EDUARDO COLLET E SILVA PEIXOTO

LESÃO E REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob orientação do Prof. Dr. Roberto João Elias

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2009

RESUMO

A presente dissertação teve por objetivo o estudo da lesão no âmbito do Código Civil brasileiro de 2002 e as conseqüências impingidas aos contratos em que se verifica tal defeito do negócio jurídico: sua anulação e a possibilidade de revisão judicial.

A análise do objeto específico da dissertação foi precedida por incursões nos princípios que regem o estatuto civil em vigor, com enfoque específico nos princípios contratuais; nos negócios jurídicos e seus planos, aqui mais detidamente no da validade; e também sobre diversas nuances que recebeu a lesão desde seu surgimento, nesse ponto discorrendo sobre a evolução do instituto desde o direito romano, seu tratamento nos ordenamentos jurídicos que mais influenciam o direito nacional e o desenvolvimento da matéria no Brasil.

Também foi abordada a natureza jurídica da lesão, os requisitos necessários para sua configuração e realizada sua distinção de outros institutos.

Palavras-chave: Lesão; Anulabilidade; Revisão judicial; Contrato; Código Civil de 2002

.

SOMMARIO

La presente dissertazione ha avuto come obiettivo lo studio della lesione nell' ambito del Codice Civile brasiliano del 2002 e le consequenze appioppate ai contratti in cui si verifica tale difetto del negozio giuridico: suo annullamento e la possibilità di revisione giudiziale.

L'analisi del oggetto specifico della dissertazione è stata preceduta da incursioni ai principi che regono lo statuto civile vigente, con foco specifico nei principi contrattuali, nei negozi giuridici e nei suoi piani – qui più acuratamente in quello della validità – ed anche sulle varie sfumature con le qualle è vista la lesione sin dalla sua emersione, esaminando in questo punto l'evoluzione dell'istituto sin dal diritto romano, il suo trattamento negli ordinamenti giuridici che piú hanno influito sul diritto nazionale e lo svolgimento dell'argomento in Brasile.

Viene anche tratatta la natura giuridica della lesione, i requisiti necessari per la sua configurazione e distinzione dagli altri istituti.

Parole chiave: Lesione; Annullamento; Revisione giudiziaria; Contratto; Codice Civile di 2002.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 7

2. ALGUNS PRINCÍPIOS RELEVANTES AO ESTUDO DA LESÃO 10
2.1. Considerações gerais 10
2.2. Princípios fundamentais do Código Civil de 2002 13
2.2.1. Princípio da socialidade 14
2.2.2. Princípio da eticidade 15
2.2.3. Princípio da operabilidade 18
2.3. Princípio da liberdade contratual em sentido amplo 20
2.4. Princípio da força obrigatória 25
2.5. Princípio da função social dos contratos 27
2.6. Princípio da boa-fé objetiva 33
2.7. Princípio do equilíbrio contratual 37
2.8. Princípio da conservação dos contratos 40

3. NEGÓCIO JURÍDICO 46
3.1. Considerações gerais. Fato jurídico em sentido amplo 46
3.2. Espécies de fato jurídico em sentido amplo 48
3.3. Negócio jurídico 50
3.3.1. Concepção voluntarista ou subjetiva do negócio jurídico 51
3.3.2. Concepção preceptiva ou objetiva do negócio jurídico 53
3.3.3. O negócio jurídico e o Código Civil de 2002 55
3.4. Contrato 58
3.4.1. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos 60
3.4.2. Contratos onerosos e gratuitos 61
3.4.2.1. Contratos comutativos e aleatórios 63

4. PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO 66
4.1. Considerações gerais. Existência, validade e eficácia do negócio jurídico 66
4.2. Plano da existência 67
4.3. Plano da validade 69
4.4. Plano da eficácia 70
4.5. Os planos vistos do ângulo negativo: inexistência, invalidade e ineficácia 72

4.6. Invalidade 74
4.6.1. Invalidade total e invalidade parcial 74
4.6.2. Nulidade e anulabilidade 76
4.6.3. Extinção das invalidades 78
4.6.3.1. Convalescimento 78
4.6.3.2. Confirmação 79
4.6.3.3. Conversão 81

5. NOTÍCIA HISTÓRICA DA LESÃO 84
5.1. Considerações gerais 84
5.2. Direito romano 84
5.3. Idade média 92
5.4. Revolução Francesa, ideais individualistas e a decadência da lesão 94
5.5. Antecedentes no direito pátrio 95
5.5.1. Ordenações 95
5.5.2. Código Civil de 1916 101
5.5.3. Leis de economia popular 104
5.5.4. Medida Provisória nº 2.172-32 111

6. NOTAS DA LESÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO 118
6.1. França 118
6.2. Alemanha 121
6.3. Itália 122
6.4. Portugal 125
6.5. Argentina 127

7. LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 130
7.1. Conceito 130
7.2. Natureza jurídica 132
7.3. Requisitos 138
7.3.1. Desequilíbrio entre as prestações 138
7.3.2. Circunstâncias pessoais do lesado 140
7.3.3. Desnecessidade de elemento anímico do beneficiário 144
7.3.4. Requisito temporal. Momento de aferição da lesão 147
7.4. Objeto 150
7.5. Lesão e outros defeitos dos negócios jurídicos 153

7.5.1. Lesão e erro 153
7.5.2. Lesão e dolo 155
7.5.3. Lesão e coação 157
7.5.4. Lesão e estado de perigo 158
7.6. Lesão e onerosidade excessiva superveniente 160
7.7. Lesão do Código Civil e lesão do Código de Defesa do Consumidor 163
7.8. Efeitos 166
7.8.1. Anulabilidade 166
7.8.2. Revisão Judicial 168

8. CONCLUSÕES 175

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 179

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916, influenciado pelas idéias individualistas da Revolução Francesa cristalizadas no Código Civil Francês, tinha dentre seus postulados a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos que, se levados ao extremo, tornam impossível a aplicação do instituto jurídico da lesão, pois justamente tem por efeito desconstituir a vontade desde o início manifestada e a força vinculante do contrato.

Observou-se uma mitigação desses postulados na Europa desde a Primeira Grande Guerra, o que também se deu entre nós, paulatinamente.

Em virtude de sua extensa aplicabilidade em todo o direito privado, o Código Civil de 2002 coroou no Brasil esse movimento de diminuição de incidência desses postulados, pois, apesar de deles não abdicar, concedeu espaço também a outros princípios: equilíbrio contratual, boa-fé objetiva e função social dos contratos.

É nessa perspectiva que se enquadra o estudo da lesão no presente trabalho, abordando-a no âmbito do Código Civil de 2002 e com um destaque especial para os efeitos de seu manejo.

Inicialmente, serão averiguados os princípios que permeiam o Código Civil de 2002 e orientam sua aplicação, para somente então abordar o objeto de incidência da lesão, o contrato.

Mas, visto que o contrato não está lançado a esmo no mundo jurídico, tornou-se necessário situá-lo, discorrendo-se brevemente sobre os fatos e negócios jurídicos, esses últimos abordados também sob o aspecto das teorias que os fundamentam.

Na seqüência, serão abordados os planos da existência, validade e eficácia, pois a lesão foi positivada no nosso ordenamento jurídico como defeito do negócio jurídico, portanto como hipótese de anulabilidade.

Posteriormente, antes de analisar a lesão como é hoje tratada, abordou-se seu surgimento, aí ganhando destaque o estudo do direito romano, passando pela idade média até a decadência do instituto com as concepções individualistas que ganharam relevo na Revolução Francesa.

Ainda dentro dessa visão histórica, daremos especial atenção ao que vigorou no Brasil em termos de lesão desde nossa colonização e independência, e aí o foco são as Ordenações Filipinas, entremeadas pelas observações de Teixeira de Freitas na sua obra Consolidação das Leis Civis[1].

Como o Código Civil de 1916 não acolheu a lesão, será estudada nossa história jurídica mais recente, enfocando-se estatutos legais que antecederam o Código Civil de 2002 e que previram a lesão, quais sejam, as leis de economia popular (Decreto-Lei nº 869/38 e a Lei nº 1.521/51) e a Medida Provisória nº 2.172-32.

Não foi esquecida a lesão do Código de Defesa do Consumidor, porém, como este diploma está em vigor, o estudo foi feito em item próprio e comparativamente à lesão do Código Civil de 2002.

Em outro capítulo, merecerão destaque algumas legislações estrangeiras que tradicionalmente influenciam nosso ordenamento jurídico, a saber, a francesa, alemã, italiana e portuguesa e também a argentina, essa última em razão de sua proximidade física, destaque corriqueiro nas relações comerciais internacionais do Brasil e interessante tratamento que confere ao instituto da lesão.

Somente então será possível tratar da lesão no âmbito do Código Civil de 2002, apontando seus requisitos, objeto e momento de atuação, sua distinção em relação a outros defeitos dos negócios jurídicos e também em relação à onerosidade excessiva superveniente.

Ainda nesse capítulo serão abordados os efeitos da lesão, em que medida os contratos devem ser anulados ou revistos judicialmente, escopo inicial deste estudo, mas que somente pudemos alcançar após haver trilhado o caminho acima descrito.

Ao final, apresentaremos nossa conclusão acerca do objeto de estudo, a lesão e seus efeitos no âmbito do Código Civil de 2002 que, como se verá, está em consonância com os princípios jurídicos acolhidos por nosso ordenamento e também com entendimentos doutrinários já manifestados.

Sem dúvida tratou-se de um desafio diante das desalentadoras palavras de GIUSEPPE MIRABELLI que, nas conclusões de sua obra afirmou, que "mesmo depois de ter tentado dar ao instituto uma sistematização, mesmo depois de ter visto o seu amplo e

---

[1]FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1.

quase ilimitado campo de aplicação, deve-se ainda repetir que não se sabe como nasceu, não se sabe o que é, não se sabe o que esteja fazendo”[2].

Porém, em que pese dificultoso, trata-se de um tema apaixonante, dado que permeou a história da civilização e, na feliz comparação de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, constitui-se numa verdadeira fênix da mitologia egípicia, pois desde seu surgimento teve diferentes conformações, desaparecimentos e novas aparições. [3]

Por isso, ao invés de iniciar este estudo com as negras palavras do autor italiano, preferimos o tom acalentador do último parágrafo da obra de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que ponderou que “após quase dois mil anos de existência, o instituto da lesão continua presente na proteção ao contratualmente mais fraco e tudo indica que veio para ficar”[4].

---

[2]MIRABELLI, Giuseppe. *La rescissione del contratto*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1962. p. 413. E acrescenta algumas críticas que também no nosso ordenamento jurídico seriam aplicáveis, como o fato de a lei ser cheia de contradições e a natureza do instituto ser incerta. (*La rescissione del contratto,* cit., p. 413).

[3]Em que pese extenso, impossível não transcrever o seguinte trecho diante de sua precisão:

“(...) quer no devir histórico do ordenamento brasileiro, quer no dos ordenamentos estrangeiros, a figura da lesão, desde seu surgimento, apareceu e desapareceu muitas vezes; é ela o caso ideal para os autores evocarem a imagem literária da célebre fênix, ave fabulosa da tradição egípcia, que vivia muitos séculos e, queimada, morria, para depois renascer das próprias cinzas. A lesão não existia no direito romano pré-clássico, é duvidoso que existisse no direito romano clássico e existia no direito romano pós-clássico e justinianeu. Teve seu campo de aplicação ampliado durante a Idade Média, tanto no direito canônico quanto no direito comum – neste, com os glosadores. Durante a Renascença, em movimento inverso, sofreu processo de limitação de seu âmbito. Na França, teve sua aplicação ainda mais reduzida durante o Iluminismo e desapareceu totalmente durante a Revolução; em seguida, reapareceu, novamente sob forma reduzida, no *Code*. Na Península Ibérica, desapareceu no *Fuero Juzgo,* mas reapareceu nas Ordenações. O liberalismo econômico, finalmente, foi contra ela e, hoje, novamente, em movimento pendular, tem sua aplicação muito defendida, ainda que com restrições.”. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 113).

[4]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 213.

2. ALGUNS PRINCÍPIOS RELEVANTES AO ESTUDO DA LESÃO

2.1. Considerações gerais

O estudo de qualquer instituto requer sua prévia contextualização no ordenamento jurídico a fim de que seja possível adequadamente extrair seus elementos, compreender sua amplitude e função e visualizar todas as suas conseqüências.

Nessa senda, nada mais correto que iniciar essa ambientação pelos princípios de direito civil aos quais de alguma forma se vincula o instituto da lesão.

Os princípios são proposições que consubstanciam a base sobre a qual serão formuladas todas as demais regras de qualquer campo do conhecimento.[5]

Nos dizeres de RACHEL SZTAJN, princípio "é proposição que serve de base para a construção de uma regra ou norma, é um padrão para avaliação de comportamentos ou condutas".[6]

Em sentido similar, para JOSÉ AFONSO DA SILVA[7], os princípios são "ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas" por conterem os valores a serem por eles perseguidos e observados.

Assim, objetiva-se neste capítulo abordar as diretrizes, regras ou valores fundamentais relacionados ao instituto da lesão, de forma que não se esgotará aqui a análise de todos os princípios do direito civil.

O Código de 1916 foi elaborado sob influência da concepção de que as pessoas são completamente livres para disporem de seus próprios interesses sem ingerências estatais e, ainda, para uma sociedade eminentemente rural e patriarcal.

Sucinta abordagem dos princípios se faz necessária, uma vez que os valores por muito tempo empregados pelos operadores do direito, se já não encontravam respaldo na Constituição, em legislações específicas posteriores como o Código de Defesa do

---

[5]Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 299.
[6]SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil brasileiro. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 96, p. 122, mar. 2008.
[7]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 1992. p. 85.

Consumidor e também no pensamento doutrinário, a partir do Código Civil de 2002 não encontram guarida no instrumento legislativo de maior incidência no direito civil.

Nessa vertente é que MIGUEL REALE destaca que desde o início da vigência do Código Civil se percebeu sua diferença do anterior de 1916, pois marcou a "passagem do individualismo e do formalismo do primeiro (Código de 1916) para o sentido socializante do segundo (Código de 2002), mais atento às mutações sociais, numa composição eqüitativa de liberdade e igualdade."[8]

O natural desenvolvimento da sociedade exigiu a evolução da legislação, de um lado editando-se diversas leis esparsas nos mais variados campos do direito civil (como o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor) nesse quase um século de vigência do Código anterior e, de outro, decidindo-se pela edição de um novo Código Civil.[9]

Em 1969 foi nomeada comissão para elaborá-lo, formada por Miguel Reale (coordenador), José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa[10]), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito da Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).[11]

Após trinta anos de tramitação, em 10 de janeiro de 2002, foi publicada a Lei nº 10.406 que instituiu um novo Código Civil brasileiro, assentado em conjunto de princípios diversos do Código de 1916, o que certamente influencia sua interpretação.[12]

---

[8]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 46.

[9]Em interessante relato histórico, RICARDO PEREIRA LIRA discorre sobre os diversos eventos que marcaram a sociedade brasileira desde a edição do Código Civil de 1916 até o diploma civil em vigor. Nessa linha, recorda que anos após a edição do Código Civil anterior foi realizada a Semana de Arte Moderna, marcada pela positivação da nossa cultura; também destaca a edição da Consolidação das Leis do Trabalho e o fenômeno da industrialização iniciado nos anos de 1940 com a instalação da primeira siderúrgica. Segue destacando que esse fenômeno da industrialização prosseguiu especialmente com o Plano de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek e, como conseqüência da criação do parque industrial brasileiro, a urbanização do país. A industrialização e urbanização do país acarretaram na atração da mulher para o mercado de trabalho e, por conseqüência, a afirmação de seus direitos, deixando de ser relativamente incapaz. Por fim, destaca a economia de massa e a promulgação da Constituição Federal de 1988 e concluiu que o surgimento do Código Civil de 2002 "se explica pela necessidade de a ordem jurídica regulamentar essa nova realidade socioeconômica, utilizando-se, inclusive, da nova concepção de novos institutos e instituições, funcionalizados, em nome da justiça social". (LIRA, Ricardo Pereira. A *occasio legis* do Código Civil de 1916 e a *occasio legis* do Código Civil de 2002. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 209-211, jul. 2008.)

[10]Inicialmente sob a denominação Atividades Negociais.

[11]Cf. REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 19. Os trabalhos dessa Comissão resultaram no Projeto de Lei nº 634, apresentado em 1975 ao Congresso Nacional (op. cit., p. 24-25).

[12]TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: Lei de introdução e parte geral 1. São Paulo: Método, 2005. p. 76.

Os princípios tradicionais do direito contratual, autonomia da vontade, relatividade do contrato e obrigatoriedade do contrato continuaram presentes na nova ordem jurídica, porém sob nova interpretação, já que coordenados pelos princípios da boa-fé objetiva, função social e equilíbrio contratual.[13]

É de se enfatizar que esse fenômeno da alteração dos princípios contratuais não é exclusivamente brasileiro, sendo possível observá-lo também no exterior, onde o dogma da intangibilidade do contrato cede espaço, da mesma forma, aos princípios da ética jurídica e da boa-fé.[14]

Mesmo diante das inovações adiante abordadas, há autores que sustentam que o Código Civil de 2002, pela época e circunstâncias em que foi elaborado, não se coaduna com a ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, pois teria caráter patrimonialista que não respaldaria adequadamente a dignidade da pessoa humana. Nessa concepção, o Código Civil em vigor seria inadequado à atual ordem constitucional, devendo suportar uma "correção hermenêutica" pela doutrina e jurisprudência. (FACHIN, Luiz Edson. Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 143-150, jul. 2008).

[13]JUDITH MARTINS-COSTA expressa que o princípio da liberdade contratual é mitigado pelo da função social. (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998).

Entendimento esse que veio a ser posteriormente expressado no Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, nos seguintes termos: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". Acessível em: PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2008.

Na mesma linha, LEONARDO MATTIETTO (Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 8, n. 48, p. 128-129, jul./ago. 2007) identifica verdadeira correlação entre os princípios tradicionais e os novos princípios. Assim, ressalta o autor que a autonomia privada cede terreno para o princípio da boa-fé objetiva, na medida em que este último impõe limites à liberdade das partes, na própria elaboração do negócio e também em momento posterior. Prossegue MATTIETTO ressaltando que o princípio da relatividade dos contratos seria afetado pela função social, na medida em que o negócio jurídico gera efeitos não só às partes, mas, de forma indireta, pode afetar terceiros. E, por fim, pontua que o princípio da obrigatoriedade do contrato é mitigado pelo princípio do equilíbrio econômico do contrato, descartando-se a idéia de obrigatoriedade em termos absolutos diante da admissibilidade da revisão.

O Poder Judiciário também acolhe o entendimento de que os novos princípios mitigam os já amplamente reconhecidos: "(...) Consoante o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. (...)" (STJ, REsp. 573.059/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 14/09/2004, DJ 03/11/2004, p. 142). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=573059&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em: 29 set. 2008.

[14]MARUCCI, Barbara. Equilíbrio contratuale: un principio nella continuitá. *Rassegna di Diritto Civile,* Napoli, n. 1/3, p. 216, ago. 2003.

E prossegue a autora testemunhando que tal ótica já é observada também na jurisprudência italiana que passou a intervir nos contratos "por razões equitativas" e de boa-fé, abandonando a posição de que a avaliação de seu equilíbrio e justiça seria adstrita às partes. (MARUCCI, Barbara. Equilíbrio contratuale: un principio nella continuitá, cit., p. 221-222).

Aliás, essa mudança dos princípios contratuais sequer é decorrência do Código Civil de 2002, pois já era notada pela doutrina anteriormente.

Em parecer de 1997, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO já enfatizava que em torno do que se denominou autonomia da vontade, recebemos do século XIX três princípios: a liberdade contratual *lato sensu,* força obrigatória e relatividade dos efeitos contratuais. A esses, acrescenta, se adicionou um limite na primeira metade do século XX, que alguns identificam como um quarto princípio, geralmente denominado supremacia da ordem pública.[15]

Prossegue o autor constatando que no final do século XX se nota nova alteração nos fundamentos do direito contratual, adicionando-se a esses já identificados três novos princípios: a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.[16]

Portanto, o Código Civil de 2002 confirmou e reverberou a alteração dos princípios contratuais observada no século passado.

2.2. Princípios fundamentais do Código Civil de 2002

Na medida em que o instituto da lesão é previsto no Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico manejável com o objetivo de anular contratos, natural que aqui se tratasse dos princípios contratuais.

Ainda nessa linha, ARNOLDO WALD, em recente artigo, destaca que "a evolução realizada pelo CC/2002 corresponde a um movimento de caráter internacional, que se inspira na maioria das legislações elaboradas recentemente. Assim, entre outros, o novo Código Civil holandês e a reforma do Código Civil alemão também dão maior ênfase à boa-fé e apresentam uma nova visão do contrato". (WALD, Arnoldo. Aplicação da teoria da imprevisão na empreitada. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 63, jul. 2008).

[15]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer). In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140. Na concepção do autor a supremacia da ordem pública não é um princípio, mas um limite imposto aos demais.

[16]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 140. Em artigo mais recente o mesmo autor reitera esse posicionamento e denomina os três antigos princípios de 'tradicionais' e os mais recentes de 'sociais'. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182-183).

Porém, antes de abordar propriamente essa seara, é importante tecer alguns comentários sobre outros princípios ainda mais amplos.

Aqueles que, nos dizeres de MIGUEL REALE, constituem-se nos princípios orientadores do Código Civil de 2002 como um todo, quais sejam, os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade.[17]

2.2.1. Princípio da socialidade

O princípio da socialidade visa romper a concepção individualista do Código de 1916, determinando o predomínio dos interesses da sociedade sobre os individuais, sem prejuízo da pessoa humana.[18]

A aplicação desse princípio deve ocorrer de maneira ampla, abrangendo os diversos campos do direito civil, como os contratos, o direito de propriedade, a posse, o direito de família e o sucessório.[19]

Na ótica individualista, o contratante, mediante o princípio da força obrigatória dos contratos, poderia exigir o cumprimento do contrato mesmo diante de onerosidade excessiva originária ou superveniente; porém, em função da evolução do direito civil e agora pela cristalização do princípio da socialidade no direito positivo, não mais se admite tal entendimento.

Aliás, como expressões do princípio da socialidade no Código Civil de 2002, MIGUEL REALE menciona os artigos 421 e 422 desse diploma e afirma que em razão do "sentido de socialidade do direito" é que nele foi inserida a lesão[20].

---

[17]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 57. FRANCISCO AMARAL os identifica como princípios gerais do Código Civil. (AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o Código Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 98, p. 93, jul. 2008).

[18]LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais:* fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 4; MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144.

[19]TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: Lei de introdução e parte geral 1, cit., p. 81-83. Tb. JUDITH MARTINS COSTA que aponta que o princípio abarca também expressamente o direito de propriedade via artigo 1.228, §1º do Código Civil, e por via indireta o direito de empresa. (MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Disponível em: <www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>. Acesso em: 15 out. 2008).

[20]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 38-39 e p. 193.

Ainda no âmbito contratual, FRANCISCO AMARAL destaca que são expressões do princípio da socialidade as disposições que determinam nos contratos de adesão a interpretação mais favorável à parte aderente e, ainda, que reputam nulas as cláusulas que decorrem em renúncia antecipada de direitos pelo aderente.[21]

Também as evoluções vistas nos âmbitos do direito de família e empresarial são creditadas ao princípio da socialidade, pelo qual, à guisa de exemplo, no primeiro, do pátrio poder passou-se ao poder familiar, e, no segundo, responsabiliza-se pessoalmente o empresário que abusa e desvia os fins da pessoa jurídica.[22]

Aduz JONES FIGUEIRÊDO ALVES, que o princípio da socialidade "é um dos pilares básicos do direito moderno" pelo qual é estabelecida "a primazia ou preponderância dos chamados valores plurais ou coletivos em face dos equivalentes axiológicos do plano individual, em prestígio e tutela do bem-estar coletivo".[23]

Como justificativa para adoção do princípio da socialidade, sintetiza MIGUEL REALE que na elaboração do diploma para regular o direito privado há três soluções ao legislador: dar "maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916"; dar "preferência aos valores coletivos, promovendo a 'socialização dos contratos'"; ou assumir "uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções eqüitativas e concretas", concluindo o coordenador do anteprojeto do Código Civil de 2002 que foi adotada a última opção.[24]

2.2.2. Princípio da eticidade

O princípio da eticidade tem por objetivo o rompimento com o excesso de formalismo jurídico existente no Código de 1916 mediante a incidência de valores éticos e sociais no Código Civil de 2002.[25]

---

[21]AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o Código Civil, cit., p. 93. Tratam-se dos artigos 423 e 424 do Código Civil.

[22]CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 53.

[23]ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil comentado.* Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord. Ricardo Fiúza até 5. ed.). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 376.

[24]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 268.

[25]Cf. REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 29 set. 2008. O autor cita como exemplos desse princípio os artigos 187 e 422 do Código Civil. (op. cit.).

O Código anterior era de natureza fechada ou, em outras palavras, de maneira casuística o legislador definiu, delimitou e atribuiu qualificações ou conseqüências jurídicas às diversas situações fáticas com o objetivo de que ao intérprete, no mais das vezes, bastasse verificar a adequação do fato à hipótese prevista em lei para aplicá-la.[26]

Se de um lado é compreensível o surgimento das normas de tipo fechado no momento histórico em que foram concebidas, já que constituíram resposta apta a conter arbitrariedades e excessos, observa-se que essa natureza rígida acarretou o envelhecimento dos códigos pela paulatina inadequação das soluções previstas diante da evolução da sociedade e de seus valores ou, ainda, pela ausência de previsão legal das novas situações fáticas.[27]

Em contraposição, o Código Civil de 2002 previu algumas normas genéricas, comumente denominadas cláusulas gerais, que, justamente pelo fato de exigirem do intérprete sua integração, viabilizam a criação de "modelos jurídicos hermenêuticos" [28] e provocam a contínua atualização dos preceitos legais.[29]

JUDITH MARTINS COSTA esclarece que as cláusulas gerais são normas genéricas que adotam conceitos jurídicos indeterminados "permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado".[30]

Assim, a concepção estática e formal do Código Civil anterior não está presente no atual diploma, dado que admite, mediante suas cláusulas gerais, a permanente atualização de seus preceitos.

É nesse espaço que o princípio da eticidade encontra expressão, pois as cláusulas abertas possibilitam a incorporação dos valores éticos e sociais vigentes à época de sua interpretação.[31]

---

[26]Cf. JUDITH MARTINS COSTA (O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 6-8).

[27]JUDITH MARTINS COSTA aduz que "este caráter de determinação ou tipicidade que caracteriza a casuística vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal fator de rigidez – e por conseqüência, de envelhecimento – dos códigos civis. (...) Por conduzirem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato, as disposições definitórias, tais como as da casuística, têm um caráter de rigidez ou imutabilidade, o qual acompanha a pretensão de completude, isto é, a ambição de dar resposta legislativa a todos os problemas da realidade". (O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 8).

[28]REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil, cit.

[29]CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil,* cit., p. 55.

[30]MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 7. Pondera a autora, porém, que não houve ruptura, abandono da técnica anterior para a adoção do tipo aberto. Adotou-se um sistema misto, compatibilizando-se as duas técnicas no texto legal. (op. cit., p. 12).

[31]Nesse ponto é imperativo que se transcrevam as seguintes palavras de MIGUEL REALE:

TERESA ANCONA LOPES também visualiza na eticidade a "superação do formalismo jurídico a favor dos valores éticos" e pontua que ela se manifesta pelo princípio da boa-fé que será adiante comentado.[32]

Em outra ordem de idéias, não se desconhece a crítica às cláusulas abertas. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO discorre que a utilização dessas cláusulas decorreu da mudança de paradigma após a Primeira Guerra, pela qual, na ânsia de fugir de uma lei rígida e inadequada aos fatos da vida, buscou-se a solução na figura do juiz, representante do Estado, que decidiria segundo conceitos jurídicos indeterminados e por ele preenchidos. Pondera o autor que "noções vagas, como ordem pública, interesse público, função social, tornaram-se moeda corrente no mundo jurídico, servindo a torto e a direito para as autoridades de plantão".[33]

Mas, prossegue o autor, atualmente, em tempos pós-modernos, "as noções vagas estão ultrapassadas, e nisso pode-se até mesmo vislumbrar uma certa volta a aspectos da pré-modernidade; há, hoje, outra vez, muita preocupação com a segurança jurídica" e uma fuga do juiz[34].

De qualquer forma, a norma está posta e caberá aos intérpretes paulatinamente fixarem seu conteúdo.

FRANCISCO AMARAL aponta que o princípio da eticidade representa "a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional".[35]

"Ao contrário, nós, ao concebermos o Direito Civil como matriz do Direito Privado, pensamos em um sistema aberto, no qual o rigorismo técnico cede lugar a um normativismo plástico e flexível em função da experiência histórico-social.
A norma aberta é uma norma destinada à atuação posterior do intérprete, mesmo porque não se compreende a regra do Direito sem a sua interpretação. Chego mesmo a dizer que a norma é a sua interpretação. Enquanto não objeto de hermenêutica apreciando seus resultados e desenvolvendo o que nela está implícito, a norma jurídica é apenas um esboço de comando, que passa a atuar de maneira efetiva em razão da interpretação vivida pela doutrina e pela jurisprudência." (REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 56).

[32]LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 3-4.

[33]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 58-60.

[34]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado,* cit., p. 58-60. Em outro artigo, o mesmo autor destaca que em diplomas "realmente mais novos" as cláusulas gerais têm o seu "conteúdo devidamente precisado". (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. XI de agosto. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 378).

[35]AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o Código Civil, cit., p. 93. Também MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO que conclui que a utilização de "critérios ético-jurídicos" por intermédio das cláusulas gerais permite ao intérprete chegar a uma "concreção jurídica, mais justa e equitativa, derivada de um poder maior que foi conferido ao juiz." (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil,* cit., p. 55).

JUDITH MARTINS-COSTA caminha na mesma linha, pois encontra relação entre o princípio da eticidade e as regras da lesão e do estado de perigo, sendo estes institutos uma expressão daquele princípio.[36]

2.2.3. Princípio da operabilidade

O princípio da operabilidade norteou a elaboração do Código de forma a implicar na escolha de "soluções normativas" que facilitassem sua futura interpretação e aplicação.[37]

Desta forma, o princípio da operabilidade deve ser compreendido sob os enfoques da simplicidade e da efetividade.

MILTON PAULO DE CARVALHO PINTO destaca que esse princípio "busca a realização do direito e de condições para sua efetiva operação"[38], sob o prisma de que uma norma confusa ou que possibilita diferentes interpretações acaba por dificultar ou impossibilitar a efetiva aplicação do direito.

Portanto, a vertente da simplicidade pretende eliminar divergências outrora existentes e evitar a formação de novos pontos obscuros, facilitando a interpretação e aplicação do texto legal.

Nessa linha, o Código de 2002 eliminou sinonímias indevidas, formulou conceitos de institutos jurídicos e sistematizou os campos do direito civil.[39]

Além disso, segundo MIGUEL REALE, o princípio da operabilidade "não se inspira apenas no pragmatismo, mas resulta da necessidade de assegurar a quem de direito o máximo de resultados com o emprego mínimo de meios, sobretudo com a eliminação de desnecessários formalismos".[40]

Assim, a operabilidade também deve ser visualizada sob o aspecto da efetividade ou concretude do texto normativo.

---

[36]MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro,* cit., p. 104 e 143.
No direito italiano, a introdução no Código de 1942 da rescisão por *stato di pericolo* ou *stato di bisogno* é justificada pela solidariedade negocial, tendo sido naquele ordenamento adotado o "principio solidarístico" como princípio básico do direito privado. (ORRÚ, Silvia. *La rescissione del contratto.* Padova: CEDAM, 1997. p. 4).
[37]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 40.
[38]CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil,* cit., p. 56.
[39]TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: Lei de introdução e parte geral 1, cit., p. 83-85.
[40]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 61.

A existência de cláusulas gerais no Código de 2002 confere ao intérprete a tarefa de determinar o preceito legal segundo a avaliação das circunstâncias do caso concreto e de acordo com o sistema jurídico como um todo, e atendendo à evolução dos valores da sociedade.[41]

A operabilidade, além de objetivar que os dispositivos legais sejam claros e não criem divergências interpretativas, pretende que eles possam ser aplicados de forma a efetivamente resolver os conflitos, o que é melhor viabilizado justamente por essas normas abertas.

Abordadas as bases fundamentais sobre as quais foi erigido o Código Civil de 2002, cumpre referir propriamente os princípios contratuais relevantes ao presente trabalho, quais sejam, a liberdade contratual em sentido amplo, a força obrigatória do contrato, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, o equilíbrio contratual e a conservação do negócio jurídico.[42]

---

[41]A respeito vide: LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 5 e ss.
Há quem, como FLÁVIO TARTUCE seja da opinião que as cláusulas gerais representam a aplicação da teoria tridimensional do direito. (TARTUCE, Flávio. Direito civil: Lei de introdução e parte geral 1, cit., p. 84-89).
Observe-se também a posição de JUDITH MARTINS COSTA:
"Os elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral. O seu recebimento pela cláusula geral torna-se compreensível se tivermos presente que esta constitui um modelo jurídico complexo e de significação variável. É complexo porque emoldurado em determinada fonte legislativa tem sua *fattispecie* completada por meio da concreção de elementos cuja origem imediata estará situada na fonte jurisprudencial, possuindo significação variável, posto alterar-se, esta, 'em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradas". (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, cit., p. 10).

[42]Não será detidamente abordado o princípio da relatividade dos efeitos contratuais por não ter repercussões diretamente ligadas ao instituto da lesão, ou ainda à anulação ou revisão dos contratos sob o enfoque aqui tratado. Esse princípio repercute na seara dos efeitos contratuais, dele decorrendo o primado de que esses atingem apenas as partes, não beneficiando ou prejudicando terceiros. Da mesma forma que se verificará com os demais princípios, esse ora tratado não é absoluto, apontando ORLANDO GOMES que há casos em que é possível atribuir direitos e obrigações a terceiros, exemplificando, entre outros, com a estipulação em favor de terceiros e o contrato coletivo de trabalho (GOMES, Orlando. *Contratos.* 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 43-44).
A mitigação do princípio da relatividade contratual também se visualiza diante dos novos princípios e decorre da Constituição Federal, que, somado ao que veio posteriormente a ser estipulado pelo Código Civil de 2002, exige dos contratantes a observância da função social do contrato. Nessa linha, autores como MIGUEL REALE (*História do novo Código Civil*, cit., p. 268) e FLÁVIO TARTUCE (*Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 186-196) afirmam que a função social do contrato impõe às partes que os contratos por elas firmados não o sejam em detrimento da coletividade, atribuindo-se "eficácia social" aos contratos (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit. p. 195). E assim também se reconheceu no Enunciado 21 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.
Ressalva-se, com os mesmos autores, que permanece presente o princípio da relatividade dos contratos, porém com interpretação ajustada pelas exceções impostas pelos novos princípios contratuais. Sobre o assunto vide também: LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 20-25.

2.3. Princípio da liberdade contratual em sentido amplo[43]

A expressão autonomia da vontade, cunhada sob influência de KANT[44], surgiu como conseqüência da concepção jurídica e filosófica dos séculos XVIII e XIX que

---

[43]A doutrina denomina o princípio abordado no presente item de diversas formas. Obras recentes como as de CARLOS ROBERTO GONÇALVES (*Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 20-22), PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (*Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4, t. 1, p. 38-43) e ANTONIO JEOVÁ SANTOS (*Função social do contrato.* 2. ed. São Paulo: Método, 2004. p. 54-58 e p. 60-65) tratam o tema sob a denominação "autonomia da vontade", expressão comumente identificada com a teoria voluntarista do negócio jurídico do século XIX, adaptando, porém, a abordagem do princípio para o seu atual significado (sobre essa teoria e a teoria preceptiva vide Capítulo 3).
Outros autores como FRANCISCO AMARAL (*Direito civil: introdução.* 6. ed. rev. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 22) e FLÁVIO TARTUCE (*Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 176-177 e 180) utilizam a expressão "autonomia privada".
Há também quem conceba autonomia privada e autonomia da vontade como termos sinônimos (cf. RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 44-45) ou utilize denominação diferenciada como "autonomia privada da vontade" (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 121-123, jul./set. 2004).
FLÁVIO TARTUCE sob o sugestivo título "O princípio da autonomia da vontade e a sua substituição pelo princípio da autonomia privada" discorre sobre a evolução do princípio da autonomia da vontade para a autonomia privada diante do abandono das concepções voluntaristas; aponta a inadequação terminológica da expressão autonomia da vontade, pois não é a vontade que é autônoma, mas a pessoa que a declara; e destaca que a formação do contrato hoje não é vista mais como fenômeno decorrente exclusivamente da vontade. A expressão autonomia da vontade remeteria a um caráter subjetivo, quando o contrato deveria ser visto de maneira concreta, sob o foco "do que ele representa para o meio social", por isso seria mais adequada a expressão autonomia privada. (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 176-177 e 180). Porém, o próprio autor reconhece que a expressão "autonomia privada" remeteria a um princípio que abrangeria todo o direito privado. (op. cit., p. 178).
ANTONIO MENEZES CORDEIRO confere à autonomia privada um caráter ainda maior, pois não só declara que abrange todo o direito privado, como também que se trata de um instituto jurídico. (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1, t. 1, p. 393). Um conjunto concatenado de normas e princípios que lhe dão um caráter diferenciado e mais amplo que a simples somatória desses elementos, tal como se dá como a propriedade, outro instituto jurídico (op. cit., p. 364-365).
A expressão autonomia privada também é identificada com a teoria preceptiva do negócio jurídico (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade, cit., p. 121-123), de forma que acaba por incidir no mesmo problema da expressão "autonomia da vontade", qual seja, utilizar uma expressão que tem uma carga semântica reconhecida na doutrina para representar um fenômeno diferente.
Adota-se aqui a terminologia acolhida por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, princípio da liberdade contratual, porém acrescida da expressão "em sentido amplo" para deixar claro que sob essa denominação estão abrangidas todas as nuances do princípio, como será discorrido nesse item. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 140).
É bem verdade que em artigo mais recente ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO reitera em denominar o princípio aqui mencionado em, simplesmente, "princípio da liberdade contratual", aduzindo que aí estariam incluídos "seus vários desdobramentos, como a liberdade de contratar ou não contratar, a de plasmar o conteúdo do contrato, a de escolha de com quem contratar, idem da forma contratual, do tipo contratual, do momento de contratar, etc." (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant, cit., p. 182). Porém, se mantém aqui a expressão "em sentido amplo" para que fique cristalina a amplitude do princípio abordado.

[44]Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 8.

concebia no homem a própria razão do Direito. Segundo esse entendimento somente a vontade livre, soberana e consciente do indivíduo poderia obrigá-lo. [45]

Surge assim o princípio da autonomia da vontade, base fundamental sob a qual se formou o "sistema individualista" e a teoria contratual[46], e por intermédio do qual se reconhece aos indivíduos o poder de livremente se vincularem, disporem de seus próprios interesses e criarem direitos e obrigações mútuas.

Essa concepção individualista cristalizada no "dogma da vontade" permeou a cultura ocidental e acabou por ser acolhida também no nosso Código Civil de 1916.

Ainda hoje, aqui sob a denominação liberdade contratual em sentido amplo[47], e com novos critérios, é tido como um dos mais relevantes princípios para o direito civil[48].

FRANCISCO AMARAL assevera que a partir desse princípio[49] se "reconhece o poder que os particulares têm de regular, por sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado".[50]

O princípio da liberdade contratual em sentido amplo, na medida em que confere poder para o indivíduo dispor de seus interesses, admite diferentes formas de exercício, segundo essa potestade seja manejada em um ou outro sentido.

Assim, identificam-se como principais nuances desse princípio: a liberdade para formalizar determinado contrato, a liberdade de definir a parte com que se irá contratar e a liberdade de definir o conteúdo do contrato a que se quer vincular.[51]

---

[45]Cf. BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos.* São Paulo: Saraiva, 2000. p. 16-19.

[46]MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 5, p. 9.

[47]Vide primeira nota deste item.

[48]Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. p. 13). PABLO STOLZE GAGLIANO E RODOLFO PAMPLONA FILHO discorrem que ausente a autonomia "as relações jurídicas se estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 42).

[49]Sob a expressão princípio da autonomia privada (vide primeira nota deste item).

[50]AMARAL, Francisco. A interpretação jurídica segundo o Código Civil, cit., p. 94.

[51]TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 173. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO identifica outras nuances como a de escolher o tipo contratual, o momento e forma de contratar. (Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant, cit., p. 182).

A liberdade para formalizar contrato, identificada entre tantas nomenclaturas pela doutrina como liberdade de celebração[52] ou liberdade de contratar[53], corresponde à autonomia conferida aos indivíduos de se vincularem ou não mediante contratos e, portanto, de "optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de Direito, a ele (contrato) associados"[54].

Nessa ótica, assegura-se ao particular a garantia de não ser forçado a formalizar determinado contrato. Ele é senhor da decisão de produção ou não de determinados efeitos jurídicos em razão da criação de um vínculo contratual.

Porém, desde aqui já se observa a existência de freios a esse princípio, pois há situações em que é obrigatória a contratação, como a do seguro obrigatório.[55]

Outra forma de exercício da liberdade contratual em sentido amplo refere-se ao poder de escolha da parte com quem se vai contratar.

O indivíduo é livre para celebrar com quem quer que seja; não pode ser coagido a firmar negócio com determinada pessoa, mesmo que as condições por ela apresentadas sejam melhores. Mas também aqui já se ressalva que há limitações ao poder de escolha da parte, pois há hipóteses em que o indivíduo não tem opção e deve, por exemplo, celebrar contrato com determinada empresa concessionária de serviço público em regime de monopólio.[56]

Outra espécie de exercício do princípio é a liberdade contratual em sentido estrito e tem por foco o poder de definir livremente o conteúdo do negócio jurídico, definindo-se as cláusulas contratuais e os efeitos jurídicos.

E é nesse último enfoque, a liberdade contratual em sentido estrito, que se observam com maior facilidade os limites impostos ao poder negocial das partes, pois, por vezes, critérios de ordem pública impõem determinado conteúdo contratual que deve ser obrigatoriamente seguido.[57]

---

[52]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 392.
[53]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 25-26.
[54]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 392.
[55]LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 14.
[56]Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3, p. 31.
[57]Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 43.

Essas limitações ao princípio da liberdade contratual em sentido amplo, por alguns identificadas como princípio da prevalência ou supremacia da ordem pública[58], sempre existiram.

WASHINTGON DE BARROS MONTEIRO, discorrendo no âmbito do então vigente Código Civil de 1916, apontava que a vontade não era absoluta, mas limitada à supremacia da ordem pública que proíbe estipulações "contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes", destacando, ainda, dispositivos legais que impunham limites às estipulações contratuais como a fixação de taxa de juros e de cláusula penal.[59]

Nesse sentido, ANELISE BECKER destaca que mesmo no Código Civil Francês a vontade nunca possuiu caráter absoluto, pois o artigo 1.134 do *Code*[60] já apontava que somente as convenções "legalmente" formadas teriam força de lei.[61]

Nessa concepção, o princípio da liberdade contratual em sentido amplo seria um poder atribuído aos indivíduos para criarem obrigações, desde que respeitadas as leis, a ordem pública e os costumes.[62]

Mas há que se observar a essas limitações impostas ao princípio da liberdade contratual (em sentido amplo), outrora identificadas com a supremacia da ordem pública, hoje se acrescem outras vinculadas à boa-fé objetiva e função social do contrato.

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA destaca que o contrato é "um instrumento essencial da organização social" e, como tal, é expressão da sociedade

---

[58]Reconhecendo-as como verdadeiro princípio: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos,* cit., p. 26-27. Já ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO as identifica como um limite ao princípio. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 140).

[59]Sobre a taxa de juros aponta o artigo 1º do Decreto nº 22.626/33; quanto à cláusula pena, o artigo 920 do Código Civil. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., v. 5, p. 9.

[60]"Art. 1.134. Les conventions légalment formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites". Em tradução livre: "As convenções legalmente constituídas ocupam o lugar de leis para aqueles que as fizeram".

[61]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 18. No mesmo sentido, MARIA HELENA DINIZ aponta o artigo 6º do Código Civil Francês: "Não se pode derrogar por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes". (*Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 32).

[62]DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 32.

na qual se aplica. Assim, alterada essa, o contrato torna-se inadequado ou deficiente, exigindo sua conseqüente evolução.[63]

Nessa linha, prossegue a autora, é que se admitiu a intervenção do Estado nos contratos para "mitigar os malefícios do liberalismo econômico" e, atualmente, em virtude da feição mais ética que se exige da pessoa humana, o contrato novamente deve se adaptar a essa feição contemporânea, o que se vislumbra mediante a incidência dos novos princípios contratuais.[64]

Discorrendo sobre a evolução do direito brasileiro com a instituição do novo Código Civil, MIGUEL REALE destaca a incidência da Constituição Federal no âmbito do direito civil e traça paralelo entre a Carta Magna e o Código Civil de 2002, pontuando que este último respeita os ditames daquela, razão pela qual consagra no seu artigo 421[65] a liberdade contratual, "mas condicionada pela função social do contrato e pela boa-fé por parte dos contratantes", prevista no artigo 422.[66]

Assim, o princípio da liberdade contratual em sentido amplo deve se adequar ao princípio da função social, de forma que o indivíduo, ao livremente dispor de seus interesses, deve fazê-lo em consonância com o bem comum.[67]

Já nessa nova concepção acerca das limitações do princípio da liberdade contratual é que FLÁVIO TARTUCE[68] o conceitua como o poder da parte de regulamentar seus interesses, limitado por normas de ordem pública e pelos demais princípios contratuais[69].

---

[63]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 22, n. 68, p. 79-80, dez. 2002.

[64]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, cit., p. 81-82.

[65]O artigo 421 do Código Civil dispõe: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO aponta que apesar dos termos empregados nesse dispositivo, este se refere à liberdade contratual (em sentido estrito) e não a de contratar (AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva – *laesio enormis. Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 308, p. 11, jun. 2003).

[66]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 265.

[67]Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos, cit.

[68]Que a denomina como autonomia privada.

[69]Cf. TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 180. Também MARIA HELENA DINIZ, nos seguintes termos: "A liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais." (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado.* 9. ed. rev., aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 321-322).

2.4. Princípio da força obrigatória

O princípio da força obrigatória, identificado com a expressão latina *pacta sunt servanda*, é aquele pelo qual se enuncia que as cláusulas contratuais devem ser observadas tal como se "fossem preceitos legais imperativos".[70]

A partir da concepção individualista de que as partes são iguais e podem livremente estabelecer vínculos contratuais, definir seu conteúdo e efeitos, devem, por isso mesmo, fielmente cumprir as obrigações assumidas.

Pressupunha-se que as partes, livres e iguais, estipulariam cláusulas justas e que, por conseqüência, deveriam ser criteriosamente cumpridas.

Nos dizeres de ORLANDO GOMES, o princípio da força obrigatória "é a pedra angular da segurança do comércio jurídico", pois, regularmente formados[71], os contratos impõem seu estrito cumprimento às partes e a impossibilidade da alteração de seu conteúdo por apenas uma delas.[72]

Portanto, verifica-se que, como conseqüência do princípio da força obrigatória, o contrato é irretratável e intangível, pois a parte não pode unilateralmente desfazê-lo ou mudar seu conteúdo.[73]

Nessa linha, o princípio da força obrigatória impunha também a inadmissão da intervenção judicial para revisão do conteúdo de cláusulas contratuais, salvo para anulação ou resolução, de forma a garantir eficácia à liberdade contratual em sentido amplo.[74]

Ocorre que diante das transformações econômicas, políticas e sociais o contrato sob a ótica do voluntarismo jurídico passou a não mais suprir as necessidades da sociedade.[75]

---

[70]GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 36.

[71]Somente possui força obrigatória o contrato que satisfaça os requisitos de validade. MARIA HELENA PÓVOAS condiciona a aplicabilidade da força obrigatória à observância dos demais princípios e normas. (PÓVOAS, Maria Helena. A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá,* Cuiabá, v. 5, n. 1, p. 96, jan./jun. 2003).

