dje .04/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.444.194/PI, da Quarta Turma, Ministro Marco Buzzi, DJe. 30/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 107.961/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 13/3/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.183.315/ES, Rel. Luis Felipe Salomão, Dje. 01/02/2106.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 434.687/RJ, Quarta Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, Dje. 11/10/2004

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1117137/RS, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, Dje. 30/06/2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 835.498/GO, Terceira Turma, Rel. Sidnei Benetti, Dje 10/09/2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 843.265 / RS, Terceira Turma, Rel. Marco Aurélio Belizze, Dje 01/07/2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.265.890/SC, Ministra Nancy Andrighi, Dje. 09/12/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.155.200/DF, Massami Uyeda, julgado em 22/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.106.625/PR, Sidnei Beneti, Dje 09/09/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 977.007/GO, Nancy Andrighi, Dje 02/12/2009.

TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 20130110035947, 4ª Turma Cível, Rel. Arnaldo Camanho de Assis, Dje 05/06/2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 6622553, 14ª Câmara Cível, Rel. Themis Furquim Cortes. Julgamento 13/10/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70051336212, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 12/02/2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120910040493, 5ª Turma Cível, Rel. Joao Egmont Dje. 14/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 391185420088260114. 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Theodureto Camargo, Dje. 19/07/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 00093035520088190001. 1ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Maldonado de Carvalho, Dje. 18/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível n 0332172010. 2ª Câmara Cível, Rel. Marcelo Carvalho Silva, Dje 18/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 24050032952. 2ª Câmara Cível, Rel. Elpídio José Duque. Publicação 24/01/2007

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 9186400572009826. 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Nelson Jorge Junior, Dje 10/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 446424520078070001. 3ª Turma Cível, Rel. Humberto Adjuto Ulhoa, Dje 18/02/2011

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10145074127146001. 12ª Câmara Cível, Rel. Saldanha da Fonseca, publicação 07/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70061454583. 18ª Câmara Cível. Rel. Pedro Celso Dal Pra, julgamento em 09/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 00371736920118110041. 3ª Câmara Cível, Rel. Maria Aparecida Ribeiro, Dje 29/09/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130910244484. 1ª Câmara Cível, Rel. Simone Lucindo, Dje. 22/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. Apelação Cível n. 00255119620098220001. 1ª Câmara Cível, Rel. Raduan Miguel Filho, Dje. 15/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120910040493. 5ª Câmara Cível, Rel. Joao Egmont, Dje. 14/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível n. 0332172010. 2ª Câmara Cível, Rel. Marcelo Carvalho da Silva, Dje. 18.10.2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. Agravo de Instrumento n. 00067485620128180000. 1ª Câmara Cível, Rel. Fernando Carvalho Mendes, publicação 10/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120910040493, 5ª Turma Cível, Rel. João Egmont, Dje: 14/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 01729644420108260100. 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Tasso Duarte de Melo, publicação 15/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 990102799646. 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, Dje. 31/08/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70051336212. 16ª Câmara Cível, Rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 12/02/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10472110006377001. 16ª Câmara Cível, Rel. Otávio Portes, Dje. 14/07/2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120510024366. 4ª Turma, Rel. Antoninho Lopes, Dje. 23/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70051004091. 12ª Câmara Cível, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, julgamento em 08/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20120910040493. 5ª Turma Cível, Rel. João Egmont, Dje. 14/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130111035294. 3ª Turma Cível, Rel. Alfeu Machado, Dje. 05/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 1380391-7. 17ª Câmara Cível, Rel. Lauri Caetano, julgamento em 02/12/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 00093035520088190001. 1ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Maldonado de Carvalho, Dje. 18.03.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70050828037. 18ª Câmara Cível, Rel. Pedro Celso dal Pra, Dje. 28/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração 9188461-85.2009.8.26.0000. Rel. Airton Pinheiro de Castro, Dje. 28/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação Cível 0025653-94.2002.8.06.000. Rel. Washington Luis Bezerra de Araujo. Dje. 05/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível n. 11080177261. 3ª Câmara Cível, Rel. Eliana Junqueira Munhoz Ferreira, Dje. 22/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 10433120171742001. 9ª Câmara Cível, Rel. Luiz Artur Hilário, Dje. 21/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 00101183620128260577. 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Dje. 01/12/2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0001903-02.2011.8.12.0026. Rel. José Ale Ahmad Netto, Dje. 26/01/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 00046353220108260274. 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Renato Rangel Desinano, Dje. 17/09/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70051004091. 2ª Câmara Cível, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, Dje. 09/05/2014