

A LESÃO CONTRATUAL E SEUS ELEMENTOS

*Raul Murad Ribeiro de Castro**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O movimento pendular. 2.1. Passado e presente: objetivo e subjetivo (vice e versa). 2.2. Expressão no Brasil e Direito Moderno. 2.3. A incógnita subjetiva. 3. Considerações finais. 3.1. O paradigma e a evolução. Referências.

RESUMO: A lesão contratual, em especial seus elementos, é a grande motivação dessa pesquisa. Apesar de ser um instituto já existente há séculos, cuja origem remonta o Direito Romano, a discussão acerca de quais requisitos seriam necessários para sua configuração de nada se mostra pacífica, uma vez que com o passar dos anos muda-se o âmbito social e com isso há a possibilidade de alteração de sua composição. Por estar diretamente ligada ao conceito de justiça, vê-se que a lesão é tão inconstante quanto a concepção que a sociedade faz da figura anterior. Diante disso, faz-se necessário elaborar uma evolução histórica, visto que as ideologias anteriores muito influenciaram e ainda influenciam a composição elementar atual. Numa proposta de observar da história com maior dinamicidade, primeiro apresentou-se os princípios que influenciam o modelo vigente, os quais foram capazes de relativizar o que anteriormente era considerado absoluto, com o intuito de demonstrar de plano a importância da mentalidade social para esse instituto. Logo em seguida, com a retomada às origens da *laesio* no Império Romano e posteriormente ao Período Medieval, demonstrou-se que as bases fundamentais dos seus componentes já haviam se estabelecido desde então, sofrendo logicamente alterações com o tempo, mas sempre conservando o conteúdo essencial dessa figura. Posteriormente, fez-se a localização dela no Direito

* Graduando do 5º período de Direito pela FDC. Integrante do Grupo de Pesquisa de Direito privado da FDC.

brasileiro com a retratação progressiva de seu caminhar para a atualidade, sem, contudo, deixar de inseri-la no âmbito mundial, sob o ângulo de realce dos elementos e da ideologia que influenciava a sua adoção ou abolição, visto que essas marcas perduram até o tempo presente. Após a apreciação e apreensão dos momentos mais importantes que concorreram para a caracterização da lesão como é, cumpriu-se em analisar exaustivamente seus elementos com base na doutrina e jurisprudência, para ao final caracterizá-la como objetiva ou subjetiva, de acordo com a relevância de cada. Por fim, propôs-se uma reflexão a respeito do entendimento dos requisitos desse vício de consentimento ou, simplesmente, defeito do negócio e sua aplicação.

Palavras-chave: Direito Civil; Lesão; Elementos.

ABSTRACT: The contractual injury, specially its elements, is the great motivation of this research. Although this institute exists for centuries - its origin retraces the Roman Law - the quarrel about which requirements would be necessary for its configuration is not a pacific question, because along the years the social scope changes and with this there is the possibility of alteration of its composition. For being straight ahead connected with the justice concept, the injury is so mutable as the conception that the society makes form the previous figure. Then, it is necessary to elaborate a historical evolution, for the reason the previous ideologies had influenced and still influence a lot the nowadays elementary composition. First, in a project to observe the history in a more dynamic way, the principles that influence the effective model were presented, based on the importance of demonstrating the social mentality for this institute, because they had been capable to relativize what, some time before, was considered absolute. Afterwards, with the retaken to the origins of the *laesio* in the Roman Empire and later to the Medieval Period, it was evidenced that the basic bases of its components had already been established since then, suffering alterations with the time, but always conserving the essential content of its

figure. Later, was done a localization of it in the Brazilian Law with a gradual retraction of its right to the present time. Along with this there was an attempt to insert it in the worldwide scope, under the angle of distinction of its elements and the ideology that influenced its adoption or abolition, because these marks remains until the present moment. After the appreciation and apprehension of the most important moments which had tried for the characterization of the injury as it is, an exhaustive analyse of its elements based on the doctrine and jurisprudence was done. The main purpose was to characterize it as objective or subjective, related to the preponderance of each quality. Finally, a reflection about the understanding of the elements of this vice of assent or, simply, defect of business and its application was presented.

Key words: Civil Law; Injury; Elements.

1. Introdução

O objeto de estudo desse trabalho afigura-se como um dos defeitos do negócio jurídico elencados no Código Civil de 2002 do artigo 138 ao 165, classificado como um vício de consentimento e recentemente positivado, a dizer, a lesão contratual civil prevista no artigo 157 e parágrafos desse mesmo diploma.