[72]GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 36.

[73]Cf. BAPTISTA, Sílvio Neves. A força obrigatória dos contratos e a imprevisibilidade extraordinária. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco,* v. 7/8, n. 16/17, p. 576, jan./jun. 2003.

[74]Cf. LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 17.

[75]GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 6-9.

Na medida em que a sociedade mudou seus valores éticos e seus interesses econômicos e políticos, alterou-se a consciência jurídica, tornando necessária a adequação de seus princípios e conceitos.

As grandes guerras e também os movimentos sociais desencadearam reação contra a estrita observância do princípio da força obrigatória, na medida em que se passou a postular a revisão de contratos desequilibrados em função desses eventos extraordinários ou, ainda, em decorrência da própria desigualdade existente entre os contratantes.

Quando se verificou que havia "exploração dos mais fracos pelos mais fortes", ou seja, desigualdade, concluiu-se que algumas pessoas não eram efetivamente livres para discutir e estabelecer as cláusulas contratuais às quais se vinculavam.[76]

Diante da estrita relação entre o princípio anteriormente tratado e o da força obrigatória dos contratos justificava-se que esse deveria ter seus efeitos mitigados porque as premissas da liberdade contratual não eram plenamente verdadeiras.

Na medida em que foi averiguado que as concepções do individualismo não eram precisas, desmentindo em parte os postulados da liberdade e igualdade em que se baseou o então denominado princípio da autonomia da vontade, tornou-se necessário moderar os efeitos da força obrigatória.

Assim, passou-se a admitir a intervenção do Estado[77] nos contratos "seja mediante a aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, modificando-o ou apenas liberando o contratante lesado."[78]

Essa tendência já vista anteriormente à vigência do Código Civil de 2002 ganhou nova força com ele na medida em que foram reconhecidos os novos princípios que serão adiante tratados e positivados os institutos da lesão[79], do estado de perigo[80] e revisão contratual por fato superveniente[81].

---

[76]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos,* cit., p. 26.

[77]Aqui novamente a incidência dos limites de ordem pública impostos aos princípios originários das concepções individualistas, aos quais alguns autores denominam de princípio da supremacia da ordem pública. (Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 140).

[78]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais*,* cit., v. 3, p. 28-29.

[79]Artigo 157 do Código Civil de 2002.

[80]Artigo 156 do Código Civil de 2002.

[81]Artigos 478 e 480 do Código Civil de 2002.

Mas, como pondera MIGUEL REALE, a instituição de novos princípios contratuais não tem por escopo diminuir a garantia e a segurança daqueles que firmam contratos, ou seja, excluir o princípio da força obrigatória dos contratos, ao contrário, afirma o autor que "*pacta sunt servanda* continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais."[82]

2.5. Princípio da função social dos contratos

ORLANDO GOMES, antes mesmo da nomeação da comissão que veio a elaborar o anteprojeto do que veio a se transformar no Código Civil de 2002, preconizava que o direito das obrigações passou a se orientar "no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social aos interesses individuais de cunho meramente egoístico".[83]

Por sua vez, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO sustentam que no Brasil a efetiva evolução legislativa do Estado Liberal para o Estado Social – e como corolário disso o abandono da visão individualista do contrato, que ocorreu no mundo a partir do primeiro quarto do século XX, só veio a efetivamente ocorrer aqui após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entretanto, prosseguem os autores em tom crítico, como em tantas áreas, também no Direito Civil foi necessária lei ordinária para explicitar o óbvio que já constava na Constituição.[84]

---

[82]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 266. E prossegue o autor mencionando o artigo 422 do Código Civil que "veio a reforçar ainda mais essa obrigação" na medida em que remete a boa-fé contratual também na conclusão do contrato. Em outras palavras, há de existir um firme propósito de fiel e leal cumprimento do pactuado. (*História do novo Código Civil*, cit., p. 266) Veja também: op. cit., p. 249. Nesse sentido também julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que assevera que a "Tendência hodierna em reconhecer a função social do contrato não implica em socialização das relações jurídicas, e sim que o contrato deve ser concebido como instrumento materializado que objetive, precipuamente, a promoção de maior justiça nas trocas econômicas. Mas sem descurar, vale referir, da segurança jurídica, decorrente da observância do *pacta sunt servanda*.". (TJ-RS, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70021224993, j. 27/09/2007. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 13 dez. 2008).

[83]GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações,* cit., p. 1. A primeira edição dessa obra é de 1967.

[84]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 57-60.

Assim, há tempos a concepção individualista do contrato cede espaço para um prisma social, como se viu, entre nós, com a edição do Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 8.245/91. Porém, é preciso reconhecer que a edição do Código Civil de 2002, pelo cunho genérico que possui, dissemina essa idéia para todas as relações jurídicas.

Aponta-se que o germe da função social do contrato decorreu do reconhecimento da função social da propriedade[85], pois se o contrato é instrumento para obtenção da propriedade e para essa há limites na sua utilização, é natural, por conseqüência, que também se admitam limites para o manejo daquele.[86]

A proteção à propriedade e o vínculo dessa proteção à sua função social vieram expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, nos incisos XXII e XXIII do seu artigo 5º[87] e, nos dizeres de MIGUEL REALE, esses dispositivos somente serão plenamente observados "se igual princípio (da função social) for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade".[88]

PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, após sustentarem que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal)[89] constitui fundamento do princípio da função social, complementam que outros princípios "vetores de uma ordem econômica sustentada e equilibrada, em que haja respeito ao direito do consumidor, ao meio ambiente" e também à

---

[85]Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, cit., p. 85. Em outro artigo a mesma autora faz larga digressão sobre o surgimento da função social da propriedade e sua transposição para o direito obrigacional: A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, ano 12, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988. De outro lado, DAISY GOGLIANO nega qualquer vínculo entre a função social da propriedade e a função social do contrato. (GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato (causa ou motivo). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 53, n. 334, p. 10, 12-14, ago. 2005).

[86]Cf. DONNINI, Rogério Ferraz. Revisão contratual sem imprevisão. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 217-218, jul. 2008.

[87]"Constituição Federal:
Artigo 5º.: (...)
XXII – é garantido o direito de propriedade;
XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;"

[88]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 266.

[89]"Constituição Federal:
Artigo 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III – a dignidade da pessoa humana;"

"própria função social da propriedade", "todos eles, reunidos e interligados, dão sustentação constitucional à função social do contrato".[90]

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO centra-se no valor social da livre iniciativa no âmbito da ordem econômica (artigos 1º, inciso IV e 170, *caput* da Constituição Federal)[91] para pontuar que o contrato não pode ser visto "como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais", ao contrário, a partir desse enfoque social da livre iniciativa deve-se verificar que os contratos interessam a toda coletividade.[92]

ROGÉRIO FERRAZ DONNINI sustenta que o princípio da função social seria uma extensão da solidariedade (artigo 3º, inciso I da Constituição Federal)[93] e que, em conjunto com a igualdade, constituiriam instrumento para a consecução da proteção à dignidade da pessoa humana.[94]

Nessa linha, a dignidade da pessoa humana somente seria plenamente realizada pelo contrato na medida em que as partes instituam uma relação equilibrada e colaborem mutuamente para a consecução do escopo por elas individualmente almejado.[95]

ALVARO VILLAÇA DE AZEVEDO declara que nos contratos deve haver "espírito de fraternidade", pois mediante eles "os homens devem compreender-se e

---

[90]Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 54 e p. 61.

[91]"Constituição Federal:
Artigo 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissociável dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"
"Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)"

[92]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 141-142.

[93]"Constituição Federal:
Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

[94]DONNINI, Rogério Ferraz. Revisão contratual sem imprevisão, cit., p. 218.

[95]Comentando o princípio da função social do contrato e sua relação com os princípios constitucionais FLÁVIO TARTUCE pondera que "na conceituação do princípio há uma fusão de preceitos patrimoniais e existenciais, assegurando-se ao sujeito de direito o mínimo para que viva com dignidade". (*Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 250).

respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão." [96]

Mas, como bem pondera TERESA ANCONA LOPES, isso não significa que a função social seja o objetivo do contrato. O contrato regula interesses privados e o bem-estar social é função estatal; a função social serve como limite para o exercício da liberdade contratual das partes.[97]

Justamente nesse sentido é o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça[98], que por sua precisão vale transcrever:

> "A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas."

Portanto, o princípio da função social do contrato encontra fundamento na Constituição Federal, pois ela não admite que o contrato seja utilizado como "instrumento para atividades abusivas" [99] de forma a causar dano à parte contrária ou a terceiros. Ao contrário, deve ser "socialmente agregador"[100], porque somente assim se realizarão seus princípios, como a proteção à dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a função social da propriedade e uma ordem econômica que tenha como fundamento o valor social da livre iniciativa.[101]

---

[96]AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva – *laesio enormis.* p. 11. Assim, resgata-se o princípio da fraternidade (ou solidariedade como consta na Constituição Federal) nas relações sociais, primado preconizado já na Revolução Francesa ao lado da liberdade e da igualdade e que parece ter sido esquecido por muito tempo na cultura dos povos ocidentais, dada a ênfase apenas aos outros dois princípios.

[97]LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 65.

[98]Superior Tribunal de Justiça, Rel. Des. Nancy Andrighi, REsp 803481, j. 28.06.2007. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3139931&sReg=200502058570&sData=20070801&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[99]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 266-267.

[100]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 61.

[101]Sobre os fundamentos constitucionais do princípio da função social dos contratos veja-se também: LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 3-74.

O princípio da função social consta expressamente[102] no Código Civil de 2002, no artigo 421[103] e no parágrafo único do artigo 2035[104], dos quais se vislumbra a efetiva limitação que provoca na liberdade contratual e seu caráter cogente, de ordem pública.[105]

A propósito, JONES FIGUEIRÊDO ALVES destaca que os contratos continuam sendo estabelecidos em seu conteúdo segundo a vontade das partes, que "todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art.1º da CF), deve prescrever a ordem econômica e jurídica".[106]

Nesse sentido é que o Enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002 dispõe que:

> "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana."[107]

O princípio da função social dos contratos constitui-se numa verdadeira cláusula geral[108] que gera efeitos às partes contratantes limitando sua autonomia e repercute na coletividade.[109]

---

[102]Sobre outros dispositivos do Código Civil em que pode ser vislumbrada a influência do princípio da função social dos contratos: TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 251-253.

[103]"Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

[104]"Artigo 2.035. (...)

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

[105]Sobre a relação entre os princípios da função social e da liberdade contratual veja também o item 2.3. supra.

[106]ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil comentado,* cit., p. 379. Tb. DONNINI, Rogério Ferraz. Revisão contratual sem imprevisão, cit., p. 215.

[107]PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[108]Cf. BARROSO, Lucas Abreu. A função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 283-294, p. 288-289.

[109]FLAVIO TARTUCE as denomina de eficácia interna e eficácia externa (*Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 244-245). JUDITH MARINS COSTA utiliza as expressões eficácia intersubjetiva e eficácia trans-subjetiva. (Notas sobre o princípio da função social dos contratos, cit.).

Há dissonância doutrinária acerca desses efeitos, parte pendendo apenas para os efeitos internos, parte para os efeitos externos e outra para ambos os efeitos. Sobre a questão vide: TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 246-247.

Ainda sobre o assunto e reconhecendo eficácia interna ao princípio da função social o Enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006: "O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes". (PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008).

Pondera JUDITH MARTINS COSTA que deve haver preocupação maior com o objeto, o bem da vida do contrato, do que com o contrato em si de maneira que a função social determina que quanto "mais essencial for, para as partes, o bem da vida subjacente ao objeto contratual (como no seguro de vida, no seguro-saúde, no fornecimento de água e energia elétrica, nos transportes, etc), maior deve ser a intervenção estatal, na sua tríplice esfera, para tutelar o bem contratado"[110].

Além disso, o princípio da função social, constituindo-se um limite de ordem pública da autonomia das partes na relação contratual e objetivando a efetiva utilidade dos contratos, configura-se num reforço ao princípio da conservação dos contratos[111] e incentivo à solução preconizada no parágrafo 2º do artigo 157 do Código Civil que visa a manutenção dos contratos lesionários, pela supressão do desequilíbrio entre as prestações.[112]

No que tange à eficácia externa, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, fundado apenas na Constituição Federal e antes mesmo do Código Civil de 2002, demonstra que o princípio da função social impõe revisão do princípio da relatividade dos contratos[113], pois esses não podem prejudicar a coletividade, ao contrário, devem contribuir para uma ordem social harmônica.[114]

E destaca que a Constituição Federal impõe ao intérprete do direito a compreensão de que o contrato não pode ser visto como algo que interessa apenas às partes,

---

[110]MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos, cit. Isso em decorrência de se tratar de uma cláusula geral. No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 181.

[111]Item 2.8 infra.

[112]Esse o entendimento exarado no Enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui clásula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas." (PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008). Sobre o assunto vide também: LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 68-69.

[113]No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado,* cit., p. 322.

[114]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 141-142. Posteriormente esse entendimento veio reverberado no Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

"desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade".[115]

Daí porque o princípio da função social do contrato implica em nova interpretação do princípio da relatividade dos contratos.[116]

O contrato, um fenômeno decorrente da vida em sociedade, não pode prejudicar terceiros ou toda a coletividade em que está inserido.

Assim, a liberdade contratual deve ser exercida em consonância com os valores ambientais, da livre concorrência e dos direitos do consumidor, entre tantos outros interesses da coletividade que podem ser afetados. [117]

2.6. Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva é um dos meios pelos quais a lei civil procura assegurar a lealdade do contrato e impedir a exploração do homem pelo homem.[118]

A boa-fé encontra raízes no princípio da eticidade mencionado acima[119] e se constitui num princípio que atinge todas as fases da relação contratual.

A boa-fé pode se apresentar numa forma subjetiva, como uma atitude psicológica[120] da parte em atuar de acordo com o Direito (do que é seu oposto a conhecida má-fé). Ou, ainda, numa forma objetiva, "como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a

---

[115]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 142.

[116]O princípio da relatividade dos contratos foi sucintamente abordado na nota 42 supra.

[117]MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos, cit.

[118]TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 22, n. 68, p. 101, dez. 2002.

[119]Item 2.2.2.

[120]A boa-fé subjetiva constitui-se num elemento psicológico pelo qual a parte, também por fatores morais de honestidade e retidão, tem convicção de que não está violando direito alheio. (Cf. ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 120).

própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal".[121]

O princípio aqui tratado não versa sobre a avaliação anímica do sujeito acerca de sua consciência de estar ou não ardilosamente prejudicando a outra parte. Enfoca apenas uma avaliação objetiva.

Na feliz e precisa distinção de TERESA ANCONA LOPES "na boa-fé objetiva está em julgamento a situação ou atividade jurídica como um todo e na boa-fé subjetiva somente a intenção do sujeito".[122]

Por isso é que quando se refere à boa-fé objetiva se ressalta a conduta proba e reta do homem tendo em conta o "entendimento de uma sociedade em certo momento histórico"[123], pois se o enfoque fosse o da parte se trataria de boa-fé subjetiva.

O princípio da boa-fé nos contratos foi previsto sob o enfoque objetivo e positivado no artigo 422 do Código Civil de 2002[124], impondo às partes o dever de lealdade e honestidade em todos os momentos, desde suas tratativas iniciais, passando por sua formação, execução e mesmo após a extinção do negócio[125].

Acerca desse modelo de conduta escorreita, acórdão do Superior Tribunal de Justiça da lavra da Ministra NANCY ANDRIGHI dispôs que o princípio da boa-fé objetiva

---

[121]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 248-249.

[122]LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 44.

[123]ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídic, cit., p. 120.
CIBELE PINHEIRO MARÇAL CRUZ E TUCCI, no mesmo sentido, pondera que o negócio jurídico terá o seu conteúdo revelado segundo "sua conjuntura histórica e no contexto sociocultural pertinente, para averiguar, de modo estritamente objetivo, qual seria o padrão de conduta normalmente exigível dos sujeitos de direito e quais são os efeitos jurídicos que razoavelmente deveriam ser esperados pelos contratantes". (Teoria geral da boa-fé objetiva, cit., p. 102).

[124]Código Civil:
Artigo 422. Os contratantes serão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
O Código Civil de 2002 também se refere à boa-fé objetiva nos dispositivos que tratam da interpretação dos negócios jurídicos (artigo 113) e do exercício abusivo do direito (art. 187).

[125]É correto o alerta de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO que o artigo 422 é insuficiente porque não se refere expressamente às fases pré-contratual e pós-contratual, mas apenas à sua conclusão e execução. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 150). Porém, é provável que esse dispositivo seja interpretado de maneira ampliativa pela jurisprudência diante do Enunciado n. 25 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, nos seguintes termos: "O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual" e também do Enunciado n. 170 da III Jornada, promovida pelo mesmo órgão em dezembro de 2004: "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase das negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

"se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal".[126]

Como já se disse, o princípio da boa-fé objetiva incide sobre todas as fases contratuais e na primeira delas, a fase pré-contratual, implica em que os possíveis contratantes devem agir com "lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações"[127].

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO destaca que a observância da boa-fé objetiva pelas partes implica no esclarecimento de todos os fatos relevantes da contratação e a busca pelo razoável equilíbrio das prestações.[128]

Já na fase contratual o princípio da boa-fé objetiva impõe que a parte cumpra não só o pactuado, mas também atenda às justas expectativas da outra parte – aquelas do homem médio – decorrentes do contrato.[129]

Assim, na fase contratual a função interpretativa e integrativa da boa-fé prevista no artigo 113 do Código Civil[130] viabiliza a correta extração do conteúdo contratual e deveres acessórios, pois impõe que sejam observadas, pelo padrão do homem médio, as condições socioculturais do contrato estabelecido.

---

[126]Superior Tribunal de Justiça, Rel. Des. Nancy Andrighi, REsp 803481, j. 28.06.2007. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3139931&sReg=200502058570&sData=20070801&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[127]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire conra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do 'programa contratual' estabelecido (Parecer). In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 176-177.

[128]AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva – *laesio* enormis, cit., p. 12. O autor relata que o princípio da boa-fé objetiva veio expressamente previsto no Código Civil Alemão (§ 242, BGB); no Código Civil Italiano de 1942 (arts. 1.337, 1.366 e 1.375) e no Código Civil Português (art. 227).

[129]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, cit., p. 83.

[130]"Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de celebração". O artigo 113 do Código Civil prevê a boa-fé objetiva. (Cf. ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídic, cit., p. 119-120).

Nessa linha é que ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO ressalta que há variações de *standards,* de forma que "se o sujeito vai negociar no mercado de objetos usados, em feira de trocas, a boa-fé exigida do vendedor não pode ser igual à de uma loja muito fina, de muito nome, ou à de outro negócio em que há um pressuposto de cuidado".[131]

Após a execução do contrato também se deve agir com lealdade, por exemplo, não revelando segredos obtidos em razão do contrato firmado ou, ainda, provocando distúrbios aos proveitos razoavelmente esperados do negócio[132].

Portanto, positivado no Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva além de informar os contratos, também se constitui em cláusula geral[133] que "impõe um comportamento correto, ético, equilibrado e honesto"[134] em todas as fases da relação contratual.

Em outro aspecto, cumpre salientar que o princípio da boa-fé objetiva também pode ser apreendido no âmbito dos requisitos de validade e fatores de eficácia dos contratos na medida em que descumpridos os deveres de lealdade, colaboração, informação e cuidado na formação da relação contratual ou quando de sua execução, provocam as respectivas conseqüências negativas nesses diferentes planos do negócio jurídico.[135]

Nesse entendimento, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA destaca que a boa-fé objetiva constitui-se em "um princípio informador da validade e eficácia contratual".[136]

---

[131]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit., p. 150.
Há que se destacar, contudo, que o exemplo dado pelo autor se encontra em contexto de crítica ao artigo 422 do então projeto de Código Civil pelo fato de esse dispositivo, no que aqui interessa, não prever a possibilidade de as partes definirem os *standards* em que o contrato deve ser cumprido. Realmente, o Código poderia ter sido mais claro franqueando expressamente tal possibilidade, entretanto, o exemplo serve para ilustrar como as circunstâncias socioculturais influenciam na percepção do que consiste o princípio da boa-fé objetiva em cada caso concreto e como ela direciona para um lado ou outro a interpretação e integração de determinado negócio jurídico.

[132]ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO discorre sobre hipótese em que, após regularmente firmada e executada compra e venda de imóvel em determinado valor em virtude da vista que ele proporcionava, o vendedor age deslealmente construindo edifício em terreno vizinho que atrapalha essa mesma vista. (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos, cit., p. 151).

[133]TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. Teoria geral da boa-fé objetiva, cit., p. 107.

[134]DONNINI, Rogério Ferraz. Revisão contratual sem imprevisão, cit., p. 217.

[135]Sobre os planos de existência, validade e eficácia vide capítulo 4.

[136]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, cit., p. 83. Tb. BAPTISTA, Sílvio Neves. A força obrigatória dos contratos e a imprevisibilidade extraordinária, cit., p. 600.

MIGUEL REALE, destacando que o princípio da boa-fé constitui uma das grandes diferenças em relação ao Código de 1916, aduz que sua positivação implicou naturalmente no ressurgimento atualizado da lesão e do estado de perigo.[137]

No contexto dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO menciona o dever de proteção (ou cuidado), discorrendo que a parte não deve abusar da outra, mais ainda, deve "até mesmo se preocupar" com ela. E mais à frente identifica a lesão prevista nos artigos 39 do Código de Defesa do Consumidor e 157 do então projeto de Código Civil como uma das espécies de prática abusiva.[138]

Reconhece-se, assim, não apenas a relação entre a boa-fé objetiva e o plano de validade do negócio jurídico, mas seu vínculo com a lesão.

2.7. Princípio do equilíbrio contratual[139]

Em que pese o entendimento daqueles que inserem o princípio do equilíbrio contratual como um subproduto da função social[140], melhor é a posição dos autores que

---

[137]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 59-60 e 247. Acresça-se que o autor compreende que na licitude do objeto estaria inserida a boa-fé, razão pela qual, estando ausente, seria afetada a própria validade do contrato. (REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 250).

[138]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire conra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do 'programa contratual' estabelecido (Parecer), cit., p. 181.

[139]O termo equilíbrio é utilizado por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 141), BARBARA MARUCCI (Equilíbrio contratuale: un principio nella continuitá, cit., p. 213-239), CARLOS FERNANDO CARVALHO MOTTA FILHO (Ensaio sobre a lesão contratual nas relações de consumo, segundo a nova ordem civil. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, ano 100, v. 371, p. 85, jan./fev. 2004) e LEONARDO MATTIETTO (Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 128-135), mas também aqui há divergência quanto à nomenclatura, pois alguns autores utilizam o termo equivalência como PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (*Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 68); PAULO LUIZ NETTO LÔBO (Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796. Acesso em: 21 out. 2008); e FLÁVIO TARTUCE (*Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 136). Já ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO utiliza os termos comutatividade e eqüidade (*Teoria geral dos contratos típicos e atípicos,* cit., p. 32).

[140]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 68-69.

reconhecem autonomia ao princípio do equilíbrio contratual[141], já que, apesar de com ele se relacionar, possui características próprias.

O princípio do equilíbrio contratual institui a necessidade da observância da equivalência entre as obrigações assumidas pelas partes no aperfeiçoamento e cumprimento da relação negocial.

PAULO LUIZ NETTO LOBO aponta que o princípio aqui tratado "preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes".[142]

O reconhecimento e a aplicação do princípio do equilíbrio contratual têm como consequência a mitigação do princípio da liberdade contratual, na medida em que a vontade das partes deve se vincular a estipulações razoavelmente equilibradas.

E, da mesma forma, limita a incidência do princípio da força obrigatória, já que com fundamento na ausência de equilíbrio, originário ou posterior, é admissível a anulação, resolução ou revisão do contrato.

Nesse sentido, LEONARDO MATTIETTO aponta uma relativização do princípio da força obrigatória dos contratos pelo princípio do equilíbrio contratual.[143]

O princípio do equilíbrio contratual não foi mencionado de maneira explícita no Código Civil de 2002, ao contrário do que se viu com a função social e a boa-fé objetiva, mas sua presença implícita é observada a partir da previsão da lesão, do estado de perigo e da resolução por onerosidade excessiva superveniente.[144]

Discorrendo sobre as inovações do Código Civil de 2002, como a incorporação dos institutos da lesão e do estado de perigo, MIGUEL REALE argumenta que representam exemplos da ingerência da boa-fé em todos os campos desse diploma e finaliza afirmando que constituem "o reconhecimento de que as relações jurídicas são presididas por um equilíbrio ético-econômico, devendo ser exigida a equação financeira dos contratos".[145]

---

[141]Entre outros, citam-no destacadamente dos demais princípios contratuais: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer), cit., p. 141; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos,* cit., p. 32; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil, cit.

[142]LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil, cit.

[143]MATTIETTO, Leonardo. Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 129.

[144]Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, p. 69-70. Vide também: LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 32-41.

[145]REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*, cit., p. 60.

Mas há que se ponderar que o princípio do equilíbrio econômico não redunda em absoluta igualdade dos deveres, obrigações e prestações contratuais.

Na precisa observação de CIBELE MARÇAL CRUZ E TUCCI não se atribui validade apenas ao "contrato sinalagmático perfeito", pois "o equilíbrio buscado é aquele razoavelmente esperado, aquele que preserva a função econômica para a qual o contrato foi concebido pelas partes, salvo se a superioridade de uma das partes tiver subjugado os interesses da outra."[146]

Há que se apontar que alguns autores distinguem equilíbrio econômico do contrato e equilíbrio do contrato.

Pondera BARBARA MARUCCI que o equilíbrio deve ser substancial nas relações de direito privado, assegurando igual distribuição não só do critério econômico das prestações, mas também das obrigações e direitos.[147]

O princípio do equilíbrio econômico remete à existência ou não de equivalência entre prestação e contraprestação enquanto que equilíbrio contratual é mais abrangente, já que implica na comparação entre os direitos e deveres atribuídos a cada uma das partes.

Essa diferenciação foi observada por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO em parecer antes da edição do Código Civil de 2002, mas quando já estavam presentes tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Medida Provisória nº 2.089 (2.172-32)[148], alertando para a diferença entre o equilíbrio a ser resgatado pela lesão – o equilíbrio econômico – e o equilíbrio contratual que se restabelece pelo combate às cláusulas abusivas, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.[149]

Assim, enquanto o artigo 157 do Código Civil e a Medida Provisória nº 2.172-32[150] tratam de "prestação manifestamente desproporcional" e "lucros ou vantagens patrimoniais

---

[146]TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. Teoria geral da boa-fé objetiva, cit., p. 103.

[147]MARUCCI, Barbara. Equilíbrio contratuale: un principio nella continuitá, cit., p. 224.

[148]Essa Medida Provisória foi posteriormente editada sob o nº 2.172-32 e será objeto de análise, sob esse número, no item 5.5.4.

[149]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação, cit., p. 114-116.

[150]Medida Provisória

Art. 1º 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.

excessivos", respectivamente, o Código de Defesa do Consumidor condena não só o desequilíbrio entre as prestações, mas entre as obrigações, como se verifica no artigo 51, inciso IV e § 1º, inciso II[151].

Portanto, a lesão, objeto do presente trabalho, não decorre propriamente do princípio do equilíbrio contratual, mas do princípio do equilíbrio econômico do contrato, na medida em que serve de instrumento para corrigir a iniqüidade entre as prestações das partes e não para desfazer o desequilíbrio existente entre as obrigações a elas atribuídas.

2.8. Princípio da conservação dos contratos

O contrato tem como função viabilizar a circulação de riquezas entre os homens e propiciar o desenvolvimento da sociedade.

No entanto, eventuais vicissitudes na sua formação, desenvolvimento ou execução podem acarretar a negativa de atribuição de efeitos pelo próprio sistema jurídico.

Como conseqüência natural de o ordenamento jurídico reconhecer a utilidade da categoria jurídica denominada contratos, surge o implícito reconhecimento da utilidade de cada contrato em concreto e, portanto, a idéia de que se deve buscar a produção de seus efeitos e não o contrário.

Portanto, o princípio da conservação dos contratos, que não é novo[152], surge num movimento contraditório à negativa de efeitos jurídicos existente no próprio ordenamento, como forma de, na medida do possível, propiciar o melhor aproveitamento possível dos contratos em atenção à vontade manifestada pelas partes.

Parágrafo único. Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas."

[151]Código de Defesa do Consumidor:
Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
(...)
IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade.
(...)
§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
(...)
II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

[152]Cf. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação*: lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008. p. 46-47.

Nos dizeres de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, esse princípio se orienta no sentido de "conservar, sempre que possível, os efeitos manifestados como queridos pelas partes".[153]

A expectativa das partes e da sociedade é que os contratos firmados sejam válidos e produzam seus efeitos, e por isso se diz que o princípio da conservação consistiria num "autêntico *favor contractus"*.[154]

Há quem sustente que o princípio aqui tratado teria uma amplitude maior, pois consistiria num verdadeiro princípio geral de direito que evitaria o desperdício da atividade jurídica em geral.

Nesse sentido é a opinião de MARCOS BERNARDES DE MELLO para quem, seja no campo do direito privado, seja no campo do direito público, seriam aproveitados os atos jurídicos praticados evitando-se, quando possível, a inutilização das conseqüências práticas que as partes buscaram alcançar.[155]

Ainda em relação à amplitude do princípio da conservação há que se observar que ele implica tanto para o legislador, na criação das normas, quanto ao intérprete, na sua aplicação, o dever de procurar evitar ao máximo a negativa de efeitos ao negócio jurídico.[156]

E essa ampla ingerência do princípio da conservação é vista em todos os planos do contrato, ou seja, incide nos planos de existência, validade e eficácia.[157]

Assim, demonstra ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO que a conversão substancial[158] é conseqüência do princípio da conservação na medida em que, ausente um

---

[153]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 127.

[154]MATTIETTO, Leonardo. Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 133. Em razão dessa esperança de validade e produção de efeitos dos contratos é que LEONARDO MATTIETTO argumenta que medidas como anulação e resolução do contrato são "medidas criticáveis, sendo quase sempre preferível manter o negócio, submetendo-o à revisão". (Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual, cit., p. 133).

[155]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª parte. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 226-227. Essa análise ampla do princípio da conservação extrapola o objeto do presente trabalho. Discorrer-se-á apenas sobre sua ingerência no campo dos contratos de direito privado. Apenas a título de ilustração se mencionam alguns exemplos trazidos pelo autor, como a regra de direito público 'pas de nullité sans grief', pela qual, se não houver prejuízo a alguém ou à ordem pública, não se anula o ato, e, ainda, o princípio da economia processual, pelo qual não se anulam e repetem atos processuais que alcançaram seus objetivos e não prejudicaram as partes. (*Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª parte, cit., p. 226-227).

[156]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66. Também, do mesmo autor, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático, cit., p. 127.

[157]Sobre os planos dos negócios jurídicos vide Capítulo 4.

[158]Vide item 4.6.3.3

elemento categorial inderrogável[159], ou seja, um elemento indispensável para uma espécie de contrato, conclui-se pela existência de outra espécie de negócio jurídico que na forma original não existiria.[160]

No plano da validade o princípio da conservação também se revela em diversas hipóteses. Assim, é expressão desse princípio a nulidade parcial prevista no artigo 184 do Código Civil[161], pois daí se torna possível que a nulidade de uma cláusula não implique na do contrato todo, desde que viável sua subsistência sem a disposição inválida.[162]

Também a distinção entre nulidade e anulabilidade é decorrência do princípio da conservação[163], pois, na medida em que o sistema jurídico opta por hipóteses de anulabilidade em detrimento das primeiras, favorece a manutenção do contrato.[164]

Em geral, as hipóteses de anulabilidade têm um sistema menos rígido que as nulidades, como a possibilidade de confirmação pelas partes do negócio anulável, seu convalescimento por decurso de prazo, o fato de apenas os interessados poderem alegá-la e, também, de o juiz não poder conhecê-las de ofício.[165]

Outro fenômeno decorrente do princípio da conservação dos negócios jurídicos no plano da validade é a admissão de "correções" nos negócios jurídicos inválidos como forma de evitar a anulação, tais como as previstas para as hipóteses de erro e lesão.[166]

---

[159]Ressalva o autor que os elementos gerais do negócio jurídico são indispensáveis, de forma que, se ausentes, não é possível a aplicação do princípio da conservação. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 67).

[160]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 67. O autor enfatiza que a conversão substancial também se aplica aos planos da validade e eficácia, servindo também nesses planos ao princípio da conservação. Assim, a invalidade e a ineficácia são suprimidas dos negócios jurídicos mediante mudança de categoria jurídica. (op. cit., p. 67-68, inclusive notas.)

[161]Código Civil – Art. 184: "Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal."

[162]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 226-227.

[163]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático, cit., p. 127.

[164]Sobre nulidade e anulabilidade vide 4.6.2.

[165]Artigo 177 do Código Civil: "A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.". Sobre o assunto: Item 4.6.3.

[166]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 69. Tb. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 226-227.

Prevê o Código Civil que, corrigidas as distorções que o atingem, seja quanto à vontade, no que concerne ao erro[167], seja quanto ao desequilíbrio das prestações, no que se refere à lesão[168], será mantido o negócio jurídico.

Nesse sentido é que o Enunciado 149 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, dispôs que é "em atenção ao princípio da conservação dos contratos" que o magistrado deve conduzir o processo de forma a "incitar" as partes a buscarem o equilíbrio contratual de forma a evitar a anulação.[169]

Ainda na linha da relação entre o princípio da conservação do negócio jurídico e a lesão, porém agora não mais como decorrência de disposição legislativa, mas de entendimento doutrinário, deve-se mencionar o Enunciado nº 291 da IV Jornada de Direito Civil[170].

Por esse enunciado, que não menciona explicitamente o princípio da conservação, ampliou-se a dicção literal do artigo 157, § 2º do Código Civil, admitindo-se não só que o beneficiário da lesão ofereça suplemento, mas que o próprio lesado postule-o desde logo, via pleito judicial, com objetivo de revisão do contrato e não de anulação.

Em outras palavras, em razão do princípio da conservação o lesado pode adotar a postura de evitar a anulação do negócio jurídico pela lesão, via pedido de revisão judicial do contrato que proporcione o equilíbrio das prestações.

MARCOS BERNARDES DE MELLO[171] também aponta a ingerência do princípio da conservação no regramento da simulação. Sustenta que é por conta desse princípio que

---

[167]Código Civil:
"Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante."

[168]Código Civil:
"Art. 157. (....)
§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito."

[169]Enunciado 149 da III Jornada de Direito Civil: "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.". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[170]Enunciado nº 291 da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006: "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.". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[171]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 131-132.

se prevê na segunda parte do artigo 167 do Código Civil[172] a subsistência do ato oculto válido em substituição ao ato aparente inválido.

Por fim, no plano da eficácia aponta-se a ingerência do princípio da conservação do negócio jurídico na revisão judicial dos casos de contratos desequilibrados por onerosidade excessiva superveniente.[173]

A outra opção seria a resolução do contrato e, portanto, hipótese de ineficácia superveniente, entretanto, o princípio ora comentado fundamenta a manutenção do negócio mediante a busca de seu equilíbrio originário.

Com efeito, o artigo 479[174] do Código Civil de 2002 prevê que a resolução por onerosidade excessiva superveniente pode ser evitada se o beneficiário do desequilíbrio se propuser a reequilibrar o contrato.

E novamente o princípio da conservação do contrato se presta a fundamentar uma interpretação doutrinária extensiva de dispositivos do Código Civil, pois, consoante o Enunciado nº 367 da IV Jornada de Direito Civil[175], com base nesse princípio o magistrado pode modificar o contrato restabelecendo seu equilíbrio, respeitada a vontade do prejudicado pelo desequilíbrio e o contraditório em relação ao beneficiário.[176]

Por fim, há que se ressalvar a existência de limites para a aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico.

---

[172]Código Civil:
"Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma."

[173]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 70-71.
O autor também relata outras hipóteses de atuação do princípio da conservação dos negócios jurídicos no plano da eficácia, ou seja, evitando-se a ineficácia superveniente. Assim, identifica a opção pela diminuição do preço ao invés da devolução da coisa, quando há vício redibitório (art. 442 do Código Civil) e, ainda, a restituição de parte do preço ao invés da rescisão, no caso de evicção parcial (art. 455 do Código Civil. (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 71).

[174]Código Civil:
"Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato."

[175]Enunciado nº 367 da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006: "Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[176]Também o Enunciado nº 22 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, reconhece o princípio da conservação do contrato ao estipular: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

Segundo se apontou acima, somente se conserva o contrato "quando for possível", o que pressupõe haver hipóteses em que "o ordenamento jurídico, expressamente, nega à vontade a possibilidade de criar regras jurídicas concretas", de forma que nesses casos não é viável conservar o contrato, outorgando-lhe existência, validade ou eficácia.[177]

[177]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 67.

3. NEGÓCIO JURÍDICO

3.1. Considerações gerais. Fato jurídico em sentido amplo

Após o estudo dos princípios do Código Civil relacionados aos contratos e à lesão, cumpre, antes de abordar diretamente o tema lesão, estabelecer algumas premissas, iniciando-se pelo campo de aplicação do instituto.

A lesão está prevista no Código Civil de 2002 como espécie de defeito do negócio jurídico, portanto conveniente que se aborde, ainda que sucintamente, o negócio jurídico.

E, primeiramente, é adequado averiguar em que contexto se situa o negócio jurídico no sistema jurídico, ao que se constata se constituir em uma das espécies de fato jurídico em sentido amplo.

Assim, iniciamos o presente capítulo com o fato jurídico em sentido amplo.

O direito tem como função estabelecer regras de comportamento dotadas de caráter obrigatório para viabilizar o convívio harmônico do homem numa comunidade.

A sociedade, por meio de seus representantes, avalia e escolhe os eventos naturais e humanos relevantes ao adequado convívio social e, por meio de norma de caráter obrigatório, os descreve e a eles imputa conseqüências.

Essa é a operação de que o direito se utiliza para tornar fatos comuns em fatos jurídicos: descreve um determinado suporte fático que, ocorrendo em concreto, incorpora-se ao mundo jurídico pela incidência da norma, fenômeno que se denomina juridicização.[178]

O conjunto de fatos jurídicos, ou o conjunto de fatos eleitos pela sociedade como relevantes ao convívio social e, por isso mesmo, devidamente descritos e previstos em norma jurídica, compõe o mundo jurídico e, ao mesmo tempo, os qualifica diante do mundo dos fatos.

---

[178]Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. t. 1, p. 74-75.

O fato jurídico em sentido amplo surge em razão da ocorrência de fatos naturais ou atos humanos previstos em norma jurídica[179] que a eles imputa efeitos que não lhe são próprios — do mundo fático —, mas de outra natureza — de caráter jurídico — como a aquisição de direitos e a atribuição de obrigações.

Assim, havendo norma jurídica estabelecida e ocorrendo o evento previsto, surge o fato jurídico que, não fosse o direito, seria mero fato natural ou ato humano.

EMILIO BETTI sintetiza esse esquema e conceitua fato jurídico como aquele ao qual "o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores" e "de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas".[180]

Assim, fato jurídico, numa acepção ampla, é comumente definido como um evento decorrente ou não de ação humana que produz efeitos jurídicos[181] pela criação, modificação ou extinção de relações jurídicas.[182]

Essa definição de fato jurídico deve ser compreendida sob a percuciente ressalva de MARCOS BERNARDES DE MELLO, para quem a fixação do conceito na função do fato jurídico, a produção de efeitos jurídicos, resulta em imprecisão por não abranger todo o universo de acontecimentos a que se propõe.[183]

Argumenta-se que a eficácia do fato jurídico não compõe sua essência, pois há fatos jurídicos[184] que existem e são válidos[185], mas nem por isso chegam a produzir os efeitos jurídicos almejados.

Melhor a concepção constante na obra de PONTES DE MIRANDA, que vincula ao conceito de fato jurídico apenas o fenômeno da incidência da norma sobre determinado fato que o torna jurídico, independente da efetiva produção de efeitos jurídicos.[186]

---

[179]Portanto, excluídas outras regras estabelecidas pelo meio social como as éticas ou religiosas.

[180]BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico.* Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. t. 1, p. 20.

[181]Cf. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral.* 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5-6; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 359-360; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 164; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: Lei de introdução e parte geral 1, cit., p. 224.

[182]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 458.

[183]Sobre essa crítica: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109-111.

[184]Numa concepção ampla.

[185]Para aqueles fatos jurídicos que comportam o plano da validade, como os negócios jurídicos, pois os fatos jurídicos em sentido estrito não o comportam. Nessa esteira, não há sentido em se reputar válido ou não um evento natural como a morte. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 17.

[186]Essa a definição de PONTES DE MIRANDA: "Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fáctico suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato

Portanto, fato jurídico é um evento decorrente ou não de ação humana previsto pelo direito e ao qual se atribui a produção de efeitos jurídicos que podem ou não vir a ocorrer.

3.2. Espécies de fato jurídico em sentido amplo

Cumpre fazer referência, ainda que sucintamente, às principais espécies que compõem esse gênero, a saber, o fato jurídico em sentido estrito, o ato ilícito, o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

Inicialmente, importante enfatizar que as diversas espécies de fato jurídico em sentido amplo são classificadas de diferentes formas pela doutrina, por exemplo, variando no reconhecimento de algumas delas e ainda na forma de organização e agrupamento diante de determinadas características comuns.[187]

Porém, essas divergências doutrinárias que cercam o tema classificação dos fatos jurídicos fogem sobremaneira ao escopo do trabalho e por isso não serão abordadas.

Aqui é relevante apenas a identificação das principais espécies que compõem o gênero fato jurídico em sentido amplo para que sejam diferenciadas da espécie cara ao presente trabalho – o negócio jurídico.

Uma primeira distinção quanto às espécies que integram o fato jurídico em sentido amplo é a que se refere à existência ou não de ação humana.

---

jurídico. Vimos, também, que no suporte fáctico se contém, por vezes, fato jurídico, ou, ainda, se contêm fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 1, p. 77). ANTONIO MENEZES CORDEIRO dá ênfase a essa possibilidade de produção de efeitos, conceituando o fato jurídico como a "realidade apta a, integrando uma previsão normativa, desencadear sua estatuição." (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 443). Tb.: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 296; MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de direito civil.* 4. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2005. p. 504.

[187]Sobre essas divergências e critérios científicos para classificação do fato jurídico: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 112-129. Ainda a propósito do tema e para ilustrar o quanto se disse, MARIA HELENA DINIZ não reconhece a figura do ato-fato jurídico (*Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 360-361, p. 370 e p. 409-410), ao contrário do que se observa nas lições de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 2); PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (*Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 304-306); MOREIRA ALVES (O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídic, cit., p. 117). Segundo essa classificação, ato-fato é a ação humana (o que a afasta dos fatos jurídicos em sentido estrito) em que é irrelevante a vontade humana (por isso se distinguindo dos atos e negócios jurídicos).

Não havendo ingerência humana em determinado fato, ou seja, tratando-se de evento da natureza, e havendo norma que a ele atribua efeito de natureza jurídica, está a se tratar de fato jurídico em sentido estrito.

Exemplo corriqueiro da doutrina é a morte de alguém, fato que decorre da natureza, mas que não se restringe a ela, acarretando no mundo jurídico efeitos como a abertura da sucessão.[188]

De outro lado, há fatos jurídicos em sentido amplo em que há a ação humana, como o ato ilícito, o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

Em geral o ato ilícito é definido como um ato humano que viola a lei e que no âmbito do direito civil tem como conseqüência a geração do dever de indenizar.[189]

O ato ilícito é fato jurídico porque de sua ocorrência, da caracterização do suporte fático descrito na norma jurídica, decorrem os efeitos jurídicos nela previstos, como a geração de obrigação de indenizar.

Assim, a ilicitude não pode ser excluída das espécies de fato jurídico em sentido amplo porque constitui esse gênero não só o que é lícito, admitido no direito, mas tudo o que compõe o mundo jurídico, todos os fatos aos quais se atribuem efeitos jurídicos e, sem dúvida, aos atos ilícitos são imputadas conseqüências jurídicas.[190]

Ato jurídico em sentido estrito é o ato humano consistente numa manifestação ou declaração de vontade em que não se admite ao agente qualquer alteração da modalidade

---

[188]Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO deve-se extrair do fato aquilo que é relevante para a configuração do suporte fático previsto na norma jurídica para somente então classificá-lo.
Assim, quanto ao evento morte e tendo em vista apenas a norma jurídica que a define como marco para abertura da sucessão, o que importa é a sua comprovada ocorrência. Os demais atos ou fatos, por não serem essenciais, constituem "dado fático excessivo" que não deve ser considerado. Portanto, se é certo que o evento morte pode resultar de ato humano, inclusive intencional, não é menos correto que para a abertura da sucessão isso é irrelevante já que nenhum ato humano compõe o suporte fático da norma que a prevê. Daí se concluir dever a morte ser interpretada como um fato jurídico em sentido estrito. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 131-132).

[189]Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 274-275. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil, cit., v. 1, p. 653-656 e RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 307-308. Essa definição corresponde ao que PONTES DE MIRANDA identifica como ato ilícito em sentido estrito. Na concepção desse autor a partir de uma ação humana contrária ao direito podem surgir outras conseqüências como a perda de direitos (v.g. poder familiar) e a invalidade de atos jurídicos e negócios jurídicos, ao que denomina ato ilícito em sentido amplo (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 2, p. 201-205).

[190]Cf: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 117-121.

jurídica ou dos efeitos jurídicos previamente definidos em norma, cumprindo ao agente apenas a ela aderir.[191]

ANTONIO MENEZES CORDEIRO distingue o ato jurídico do negócio jurídico a partir da concepção de que no primeiro há apenas "liberdade de celebração" enquanto no segundo há "liberdade de celebração" e "liberdade de estipulação".[192]

A interpelação para constituição do devedor em mora é ato jurídico em sentido estrito, pois desse ato não surgem outros efeitos que não esse, a vontade do interpelante não pode modificá-los, seja restringindo-os, seja ampliando-os.[193]

Assim, se assemelham o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico pelo fato de consistirem em um ato humano constituído por uma declaração de vontade, mas são distintos porque nesse último é permitida, dentro de determinados parâmetros, a definição de efeitos jurídicos pelas partes.[194]

3.3. Negócio Jurídico

Após situar o negócio jurídico no âmbito dos fatos jurídicos em sentido amplo e diferenciá-lo das demais espécies, cumpre brevemente discorrer sobre as diferentes formas como o compreende a doutrina.

---

[191]Cf: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 153-155 e p. 162-164. Esse autor define o ato jurídico em sentido estrito como aquele 'que tem por elemento nuclear do suporte fáctico manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou estruturação do conteúdo das relações jurídicas.'. (op. cit., p. 164).

[192]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 448.

[193]Cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 163.

[194]É certo que mesmo ANTONIO MENEZES CORDEIRO reconhece que há negócios jurídicos cujos efeitos são *ex lege,* tais como nos atos jurídicos, o que dificulta sua distinção. Porém reputa que tal dificuldade decorre tanto da decadência do dogma da vontade, quanto da forma como surgiu o conceito de negócio jurídico que não proveio de uma classificação lógica, mas de uma abstração a partir de diversas espécies de atos jurídicos em sentido amplo. Mesmo assim o autor opta por tal distinção aduzindo que a liberdade de estipulação "assimila a maioria das situações já antes arrumadas no mundo dos negócios ou no dos actos". (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 450-451). Diante do caráter periférico dessa distinção em relação aos objetivos do presente trabalho reputa-se suficiente o critério do renomado autor português aqui acolhido.

Não há uniformidade na doutrina quanto à definição de negócio jurídico, sendo possível, contudo, observar duas correntes principais segundo o destaque que se dê à gênese ou à função do negócio jurídico.[195]

A corrente que valoriza a gênese do negócio jurídico é denominada voluntarista ou subjetiva, porque identificando a vontade como elemento gerador do negócio jurídico, define-o como ato de vontade que tem como escopo a produção de efeitos jurídicos.

A teoria preceptiva ou objetiva enfoca o negócio jurídico sob o aspecto de sua função e assim, para ela, o negócio jurídico é um preceito, uma norma concreta que regula e obriga as partes.

3.3.1. Concepção voluntarista ou subjetiva do negócio jurídico

A corrente que define o negócio jurídico sob o dogma da autonomia da vontade é mais antiga e decorre da concepção de que o Estado não deve interferir nas relações entre particulares.[196]

Aqui o negócio jurídico é o instrumento conferido aos indivíduos para livremente dispor de seus interesses e com isso criar direitos e obrigações sem quaisquer interferências estatais.

O voluntarismo jurídico tem no querer humano um fator essencial para a criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações[197] e se expressa através da autonomia da vontade[198].

ROBERTO DE RUGGIERO conceitua negócio jurídico como "uma declaração de vontade do indivíduo tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico".[199]

---

[195]Cf. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 24-25 e 27. Porém, cumpre observar que não há unicidade de pensamento entre os autores que se filiam a essas correntes. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 6 e 11, também notas).

[196]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 167-168.

[197]GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações,* cit., p. 10.

[198]ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO discorre que autonomia da vontade geralmente é definida como o poder conferido ao indivíduo de produzir direito e que no campo contratual se manifesta como "liberdade contratual", compreendida essa como "liberdade de contratar ou não, de fixar o conteúdo do contrato, determinando suas cláusulas, de escolher com quem contratar e sob que forma contratar". (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 47). Sobre o assunto vide também o item 2.3.

[199]RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* Trad. Ary dos Santos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1, p. 217.

Já para CARIOTA FERRARA o negócio jurídico é uma manifestação de vontade direcionada a efeitos práticos e tutelada pelo ordenamento jurídico, regulando esse último a responsabilidade do sujeito ou sujeitos por essa manifestação e a confiança que dela decorre em terceiros.[200]

Entre nós, conceitua-o WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO como "declaração privada de vontade que visa a produzir determinado efeito jurídico".[201]

A corrente voluntarista é criticada porque a vontade, apesar de ser importante para perfeição do negócio jurídico, não poderia constituir seu elemento definidor ou caracterizador já que acaba por inserir em seu conceito atos que não constituem negócio jurídico e deixa de abranger outros que o são.

Essa a precisa lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO que, reputando se tratar de defeito de natureza lógica dessa concepção, exemplifica com o ato do caçador que tem consciência e vontade de se apropriar do animal caçado — hipótese de ato lícito não-negocial abrangido pelo conceito voluntarista de negócio jurídico —, e também com a conversão substancial[202] — que pela concepção aqui comentada acaba excluída do conceito de negócio jurídico em que pese o seja, já que tal figura pressupõe justamente a ausência de vontade original de praticar o negócio convertido.[203]

EMILIO BETTI ressalta que a vontade, enquanto elemento interno e psicológico que é, não tem a importância fixada pela corrente voluntarista, pois somente quando manifestada objetivamente surge o negócio jurídico e, concomitantemente, esgota-se a vontade.[204]

Nessa ótica, a vontade é relevante para a gênese do negócio jurídico, razão pela qual alguns autores apontam que a corrente voluntarista se concentrou apenas no

---

Na mesma linha GIUSEPPE STOLFI para quem o negócio jurídico é "manifestação de vontade de uma ou mais partes com vistas a produzir um efeito jurídico, ou seja, o nascimento, a modificação de um direito subjetivo ou mesmo a sua garantia ou sua extinção" (STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico.* Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 2).

[200]CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.* 2. ed. Napoli: Morano, 1960. p. 70.

[201]MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 176.
Observam-se os seguintes conceitos de negócio jurídico entre os autores nacionais: "ato lícito da vontade humana, capaz de gerar efeitos na órbita do direito." (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 169); "declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil, cit., v. 1, p. 476); "manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 365).

[202]Abordada no item 4.6.3.3.

[203]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 7-9.

[204]BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico,* cit., p. 112 e p. 114.

surgimento do negócio jurídico para conceituá-lo, sem apontar o que ele consiste ou qual seria sua função.[205]

Aponta-se, também, que em virtude da concentração do conceito do negócio jurídico no dogma da vontade decorre a dificuldade da teoria voluntarista em justificar o testamento e os negócios jurídicos não mais desejados no momento da execução, já que em ambos esta não se faz mais presente. Portanto, a concepção voluntarista não consegue abranger a realidade integral do negócio jurídico que "adquire vida como entidade duradoura, exterior e separada da pessoa do seu autor. Ele funciona para o futuro, vivendo uma vida própria, independente da vontade que lhe deu o ser e até, por vezes, contrapondo-se a ela".[206]

3.3.2. Concepção preceptiva ou objetiva do negócio jurídico

Se a corrente voluntarista se concentra na vontade e na gênese no negócio, a concepção objetiva ou preceptiva enfoca o negócio jurídico a partir de sua função – a produção de efeitos jurídicos – encarando-o como norma jurídica concreta criada pelas partes.[207]

Na teoria objetiva o negócio jurídico é fonte de direito e constitui-se em verdadeira norma concreta dotada de eficácia vinculante para os indivíduos que o originaram.[208]

A partir da concepção do ordenamento jurídico como uma pirâmide em cujo ápice estaria a Constituição, os negócios jurídicos se encontrariam em sua base, revelando sua natureza normativa.

---

[205]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 1-4.

[206]BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico,* cit., p. 123-124. Sobre a crítica de EMILIO BETTI cabe também a transcrição do seguinte trecho: "Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde se tornou translatícia por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação formal, frágil e incolor, inspirada no dogma da vontade, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas como fato social: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a querer, na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objectivamente". (*Teoria geral do negócio jurídico,* cit., p. 111-112).

[207]Cf. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 25-27.

[208]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 11-12. Veja também: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HANS KELSEN concebe o negócio jurídico como um instrumento de individualização e concretização das normas gerais pelos próprios indivíduos no âmbito do direito civil e também como forma de instituírem o comportamento recíproco esperado.[209]

Assim, os particulares, dentro desse poder de regulamentar seus interesses conferido pelo ordenamento jurídico, receberiam função similar a de legisladores e, posteriormente, ficariam vinculados ao que estatuíram em virtude da força vinculante do ordenamento jurídico hierarquicamente superior.

Portanto, o negócio jurídico seria um "instrumento de execução da autonomia privada" pelo qual o indivíduo desempenharia "atividade de conteúdo tipicamente normativo".[210]

EMILIO BETTI conceitua o negócio jurídico como um ato de autonomia privada pelo qual "o indivíduo regula, por si, os seus interesses nas relações com outros" e ao qual o direito "liga os efeitos mais conformes à função econômico-social que lhe caracteriza o tipo".[211]

A corrente objetiva encontra resistência e é criticada porque a concepção de que o negócio jurídico consiste em norma jurídica concreta não encontra respaldo na realidade, pois qualquer norma implica num comando, numa determinação a terceiros decorrente de quem ocupa uma posição hierarquicamente superior, caráter que não se coaduna com o negócio jurídico que se constitui numa relação jurídica.[212]

Se relação jurídica e norma jurídica são coisas distintas, é desarrazoado concluir que os negócios jurídicos sejam a um só tempo relações jurídicas e normas jurídicas, ainda que de natureza concreta.[213]

O negócio jurídico não cria normas jurídicas, ao contrário, é resultado da aplicação delas; trata-se de um fato jurídico resultante da incidência de normas jurídicas.[214]

Aponta-se também que a concepção objetiva do negócio jurídico possui o mesmo defeito da voluntarista, pois não abrange todo o universo de situações que pretende regular.

---

[209]KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 108.
[210]ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 26.
[211]BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico,* cit., p. 107-108.
[212]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 12.
[213]Cf. CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.* p. 98-99.
[214]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit.,, p. 187-188.

Assim, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO discorre que pela concepção objetiva ficam excluídos os negócios jurídicos nulos, pois, como são contrários ao ordenamento jurídico, não encontrariam respaldo na norma hierarquicamente superior. Na medida em que a concepção objetiva compreende o negócio jurídico como norma jurídica concreta, base da pirâmide jurídica proposta por Kelsen, um negócio jurídico nulo contrariaria todo o sistema em razão da sua própria nulidade, razão pela qual deve dele ser excluído.[215]

Assim, sob a ótica objetiva, o negócio jurídico nulo não pode ser interpretado como negócio jurídico, mas como outro fato jurídico qualquer, o que não se coaduna com a realidade, principalmente quando se tem em vista os planos de existência, validade e eficácia e os eventuais efeitos produzidos pelo negócio jurídico nulo.

3.3.3. O negócio jurídico e o Código Civil de 2002

Diante das críticas às duas teorias brevemente expostas, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO propõe que seja o negócio jurídico visto não a partir de sua gênese ou sua função, mas pelo que ele consiste em sua estrutura.[216]

O referido autor aponta que sua concepção estrutural do negócio jurídico não repudia integralmente a visão voluntarista, pois o negócio jurídico continua a ser um ato que decorre da vontade, mas dela se distingue porque é um ato "que é socialmente visto como ato de vontade".[217]

Daí a definição desse autor de que, enquanto categoria, o negócio jurídico é uma das espécies de fato jurídico que consiste numa declaração de vontade, entendida esta como "uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos".[218]

---

[215]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 14.
[216]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 15-22.
[217]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 21.
[218]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 16.

O Código Civil de 2002 avançou em matéria de negócio jurídico em relação ao Código de 1916, pois inseriu expressamente essa figura em seu texto, separando-a do ato jurídico em sentido estrito, o que não se observava no anterior.

Mas esse diploma legal não trouxe disposição contendo a definição do negócio jurídico ou ainda uma manifestação explícita sobre a adoção de qualquer teoria.

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, responsável pela Parte Geral do anteprojeto do Código Civil de 2002, aduz que foi afastada a teoria preceptiva, mantendo-se a teoria subjetiva prevista no Código Civil de 1916, pois "é mais consentânea com a realidade, porquanto dele (negócio jurídico) surgem relações jurídicas, e não propriamente, normas", mas, prossegue o autor, a adoção dessa teoria se deu de forma "mitigada pelos princípios da auto-responsabilidade do declarante e da confiança nessa declaração pelo seu destinatário". [219]

Nesse ponto, então, cumpre tecer breves considerações acerca das teorias surgidas para justificar a prevalência da vontade ou da declaração em caso de divergência entre elas.

Na teoria da vontade prestigia-se a intenção do agente de forma que no conflito entre ela e a expressada na declaração prevalece a primeira, conferindo-se extrema proteção a quem manifestou vontade de forma equivocada em detrimento do seu destinatário. A crítica a esse entendimento tem por fundamento a extrema insegurança jurídica que dela decorre, na medida em que vincula a validade do negócio jurídico a um elemento volitivo interno ao declarante e ainda seu caráter individualista.[220]

Em sentido diametralmente oposto, a teoria da declaração propugna a prevalência da vontade expressada em prejuízo da real que ficou contida no intelecto do declarante, de forma a se privilegiar o destinatário da declaração. Mas contra ela também há ponderações contrárias, pois se de um lado consegue conferir maior segurança no trato jurídico e confere ao negócio jurídico uma concepção mais "socializante", de outro suprime o papel da vontade, que é o elemento gerador do negócio jurídico.[221]

Como evolução e amenização da teoria da vontade e resposta à teoria da declaração foi concebida a teoria da responsabilidade, pela qual, na divergência entre a intenção interna da parte e aquela exteriorizada, prevalece a primeira, salvo se o declarante tiver

---

[219]ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídic, cit., p. 117.
[220]Cf. RÁO, Vicente. *Ato jurídico,* cit., p. 186.
[221]Cf. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento.* São Paulo: Saraiva, 1979. p. 12.

incorrido em culpa, hipótese em que o negócio jurídico é válido.[222] Como se vê, confunde-se responsabilidade extracontratual com validade do negócio jurídico já que, presente aquela, o negócio fica convalidado.

De outro lado, como uma mitigação da teoria da declaração surge a teoria da confiança.

Nessa última atribui-se valor à vontade declarada mesmo que divergente da vontade interna, se essa divergência for insuscetível de reconhecimento pelo destinatário da declaração. Foca-se, assim, a boa-fé do destinatário da declaração que, dentro de um critério de razoabilidade, confiou na higidez da declaração de vontade e procura-se conferir razoável segurança jurídica e abandonar a posição individualista decorrente do dogma da vontade.[223]

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR aduz ter o Código Civil de 2002 adotado a teoria da confiança, "justamente aquela que se volta para a proteção da boa-fé da segurança na circulação dos bens jurídicos".[224]

Também TERESA ANCONA LOPES sustenta a posição de que "todas as regras do direito contratual agora têm que ser interpretadas conforme a teoria da confiança, valor tutelado pelo novo Código Civil".[225]

Assim, leciona a autora, a manifestação de vontade deve ser considerada "como aparece na sociedade e de forma objetiva", reservando papel diminuto à vontade íntima das partes.

Por fim, cumpre enfatizar que o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento corroborando a concepção de que o negócio jurídico deve ser compreendido sob o ângulo da sociedade e não da vontade interna das partes:

> "O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória do contrato. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverte as prioridades e coloca o social à frente do individual. Assim, pelo Código de 1916, prevalecia o elemento *subjetivo*, o que obrigava o juiz a identificar a *intenção das partes* para interpretar um contrato. Agora, a intenção é relativamente irrelevante, porque o que prevalece na interpretação é o elemento

---

[222]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 87.
[223]Cf. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento,* cit., p. 13 e p. 37-38.
[224]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3, t. 1, livro III, p. 623-624.
[225]LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 3-74.

> *objetivo*, ou seja, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio."[226]

3.4. Contrato

É comum a afirmação que dentre as espécies de negócio jurídico uma das mais relevantes é o contrato, pela sua intensa presença no cotidiano da sociedade.[227] Porém, não por isso se pode confundi-lo com negócio jurídico, já que aquele é espécie deste.

Como ressaltam os autores que abordam o tema, não há uniformidade na classificação das espécies de negócio jurídico, mas corriqueira e útil ao objetivo aqui proposto a que diferencia os negócios jurídicos em unilaterais, bilaterais e, para alguns, plurilaterais.[228]

Os negócios jurídicos unilaterais são aqueles em que a declaração de vontade resulta de uma manifestação de vontade direcionada a um único sentido, portanto proveniente de um único centro de interesses, mesmo que originário de diversas pessoas[229]. É corriqueiro identificar o testamento e a renúncia de herança como exemplos de negócios jurídicos unilaterais.

Ainda quanto aos negócios jurídicos unilaterais cumpre mencionar sua subdivisão em receptícios e não-receptícios, caso seus efeitos estejam ou não subordinados ao conhecimento pela parte a que se dirigem. Da primeira subespécie é exemplo a concentração nas obrigações alternativas e da segunda, a renúncia. [230]

---

[226]STJ, REsp 573.059/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 14/09/2004, DJ 03/11/2004, p. 142) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=573059&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em: 29 set. 2008.

[227]Cf. CATALAN, Marcos Jorge. Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constituicionais. *Revista EPD – Escola Paulista de Direito*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 58, 2005; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 204.

[228]Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 178-179; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 366-368. Sobre outras classificações dos negócios jurídicos: ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 69 e ss.

[229]Assim, parte e pessoa são coisas distintas. No negócio jurídico unilateral há uma só parte, mas ele pode decorrer da vontade manifestada por diversas pessoas num mesmo sentido, dado que seus interesses são análogos. (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil, cit., v. 1, p. 495-496). Dessa distinção entre parte e pessoas é que surge a subdivisão dos negócios jurídicos unilaterais em unipessoais e plúrimos nos quais a única parte existente é, respectivamente, composta por uma ou mais pessoas. (Cf. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 71).

[230]Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 418.

Como se verá, os negócios jurídicos unilaterais receptícios não se confundem com os negócios jurídicos bilaterais porque nesses é necessário não só o conhecimento da manifestação de vontade de outrem, mas uma convergência de vontades para ele surja. O negócio jurídico unilateral receptício requer apenas com a manifestação de vontade de uma parte para existir — basta isso para satisfazer o plano da existência —, apenas tem a produção de seus efeitos subordinados ao conhecimento de outrem.

Os negócios jurídicos bilaterais requerem manifestações de vontades provenientes de diferentes partes com interesses divergentes, mas que convergem para uma única declaração de vontade[231]. Formam-se "pela coincidência de vontades opostas sobre um mesmo objeto" e deles são exemplos os contratos de compra e venda, mútuo, locação.[232]

Por fim, há quem destaque dos negócios jurídicos bilaterais os denominados negócios jurídicos plurilaterais, que se constituem naqueles em que há diversas partes cujas vontades são diferentes (e não opostas), mas que convergem para um fim comum. Seu representante típico é o contrato de constituição de sociedade.[233]

O contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, portanto requer a manifestação de vontade proveniente de dois ou mais centros de interesses que convergem para uma só declaração de vontade.

---

[231]Adota-se, assim, a acepção de declaração de vontade de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, para quem "num contrato, (...) não há, como às vezes se diz, duas ou mais declarações de vontade; há, nele, mais de uma vontade e mais de uma manifestação de vontade, mas essas manifestações unificam-se à visão social de uma só declaração, que juridicamente será um só fato jurídico". (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 18).

[232]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 203 e 205.

[233]Cf. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 77-78.

Em que pese reconheça que o critério do interesse comum das pessoas seja relevante para identificar a existência ou não de mais de uma parte no negócio e, assim, a existência de um negócio jurídico unilateral ou bilateral, ANTONIO MENEZES CORDEIRO adota outro fator de distinção.

Propõe que a diferença seja estabelecida pelos efeitos que "venham a ser desencadeados" de maneira que haveria negócio jurídico unilateral se os efeitos são iguais para todos os que nele intervieram e bilateral se "os efeitos diferenciam duas ou mais pessoas, isto é: fazem surgir, a cargo de cada interveniente, regras próprias, que devam ser cumpridas e possam ser violadas independentemente umas das outras" e complementa que essa distinção de tratamentos não impede a convergência entre eles, gerando um "regime conjunto". Por fim, sustenta que não há confusão desse critério com o utilizado para diferenciar os contratos unilaterais e bilaterais (abordados no item seguinte) porque lá os efeitos do negócio jurídico são utilizados no sentido da ausência de sua produção para uma das partes, e aqui na perspectiva de se averiguar se os efeitos produzidos são idênticos para todas as partes (negócio jurídico unilateral) ou distintos (negócio jurídico bilateral ou plurilateral). (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 459-460).

3.4.1. Contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos[234]

No futuro estudo sobre a lesão serão úteis algumas classificações do contrato, pelo que são aqui sucintamente abordadas.

A primeira delas consiste na distinção entre contratos unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos que têm por objeto as obrigações atribuídas às partes.

Essa classificação tem em vista os efeitos produzidos pelos contratos para as partes e não a existência de vontades múltiplas que convergem para a sua formação, pois, consoante demonstrado no item anterior, todo contrato ou negócio jurídico bilateral pressupõe a existência dessa convergência.

Na sempre perspicaz observação de ORLANDO GOMES, não se pode confundir "bilateralidade do consentimento", que revela a existência de negócio jurídico unilateral ou bilateral, com "bilateralidade da obrigação contratual", que reflete a distinção que se está a comentar.[235]

Os contratos unilaterais, como a doação simples, criam obrigações unicamente para uma das partes; já os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, como as compras e vendas, criam-nas para ambas.

Assim, nos contratos unilaterais uma das partes tem apenas obrigações e outra direitos, de forma que uma das partes se encontra numa posição passiva e outra ativa.

---

[234]ANTONIO MENEZES CORDEIRO reputa deficiente a denominação contratos unilaterais e bilaterais, dando preferência a contratos sinalagmáticos e não-sinalagmáticos (*Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 460). Contudo, entre os autores pátrios prevalece a nomenclatura aqui utilizada (à guisa de exemplo: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 71-73; DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*: obrigações: 2ª parte. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2001. v. 3, p. 30-31; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 126-129; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2, p. 352-353).
Ainda quanto à nomenclatura cumpre observar que esses autores brasileiros utilizam as expressões contrato bilateral e contrato sinalagmático como sinônimos e por isso também aqui são utilizadas dessa forma, entretanto, cumpre ressalvar que ORLANDO GOMES ressalta a existência de discussão acerca dessa sinonímia entre contratos bilaterais e sinalagmáticos, apontando que para alguns os contratos bilaterais são aqueles que simplesmente geram obrigações para ambas as partes e, em contraposição, os contratos sinalagmáticos não apenas geram obrigações para ambas as partes, mas exigem a interdependência entre elas de forma que "uma obrigação é a causa, a razão ser, o pressuposto da outra". (GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 71).

[235]GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 71.

De outro lado, nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos há interdependência e reciprocidade nas obrigações das partes, de forma que se atribui a uma parte direitos e obrigações que têm correlação com as obrigações e direitos atribuídos a outra.

3.4.2. Contratos onerosos e gratuitos

Outra classificação dos contratos se refere às vantagens patrimoniais decorrentes dos contratos, subdividindo-se em onerosos e gratuitos.

Nos contratos onerosos as vantagens patrimoniais, e também os sacrifícios, são atribuídos a ambas as partes e, em contraposição, nos contratos gratuitos apenas uma das partes aufere benefícios econômicos.

Assim, se houver um benefício a ser recebido num contrato que corresponda a um sacrifício patrimonial estar-se-á diante de um contrato oneroso.

De outro lado, caso exista uma liberalidade intrínseca em determinado contrato que implique num acréscimo patrimonial de uma parte sem contraprestação, portanto, em prejuízo da outra, tratar-se-á de um contrato gratuito.[236]

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO pondera que a diferenciação dessas espécies fica mais clara caso se tenha em vista que o "contrato gratuito é aquele em que uma parte promete e outra aceita; só a primeira se obriga, ao passo que a segunda não faz qualquer promessa, não assume obrigação alguma" e, por sua vez, contrato oneroso "é aquele em que as partes reciprocamente transferem alguns direitos".[237]

Também oportuna a observação de SÍLVIO DE SALVO VENOSA no sentido de que a existência de algum dever à parte beneficiária, tal como o ressarcimento das despesas pelo mandante, não descaracteriza o caráter de gratuidade, pois permanece íntegro o benefício patrimonial auferido apenas por uma das partes. [238]

---

[236]A respeito, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, cit., v. 2, p. 360.

[237]MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 28.

[238]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, cit., v. 2, p. 360. Mas pondera o autor que diferente será se o mandato for remunerado, caso em que o mandato não poderá ser mais considerado contrato gratuito, pois, evidentemente, "o espírito que imbuiu as partes ao contratar foi oneroso". (*Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, cit., v. 2, p. 360).

Há correlação entre os contratos onerosos e os bilaterais e, de outro lado, entre os unilaterais e os gratuitos.

Vários autores apontam o mútuo feneratício como exceção a essa regra, classificando-o como contrato unilateral oneroso, pois há obrigação apenas ao mutuário e vantagens e desvantagens patrimoniais a ambas as partes.[239]

ORLANDO GOMES concorda com a exceção acima (possibilidade do contrato unilateral e oneroso), mas nega a existência de exceção quanto aos contratos bilaterais. Estes sempre serão onerosos já que a bilateralidade implica necessária correlação entre as obrigações das partes e, portanto, a indispensável existência de vantagens e desvantagens nos dois pólos contratuais.[240]

Sem razão a exceção apresentada por CARLOS ROBERTO GONÇALVES, que entende possível o contrato bilateral e gratuito no caso de um mandato em que o mandante viesse a ser chamado a pagar despesas necessárias para sua execução, hipótese que ressalva tratar-se de contrato bilateral imperfeito.[241]

Essa classificação, contrato bilateral imperfeito, remete aos contratos unilaterais que por circunstâncias acidentais posteriores à celebração impõem obrigação à parte que originalmente não as possuía.

Assim, também se enquadraria nessa classificação um contrato de depósito em que o depositante vier a ser chamado para responder por prejuízos que venham a surgir em razão do depósito.[242]

Não aventada anteriormente, a classificação em questão sofre críticas de alguns autores que alertam que no fundo trata-se de contratos unilaterais em que, por motivos de natureza eventual, surgem obrigações a uma das partes. [243]

---

[239]Entre eles: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 130; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais, cit., v. 3, p. 72; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 32.

[240]GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 74. Tb. DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*: obrigações: 2ª parte, cit., p. 31-32.

[241]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais, cit., v. 3, p. 72.

[242]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, cit., v. 2, p. 352.

[243]WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO chega a afirmar que "essa diferenciação não tem fundamento sério" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte, cit., v. 5, p. 24). Também a criticam: GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 72; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, cit., v. 2, p. 352.

E, de se dizer, até mesmo CARLOS ROBERTO GONÇALVES, que aventa a hipótese de contrato bilateral gratuito afirma que "o contrato bilateral imperfeito subordina-se ao regime dos contratos unilaterais porque aquelas contraprestações não nascem com a avença, mas de fato eventual, posterior à sua formação".[244]

3.4.2.1. Contratos comutativos e aleatórios

Os contratos onerosos se subdividem em contratos comutativos e aleatórios.

Contrato comutativo é aquele bilateral e oneroso em que os contratantes estipulam prestações relativamente equivalentes entre si e cuja proporcionalidade pode ser averiguada quando de sua celebração.

No contrato comutativo desde o aperfeiçoamento do contrato é possível avaliar sua onerosidade, as vantagens e desvantagens que dele advirão.

Geralmente destaca-se que no contrato comutativo é conhecida a prestação das partes e, em contraposição, no aleatório há incerteza da prestação que advirá.[245]

Com efeito, o contrato aleatório é aquele, também bilateral e oneroso, em que a prestação de uma ou de ambas as partes depende de um evento futuro e incerto.

Nesse contrato, a existência ou extensão de uma ou ambas as prestações está submetida a um risco, de maneira que, quando da celebração, as partes se deparam com uma expectativa de perda ou ganho e não de equivalência entre as prestações.[246]

Oportunos os dizeres de SILVIO RODRIGUES, para quem, o que se compra no contrato aleatório é um risco de forma que não se pode imaginar qualquer equivalência entre as prestações.[247]

O risco constante dos contratos aleatórios pode ser total ou absoluto, se vier a ser estipulado que uma das partes deve cumprir integralmente sua prestação, mesmo que não

---

[244]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais, cit., v. 3, p. 70.
[245]Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais, cit., v. 3, p. 73. Tb. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, cit., v. 2, p. 362.
[246]Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 76-77.
[247]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, cit., v. 3, p. 33.

venha a receber nada em troca; ou parcial ou relativo, se, em que pese desproporcionais, ambas as partes devam cumprir alguma prestação.[248]

Há que se distinguir contrato condicional de contrato aleatório, pois naquele a existência ou eficácia do próprio contrato é que depende de um evento futuro e incerto, enquanto nos contratos aleatórios, o que se submete a um risco é o conteúdo da prestação.[249] Disso decorre que, no contrato condicional, "ambas as partes podem ter lucros, sem que o ganho de um represente, necessariamente, prejuízo do outro; no aleatório, em regra, a vantagem de um acarretará perda para o outro contratante".[250]

Há contratos aleatórios por natureza, como o jogo, a aposta, a renda vitalícia e o seguro, nos quais o próprio tipo contratual implica na existência de um risco quanto à existência ou amplitude da prestação.

De outro lado, há contratos acidentalmente aleatórios[251], ou seja, contratos em regra comutativos que, por conta de cláusulas específicas, se tornam aleatórios. Assim serão os contratos de compra e venda, comutativos por natureza, mas cujo objeto seja coisa futura. Nesses casos, não se sabe quando da celebração, em virtude do risco estipulado, se o objeto do negócio existirá ou em que quantidade existirá e, mesmo assim, o adquirente deverá cumprir sua prestação. [252]

Também acidentalmente aleatórios os contratos de compra e venda de coisa existente submetidos a um risco assumido pelo adquirente.

Realizada essa breve exposição sobre as classificações dos contratos, em capítulo próprio tornar-se-á possível verificar sobre quais espécies contratuais incidem o instituto da lesão, logicamente após averiguar os pressupostos desse instituto. Por ora resta afirmar que há discussão doutrinária sobre o assunto, havendo parte considerável da doutrina que admite a incidência da lesão apenas sobre contratos comutativos, o que implica também

---

[248]Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 76-77.
[249]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais, cit., v. 3, p. 134.
[250]DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 79.
[251]Previstos nos artigos 458 a 461 do Código Civil.
[252]Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 134-136.

que sejam bilaterais e onerosos, e outra que entende possível também nos contratos aleatórios.[253]

[253]Apenas à guisa de exemplo, já que a questão será futuramente abordada, entendem que a lesão aplica-se apenas a contratos comutativos: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais, cit., v. 3, p. 78; GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 75; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, cit., v. 3, p. 34. Já outros autores admitem-na excepcionalmente nos contratos aleatórios: BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 78; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais*,* cit., v. 3, p. 135; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*,* cit., v. 2, p. 363.

4. PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

4.1. Considerações gerais. Existência, validade e eficácia do negócio jurídico

Tratando o presente trabalho da lesão, instituto cuja conseqüência é a invalidade do ato, torna-se imprescindível discorrer breves linhas sobre o assunto.

E, ainda que sucintamente, também é cabível discorrer sobre os planos que lhe são conexos e interligados, a inexistência e a ineficácia, para que a partir dessa fundamentação genérica seja possível, posteriormente, bem situar e diferenciar o instituto da lesão de tantos outros.

Discutem os diversos autores quando se está diante de um negócio inexistente, inválido ou ineficaz, porque discordam não só no que consiste cada um desses planos como também até sobre sua efetiva existência.

Por isso é que ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO propõe que para corretamente enfrentar a questão da inexistência, invalidade e ineficácia é necessário primeiramente definir o tema de forma positiva, ou seja, quando o negócio existe, é válido e eficaz.[254]

A vida dos negócios jurídicos se desenvolve em três planos diferentes nos quais ocorre tudo o que lhes diz respeito, desde seu surgimento até sua extinção, passando inclusive por eventuais mutações; são os planos da existência, validade e eficácia.[255]

Porém, apesar de tudo quanto se diga acerca de os negócios jurídicos ocorrerem no âmbito de um desses três planos, há que se notar que alguns negócios jurídicos podem não desenvolver sua expressão máxima, deixando de passar por um ou mais desses planos.

---

[254]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 25. O autor chega a afirmar que quando se trata de teoria das nulidades "o único ponto que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito" (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 25).

[255]Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, os planos da existência, validade e eficácia aplicam-se não só aos negócios jurídicos, mas, com ressalvas, a todos os fatos jurídicos. Excetuada a questão da validade, que incide apenas nos negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito, todos os fatos jurídicos devem ser apreciados quanto a sua existência e produção de efeitos. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 99-100).

Do fato de um negócio jurídico não atingir um desses planos é que surgirão as expressões negócio inexistente, negócio inválido e negócio ineficaz, cada qual significando uma situação distinta, gerada por um fato diverso e com uma conseqüência diferente.

Justamente por surgirem três diferentes espécies de negócios defeituosos, ou, numa melhor expressão, negócios que não atingiram toda a sua amplitude nos três planos possíveis é que se torna necessário abordar distintamente cada um desses planos em que pese estejam intimamente interligados.

Se de um lado o negócio jurídico é único e geralmente se desenvolve nesses três planos, de outro esses planos são diferentes e não se confundem.

4.2. Plano da existência

O plano da existência constitui o plano do ser. Conseqüentemente, é suporte para os outros dois planos — validade e eficácia — e é relevante não só para a constituição dos negócios jurídicos, mas também para todas as espécies de fatos jurídicos. [256]

Ocorrendo todo o suporte fático previsto na norma, o fato é guindado para o mundo jurídico, transmutando-se de fato para fato jurídico.

Trata-se do fenômeno da juridicização já comentado alhures, a operação de que o direito se utiliza para tornar fatos comuns em fatos jurídicos. [257]

Essa qualificação nova atribuída ao fato comum é que lhe confere existência; não uma existência comum, que já possui, mas existência no mundo jurídico. O fato passa a ser jurídico, existir no mundo jurídico.

Nesse ponto, PONTES DE MIRANDA, em que pese analise a questão pelo ângulo negativo e não pelo aspecto da existência como se propôs, destaca que o conceito de negócio jurídico inexistente é "metajurídico", pois "não é mais do que o enunciado da não-juridicização do ato".[258]

---

[256]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 99.
[257]Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 1, p. 74-75.
[258]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* Campinas: Bookseller, 2001. t. 4, p. 53.

No que se refere ao negócio jurídico, verificam-se quais os elementos necessários para sua constituição e, estando estes presentes, conclui-se pela juridicização do fato abstrato previsto na norma, e, pois, pela existência do negócio jurídico em concreto.

Adotam-se os critérios da obra de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de forma que, para a análise de qualquer espécie de negócio jurídico nos diferentes planos (existência, validade e eficácia), inicia-se pela averiguação da presença de determinados elementos: os elementos gerais, categoriais e particulares.[259]

Ao que se propõe neste trabalho, é relevante destacar os elementos necessários para a constituição de todo e qualquer negócio jurídico, ou seja, os elementos gerais, que são a forma (o corpo da declaração de vontade), o objeto (seu conteúdo, as diversas cláusulas) e as circunstâncias negociais (o que faz com que a manifestação de vontade seja compreendida como destinada à produção de efeitos jurídicos), que constituem os elementos gerais intrínsecos, e, ainda, o agente, o tempo e o lugar (é necessário que alguém em determinada época e lugar manifeste sua vontade), que constituem os elementos gerais extrínsecos.[260]

Ausente qualquer desses elementos gerais, não existe negócio jurídico, seja abstratamente, seja uma de suas categorias (como as espécies contratuais), seja em concreto.

A identificação apenas dos elementos gerais não é suficiente, pois os negócios jurídicos não existem em abstrato, daí porque necessária a presença também dos elementos categoriais, que revelam a natureza jurídica do negócio jurídico, portanto definem, por exemplo, tratar-se de compra e venda ou doação, segundo a presença ou não do preço.[261]

Por fim, como os negócios jurídicos também não existem como 'negócios-tipo', para que o negócio jurídico em concreto exista é necessária a presença de elementos particulares.

Os elementos particulares são cláusulas específicas, de enorme variação e número ilimitado que, se individualmente considerados, não determinam a existência do negócio, mas o distinguem de todos os demais. Entre os inúmeros elementos particulares identificam-se a condição, termo e encargo, também denominados de elementos acidentais.

---

[259]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 31 e ss.
[260]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 32-33.
[261]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 35.

Pontuado isso, cumpre apenas mencionar que o instituto da lesão aqui tratado não tem qualquer relação com os elementos que implicam a existência ou não de determinado negócio jurídico. A lesão atua em outro plano, o da validade.

4.3. Plano da validade

A análise do plano da validade do negócio jurídico requer a verificação de sua efetiva constituição.

Em outras palavras, somente superado o plano da existência e, portanto, presentes os elementos do negócio jurídico, é possível adentrar na análise do plano da validade já que é pressuposto deste. [262]

Porém, a presença dos elementos do negócio acarreta apenas a existência do negócio jurídico. A regular entrada do negócio no mundo jurídico – plano da validade – requer que os elementos já aludidos venham acompanhados de determinadas qualidades.

Os elementos necessários à existência do negócio jurídico consubstanciam um objeto necessário para que ele possa integrar o mundo jurídico. A eles são adicionados os denominados requisitos de validade que conferem perfeição ou regularidade ao negócio jurídico. Há, portanto, paralelismo entre os elementos de existência e os requisitos de validade, de forma que cada um dos elementos deve possuir uma determinada qualidade (requisito) para que seja satisfeito o plano da validade. [263]

A validade do negócio jurídico requer que a forma seja a definida em lei (o que será irrelevante se a forma for livre); que o objeto seja lícito, possível e determinado ou determinável; e que o agente seja capaz. Além disso, considerado com um todo, para ser válido o negócio jurídico precisa consistir numa declaração de vontade "a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé". [264]

---

[262]Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 39. Tb. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 100-101.
[263]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 43.
[264]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 43.

É justamente aqui que se faz mais relevante o estudo dos planos, pois a lesão atua no processo volitivo da declaração de vontade, ou seja, atinge a regularidade do negócio jurídico formado, possuindo reflexos no plano da validade.

Este plano será abordado com outras nuances nos itens que seguem.

4.4. Plano da eficácia

No plano da eficácia os negócios jurídicos produzem os efeitos jurídicos manifestados como queridos, como a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações.[265]

Tal como ocorre no plano da validade, o plano da eficácia pressupõe a plena satisfação do plano da existência, ou seja, que o negócio exista. De outro lado, não é imprescindível a satisfação do plano da validade para a produção de efeitos, pois é possível a ocorrência de atos inválidos e eficazes. [266]

Apesar das confusões e ambigüidades na definição da validade e da eficácia por diversos autores, a diferenciação desses institutos mostra-se clara quando se verifica que o plano da validade tem por objeto requisitos que se ligam aos próprios elementos do negócio para lhe assegurar a perfeita (ou não) integração no sistema jurídico e o plano da eficácia, de outro lado, tem por objeto as conseqüências jurídicas irradiadas pelo negócio jurídico após sua formação.[267]

---

[265]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 101.

[266]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 49. A existência de negócios jurídicos inválidos, mas eficazes, como destacado, e, também, de negócios válidos, mas ineficazes, justifica o pensamento de que constituem planos diversos que precisam ser corretamente diferenciados.

[267]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 23 e ss. PONTES DE MIRANDA vai na mesma linha e dá detalhes sobre a origem da confusão: "A expressão 'invalidade' (= não-validade), Ungültigkeit, foi usada, primeiro, por F. von Savingy (System, IV, 536). Os textos romanos falavam de negócios jurídicos *vitiosi*; e o jurista alemão encambulhou invalidade e ineficácia, complicando, ainda mais, a "transição" romana, inacabada, do conceito de *nullum* (inexistente) para o conceito de inexistente, nulo e anulável. (...) Para se ver quanto os tratadistas de direito romano versaram os problemas de nulidade e de anulabilidade com elementos novos, que os Romanos estranhariam, basta lê-los. Por outro lado, misturaram atos jurídicos ineficazes e atos jurídicos nulos, ineficácia e nulidade. Toda identificação de anulabilidade (conceito novo) com rescisão, é para o direito romano, falso: o direito romano desconhecia aquele conceito. Conhecia a nulidade (para ele, = inexistência): *nullum est negotium, nihil actum est* (Gaio, III, 176); e conhecia a rescisão. Nos casos de vício do consentimento (dolo, fraude), o direito romano nada possuía, a princípio, de sanção; as partes tinham de prometer indenização, fixada ou não, em caso de vício do consentimento, e era a *actio ex stipulati* que se havia de propor, e o Pretor foi além – criou a *exceptio doli;* depois, o Pretor, talvez C.

O plano da eficácia tem a qualidade de pôr em evidência que os efeitos do negócio jurídico, apesar deste ser existente e regular, podem ou não se concretizar a depender de circunstâncias externas.

PONTES DE MIRANDA, colocando de um lado a validade e de outro a eficácia, discorre que a "defeituosidade não se confunde com a falta de requisitos para a irradiação de efeitos", pois "toda validade se liga ao momento em que se faz jurídico o suporte fático; toda eficácia será produção da juridicidade do fato jurídico".[268] Portanto, restando claro que a produção ou não dos efeitos jurídicos — plano da eficácia — não é conseqüência da presença dos requisitos de validade — plano da validade —, cabe identificar em que medida se produzem ou não os efeitos dos negócios jurídicos.

Novamente socorre-se aos ensinamentos de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO que discorre que a ocorrência dos efeitos manifestados como queridos no negócio jurídico em muitos casos depende de 'fatores de atribuição de eficácia', entendido o termo fator como "algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado". [269]

Assim, o estabelecimento de uma cláusula que contenha uma condição suspensiva em determinado contrato, constitui, enquanto tal, apenas um elemento particular do negócio. Porém, o conteúdo dessa cláusula, a ocorrência no mundo dos fatos daquele evento futuro e incerto discriminado é algo a ele externo que constitui um fator de eficácia.

Identificam-se três espécies de fatores de atribuição de eficácia segundo suas implicações no início ou amplitude da produção dos efeitos jurídicos, a saber: os fatores de atribuição da eficácia em geral, os fatores de atribuição de eficácia diretamente visada e os fatores de atribuição de eficácia mais extensa.[270]

Os fatores de atribuição da eficácia em geral pressupõem que o negócio jurídico não produza nenhum efeito, nem os próprios diretamente visados, nem nenhum outro em substituição e, assim, somente ocorrendo tais fatores, o negócio passará a produzi-los.

Aquilius Gallus, contemporâneo de Cícero, lançou a *actio* de dolo, que levava à restituição ou à indenização, porém só se construía a sua eficácia como de rescisão, ou diminuição da prestação. Nenhuma nulidade, ou anulabilidade". (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 50 e ss.). Também, do mesmo autor: *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5, p. 3 ss.

[268]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 49-50.

[269]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 55.

[270]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 57.

Já os fatores de atribuição de eficácia diretamente visada implicam, como facilmente se deduz, a ocorrência dos efeitos queridos pelas partes.

Por fim, os fatores de atribuição de eficácia mais extensa têm incidência quando o negócio jurídico já produz os efeitos esperados e, em razão de sua ocorrência, seja estendido seu campo de atuação para atingir outras pessoas estranhas ao negócio jurídico.

Em outro enfoque, cumpre ressaltar que há fatores de ineficácia superveniente, ou seja, circunstâncias ligadas ou não à própria formação do negócio que tornam o negócio jurídico ineficaz após já terem sido satisfeitos os seus três planos.[271]

4.5. Os planos vistos do ângulo negativo: inexistência, invalidade e ineficácia

Como visto, há três planos em que se desenvolve a vida dos negócios jurídicos, o da existência, o da validade e o da eficácia e dessa distinção de planos é que decorre a análise negativa dos negócios jurídicos, ou seja, os negócios jurídicos inexistentes, inválidos ou ineficazes. A constatação da perfeição ou não do negócio jurídico e, se imperfeito, de que defeito se trata (inexistência, invalidade ou ineficácia), decorre de sua análise paulatina no âmbito de cada um dos planos.

CARLOS ALBERTO DABUS MALUF discorre que "se no plano da existência faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico". E nessa avaliação paulatina continua: "se houver os elementos, mas passando do plano da validade faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas é inválido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz".[272]

Dessa forma, o negócio apenas será verificado no plano da validade se preliminarmente houver sido averiguado positivamente no âmbito da existência.

Como decorrência dessa operação, a que ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO denomina de "técnica de eliminação progressiva", nota-se que o negócio inexistente, o

---

[271]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 60-61.
[272]MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. 2001. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 7.

negócio nulo, o negócio anulável e o negócio ineficaz não são espécies de um mesmo gênero.[273]

O negócio inexistente opõe-se apenas ao negócio existente, nunca ao negócio nulo ou anulável que não se constituem no mesmo plano. Assim é que não se perquire acerca de validade ou produção de efeitos do negócio inexistente ou aparente[274] por este não constituir um verdadeiro negócio.

Nem por isso se pode deixar de referir ao inexistente porque é uma situação fática que não se elimina.[275] O fato existe, mas não existe com caráter jurídico.

O conceito de inexistência de que se trata é, logicamente, inexistência no mundo jurídico e decorre de este não abranger todo o universo de fatos.

Assim, quando o direito classifica algum fato, ato ou aparente negócio como inexistente, quer significar que não está abrangido no mundo jurídico e justamente por isso não pode receber a designação válido ou inválido e eficaz ou ineficaz que pressupõem fatos abrangidos pelo direito.

Prosseguindo na 'técnica de eliminação progressiva', o plano da validade pressupõe a plena satisfação do plano anterior, da existência, de maneira que compõem o gênero negócio existente as espécies negócio válido, nulo ou anulável. Essas sim, se contrapõem e diferenciam entre si. [276]

Idêntica operação ocorre no âmbito da eficácia. O negócio ineficaz se contrapõe apenas ao negócio eficaz, pois atingido o plano da eficácia o negócio será existente e, em regra, válido.[277]

---

[273]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 63 e ss.

[274]ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO postula que o negócio jurídico que não apresenta todos os elementos necessários à sua existência e, portanto, não atingiu esse plano, seja denominado de negócio aparente, ao invés de negócio inexistente. Justifica o autor que se evitaria a inútil discussão sobre a contradição terminológica e, ainda, ressaltaria a principal característica desse objeto de estudo, a aparência de negócio. (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 63).

[275]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 53.

[276]A diferenciação entre negócios nulos e anuláveis será abordada no item subseqüente.

[277]MARCOS BERNARDES DE MELLO adota o mesmo entendimento quanto à relação entre o plano da existência e os planos de validade e eficácia quando ressalta que a partir da existência "é que se pode tratar de validade ou invalidade e de eficácia ou ineficácia" e, de outro lado, tratando-se de inexistência "impõe não mais se poder cuidar de invalidade ou ineficácia. Mas falar em ineficácia ou invalidade não pode levar a se ter como conseqüência, nem remota, a inexistência". Pondera, também, que não há uma subordinação entre os planos da validade e eficácia quando pontua que "não há uma relação necessária entre a validade e a eficácia do ato jurídico. Em geral o ato jurídico precisa ser válido para ser eficaz; não, contudo, essencialmente" e sentencia que "ser válido, ou inválido, e ser eficaz ou ineficaz, são, portanto, qualificações distintas imputadas a algo que existe". (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª parte, cit., p. 62-63).

Reconhece ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO haver exceções a essa técnica, consistente nos negócios nulos, que eventualmente podem vir a produzir efeitos, e negócios anuláveis, que produzem efeitos até que reconhecidos como tais.[278]

4.6. Invalidade

Nesse ponto cumpre abordar com maior destaque alguns aspectos genéricos da invalidade, úteis posteriormente quando se abordar a lesão.

Assim, profícuo iniciar-se com o conceito de invalidade de MARCOS BERNARDES DE MELLO, para quem a invalidade "constitui uma sanção imposta pelo sistema ao ato jurídico que, embora concretize suporte fáctico previsto em suas normas, importa, em verdade, violação de seus comandos cogentes". [279]

Assim, a invalidade seria uma forma de o sistema jurídico excluir os negócios jurídicos existentes mas irregulares, por terem violado alguma regra quando de sua formação.

4.6.1. Invalidade total e invalidade parcial

A invalidade pode ser parcial ou total segundo atinja todo o negócio jurídico ou apenas parte dele.

Caso a nulidade seja de apenas parte do contrato e este puder subsistir mesmo sem a parte nula, não será anulado em sua integralidade, permanecendo a parte válida. Com efeito, dispõe o artigo 184 do Código Civil de 2002 que, observada a intenção das partes, "a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável".[280]

---

[278]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 64.

[279]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª parte, cit., p. 6. No mesmo sentido a opinião de CARLOS ALBERTO DABUS MALUF para quem a nulidade constitui uma sanção jurídica em razão "da violação da lei na conclusão do ato". (*A inexistência na teoria das nulidades,* cit., p. 49-50).

[280]Código Civil:

Trata-se da aplicação do princípio "*utile per inutile non vitiatur"* e novamente aqui se vê a ingerência do princípio da conservação dos contratos abordado acima.[281]

Primeiramente, há que se verificar a possibilidade de haver ou não separação entre as partes do negócio jurídico a fim de admitir que a invalidade atinja apenas uma delas.

A separabilidade do negócio jurídico prevista no artigo 184 do Código Civil que viabiliza a aplicação da nulidade parcial é constatada a partir da classificação do negócio em relação à sua quantidade (unidade e pluralidade de negócios).

O negócio jurídico unitário simples, consistente naquele negócio típico (v.g. compra e venda) em que não há disposições especiais, pluralidade de objetos ou sujeitos, não admite separação, de forma que a invalidade é total. De outro lado, se o negócio jurídico for complexo, ou seja, houver pluralidade em ao menos um dos elementos mencionados, é possível a separação e, portanto a nulidade parcial.[282]

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR acrescenta que a conservação do negócio jurídico somente é possível se for observada a "vontade finalística" que o estruturou, pois "a interferência judicial em seu interior não é de ser feita com violação desta mesma vontade".[283]

A possibilidade da conservação do contrato mediante a manutenção da parte válida se verifica a partir do que revelam as disposições contratuais, as quais transparecem a vontade manifestada pelas partes. As cláusulas contratuais, em seu conjunto, demonstrarão a relevância ou não da parte nula para o escopo contratual e, portanto, definirão a possibilidade da relação contratual perdurar sem ela.