Sílvio de Salvo Venosa¹ já demonstra que a controvérsia é inerente a esse instituto, posto que há juristas que discordam dessa localização topográfica da lesão no Código como um vício de vontade pelo fato de alegarem não haver qualquer relação daquela com este em vista da sua objetividade. Dessa mesma forma, Caio Mário, apesar de antes da posituação no diploma civil, prelecionava: “o instituto da lesão deve configurar-se como defeito do negócio jurídico, e não como vício de vontade”².

No entanto, esse ponto de divergência não se caracteriza tão simples na realidade. Uma situação que, à primeira vista, poderia ser considerada mera discussão de formalidades sobre qual lugar da lei cível se encontraria o instituto, incapaz de gerar efeito prático; caso observado atentamente em seu “nicho doutrinário” demonstra-se de extrema importância. Tal relevância está na aplicação e concretização do instituto, visto que essa classificação tem como base o grau de objetividade de seus elementos.

Esta discussão não é significativa pela simples dúvida da localização da lesão, pois a motivação da resistência de ser vista como um vício consensual fundamenta-se em uma análise precisa de seus elementos e assim do próprio conteúdo do instituto. Esses componentes são vistos de diferentes formas tanto pela doutrina internamente, em que os autores não acham um ponto comum, quanto com essa em relação à jurisprudência

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 448.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 75.

cujos julgados demonstram certa imperícia na interpretação do instituto, ou o fazem de forma divergente quanto aos requisitos exigidos.

A análise dos elementos da lesão tem por base não propor a modificação de seu *habitat* no ordenamento jurídico, se esse o caso for, mas determinar as tendências da doutrina moderna. Assim auxiliar e promover um melhor esclarecimento da aplicação dessa figura aos casos ocorridos em sociedade, para que seja possível a concretização de sua finalidade ao ser positivada no Código Civil de 2002 ao lado de defeitos essencialmente subjetivos como o dolo, o erro e a coação.

Busca-se determinar a identidade dessa técnica de promoção da equidade e justiça social frente à era das contratações de massa, em que o homem médio não é mais capaz de se impor perante as grandes corporações, experientes na feitura de contratos, tendo que ceder às exigências do mercado, vezes vis, para que possa interagir nas relações civis.

Diante do exposto, observa-se que tal mecanismo de comutatividade só é possível de ser aplicado pelo fato de ter-se modificado o paradigma social no que tange à teoria dos contratos e sendo ainda uma consequência dessa alteração, como a expressão de um novo modelo que se vislumbra, em que não há mais o imperativo absoluto da autonomia da vontade, a qual passa gradativamente a compartilhar seu *loco* com a Boa-fé Objetiva, a Função Social do Contrato, e, por fim, o Equilíbrio Contratual.

Com isso, o objeto é a exposição e análise dos elementos da lesão, com prévia retrospectiva histórica a respeito do modo como foram e são tratados pela doutrina, e posterior verificação da intensidade de subjetividade desses requisitos, com o intuito de se perquerir a funcionalização dessa figura, frente a sua finalidade de equilíbrio contratual.

2. O Movimento pendular

Na precisa lição de Caio Mário, mestre civilista que contribuiu sensivelmente para o entendimento da lesão, observa-se que:

É impossível o estudo consciencioso e exato de um instituto jurídico, sem ser precedido de seu apanhado histórico. Por mais moderno que pareça, ainda mesmo que se apresente aos olhos do observador como criação pessoal de um legislador inspirado, será sempre um fenômeno social que lança suas raízes no passado ³.

Contudo, o instituto da Lesão apresenta uma característica peculiar, a qual faz com que mera digressão histórica estática torne o seu entendimento deveras cansativo e, de certa forma, improdutivo. Ao longo dos anos os seus elementos foram analisados dinamicamente, sofrendo consideráveis alterações que ora pendiam para uma situação mais objetiva, ora mais subjetiva, chegando a até ser expurgado do ordenamento brasileiro em momentos que a ideologia social não era compatível com seus preceitos.

Atualmente essa figura está positivada no Código Civil de 2002 em seu artigo 157 e parágrafos, sem, contudo ter tido referência legislativa equivalente anterior, isto é, no Código Civil de 1916⁴, pelo fato de que vigorava naquele momento de forma quase unânime na doutrina e jurisprudência a concepção voluntarista do contrato, a qual primava pela liberdade, autonomia de escolha e regência do indivíduo nos atos da vida civil, aos quais não cabia ao Estado intervir.