PONTES DE MIRANDA resume bem esse entendimento enfatizando que "quem quis o ato jurídico o quis todo, mas as circunstâncias podem mostrar que se quis o resto, ainda sem a parte". [284]

"Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal."

[281] Item 2.8. supra.

[282]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 70-73.

[283]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 638-639.

[284]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 88.

Neste ponto também a posição de HUMBERO THEODORO JÚNIOR, que declara ser possível a conclusão pela nulidade parcial "quando o vício invalidante se refere apenas a uma ou algumas cláusulas, sem atingir o núcleo do negócio jurídico". E exemplifica o autor que se o vício está presente em uma cláusula penal, em regra não afetará os elementos essenciais do negócio e, portanto, este permanecerá válido nas demais disposições. (*Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 635).

4.6.2. Nulidade e anulabilidade

Como visto acima, os negócios jurídicos que não apresentam os requisitos necessários à sua regular incorporação no mundo jurídico são inválidos.

As hipóteses de invalidade são estruturadas segundo a importância e natureza dos requisitos violados, havendo aqueles "que afetam a própria ordem pública, porque implicam violação de normas jurídicas cogentes" e outros "que prejudicam diretamente as pessoas em seus interesses particulares".[285]

Segundo PONTES DE MIRANDA "os legisladores são livres na discriminação das causas de nulidade e das causas de anulabilidade", mas "há linha histórica, de cultura jurídica e de ciência, que lhes põem ao alcance dados para se guiarem, em suas escolhas com o mínimo de arbítrio".[286]

O Código Civil de 2002 discrimina as causas de nulidade nos artigos 166 e 167, dizendo respeito, por exemplo, à absoluta incapacidade do agente; objeto ilícito, impossível ou indeterminado; preterição de alguma solenidade essencial; objetivo de fraude à lei.

Já as hipóteses de anulabilidade foram relacionadas no artigo 171 do Código Civil de 2002, prevendo a lesão[287], objeto do presente trabalho, além de tantas outras, como, por exemplo, a incapacidade relativa do agente, o erro, o dolo, a coação e o estado de perigo.

A distinção entre nulidades e anulabilidades interessa não só pela natureza das normas violadas, mas, como conseqüência, pelo tratamento jurídico que lhes é concedido em razão da gravidade da violação. O sistema jurídico responde de forma mais branda às anulabilidades e mais severa às nulidades, tendo em conta justamente uma resposta proporcional à violação ocorrida.

Como visto acima[288], a distinção entre nulidade e anulabilidade é decorrência do princípio da conservação, pois confere ao legislador a opção de criar maiores condições para a manutenção do negócio jurídico na medida em que escolha a anulabilidade em detrimento da nulidade. Isso porque as hipóteses de anulabilidade têm um sistema menos

---

[285]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 60.
[286]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 179-180.
[287]Artigo 171, inciso II do Código Civil.
[288]Item 2.8. supra.

rígido que as nulidades, como a produção de efeitos desde a realização do negócio, a possibilidade de confirmação pelas partes ou ainda seu convalescimento por decurso do prazo, o fato de apenas os interessados poderem alegá-la ou, ainda, de o juiz não poder conhecê-las de ofício.

Mas, segundo demonstra MARCOS BERNARDES DE MELLO, as características das hipóteses de nulidade e anulabilidade variam de acordo com sua natureza, efeitos, ou, ainda, por circunstâncias de ordem pública, concluindo que "os sistemas jurídicos criam exceções que impedem se possam fazer enunciados genéricos, com absoluto rigor científico". [289]

Assim, prossegue o autor, dizer que a nulidade é um defeito "insanável, imprescritível, alegável por qualquer interessado e pelo Ministério Público, decretável de ofício pelo juiz, que torna o ato jurídico ineficaz" não é cientificamente correto, pois essas são características que "em geral lhe são pertinentes", mas não essenciais.[290]

De qualquer forma, no nosso sistema positivo atual esses critérios são pertinentes já que estabelecido pelo artigo 177 do Código Civil que a "anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade".[291]

---

[289]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 225. No mesmo sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 64.

[290]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 225.

[291]Essa ausência de critério científico já havia sido observada por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO na égide do Código Civil de 1916. Conforme expôs o autor naquela oportunidade, as nulidades em sentido amplo são absolutas ou relativas, segundo possam ser alegadas por qualquer interessado ou apenas em favor de quem se previu a hipótese; nulidades de pleno direito ou dependentes de sentença, se há necessidade ou não de declaração judicial para seu reconhecimento; e nulidades em sentido estrito e anulabilidades, segundo os efeitos do negócio sejam impedidos desde logo ou se produzam 'até que seja reconhecido o vício. O Código, continua o autor, apenas adotou a última nomenclatura – nulidade e anulabilidade — sem contudo lhe conceder um caráter científico. Assim, a partir desses nomes a lei subdividiu as hipóteses de nulidade (em sentido amplo) em violações mais graves e menos graves e, de uma forma geral, lhes atribuiu conseqüências de acordo com essa gravidade quanto às pessoas que podem alegar o vício, forma de reconhecimento (pleno direito ou não) e efeitos. Mas, da mesma forma, estipulou variadas exceções a esse critério genérico, por isso é que é impossível conceder um tratamento efetivamente científico à matéria. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial.* São Paulo: Ed. Particular, 1986. p. 109-115).

4.6.3. Extinção das invalidades

No presente item trataremos as formas pelas quais se torna possível extinguir invalidades que atingem o negócio jurídico de maneira a torná-lo válido.

4.6.3.1. Convalescimento[292]

O convalescimento é uma das formas pelas quais é possível suprimir invalidades do negócio jurídico e, a partir de então, conferir-lhe efeitos de forma regular.

Aqui a regularidade do negócio jurídico surge independentemente da vontade expressa ou tácita das partes, requerendo exclusivamente o decurso do tempo na forma da conhecida figura da decadência.

O termo convalescimento veio inserido no contexto do artigo 169 do Código Civil de 2002, que prevê em sua parte final que o negócio jurídico nulo "não convalesce pelo decurso do tempo".

Desse dispositivo se ressalta uma distinção relevante entre nulidades e anulabilidades no que se refere à sua extinção, pois se verifica que em regra[293] não se aplica o convalescimento às primeiras. Portanto, normalmente a nulidade é imprescritível e não se convalesce pelo decurso do tempo e, de outro lado, a anulabilidade convalesce pelo decurso do tempo, ou seja, pela configuração da decadência.

---

[292]MARCOS BERNARDES DE MELLO (*Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 234) utiliza o termo "convalidação" para o fenômeno jurídico mencionado nesse item, entretanto opta-se pelo termo convalescimento diante de sua expressa utilização no artigo 169 do Código Civil, encontrado, por exemplo, na obra de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (*Código Civil comentado.* São Paulo: Atlas, 2003. v. 2, p. 305).

[293]Diz-se que em regra a nulidade é imprescritível porque por vezes os sistemas jurídicos prevêem hipóteses de nulidade que convalescem pelo decurso do tempo.
Nesse sentido, entre nós, o parágrafo único do artigo 48 do Código Civil (trata-se de invalidade de decisão coletiva de pessoa jurídica decorrente de diferentes hipóteses de vício) que prevê uma hipótese de simulação em que há prazo decadencial trienal para sua alegação. Também assim entende ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que aponta o artigo 208 do Código Civil de 1916 em que o casamento nulo realizado por autoridade incompetente convalescia após dois anos da celebração (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit.). Sobre essa e outras hipóteses, inclusive no direito estrangeiro: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 8, em nota, e p. 235.

Desta forma, na anulabilidade a regra é inversa e a desconstituição do negócio jurídico depende sempre de impugnação. Não providenciada essa no prazo indicado na legislação, convalesce-se.

Assim, à guisa de exemplo e no que interessa aqui, prevê o inciso II do artigo 178 do Código Civil o prazo decadencial de quatro anos para a anulação de negócio jurídico eivado de lesão, ou ainda de dolo, erro, estado de perigo ou fraude contra credores. Ultrapassado esse lapso temporal extingue-se a hipótese de invalidade e o ato se torna válido.

4.6.3.2. Confirmação

Confirmação é o ato expresso ou tácito pelo qual a parte, ciente da existência de uma anulabilidade, manifesta o desejo de que o negócio seja cumprido e, por conseqüência, torna-o válido.

Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR "o negócio anulável (...) é um ser que nasce enfermo, mas que tem vida, enquanto a parte prejudicada não delibera invalidá-lo. Por isso, ao invés de impugná-lo, pode confirmá-lo, eliminando o vício de origem e tornando-o perfeito".[294] Desse conceito se conclui que a confirmação não se aplica às hipóteses de nulidade, dispondo o artigo 169 do Código Civil, de forma categórica, que "o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação".

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO assevera que "a imperfeição do negócio nulo de pleno direito é fatal; não possibilita sua cura pelos interessados ou seu convalescimento pelo passar do tempo".[295]

Aduz-se, é bem verdade, que em que pese não seja possível a confirmação do ato nulo pelas partes, por vezes é possível sua repetição ou renovação.[296]

Assim, removida a causa da nulidade é possível celebrar novamente o mesmo ato. Não consiste em sanar o vício que existia, mas declarar novamente a vontade de forma que eventual cláusula que mencione se tratar de ratificação do ato anterior não produz efeito.[297]

---

[294]Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 565.
[295]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 305.
[296]Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 526-527.
[297]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 240.

Nesse ponto, a lição de PONTES DE MIRANDA:

> "Se os figurantes querem fazer válido o nulo, nada mais podem pretender do que repetir o negócio jurídico e a 'confirmação' (pseudo-confirmação) não é mais, no plano jurídico, do que conclusão nova, nova celebração. Se os efeitos do novo negócio jurídico são no passado, é problema de autonomia da vontade no momento em que a regra jurídica incide sobre o suporte fático, e não de confirmação do negócio jurídico nulo."[298]

Retornando à confirmação, é necessário não confundi-la com a ratificação. Na vigência do Código Civil de 1916 os termos eram tratados como sinônimos porque havia disposição legal que utilizava o termo ratificar no sentido de confirmar.

Porém, no âmbito do Código Civil de 2002 o termo confirmação foi utilizado nos artigos 172 a 176 para designar a sanação de negócio jurídico eivado de anulabilidade.

De outro lado, aponta MARCOS BERNARDES DE MELLO que o termo ratificação veio no Código Civil de 2002 como forma para expressar "a integração de um ato jurídico incompleto" como o caso da aquiescência do interessado em relação aos atos praticados por alguém a quem não tinha outorgado mandato (artigo 662 do Código Civil[299]). [300]

A ratificação, quando operada, atua no plano da existência e não da validade como a confirmação, pois faz com que a pessoa do mandante seja integrada no negócio. De outro lado, não concedida a ratificação, dá-se que o ato é ineficaz em relação ao pretenso mandante porque nada mais é do que um terceiro.

Como dito acima, a confirmação pode ser expressa ou tácita; sendo expressa deve indicar a substância do ato confirmado e declaração da vontade que o confirma.[301]

ROBERTO JOÃO ELIAS assevera que a confirmação "não se presume querida se não consta que a pessoa que fez a ratificação[302] tinha plena consciência do direito e do fato,

---

[298]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 111.

[299]Código Civil:

Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.

[300]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 241-242.

[301]Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 572.

[302]O termo expressa a confirmação aqui tratada e foi empregado na égide do Código Civil de 1916.

ou seja, que conhecia o vício do ato e sabia que podia anulá-lo se assim quisesse."[303] Assim, é importante que o negócio confirmado seja adequadamente identificado e que na confirmação seja mencionado o vício por ela sanado.[304]

De outro lado, a confirmação tácita prevista no artigo 174 do Código Civil se verifica pelo cumprimento espontâneo da obrigação, parcial ou integral, quando a parte interessada sabia da existência da anulabilidade.

Nesse ponto aduz ROBERTO JOÃO ELIAS que "se a parte, embora conhecendo o vício da obrigação, a cumpre, ao menos em parte, necessariamente quer manifestar a intenção de confirmá-la".[305]

A consequência da confirmação é, nos termos do artigo 175, a "extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele (o negócio) dispusesse o devedor". Assim, a confirmação inviabiliza a possibilidade de anulação do negócio jurídico tornando definitivos seus efeitos.

Como bem aponta HUMBERTO THEODORO JUNIOR, "o que se destrói, pela confirmação, é a possibilidade de anulação ser pronunciada. Os efeitos que já vinham sendo produzidos, podiam ser desfeitos caso a parte prejudicada usasse do direito potestativo de invalidar o negócio."[306]

4.6.3.3. Conversão

A conversão substancial ou propriamente dita é instituto relacionado ao princípio da conservação[307] abordado acima e consiste no "ato pelo qual a lei ou juiz consideram um negócio, que é nulo, anulável ou ineficaz como sendo de tipo diferente do efetivamente realizado, a fim de que, através desse artifício, ele seja considerado válido e possam se produzir pelo menos alguns dos efeitos manifestados pelas partes como queridos".[308]

---

[303]ELIAS, Roberto João. Confirmação dos atos anuláveis. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 53, jul./set. 1987.
[304]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 316.
[305]ELIAS, Roberto João. Confirmação dos atos anuláveis, cit., p. 54.
[306]Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 581.
[307]Sobre esse princípio vide item 2.8. supra.
[308]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático, cit., p. 126-127.

Em linha similar, PONTES DE MIRANDA entende que conversão "é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão da sua nulidade, ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente"[309]. E complementa o autor que a conversão pressupõe que o novo negócio corresponderia à vontade das partes se conhecessem a invalidade.

Na realidade, é um instituto de interpretação e classificação dos negócios jurídicos pelo qual se aproveita o suporte fático de um negócio inválido, concluindo-se pela existência de outro, válido, diante da vontade com relação aos efeitos originariamente expressada pelas partes. Assim, se uma nota promissória é nula, eventualmente é possível concluir pela existência de uma confissão de dívida. [310]

ANTONIO MENEZES CORDEIRO discorre que "a conversão exprime, no fundo, uma interpretação melhorada do negócio, de modo a, dele, fazer uma leitura sistemática e cientificamente correta".[311]

A conversão, ao contrário do que ocorria no Código Civil de 1916, veio prevista no artigo 170 do atual Código Civil que estipula que se "um negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

Portanto, para a conversão se realizar pressupõe-se uma condição de caráter objetivo, relativa à presença dos requisitos necessários para a formação de um negócio diverso do praticado; e outra de cunho subjetivo, referente à vontade presumida das partes.

Diante disso, no aspecto objetivo exige-se que os elementos do negócio jurídico convertido estejam compreendidos nos do negócio inválido. De outro lado, quanto ao pressuposto subjetivo, a vontade das partes deve, da mesma forma, compreender os efeitos obtidos com a conversão do negócio.

Até aqui se discorreu acerca da conversão substancial, mas há também a denominada conversão formal em que não há alteração do negócio jurídico em si, mas apenas de sua forma.

Assim é que, se estipulado que determinado ato pode ser realizado por qualquer forma, se vier a ser feito por escritura pública que posteriormente é tida como nula por

---

[309]MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado,* cit., t. 4, p. 102.
[310]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 258-259.
[311]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 885.

vício formal, vale o negócio realizado como se tivesse sido feito por instrumento particular.[312]

Na verdade, não se trata efetivamente de hipótese de conversão porque não há nova qualificação do negócio jurídico, o que a caracteriza, mas o mesmo negócio jurídico acolhido sob outra forma.[313]

[312]O exemplo é de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático, cit., p. 128-129).
[313]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 261.

5. NOTÍCIA HISTÓRICA DA LESÃO

5.1. Considerações gerais

Nos capítulos anteriores foram apreciados os aspectos gerais da base sobre a qual incide o instituto da lesão — os contratos e seus princípios —, e ainda em que contexto se insere essa hipótese de anulabilidade — os planos dos negócios jurídicos.

A partir daqui será abordada a lesão propriamente dita, iniciando-se por breves considerações acerca de seu surgimento, evolução no decorrer dos séculos e desenvolvimento no Brasil.

5.2. Direito romano

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[314] identifica os primórdios da lesão na Índia[315], Grécia[316] e Palestina[317] com preceitos que visavam assegurar que as prestações fossem razoavelmente equivalentes; entretanto, ressalta que sua estruturação como instituto jurídico somente veio a ocorrer no direito romano.[318]

Aponta-se que o surgimento da lesão ocorreu no direito romano pós-clássico[319], a partir da Lei Segunda de Diocleciano e Maximiano[320]; entretanto, alguns autores destacam que já no período clássico havia preocupações com o equilíbrio das prestações.

---

[314]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 2-4.

[315]Refere-se ao preceito hindu pelo qual "A venda não aproveitará ao comprador se foi feita por um homem exaltado, por um louco ou a vil preço".

[316]Alude a julgamento em Esparta, no qual foi imposta pesada multa para quem adquirira propriedade por preço vil.

[317] Descreve passagem do Velho Testamento em que ocorre a venda dos direitos de primogênito por um prato de lentilhas. (Bíblia, Livro dos Gênesis 25, 29-30).

[318]No mesmo sentido WILSON DE ANDRADE BRANDÃO aponta que a lesão como figura jurídica é originária do direito romano, mas os princípios que lhe deram origem são muito anteriores visíveis nos ensinamentos extraídos do Antigo Testamento e da filosofia grega. (BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 12-18). Em relação a essa última afirma que apesar de a Grécia não ter sabido com o direito "repelir os ajustes lesionários, pode, com a sua filosofia, dar a primeira tentativa de construção doutrinária da equivalência das prestações." (*Lesão e contrato no direito brasileiro,* cit., p. 15).

[319]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação, cit., p. 113.

[320]Como será comentado, há séria discussão sobre a interpolação operada por Justiniano na Lei Segunda, de maneira que é possível que a lesão tenha surgido em momento posterior.

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO destaca que no período clássico havia o instituto da *restitutio in integrum*, pelo qual era restabelecida a eqüidade pela reposição das partes ao *statu quo ante.*[321]

VICENZO ARANGIO RUIZ esclarece que nas hipóteses contempladas no Edito o magistrado avaliava as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto para, mediante a *restitutio in integrum,* desconstituir qualquer ato jurídico de direito material ou processual.[322]

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES destaca que a *restitutio in integrum* era um instituto complementar surgido no processo formulário pelo qual o magistrado, nas hipóteses previstas no Edito, "considerava não realizado negócio jurídico ou formalidade processual, aos quais o *ius civile* reconhecia efeitos jurídicos, por considerar que esses efeitos eram contrários à eqüidade".[323]

Assim, na parte introdutória do Edito eram relacionadas as causas que autorizavam a utilização da *restitutio in integrum*, como idade, ausência, *capitis deminutio,* erro, coação, dolo e a fraude contra credores, ressalvando-se que o magistrado podia concedê-la mesmo em causas não-previstas.[324]

Não há dúvidas de que lesão e *restitutio in integrum* são institutos diversos, pois a primeira é causa para rescisão de um negócio jurídico e o segundo é forma para desfazimento de negócio jurídico ou ato processual, mas o que ressalva CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO é que mediante esse último se verifica que já no direito romano clássico havia forma de se desfazer um negócio jurídico desequilibrado e prejudicial a uma das partes.[325]

---

[321]BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57. Nesse ponto, o seguinte trecho da obra de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO: "Dentre os inúmeros remédios, fundados no poder discricionário e inspirados na eqüidade, que foram introduzidos pela notável atividade criadora do pretor, havia também um meio destinado a afastar os efeitos prejudiciais de atos ou de negócios jurídicos que se apresentavam estruturalmente válidos à luz do *ius civile*". (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história de processo civil romano.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 119).

[322]ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *Instituzioni di diritto romano.* 2. ed. Napoli: Jovene, 1927. p. 129-130. Tb. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história de processo civil romano,* cit., p. 120-121.

[323]ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1, p. 250 e p. 266-267.

[324]Cf. CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano.* São Paulo: Saraiva, 1949. p. 95-96.

[325]BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 58. No mesmo sentido WILSON DE ANDRADE BRANDÃO que, reconhecendo a distinção entre os dois institutos declara que "na restituição por inteiro já se encontra o germe da solução contida na Lei Segunda". (BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 22).

De outro lado, fragmentos de Ulpiano e Paulo parecem contradizer o entendimento de que deveria haver certo equilíbrio nas prestações já no período clássico.

O fragmento de Ulpiano discorre que "*Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire"*, ou, "Pompônio afirma que no preço da compra e venda é naturalmente lícito aos contraentes se enganarem"[326]

E, no mesmo sentido, o fragmento de Paulo que afirma "*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et concductionibus iuris est."*. Ou, no vernáculo, "Do mesmo modo que ao comprar e vender se admite como natural o comprar por menos o que vale mais ou vender por mais o que vale menos e aproveitar-se assim da outra parte, o mesmo vale também na locação".[327]

Justamente com base no fragmento de Paulo é que ANTONIO MENEZES CORDEIRO adota o entendimento de que no direito romano clássico, não caracterizada qualquer das formas de erro, era franqueada liberdade na condução dos contratos, de maneira que "o equilíbrio das prestações ficava a cargo das partes".[328]

Também ARANGIO-RUIZ enfatiza que no direito romano clássico a fixação do preço se submetia exclusivamente à negociação entre as partes, sem que se pudesse se perquirir acerca da justiça do preço.[329]

Contrapondo esses entendimentos, ELIANE MARIA AGATI MADEIRA afirma que não existia absoluta liberdade na fixação do preço do direito romano clássico, ao contrário, "houve manifestações que testemunharam a importância do preço como garantia do equilíbrio contratual".[330]

A autora consubstancia-se em diversas fontes antigas dentre elas este fragmento de Ulpiano[331]:

---

[326]Digesto 4.4.16.4 - Ulp. 11 ed. Tradução extraída de MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis.* 1998. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998. p. 63.

[327]Digesto 19.2.22.3 – Paul. 34 ad ed. Tradução extraída de MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 63.

[328]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 641-642. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA menciona o mesmo fragmento e sustenta que no direito romano clássico "não se cogitava de indagar se o preço era justo". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 11).

[329]ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *La compra vendita in diritto romano.* Napoli: Jovene, 1952. v. 1, p. 141.

[330]MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 33-44.

[331]Digesto 38.5.1.12 – Ulp. 44 ad ed.. Fragmento e tradução extraídos de MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 38.

> "*Si quis fraudem patronorum rem vendiderit vel locaverit vel permutaverit, quale sit arbitrium iudicis, videamus. Et in re quidem distracta deferri condicio debet emptori, utrum malit rem emptam habere iusto pretio na vero a re discedere pretio recepto: neque omnimodo rescidere debemus venditionem, quase libertus ius vendendi non habuerit, nec fraudemus pretio emptorem, maxime cum de dolo eius nom disputetur, sed de dolo liberti.*".

Em vernáculo:

> "Perguntemos qual deva ser o critério de um juiz quando um liberto tiver vendido, arrendado ou permutado algo em fraude de seus patronos. Quando a coisa tiver sido vendida deve se oferecer ao comprador a escolha entre pagar pelo comprado seu justo preço ou devolver a coisa mediante a restituição do preço; porque não devemos rescindir sem mais a venda como se o liberto houvesse carecido de direito de vender, nem devemos defraudar o comprador no preço, sobretudo quando não se trate de seu próprio dolo, mas de dolo do liberto."

Evidente que não se trata de lesão, ainda mais na concepção romana do direito pós-clássico que, como a seguir se verá, previa uma tarifação[332] no desequilíbrio entre coisa e preço, inexistente nesse fragmento.

Porém, nesse fragmento do direito romano clássico se verifica a utilização da mesma solução que veio a ser empregada na lesão instituída do período pós-clássico, qual seja, a possibilidade de rescisão da venda em razão do desequilíbrio entre as prestações ou, ainda, a manutenção da venda mediante o complemento do preço.

Também no seguinte fragmento de Ulpiano se verifica preocupação com o desequilíbrio contratual: [333]

> "*Si res pupillaris vel adulescentis distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet, venditio quidem valet, verumtamen si grande damnum pupilli vel aulescentis versatur, etiam si collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur.*"

---

[332]Como se verá no transcurso deste trabalho a verificação de existência de desequilíbrio entre as prestações para fundamentar a lesão ou se fundamenta em dados fixos estabelecidos na norma (como "preço inferior a metade do valor da coisa") — o que a doutrina comumente denomina de lesão tarifada —, ou em parâmetros abertos (no atual Código Civil brasileiro o artigo 157 menciona "prestação manifestamente desproporcional").

[333]Digesto 4.4.49 – Ulp. 35 ad ed.. Fragmento e tradução extraídos de MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 43-44.

Vertido para o vernáculo:

> "Se se houver vendido uma coisa de um pupilo ou menor de vinte e cinco anos que a lei não proíbe vender, a venda será certamente válida; não obstante se com ela se causa um grande dano ao pupilo ou menor, mesmo que não tenha havido conluio, se revoga a alienação mediante a *restitutio in integrum.*"

Também esse fragmento não constitui a lesão instituída no direito romano pós-clássico, que adiante se abordará, pois a desproporção do negócio deve vir conjugada com a menoridade do agente, mas, ainda assim, se verifica a possibilidade de desconstituição do negócio em função do desequilíbrio no preço no período clássico, portanto alguma preocupação com o equilíbrio entre as prestações.[334]

O instituto da lesão propriamente dito foi identificado em dois fragmentos do Código de Justiniano (529 d.C.) supostamente[335] extraídos das Constituições Imperiais de Diocleciano e Maximiano e editadas no terceiro século da era cristã.[336]

O primeiro fragmento do ano de 285 d.C. é conhecido como Lei Segunda, teria origem em hipótese concreta[337] e dispunha que se uma coisa fosse vendida por um preço menor que o de seu valor seria possível sua recuperação se o vendedor devolvesse o preço,

---

[334]ELIANE MARIA AGATI MADEIRA cita mais de uma dezena de fragmentos que não serão transcritos porque transcendem o enfoque do presente item. Aqui não se nega que efetivamente a lesão surgiu como instituto jurídico pelas leis segunda e oitava de Diocleciano (interpoladas ou não, como se verá), mas se defende que antes dessas leis já havia preocupação na Palestina, Índia, Grécia e no próprio direito romano clássico, com a equivalência das prestações estabelecidas nos negócios jurídicos. Além dos fragmentos mais expressivos já aludidos pede-se licença apenas mencionar as conclusões da autora: "...observou-se que aqui e ali houve manifestações da jurisprudência romana em assegurar o justo preço em determinadas situações, como na venda do objeto penhorado, na venda e avaliação de bens do menor, na *aestimatio dotis,* sempre com intuito de proteção a parte hipossuficiente. Além disso, já em época clássica os efeitos danosos da venda *minore pretio* realizada pelo menor de idade poderiam ser reparados por meio de *in integrum restitutio.* Também o preço de venda dos objetos pertencentes à herança foram submetidos a disposições rígidas para efeitos de estimação da herança na *hereditatis petitio.* Por sua vez, as regras da determinação do preço por parte de terceiros, acentuando o *arbitrium boni viri* e submetendo tal determinação ao controle jurisdicional refletem a tendência clássica de não permitir absoluta liberdade na fixação do preço, mas, ao contrário, de submetê-lo aos critérios do *bonum et aequum.* (....) Por outro lado, os fragmentos dos juristas que aparentemente ressaltam a liberdade das partes na determinação do preço devem ser compreendidos à luz da restrição imposta pela boa-fé à livre negociação das partes. No entanto, ainda que tais posturas por nós detectadas reflitam esta tendência no direito clássico de submeter a determinação do preço a tais requisitos, neste período era difícil deixar de associar as desproporções no preço de venda com os vícios da vontade. Ainda assim, em D.4.4.49 (Ulp. 35 ad ed.), o relato do jurista Ulpiano constitui exemplo, apenas em relação aos menores, desta desvinculação. Mas foi apenas com Diocleciano que surgiu a *laesio enormis,* provavelmente adstrita à venda (...)." (MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 136-137.

[335]Adiante se verá que a doutrina discute se os fragmentos teriam sido interpolados.

[336]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 11-12.

[337]A manifestação dos imperadores Diocleciano e Maximiano decorre de caso concreto apresentado por Aurelio Lupo. (Cf. VISKY, Károly. Appunti sulla origine della lesione enorme. *IURA Rivista Internazionale di diritto romano e ântico*, Napoli, v. 12, pt. 1, p. 42, 1961; MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 29).

ou, de outro lado, se assim preferisse o comprador, a compra seria mantida desde que complementado o preço. Eis o fragmento:

> *"Impp. Diocletianus et Maximianus AA Aurélio Lupo:*
>
> *Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretti distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. (a. 285)"* [338]

Na língua nacional:

> "Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é eqüitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que lhe falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga."[339]

O segundo fragmento[340], denominado Lei Oitava, é do ano de 294 d.C. e também decorre de resposta a caso concreto.[341] O texto é amplo e destaca em seu contexto que a regra geral é a manutenção do contrato no caso do desequilíbrio entre o preço e a coisa, mas ressalva a hipótese de essa diferença ser superior a mais da metade do preço justo:

> *"Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Aureliae Evodiae:*
>
> *Si voluntate tua, fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emtpor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes, ad hunc cotractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant, pretium profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis, conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationen: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda (a.293)."* [342]

---

[338]Código Justiniano, Livro IV, Tít. XLIV, L. 2. (CORPUS IURIS CIVILIS. 14. ed. Dublin; Zurich: Weidmann, 1967. v. 2 - Codex Iustinianus, Paulus Krueger, p. 179).
[339]Tradução extraída da obra de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Lesão nos contratos,* cit., p. 12-13).
[340]Código Justiniano, Livro IV, Título XLIV, L.8.
[341]Seria resposta a uma mulher, Aurélia Evódia. (Cf. MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 61).
[342]CORPUS IURIS CIVILIS, cit., p. 179.

Em vernáculo:

> "Se teu filho, com o teu consentimento, houver vendido teu imóvel, deve ser argüido o dolo do comprador, por ardil ou por insídias, ou deve ser demonstrado um iminente temor ou de morte ou de tortura do corpo, para que a venda seja reputada nula. O fato, pois, de declarares tu que o imóvel foi vendido por preço um pouco menor, é, sozinho, insuficiente para tornar a venda rescindida. Convém saber que, se tu pensasses na substância de um contrato de compra e venda, e pensasses também no fato de o comprador, fazendo votos de comprar por menos e o vendedor de vender por mais, chegam a realizar este contrato, e, com custo, depois de muitas discussões, estando o vendedor paulatinamente reduzindo o quanto havia pedido e o comprador, por seu lado, acomodando este àquilo que tinha oferecido, consentem um certo preço, de modo que tu certamente não reconheças em admitir que nem a boa-fé que protege a convenção de compra e venda, nem alguma outra razão, garanta que se rescinda, por este motivo, um contrato realizado por consenso, seja imediatamente, seja depois da discussão da quantidade do preço: a não ser que tenha sido dado menos do que a metade do justo preço que se apurava ao tempo do contrato, devendo se conservar a escolha já oferecida ao comprador." [343]

Diversos autores colocam em dúvida a autenticidade desses dois fragmentos, sob o fundamento de que teriam ocorrido interpolações, ou seja, que Justiniano teria alterado os fragmentos originais inserindo os trechos que aludem à lesão quando da compilação das constituições antigas. [344]

Porém, interpolados ou não, os textos constituem a fonte mais antiga do instituto da lesão, e, na hipótese mais restritiva, datam do século VI[345].

---

[343]O texto no vernáculo foi obtido em: MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 60-61.

[344]Sobre essa discussão ver CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Lesão nos contratos,* cit., p. 13-24) que faz extensa digressão sobre o assunto e se inclina pela hipótese da interpolação, posição que também é a de GIUSEPPE MIRABELLI (*La rescissione del contratto,* cit., p. 3-4). Já WILSON DE ANDRADE BRANDÃO acompanha aqueles que não acreditam na interpolação dos textos (BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 28 e p. 34-35). Também KÁROLY VISKY, apontando os defensores de lado a lado e, ao final, pugnando pela origem diocleciana da lesão. Aliás, cumpre mencionar interessante digressão desse autor quanto à época das leis segunda e oitava em que relata a grave situação econômica vivida na época de Diocleciano e também a existência de um édito do ano de 301 (*Edictum de pretiis rerum venalium)* que fixou preços máximos de diversos produtos e serviços. Segundo o autor, essa circunstância econômica e esse édito revelariam que naquela época não vigorava a idéia de plena liberdade na fixação dos preços decorrente dos fragmentos de Ulpiano e Paulo (mencionados acima, Digesto 4.4.16.4 - Ulp. 11 e Paul. 34 ad ed., respectivamente). (VISKY, Károly. Appunti sulla origine della lesione enorme, cit., p. 40-64). O mesmo argumento econômico se vê em: GARCIA SANCHEZ, Justo. *La laesio enormis*: del rescripto de Diocleciano (C. 4, 44, 2) al Codigo de Comercio Hispano de 1829, pasando por Hevia Bolañó. p. 120. In: STUDI in onore di C. Calisse. Disponível em: <www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2001/garcia%20sanchez.pdf>.

[345]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 642.

Assim, o importante para o presente trabalho é ressaltar que a lesão nos moldes romanos, e que posteriormente veio a ser denominada lesão enorme[346], em seu primeiro formato como instituto jurídico tinha como fundamento exclusivo o critério objetivo, não se perquirindo a intenção das partes.

Essa é a conclusão possível da transcrição supracitada da Lei Oitava, que em seu primeiro trecho expressamente desvincula a hipótese abordada em seu texto de defeitos subjetivos como o dolo e a coação. [347]

Além disso, a lesão era tarifada, ou seja, a configuração de desequilíbrio entre as prestações que ensejava a rescisão da compra e venda era previamente fixada e consistia na existência de preço inferior à metade do valor da coisa.[348]

Outro ponto dissonante na lesão no âmbito do direito romano é se era admissível sua alegação em quaisquer contratos ou se apenas as compras e vendas poderiam ser rescindidas com tal fundamento.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA inclina-se pela aplicação exclusiva na compra e venda, já que os fragmentos se referem apenas a essa espécie de contrato.[349]

Em relação ao objeto do negócio jurídico rescindível pela lesão, se apenas imóveis ou também bens móveis, também há dissonância entre os autores.

A questão surge da ambigüidade dos termos utilizados nos fragmentos, pois na Lei Segunda consta "res", que remete à abrangência a quaisquer espécies de coisas, e também "fundum", que se refere somente a imóveis[350]. Já na Lei Oitava utiliza-se apenas a expressão "fundum".

ELIANE MARIA AGATI MADEIRA defende que a lesão seria aplicável tanto para imóveis quanto para móveis porque na Lei Segunda Diocleciano responde a caso

---

[346]Segundo pontua ELIANE MARIA AGATI MADEIRA, a expressão lesão enorme ou *laesio enormis* ou, ainda, *laesio ultra dimidium* foi criada pelos glosadores. (MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 6).

[347]Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 34.

[348]Observe-se a Lei Oitava em seu final: "a não ser que tenha sido dado menos do que a metade do justo preço que se apurava ao tempo do contrato, devendo se conservar a escolha já oferecida ao comprador". Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral*,* cit., v. 1, p. 468 e p. 471. No mesmo sentido: MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 30.

[349]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 27-28. Na mesma linha ELIANE MARIA AGATI MADEIRA para quem, apesar de o instituto se justificar para outros contratos de natureza sinalagmática, não há respaldo para essa interpretação no âmbito do direito romano porque o instituto estava inserido sob o título 4 *"De rescindenda venditione"* do Código Justiniano. (MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 127-128).

[350]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 27-28.

concreto de *Aurelius Lupus,* inicialmente utilizando-se dos termos "si" e "res" de maneira a indicar que de início a resposta tinha caráter amplo e genérico a abranger quaisquer hipóteses futuras e espécies de bens e, na seqüência, utilizou "fundum" revelando a solução dada ao caso concreto apresentado.[351]

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA argumenta que não há sentido na restrição a bens imóveis, pois as razões que orientam o instituto estão presentes seja qual for o objeto.[352]

Na mesma linha, KÁROLY VISKY aduz que há evidências arqueológicas de que a lesão foi aplicada a bens móveis no século VI e, ainda, que diante das graves circunstâncias econômicas vividas na época de Diocleciano (século III), era natural que tanto compras e vendas que tivessem por objeto imóveis, quanto móveis fossem rescindidas com fundamento na lesão.[353]

De qualquer forma, uma limitação que se verifica nesses fragmentos é que o alienante alegava a existência de lesão e requeria a rescisão da compra e venda e era reservada apenas ao comprador a opção de evitá-la mediante o complemento do preço. Portanto, o vendedor lesado não podia pleitear a rescisão ou o complemento do preço, pois se tratava de opção outorgada somente ao comprador-beneficiário.[354]

5.3. Idade média

Diante do domínio do pensamento cristão na idade média a evolução da lesão ocorreu de forma similar dentro e fora do direito canônico.[355]

---

[351]MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 58-59.

[352]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 28. No mesmo sentido: BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil.* São Paulo: Leud, 1988. p. 9. Outros autores como GIUSEPPE MIRABELLI (*La rescissione del contratto,* cit., p. 2-3) e ARNALDO RIZZARDO (*A ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 75) entendem que era restrita a imóveis. E, numa posição intermediária, JUSTO GARCIA SANCHEZ para quem originalmente, em Diocleciano, aplicava-se apenas aos imóveis e, posteriormente, por obra dos compiladores de Justiniano passou a ser aplicada a quaisquer bens. (*La laesio enormis*: del rescripto de Diocleciano (C. 4, 44, 2) al Codigo de Comercio Hispano de 1829, pasando por Hevia Bolañó, cit., p. 126).

[353]VISKY, Károly. Appunti sulla origine della lesione enorme, cit., p. 55.

[354]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 25-26 e 31. ELIANE MARIA AGATI MADEIRA, apesar de ressalvar que cientificamente a opção se prestaria à proteção do comprador, concorda que aparentemente somente beneficiava a posição do vendedor, pois estava inserido sob o título 4 do Código de Justiniano *"De rescindenda venditione"*. (MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis,* cit., p. 127-128).

[355]Cf. BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 10. Tb. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 39.

Os ideais cristãos fizeram com que as Leis Segunda e Oitava fossem reinterpretadas segundo essas concepções, destacando-se como uma primeira distinção entre os dois períodos históricos a inserção de elemento subjetivo até então inexistente e que parecia faltar.

Assim, inseriu-se no conceito da lesão a presunção de que quem se sumete a um negócio em condições tão desfavoráveis é porque foi enganado pela parte favorecida. O dolo *re ipsa* passou a integrar a lesão.[356]

Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, tal movimento se deu porque os glosadores "sentiram dificuldade em configurar a lesão como instituto autônomo, destacado dos vícios do consentimento" e, portanto, a inserção desse elemento subjetivo, o dolo presumido, suprimiria essa ausência de fundamentação.[357] Além disso, como os ideais cristãos impunham os valores de justiça, eqüidade e moralidade, se desenvolveu a concepção de que o preço haveria de ser justo, proibindo-se que um contratante obtivesse lucro excessivo diante da prestação oferecida pela outra parte em qualquer contrato.

Ora, à evidência, essa ideologia é aplicável não somente a qualquer espécie de compra e venda, de bens móveis ou imóveis, mas também a quaisquer contratos comutativos, de forma que na Idade Média foi ampliado o campo de incidência da lesão, segunda diferença relevante em relação ao direito romano.[358]

Tal extensão também se dá do ponto de vista das partes, tornando-se possível a alegação de lesão por qualquer delas e não mais apenas pelo vendedor, como ocorrera nas Leis Segunda e Oitava.[359]

E é também nessa época que a doutrina destaca a criação da denominada *laesio enormissima,* caracterizada pela diferença superior a dois terços entre o preço justo e o praticado. Reputava-se que na hipótese de tal injustiça contratual a *laesio enorme* era

---

[356]Cf. BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 14.

[357]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 39-40.
O autor critica essa interpretação dos glosadores, pois na própria Lei Oitava havia menção que não se tratava de dolo. Sobre esse dolo, profícua a seguinte transcrição de sua posição: "Aquele que vende a coisa por menos de metade, certamente foi enganado pelo comprador. Não é possível que alguém seja levado a um ato desta sorte, sem a preexistência de qualquer hábil manobra da outra parte. Mas, nada falando os textos a respeito, nem acusando as circunstâncias de que se revestia uma tal venda o processo fraudulento, era preciso imaginar o modo de se ligarem os dois fenômenos. Uma venda assim só se compreenderia pelo dolo do comprador. E este dolo estava entrosado no próprio contrato, caracterizado na essência suspeita do ato – *dolus re ipsa.*" (*Lesão nos contratos,* cit., p. 39-40).

[358]Cf. BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 15-17.

[359]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 44-45.

insuficiente, de forma que o contrato necessariamente deveria ser desfeito, impedindo-se a suplementação do preço.[360]

5.4. Revolução Francesa, ideais individualistas e a decadência da lesão

A Revolução Francesa trouxe consigo os ideais de igualdade, liberdade e direito à propriedade, inseridos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tudo em consonância com as idéias iluministas em destaque à época. Portanto, vivenciava-se a exacerbação do individualismo e, em conseqüência da autonomia da vontade, a plena liberdade dos indivíduos de disporem de seus próprios interesses.

MARCELO GUERRA MARTINS destaca que o princípio da autonomia da vontade no contrato "foi tido como dogma inafastável, bem como o princípio da igualdade entre as partes, não obstante na maior parte das vezes tratar-se de igualdade meramente formal".[361]

Na esteira do entendimento de que todos são iguais e livres, não caberia ao Estado intervir nas relações entre as partes porque "qualquer cidadão, capaz de decidir de suas conveniências, tem a faculdade de conduzir bem ou mal os seus negócios, chegando até à ruína. Mas, sendo livre de fazê-lo, como de não fazê-lo, fica impedido de invocar a proteção estatal, para obviar a que sua miséria se consume".[362]

À evidência, esses ideais individualistas em voga na época eram contraditórios ao instituto da lesão que justamente pressupõe a possibilidade de revisão do contrato pelo Estado-juiz, restringindo, portanto, o espectro de liberdade contratual. Assim, é fácil concluir as sérias resistências que o instituto enfrentou nesse período até que, em 31 de agosto de 1795, a França editou a Lei de 14 Frutidor, Ano III, vedando a rescisão contratual com base na lesão. [363]

É bem verdade que logo após a lesão retornou ao Direito Francês inserida como vício do consentimento nos artigos 887 e seguintes, 1.118 e 1.674 e seguintes do Código de

---

[360]Cf. MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 36; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados,* cit., p. 75.
[361]MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 37.
[362]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 56.
[363]DEMONTES, E. *De la lésion dans les contrats entre majeurs.* Paris: L.G.D.J., 1924. p. 32 e 96.

Napoleão[364], porém de forma restrita, pois se aplicava às partilhas e alienações imobiliárias.[365]

E, mesmo assim, havia grande discussão doutrinária acerca do caráter autônomo do instituto, havendo quem o definisse como como dolo, ou como espécie de violência, ou ainda como erro, mas sempre dentro da concepção de vício de consentimento inserida na Idade Média.[366]

Assim, a inserção da lesão no Código Napoleão não alterou o fato de que o instituto era objeto de ressalvas e severas críticas, pois colidia com os então exaltados primados da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.

Por fim, deve-se dizer que esse diploma legal – e os princípios que o nortearam – influenciou os estatutos civis de diversos países, dentre eles o nosso Código Civil de 1916.[367]

5.5. Antecedentes históricos no direito pátrio

5.5.1. Ordenações

A lesão foi incorporada ao direito brasileiro logo na independência de Portugal, por força de disposição legal que determinou a aplicação das ordenações portuguesas e demais diplomas normativos vigentes quando o Brasil era colônia, enquanto não fosse editada nova legislação. Tal situação perdurou até a promulgação do Código Civil Brasileiro de 1916.[368]

Assim, desde a independência até 1917 vigoraram as Ordenações Filipinas que estipulavam a lesão de forma extremamente prolixa no Livro IV, Título XIII:

> "Do que quer desfazer a venda por ser enganado em mais da metade do justo preço.

---

[364]GEORGES RIPERT destaca que a inserção da lesão no Código requereu a intervenção do próprio Napoleão Bonaparte a fim de que fosse prevista para as alienações imobiliárias. (RIPERT, Georges. *Regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 114-115).

[365]Sobre a lesão na França veja-se o item 6.1.

[366]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 59.

[367]Cf. ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 304. No mesmo sentido: MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 38.

[368]Cf. BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 79-80.

> Posto que o contracto da compra e venda de qualquer cousa móvel, ou de raiz seja de todo perfeito, e a cousa entregue ao comprador, e o preço pago ao vendedor se fôr achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, póde desfazer a venda per bem do dito engano, ainda que o engano não procedesse do comprador, mas sómente se causasse da simpleza do vendedor. E poderá isso mesmo o comprador desfazer a compra, se foi pela dita maneira enganado além da metade do justo preço. E entende-se o vendedor ser enganado além da metade do justo preço, se a cousa vendida valia por verdadeira e commum estimação ao tempo do contracto dez cruzados, e foi vendida por menos de cinco. E da parte do comprador se entende ser enganado, se a cousa comprada ao tempo do contracto valia por verdadeira e geral estimação dez cruzados, e deu por ella mais de quinze". [369]

Esse dispositivo das Ordenações Filipinas não diferiu em demasia das Ordenações Afonsinas e das Manuelinas, tendo a doutrina da lesão no direito português se funda no Código de Justiniano, acrescida de características provenientes da construção levada a efeito na Idade Média.[370]

Assim, como se observa do texto transcrito, tal como no direito romano, a lesão no Código Filipino era tarifada em mais da metade do preço justo e, justamente por isso, CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA[371] a identifica como lesão enorme.

No que tange à existência de elemento subjetivo os autores divergem. Uns afirmam não estar presente o elemento subjetivo, ainda aqui derivando as Ordenações diretamente do direito romano, na medida em que o dispositivo legal ressalva a ocorrência da lesão "ainda que o engano não procedesse do comprador, mas somente se causasse da simpleza do vendedor".[372]

WILSON DE ANDRADE BRANDÃO critica tal posição asseverando que a subjetividade da lesão nas Ordenações é manifestada por conta dos termos "engano",

---

[369]PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2004. v. 38-C, p. 793.

[370]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 77.

[371]PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit., v. 38-C, p. 793, nota 3.

[372]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 78. Conclui esse autor afirmando que "a construção portuguesa é mais segura, mais próxima da fonte romana, porque não vai buscar em razões laterais, ou na presunção de vício do consentimento, ou em ficção, o fundamento da rescisão que institui para todo contrato lesivo. A lesão está na injustiça do contrato em si, e não no defeito das partes ao contratar". (op. cit., p. 80).

"simpleza" e "ignorância" constantes do texto legal, inconciliáveis com uma interpretação efetivamente objetiva.[373]

E complementa o referido autor:

> "Realmente, de modo especial, o pensamento íntimo do codificador se completa e se evidencia quando nega a faculdade da rescisão aos oficiais carpinteiros e outros. A justificação do preceito, que aparece em todos os autores, até mesmo em objetivistas, é de natureza a não deixar dúvidas. Aquêles profissionais, mestres de sua arte, têm a obrigação de saber o real preço dos serviços que prestam e dos trabalhos que executam, sem que se lhes possa escusar nem mesmo o fato da menoridade."[374]

Consoante se evidenciará com maior riqueza nos itens subseqüentes, atualmente se distinguem circunstâncias subjetivas derivadas da intenção do beneficiário da lesão e outras vinculadas à pessoa do lesado, sua situação de vulnerabilidade, identificadas com uma necessidade contratual, ignorância ou leviandade.

Efetivamente do texto legal transparece que não se exige um elemento subjetivo do beneficiário da lesão, ainda que presumido, tal como se concebeu na Idade Média, já que se reputa enganado o lesado "ainda que o engano não procedesse do comprador, mas somente se causasse da simpleza do vendedor".

Porém, nem por isso parece que o texto legal é plenamente isento de elementos atinentes às partes porque a excessiva menção aos termos citados por WILSON DE ANDRADE BRANDÃO realmente demonstram uma busca de justificativa para a rescisão pela lesão, que não a tão só existência de desequilíbrio entre as prestações, como decorreria de um manejo puramente objetivo do instituto, nos moldes do direito romano.

Nesse sentido, salta aos olhos o trecho que alude que se procede a rescisão mesmo se não houver engano provocado pelo comprador, mas decorrente da simplicidade do vendedor.

---

[373]BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 143.

[374]Refere-se o autor ao parágrafo 8 do referido Título XIII, Livro IV que estipula:

"8. E do beneficio desta Lei não poderão gozar os Officiaes de Canteria, Alveneria, Carpenteria, nem outros quaesquer Officiaes nas obras de seus officios, que daqui em diante tomarem, nem das que tiverem tomadas de quatorze dias de Janeiro do anno de mil quinhentos oitenta e oito em diante, per si, ou per interpostas pessoas a concerto de partes, ou sendo-lhes arrematadas em pregão: nem sejam acerca do remédio desta Lei ouvidos em tempo algum. Porque professando ser mestres daquella Arte, sabem e têm razão de saber, o verdadeiro preço das taes obras." (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit., v. 38-C, p. 796).

Daí se conclui que o que ocorreu nas Ordenações foi a presunção das circunstâncias subjetivas atinentes à pessoa do lesado, presumidas essas em função da tarifação do desequilíbrio em mais da metade das prestações e, de outro lado, a não-exigência de qualquer elemento subjetivo por parte do beneficiário da lesão.[375]

Em outra ordem de idéias, ao contrário do que ocorria no direito romano, na legislação portuguesa a lesão era indiscutivelmente aplicável na alienação de qualquer tipo de bem (imóvel ou não) e tanto o comprador quanto o vendedor poderiam alegá-la.[376]

As Ordenações Filipinas também continham disposição que ampliava a incidência da lesão a qualquer tipo de contrato comutativo[377], já que após exemplificar sua aplicabilidade a arrendamentos, aforamentos, escambos e transações finaliza com o período "e quaisquer outras avenças, em que se dá ou deixa huma cousa por outra"[378].

---

[375]Como se discorrerá em momento oportuno, o Código Civil de 2002 não exige dolo de aproveitamento e prevê circunstâncias subjetivas do lesado para ensejar a aplicação do instituto da lesão. Há, dessa forma, interessantes pontos de contato entre os dois diplomas, abstraindo-se – é bem verdade - a questão da tarifação do elemento objetivo nas Ordenações Filipinas.
Também há que se apontar que na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, que segundo RUY ROSADO AGUIAR (Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, cit., v. 1, p. XIX) constituíram-se no verdadeiro Código Civil brasileiro no meio século que antecedeu o Código de 1916, a discussão permanece, pois se no artigo 359 a lesão aparece sem qualquer nota subjetiva, como uma verdadeira sucessora da lesão enorme do direito romano, no artigo 560 se observa o termo "engano":
"Art. 359. Todos os contractos, em que se dá, ou deixa, uma cousa por outra, podem sêr rescindidos por acção da parte lesada, se a lesão for enorme; isto é, se excedêr metade do justo valor da cousa."
"Art. 560. Pelo vício da lesão a compra e venda póde sêr rescindida, quando qualquer das partes for enganada além da metade do justo preço." (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, cit., v. 1, p. 242 e p. 361).

[376]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. (*Lesão nos contratos,* cit., p. 78). Nesse último aspecto o doutrinador leciona que "quase todo o direito ocidental, antigo e moderno" seguiu a esteira do direito romano, permitindo apenas ao vendedor alegar a lesão.

[377]Cf. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis,* cit., v. 1, p. 242, nota. Tb. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 78.
CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO acrescenta que também era possível alegar a lesão nas vendas judiciais, já que prevista no parágrafo 7º do Título XIII das Ordenações aqui abordado (*Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 65).
Porém, na Consolidação de Teixeira de Freitas o artigo 569 dispõe que "a acção de lesão não é admissível na compra e venda que se fizér em hasta publica com as solemnidades legaes". Em nota, TEIXEIRA DE FREITAS explicita que tal se deu diante de modificação legislativa ocorrida em 1774. A aplicação do parágrafo 7º do Título XIII das Ordenações pressupunha que o devedor não fosse novamente intimado na época da arrematação, mas, por força da Lei de 20 de junho de 1774, essa intimação se tornou "uma solemnidade geral para todas as execuções", daí porque passou a ser inadmissível a lesão nas hastas públicas. Em continuação, ressalva TEIXEIRA DE FREITAS as hipóteses de lesão enormíssima e dolo ocorridos na hasta pública. (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis,* cit., v. 1, p. 363-365).

[378]Trata-se do parágrafo 6º do Título XIII, no Livro IV:
"6. E todo o que dito he, ha lugar não sómente nos contractos das compras, e vendas mas ainda nos contractos dos arrendamentos, aforamentos, escaimbos, transauções, e quaesquer outras avenças, em que se dá, ou deixa huma cousa por outra."
(PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit., v. 38-C, p. 794-795).

Como visto, a hipótese de lesão citada acima era tarifada na mesma taxa do direito romano, qual seja, mais da metade do preço justo e por isso era denominada de lesão enorme.

De outro lado, nas Ordenações Filipinas também havia estipulação de que o desfazimento do negócio poderia ser evitado mediante o oferecimento de suplemento de preço pelo beneficiário da lesão, equilibrando-se as prestações. Dispunha no parágrafo 1º, do Título XIII, do Livro IV:

> "1. E querendo o vendedor desfazer o contracto por a dita razão, ficará a escolha no comprador, ou tornar-lhe o justo preço, que se provar que valia ao tempo do contracto. E querendo o comprador desfazer o contracto por bem do dito engano, ficará a escolha ao vendedor, ou tornando-lhe o preço, que houve, e cobrar a cousa vendida, ou tornar-lhe a maioria que delle recebeu, alem do que a cousa justamente valia ao tempo do contracto."[379]

Sobre esse dispositivo discorreram JOSÉ HOMEM CORREIA TELES[380] e MANUEL ANTONIO COELHO DA ROCHA[381] que seria possível pleitear o ajuste ou o desfazimento do negócio.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA critica essa afirmação desses autores por entender que não constava das Ordenações tal hipótese. Segundo ele, o lesado só poderia pedir a rescisão do contrato e ao beneficiário cabereia a faculdade de optar pela rescisão ou complemento.[382]

Essa interpretação de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA se coaduna com o que veio previsto na Consolidação de Teixeira de Freitas, pois o dispositivo das Ordenações veio cindido em dois artigos que estipularam com clareza que a opção pela manutenção do negócio era conferida apenas ao beneficiário do desequilíbrio[383]:

> "Art. 564. O comprador demandado pela acção de lesão tem escolha, ou para restituir ao vendedor a cousa comprada, recebendo seu preço; ou para inteirar o justo preço, segundo o que a cousa valia ao tempo do contracto."

---

[379]PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit., v. 38-C, p. 793.

[380]TELES, José Homem Correia. *Doutrina das ações acomodada ao foro de Portugal.* 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1837. p. 148.

[381]ROCHA, Manuel Antonio Coelho. *Instituições de direito civil portuguez.* Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907. t. 2, p. 266-267.

[382]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 82-83.

[383]FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis,* cit., v. 1, p. 362-363.

> "Art. 568. O vendedor, quando demandado pelo comprador, tambem tem escolha; ou para restituir o preço, recebendo a cousa vendida; ou para restituir somente o excesso do justo preço, regulado pelo dia do contracto."

De qualquer maneira, fica desde logo registrado esse entendimento doutrinário muito antigo de CORREIA TELES e COELHO DA ROCHA supra-aludido acerca das possibilidades franqueadas ao lesado diante da constatação da lesão e precursor da interpretação que parte dos autores e da jurisprudência hoje conferem ao parágrafo 2º do artigo 157 do Código Civil de 2002.

Quanto ao desfazimento do contrato, cumpre apontar que se o beneficiário da lesão por ele optasse deveria restituir os frutos recebidos a partir da contestação ou, mencionam as Ordenações, se fosse lesão enormíssima, a partir da venda.[384]

A lesão enormíssima, até aqui não referida, consta apenas no parágrafo décimo do Título XIII das Ordenações, sob a expressão "engano....enormíssimo"[385] justamente nesse ponto em que se referem à devolução dos frutos. A conclusão da doutrina da época, a partir desse dispositivo, é que as Ordenações previram a lesão enormíssima, sem contudo definir no que consistia.[386]

JOSÉ HOMEM CORREIA TELES faz referência à lesão enormíssima e aponta que, em razão de a norma não a ter definido, havia discussão doutrinária, alguns compreendendo que se configurasse quando demonstrada uma diferença entre as prestações superior a três vezes e outros "quando se deu menos de metade do justo preço em quantidade notável".[387]

---

[384]Dispõe o parágrafo 10º:
"10. E no caso, em o qual alguma pessoa desfizer qualquer venda, ou compra, ora seja feita em pregão por auctoridade de Justiça, quer acordada entre os contrahentes, por allegar e provar, que foi enganado além da metade do justo preço, e escolher tornar a propria cousa, sempre com Ella restituirá os fructos do tempo da lide contestada em diante. E se o engano, que se allegar e provar, for enormissimo, restituir-se-há a cousa precisamente, com os fructos do tempo da venda em diante." (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit.,v. 38-C, p. 796).

[385]Vide frase final do parágrafo 10º transcrito na nota supra.

[386]FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis,* cit., v. 1, p. 363. No mesmo sentido CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit., v. 38-C, p. 796, em nota).

[387]TELES, José Homem Correia. *Doutrina das ações acomodada ao foro de Portugal,* cit., p. 149.

Por fim, de se dizer que não se admitia renúncia à lesão[388] e ação para postular seu reconhecimento deveria ser proposta no prazo de quinze anos, sob pena de prescrição.[389]

5.5.2. Código Civil de 1916

As Ordenações Filipinas foram paulatinamente substituídas pelo ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se relevante observar que em 1850, com a promulgação do Código Comercial, se iniciou a decadência do instituto da lesão no direito brasileiro, dado que foi vedada sua utilização nas compras e vendas celebradas entre comerciantes.[390]

De outro lado, nos trabalhos de tentativa de codificação do direito civil, expressamente se declarava a impossibilidade de rescisão com fundamento exclusivo na lesão, como ocorreu no Esboço de Teixeira de Freitas[391], ou o instituto era previsto de forma limitada.[392]

Nesse ponto CLÓVIS BEVILÁCQUA relata que os "últimos projectos de Código Civil brasileiro sómente alludiam à lesão nas partilhas, porque nesta domina a lei da mais

---

[388]Dispõe o parágrafo 9º do Título XIII, Livro IV das Ordenações:
"9. E posto que as partes renunciem o beneficio desta Lei, ou digam nos contractos, que fazem doação da maioria, que a cousa mais valer: e posto que se diga, ou se possa provar, que sabiam o verdadeiro preço da cousa, todavia as partes poderão usar do beneficio desta Lei, não sendo os Officiaes, de que acima fazemos menção. E a tal renuciação, doação, ou certeza havemos por nenhuma, posto que nestes casos outra cousa seja determinada per Direito Comum." (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit., v. 38-C, p. 796).
Na mesma linha, o § 1º do artigo 390 da Consolidação de TEIXEIRA DE FREITAS reprova as escrituras públicas que contiverem cláusulas de disponham sobre a "renuncia da acção de lesão, ou a de doação da maioria do preço que a cousa valer". (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis,* cit., v. 1, p. 273).

[389]A prescrição veio prevista no parágrafo 5º do Título XIII, Livro IV das Ordenações:
"5. E o remédio e beneficio para se taes contractos poderem desfazer por causa do dito engano, havemos por bem, que dure até quinze annos cumpridos, contados do tempo, que os contractos foram feitos, até que os enganados citem aquelles, com que os fizeram, ou seus herdeiros, para desfazerem os ditos contractos. E passado o dito tempo, ficam firmes, e não se poderão mais desfazer por razão do dito engano." (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida, cit., v. 38-C, p. 794).

[390]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 94. O autor pondera ser da essência da atividade comercial o risco e a especulação para obtenção de lucro, de forma que "essa malícia normal no comerciante, que faz da venda sua fonte de rendimentos, não se coaduna em verdade com o benefício da rescisão por lesão".

[391]O esboço de Teixeira de Freitas, de 1860, dispõe em seu artigo 1.869 que "A lesão, só por se, não vicia os contratos". (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil.* Brasília: Ministério da Justiça; Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2, p. 356).

[392]Projeto de Felício dos Santos de 1.881, artigos 2.075 a 2083 e Projeto Coelho Rodrigues de 1893, artigos 662 a 670. (Cf. MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 182-183).

plena igualdade entre os herdeiros, e o Código, afinal, eliminou inteiramente esse instituto".[393]

Assim, é que o projeto de Clóvis Beviláqua, convertido no Código Civil de 1916, aboliu o instituto da lesão, a ela não fazendo qualquer menção.[394]

Isso porque esse diploma foi influenciado pelas concepções individualistas e liberalizantes tal como ocorreu com diversos ordenamentos jurídicos a partir da Revolução Francesa.[395]

Porém, poucos anos após a edição do Código de 1916, já se notava a necessidade de criar alguma forma de moderar as injustiças contratuais, no mais das vezes geradas pela igualdade meramente formal das partes na negociação.[396]

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA menciona o Decreto nº 4.403/21, como o primeiro instrumento legal que, apesar de não ter reinserido a lesão no ordenamento jurídico brasileiro, demonstra entre nós a interferência estatal nos contratos e, portanto, que o individualismo assumido no Código Civil de 1916 não era absoluto.[397]

O Decreto nº 4.403/21[398] interferia nos contratos de locação de prédios urbanos, estipulando, por exemplo, que à exceção de existir contrato escrito, os prazos de locação seriam de um ano, prorrogáveis por mais um, desde que não houvesse aviso para desocupação com três meses de antecedência.[399]

---

[393]BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria F. Alves, 1929. p. 294.

[394]Mas não sem discussão, pois, em que pese não constasse no projeto original de Clóvis Beviláqua, nos trabalhos da Comissão Revisora a lesão foi inserida tal como prevista nas Ordenações Filipinas (arts. 1.311 a 1.319) e posteriormente suprimida na votação do Projeto. (Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 96-97).

[395]Na visão de CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO o Código Civil de 1916 não só adotou a concepção individualista inspirado no legislador francês de 1804, como acabou por ser mais radical que sua fonte. (*Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 102).

[396]Cf. MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 184.

[397]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 123.

[398]SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 02 nov. 2008.

[399]Era o que dispunha o artigo 1º, § 1º do referido Decreto:

"Art. 1º Não havendo estipulação escripta que regule as relações, direitos e obrigações dos locadores e locatários de prédios urbanos, prevalecerão as disposições da presente lei.

§ 1º O prazo da locação será de um anno, que se considera sempre prorrogado por outro tanto tempo e nas mesmas condições do anterior, desde que não haja aviso em contrario, com tres mezes, pelo menos, de antecedencia."

Em contrapartida, a redação original do Código Civil de 1916 estipulava em seus artigos 1200 e 1.210 que as locações de imóveis urbanos poderiam ser feitas por qualquer prazo e "não havendo estipulação em contrário, o tempo da locação de prédio urbano regular-se-á pelos usos locais" (Art. 1.210).

Dispunha ainda tal diploma legal que o aumento do aluguel somente teria efeito após dois anos da notificação do inquilino, não havendo qualquer disposição similar no Código Civil então em vigor.[400]

No ano seguinte, em 1922, veio nova interferência nas locações por força do Decreto nº 4.624, que vedou nas locações verbais, durante dezoito meses, o processamento de qualquer ação de despejo que não tivesse por motivo falta de pagamento, uso próprio do locador, reformas no imóvel ou seu uso para fins ilícitos, ou seja, visava evitar a denúncia vazia nos casos em que não havia prova cabal do prazo de locação.[401]

A Lei da Usura (Decreto nº 22.626/33)[402] também é comumente mencionada como exemplo de intervenção estatal no direito privado, na medida em que limitou o poder de as partes livremente estipularem os juros em seus contratos.[403] Com efeito, estipulava o artigo 1º limites para as taxas de juros que variavam de acordo com o objeto contratual ou as garantias apresentadas e que, de maneira geral, não poderiam exceder a doze por cento ao ano.[404]

---

[400]Decreto nº 4.403/1921: "Art. 10. A notificação para aumento do aluguel só produzirá effeito depois de dous annos, contados da data da respectiva certidão."

[401]Decreto nº 4.624 de 1922:

"Art. 1º Nos casos de locação verbal, não será processada, a contar da data desta lei, durante dezoito mezes, em qualquer juizo do Distrito Federal, acção de despejo que não tenha por fundamento os casos previstos nos arts. 6º e 11 do decreto n. 4.403, de 22 de dezembro de 11921; nem será expedido mandado possessorio sobre predio urbano, si o réo, ouvido, no prazo de cinco dias, provar que é locatario ou sub-locatario do mesmo predio.

Paragrapho unico. No Caso do art. 11 do citado decreto, é permittido ao locatario a prova de que o senhorio não necessita da casa para sua propria residência."

Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em 02 nov.2008.

[402]SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 02 nov. 2008.

[403]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 128-129. Tb.: MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 195-196.

[404]Decreto nº 22.626/33:

"Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Cod. Civil, art. n. 1.062).

§ 1º Essas taxas não excederão de 10 % ao ano se os contratos forem garantidos com hipotecas urbanas, nem de 8% ao ano se as garantias forem de hipotecas rurais ou de penhores agricolas.

§ 2º Não excederão igualmente de 6 % ao ano os juros das obrigações expressa e declaradamente contidas para financiamento de trabalhos agricolas, ou para compra do maquinismos e de utensilios destinados á agricultura, qualquer que seja a modalidade da divida, dêsde que tenham garantia real.

§ 3º A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6 % ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial."

Além disso, esse instrumento legal trouxe outras disposições que interferiam na liberdade de definir o conteúdo contratual, como o limite de dez por cento para a cláusula penal[405] ea imposição de nulidade para os contratos que porventura viessem a violá-lo[406].

Portanto, não obstante o Código Civil tivesse adotado o ideário da liberdade contratual e da não-interferência do Estado nas contratações de particulares, o fato é que apenas cinco anos após sua edição e nos anos que se seguiram o Poder Público já interferia nos contratos privados para coibir eventuais abusos.

Mas, os diplomas legais mais relevantes para o presente trabalho, no período que intermediou o início da vigência do Código Civil de 1916 e a edição do Código Civil de 2002, foram as leis de economia popular (Decreto-Lei nº 869/38 e Lei nº 1.521/51), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Medida Provisória nº 2.172-32 de 23 de agosto de 2001, pois, ao menos para parte da doutrina, resgataram a aplicação da lesão no ordenamento jurídico brasileiro e serão adiante mais detidamente abordados.[407]

5.5.3. Leis de economia popular[408]

A origem da lesão no contexto dos crimes contra economia popular já se observava no Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938[409], vindo posteriormente a ser reiterada nos mesmos termos no âmbito da Lei nº 1.521/51.

---

[405]Decreto nº 22.626/33: "Art. 9º Não é válida a cláusula penal superior à importância de 10 % do valor da dívida.".

[406]Decreto nº 22.626/33: "Art. 11. O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais."

[407]As leis de economia popular serão abordadas no item 5.5.3, a Medida Provisória nº 2.172-32 no item 5.5.4 e o Código de Defesa do Consumidor no item 7.6.

[408]A Lei de economia popular é abordada dentro de um contexto histórico, pois, em que pese continue em vigor, suas disposições relevantes ao presente trabalho foram revogadas pela Medida Provisória nº 1.820 de 05 de abril de 1999 (atualmente Medida Provisória nº 2.172-32 de 24 de agosto de 2001).

[409]No que interessa ao presente item o Decreto-Lei 869, de 1938, continha disposições idênticas a da Lei nº 1521/51, a saber:
Decreto-Lei nº 869:
"(....)
Art. 4º Constitue 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 da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.
(....)

O objeto desses dois diplomas legais é a proteção da economia popular mediante a previsão de tipos penais, mas como instituiram efeitos civis em um de seus dispositivos, razão pela qual são aqui abordados.

Como esses efeitos civis foram estipulados de forma idêntica e a Lei nº 1.521/51 ainda está em vigor no âmbito criminal faremos referência mais detida a ela.

Dentre os diversos delitos descritos na Lei nº 1.521/51 consta o de usura real[410], definido no artigo 4º, letra "b", como a ação de quem abusa da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de alguém, obtendo lucro superior a um quinto do valor justo.[411]

Em que pese esse dispositivo legal tenha natureza penal, visualiza-se em seu contexto os requisitos caracterizadores da lesão[412], ou seja, uma desproporção entre as prestações, verificável de maneira tarifada no patamar de vinte por cento; circunstâncias subjetivas para a pessoa do lesado, expressadas pelos termos "premente necessidade", "inexperiência" e "leviandade"; e, ainda, a exigência de elemento subjetivo na pessoa do beneficiário da lesão, configurado pelo abuso da situação de inferioridade do lesado.

É de se ver que a presença desses requisitos em norma de caráter criminal, combinados com o disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo 4º da Lei nº 1.51/1951, que

---

§ 3º A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido."

Compare-se com o artigo 4º da Lei nº 1521/51, transcrito nas notas que seguem.

[410]Segundo WILSON DE ANDRADE BRANDÃO, usura real e lesão são termos sinônimos (*Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 216). Atualmente, os autores têm designado a lesão estipulada nos termos da lei de economia popular de lesão usurária como forma de distingui-la da lesão prevista em outros diplomas. (A respeito vide: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 236). ORLANDO GOMES não concorda com essa sinonímia. No entendimento desse autor a lesão constituiria única e exclusivamente aquela estipulada nos termos da Lei Segunda, ou seja, a desproporção entre as prestações que implica na rescisão do contrato, despida de qualquer nota de elemento subjetivo de qualquer das partes. (GOMES, Orlando. *A crise do direito.* São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 190-191).

[411]"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.

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

(...)"

[412]São detidamente abordados no item 7.2.

previa a nulidade da estipulação contratual nesses termos e devolução de valores eventualmente já pagos, não deixaria dúvidas de que se tratava efetivamente da lesão.[413]

Aliás, aos efeitos civis previstos na norma penal cabia acrescentar o disposto no artigo 145 do Código Civil de 1916[414] então em vigor, que previa a nulidade de ato jurídico cujo objeto fosse ilícito.

Assim, caracterizados os requisitos e efeitos, a conclusão é que a Lei de Economia Popular resgatou o instituto da lesão ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme se manifestou parcela significativa da doutrina.[415]

E consiste em lesão mesmo, denominada pela doutrina de lesão por usura ou usurária[416], pois se identifica no conceito legal a existência de prejuízo para uma das partes em razão de desequilíbrio contratual, justamente o conceito de lesão comumente adotado pela doutrina.

A constatação do desequilíbrio é tarifada em valor superior a vinte por cento do preço justo, aferível na oportunidade da celebração do negócio.

No aspecto subjetivo se observa tanto as circunstâncias em que se encontra o lesado (premente necessidade, inexperiência e leviandade), quanto o dolo de aproveitamento pelo beneficiário do desequilíbrio contratual ("abuso" do estado do lesado).

A conseqüência civil da configuração do crime era, nos termos expressados no parágrafo 3º do artigo 4º da Lei nº 1.521/51, a nulidade da "estipulação" desequilibrada. Também o artigo 145 do Código Civil previa que sendo ilícito o objeto do negócio esse era nulo.

---

[413]"§ 3º. A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido."
É justamente esse parágrafo que confere efeitos civis foi revogado pela Medida Provisória nº 1.820 de 05 de abril de 1999 (atualmente Medida Provisória nº 2.172-32 de 24 de agosto de 2001), mais adiante abordada, e que implicou na análise da Lei de Economia Popular como antecedente histórico da lesão.

[414]"Art. 145. É nulo o ato jurídico: (...)
II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto. (...)"

[415]Nesse sentido: CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO (*Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 105), MARCELO GUERRA MARTINS (*Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 202-205), SÍLVIO DE SALVO VENOSA (*Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 469), SILVIO RODRIGUES (*Dos vícios do consentimento,* cit., p. 212-213), WILSON DE ANDRADE BRANDÃO (*Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 218). Este último autor discorreu: "Nesse sentido é que reencontramos, no art. 4º, letra b, e § 3º, do Decreto-lei nº 869, de 1938, (hoje Lei nº 1.521, de 1951) o instituto da lesão em nosso direito. Essa disposição representa o resultado atual da luta que empreendeu nosso legislador contra os atos lesionários". (*Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 218).

[416]Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 236; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial,* cit., p. 204-206.

Porém, dizia o referido parágrafo 3º que o juiz deveria determinar o ajuste "à medida legal" dos "lucros usurários", ou, caso a estipulação nula já tivesse sido cumprida, "a restituição da quantia paga em excesso".

Em outras palavras, a lei expressava se tratar de hipótese de nulidade, mas determinava que o juiz conservasse o contrato extinguindo essa invalidade.

Em razão da incompatibilidade entre a previsão de nulidade (e não anulabilidade) e a conservação do negócio, há diferentes conclusões sobre o caráter da lesão prevista na Lei de Economia Popular.

Sobre esse assunto, vale transcrever o seguinte trecho da obra de WILSON DE ANDRADE BRANDÃO[417]:

> "Por outro lado, a redação do preceito legal, que se afastou de qualquer técnica, mostra-se-nos sumamente defeituosa. (...)
>
> Está muito claro que o legislador, nessas duas partes do dispositivo, se mostra impreciso e claudicante, e confunde noções que a doutrina já fixou de modo definitivo. Com efeito, se a estipulação, nas hipóteses consignadas em lei, é nula, isto é, ferida de nulidade absoluta, não poderá o magistrado basear-se nela, aceitando-a em princípio, nem para ajustar os juros e o lucro ao teto legal, nem para determinar a restituição do que tiver sido pago em excesso. Esse poder judicial seria exercido sem o necessário fundamento, sem o indispensável ponto de apoio, pois se originaria de um ato que a lei declarara nulo de pleno direito.
>
> Em suma, a admitir-se essa atribuição ao juiz ter-se-ia de conceber que o negócio jurídico nulo fosse produtivo de efeitos, o que é contrário à doutrina universalmente acatada."

Essa falta de congruência legislativa gerou diferentes opiniões sobre a natureza da lesão no âmbito da Lei de Economia Popular.

ANELISE BECKER aduz que, atendendo a critérios axiológicos, a lesão melhor se enquadra entre as hipóteses de anulabilidade; entretanto, em razão das estipulações legais mencionadas, adere ao entendimento de que se está diante de caso de nulidade. [418]

E, inicialmente abordando as conseqüências da lesão de forma genérica e após aplicando ao diploma legal aqui comentado, sustenta tratar-se de hipótese de invalidade parcial do contrato, mas não da forma como é geralmente tratada.

---

[417]BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 237-238.
[418]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 160-161.

Como visto acima[419], havendo invalidade parcial admite-se a manutenção do negócio jurídico se o vício se restringe a uma ou mais estipulações cuja supressão não interfira no todo, não modifique os efeitos manifestados como queridos pelas partes.[420] Portanto, no âmbito das invalidades a parcialidade é geralmente compreendida no sentido das cláusulas em relação ao contrato.

ANELISE BECKER sustenta haver uma segunda possibilidade de aplicação da invalidade parcial, consistente numa intervenção interna das estipulações contratuais, mediante um procedimento que denomina redução e pelo qual uma quantidade prevista contratualmente seria substituída por outra.[421] A parcialidade seria, então, não em relação ao contrato, mas à própria cláusula em si.

Entende a autora que "os pressupostos da invalidade parcial, como a separabilidade objetiva do ato, (...) fazem-se sempre presentes em se tratando de redução", pois "uma cifra é sempre divisível".[422]

Mais à frente, aduz que na Lei de Economia Popular haveria justamente uma aplicação da invalidade parcial sob essa modalidade redução, pois determina a norma ao juiz que proceda ao ajuste da estipulação nula, mediante a redução do lucro usurário ou devolução do valor recebido a maior. [423]

Argumenta-se que na medida em que "a Lei n. 1521/51 ordena ao juiz ajustar o contrato à medida legal (....) impede o contratante prejudicado de postular a desconstituição – total – do negócio. Cumpre-lhe apenas pleitear a diferença ou o abatimento do preço: a regra é, portanto, a invalidade parcial do contrato."

Realmente a Lei de Economia Popular se refere a nulidade da estipulação usurária e não do contrato como um todo, o que dá uma conotação de parcialidade

Entretanto, como visto no item próprio, o entendimento retratado parece não prover a melhor solução, pois a invalidade parcial requer a possibilidade de separação do negócio em partes diversas e também a adequação do negócio parcialmente aproveitado à vontade manifestada pelas partes.

---

[419]Vide item 4.6.1.

[420]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 635. E exemplifica o autor que se o vício está presente em uma cláusula penal, em regra não afetará os elementos essenciais do negócio e, portanto, este permanecerá válido nas demais disposições.

[421]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 162.

[422]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., 162.

[423]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 168.

No que se refere à possibilidade de separação do negócio em partes parece ter ocorrido confusão entre as estipulações contratuais e seu objeto.

Assim, apesar de cifras ou quantidades serem sempre divisíveis, elas não são propriamente estipulações do negócio, mas o objeto de uma delas, o que significa que o que se está separando não são partes de um negócio, mas o conteúdo de uma de suas cláusulas.

Além disso, não há como adequar essa redução da cifra ou quantidade à vontade manifestada pelas partes, como forma de satisfazer o segundo requisito para aplicação da invalidade parcial. A vontade declarada pelas partes decorre de uma avaliação econômica que resultará da relação negocial e com a qual aquiesceram.

Assim, suprimir parcela de uma das prestações em que pese seja fisicamente possível, não o é juridicamente, porque compõe uma relação econômico-financeira com a qual, bem ou mal, válida ou invalidamente, aquiesceram as partes.

O fato de o valor da prestação estipulada ser inválido (diante do desequilíbrio em relação à prestação da outra) não modifica a veracidade de ter sido essa a vontade manifestada por ambas as partes.

Portanto, a menos que se ignore o princípio pelo qual a supressão da parte inválida não pode modificar a vontade manifestada pelas partes, o qual veio expresso no artigo 184 do Código Civil[424], não é possível imaginar uma invalidade parcial tal como a propalada.

Retomando a questão sob análise, a natureza da lesão prevista pela Lei nº 1.521/51, WILSON DE ANDRADE BRANDÃO pondera que as duas partes do parágrafo terceiro do artigo quarto "na verdade não se conciliam. Pela primeira, a estipulação é absolutamente nula. (...) Mas, por força do que se dispõe em seguida, compelindo-se o magistrado ao dever de equilibrar as prestações, já a solução é diversa". Assim, sustenta que não se trataria nem de hipótese de nulidade nem anulabilidade, mas de revisão judicial, porque a solução adotada pelo diploma legal em questão é o "ajustamento" do preço. E finaliza afirmando que por imposição legal o vínculo obrigacional é mantido mesmo diante da gravidade do vício e determina-se ao juiz a obtenção do equilíbrio.[425]

Porém, como se vê, não se definiu a natureza da lesão, daquilo que gerou o dever do juiz ajustar ou revisar o contrato.

---

[424]E já constava no artigo 153 do Código Civil de 1916.
[425]BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 240.

Compartilhamos da posição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que pondera que, em se tratando de nulidade por ilicitude do objeto, a conseqüência seria a nulidade, porém "temos que não é absolutamente nulo o contrato usurário, pois a conseqüência não é a reposição das partes no estado anterior. A nulidade é apenas relativa, atingindo o juro ou lucro excessivo, cuja restituição equilibra as prestações, e conseqüentemente, respeita o ato na parte restante."[426]

Por fim, há que se apontar que a aplicação do artigo 4º da Lei 1.521/51 no âmbito civil não era pacífico.[427]

MARCELO GUERRA MARTINS faz referência a essa discussão doutrinária e jurisprudencial, inclusive apontando acórdão do Supremo Tribunal Federal que expressamente declarara ter sido a lesão banida do ordenamento jurídico após a edição do Código Civil de 1916.[428]

E a divergência jurisprudencial também foi observada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que relata terem os tribunais adotado diferentes rumos na conseqüência cível da lesão prevista na Lei de Economia Popular, ora reconhecendo a invalidade, ora silenciando.[429]

---

[426]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 169. Pondere-se, é bem verdade, que o autor adotou a terminologia imprópria — nulidade absoluta e relativa — quando quis se referir a nuliadade e anulabilidade (a respeito vide nota 291). Além disso, reitere-se o quanto já foi dito acima acerca das diversas exceções que se verificam no sistema de nulidades. (item 4.6.2)

[427]Sobre essa dissonância: RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento,* cit., p. 216-217.

[428]MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 202-203 e p. 246-247.Cita-se o seguinte acórdão:
"Contratos – Anulabilidade por lesão – Impossibilidade. Desde que o Código Civil regulou a matéria relativa aos atos jurídicos e especificou os vícios do consentimento, excluindo a lesão, é evidente que esta não constitui mais motivo de anulação dos contratos. Recurso conhecido e provido" (STF, Rel. Min. Cunha Peixoto, RE nº 82.971-RS). Entretanto, apesar de efetivamente negar a existência da lesão no ordenamento jurídico, não abordou o Supremo Tribunal Federal, ao menos nesse acórdão, nenhuma das leis de economia popular referidas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/colac/listarColac.asp>. Acesso em: 02 nov. 2008).

[429]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 170-172. Também: BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 254-256.
Favoravelmente aos efeitos cíveis citamos o Recurso Especial nº 434.687/RJ (Min. Fernando Gonçalves – Quarta Turma, Julgamento em 16/09/2004, DJ 11/10/2004) o Superior Tribunal de Justiça, julgando questão anterior ao Código Civil de 2002 e apesar de não ter conhecido o recurso por demandar apreciação de questões fáticas, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmando a incidência das normas em comento no âmbito cível, e, portanto, a vigência entre nós da lesão antes mesmo do Código Civil de 2002. Essa a ementa do acórdão: "Civil. Compra e venda. Lesão. Desproporção entre o preço e o valor do bem. Ilicitude do objeto. 1. A legislação esporádica e extravagante, diversamente do Código Civil de 1916, deu abrigo ao instituto da lesão, de modo a permitir não só a recuperação do pagamento a maior, mas também o rompimento do contrato por via de nulidade pela ilicitude do objeto. Decidindo o Tribunal de origem dentro desta perspectiva, com a declaração de nulidade do negócio jurídico por ilicitude de seu objeto, em face do contexto probatório extraído do laudo pericial, a adoção de posicionamento diverso pelo Superior Tribunal de Justiça encontra obstáculo na súmula 7, bastando, portanto, a afirmativa daquela

Em que pese essa dissonância, realmente parece melhor fundamentado o entendimento que reconheceu a reintegração da lesão no ordenamento jurídico, determinando o equilíbrio contratual com fundamento no parágrafo 3º do artigo 4º, letra 'b', da Lei 1.521/51.

5.5.4. Medida Provisória nº 2.172-32[430]

A Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, editada pela primeira vez em 06 de abril de 1999, sob o nº 1.820 e reeditada sucessivas vezes[431] até a

---

instância no sentido da desproporção entre o preço avençado e o vero valor do imóvel. 2. Recurso especial não conhecido." SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?ref=%27001521%27+MESMO+ART+ADJ+%27000 04%27+MESMO+PAR+ADJ+%2700003%27&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 10 dez. 2008.

Também julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação nº 2000.001.10181, Des. Luiz Roldão F. Gomes, Sétima Câmara Cível, j. 06/03/2001) com a seguinte ementa: "Civil. Ato jurídico. Defeito. Lesão. Fundamento para desconstituí-lo. Promessa de compra e venda de casa luxuosíssima por quase um quarto de seu valor. (....) Flagrante desproporção entre o preço e o valor da promessa, auferido em laudo, a ensejar sua desconstituição por lesão enorme. Conquanto não prevista no Código Civil como defeito do ato jurídico, a lesão, de nossa tradição jurídica, sobreviveu na Lei de Economia Popular (art. 4. da Lei n. 1.521) e foi agasalhada no Código de Defesa do Consumidor, ao autorizar seu art. 6., V, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. Pressupostos dela presentes. Recurso provido para desconstituir-se a promessa e julgar-se improcedente ação de adjudicação compulsória nela fundada". (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 02 nov. 2008).

E ainda julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, conquanto proferido somente em 2007, se refere a fatos ocorridos em 1998 e consta do teor do acórdão menção à solução de combinar a Lei de Economia Popular com o Código Civil de 1916. A ementa é assim redigida: "Ato Jurídico - Defeito - Lesão – Fundamento para desconstituí-lo - Cessão de direitos possessórios sobre imóvel contratada por quase um décimo do valor do bem - Flagrante desproporção entre o valor da cessão e o do imóvel, auferido em perícia, a ensejar sua desconstituição por lesão enorme. Conquanto não prevista no Código Civil de 1916 como defeito do ato jurídico, a teoria da lesão foi agasalhada pela doutrina e jurisprudência ao longo da história do Direito. Ato anulado. Sentença confirmada. Recurso do réu não provido". (TJ-SP, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, 7ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 180.663-4/4-00, j. 31/10/2007). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=2362426>. Acesso em: 13 dez. 2008.

[430]Em que pese a Medida Provisória 2.172-32 esteja em vigor no que se refere a outras matérias e continue em tramitação para sua aprovação, ou não, pelo Congresso Nacional (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm#anterioremc>. Acesso em: 19 dez. 2008), é tratada sob enfoque histórico diante do entendimento aqui defendido de que as disposições de direito material relativas à lesão foram revogadas pelo Código Civil de 2002.

[431]Foram 32 edições, algumas com pequenas alterações irrelevantes no que se refere à lesão, sob os números 1.820-1, 1.820-2, 1.914-3, 1.914-4, 1.914-5, 1.914-6, 1.914-7, 1.914-8, 1.965-9, 1.965-10, 1.965-11, 1.965-12, 1.965-13, 1.965-14, 1.965-15, 1.965-16, 1.965-17, 1.965-18, 1.965-19, 1.965-20, 1.965-21, 1.965-22, 2.089-23, 2.089-24, 2.089-25, 2.089-26, 2.089-27, 2.089-28, 2.089-29, 2.172-30, 2.172-31.

promulgação da Emenda Constitucional 32/01[432], estipulou a lesão nos negócios jurídicos civis de forma independente do direito penal, revogando o parágrafo 3º do artigo 4º, da Lei 1.521/51, comentado no item anterior.

Como se verá a seguir, essa medida provisória possui âmbito de incidência similar[433] ao artigo 157 do Código Civil.

Assim, como o Código Civil de 2002 abarcou todas as estipulações da Medida Provisória nº 2.172-32 no que se refere à lesão e tendo em vista que o Código Civil de 2002 lhe é posterior, desde logo surge a questão acerca de sua revogação.

É certo que a Emenda Constitucional nº 32/01 estipula que as medidas provisórias em vigor quando de sua promulgação teriam validade até revogação expressa por outra medida provisória[434] ou deliberação final do Congresso Nacional e não ocorreu nenhuma dessas hipóteses[435].

E há também o argumento de que o artigo 9º da Lei Complementar nº 95/98[436] impõe a revogação explícita, ou seja, exige que as novas normas que venham a ser expedidas contenham artigo que expressamente indique as normas ou dispositivos legais por ela revogados.

Portanto, poderia se argumentar que a Medida Provisória 2.172-32 estaria em vigor também no que se refere à lesão, pois ainda está em tramitação no Congresso Nacional, não foi revogada expressamente por outra medida provisória, nem o Código Civil de 2002 contém dispositivo que indique sua revogação[437].

Porém, melhor interpretação é a de que ocorreu a revogação da lesão instituída no artigo 1º, inciso II, da referida medida provisória, pela nova disciplina da lesão contida no

---

[432]Nos termos do artigo 2º da Emenda Constitucional nº. 32/01 as medidas provisórias anteriores a ela permanecem em vigor até deliberação do Congresso Nacional ou expressa revogação por outra medida provisória.

[433]A seguir será demonstrado que, no que tange à lesão, o Código Civil é mais abrangente que a Medida Provisória 2172-32, de maneira que ele incide sobre todas as relações jurídicas reguladas por aquela.

[434]Emenda Constitucional 32 de 11 de setembro de 2001:
"Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."

[435]Sobre a tramitação da medida provisória vide primeira nota deste item.

[436]Lei Complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998 (na redação atribuída pela Lei Complementar nº 107 de 26.04.2001):
"Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas."

[437]Como tantas outras, a matéria não consta do Artigo 2.045 do Código Civil de 2002:
"Art. 2.045. Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850."

artigo 157 do Código Civil, norma que lhe é posterior e regula a matéria de forma ampla[438].

Possível e plenamente justificável a interpretação extensiva do artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001 para se admitir a revogação de medida provisória em tramitação não só por nova medida provisória, mas também por toda e qualquer norma posterior que venha a dispor sobre a matéria.

E, no que tange à exigência de revogação expressa, contida nessa mesma Emenda Constitucional e ainda no artigo 9º da Lei Complementar nº 95/98, há que se observar que se trata de disposição destinada ao próprio Poder Legislativo, que visa regulamentar a "elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis"[439].

Não há previsão de qualquer conseqüência pelo desrespeito da determinação de revogação expressa pelo próprio Poder Legislativo, restando ao Poder Judiciário, como de regra, solucionar a questão da interpretação das normas.

Nesse sentido, de grande valia o artigo 18 da Lei Complementar 95/98 que estipula que "eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento".

Aliás, a própria Lei Complementar 95/98 não revogou expressamente qualquer dispositivo legal, de forma que continua em vigor a Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe no seu parágrafo 1º do artigo 2º[440] que ocorre revogação tácita quando lei nova regulamenta inteiramente a matéria da lei antiga.[441]

Essa é a posição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR para quem a identidade entre o Código Civil de 2002 e a Medida Provisória 2.172-32 "importou em revogação da

---

[438]Isso não ocorre em relação ao Código de Defesa do Consumidor que trata da lesão de forma específica às relações de consumo. Na Medida Provisória 2.172-32 a lesão é regulada de forma genérica (excetuando-se as relações mercantis e de consumo) tal como no Código Civil, por isso este a revogou.

[439]Esses os termos do artigo 1º da Lei Complementar nº 95/98 que repete o disposto no parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal. Este último com a seguinte redação:
"Art. 59 (...)
Parágrafo único – Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis."

[440]Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/1942):
"Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

[441]Não há conflito entre a Lei Complementar nº 95/98 e a Lei de Introdução ao Código Civil estando essa plenamente em vigor, pois enquanto a primeira determina ao Poder Legislativo que explicite nas novas normas quais as leis revogadas, a segunda esclarece que havendo incompatibilidade entre normas ou regulação integral, a primeira perde sua validade. Em outras palavras, uma regula a elaboração de leis e outra sua interpretação.

parte em que ela (a medida provisória) tratava da usura real nos negócios civis e comerciais, já que dito vício do negócio jurídico foi totalmente disciplinado pelo novo Código". E finaliza o autor referindo-se ao parágrafo 1º do artigo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que justamente contém a regra de revogação tácita quando há incompatibilidade entre as leis ou ainda regulamentação integral da matéria pela lei nova.[442]

De se dizer que a questão não passou despercebida de outros autores, que apontam que melhor seria que o artigo 2.045 do Código Civil tivesse indicado com minudência todos os dispositivos civis e mercantis revogados, pois "apenas dessa forma seria possível eliminar as várias dúvidas". Mas, como não indicou, a "omissão legislativa irá requerer do jurista e do aplicador certa argúcia para suprir a falta de uma completa revogação expressa, averiguando quais as normas ainda vigentes, traçando o novo perfil do Código Civil". [443]

A propósito, também o Enunciado nº 74 da I Jornada de Direito Civil que em relação ao artigo 2.045 entendeu que "apesar da falta de menção expressa, como exigido pelas LCs 95/98 e 107/2001, estão revogadas as disposições de leis especiais que contiverem matéria regulada inteiramente no novo Código Civil"[444].

Assim, prevalece o artigo 157 do Código Civil que revogou tacitamente os dispositivos da Medida Provisória nº 2.172-32 que se referem à lesão, razão pela qual o assunto é tratado neste capítulo.

Em outra ordem de idéias, como a Medida Provisória nº 2.172-32 continua em tramitação perante o Congresso Nacional[445], o que poderá ocorrer se eventualmente vier a ser aprovada em sua íntegra é a redução da incidência do artigo 157 do Código Civil de 2002 para as relações comerciais e outras relações jurídicas também não-abrangidas pela medida provisória.[446]

---

[442]Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 224, em nota.

[443]DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil comentado.* Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord. Ricardo Fiúza até 5. ed.). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.222.

[444]Enunciado da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002. PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[445]A respeito a primeira nota deste item.

[446]A lesão prevista na Medida Provisória nº 2.172-32 não é aplicável, de maneira geral, às relações consumeristas e comerciais. Assim, como para as relações consumeristas já há diploma legal específico, na hipótese de aprovação integral da medida provisória restará ao Código Civil disciplinar apenas as relações comerciais e, ainda, aquelas descritas no artigo 4º da Medida Provisória (transcrito em nota infra).

Como se observa no inciso II do artigo 1º[447], o âmbito de aplicação da medida provisória em questão era restrito às relações civis, expressamente excluídas as consumeristas e comerciais.

Ainda quanto às restrições para aplicação da lesão instituída na Medida Provisória nº 2.172-32, em linhas gerais também era inaplicável às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central e também aos negócios jurídicos que envolviam operações do mercado financeiro, de capitais e de valores mobiliários.[448]

Nos termos do artigo 1º da referida medida provisória eram nulas as estipulações contratuais que propiciassem para uma das partes vantagem patrimonial excessiva em detrimento de outra que se encontrasse em situação de vulnerabilidade.[449]

A norma não enunciava o termo lesão, mas era possível concluir que dela se tratava, dada a presença de seus elementos caracterizadores.[450]

Assim, previu sua aplicação quando houvesse desproporção entre as prestações, sem instituir critério fixo para aferi-la, tal como ocorreu na Lei de Economia Popular. Estipulou apenas parâmetros, determinando ao juiz que observasse "o conteúdo e natureza,

---

[447]Medida Provisória nº 2.172-32:
"Art. 1º 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.
Parágrafo único. Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas."

[448]Medida Provisória nº 2.172-32 :
"Art. 4o As disposições desta Medida Provisória não se aplicam:
I - às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como às operações realizadas nos mercados financeiro, de capitais e de valores mobiliários, que continuam regidas pelas normas legais e regulamentares que lhes são aplicáveis;
II - às sociedades de crédito que tenham por objeto social exclusivo a concessão de financiamentos ao microempreendedor;
III - às organizações da sociedade civil de interesse público de que trata a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, devidamente registradas no Ministério da Justiça, que se dedicam a sistemas alternativos de crédito e não têm qualquer tipo de vinculação com o Sistema Financeiro Nacional.
Parágrafo único. Poderão também ser excluídas das disposições desta Medida Provisória, mediante deliberação do Conselho Monetário Nacional, outras modalidades de operações e negócios de natureza subsidiária, complementar ou acessória das atividades exercidas no âmbito dos mercados financeiro, de capitais e de valores mobiliários"

[449]Consta sua transcrição em nota supra.

[450]Cf. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 117 e JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação, cit., p. 112.

a origem das correspondentes obrigações" e "as práticas de mercado" para concluir pelo desequilíbrio contratual (art. 1º, § único).[451]

Quanto ao elemento subjetivo, cumpre apontar que o inciso II do artigo 1º mencionava que a desproporção entre as prestações devia decorrer em razão de situação de vulnerabilidade de uma das partes.[452]

Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo fazia referência à "vontade das partes" e às "circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza", autorizando a conclusão de que era necessária a caracterização de circunstâncias subjetivas do lesado (necessidade, inexperiência) para configuração da lesão, tal como ocorreu na Lei de Economia Popular e se dá atualmente no Código Civil de 2002.[453]

De outro lado, quanto ao dolo de aproveitamento, a intenção do beneficiário do desequilíbrio em se aproveitar da situação de vulnerabilidade do lesado, estamos com MARCELO GUERRA MARTINS, que entende ser impossível exigir sua presença ante a falta de expressa menção na norma.[454]

Portanto, nesse ponto a medida provisória comentada se distancia dos dispositivos da Lei de Economia Popular por ela revogada e se aproxima do Código Civil de 2002.