Esse processo de solidarização do ordenamento como um todo foi logicamente, e ainda o é, gradativo, porém o marco histórico de sua ocorrência está na promulgação da Constituição

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 2.

⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Comentários ao Novo Código Civil, Livro III – Dos fatos jurídicos: dos negócios jurídicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 220.

Federal de 1988, a qual permeou o Direito Civil com seus novos valores e princípios.

Necessário se faz que se remonte à Revolução Francesa em 1789, cujos ideais influenciaram intensamente as sociedades ocidentais, com a consagração da hegemonia de uma concepção liberal que perdurou, de certa forma, até atualidade. Esta foi a conjuntura da criação do Código de 1916.

As normas desse diploma tinham em seu bojo o homem como indivíduo isolado⁵, o qual era livre para desenvolver-se de forma plena, mormente no que tange às suas relações patrimoniais. Na seara dos contratos, a vontade tornou-se o fundamento destes, visto que era considerada soberana⁶. Caso declarada livre, sem estar maculada por vícios, esse se perfazia completamente, adquirindo o caráter de intangível e plenamente oponível a terceiros.

Assim, não restou lugar para a positivação do instituto da Lesão junto a esta codificação, uma vez que um defeito no negócio jurídico que visasse à revisão de uma relação contratual validamente formada, sob o fundamento de desproporção das prestações e inexperiência de alguma das partes não justificava ter existência, pois a igualdade civil estava assegurada definitivamente⁷ e com isso não existia um contraste entre as partes contratantes, as quais possuíam a livre capacidade de escolher com quem contratar, o objeto do contrato e a forma como fazê-lo.

Diante de tal panorama demonstra-se ainda que, seguindo fielmente o que propalava o Código, a jurisprudência não aplicou a figura da Lesão nos contratos celebrados sob a sua égide, mesmo em situações em que era flagrante a ocorrência dela como lecionava a doutrina que continuava a estudá-la, como na

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-RJ, n° 1, 2ª ed., p. 60, jul./dez. 1991.

⁶ FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. *Ensaio sobre a lesão contratual nas novas relações de consumo, segundo a nova ordem civil*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 100, vol. 371. p. 89, jan./fev. 2004.

⁷ Clóvis Bevilacqua *apud* Caio Mário da Silva Pereira. *Op. cit.*, p. 97.

Apelação Cível nº 2005.001.14341⁸, submetida a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo relator foi o Desembargador Roberto de Abreu e Silva, em que é negado o provimento do pedido de reparação de danos materiais de morais c/c lucros cessantes e a nulidade do destrato ao contrato de prestação de serviço por esse motivo.

Cumprе ressaltar que pela não aplicação desse instituto, verifica-se uma incoerência da jurisprudência ao caracterizá-lo por ter exigido da vítima a prova de “coação irresistível a que teria sido submetida (...)”⁹, visto que essa é uma figura autônoma e não tem esse vício como elemento.

Na esteira temporal, pode-se perceber que a ocorrência de certos acontecimentos históricos abalou os ideais perpetrados pela escola liberal. A 1ª Grande Guerra Mundial, seguida do *crack* da Bolsa de Nova York em 1929 provocaram o início de um processo de alterações econômicas dramáticas, as quais repercutiram de forma arrasadora na sociedade de modo que frente a isso o direito não ficou estático.

Surge o modelo do *Welfare State*, em que o Estado passa a assumir funções antes deixadas ao puro arbítrio do mercado. Nesse diapasão é formulada e promulgada a Constituição de 1988, que determina o Brasil como um Estado Democrático de Direito, influenciada por valores de justiça social, com a proposta de unificação normativa de todo o ordenamento¹⁰, como fundamento lógico e imediato do sistema normativo.

Em face dessa nova conjuntura, o CC/16 não mais satisfazia, ele referia-se a uma sociedade baseada em preceitos como o individualismo, o patrimonialismo, que não correspondiam ao da atual. Assim, corroborando os valores e princípios

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.14341, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 11 jul. 2005.

Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2007.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.14341, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 11 jul. 2005.

Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2007.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 63.

Constitucionais, é promulgado um novo Código Civil em 2002, o qual por estar em consonância com os ideais de solidariedade e equidade retoma a figura da Lesão ao meio jurídico.

2.1. Passado e presente: objetivo e subjetivo (vice e versa)

Em uma evolução histórica dinâmica, é preciso que se volte à origem do objeto de estudo para, a partir dessa, compará-lo com a sua atual faceta e caminhar progressivamente até o momento presente na construção dos elementos constitutivos.