Cumpre destacar o artigo 3º que estipula a inversão do ônus da prova[455] de maneira que a parte beneficiária da lesão é quem deverá comprovar a inexistência de prestações desproporcionais.

Configurada a lesão, cumpre perquirir suas conseqüências, atentando-se desde logo à redação do *caput* do artigo 1º que declara nula a estipulação contratual e a do inciso II que determina a promoção de equilíbrio contratual por determinação judicial. Portanto, reiterados nessa medida provisória os mesmos equívocos verificados na redação da Lei de

---

[451]MARCELO GUERRA MARTINS critica a redação do parágrafo único do artigo 1º dizendo ter ocorrido uma "grande mistura entre os conceitos de justo preço, elemento objetivo e subjetivos da lesão" (*Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 248). Com razão o autor, pois "vontade das partes" e, sob um enfoque, "circunstâncias da celebração", não remetem à análise de desequilíbrio entre as prestações de forma meramente objetiva (na linha da lesão enorme do direito romano), mas sim à presença de situações fáticas relativas às partes.

[452]O dispositivo foi transcrito em nota supra.

[453]Nesse sentido: MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 248.

[454]MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 248.

[455]Medida Provisória nº 2.172-32:

"Art. 3º Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação."

Economia Popular já na versão do Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938, já que de um lado se mencionada hipótese de nulidade e, de outro, a preservação do negócio[456].

E aqui, pelos mesmos motivos já expostos no item supra, se poderia afirmar que a lesão instituída pela Medida Provisória nº 2.172-32 configura hipótese de anulabilidade. Em outras palavras, em que pese os termos expressados no dispositivo legal, a hipótese seria de anulabilidade, dada a possibilidade de preservação do negócio jurídico e seus efeitos pela extinção do lucro exagerado.

[456]A respeito vide item anterior.

6. NOTAS DA LESÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

6.1. França[457]

O *Code Civil*, elaborado sob influência de idéias individualistas, estipulou em seu artigo 1.118[458] que a lesão não vicia as convenções, exceção feita em relação a certas pessoas e contratos explicitados na mesma seção.

ANTONIO MENEZES CORDEIRO resume esta situação destacando que no sistema francês a lesão era "admitida, como excepção, em casos restritos: actos praticados por menores — artigo 1305 —, divisão, por lesão superior a 1/4 — artigo 887/2 — e venda de imóvel, por lesão superior a 7/12 — artigo 1674. Leis posteriores vieram ampliar este magro elenco".[459]

O artigo 1.674[460] do Código Francês prevê a incidência da lesão para as alienações imobiliárias em favor apenas do alienante, nele se denotando a influência do direito romano já que prevista sem qualquer elemento subjetivo.

Segundo se observa no mencionado dispositivo legal, o direito francês adotou a tarifação do elemento objetivo, prevendo o desfazimento do negócio no caso de o vendedor receber preço inferior a sete doze avos do valor justo da coisa.

---

[457]Os textos dos dispositivos legais mencionados neste item foram obtidos em: LEGIFRANCE. Diusponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 11 nov. 2008.

[458]"Art. 1.118: La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section"
Em tradução livre: "A lesão não vicia as convenções a não ser em certos contratos ou em relação a certas pessoas, assim como será explicado na mesma seção".

[459]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 643. No mesmo sentido BRUNNA CALIL DOS SANTOS ALVES que, no que se refere a leis posteriores e exparsas, alude a normas prevendo a lesão em leis de consumo, locação, na venda de produtos agrícolas e direitos artísticos e literários. (ALVES, Brunna Calil dos Santos. A lesão no Brasil e a lesão no direito francês – análise comparativa. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, ano 104, n. 397, p. 42, e 47-49, maio/jun. 2008).

[460]"Art. 1.674 – Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value".
Em tradução livre: "Se o vendedor tiver sido lesado em mais de sete doze avos no preço de um imóvel, ele tem o direito de pedir a rescisão da venda, ainda que tenha expressamente renunciado no contrato a faculdade de pedir essa rescisão, e que tenha declarado doar o valor excedente".

Como dito, o sistema francês reserva ao vendedor a alegação de lesão e, de outro lado, possibilita ao comprador impedir a rescisão com tal fundamento se oferecer pagamento suplementar do justo valor, com dedução de um décimo do total.[461]

A possibilidade de anulação da compra e venda lesiva prescreve em dois anos a contar da realização do negócio[462].

A lesão na partilha está prevista no artigo 889 do *Code Civil*[463], dispositivo recentemente modificado, que determina que se o quinhão de um dos participantes da partilha for inferior em mais de um quarto em relação ao dos demais, segundo os valores da época da partilha, deverá receber uma complementação em dinheiro ou em bens.

Segundo aduz BRUNNA CALIL DOS SANTOS ALVES, "com a reforma, a ação de *'complément de part'* substitui a anterior *'action en rescision'*, que tinha como objetivo a anulação da partilha e prazo prescricional de cinco anos".[464] Agora o prazo prescricional é de dois anos e, como se vê, nesse caso a lesão prevista no *Code Civil* não tem por objetivo o desfazimento da partilha, mas sim a obtenção da complementação do quinhão do prejudicado.

No que tange às pessoas, a regra geral é que os maiores não podem alegar a lesão, salvo nos casos excepcionais referidos acima. De outro lado, sem olvidar que os atos de disposição praticados por menores são nulos de pleno direito, podem alegar a lesão para

---

[461]É o que consta no artigo 1.681 do *Code Civil*: "Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total."
Em tradução livre: "No caso em que se admita a ação de rescisão, o adquirente tem a escolha ou de devolver a coisa cobrando o preço que pagou por ela, ou de reter o imóvel pagando o suplemento do preço justo, com a dedução de um décimo do preço total".
Essa dedução equivale ao "lucro lícito que o comprador podia buscar na aquisição". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 62).

[462]"Art. 1.676 La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente."
Em tradução livre: "O pedido não é mais admissível depois de decorrido o prazo de dois anos, a contar da data da venda".

[463]"Art. 889. Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage.
L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage." (redação conferida pela Lei nº 2006-728 de 23 de junho de 2006, arts. 3 e 8, em vigor desde primeiro de janeiro de 2007).
Em tradução livre: "Quando um dos contratantes alegar ter sofrido uma lesão de mais de um quarto, o complemento de sua parte lhe é fornecido, à escolha do recorrido, seja em numerário, seja em espécie. Para estimar se houve lesão, avaliam-se os objetos de acordo com o seu valor na época da partilha.
A ação de complementação de parte prescreve em dois anos a contar da partilha".

[464]Cf. ALVES, Brunna Calil dos Santos. A lesão no Brasil e a lesão no direito francês – análise comparativa, cit., p. 46.

anular atos de administração (art. 1.305[465]), assim se procedendo também, em linhas gerais, quanto aos maiores incapazes.[466]

Portanto, a lesão no caso dos incapazes é genérica, ao contrário do que ocorre com a dos maiores capazes, que, como dito, incide apenas nas alienações imobiliárias e partilhas.

GAËL CHANTEPIE, tendo em conta que a ausência de capacidade decorre na nulidade da convenção dos atos de disposição, discorre que na verdade a previsão de rescisão por lesão dos atos de administração se apresenta como uma atenuação do regime de nulidades na medida em que permite às pessoas com capacidade diminuída praticarem esses atos da vida civil devidamente protegidas de eventuais desequilíbrios entre as prestações.[467]

Segundo se demonstrou, a lesão não está prevista no sistema francês de forma genérica, tal como se observará nos diferentes ordenamentos jurídicos que serão aqui tratados, inclusive no atual sistema do direito pátrio. No sistema francês a lesão é uma exceção, prevista de forma dispersa e levando em consideração situações peculiares.

Porém, como pondera GAËL CHANTEPIE, a aversão ao instituto da lesão como uma hipótese geral de nulidade — que decorre do sistema legal francês e é reafirmada pela doutrina e pela jurisprudência —, não implicou na exclusão da questão nesse ordenamento jurídico, dada a existência de inúmeras situações de desequilíbrio contratual. Assim, os contratantes lesados buscam outras formas de satisfação de suas pretensões, denotando que o problema da lesão não encontrou uma resposta coerente e satisfatória.[468]

Isso é o que demonstra GEORGES RIPERT que alude que, à falta do instituto da lesão, a jurisprudência utilizou outros meios para combater prestações desproporcionais, como, por exemplo, a teoria da causa, para, em razão de sua ausência, anular contrato em que a prestação de uma das partes impunha sacrifício acentuado, ou, ainda, sob o

---

[465]"Art. 1305. La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions.".
Em tradução livre: "A mera lesão dá lugar à rescisão em favor dos menores não-emancipados, contra todos os tipos de convenções".

[466]Sobre das pequenas diferenças entre os regimes dos menores, maiores incapazes submetidos ao regime de "sauveguarde de justice", curatela e tutela vide: ALVES, Brunna Calil dos Santos. A lesão no Brasil e a lesão no direito francês – análise comparativa, cit.,p. 42-44.

[467]CHANTEPIE, Gaël. *La lésion.* Paris: L.G.D.J., 2006. p. 58-59.

[468]CHANTEPIE, Gaël. *La lesion,* cit., p. 1-2.

argumento de que interpretava o contrato, reduzir preço em hipótese em que não era explícito o acordo celebrado nesse ponto. [469]

6.2. Alemanha

A lesão foi prevista no § 138 do BGB[470], dispositivo esse que prevê a nulidade do negócio jurídico manifestamente desproporcional decorrente de atuação da parte que obtém vantagem se valendo da exploração do estado de inferioridade da outra.[471]

Assim, no direito alemão a lesão requer a presença dos requisitos objetivo e subjetivo, averiguados no momento da celebração do negócio jurídico e independentemente de qualquer tarifação legal, sendo necessário apenas que a desproporção entre as prestações seja manifesta.

Nesse ponto discorre ANDREAS VON THUR que deve restar configurada uma desproporção evidente entre a prestação e a contraprestração, avaliada segundo as circunstâncias e época do contrato.[472]

Já em relação às partes cumpre verificar a situação anímica do beneficiário da desproporção e a exploração das circunstâncias pessoais do lesado, pois deve ser apurado que o primeiro se aproveitou conscientemente da necessidade, inexperiência ou leviandade do segundo.[473]

---

[469]RIPERT, Georges. *Regra moral nas obrigações civis,* cit., p. 118-120. No mesmo sentido, GAËL CHANTEPIE que cita diversos casos em que, sob o fundamento da existência de erro, violência, ausência de causa, entre outros, os tribunais franceses acolheram o pleito de quem, na realidade, contestava um desequilíbrio contratual. E conclui que "afastada do direito positivo, a lesão ressurgiu sob outras formas". (CHANTEPIE, Gaël. *La lesion,* cit., p. 1-2). Também: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 77.

[470]"Art. 138 – Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo. Nulo é, particularmente, um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a leviandade ou inexperiência de um outro, faz prometer ou conceder, para si ou para um terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor excede de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimoniais estão em manifesta desproporção com a prestação." (Tradução de RIZZARDO, Arnaldo. *A ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito,* cit., p. 88).

[471]ORLANDO GOMES nega o caráter de lesão ao dispositivo alemão (*A crise do direito,* cit., p. 189-192). Como se verá, no texto e notas que seguem diversos outros autores não concordam com esse entendimento.

[472]THUR, Andreas von. *Partie generale du code federal des obligations.* Trad. Maurice Torrente, Emille Thilo. Lausanne: Vaney Burnier, 1930. p. 280-281.

[473]Cf. RIPERT, Georges. *Regra moral nas obrigações civis,* cit., p. 128; MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 56.
ARNALDO RIZZARDO aponta que o Código Civil alemão, em vigor a partir de 1900, cristaliza a teoria subjetivista da lesão. (*A ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito,* cit., p. 87).

No direito alemão a lesão é vista como forma de infringência dos bons costumes que acarreta a nulidade do negócio jurídico.[474]

Nesse ponto ANTONIO MENEZES CORDEIRO aduz que, fundamentada na primeira parte do § 138 do BGB que declara a nulidade do negócio contrário aos bons costumes, a jurisprudência alemã alargou o conceito para hipóteses semelhantes à lesão prevista legalmente na segunda parte, nas quais "não se mostrassem precisamente preenchidos" os requisitos legais.[475]

E, cioso do caráter de nulidade que legalmente atribuiu à lesão[476], o direito alemão não previu a possibilidade de obtenção da equivalência entre as prestações tal como se viu aqui no Brasil nas Leis de Economia Popular e na Medida Provisória nº 2.172-32.[477]

Assim, a parte prejudicada que impugnar o contrato eivado de lesão poderá se recusar ao cumprimento de sua prestação ou repeti-la se já a tiver realizado, podendo ainda requerer o ressarcimento de todos os prejuízos sofridos.[478]

6.3. Itália[479]

A lesão foi prevista no Código Civil italiano de 1942, no artigo 1.448, como hipótese de rescisão de negócio jurídico fundamentada na desproporção entre as prestações superior à metade do valor correto, desde que tal desigualdade decorresse do aproveitamento do estado de necessidade do contratante prejudicado.[480]

---

[474]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 205; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 71.

[475]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 644.

[476]Cf. THUR, Andreas von. *Partie generale du code federal des obligations,* cit., p. 280-281.

[477]Cf. SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 160. À respeito dessa contradição no sistema brasileiro vide itens 5.5.3 e 5.5.4.

[478]Cf. THUR, Andreas von. *Partie generale du code federal des obligations,* cit., p. 283; Tb. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 80-81.

[479]Os textos dos dispositivos legais mencionados neste item foram obtidos em GAZZETTA Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <http://dbase.ipzs.it/cgi-free/db2www/notai/arti.mac/report2>. Acesso em: 11 nov. 2008.

[480]"Art. 1.448. Azione Generale di Rescissione per Lesione

1. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

2. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.

3. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.

Assim, no direito italiano exige-se a presença dos requisitos objetivo e subjetivo.

O elemento objetivo é tarifado, configurando-se por uma desproporção entre as prestações superior a mais da metade, verificável quando da celebração do negócio e desde que tal desequilíbrio perdure até o momento da propositura da ação.[481]

De outro lado, a configuração do elemento subjetivo requer a presença do estado de necessidade do lesado e seu aproveitamento pelo beneficiário da desproporção.

GIUSEPPE MIRABELLI discorre que o estado de necessidade é uma circunstância atual e objetiva que "influencia a vontade de um dos contratantes" e relaciona que constituem seus requisitos (i) um complexo de interesses de natureza vária a serem satisfeitos; (ii) uma deficiência dos bens aptos a satisfazerem esses interesses; e (iii) as eventuais consequências danosas que possam decorrer da ausência de satisfação desses interesses.[482]

No que se refere ao aproveitamento do beneficiário da desproporção SILVIA ORRÙ se refere à existência de discussão doutrinária acerca de sua configuração, havendo aqueles que reputam necessário simplesmente o conhecimento do estado do lesado, outros que exigem uma conduta ativa do beneficiário para obter a vantagem e uma terceira corrente intermediária que exige não apenas uma ciência do estado do lesado, mas também um conhecimento, ou intenção segundo alguns, da vantagem obtida com o negócio. Relata a autora que essa última orientação seria majoritária.[483]

---

4. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.
5. Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione."
Tradução livre: "Art. 1.148. Ação Geral de Rescisão por Lesão
1. Se houver desproporção entre a prestação de uma parte e aquela da outra, e a desproporção decorre do estado de necessidade de uma parte, do qual a outra se aproveitou para tirar vantagem, a parte danificada pode pedir a rescisão do contrato.
2. A ação não é admissível se a lesão não exceder a metade do valor que a prestação cumprida ou prometida pela parte danificada tinha por ocasião do contrato.
3. A lesão deve perdurar até o tempo em que a ação for proposta.
4. Os contratos aleatórios não podem ser rescindidos em razão de lesão.
5. Ressalvam-se as disposições relativas à rescisão da divisão."

[481]A ação deve ser proposta em um ano a partir da realização do contrato, sob pena de prescrição, exceto se o ato também configurar crime. Nesse sentido é que prevê o artigo 1.449:
"Art. 1449. Prescrizione
1. L'azione di rescissione si prescrive in un anno dalla conclusione del contratto; ma se il fatto costituisce reato, si applica l'ultimo comma dell'art. 2947.
2. La rescindibilità del contratto non può essere opposta in via di eccezione quando l'azione è prescritta."

[482]MIRABELLI, Giuseppe. *La rescissione del contratto,* cit., p. 251-252.

[483]ORRÚ, Silvia. *La rescissione del contratto,* cit., p. 42. Também sobre essa discussão doutrinária: SACCO, Rodolfo. *Il contrato.* Torino: UTET, 1975. p. 363-364.

O Código Civil Italiano é expresso ao afastar a rescisão por lesão nos contratos aleatórios.[484]

E justifica GIORGIO BIANCHI que "a exclusão da rescisão dos contratos aleatórios (art. 1448, parágrafo 4° c.c.) se justifica pelo fato de que no contrato aleatório o valor de uma das prestações é, no momento da conclusão do contrato, pela sua própria natureza incerto, de tal modo que seria impossível concluir se existe a lesão 'ultra dimidium'".[485]

Porém, pondera GIUSEPPE MIRABELLI que o objeto do contrato aleatório não é a prestação de uma e de outra parte, mas o risco assumido por cada uma delas.[486]

Prossegue o autor discorrendo que esse risco atribuído às partes é passível de apuração a partir de cálculos matemáticos, de forma que não se poderia dizer que, em tese, a lesão seria impossível de ser aplicada nos contratos aleatórios, apenas a existência ou não do desequilíbrio se sujeita a uma avaliação complexa. Assim, admite esse autor pela incidência da lesão nessa espécie de contrato.[487]

Com efeito, discorre SILVIA ORRÙ que parcela da doutrina italiana sustenta "a aplicabilidade do remédio rescisório mesmo aos contratos aleatórios quando a desproporção já é presente no momento da conclusão do contrato e não depende, portanto, diretamene da álea".[488]

RODOLFO SACCO postula que o artigo 1448 do Código Civil italiano seja interpretado de forma a não se admitir a rescisão por lesão de um contrato aleatório se nele há um desequilíbrio decorrente apenas da álea nele prevista, de forma que sendo essa álea excessiva seria possível sua rescisão.[489]

Nos termos do artigo 1.450 do Código Civil italiano, a rescisão do contrato eivado por lesão pode ser impedida pela obtenção de equilíbrio entre as prestações, a ser oferecido pelo beneficiário da lesão.[490]

---

[484]Vide artigo 1448 transcrito em nota acima.
[485]BIANCHI, Giorgio. *Rescissione e risoluzione dei contratti,* . Padova: CEDAM, 2003. p. 90.
[486]MIRABELLI, Giuseppe. *La rescissione del contratto,* cit., p. 284-285.
[487]MIRABELLI, Giuseppe. *La rescissione del contratto,* cit., p. 284-285 e 288.
[488]ORRÚ, Silvia. *La rescissione del contratto,* cit., p. 90.
[489]SACCO, Rodolfo. *Il contrato,* cit., p. 366.
[490]"Art. 1450. Offerta di Modificazione del Contratto
1. Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità."
Em tradução livre: "Oferta de Modificação do Contrato.
1. O contratante contra quem é requerida a rescisão pode evitá-la oferecendo uma modificação do contrato suficiente para reconduzi-lo à eqüidade".

SILVIA ORRÙ discorre que o legislador italiano tutelou de forma prevalente a autonomia e reservou exclusivamente ao demandado, ou seja, ao beneficiário da prestação desproporcional, o poder de formular oferta para equilibrar as prestações, de maneira que seria vedada a intervenção do juiz ou, ainda, pedido do lesado nesse sentido. Porém, é necessário que a oferta realmente afaste o desequilíbrio das prestações contratuais, sendo insuficiente que apenas atenue sua desproporção.[491]

6.4. Portugal[492]

O Código Civil português de 1966 previu a lesão nos artigos 282 e 283, estipulando ser anulável o negócio jurídico na hipótese de um contratante aproveitar o estado de inferioridade do outro, obtendo para si ou para terceiro vantagem manifestamente excessiva.[493]

Esses dispositivos configuraram evolução no direito português, pois o Código Civil de 1867 não previa a lesão como hipótese autônoma para invalidação dos negócios jurídicos, exigindo a presença de outros vícios do consentimento como o erro, dolo e a coação.[494]

No direito português atual a lesão é aplicável a quaisquer negócios jurídicos, exigindo-se como elemento objetivo a desproporção entre as prestações, sem que tenha sido legalmente fixado esse desequilíbrio, de forma que ficará ao critério do Judiciário definir quando há a vantagem exacerbada prevista na legislação.[495]

---

[491]Cf. ORRÚ, Silvia. *La rescissione del contratto,* cit., p. 139 e 142-144.

[492]Os textos dos dispositivos legais mencionados neste item foram obtidos em: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2008.

[493]"Artigo 282º (Negócios usurários).
1. É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.
2. Fica ressalvado o regime especial estabelecido nos artigos 559º-A e 1146º.
(Redacção do Dec.-Lei 262/83, de 16-6)
Artigo 283º (Modificação dos negócios usurários)
1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de eqüidade.
2. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior."

[494]Cf. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 81. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA também anota que na parte geral do antigo Código Português havia capítulo que se dedicava à rescisão dos contratos que tratava dos vícios do consentimento e da ilicitude ou inadequação do objeto sem se referir à lesão. Mais à frente, no capítulo que trata da compra e venda, o mesmo código previa expressamente no artigo 1582 a impossibilidade de rescisão por lesão, salvo se houvesse erro que anulasse o consentimento ou estipulação em sentido contrário. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 68).

[495]BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 67-68.

A lesão no direito português também é composta de elemento relativo aos sujeitos do contrato.

No que tange à pessoa que se beneficia do desequilíbrio, ANTONIO MENEZES CORDEIRO aduz que a exploração da situação de vulnerabilidade da vítima referida no dispositivo legal "pode ser objectiva, isto é, pode não implicar o conhecimento da fraqueza da contraparte".[496]

Em relação ao lesado, o dispositivo legal português requer a presença de uma "situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter".

PEDRO CAMARGO DE SOUSA EIRÓ assevera que necessária não só a presença de uma dessas situações de inferioridade, mas que seja essencial para a declaração negocial ter sido pactuada de forma tão desequilibrada.[497]

Mas, de outro lado, foram previstas diferentes situações de inferioridade que ensejam a aplicação do instituto, havendo aquelas que "podem atingir qualquer um (a necessidade ou a dependência)", as que se referem a uma formação "incompleta (a inexperiência) ou deficiente (a ligeireza)" e situações que revelam incapacidade "sejam elas transitórias (estado mental) ou permanentes (fraqueza de carácter)". Essa diversidade de hipóteses decorre numa interpretação "não taxativa: qualquer outro factor, com relevo para a ignorância ou para a concreta falta de informação, pode consubstanciar este elemento".[498]

Prevê a legislação portuguesa em seu artigo 283 a possibilidade de o lesado requerer a revisão do negócio segundo juízo de eqüidade. O lesado também poderá requerer a anulação do negócio, hipótese em que ao beneficiário da desproporção é franqueada a possibilidade de impedir a anulação mediante requerimento de revisão das bases contratuais, valendo-se da mesma forma de juízo de eqüidade.[499]

Diante desse sistema PEDRO CAMARGO DE SOUSA EIRÓ conclui que o sistema jurídico português prioriza a modificação do negócio em relação à anulação e,

---

[496]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 649. Aduz o autor que em razão de alteração legislativa ocorrida em 1983 a expressão original "aproveitando conscientemente" foi substituída por "explorando", denotando uma "clara intenção legistiva de alargar a figura e facilitar seu funcionamento". Assim, diante da supressão do termo "consciente" é que fundamenta o autor que agora a lesão não requer o conhecimento do beneficiário. (op. cit., p. 648-649). Aproximam-se, então, a lesão prevista no direito português e a atualmente em vigor no Brasil.

[497]EIRÓ, Pedro Camargo de Sousa. *Do negócio usurário.* Coimbra: Almedina, 1990. p. 28.

[498]CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico, cit., p. 650.

[499]CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO enfatiza que no direito português há "alternativa para a anulação dos negócios usurários: a sua modificação, segundo juízos de eqüidade, a requerimento do lesado ou da parte contrária." (*Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 81).

ainda, que a permanência do negócio na ordem jurídica e sua produção de efeitos "está primordialmente, mas não completamente na dependência da vontade do lesado" porque este decide se propõe a ação ou a deixa prescrever; se confirma ou não o negócio; se propõe ação de revisão ou de anulação, cabendo ao beneficiário, apenas no último caso interferir diretamente no resultado, pois nessa hipótese pode pleitear a revisão.[500]

6.5. Argentina[501]

O Código Civil argentino de 1869 não previu a lesão, influenciado pelas concepções individualistas da época e pelo Código Francês.[502]

Os tribunais argentinos, em razão da compreensão do princípio da força obrigatória segundo as idéias individualistas, e baseados no artigo 1197[503] do diploma legal referido, inicialmente não admitiram a lesão, porém, posteriormente, fundamentados na concepção de que contratos desequilbrados constituiriam espécie de violação aos bons costumes, passaram a declarar sua invalidade com base no artigo 953[504] do Código Civil portenho.[505]

Em 1968 a Lei 17.711 alterou o Código Civil e conferiu nova redação ao artigo 954[506] de forma a inserir a lesão no direito argentino, dotada dos requisitos objetivo e subjetivo.

---

[500]EIRÓ, Pedro Camargo de Sousa. *Do negócio usurário,* cit., p. 174-176.

[501]Os textos dos dispositivos legais mencionados neste item foram obtidos em: INFOLEG: Información legislativa. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>. Acesso em: 11 nov. 2008.

[502]Cf. SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 161. O Esboço de Teixeira de Freitas, que também exerceu influência na elaboração do Código Civil argentino, previa em seu artigo 1.869 que "a lesão, só por se, não vicia os contratos" (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil,* cit., v. 2, p. 356).

[503]"Art. 1.197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma."
Tradução livre: "As convenções feitas nos contratos são para as partes uma regra que as sujeitam como a própria lei".

[504]"Art. 953. El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto."
Em tradução livre: "O objeto dos atos jurídicos devem ser coisas que estão no comércio, ou que por um motivo especial não se tenha proibido que seja objeto de algum ato jurídico, ou fatos que não sejam impossíveis, ilícitos, contrários aos bons costumes ou proibidos pelas leis, ou que se oponham à liberdade de ações ou da consciência, ou que prejudiquem os direitos de terceiros. Os atos jurídicos que não estejam em conformidade com essa disposição são nulos como se não tivessem existido".

[505]Cf. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 88-90.

[506]"Art. 954. Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la

No que tange ao elemento objetivo, cumpre destacar a inexistência de tarifação legislativa, caracterizando-se a lesão quando existe desproporção manifesta e injustificada entre as prestações no momento da celebração do negócio que subsista até a propositura da ação.

Quanto ao elemento subjetivo, dispõe o Código Civil argentino que o lesado deve estar em situação de vulnerabilidade nas modalidades necessidade, ligeireza ou inexperiência.

No que se refere ao beneficiário da lesão, estipula o artigo 954 que é necessária a exploração da situação de inferioridade da outra parte para obter vantagem patrimonial desproporcional e injustificada, mas a postura deve ser passiva, no sentido de se aproveitar da situação e não criá-la, hipótese em que se tratará de dolo e não de lesão.[507]

Em razão dos termos do artigo 954 do Código Civil argentino que prevê presumir-se "salvo prova em contrário" existir "exploração em caso de notória desproporção das prestações", surgiu corrente que entende que, demonstrada tal manifesta desproporção, presume-se a prova do elemento subjetivo, tanto no que se refere ao lesado, quanto em relação ao beneficiário da lesão. SANTOS CIFUENTES, porém, defende que a notória

---

necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.
Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.
Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.
El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda.
(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968)."
"Poderão ser anulados os atos viciados por erro, dolo, violência, intimidação ou simulação.
Também poderá ser demandada a nulidade ou a modificação dos atos jurídicos quando uma das partes, explorando a necessidade, leviandade ou inexperiência da outra, obtém por meio deles uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcionada e sem justificação.
É presumida, salvo prova em contrário, que existe tal exploração em caso de notável desproporção das prestações.
Os cálculos serão feitos segundo valores ao tempo do ato e a desproporção deverá subsistir no momento da demanda. Só o lesionado ou seus herdeiros poderão exercer a ação cuja prescrição ocorrerá em cinco anos depois de outorgado o ato.
O autor da ação tem opção para demandar a nulidade ou um reajuste eqüitativo do convênio, porém a primeira destas ações se transformará em ação de reajuste se este for oferecido pelo demandado ao contestar a demanda."(Tradução obtida em: SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 161-162).

[507]Cf. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 92.

desproporção apenas faz presumir prova do aproveitamento por parte do beneficiário, cabendo ao lesado demonstrar sua situação de inferioridade.[508]

No direito portenho se verifica a ingerência do princípio da conservação do negócio jurídico dado que se possibilita ao lesado a propositura de ação judicial que objetive a invalidação do negócio ou o reajuste das prestações.

De outro lado, o beneficiário poderá se opor à ação de anulação transformando-a em ação de reajuste caso assim o peça em sua contestação.[509]

---

[508]CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico.* Con la colaboración de Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986. p. 484-485.
[509]CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico*, cit., p. 488.

7. LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

7.1. Conceito

O Código Civil de 2002 previu o instituto da lesão no artigo 157, entre as hipóteses de defeito do negócio jurídico, estipulando sua configuração "quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta".[510]

Assim, ao contrário do que ocorria no Código Civil de 1916, o instituto da lesão foi expressamente positivado no Código atualmente em vigor, passando a abarcar as relações jurídicas de uma forma genérica, sem as restrições da Medida Provisória 2.172-32.[511]

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO identifica três espécies de lesão: a lesão enorme ou lesão propriamente dita (proveniente do direito romano); a lesão usurária ou usura real (das leis de economia popular); e a lesão especial (do atual Código Civil). Em comum possuem a característica do elemento objetivo, consistente no desequilíbrio entre as prestações estipuladas em contrato oneroso[512], com prejuízo para uma das partes e benefício para outra.[513]

De outro lado, diferem essas três espécies no fato de que na lesão enorme há apenas esse requisito objetivo, o desequilíbrio entre as prestações; na lesão usurária também a necessidade do dolo de aproveitamento do beneficiário e uma situação de inferioridade do

---

[510]Dispõe o artigo 157 do Código de Civil:
"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."

[511]Como visto no item 5.5.3, havia resistência à aplicação civil das Leis de Economia Popular (Decreto-Lei nº 869/38 e Lei nº 1.521/51); no item 5.5.4 abordou-se a Medida Provisória nº 2.172-32 e discorreu-se sobre quais relações jurídicas incidia; e a lesão consumerista somente incide nas relações de consumo (item 7.4.1).

[512]Segundo se discorrerá no item 7.4., ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO se coloca dentre os autores que admitem possível a lesão nos contratos aleatórios. (*Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 207-208).

[513]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 204-206.

lesado; e, na lesão especial, além do requisito objetivo, a situação de inferioridade já mencionada.[514]

A lesão especial ou lesão-vício[515] do Código Civil de 2002 se caracteriza pelo prejuízo experimentado pelo lesado por haver assumido prestação manifestamente desproporcional à da outra parte em decorrência de situação de vulnerabilidade quando da celebração do negócio.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ressalvando que se trata de conceituação genérica, define a lesão como "o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes".[516] E realmente essa conceituação circunscreve-se ao instituto da lesão tal como pensada em seus primórdios ou, ainda, de uma forma ampla, sem se adequar à lesão atualmente positivada já que não faz referência ao estado de vulnerabilidade da parte lesada.

MARIA HELENA DINIZ conceitua a lesão como "um vício do consentimento decorrente do abuso praticado em situação de desigualdade de um dos contratantes, por estar sob premente necessidade, ou por inexperiência, visando protegê-lo, ante o prejuízo sofrido na conclusão do contrato comutativo, devido à desproporção existente entre as prestações das duas partes, dispensando-se a verificação do dolo, ou má-fé, da parte que se aproveitou". Apesar de a autora ter advertido mais à frente que é dispensada a verificação da má-fé ou dolo "da parte que se aproveitou", em seu início o conceito declara que a lesão é um vício "decorrente do abuso praticado", tornando-o ambíguo. [517]

Menciona-se também o conceito de ANA LUIZA MARIA NEVARES que define a lesão como "a desproporção que ocorre entre as prestações de um contrato, no momento de

---

[514]Quando dessa classificação, o artigo 157, espécie de lesão especial mencionada por ANTONIO JUNQUERIA DE AZEVEDO, existia apenas no âmbito do então Projeto 634-B, de 1975 que posteriormente veio a se tornar no Código Civil de 2002. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial,* cit., p. 204). Outros autores utilizam essa classificação: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 234 e ss.; LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral, cit., p. 440-441. NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY também utilizam a expressão lesão especial para identificar a lesão instituída pelo Código Civil e expressamente creditam sua criação a ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, mas acrescem mais uma espécie, a lesão consumerista (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados,* cit., p. 75-76).

[515]Ambas as expressões são utilizadas na obra de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO (*Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 234).

[516]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil, cit., v. 1, p. 544.

[517]DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado,* cit., p. 156-157.

sua celebração, oriunda do aproveitamento, por uma das partes contratantes, da situação de inferioridade em que se encontrava a outra".[518]

Porém, não se pode com ele concordar diante da menção da necessidade de "aproveitamento" da parte beneficiária da desproporção.[519]

Diante das posições sustentadas nos itens que seguem a lesão pode ser definida como defeito do negócio jurídico caracterizado por uma manifesta desproporção entre as prestações assumidas pelas partes, decorrente de premente necessidade ou inexperiência de uma delas e que acarreta a anulação do contrato firmado, salvo se obtido posterior equilíbrio entre as prestações por atuação das partes ou por intervenção judicial.

7.2. Natureza jurídica

Há diferentes opiniões acerca da natureza jurídica da lesão, dentre elas as que a classificam como espécie de proteção legal, vício por ausência de causa, vício do consentimento e como vício de natureza mista.[520]

O primeiro cuidado no presente tema é verificar a existência de diversas espécies de lesão[521], as quais, diante da diversidade de características, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO se refere como três diferentes institutos jurídicos que receberam a mesma denominação.[522]

---

[518]NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 19, p. 40, ago./dez. 2001. Também cabe mencionar o conceito de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR para quem a lesão "consiste na hipótese em que a pactuação do negócio tenha sido fruto de premente necessidade ou de inexperiência de uma das partes, circunstâncias que foram determinantes das prestações avençadas de maneira manifestamente desproporcional". (*Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 225). Em que pese a precisão desse conceito, é mencionado aqui com a ressalva de que em outro trecho o autor declara ser presumido o dolo de aproveitamento do beneficiário da lesão. (*Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 231-234).

[519]Sobre o assunto vide item 7.3.3. infra.

[520]Sobre essas diversas teorias: RIZZARDO, Arnaldo. *A ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito,* cit., p. 108-112; SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 176-184.

[521]A propósito: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 234-239; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados,* cit., p. 175-176. Já CARLOS FERNANDO CARVALHO MOTTA FILHO nega a existência de diferentes espécies de lesão. (Ensaio sobre a lesão contratual nas relações de consumo, segundo a nova ordem civil, cit., p. 95-96).

[522]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*, cit., p. 204.

Como visto, há a lesão nos moldes do direito romano e, em termos, do francês[523], em que nada se perquire acerca das partes que entabulam o negócio; há a lesão com as características do direito alemão, italiano e, entre nós, das leis de economia popular, em que também se exige configuração de elementos subjetivos, tanto na pessoa do lesado, quanto na do beneficiário da lesão; e há também a lesão do Código Civil de 2002 em que, além da desproporção entre as prestações se afere apenas circunstâncias pessoais em relação ao lesado.[524]

Ressalta-se aqui essa distinção dos elementos que configuram as várias espécies de lesão, pois a relevância ou ausência de um desses elementos em determinada espécie fundamenta de melhor ou pior forma a inserção do instituto sob uma ou outra natureza jurídica.

Assim, enquadrar a lesão dentre os vícios de consentimento parece ter mais lógica quando estão presentes elementos subjetivos que, justamente, denotam que a vontade do lesado estava de alguma forma viciada na oportunidade em que celebrou o negócio. [525]

Outra dificuldade à definição da natureza jurídica da lesão decorre do fato de que no direito romano e no sistema italiano[526] se mencionar que a lesão acarreta a rescisão do contrato e, em tantos outros, como o alemão e o adotado no Código Civil, implicar em nulidade ou anulabilidade, respectivamente.

A diferença histórica entre rescindibilidade e anulabilidade decorre do fato de que esta se vincula aos vícios de consentimento e aquela à repressão de injustiça, de desigualdades. Portanto, na lesão e estado de perigo não haveria propriamente vício no que se refere à vontade, mas ao conteúdo econômico do negócio jurídico.[527]

É de se dizer que essa distinção não foi ignorada pela comissão que elaborou o Código Civil, pois, quando da tramitação do projeto de lei que originou esse estatuto, a não

---

[523]No que se refere às alienações imobiliárias e partilha, porque há também a lesão prevista para os atos de administração dos incapazes. Sobre o assunto vide item 6.1.

[524]Na posição aqui adotada, pois, como se vê no item 7.3.3., há quem entenda que mesmo no âmbito do Código Civil de 2002 é necessário elemento subjetivo na pessoa do beneficiário, apenas não se exige sua prova por ser presumido.

[525]Tanto é assim, que os autores franceses que classificam a lesão como um defeito do consentimento superam essa aparente falta de fundamento ponderando que somente uma vontade viciada pode justificar a emissão de consentimento para a formação de um contrato tão desequilibrado, de forma que a manifestação da vontade seria presumidamente viciada em que pese nada constar nesse sentido naquele sistema. (RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento,* cit., p. 205-207.)

[526]No direito italiano a lesão e o estado de perigo (artigos 1447 e 1448 - *stato di bisogno* e *stato di pericolo*) não são hipóteses de anulabilidade, mas de rescindibilidade.

[527]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 203.

adoção do sistema italiano foi objeto crítica.[528] MOREIRA ALVES, responsável pela parte geral do anteprojeto do Código Civil de 2002, refutou-a, ponderando que mesmo na doutrina italiana há discussão acerca da utilidade da distinção sob o fundamento de que a rescindibilidade é na realidade uma espécie de anulabilidade que atinge o negócio jurídico da mesma forma que outros vícios da vontade.[529]

ORLANDO GOMES enfrentou a questão da natureza jurídica sob outro enfoque, negando o caráter de lesão às espécies que não se enquadrassem nos moldes da concepção romana. Portanto, para esse autor, somente é lesão se houver um desequilíbrio entre as prestações que acarrete a rescisão do negócio.[530]

A ferrenha crítica do autor à incorporação de novos requisitos e conseqüências à lesão do direito romano, de forma a descaracterizar o instituto originalmente concebido naquela época, tem a virtude de apontar os motivos pelos quais a doutrina moderna debate diversos aspectos da lesão, dentre eles sua natureza jurídica. Nesse ponto, muito útil a transcrição do seguinte trecho:[531]

> "o expediente de recorrer aos velhos conceitos e modernizá-los por completa subversão, acarreta inconvenientes de monta, quer sob o aspecto doutrinário e técnico, quer sob o ponto de vista prático. Em regra, a subversão conceitual não consegue libertar-se de certos princípios informativos ou de conseqüências lógicas do instituto ou regra subvertida, de modo que, não raro, falta correspondência, ressaltando-se, ao vivo, a ilogicidade desse hibridismo histórico."

Mas, correto ou não, o fato é que ordenamentos de diferentes países incorporaram institutos semelhantes entre si e identificados com o previsto na Lei Segunda, pois definem o tratamento jurídico a ser dado a contratos em que se verifique uma desigualdade relevante entre as prestações assumidas pelas partes.

---

[528]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. p. 61-63.

[529]ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 65-66.
Sobre o assunto TERESA ANCONA LOPES relata que o melhor tratamento para a lesão e estado de perigo é a rescisão do direito italiano, mas pondera que a questão ficou bem solucionada no Código Civil, porque sua inserção junto aos demais vícios do consentimento foi feita de forma coerente e, também, porque a criação da rescisão – estranha à nossa tradição – não compensaria diante da proximidade entre ela e a anulação. (LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*, São Paulo. São Paulo, n. 68, p. 60, dez. 2002).

[530]GOMES, Orlando. *A crise do direito,* cit., p. 186-191. Assim, ORLANDO GOMES excluía expressamente do âmbito da lesão a usura real (ou lesão usurária como atualmente se referem autores como AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 234-239) que exige requisitos subjetivos (*Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 234-239).

[531]GOMES, Orlando. *A crise do direito,* cit., p. 187-188.

Após discorrer sobre as diferentes correntes sobre a natureza jurídica da lesão e demonstrar que ela pode estar caracterizada independentemente da configuração das demais espécies de defeito do negócio jurídico, HÉLIO BORGHI conclui que se trata de uma "proteção legal à parte desfavorecida no ato ou no negócio jurídico".[532]

Ocorre que desta premissa, existência da lesão desacompanhada de outros vícios como o dolo e a coação, não se pode extrair a conclusão de que não se trata de defeito do negócio jurídico, ao contrário, somente se pode concluir pela autonomia do instituto.

Ademais, se é certo que a lesão concede uma "proteção legal", não é menos correto que inúmeras outras disposições legais de diferentes áreas do ordenamento jurídico conferem um tratamento protetivo, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e até mesmo os artigos que instuem o erro, dolo e coação como hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico. Desta forma, não parece que a solução apresentada tenha efetivamente definido a espécie de instuto jurídico que consiste a lesão.

De outro lado, há autores que entendem que a natureza jurídica da lesão se prende à causa do negócio jurídico.[533]

Nessa concepção, aduz-se que a característica principal da lesão é o desequilíbrio entre as prestações porque esse elemento objetivo está presente em todas as espécies de lesão. Em outras palavras, como o elemento subjetivo está ausente em algumas espécies de lesão, não serviria com fundamento para a definição de sua natureza jurídica.

Assim, a partir do entendimento de que a existência de desequilíbrio entre as prestações suprime a causa do negócio jurídico fundamenta-se que a ausência desta consiste na natureza do negócio jurídico.

SILVIO RODRIGUES também discorre sobre o dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica da lesão e acaba por adotar a posição daqueles que a encaram como um vício de consentimento justificando sua posição no fato de que "a lesão, na forma disciplinada nas legislações modernas, perdeu o caráter objetivo de que vinha marcada no direito romano".[534]

---

[532]BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 39-40.
[533]PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 107-111.
[534]RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento,* cit., p. 209.

Aponta esse autor que a lesão é constituída por um aproveitamento da necessidade ou inexperiência do outro, decorrendo num ínsito vício da vontade, que, respectivamente, aproxima a lesão da coação e do dolo.

Ressalve-se, porém, que essa posição foi exarada quando vigente entre nós a Lei nº 1.521/51, lei de economia popular que, como se viu[535], exigia o dolo de aproveitamento em relação ao beneficiário da desproporção.

ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS dissertou sobre a lesão na vigência do Código Civil de 2002 e também concluiu que se trata de vício do consentimento. Aduz que há um "consentimento patológico" caracterizado por uma ausência de "liberdade plena" (necessidade) ou de "conhecimento pleno" (inexperiência).[536]

E complementa o autor que apesar de o requisito objetivo da desproporção entre as prestações enfraquecer "a tese de que a lesão é um dos vícios do consentimento, não lhe retira o caráter de tal, porque a vontade foi manifestada em estado patológico que desmerece o caráter real do ato".[537]

Entretanto, nenhuma dessas posições — que se trataria de vício por ausência de causa ou de um vício do consentimento — parece ser a interpretação que melhor se coaduna com a lesão tal como instituída no Código Civil de 2002, pois se é certo que foi prevista dentre as diferentes hipóteses de defeito dos negócios jurídicos[538], de outro é muito claro que não basta que exista um vício na vontade.

Não parece ser possível simplesmente ignorar um requisito fundamental para a configuração da lesão no âmbito do Código Civil – a desproporção entre as prestações – que inclusive pode vir desacompanhada do elemento subjetivo em outros ordenamentos, e vice-versa.

RODOLFO SACCO, discorrendo sobre os autores italianos que ora enquadram lesão e estado de perigo como vícios de consentimento, ora como defeito originado na

---

[535]Item 5.5.3.
[536]SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 178-184.
[537]SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 182.
[538]Nesse sentido: CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 165; LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico, cit., p. 59; MOTTA FILHO, Carlos Fernando Carvalho. Ensaio sobre a lesão contratual nas relações de consumo, segundo a nova ordem civil, cit., p. 94. SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 180; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 225.

turbação da causa, pondera – e nisso perfeitamente aplicável entre nós – que não é possível eleger um dos elementos desses vícios ignorando o outro.[539]

Desta forma, apesar de a lesão relacionada no Código Civil de 2002 em conjunto com outros vícios do consentimento, possui caráter específico que o distingue dos demais defeitos.

ARNALDO RIZZARDO, em que pese discorrendo em momento anterior, adota a tese de que a lesão se insere dentre as hipóteses de vício do consentimento, de natureza diversa das hipóteses de erro, dolo e coação, já que exige um estado de vulnerabilidade ou inexperiência, um querer defeituoso. Mas destaca que isso não basta para fundamentar a lesão, já que é necessário também o desequilíbrio entre as prestações. Assim, a natureza jurídica da lesão seria composta por esses dois elementos.[540]

Nesse ponto, discorre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que a lesão não é "puramente um vício do consentimento" uma vez que a desconstituição do negócio jurídico não decorre de uma mera "desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada". A lesão residiria numa "zona limítrofe" e se trataria de espécie *sui generis* de defeito do negócio jurídico por conter esse elemento objetivo.[541]

Também nesse caráter híbrido, a abalizada opinião de TERESA ANCONA LOPES que afirma existir na lesão e no estado de perigo um "elemento extrínseco que afeta a declaração de vontade" consistente no rompimento do sinalagma genético, "o que faz com que ambos os defeitos não sejam vícios do consentimento no sentido estrito e próprio, apesar de assim considerados pelo legislador de 2002". E complementa que "há, evidentemente, uma diminuição da liberdade no momento da declaração, mas que por si só não configura o negócio em estado de perigo".[542]

Portanto, a lesão é um defeito do negócio jurídico que, como tal, constitui hipótese de anulabilidade deste, mas que, contudo, difere das tradicionais hipóteses de vício da

---

[539]SACCO, Rodolfo. *Il contrato,* cit., p. 358.
[540]RIZZARDO, Arnaldo. *A ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito,* cit., p. 108-112.
[541]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil, cit., v. 1, p. 545-546.
[542]LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico, cit., p. 59. Cumpre salientar que a autora pondera que o elemento preponderante é a desproporção, mas, como transcrito, não prescinde do elemento subjetivo.

vontade já que requer, além do "consentimento patológico"[543], esteja caracterizada a desproporção manifesta entre as prestações.

7.3. Requisitos

7.3.1. Desequilíbrio entre as prestações[544]

O presente requisito, também identificado como elemento objetivo da lesão, implica na análise das prestações assumidas pelas partes e verificação da existência ou não de equilíbrio na relação jurídica.

No direito romano e em outros ordenamentos jurídicos posteriores[545] a análise do desequilíbrio entre as prestações era tarifada[546], ou seja, definida de forma taxativa em lei.

Assim, por tal concepção, atingido o percentual legal concluía-se pelo desequilíbrio entre as prestações gerando a possibilidade de anulação desde que satisfeitos os demais requisitos. De outro lado, não atingido o patamar legal, não estaria satisfeito o elemento objetivo da lesão e o negócio jurídico é válido.

RENAN LOTUFO refere-se ao "problema da mensuração da desproporção" e relata que diversas codificações, como a italiana[547], optam pela tarifação.[548]

A tarifação do elemento objetivo da lesão foi adotada nas leis de economia popular que estabeleceram existirem prestações desproporcionais quando fosse caracterizado lucro patrimonial de uma das partes superior a um quinto do valor justo ou corrente. [549]

---

[543]Na expressão de ANTONIO JEOVÁ SANTOS (*Função social do contrato,* cit., p. 181).

[544]Esse requisito também é denominado pela doutrina de elemento ou requisito objetivo (Cf., respectivamente, NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 44; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 374).

[545]Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral*,* cit., v. 1, p. 468. Por exemplo, no Código Civil Francês (item 6.1.) e nas Ordenações (item 5.5.1).

[546]A expressão tarifação ou tarifação legal é comumente encontrada na doutrina que comenta o instituto da lesão como forma de identificar os ordenamentos jurídicos em que a desproporção entre as prestações se verifica a partir de patamar previamente estabelecido em lei. (v.g. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 106).

[547]Vide item 6.3.

[548]LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral, cit., p. 441.

[549]Decreto-Lei nº 869/38 e Lei nº 1.521/51. Vide item 5.5.3.

A tarifação prevista nessas leis foi objeto de críticas da doutrina civilista que, apesar de reconhecer sua utilidade na esfera penal, entendia não solucionar adequadamente a questão no âmbito civil, pois haveria casos em que, embora não atingido o percentual legal, seria possível reconhecer o desequilíbrio entre as prestações.[550]

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, à época da discussão do projeto do Código Civil, ponderava que deveria ser afastada a tarifação legal, pois a pretensão do legislador de escapar do arbítrio do juiz, com a fixação de parâmetro legal rígido, acarretaria num arbítrio maior porque o decorrente da lei não seria "suscetível de adaptação à realidade". E prossegue o doutrinador ilustrando sua conclusão com a hipótese de a lei fixar como desproporcional a prestação equivalente a cinqüenta por cento do preço justo; se viesse a ser apurada uma diferença entre as prestações de quarenta e nove por cento num caso concreto "o juiz não poderá restabelecer o equilíbrio, por ter faltado a diferença mínima de um por cento"[551].

Nessa esteira, o Código Civil de 2002 realmente abandonou a tarifação prevista na Lei de Economia Popular[552] e, nos termos do seu artigo 157, encarregou ao prudente arbítrio do juiz o encargo de aferir a existência de "prestação manifestamente desproporcional".

Ressalte-se que nesse critério utilizado no artigo 157 do Código Civil de 2002, não é qualquer desequilíbrio que caracteriza a lesão, mas somente aquele relevante, pois "é comum a desproporção mínima entre as prestações".[553]

Nessa linha, ANELISE BECKER discorre que há que se admitir certa desproporção entre as prestações porque é indiscutivelmente lícito, moral e útil às relações jurídicas conceber que alguém elabore mercadorias ou simplesmente as adquira, lucrando posteriormente na diferença entre o custo de produção ou aquisição e o valor da posterior venda.[554]

---

[550]MARCELO GUERRA MARTINS pondera que diante do princípio da tipicidade o sistema tarifado é justo e seguro no âmbito criminal, mas engessa o livre convencimento do juiz na apuração da ocorrência ou não da lesão no âmbito civil. (*Lesão contratual no direito brasileiro,* cit.,p. 201-202).

[551]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 188.

[552]O que foi objeto de aplauso por alguns autores (Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 44; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 472).

[553]LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 565. No mesmo sentido: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que discorre que o que se reprime é a exorbitância do lucro. (*Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 221 e p. 227-228).

[554]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 109-110.

ROBERTO SENISE LISBOA sugere que, apesar de o Código Civil não ter estabelecido parâmetro fixo para aferição da desproporção, é possível a aplicação analógica do critério estabelecido na Lei de Economia Popular, ou seja, a caracterização de desproporção superior a vinte por cento entre as prestações poderia configurar, mediante a análise de outras circunstâncias do caso concreto, o elemento objetivo da lesão instituída pelo Código.[555]

Realmente imprescindível que outras circunstâncias do caso concreto sejam conjuntamente avaliadas, como o tipo de contrato, as condições de mercado a ele atinentes especificamente, os riscos do negócio assumidos por cada uma das partes, pois por vezes uma desproporção de apenas vinte por cento entre as prestações pode não configurar uma prestação "manifestamente desproporcional".[556]

Mas, de se dizer, trata-se apenas de um dentre os muitos parâmetros passíveis de utilização, pois como o Código Civil estipulou um conceito aberto no requisito objetivo da lesão, a desproporção entre as prestações será apurada em cada caso concreto.[557]

7.3.2. Circunstâncias pessoais do lesado

Como visto acima[558], não havia qualquer requisito subjetivo para a formação da lesão no âmbito do direito romano, seja em relação ao beneficiário da lesão, seja quanto ao lesado, restringindo-se à análise da existência de desproporção entre as prestações.

---

[555]LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 565.

[556]ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO que, em tempos de inflação elevada, julgava ser uma diferença insignificante (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial,* cit., p. 208).

[557]NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 44. Na aplicação desse conceito aberto decidiu o Tribunal de Minas Gerais que a redução da obrigação assumida por uma das partes em quinze por cento num acordo extrajudicial não configura o requisito objetivo da lesão e, portanto, não gera a anulação da transação, em que pese configurada a premente necessidade e também o dolo de aproveitamento da parte beneficiária (elemento desnecessário para configuração da lesão no âmbito do Código Civil de 2002 - vide item 7.3.3.). (TJMG, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, Processo nº 1.0024.06.045765-2/001(1), j. 06/03/2008. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=45765&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=lesão%20e%20"premente%20necessidade"&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 13 dez. 2008.

[558]Item 5.2.

A verificação das condições pessoais das partes envolvidas no negócio é questão afeta a uma concepção posterior e que nem por isso se faz presente em todos os ordenamentos jurídicos.[559]

Nos termos do artigo 157 do Código Civil de 2002 "ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência" assume uma prestação manifestamente desequilibrada em relação à da parte contrária. Portanto, há na lesão instituída entre nós um elemento subjetivo que remete às circunstâncias particulares do lesado que, nos termos do dispositivo legal, se referem à sua "premente necessidade" ou inexperiência.

Como bem pondera ANA LUIZA MAIA NEVARES, essas "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".[560]

A expressão "premente necessidade" tem fundamento econômico e "caracteriza uma situação extrema, que impõe ao necessitado a inevitável celebração do negócio prejudicial".[561]

Cumpre esclarecer que em que pese a "premente necessidade" tenha cunho econômico, a lesão não se vincula a um estado de penúria da parte lesada, mas a uma imprescindível contratação no caso concreto.[562]

É certo que a "premente necessidade" pode decorrer da pobreza da parte lesada, porém, como bem pondera SÍLVIO DE SALVO VENOSA, a ela não se restringe, pois não se trata de estado de necessidade ou de perigo, mas de "indispensabilidade de contratar".

---

[559]Mas nem por isso é possível concordar com SÍLVIO DE SALVO VENOSA de que a dicotomia entre elemento objetivo e elemento subjetivo reflete uma concepção mais atual da lesão (*Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 471). Como se viu, já na Idade Média se observou a inserção do elemento subjetivo no conceito de lesão (vide item 5.3.) e ainda hoje o direito francês dispensa elemento subjetivo para a configuração da lesão nas alienações imobiliárias. (sobre o assunto: item 6.1.).

[560]NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 46.

[561]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 374.

[562]Cf. MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 9. Tb. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 165. Reconheceu o Tribunal de Justiça de São Paulo que está presente a premente necessidade na hipótese em que a parte firma documento para manter fornecimento de energia elétrica. (TJ-SP, Rel. Des. Artur Marques, 35ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão, nº 1182696004, j. 14/07/2008. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>. Acesso em: 10 dez. 2008.

Assim, conclui o autor, a eventual fortuna detida pelo lesado é irrelevante, pois esta não consegue afastar a premente necessidade em realizar determinado contrato. [563]

ROBERTO SENISE LISBOA observa que no caso da premente necessidade o lesado acaba por entabular o negócio jurídico para evitar um dano ainda maior e que, não fosse tal circunstância, não contrataria.[564]

A inexperiência, segundo espécie de circunstância pessoal que pode vivenciar o lesado quando da contratação a ensejar a verificação da lesão, se refere à falta de conhecimento de aspectos técnicos do negócio firmado e não à ignorância, analfabetismo ou inexperiência de vida do lesado.[565]

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA discorre que "inexperiência não quer dizer incultura, pois que num 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" e sintetiza, que, no caso, o que se busca é a inexperiência contratual, que será objeto de apuração em relação ao tipo de negócio realizado e a pessoa do contratante.[566] Desse modo, o lesado deverá demonstrar sua inexperiência técnica, contratual, naquele determinado caso concreto.[567]

A exemplo do que se viu na premente necessidade, a caracterização da inexperiência poderá ser mais facilmente comprovada em razão da inexperiência geral da parte contratante, mas a isso não se restringe pois o que se busca aqui é a ausência de vivência específica nos usos e costumes do negócio celebrado[568], o que pode perfeitamente ocorrer com pessoas dotadas de estudo e cultura geral que, contudo, não abrangem os meandros e especificidades do contrato lesivo.

Aliás, nesse ponto, importante fazer referência ao Enunciado nº 290 da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça

---

[563]VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 473. No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 165.

[564]LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 566.

[565]Cf. MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 9.

[566]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 9.

[567]O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entendeu estar presente o requisito da inexperiência quando as partes entabulam acordo para extinguir processo judicial, mas apenas uma foi representada por advogado. (TJDFT, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, Apel. Cível 20051010067326, j. 30/11/2006. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=6&PGATU=1&l=20&ID=61340,58549,30661&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>. Acesso em: 12 dez. 2008).

[568]Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 566.

Federal em 2006, no sentido de que a premente necessidade e a inexperiência não se presumem.[569]

Acresça-se que há uma terceira circunstância pessoal do lesado, a leviandade, não descrita no Código Civil de 2002.

A leviandade consiste na atuação inconseqüente do lesado que entabula negócio jurídico sem refletir suficientemente sobre os efeitos de seus atos.[570]

Essa hipótese de situação de inferioridade foi inserida como uma das espécies de elemento subjetivo da lesão no contexto da Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521/51) e era objeto de crítica de ao menos parte da doutrina, sob o fundamento de que viabilizava a invalidação do negócio jurídico por quem não tomou as mínimas cautelas na assunção de obrigações.[571]

As críticas foram acolhidas pelo legislador, pois a leviandade não consta do artigo 157 do Código Civil, razão pela qual concordamos com a parcela da doutrina que entende que sua presença não permite a anulação do negócio jurídico.[572]

Com efeito, em matéria de invalidades a interpretação deve ser restritiva e, ademais, não cabe viabilizar a anulação do negócio jurídico por quem atua de forma irrefletida, sem atinar para suas conseqüências.

---

[569]Enunciado 290: "A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas entre as partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[570]Cf. BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 122.

[571]Cf. MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 10.

[572]Cf. PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro,* cit., p. 81; GAGLIANO, Pablo Stolze; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 377; NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 47.

Mas há quem entenda estar implícita a leviandade no contexto do artigo 157. Nessa linha, a tentativa de aprovação do seguinte Enunciado nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Dentre os elementos subjetivos que marcam a situação de inferioridade da vítima na lesão, encontra-se implicitamente, além da necessidade e da inexperiência, também a leviandade." (Enunciado proposto por Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha. PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2007). Contudo, em sua obra WLADIMIR ALCIBÍADES MARINHO FALCÃO CUNHA não se manifesta por uma interpretação extensiva do artigo 157 (*Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 164).

ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS, por sua vez, vai ainda mais além para admitir interpretação extensiva do dispositivo legal e acolher quaisquer hipóteses em que se verifique a deficiência de discernimento do lesado. (*Função social do contrato,* cit., p. 191).

7.3.3. Desnecessidade de elemento anímico do beneficiário

Caracteriza-se o dolo de aproveitamento quando o beneficiado pelo desequilíbrio tem ciência do estado psíquico do lesado, ou seja, de sua premente necessidade contratual ou inexperiência contratual[573] e disso se aproveita para obter lucro desproporcional.[574]

Na dicção do artigo 157 não consta qualquer nota de intenção do beneficiário do desequilíbrio, razão pela qual não se concorda com a parcela da doutrina adiante aludida que entende que o Código Civil de 2002 exigiu dolo de aproveitamento para a configuração da lesão.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO declara que o Código Civil de 2002 aboliu a necessidade de provar a má-fé do beneficiado pela desproporção entre as prestações e criou um novo tipo de lesão.[575]

Esse é também o entendimento de MARCELO GUERRA MARTINS que, comentando a lesão no então projeto do Código Civil, mas já na redação final do dispositivo, assevera que "não se pode esquecer que o dolo de aproveitamento somente é exigível na lesão usurária, sendo certo que o Projeto em tela trata da lesão especial".[576]

MARIA HELENA DINIZ, denomina a lesão do Código Civil de objetiva, pois prescinde de comprovação do dolo de aproveitamento do beneficiário da lesão. [577]

---

[573]Ou ainda da leviandade, para quem a admite (vide item anterior).

[574]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 167; MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 10.

[575]AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, . 237.
No relatório da Comissão Revisora do Código Civil, na passagem em que se justifica a existência dos institutos da lesão e do estado de perigo, se apresenta como outro elemento distintivo desses institutos o fato de o estado de perigo exigir o conhecimento da parte beneficiada do estado da parte prejudicada, o que não ocorre na lesão. (*in* ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 150-151). Aliás, MOREIRA ALVES relata em outro texto que a lesão do Código Civil "não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido (...) mas, sim, em proteger o lesado, tanto que, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que a outra parte tem de conhecê-lo, na lesão esse conhecimento é indiferente para que ela se configure". (ALVES, José Carlos Moreira. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. *Diritto@Storia*, n. 5, 2006, Tradizione Romana. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>. Acesso em: 18 nov. 2008).

[576]MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 190. No mesmo sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 377.

[577]DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 454. Apesar de designar a lesão do Código Civil de objetiva (podendo gerar certa confusão com a lesão efetivamente objetiva do direito romano), a autora exige a presença das circunstâncias pessoais do lesado identificando-as como "requisito subjetivo".

De outro lado, há autores que discordam, declarando estar implícito o elemento subjetivo do beneficiário no contexto da lesão, apenas dispensando a parte lesada de sua comprovação.[578]

Nessa ótica, o Código presumiria a má-fé do beneficiário diante da prova da existência de situação de inferioridade do lesado e de manifesta desproporção entre as prestações e, sendo assim, caberia a ele, beneficiário, demonstrar não ter agido com dolo de aproveitamento para superar a presunção legal.[579] Assim, tratar-se-ia de presunção relativa de dolo de aproveitamento, de forma que poderia o beneficiário da lesão impedir a anulação do negócio comprovando que não abusou da situação de inferioridade do lesado.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR exemplifica que "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".[580]

ANELISE BECKER, ao seu turno, discorre que cabe ao "contratante beneficiado pelo contrato o ônus de demonstrar que, embora contrário ao que parece ser, não houve uma situação de inferioridade – pelo que se exclui o aproveitamento – ou que não a aproveitou ou explorou".[581]

Porém, as hipóteses levantadas recaem sobre outros requisitos da lesão, como sobre o próprio estado de vulnerabilidade de uma das partes, ou ainda sobre a exigência de equivalência entre as prestações, pois na medida em que há "ânimo caritativo ou altruístico" não haveria efetiva comutatividade entre as prestações, pelo que não há que se falar em equilíbrio econômico contratual e muito menos em lesão.

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY comungam da opinião de que a parte beneficiária da lesão especial sequer precisa conhecer o estado de inferioridade do lesado, de forma que a lesão ocorre independente de dolo ou culpa do beneficiado. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados,* cit., p. 76).

[578]Nessa posição: NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 48; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 231-233; e BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 115-120. Cumpre ponderar, entretanto, que a última autora não se refere especificamente ao Código Civil de 2002, mas ao projeto posteriormente aprovado.

[579]HUMBERTO THEODORO JUNIOR justifica que tal presunção legal veio inserida no Código Civil diante da dificuldade da prova do estado anímico do beneficiário, uma das razões da pouca utilização do instituto na prática forense. (*Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 232-233-240).

[580]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 233.

[581]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 119.

Outro argumento levantado por HUMBERTO THEODORO JUNIOR consiste no fato de o Código Civil ter adotado a teoria da confiança[582] em todo o sistema dos defeitos do negócio jurídico, razão pela qual o tratamento da lesão não poderia ser diferente e ter caráter exclusivamente objetivo. Para o autor "a boa ou má-fé assim como a deslealdade não podem deixar de influir na conduta daquele a quem aproveita a lesão".[583]

Ocorre, porém, que a lesão não é um vício do consentimento no "sentido estrito e próprio", para utilizar a expressão de TERESA ANCONA LOPES mencionada anteriormente[584], já que ao lado da divergência entre a vontade interna e a exteriorizada há também a ruptura do sinalagma genético.

A base da teoria da confiança é o fato de a "declaração provocar uma reação no meio a que ela se dirige, criar aí uma justa expectativa de negócios", motivo pelo qual não é justo decepcionar aqueles de boa-fé que nela confiaram; que se respaldaram na sua "aparência de manifestação volitiva adequada".[585]

Na lesão, ao contrário de vícios do consentimento como o erro, não há uma mera divergência entre a vontade interna e a exteriorizada da parte declarante, de forma a ensejar uma escolha pelo sistema jurídico em priorizar a posição do declarante ou do destinatário. Aqui há um dado objetivo aferido, ou no mínimo aferível, desde logo pelo destinatário da declaração que é justamente o desequilíbrio manifesto entre a sua prestação e a do declarante.

Portanto, a solução ora defendida — não-exigência de dolo de aproveitamento para configuração da lesão — não tem o condão de fazer a lesão destoar do restante do sistema porque não há "justa expectativa" de um contrato hígido por parte do beneficiário em razão das prestações severamente desequilibradas.

Servem de maneira precisa as palavras do próprio HUMBERTO THEODORO JÚNIOR de que no sistema do Código Civil de 2002 "a invalidação não virá apenas do plano íntimo ou subjetivo do declarante, mas sobretudo do comportamento de quem com ele contratou, de modo censurável, extraindo vantagens injustas, que poderiam ser evitadas

---

[582]Essa teoria foi abordada no item 3.3.
[583]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 233. p. 231.
[584]LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico, cit., p. 59.
[585]RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios do consentimento,* cit., p. 37.

caso o comportamento do beneficiário se pautasse pela diligência própria do contratante probo e leal."[586]

Assim, comunga-se do entendimento aparentemente dominante, expressado no Enunciado 150 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, com os seguintes dizeres: "A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento".[587]

7.3.4. Requisito temporal. Momento de aferição da lesão

O parágrafo 1º do artigo 157 do Código Civil estipulou que o momento adequado para verificação do desequilíbrio entre as prestações é o da celebração do negócio. Portanto, é segundo os valores vigentes na época da formação do contrato que se verificará a existência ou não do desequilíbrio entre as prestações.[588]

Nesse ponto, a primeira parte do Enunciado nº 290 da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006,

---

[586]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 233. p. 623-624.

[587]PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008. Além dos autores já mencionados, comungam do entendimento de que o Código Civil não exige dolo de aproveitamento: ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico e declaração negocial,* cit., p. 206); JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas, cit.); ROBERTO SENISE LISBOA (*Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 563); TERESA ANCONA LOPES (O estado de perigo como defeito do negócio jurídico, cit., p. 58); WLADIMIR ALCEBÍADES MARINHO FALCÃO CUNHA (*Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 164). Refletindo essa discussão doutrinária, observam-se decisões judiciais em ambos os sentidos. O Tribunal de Justiça do Paraná ora exige o dolo de aproveitamento (TJ-PR, Rel. Des. Dilmari Helena Kessler, 7ª Câmara Cível, Processo nº 0366517-8, j. 29/04/2008, PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/DadosProcesso.asp?Codigo=776074>. Acesso em: 10 dez. 2008), ora não o exige (TJ-PR, Rel. Des. Jucimar Novochadlo, 15ª Câmara Cível, Processo nº 0403177-6, j. 02/05/2007. PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=11&TotalAcordaos=17&Historico=1&AcordaoJuris=569339>. Acesso em: 10 dez. 2008).

[588]Nessa linha: CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 164; DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil comentado,* cit., p. 144; LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral, cit., p. 441; NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 44-45; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 225.

orienta que "a lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a desproporção manifesta entre as prestações assumidas entre as partes".[589]

Sobre o assunto CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO aponta que a lesão atinge a formação do negócio jurídico, razão pela qual o identifica como defeito genético ou congênito.[590]

A ocorrência de desequilíbrio em momento posterior à celebração do negócio pode dar ensejo ao desfazimento ou revisão do negócio jurídico por outros motivos, não pela lesão.[591]

De outro lado, nosso ordenamento não previu a hipótese de que o desequilíbrio entre as prestações desapareça em momento posterior à celebração, tal como procederam os Códigos Civis italiano e argentino.

Com efeito, o artigo 1.448 do Código Civil italiano[592] e o artigo 954 do Código Civil argentino[593] exigem que o desequilíbrio perdure até o momento da propositura da demanda com fundamento na lesão.

Apesar de o diploma legal brasileiro não possuir norma semelhante, alguns autores entendem que o desequilíbrio deve estar presente na propositura da ação de anulação e permanecer até a prolação da sentença.[594]

ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS, que comunga desse entendimento, argumenta que "se a desproporção da prestação desapareceu, a vítima não terá interesse de agir", razão pela qual o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito.[595]

Outro é o argumento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, para quem a utilização da lesão quando foi obtido um equilíbrio posterior à celebração fere a eqüidade, mesmo se obtido "por motivo independente das partes".[596]

---

[589]PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.
[590]BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 52-53.
[591]Sobre o assunto, vide item 7.6.
[592]Dispositivo transcrito no item 6.3.
[593]Dispositivo transcrito no item 6.5.
[594]Nesse sentido: PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro,* cit., p. 87-88.
HUMBERTO THEODORO JUNIOR, em posição um pouco distinta, assevera que se o equilíbrio surgir entre a celebração e o integral cumprimento do contrato não é possível a anulação com fundamento na lesão, "porque a lesão é daqueles defeitos que a Lei permite sejam remediados *a posteriori."* Entretanto, continua o autor, se o contrato já foi cumprido o posterior equilíbrio não é suficiente para sanar o vício. (*Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 226).
[595]SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 194.
[596]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 176. Já FERNANDA IVO PIRES subscreve ambos os fundamentos, o de cunho civil e o processual (*A lesão no Código Civil brasileiro,* cit., p. 87).

ANELISE BECKER aponta que o argumento da eqüidade parece ter sentido quando o lesado é o comprador, na situação em que a coisa comprada por preço excessivo acaba por se valorizar por circunstâncias alheias a qualquer das partes. Nessa hipótese o preço pago e o valor posterior da coisa acabariam por se equilibrar.[597]

De outro lado, o mesmo não ocorreria se o lesado fosse o vendedor. Nesse caso, este recebeu preço vil pela coisa que lhe pertencia e o fato de esta se desvalorizar posteriormente não lhe diminui o prejuízo. No máximo elidirá o benefício que inicialmente obteve o comprador.

Ademais, mesmo na situação do comprador lesado "parece mais ferir a justiça contratual permanecer o contratante beneficiado com a vantagem desproporcionada que obteve abusando da situação de inferioridade da contraparte sem que tenha contribuído para que as prestações viessem a equiparar-se".[598]

Realmente, fixada a questão nos contratos de compra e venda tal como pontuado pela autora mencionada, não há como acolher a idéia da extinção do vício da lesão por imaginário equilíbrio obtido posteriormente. É princípio antigo que as venturas ou percalços que afetam a coisa implicam alteração da esfera de direitos exclusivamente de seu proprietário.[599]

Assim, valorizando-se a coisa, o acréscimo havido pertence ao seu proprietário. Se o comprador é o lesado, ou seja, adquiriu o bem por valor maior que o devido, o fato de a valorização posterior lhe impedir a utilização do instituto da lesão significa atribuir o benefício dessa valorização ao vendedor que não é mais o proprietário.

De outro lado, se a coisa alienada se desvalorizou o prejuízo deve ser suportado pelo novo proprietário. Se o lesado é o vendedor e auferiu menor preço que o devido, obstar-lhe o uso do instituto da lesão pela desvalorização posterior da coisa significa atribuir-lhe um ônus que não mais possui.

No que se refere a argumento da ausência de interesse de agir, ainda tendo em mente as hipóteses de compra e venda, é certo que tanto comprador quanto vendedor lesado não o teria para anular o negócio já que trocará um prejuízo por outro. Em outras palavras, o comprador que pagou valor maior por coisa que posteriormente se valorizou

---

[597]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 90.
[598]BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 90.
[599]Nesse sentido os artigos 235 a 241 do Código Civil.

não tem interesse em anular o contrato porque receberá o preço que atualmente equivale à coisa.

E, do ângulo do vendedor, também não terá interesse no desfazimento do negócio porque contra a devolução do preço vil recebido receberá uma coisa que se desvalorizou.

No entanto, admitindo-se a hipótese de que o lesado pode não só pleitear a anulação do negócio, mas também a revisão do preço, sempre haverá nesse último pedido interesse de agir.[600]

7.4. Objeto[601]

O campo de incidência da lesão variou muito no decorrer dos séculos, pois ora se restringiu à compra e venda[602], ora abrangeu os contratos comutativos de maneira geral[603] e há algum tempo se discute sua incidência ou não nos contratos aleatórios.

A lesão veio prevista no Código Civil de 2002 dentre as hipóteses de defeitos dos negócios jurídicos sem qualquer delimitação da sua seara, de forma que cabe aos intérpretes fixarem sua amplitude.

Em uma primeira delimitação, profícua a lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO[604] de que o vício da lesão tem por objeto apenas contratos, não se prestando à anulação dos negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais extrapatrimoniais.

Isso porque nos negócios jurídicos unilaterais há apenas uma única manifestação de vontade, provinda de um único centro de interesses, de forma que não há prestações de diferentes pessoas ou centros de interesses a se equilibrar.

---

[600]O assunto será desenvolvido no item 7.8.2. Aqui se menciona apenas o Enunciado 291 da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006, que prescreve: "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". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.
Também, a título de ilustração cumpre mencionar que ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS, que reputa não existir interesse de agir na hipótese em análise, admite a propositura de ação que tenha por objeto a revisão do preço com fundamento na lesão (*Função social do contrato,* cit., p. 205).
[601]No presente item são utilizados conceitos e classificações abordados no item 3.4.
[602]No direito romano, vide item 5.2.
[603]Nas Ordenações Filipinas, por exemplo, vide item 5.5.1.
[604]*Negócio jurídico e declaração negocial.* São Paulo: Ed. Particular, 1986, p. 207.

Já nos negócios jurídicos bilaterais extrapatrimoniais não há conteúdo econômico, "dizem respeito a direitos, em geral personalíssimos" de forma que é inviável qualquer avaliação de equivalência entre as prestações.[605]

Outro ponto que parece não haver dúvidas é acerca da aplicabilidade de lesão nos contratos comutativos (o que pressupõe seja bilateral e oneroso) porque essa espécie de contrato pressupõe a equivalência das prestações, justamente o ponto fundamental em que incide o defeito do negócio jurídico aqui abordado.[606]

SILVIO RODRIGUES é da opinião que "a lesão só é admissível nos contratos comutativos, porquanto nestes há uma presunção de equivalência entre as prestações". E prossegue o autor esboçando sua posição num dos pontos controversos nessa seara já que aduz que a lesão não incide "nos ajustes aleatórios em que, por definição mesmo, as prestações podem apresentar considerável desequilíbrio".[607]

Assim pensam diversos outros autores que não admitem a incidência da lesão nos contratos aleatórios, sob o entendimento de que é da própria natureza desses contratos o desequilíbrio entre as prestações, justamente o que a lesão visa coibir.[608]

Nesse sentido estipulou expressamente o Código Civil italiano que excluiu o contrato aleatório do âmbito de aplicação da rescisão por lesão no seu ordenamento.[609]

Mas a questão não é pacífica, e nos parece mais convicente a posição de outros tantos autores sustentam a possibilidade de a lesão ser aplicável aos contratos aleatórios.[610]

---

[605]MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 215.

[606]JUDITH MARTINS-COSTA declara entender cabível a lesão nos contratos bilaterais, onerosos e comutativos. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro,* cit., p. 107).

[607]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 224-225.

[608]ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral,* cit., p. 309; ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 150; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado,* cit., v. 2, p. 238; BARROS, Maria Accacia Silva. *A lesão nos contratos e a restrição da capacidade contratual.* Campinas, SP: LZN Ed., 2003. p. 51; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 54; BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 137 e p. 143; GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 144; GOMES, Orlando. *Contratos,* cit., p. 75; LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral, cit., p. 440; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados,* cit., p. 174; RIZZARDO, Arnaldo. *A ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito,* cit., p. 122-123.

[609]"Art. 1.448. Azione Generali di Rescissione per Lesione
(....)
4. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori." (GAZZETTA Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <http://dbase.ipzs.it/cgi-free/db2www/notai/arti.mac/report2>. Acesso em: 11 nov. 2008).
Em tradução livre: "Art. 1.448. Ações Gerais de Rescisão por Lesão (....) 4. Não podem ser rescindidos por causa de lesão os contratos aleatórios."

[610]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato.* Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 110 e 277, nota 10; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial,* cit., p. 207-208;

Inicialmente há que se distinguir o momento em que as prestações são avaliadas. Esse, como apontado no item anteiror, é o da celebração do negócio, e não o da execução. Assim, não se avalia a desproporção entre as prestações em razão da ocorrência da álea contratada, porque essa se dá no momento da execução.

Outro ponto é que o objeto do contrato aleatório é um risco, uma álea. Dessa maneira, apura-se a razoabilidade ou não da prestação econômica que uma parte confere à outra em função desse risco.

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE aponta que não há real incompatibilidade da lesão com os contratos aleatórios, pois "as chances podem ser ridículas, sem correspondência com a prestação certa do contratante, inspirando-se a convenção tão somente em condenável propósito de exploração da necessidade, inexperiência ou leviandade de quem a realize".[611]

Os autores que admitem a possibilidade da lesão nos contratos aleatórios distinguem a desproporção ínsita a esse tipo de negócio — a álea —, de outro desequilíbrio o das prestações pactuadas, esse sim abusivo, que configuraria o vício.

Nessa linha exemplificam os autores com a hipótese de cobrança de prêmio de seguro muitas vezes superior ao que é comumente praticado pelo mercado[612] ou ainda a venda de um imóvel cujo preço corresponde a uma renda vitalícia em valor inferior ao rendimento auferido pelo próprio imóvel (de forma a não haver um efetivo dispêndio por parte do comprador, não importando quando vier a se dar o falecimento do vendedor)[613].

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 96-98; BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, cit., p. 226-227; BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005. p. 55-74, p. 67. (Série grandes temas de direito privado, v. 4); DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 477; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais, cit., v. 3, p. 135; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 567; MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 130; NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 49-50; PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro,* cit., p. 79; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 363.

[611]ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*, cit., p. 110 e p. 277, nota 10.

[612]Esse o exemplo que se extrai de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: "basta refletir sobre o contrato de seguro e imaginar que todas as seguradoras cobrem '10 X', ou valor próximo, para garantir determinados riscos, e uma delas, aproveitando da inexperiência de um segurado, venha a cobrar '100 X', para a mesma finalidade para verificar que haveria lesão". (*Negócio jurídico e declaração negocial,* cit., p. 208).

[613]Exemplo de ANELISE BECKER (*Teoria geral da lesão nos contratos*, cit., p. 97).

Em ambos os casos o que se vê é que, ocorrendo ou não o evento de que depende a álea contratual — o sinistro, no caso do seguro; e a morte, no caso da renda vitalícia — a prestação assumida por uma das partes é excessiva e, portanto, o contrato é desequilibrado.

No âmbito do direito italiano que, como visto acima, existe norma expressa determinando a não-incidência da lesão nos contratos aleatórios há autores que advogam uma interpretação restritiva do dispositivo legal.

Com efeito, defende parcela da doutrina italiana possível a rescisão por lesão também nos contratos aleatórios quando a desproporção existe independentemente da álea neles contida.[614]

RODOLFO SACCO sustenta que o artigo 1448 do Código Civil italiano deve ser interpretado de forma a não se admitir a rescisão por lesão de um contrato aleatório se no momento de sua conclusão ele for nocivo ao contratante apenas em função de sua álea.[615] Assim, se a desproporção existe mesmo se ignorado tal risco, é possível sua rescisão.

Em outras palavras, o que se avalia para aplicação da lesão nos contratos aleatórios não é a desproporção decorrente da álea contratada, mas sim a que se verifica no momento da entabulação do negócio, sem perquirir os efeitos da ocorrência ou não do evento previsto.

E nem poderia ser diferente, pois, se a lesão é um defeito no sinalagma genético, é necessário que se tenha em foco o momento da celebração e não o posterior, da execução do contrato. Nas precisas palavras de ANA LUIZA MAIA NEVARES, "para que o contrato seja excluído da incidência da lesão esta desproporcionalidade só pode ser constatada no momento da ocorrência do evento. Se for possível avaliar a desproporção das prestações no momento da contratação, a lesão poderá ser invocada".[616]

7.5. Lesão e outros defeitos dos negócios jurídicos

7.5.1. Lesão e erro

Revelados os requisitos para a configuração da lesão e seu objeto de incidência torna-se possível distingui-la de outros defeitos do negócio jurídico, iniciando-se pelo erro.

---

[614]Cf. ORRÚ, Silvia. *La rescissione del contratto,* cit., p. 90. Também advogando pela incidência da lesão nos contratos aleatórios: MIRABELLI, Giuseppe. *La rescissione del contratto,* cit., p. 284-288.
[615]SACCO, Rodolfo. *Il contrato,* cit., p. 366.
[616]NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 50.

A doutrina reconhece a dificuldade da diferenciação entre erro e lesão, dada a proximidade de algumas de suas características.[617]

O erro é um vício do consentimento regulamentado nos artigos 138 a 144 do Código Civil de 2002 que consiste na falsa idéia da realidade "capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse". [618]

O artigo 138 do Código Civil estipula que essa falsa representação da realidade em que consiste o erro anula o negócio jurídico se incidir sobre um elemento substancial do negócio, como sua natureza, objeto principal ou qualidades essenciais[619], e for reconhecível pela outra parte.[620]

De imediato se observa que os requisitos da desproporção manifesta e necessidade contratual, relativos à lesão; e o elemento substancial e a reconhecibilidade do equívoco, pertinentes ao erro, distanciam esses diferentes defeitos do negócio jurídico.

Com efeito, na lesão em que a parte lesada atua com necessidade contratual não há dúvidas de que tem plena consciência do ato que está praticando, mas diante da premência do negócio pratica-o de qualquer forma. Portanto, não há possibilidade de confusão com o erro nessa hipótese, já que são completamente distintos os requisitos de um e outro defeito.

O requisito da inexperiência é o que mais aproxima a lesão do erro.

Nesse ponto, na opinião de TEREZA ANCONA LOPES, "a palavra 'inexperiência' do artigo 157, *caput*, está colocada na conotação de erro ou ignorância, pois o declarante pode participar de um contrato iníquo por inexperiência, sem que esta inexperiência precise ser conhecida da outra parte".[621]

E tanto se aproximam que, quando da tramitação do Código Civil, houve uma proposta de emenda para suprimir a expressão "inexperiência" do âmbito da lesão. Porém, a Comissão Revisora do então projeto de Código Civil ponderou que inexperiência e erro

---

[617]Cf. SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 200.
[618]Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 187.
[619]Artigo 139 do Código Civil de 2002.
[620]Há discussão doutrinária acerca da necessidade ou não da configuração da escusabilidade do erro. (Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil, cit., p. 28-29 e notas; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado,* cit., p. 141-142). Porém, o Enunciado 12 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, preceitua ser irrelevante a escusabilidade ou não do erro. (PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008).
[621]LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico, cit., p. 58.

são coisas diversas, pois "não se trata de desconhecimento ou falso conhecimento de uma realidade. O inexperiente conhece a desproporção, mas, por falta de experiência da vida, concorda com ela, sem atentar para as conseqüências maléficas".[622]

Essa concepção, de que havendo inexperiência a parte tem consciência do que está contratando, é reiterada pelos autores justamente como forma de diferenciar a lesão do erro.[623]

ROBERTO SENISE LISBOA afirma que inexperiência consiste na "falta de prática ou vivência com os usos e costumes da negociação celebrada" que acaba por acarretar o desequilíbrio grave entre as prestações. E complementa que o lesado "até pode intuir que há uma desproporção entre as prestações, mas não atenta para os seus efeitos prejudiciais com o acerto devido".[624]

Portanto, o erro e a lesão decorrente de inexperiência se distinguem porque aquele é a dissonância entre a vontade manifestada e a vontade que se imagina manifestar, já nesta o que ocorre é a falta de vivência negocial na hipótese concreta que acarreta no desequilíbrio entre as prestações assumidas pelas partes.

7.5.2. Lesão e dolo

O dolo é um vício do consentimento previsto nos artigos 145 a 150 do Código Civil de 2002 que decorre na anulabilidade do negócio jurídico praticado por alguém, em razão da atuação maliciosa da outra parte ou de terceiro. Comumente diz-se que o dolo é um erro provocado por terceiro, ou seja, que não decorre de engano do próprio manifestante da vontade.[625]

RENAN LOTUFO define o dolo como "artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica".[626]

---

[622]Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 151.
[623]Cf. SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 201; PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro,* cit., p. 113-14; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 229.
[624]LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 566.
[625]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 361.
[626]LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral, cit., p. 398.

Na medida em que acima se adotou a posição de que no âmbito do Código Civil de 2002 é desnecessária qualquer atuação do beneficiário do desequilíbrio para a configuração da lesão[627], torna-se fácil a distinção entre a lesão e o dolo.

Com efeito, em sistemas como o alemão[628] e das leis de economia popular[629], nos quais se exige o denominado dolo de aproveitamento do beneficiário da lesão, se torna mais difícil distinguir dolo e lesão. Nesses sistemas, a configuração da lesão exige não só o desequilíbrio entre as prestações, mas também que o beneficiado se aproveite da situação de vulnerabilidade vivenciada pelo lesado.

No Código Civil assim não se passa, configurando-se a lesão independente de qualquer avaliação do estado anímico ou da atuação do beneficiário da desproporção.

Sem dúvida que é possível que alguém seja induzido a realizar um negócio desproporcional em razão de sua inexperiência ou necessidade contratual.[630] Mas, a lesão se configura mesmo sem tal indução maliciosa.

Nesse ponto, SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA aduz que a diferenciação se faz justamente pelo fato de a lesão não exigir "dolo de aproveitamento ou qualquer outra espécie de dolo como fundamento intrínseco". E prossegue enfatizando que mesmo se vier a se caracterizar "acidentalmente da existência de um dolo de aproveitamento pela parte numa hipótese concreta de lesão, não significa dizer que o dolo seria sua causa para a configuração desse instituto".[631]

Outra distinção importante é que no dolo não se exige a manifesta desproporção entre as prestações, o que, como já mencionado diversas vezes, é imprescindível quando se trata de lesão.

Por fim, cumpre mencionar que qualquer negócio jurídico é passível de anulação por dolo, seja bilateral seja unilateral[632], o que não ocorre na lesão[633].

---

[627]Vide item 7.3.3.
[628]Abordado no item 6.2.
[629]Vide item 5.5.3.
[630]Cf. BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 33.
[631]SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação*: teoria e prática da juscibernética no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347.
[632]Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 125.
[633]A respeito item 7.4.

7.5.3. Lesão e coação

Em relação à distinção entre coação e lesão não há dúvidas.

A coação é um vício do consentimento regulamentado nos artigos 151 a 155 do Código Civil de 2002 que consiste em uma "violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar negócio jurídico que a sua vontade interna não deseja efetuar".[634]

A coação é a promessa de prática de um mal injusto, grave e iminente à parte, sua família ou seus bens para obtenção da realização de um ato que em outras circunstâncias não seria praticado.

A configuração da coação requer a existência da ameaça de um mal proveniente de uma das partes ou de terceiros em razão da qual a parte coagida realiza ato contrário à sua vontade.

O ponto de contato entre os dois institutos que poderia ser vislumbrado estaria na premente necessidade exigida na lesão e que poderia ser vista como forma de coação por parte do beneficiário.[635] Mas na lesão não há qualquer ameaça e, segundo o posicionamento aqui adotado, se passa exclusivamente na esfera do lesado, independentemente de qualquer atuação da parte beneficiada[636].

Ademais, na coação não se observa a necessidade de um sério desequilíbrio entre as prestações assumidas por ambas as partes, o que é imprescindível na lesão, mas um prejuízo que pode inclusive ser de ordem pessoal à parte, sua família ou ainda terceiros[637].

Por fim, a coação é vício da vontade que atinge quaisquer negócios jurídicos[638], enquanto a lesão se restringe aos contratos onerosos e, segundo alguns, apenas aos comutativos[639].

---

[634]Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 365.
[635]Cf. BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil*, cit., p. 33.
[636]A propósito vide item 7.3.3.
[637]Hipótese prevista no parágrafo único do artigo 151 que requer análise judicial para apurar se a ameaça a esse terceiro seria, segundo as circunstâncias do caso, suficiente para a prática do ato.
[638]Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral, cit., v. 1, p. 451.
[639]Sobre o assunto vide item 7.4.

7.5.4. Lesão e estado de perigo

Institutos novos no contexto do Código Civil brasileiro, lesão e estado de perigo possuem algumas características semelhantes que numa análise superficial dificultam sua distinção.[640]

No seu artigo 156 o Código Civil de 2002 previu que o estado de perigo está configurado "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".

TERESA ANCONA LOPES expõe que, nos termos do nosso Código, o estado de perigo é "o defeito do negócio jurídico no qual o declarante se encontra diante de uma situação em que tem que optar entre dois males: sofrer o dano ou participar de um contrato que lhe é excessivamente oneroso" e mais à frente complementa que esse dano, em vias de ocorrer ou já em curso, deve afetar "a própria pessoa ou pessoa de sua família, tanto física, quanto moralmente".[641]

A existência de uma obrigação onerosa e uma situação fática inadequada à parte prejudicada é que implicam na eventual confusão entre estado de perigo e lesão, já que, de uma maneira genérica, tais elementos estão presentes nos dois defeitos. Mas, novamente, a confusão entre os institutos é apenas aparente já que, observados com cautela, se verificam as distinções.

Rercorde-se que na lesão a situação de vulnerabilidade, além da hipótese da inexperiência que não enseja qualquer dúvida, se refere à necessidade econômica do contrato.

---

[640]Tanto que quando da tramitação do projeto que posteriormente veio a se tornar no Código Civil chegou a ser proposta emenda para suprimir o estado de perigo sob o argumento de que estaria englobado na lesão (Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 149-150).

[641]LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico, cit., p. 51. Assim também o seguinte julgado que descreve os requisitos do estado de perigo: "Ação de cobrança - Despesas médico-hospitalares - Termo de responsabilidade - Estado de perigo – Prova - Requisitos - Inexistência - Pagamento - Ausência de responsabilidade - Cabimento. Para que haja o estado de perigo, faz-se necessário que estejam presentes: a ameaça de grave dano à própria pessoa ou a pessoa de sua família; a atualidade do dano; onerosidade excessiva da obrigação; a crença do declarante de que realmente se encontra em perigo e o conhecimento do perigo pela outra parte." (TJMG – Rel. Lucas Pereira – j. 01/06/2006, pub. 27/07/2006, Processo nº 1.0024.05.646017-3/001. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=5&txt_processo=646017&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 10 dez. 2008).

Portanto, de um lado, está o estado de perigo, que tem por objeto uma ameaça à parte, à sua família ou ainda a alguém para ele relevante pelas circunstâncias em que se encontra (artigo 156, § 1º do Código Civil); e, de outro, está a lesão, que tem em vista um risco de cunho econômico, sob a expressão legal "premente necessidade".

Quanto à obrigação excessiva que acarreta a iniqüidade do negócio, aponta HUMBERTO THEODORO JUNIOR que, ao contrário da lesão, o estado de perigo abrange negócios unilaterais, como remissão de dívida e promessa de recompensa, pois o importante é que acarrete "uma oneração para a vítima" que inexistira se não tivesse havido o perigo.[642]

Além disso, o estado de perigo requer que a parte beneficiada conheça as circunstâncias pessoais vivenciadas pela parte prejudicada, segundo expressamente mencionado no artigo 156 do Código Civil, o que não ocorre na lesão[643].

No relatório da Comissão Revisora do então projeto de Código Civil ponderou-se que os institutos também se diferenciariam pelo fato de que no estado de perigo não se admitiria a complementação da prestação de uma das partes para evitar a anulação do negócio jurídico, tal como ocorria na lesão.[644]

Porém, em que pese o Código Civil realmente não tenha previsto a possibilidade da revisão no âmbito do estado de perigo, permitindo apenas a anulação do negócio jurídico, a manutenção do contrato é medida postulada pela doutrina[645] antes mesmo da vigência do Código com fundamento no princípio da conservação dos contratos.

Nessa linha é que posteriormente, pelo Enunciado 148 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, se firmou o entendimento de que: "Ao estado de perigo (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157".[646]

---

[642]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 210-211.

[643]A respeito item 7.3.3.

[644]Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 151.

[645]Nesse sentido: LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico, cit., p. 56.

[646]PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008. E essa orientação tem sido seguida, segundo se observa do seguinte trecho de ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "A anulação do negócio jurídico não é conseqüência necessária da verificação da existência do vício do "estado de perigo", já que, dependo (sic) do caso, poderá resultar em injustiça para aquele que prestou o serviço, podendo o juiz fixar o justo valor para a obrigação assumida." (TJMG – Rel. Irmar Ferreira Campos, Processo nº 2.0000.00.507333-2; j. 25/08/2005, Pub. 22/09/2005. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível

7.6. Lesão e onerosidade excessiva superveniente

A ocorrência de eventos supervenientes à celebração do contrato que dificultem sobremaneira seu cumprimento por imporem a uma das partes sacrifício extremado é uma situação há muito tempo conhecida da sociedade e, por isso mesmo, objeto de antiga preocupação no âmbito do direito.[647]

Em razão da ancianidade da questão no mundo jurídico, foi objeto de diferentes proposições[648] no decorrer dos séculos, tal como visto no âmbito da lesão[649], até chegar na solução prevista no nosso ordenamento jurídico em vigor, seja no âmbito do Código Civil, seja no Código de Defesa do Consumidor.

No Código Civil de 2002 a questão veio tratada no âmbito de seção denominada "da resolução por onerosidade excessiva", cujos artigos 478 a 490 prevêem a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida, ou ainda contratos unilaterais, em que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa com vantagem para a outra, em razão de evento imprevisível e extraordinário.[650]

---

em:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=2&txt_processo=507333&dv=2&complemento=000&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=10%2F12%2F2008&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 10 dez. 2008).

[647]PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO relatam que no Código de Hamurabi já havia previsão para revisão de contratos diante de situação extraordinária (*Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, t. 1, p. 294). WLADIMIR ALCEBÍADES MARINHO FALCÃO CUNHA nega tal origem e mesmo sua presença no direito romano, reputando que as bases somente vieram no século XIII, com os filósofos cristãos Santo Agostinho e São Tomás de Aquino (*Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 178).

[648]O presente item tem por objetivo apenas traçar as diferenças entre a lesão e a onerosidade excessiva superveniente adotada no Código Civil de 2002, razão pela qual não serão abordadas as diversas teorias. Sobre elas: ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato,* cit., p. 281-297.

[649]A análise dos aspectos históricos da lesão é objeto do capítulo 5. A despeito da discussão sobre o exato momento do surgimento da revisão contratual por onerosidade excessiva superveniente (que também se observa na lesão), interessante notar que ao menos a partir da Idade Média os institutos tiveram uma evolução semelhante, com um desenvolvimento nesse período, forte restrição a partir da concepção individualista que tem como ícone o Código Civil francês de 1804 e ressurgimento após a 1ª Grande Guerra. (Cf. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e a revisão contratual no direito privado. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais:* fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 327-329).

[650]O Código Civil também previu, no título que cuida do pagamento, o artigo 317, que estabelece a possibilidade de a parte requerer a revisão judicial da prestação por ela devida em razão de desproporção havida no momento da execução em relação ao da celebração por motivos imprevisíveis.

MARIO LUIZ DELGADO RÉGIS adota a opinião de que esse dispositivo legal cuida de onerosidade excessiva, tal como o artigo 478. (*Novo Código Civil comentado.* Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord. Ricardo Fiúza até 5. ed.). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 286-287).

Porém, parece mais acertado o entendimento de LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS que assevera que "a revisão proposta no art. 317 do Código Civil circunscreve-se à manutenção do valor econômico da prestação no momento de sua execução, analisada em confronto com o seu valor no

É de se mencionar que o artigo 479 do diploma civil previu a possibilidade de o contrato ser mantido mediante proposta do beneficiado pelo desequilíbrio que vise resgatar o equilíbrio contratual.[651]

O artigo 478 decorre de forte influência havida do direito italiano[652] e, diante de sua redação, apontam-se[653] como requisitos legais da onerosidade excessiva superveniente: a existência de contrato de execução diferida ou continuada, seja ele bilateral ou unilateral[654]; a ocorrência de um evento imprevisível e extraordinário[655]; e que ocorra uma excessiva onerosidade para uma das partes e uma extrema vantagem para a outra[656].

Há também os requisitos negativos para a possibilidade de resolução ou revisão judicial de contratos, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência[657], a saber: a ausência de

---

momento da celebração do negócio (e não em relação à contraprestação)". (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e a revisão contratual no direito privado, cit., p. 368).

[651]De outro lado, entende-se que o prejudicado pode pleitear não só a resolução do contrato, mas também sua revisão. (Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral, cit., v. 4, t. 1, p. 308-310).

[652]Acerca do assunto discorre ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO que "a teoria que melhor explica o Código Civil brasileiro, nessa matéria, é a da excessiva onerosidade, identicamente ao que ocorre no Código Civil italiano (o nosso artigo 478 é praticamente a tradução da primeira parte do art. 1.467 do *Códice)*. Na verdade a excessiva onerosidade envolve também, nos dois países, Brasil e Itália, a teoria da imprevisão, porque para a revisão contratual, não basta a excessiva onerosidade, é preciso verificar-se os fatos supervenientes são, além de extraordinários, imprevisíveis". (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant, cit., p. 184-185).

[653]Cf. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e a revisão contratual no direito privado, cit., p. 339-356.

[654]Excluem-se, assim, os contratos de execução imediata.

[655]A previsibilidade deve ser avaliada sob o aspecto de uma notável probabilidade de que um evento ocorra e em determinado grau, de forma a tornar evidentes seus efeitos sobre o contrato. (Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais:* fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 456).

Ainda quanto a esse requisito cabe mencionar o Enunciado 175 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, que propugna que não só o fato imprevisto o configura, mas também seus efeitos: "A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz." (PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008).

[656]A exigência legal de que a excessiva onerosidade para uma parte venha acompanhada de um enriquecimento sem causa para a outra é objeto de crítica da doutrina sob o fundamento de que nem sempre de um evento extraordinário surgem essas conseqüências contraditórias para as partes. (Cf. ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil comentado,* cit., p. 439.

Aparentemente a interpretação desse requisito será mitigada na jurisprudência diante dos termos do Enunciado 365 da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006: "A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[657]Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant, cit., p. 191.

adimplemento da prestação onerosa[658]; ausência de mora quando da configuração do evento imprevisto; e que esse evento não esteja abrangido pela álea normal do contrato[659].

Também cabe se referir ao artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor que institui a excessiva onerosidade de maneira objetiva para as relações de consumo.

Nas relações de consumo basta a excessiva onerosidade acarretada por fato superveniente, não se perquirindo acerca da sua previsibilidade ou não. Por essa razão é que LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS discorre que no âmbito do Código de Defesa do Consumidor "não se indaga se as partes teriam condições ou não de prever o acontecimento superveniente. Antes, pergunta-se se este acontecimento provocou ou não uma onerosidade".[660]

Diante desse contexto é fácil verificar que lesão e onerosidade excessiva superveniente deitam raízes na proteção da equivalência das prestações. Porém na lesão essa preocupação se revela no momento da formação do contrato e na onerosidade excessiva na sua execução.

Por isso, aponta-se que a lesão atinge a formação do negócio jurídico, razão pela qual seria um defeito genético ou congênito[661] que acarreta a invalidade do contrato e já a excessiva onerosidade implica na sua resolução.

Nesse sentido os dizeres de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR: "se o desequilíbrio entre as prestações está na própria convenção, o caso é de lesão (art. 157); se a dificuldade decorre de fatos posteriores, a hipótese é de resolução ou modificação do contrato por onerosidade excessiva".[662]

---

[658]A onerosidade pode estar presente tanto para o credor quanto para o devedor da prestação de forma que, consoante esse requisito e conforme o caso, aquele não pode ter recebido a prestação e esse a cumprido. (Nesse sentido: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos, cit., p. 457).

[659]De forma que os riscos decorrentes do próprio conteúdo contratual não configuram o evento imprevisível necessário à configuração da onerosidade excessiva. Nesse sentido também o Enunciado 366 da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006: "O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação". (PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008).

[660]DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e a revisão contratual no direito privado, cit., p. 365.

[661]Cf. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 52-53.

[662]AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos, cit., p. 452.

7.7. Lesão do Código Civil e lesão do Código de Defesa do Consumidor

A edição do Código Civil de 2002 gerou a necessidade de o intérprete averiguar as eventuais revogações de dispositivos e diplomas legais, decorrentes do laconismo do Código na matéria.[663] De qualquer forma, não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor permanece em vigor, já que regula relação jurídica específica atinente a fornecedores e consumidores.[664]

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), tal como a Lei de Economia Popular, não menciona de maneira literal o instituto da lesão, mas é suficiente a constatação de seus elementos no contexto da lei do consumidor para se concluir pela sua presença, o que se verifica a partir dos artigos 6º, inciso V; 39, inciso V; e 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS discorre que "apesar da ausência de método no tratamento da lesão, não existindo dispositivo específico que trate dessa causa de invalidade do negócio jurídico, interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor revela a presença da lesão".[665]

A primeira parte do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor estipula ser direito básico do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que contenham prestações desproporcionais. O que significa que a lesão consumerista prevista nos idos de 1990 "não conduz necessariamente à invalidade do contrato", já que é possível sua manutenção com a obtenção da equivalência entre as prestações.[666]

---

[663]A respeito vide o artigo 2.045 do Código Civil de 2002.

[664]Sobre a vigência do Código de Defesa do Consumidor e suas relações com o Código Civil de 2002: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 24 e ss.

[665]SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 171. Também: MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 237; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados,* cit., p. 76; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 224.

[666]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 210.

O inciso V do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor do mesmo diploma veda a exigência de "vantagem manifestamente excessiva" em detrimento do consumidor, o que novamente remete a um desequilíbrio contratual.[667]

Seguindo a mesma linha, o artigo 51 inciso IV declara nulas de pleno direito cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

Apesar desse dispositivo mencionar desproporção entre "obrigações", identifica-se, tal como nos demais dispositivos legais, o núcleo da lesão, qual seja, a desproporção originária entre as prestações com o conseqüente prejuízo a uma das partes, o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor não traz parâmetro fixo para apuração do desequilíbrio das prestações, de forma que o julgador deve aferir no caso concreto se houve ou não abuso.[668]

O que importa é que "o desequilíbrio se manifesta na cláusula-preço. O consumidor estará pagando, por um produto ou serviço, valor excessivamente oneroso".[669] Assim, no que concerne ao elemento objetivo a lesão do Código Civil e a lesão consumerista[670] se assemelham.

Mas há aqui que se fazer uma ressalva porque a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51 é mais ampla e não se resume à lesão prevista no artigo 157 do Código Civil.

Segundo já comentado acima, a lesão visa impor o equilíbrio econômico entre as prestações. Mas há também o equilíbrio contratual, mais abrangente, visto que implica na comparação entre os direitos e deveres atribuídos a cada uma das partes.[671]

---

[667]Os termos "vantagem manifestamente excessiva" e "vantagem exagerada", respectivamente previstos nos artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor "não são apenas próximos – são sinônimos". (Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 221).

[668]Cf. MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro,* cit., p. 236. Segundo LEONARDO ROSCOE BESSA, o sentido do inciso IV do artigo 51 se completa com o disposto no parágrafo 1º, que dentre outras coisas prevê que a vantagem é exagerada tendo em vista "a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares" (inc. III). (Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor,* cit., p. 221).

[669]KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 107.

[670]Expressão adotada por NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados,* cit., p. 76).

[671]Sobre o assunto o item 2.7.

Essa diferenciação foi bem pontuada por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO em parecer antes da edição do Código Civil de 2002, mas quando já presentes tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Medida Provisória nº 2.089 (2.172-32)[672], alertando a diferença entre o equilíbrio a ser resgatado pela lesão – o equilíbrio econômico – e o equilíbrio contratual que se restabelece pelo combate às cláusulas abusivas, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.[673]

A questão também não passou despercebida por CLAUDIA LIMA MARQUES já que aponta a lesão como uma das fontes de cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor.[674]

Em outra ordem de idéias, o Código de Defesa do Consumidor não exige o dolo de aproveitamento, à exemplo do que também ocorre no Código Civil de 2002.

Novamente socorre-nos CLAUDIA LIMA MARQUES que aduz ser desnecessária qualquer nota de intencionalidade do beneficiário do desequilíbrio contratual, asseverando ao final que:

> "Talvez o fornecedor nem saiba que tal cláusula é contrária ao espírito do CDC ou mesmo expressamente proibida na lista do art. 51, talvez nem tenha ele redigido o contrato, cujo conteúdo pode até ser determinado por norma de hierarquia inferior (portaria, medida provisória etc.), mas mesmo assim permanece o caráter abusivo da cláusula."[675]

De outro lado, há que se referir quanto à necessidade de aferir as circunstâncias pessoais do lesado no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. Em seu artigo 4º, inciso I, tal diploma menciona que o consumidor se encontra em situação de vulnerabilidade no mercado de consumo.

---

[672] Sobre essa Medida Provisória vide item 5.5.4.

[673] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação, cit., p. 114-116.

[674] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais, cit., p. 626-627. A autora sintetiza que "a norma do inc. IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no § 1º do mesmo art. 51 do CDC, é verdadeira norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51". (op. cit., p. 631). Na mesma linha: KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do consumidor,* cit., p. 107-110.

[675] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais, cit., p. 627. Em outro sentido, ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS aduz que o dolo de aproveitamento seria presumido. (*Função social do contrato,* cit., p. 171).

Nesse ponto, destaca WLADIMIR ALCEBÍADES MARINHO FALCÃO CUNHA[676]:

> "enquanto o Código Civil de 2002 expõe explicitamente os elementos subjetivos da lesão, o Código de Defesa do Consumidor os carrega implicitamente, ao presumir a vulnerabilidade jurídica do consumidor, não estando nenhum destes elementos subjetivos (necessidade, inferioridade, leviandade) referidos expresamente".

Daí porque, sendo ínsita nas relações de consumo a vulnerabilidade do consumidor, não se perquire acerca de qualquer circunstância subjetiva das partes para caracterizar a lesão consumerista, sendo suficiente a configuração da desproporção entre as prestações.[677]

7.8. Efeitos

7.8.1. Anulabilidade

A lesão foi prevista entre as hipóteses de defeito do negócio jurídico de maneira que, por força do artigo 171 do Código Civil, sua configuração constitui hipótese de anulabilidade do contrato. Portanto, se aplicam à lesão as regras pertinentes à anulabilidade aludidas em capítulo próprio.[678]

Nessa linha, na inércia do lesado o contrato se convalesce pelo decurso do prazo de quatro anos a partir da sua celebração em razão da caracterização da decadência.[679]

Diante disso, compete à parte lesada obter amigavelmente a revisão das prestações ou propor medida judicial dentro desse prazo, sob pena de não poder fazê-lo posteriormente.

Possível também a confirmação, ou seja, um ato expresso ou tácito pelo qual o lesado, ciente do vício, manifesta o desejo de que o contrato seja cumprido

---

[676]CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 173.

[677]Nesse sentido: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual,* cit., p. 115; CARVALHO JUNIOR, Pedro Lino de. *A lesão consumerista no direito brasileiro de acordo com o novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100-101; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 248.

[678]Capítulo 4, especialmente item 4.6. e subseqüentes.

[679]Artigo 178 do Código Civil.

independentemente da desproporção entre as prestações e de seu estado vulnerável quando da conclusão do contrato o que, por conseqüência, torna-o válido.

Assim, o lesado pode abdicar da possibilidade de anular o contrato com fundamento no vício da lesão confirmando o negócio jurídico seja por ato expresso, seja de forma tácita, em razão de atitudes que não condizem com a de quem pretende anular um contrato.

Na esteira de ROBERTO JOÃO ELIAS[680] a confirmação tácita não se presume, devendo ser provado pelo interessado que o lesado "tinha plena consciência do direito e do fato, ou seja, que conhecia o vício do ato e sabia que podia anulá-lo se assim quisesse".

A partir do artigo 174 do Código Civil de 2002 tem-se que a confirmação tácita configura-se caso o contrato seja parcialmente cumprido pela parte lesada sabendo da existência do vício e dos seus efeitos.

Porém, é imperativo que a necessidade ou inexperiência contratual que geraram o vício não estejam mais presentes quando da confirmação expressa ou tácita, sob pena de ser ineficaz e permanecer a possibilidade de anulação.[681]

A confirmação, tal como o convalescimento operado pela decadência, inviabiliza a possibilidade de o lesado pleitear a anulação do contrato tornando definitivos os efeitos do negócio jurídico.

Ainda como conseqüência de configurar hipótese de anulabilidade, há que se mencionar que a lesão instituída pelo Código Civil não pode ser conhecida de ofício e somente pode ser alegada pelos interessados.

Não realizada confirmação tácita ou expressa, proposta a ação no prazo correto e devidamente comprovados os requisitos da lesão, o contrato será anulado e os efeitos por ele até então produzidos serão suprimidos do mundo jurídico, repondo-se os contratantes

---

[680]ELIAS, Roberto João. Confirmação dos atos anuláveis, cit., p. 53.

[681]O artigo 1.451 do Código Civil Italiano dispõe não ser possível a confirmação do ato eivado de lesão ("Art. 1.451 – Inammissibilità della convalida. – Il contratto rescidibile non può esser convalidato." GAZZETTA Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <http://dbase.ipzs.it/cgi-free/db2www/notai/arti.mac/report2>. Acesso em: 11 nov. 2008), dispositivo que não existe no nosso Código Civil, razão pela qual é de se admitir a confirmação expressa ou tácita. Entretanto, não se pode manejar a confirmação sem os devidos cuidados, seja no que se refere à lesão, seja no que concerne a qualquer outra hipótese de anulabilidade, pois a confirmação somente gera efeitos sem o vício que a causou. (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 568).

no estado anterior, salvo se houver impossibilidade material dessa supressão, hipótese em que a reposição se dará pela via da reparação.[682]

7.8.2. Revisão Judicial

Porém, há que se observar que a configuração da lesão não implica exclusivamente em hipótese de anulabilidade do contrato e supressão de seus efeitos.

O Código Civil de 2002 previu no parágrafo 2º do artigo 157 a possibilidade de manutenção do negócio desde que obtido o equilíbrio entre as prestações, mediante uma suplementação da prestação oferecida pelo beneficiário ou concordância deste na redução de seu benefício.

Como a anulabilidade originada pela lesão provém da inobservância do princípio da equivalência das prestações em virtude de defeito na manifestação da vontade do lesado, o que deve prevalecer é o espírito de obtenção de equilíbrio decorrente do princípio da conservação dos negócios jurídicos, orientação essa existente desde as Leis Segunda e Oitava do direito romano.[683]

Diante do fato de que a finalidade do contrato é ser adimplido, "o sistema de revisão contratual, no ordenamento jurídico brasileiro, deve (...) ser prevalecente e principal em relação aos sistemas de desfazimento contratual, seja por meio de resolução, seja por intermédio de anulação do negócio jurídico".[684]

A manutenção do negócio jurídico pela obtenção do equilíbrio entre as prestações, prevista no parágrafo 2º do artigo 157 do Código Civil, constitui expressão do princípio da conservação dos contratos.[685]

---

[682]Sobre o assunto: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª parte, cit., p. 65-75.

[683]Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 202.

[684]CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 166.

[685]Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil, cit., v. 1, p. 564. E, no entendimento de TERESA ANCONA LOPES, também da função social, pois esta reforça aquele na medida em que assegura utilidade ao contrato. (LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais, cit., p. 68-69).

Nada impede que extrajudicialmente as partes obtenham a higidez do contrato por elas firmado mediante estipulação posterior de que se extraia um efetivo equilíbrio entre as prestações.

Porém, não sendo esse o caso e propondo o lesado ação que postule a anulação do contrato, poderá o beneficiário evitá-la oferecendo um maior preço ou uma redução do seu benefício.

Evidentemente, essa atitude do beneficiário somente será suficiente para evitar a anulação se aquilo que for oferecido tiver o condão de, efetivamente, suprimir a manifesta desproporção entre as prestações.[686]

E aí caberá a atuação do magistrado que, nos termos do Enunciado 149 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004 III, deve incitar as partes à manutenção do contrato mediante o equilíbrio das prestações. [687]

Cumpre, de outro lado, imaginar a hipótese em que o lesado pretenda não a anulação do contrato, mas sua manutenção combinada com a revisão de suas estipulações originárias, objetivando o equilíbrio entre as prestações.

Nesse caso o lesado não ficaria numa posição passiva no que se refere à manutenção do negócio, aguardando uma oferta do beneficiário. Ao contrário, teria uma atuação mais incisiva, propondo ação tendente à revisão do contrato com fundamento na lesão.

SILVIO RODRIGUES aponta que uma das características da lesão na feição moderna do instituto é o fato de que apenas à parte beneficiada ser dada a prerrogativa de ilidir a rescisão do negócio mediante o oferecimento do equilíbrio contratual de forma que "ao prejudicado não é deferido o direito de pedir a inteiração do valor".[688]

Talvez por essa concepção é que CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em sua obra clássica sobre lesão, propugnava, sob o sugestivo capítulo IX "A Proposição – Lesão *'de lege ferenda'",* que o legislador deveria optar pela anulabilidade como conseqüência da lesão, facultando ao lesado requerer também a revisão do contrato e a obtenção do

---

[686]Cf. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral, cit., p. 442.

[687]Enunciado 149: "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.". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[688]RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 225-226.

equilíbrio contratual de forma a impor ao beneficiário a restituição ou o pagamento da diferença entre as prestações.[689]

Mas o Código Civil de 2002, seguindo o estipulado no direito romano[690], no Código Civil italiano[691] e no francês[692], previu apenas ao beneficiário do desequilíbrio a possibilidade de manter o contrato já que dispôs singelamente que "não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte concordar com a redução do proveito."

Em termos similares dispôs o artigo 1.450 do Código Civil italiano no qual "o contratante contra quem é requerida a rescisão pode evitá-la oferecendo uma modificação do contrato suficiente para conduzi-lo à eqüidade".[693]

Nesse ponto cabe reiterar o entendimento de SILVIA ORRÚ, de que o legislador italiano reservou ao beneficiário da lesão o poder de formular oferta para equilibrar as prestações.[694]

Na França é previsto no âmbito da compra e venda que apenas ao vendedor é possível alegar a lesão e, em contrapartida, apenas ao comprador se franqueia impedir a rescisão oferecendo pagamento suplementar.[695]

Porém, no âmbito das partilhas prevê atualmente o artigo 889 do *Code Civil,* modificado em 2006 e em vigor desde 2007, que agora o objetivo não é mais sua desconstituição com fundamento na lesão, mas o complemento do quinhão do prejudicado, nos moldes aqui aventados.[696]

---

[689]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 190.

[690]A propósito, a Lei Segunda abordada no item 5.2. supra, que estipula: "Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é eqüitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido, intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que lhe falta para o justo preço".

[691]Sobre a lesão no direito italiano vide item 6.3.

[692]Originariamente e parcialmente, diante da altereção da lesão no âmbito das partilhas. Vide o item 6.1.

[693]Tradução livre. Texto no original: "Art. 1450. Offerta di Modificazione del Contratto
1. Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità."

[694]ORRÚ, Silvia. *La rescissione del contratto,* cit., p. 139.

[695]É o que consta no artigo 1.681 do *Code Civil*: "Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total.".

[696]"Paragraphe 2: De l'action en complément de part: Art. 889. Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage." (redação conferida pela Lei nº 2006-728 de 23 de junho de 2006, arts. 3 e 8, em vigor desde primeiro de janeiro de 2007).

E, de forma genérica, o Código Civil português estipulou no artigo 283 que o lesado pode pleitear a anulação ou a modificação do negócio segundo juízo de eqüidade.[697]

O Código Civil argentino adota a mesma linha que o direito português, pois prevê em seu artigo 954 que o lesado pode pleitear a anulação do contrato ou sua modificação e que, em caso de haver sido pleiteada a anulação, a demanda será transformada em modificação caso o beneficiário ofereça um suplemento quando da formulação de sua defesa.[698]

Entre nós, cabe mencionar que há certa controvérsia se as Ordenações Filipinas que aqui vigoraram já viabilizavam ou não o pedido de revisão judicial pelo lesado[699], mas é patente que o resultado da lesão verificada no âmbito das leis de economia popular[700] e também da Medida Provisória 2.172-32[701] era a modificação do contrato pela obtenção do equilíbrio entre as prestações.[702] Também o Código de Defesa do Consumidor prevê nos seus artigos 6º, inciso V e 51, parágrafo segundo, a revisão contratual como regra e a anulação como exceção.[703]

Daí se denota que o que se está aqui a defender, a interpretação extensiva do parágrafo 2º do artigo 157, de forma a admitir o pleito de modificação do contrato pela parte lesada, não é estranho a outros ordenamentos nem destoa da nossa tradição jurídica.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ressalta o prestígio conferido ao princípio da conservação do negócio no Código Civil de 2002, mesmo na seara da nulidade com a inserção do instituto da conversão, de forma que não haveria sentido em interpretar literalmente o parágrafo 2º do artigo 157 até porque se o lesado pode pleitear a anulação,

---

Em tradução livre: "Parágrafo 2: Da ação de complementação de parte. Art. 889. Quando um dos contratantes alegar ter sofrido uma lesão de mais de um quarto, o complemento de sua parte lhe é fornecido, à escolha do recorrido, seja em numerário, seja em espécie. Para estimar se houve lesão, avaliam-se os objetos de acordo com o seu valor na época da partilha."

[697]Sobre a lesão no direito português vide item 6.4.
"Artigo 283º (Modificação dos negócios usurários)
1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de eqüidade.
2. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior."

[698]Sobre lesão no direito argentino vide item 6.5.

[699]A propósito vide item 5.5.1.

[700]Item 5.5.3.

[701]Item 5.5.4.

[702]Em que pese estipulassem a nulidade. Aliás, discorrendo em relação à Lei nº 1.521/51 (Lei de Economia Popular) SILVIO RODRIGUES reconhece que nesse âmbito "a iniciativa de promover o reequilíbrio não constitui privilégio do contratante beneficiado no ajuste lesionário." (*Dos vícios do consentimento,* cit., p. 213, nota).

[703]Nesse sentido: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor,* cit., p. 292-293; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos,* cit., p. 210.

não há razão para não lhe conceder a oportunidade de pedir o menos, qual seja, a revisão judicial do negócio[704].

Ademais, é comum aos indivíduos não interessar a anulação do contrato e o retorno ao estado anterior, mas sim que o contrato seja efetivamente cumprido, porém em bases equilibradas.[705]

E com maior razão isso pode ocorrer ao lesado, que mesmo após o momento da celebração pode permanecer na situação de necessidade contratual e, por conseqüência, ser manifestamente despropositado para ele um pedido de anulação. Nessa hipótese, para ele servirá apenas a revisão judicial do contrato.

A tendência doutrinária de prevalência da revisão judicial em relação à anulabilidade já podia ser vista com o Enunciado 149 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, que incumbiu ao magistrado o dever de incitar as partes à manutenção do contrato mediante o equilíbrio das prestações.[706]

Esse entendimento ficou patente com o Enunciado 291[707] da IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2006, que expressamente reconheceu a possibilidade de o lesado pleitear a revisão judicial do negócio jurídico:

> "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."

E não há qualquer contradição dessa revisão com o sistema de nulidades adotado pelo Código Civil de 2002, pois, na medida em que é possível a permanência do contrato

---

[704]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 237. No mesmo sentido: CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 167-169; SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato,* cit., p. 205; TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 274-276.

[705]Cf. CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002, cit., p. 166.

[706]Enunciado 149: "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.". PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

[707]PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2008.

no mundo jurídico mesmo eivado de anulabilidade diante da ocorrência de convalescimento ou confirmação acima abordadas, com maior razão a manutenção da convenção sem o desequilíbrio, seja por consenso, seja judicialmente por provocação de qualquer das partes.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou favoravelmente à manutenção dos contratos combinada com a revisão judicial do seu conteúdo e obtenção do equilíbrio contratual[708]:

> "Declara-se, em primeiro lugar, que o fato de ficar reconhecida a lesão não implica, obrigatoriamente, no dever jurídico de rescisão do contrato. A lesão é um defeito e, evidentemente, poderá referendar a dissolução, com retorno ao *status quo ante.* Nada obsta que se defina um ponto de equilíbrio, o que acontece com o reajustamento do valor, conforme disposto no art 157, § 2o, do CC. de 2002."

Na realidade, o grande óbice à admissão da revisão judicial e obtenção do equilíbrio das prestações por atividade jurisdicional é a ultrapassada concepção do contrato fundada nos moldes individualistas.

Como já comentado alhures[709], atualmente os princípios da liberdade contratual e da força obrigatória são calibrados por outros princípios, como o do equilíbrio contratual que, nessa seara e em atenção ao princípio da conservação do negócio jurídico, justifica plenamente uma interpretação extensiva do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Civil, de forma a possibilitar ao lesado pleitear a revisão judicial do contrato ao invés de sua anulação.

Também aqui se vê o princípio da operabilidade mencionado acima, já que conferirá maior efetividade, melhores resultados à própria norma e ao lesado, na medida

---

[708]Apelação Cível nº 293.869-4/3, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 02/08/2007. Na mesma linha a Apelação Cível nº 322.224-4/5, julgada na mesma data pelo mesmo relator. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaSimples.do>. Acesso em: 08 dez. 2008. Também acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais com a seguinte ementa: "Ação indenizatória - Acidente de trânsito - Indenização transacionada em valor irrisório - Ocorrência de lesão - Pedido da parte de readequação do contrato - Possibilidade. Se uma pessoa, por inexperiência ou por premente necessidade, celebra um contrato bilateral e oneroso do qual decorra uma manifesta desproporcionalidade entre a prestação dada e a contraprestação recebida, poderá pleitear judicialmente sua invalidade ou sua readequação, nos moldes do artigo 157 do Código Civil." (TJ-MG, Rel. Des. Antônio de Pádua, Processo nº 1.049.07.012716-3/001(1). J. 10/7/2008. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=les%E3o+e+%22premente+necessidade%22&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=13%2F12%2F2008&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[709]Capítulo 2.

em que a esse pode ser útil apenas a supressão do desequilíbrio das prestações e não a anulação do contrato.

A interferência judicial nos contratos não é estranha entre nós.

Segundo ponderou ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO quando analisava a hipótese da onerosidade excessiva superveniente, na prática processual os poderes do juiz "costumam ser maiores do que aqueles expressamente conferidos pela lei", de forma que "o juiz, no Brasil, se sente com liberdade para integrar a oferta realizada proferindo sentença integrativa da relação jurídica litigiosa".[710]

É evidente que há limites a essa atuação, e aí se destaca a segurança jurídica, mas, como pondera HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, não há justificativa na teoria legal das nulidades para vetar a revisão do negócio jurídico a pedido do lesado e essa poderá ser obstada pelo beneficiário — com a conseqüente anulação do negócio —, quando restar demonstrado que a alteração judicial compromete a finalidade do contrato.[711]

Permitir ao magistrado rever judicialmente um contrato não acarreta uma maior instabilidade jurídica que sua própria anulação, expressamente permitida pela lei com fundamento da lesão.

A insegurança que se pode imaginar seria a hipótese aventada e devidamente solucionada pelo autor supra mencionado. Ou seja, a insegurança se restringiria a uma eventual alteração por decisão judicial da finalidade contratual, óbice devidamente superado se a intervenção judicial se limitar à obtenção do equilíbrio contratual.

Assim, acredita-se perfeitamente viável e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio a revisão judicial do contrato e obtenção do equilíbrio contratual com fundamento em pedido do lesado.

---

[710]JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant, cit., p. 193 e 196.

[711]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico, cit., v. 3, t. 1, livro III, p. 238.

8. CONCLUSÕES

O repúdio à injustiça decorrente de relações jurídicas desequilibradas permeia a civilização desde os seus primórdios, mas a construção de um instrumento jurídico que efetivamente a combatesse somente foi vista no direito romano que, mediante as Leis Segunda e Oitava de Diocleciano, ou ainda por força das interpolações de Justiniano, há muitos séculos instituíram a lesão enorme.

A lesão do direito romano tinha como único requisito a diferença de mais da metade entre o preço justo e aquele praticado pelas partes e decorria na rescisão de contratos de compra e venda, o que poderia ser evitado mediante suplementação do preço pelo comprador.

O instituto foi objeto de modificações na Idade Média pelo acréscimo de um novo requisito que consistiu no dolo de aproveitamento, a exigência que esse desequilíbrio entre as prestações proviesse de má-fé do beneficiado. Além disso, diante da concepção cristã de que em todas as relações humanas o preço deve ser justo, combatendo-se o lucro excessivo de uma parte em prejuízo da outra, o instituto da lesão teve seu campo de incidência ampliado para outras espécies de contrato e para a proteção de ambas as partes.

Como as leis portuguesas vigoraram no Brasil desde a colonização até sua completa substituição após a independência, por força das Ordenações Filipinas a lesão foi aqui aplicada até o início da vigência do Código Civil de 1916.

Nas Ordenações Filipinas a lesão foi prevista de forma tarifada tal como no direito romano, mas sem se equiparar a esse ordenamento, pois havia no diploma português uma nota de subjetividade em relação à pessoa do lesado, consistente na expressa menção de que seu engano poderia decorrer apenas de sua simplicidade.

Há pontos de contato das Ordenações Filipinas com a lesão atualmente em vigor, pois nos dois ordenamentos o instituto é aplicável em favor de ambas as partes e para qualquer espécie de contrato comutativo. Também já naquela época havia manifestações doutrinárias sustentando a possibilidade de o lesado pleitear o ajuste do contrato.

Na medida em que a lesão resultava no desfazimento do contrato desequilibrado, o instituto passou a sofrer fortes restrições no momento em que surgiram na civilização as idéias liberais.

Essa corrente de pensamento humano, fundada numa imaginária igualdade entre as partes, pregava a ampla autonomia das pessoas para disporem de seus próprios interesses já que ninguém melhor que elas para avaliar as vantagens ou desvantagens do negócio que estavam entabulando.

Em vista disso, iguais, livres e cientes de todas as conseqüências dos contratos firmados, as partes deveriam, por isso mesmo, fielmente cumpri-los, não sendo adequada qualquer interferência estatal como a proveniente da lesão.

Essa concepção também veio tardiamente a influenciar o direito brasileiro e acarretou com que a lesão viesse a ser suprimida do nosso ordenamento jurídico no contexto do Código Civil de 1916.

Porém, antes mesmo do Código Civil de 2002 a lesão foi reintroduzida no nosso ordenamento jurídico de forma indireta, inicialmente por meio do Decreto-Lei nº 869/38, e depois pela Lei nº 1.521/51. Diz-se que esse retorno da lesão se deu por meio indireto pelo fato de que ambas as leis de economia popular possuíam natureza penal, mas, apesar disto, previram não só a lesão de forma tarifada em um quinto do valor justo, como também composta por dolo de aproveitamento e de situação de inferioridade do lesado, e, ainda, como conseqüência pela sua configuração, a imposição do equilíbrio entre as prestações.

Apesar de reintroduzida no Brasil pelas leis de economia popular, não se pode olvidar que a aplicação da lesão sofria fortes resistências diante das concepções liberais que ainda exerciam forte influência, podendo se notar um arrefecimento nessa situação a partir do Código de Defesa do Consumidor. E diploma legal previu a lesão para as relações de consumo sem tarifação ou dolo de aproveitamento e com a situação de vulnerabilidade do lesado presumido no contexto desta espécie de vínculo jurídico.

A lesão prevista nas leis de economia popular foi suprimida pela Medida Provisória 1820-1 (reeditada diversas vezes e identificada nesse trabalho pela última versão de nº 2.172-32). Essa norma, que dentre outras matérias não se aplicava às relações de consumo, previu a lesão sem critério fixo ou dolo de aproveitamento, bastando uma desproporção excessiva entre as prestações que decorresse de uma situação de vulnerabilidade do lesado para caracterizá-la.

Finalmente, veio o Código Civil de 2002, diploma legal fundado em base principiológica diversa do Código de 1916 e que dispôs sobre a lesão em seu artigo 157.

Essa mudança de princípios se coaduna com a percepção verificada já anteriormente, inclusive fora do Brasil, de que os princípios tradicionais dos contratos, ainda presentes, devem ser interpretados em consonância com outros mais recentes. Nessa linha, a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos continuam compondo nosso ordenamento jurídico, porém de forma combinada com os novos princípios contratuais.

Assim, continua sendo conferida às partes liberdade para livremente instituírem vínculos jurídicos e disporem sobre os diversos aspectos desses vínculos, ficando a eles adstritos por conta dessa mesma liberdade. Entretanto, na criação desses contratos e conseqüente atribuição de obrigatoriedade pressupõe-se a observância de princípios como os da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Nesse sentido, o equilíbrio contratual impõe a mitigação dos princípios da liberdade contratual e da força obrigatória, na medida em que a vontade das partes deve se vincular a estipulações razoavelmente equilibradas. Não sendo respeitada essa equivalência, é possível, conforme o caso, a anulação, resolução ou revisão do contrato com base em institutos como os da lesão, do estado de perigo e da resolução por onerosidade excessiva superveniente, os quais têm por fundamento o princípio do equilíbrio contratual.

A boa-fé objetiva implica às partes um recíproco comportamento leal e isento de abusos, e constitui-se em princípio informador da validade dos contratos. Portanto, da mesma forma que o princípio do equilíbrio contratual, a boa-fé objetiva limita os tradicionais princípios contratuais aludidos e possui intrínseca relação com a lesão, hipótese de defeito do negócio jurídico.

Também o princípio da conservação dos contratos está firmemente arraigado no nosso ordenamento jurídico, revelando-se em diversos dispositivos do Código Civil de 2002, entre eles o que viabiliza a manutenção do contrato lesivo mediante a obtenção de equivalência entre as prestações em momento posterior ao da celebração.

Nos termos do Código Civil de 2002, a lesão atua no plano da validade dos negócios jurídicos já que consiste em hipótese de defeito do negócio jurídico que acarreta a anulabilidade dos contratos onerosos. Contudo, difere das tradicionais hipóteses de vício da vontade já que requer, além de um consentimento irregular decorrente da situação de vulnerabilidade do lesado, esteja evidenciada a desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes.

A caracterização da lesão no atual ordenamento civil requer a demonstração de desproporção manifesta entre as prestações, a ser prudentemente avaliada pelo julgador. Dessa maneira, ao contrário de outros sistemas jurídicos, não foi legalmente fixada uma taxa para sua apreciação.

Da mesma forma, necessária a configuração de uma situação de vulnerabilidade da pessoa prejudicada, revelada por uma necessidade ou inexperiência contratual. Essas circunstâncias afetam a vontade do lesado na medida em que este celebra o contrato sem isenção de ânimos ou conhecimento necessário, já que o faz, respectivamente, em razão de sua necessidade econômica em firmá-lo ou, ainda, em razão de sua inexperiência técnica no caso concreto.

Esses requisitos — desequilíbrio contratual e situação de vulnerabilidade do lesado — devem estar presentes no momento da celebração do contrato oneroso, motivo pelo qual a lesão difere da resolução por onerosidade excessiva, que pressupõe o surgimento da desproporção entre as prestações no momento da execução.

Em virtude de se tratar de defeito do negócio jurídico, a conseqüência natural da lesão é acarretar a anulação do contrato, suprimindo-se os efeitos até então produzidos e repondo-se os contratantes no estado anterior, salvo se houver impossibilidade material, caso em que a reposição se dará pela via da reparação.

Porém, é possível evitar a anulação do contrato lesivo mediante posterior obtenção de equilíbrio contratual, hipótese legalmente prevista em favor do beneficiário da desproporção.

Também cabível o pleito de revisão judicial do contrato lesivo a pedido do lesado, pois, apesar de não ter sido expressamente previsto, essa solução se coaduna com alguns ordenamentos jurídicos que costumeiramente influenciam o direito brasileiro, não conflita com nossa tradição e com os princípios que atualmente instruem nosso sistema jurídico.

Diante dessas conclusões, a lesão pode ser definida como defeito do negócio jurídico caracterizado por uma manifesta desproporção entre as prestações assumidas pelas partes, decorrente de premente necessidade ou inexperiência de uma delas e que acarreta a anulação do contrato firmado, salvo se obtido posterior equilíbrio entre as prestações por atuação das partes ou por intervenção judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral.* 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais:* fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 417-458.

_____. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1.

ALVES, Brunna Calil dos Santos. A lesão no Brasil e a lesão no direito francês – análise comparativa. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, ano 104, n. 397, p. 31-55, maio/jun. 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil comentado.* Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord. Ricardo Fiúza até 5. ed.). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1.

_____. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale.* São Paulo: LTr, 2003. p. 116-128.

_____. O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. *Diritto@Storia*, n. 5, 2006, Tradizione Romana. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>. Acesso em: 18 nov. 2008.

_____. *A parte geral do Projeto de Código civil brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. A sintonia da redação do artigo 112 do Código Civil com os princípios contemporâneos do negócio jurídico bilateral e do contrato. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n. 77, p. 13-16, jul 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A interpretação jurídica segundo o Código Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 98, p. 90-100, jul. 2008.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato.* Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *La compra vendita in diritto romano.* Napoli: Jovene, 1952. v. 1.

_____. *Instituzioni di diritto romano.* 2. ed. Napoli: Jovene, 1927.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado.* São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

_____. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva – *laesio enormis. Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 308, p. 7-25, jun. 2003.

_____. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BAPTISTA, Sílvio Neves. A força obrigatória dos contratos e a imprevisibilidade extraordinária. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco,* v. 7/8, n. 16/17. p. 573-605, jan./jun. 2003.

BARROS, Maria Accacia Silva. *A lesão nos contratos e a restrição da capacidade contratual.* Campinas, SP: LZN Ed., 2003.

BARROSO, Lucas Abreu. A função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 283-294.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico.* Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. t. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria F. Alves, 1929.

BIANCHI, Giorgio. *Rescissione e risoluzione dei contratti.* Padova: CEDAM, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos no projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* São Paulo, ano 35, n. 104, p. 48-57, out./dez. 1996.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Da lesão no direito brasileiro atual.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BORGHI, Hélio. *A lesão no direito civil.* São Paulo: Leud, 1988.

BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005. p. 55-74. (Série grandes temas de direito privado, v. 4).

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A fronteira da autonomia da vontade e a função social do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005, p. 241-255. (Série grandes temas de direito privado, v. 4).

CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano.* 2. ed. Napoli: Morano, 1960.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. As transformações do direito contratual: função social e boa-fé objetiva. *Revista de Ciências Sociais,* Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 125-162, 2006.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por eqüidade no novo Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Lino de. *A lesão consumerista no direito brasileiro de acordo com o novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CATALAN, Marcos Jorge. Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constituicionais. *Revista EPD – Escola Paulista de Direito*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 39-63, 2005.

CHANTEPIE, Gaël. *La lésion.* Paris: L.G.D.J., 2006.

CIFUENTES, Santos. *Negocio jurídico.* Con la colaboración de Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1986.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral: introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1, t. 1.

CORPUS IURIS CIVILIS. 14. ed. Dublin; Zurich: Weidmann, 1967. v. 2 - Codex Iustinianus, Paulus Krueger.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano.* São Paulo: Saraiva, 1949.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano e o direito brasileiro.* 7. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CUNHA, Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

DEMONTES, E. *De la lésion dans les contrats entre majeurs.* Paris: L.G.D.J., 1924.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Onerosidade excessiva e a revisão contratual no direito privado. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais:* fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 325-389.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado.* 9. ed. rev., aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

_____. *Novo Código Civil comentado.* Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord. Ricardo Fiúza até 5. ed.). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONNINI, Rogério Ferraz. Revisão contratual sem imprevisão. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 212-221, jul. 2008.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*: obrigações: 2ª parte. 2. ed. São Paulo: Nelpa, 2001. v. 3.

EIRÓ, Pedro Camargo de Sousa. *Do negócio usurário.* Coimbra: Almedina, 1990.

ELIAS, Roberto João. Confirmação dos atos anuláveis. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 47-60, jul./set. 1987.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 143-150, jul. 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1.

_____. *Esboço do Código Civil.* Brasília: Ministério da Justiça; Fundação Universidade de Brasília, 1983. v. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contrato: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4, t. 1.

GARCIA, Izner Hanna. *Lesão nos contratos e ação de revisão*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GARCIA SANCHEZ, Justo. *La laesio enormis*: del rescripto de Diocleciano (C. 4, 44, 2) al Codigo de Comercio Hispano de 1829, pasando por Hevia Bolañó. In: STUDI in onore di C. Calisse. Disponível em: <www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2001/garcia%20sanchez.pdf>.

GAZZETTA Ufficiale della Repubblica Italiana. Disponível em: <http://dbase.ipzs.it/cgi-free/db2www/notai/arti.mac/report2>. Acesso em: 11 nov. 2008.

GIRARD, Paolo Federico. *Manuale elementare di diritto romano.* 4. ed. Trad. Carlo Longo. Milano: Societá Editrice Libraria, 1909.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação*: lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

GOGLIANO, Daisy. A função social do contrato (causa ou motivo). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 53, n. 334, p. 9-42, ago. 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *A crise do direito.* São Paulo: Max Limonad, 1955.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: contratos e atos unilaterais. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 22, n. 68, p. 79-86, dez. 2002.

_____. Direito das obrigações: o caráter de permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações futuras. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2005. p. 15-31. v. 4.

_____. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,* São Paulo, ano 12, n. 45, p. 141-152, jul./set. 1988.

INFOLEG: Información legislativa. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar>.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 38-54.

_____. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 126-134.

_____. Crítica à parte geral do projeto de Código Civil. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67-91.

_____. O direito pós-moderno e a codificação. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55-63.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 148-158.

_____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire conra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do 'programa contratual' estabelecido (Parecer). In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159-183.

_____. A lesão como vício do negócio jurídico. A lesão entre comerciantes. Formalidades pré-contratuais. Proibição de *venire contra factum proprium* e ratificação de atos anuláveis. Resolução ou revisão por fatos supervenientes. Excessiva onerosidade, base do negócio e impossibilidade da prestação (Parecer). In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 109-125.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial.* São Paulo: Ed. Particular, 1986.

_____. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. XI de agosto. In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 371-379.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual (Parecer). In: _____. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137-147.

_____. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182-198.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito.* Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEGIFRANCE. Diusponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 11 nov. 2008.

LIRA, Ricardo Pereira. A *occasio legis* do Código Civil de 1916 e a *occasio legis* do Código Civil de 2002. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 202-211, jul. 2008.

LISBOA, Roberto Senise. *Lesão nos contratos.* In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). *Contornos atuais da teoria dos contratos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 49-74.

_____. *Manual de direito civil*: teoria geral do direito civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796. Acesso em: 21 out. 2008.

LOPES, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*, São Paulo. São Paulo, n. 68, p. 49-60, dez. 2002.

LOPES, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais:* fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-74.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUPION, Ricardo. A força obrigatória dos contratos versus a revisão judicial por onerosidade execessiva. *Direito & Justiça*: revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 21, n. 20, p. 283-307, 1999.

MADEIRA, Eliane Maria Agati. *Laesio enormis.* 1998. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A inexistência na teoria das nulidades*. 2001. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Interpretação dos negócios jurídicos: a "causa curiana" e o art. 85 do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 78, v. 648, p. 21-26, out. 1989.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

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

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

_____. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. Disponível em: <www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf>. Acesso em: 15 out. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2002.

MARUCCI, Barbara. Equilíbrio contratuale: un principio nella continuitá. *Rassegna di Diritto Civile,* Napoli, n. 1/3, p. 213-239, ago. 2003.

MATTIETTO, Leonardo. Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano 8, n. 48, p. 128-135, jul./ago. 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia: 1ª parte. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Danilo Badaró. Lesão. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 94, v. 835, p. 723-753, maio 2005.

MIRABELLI, Giuseppe. *La rescissione del contratto*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1962.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado.* 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. t. 1.

_____. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 2.

_____. *Tratado de direito privado.* Campinas: Bookseller, 2001. t. 4.

_____. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de direito civil.* 4. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das obrigações – 2ª parte. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 5.

_____. *Curso de direito civil*: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

MOTTA FILHO, Carlos Fernando Carvalho. Ensaio sobre a lesão contratual nas relações de consumo, segundo a nova ordem civil. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, ano 100, v. 371, p. 79-115, jan./fev. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante anotados.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 19, p. 24-55, ago./dez. 2001.

ORRÚ, Silvia. *La rescissione del contratto.* Padova: CEDAM, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

_____. *Lesão nos contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PODER JUDICIÁRIO DO PARANÁ. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br>.

PORTAL da Justiça Federal. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2008.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2004. v. 38-C.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2008.

PÓVOAS, Maria Helena. A força obrigatória dos contratos e a teoria da imprevisão. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá,* Cuiabá, v. 5, n. 1, p. 95-104, jan./jun. 2003.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Lições preliminares de direito.* 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 29 set. 2008.

RÉGIS, Mario Luiz Delgado. *Novo Código Civil comentado.* Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord. Ricardo Fiúza até 5. ed.). 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIPERT, Georges. *Regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIZZARDO, Arnaldo. *A ineficácia dos atos jurídicos e da lesão no direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROCHA, Manuel Antonio Coelho. *Instituições de direito civil portuguez.* Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor, 1907. t. 2.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

_____. *Direito civil*: parte geral. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. *Dos vícios do consentimento.* São Paulo: Saraiva, 1979.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* Trad. Ary dos Santos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 1.

SACCO, Rodolfo. *Il contrato.* Torino: UTET, 1975.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato.* 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/>. Acesso em: 02 nov. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 1992.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação*: teoria e prática da juscibernética no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negocio jurídico.* Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil brasileiro. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 96, p. 115-124, mar. 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: Lei de introdução e parte geral 1. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Função social dos contratos*: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

TELES, José Homem Correia. *Doutrina das ações acomodada ao foro de Portugal.* 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1837.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos fatos jurídicos: negócio jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3, t. 1, livro III.

THUR, Andreas von. *Partie generale du code federal des obligations.* Trad. Maurice Torrente, Emille Thilo. Lausanne: Vaney Burnier, 1930.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Disponível em: <www.tjdft.jus.br>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. Teoria geral da boa-fé objetiva. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 22, n. 68, p. 100-110, dez. 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história de processo civil romano.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2.

VISKY, Károly. Appunti sulla origine della lesione enorme. *IURA Rivista Internazionale di diritto romano e ântico*, Napoli, v. 12, pt. 1, p. 40-64, 1961.

WALD, Arnoldo. Aplicação da teoria da imprevisão na empreitada. *Revista do Advogado,* São Paulo, ano 28, n. 98, p. 59-73, jul. 2008.