É unânime entre os autores que o marco inicial da lesão se deu em meio ao Direito Romano. Apesar de se encontrarem preceitos com conteúdo semelhante ao dela em outras épocas e civilizações como os hindus, a filosofia Aristotélica, a equivalência das prestações afirmada por Hugo de Groot; a “eclosão (da lesão) dá-se um tanto bruscamente no *ius romanum*, desprendido do preceito que o tenha gerado em evolução natural”, como afirma Caio Mário¹¹.

O seu surgimento é atribuído às Constituições de Diocleciano e Maximiliano, Leis Segunda e Oitava de 285 e 294 d.C. respectivamente, as quais eram fragmentos do Código de Justiniano. De acordo com elas, todo aquele que vendesse seu imóvel por menos da metade do valor verdadeiro poderia pedir a rescisão contratual ou receber complemento até o justo valor.

Assim, observa-se que, para a configuração da lesão enorme, ou romana, é necessário apenas a desproporcionalidade entre as prestações, sendo ela como entende a doutrina¹², completamente objetiva, diferente da atualidade, em que além desse requisito deve haver também a inexperiência ou premente necessidade, e para alguns o dolo de aproveitamento, ou para outros o simples aproveitamento.

No entanto, frisa-se que há partidários, como Teresa Negreiros¹³, de que mesmo no Direito Romano não há inteira

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 3.

¹² FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. *Op. cit.*, p. 89.

¹³ NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato. Teoria do Contrato, Novos Paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 169.

objetividade, uma vez que não havia um padrão fixo para determinar o preço verdadeiro ou justo, o que representa a sua composição com conceitos indeterminados que estavam sujeitos a um juízo subjetivo do pretor.

Após o seu surgimento no período romano, faz mister que se demonstre atrato da lesão recebido no Período Medieval, uma vez que neste houve o alargamento dos elementos do instituto através da influência de uma nova ideologia.

Na Idade Média imperou a moral religiosa ditada pela Igreja Católica através de filósofos que, por meio de justificativas fundamentadas no texto sagrado, alcançaram todo o pensamento da época, o que não foi diferente com o direito e, por conseguinte com a lesão. A sua faceta romana não mais seria a mesma após a difusão dos ideais de solidariedade e repúdio à usura.

No entanto, a primeira aparição desse instituto nesse momento deu-se por conta dos glosadores, isto é, através de uma interpretação leiga em que ao terem feito a tradução das Constituições do Código de Justiniano acreditaram faltar algum elemento. Diante disso, inseriram o dolo intrínseco àquela relação de desproporção, pois não conseguiram vislumbrar a possibilidade de sua ocorrência sem que o indivíduo fosse enganado, sendo então a não equivalência a presunção do dolo.

Concomitantemente a esse trabalho, ela também foi analisada pelos cânones da Igreja Católica, dentre os quais São Tomás de Aquino. Em face do quadro de busca da justiça comutativa, ele viu que era necessário observar a situação do que sofre a lesão, pois se tivesse como determinar o justo preço não havia porque se cogitar da aplicação deste instituto, uma vez que estaria salvaguardando qualquer um que age levemente na gestão de seus negócios.

Nessa linha ainda verifica-se a criação de um segmento distinto em sua essência da lesão enorme: a "*laesio enormissima*, sem fundamento na lei romana"¹⁴. Os requisitos subjetivos eram os mesmos, porém, diferentemente do parâmetro desproporcional

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 45.

da anterior que era de menos da metade pelo comprador, apenas de dois terços, visando atender ao comprador que pagasse uma quantia a mais e que de acordo com a primeira não se encaixaria na taxa necessária; ou apenas a terça parte para o vendedor.

Com isso, conclui-se que a lesão atual é fruto de sua origem. A desproporção até hoje é elemento peculiar desse instituto; o dolo inerente a não equivalência apresenta certa relação com o de aproveitamento defendido pelos doutrinadores modernos; e o desconhecimento do justo preço nada mais seria do que a inexperiência exigida pelo Novo Código.

Após a caminhada evolutiva do nascimento à determinação do conteúdo primário da lesão, vê-se que o instituto passou a ser tratado pelos ordenamentos de diversos Estados, seja para consagrá-lo com maior ou menor aplicação, ou até mesmo aboli-lo taxativamente.

O direito brasileiro a vigorar depois da independência continuou a ser o português, as Ordenações Filipinas (1603)¹⁵. Estas expressavam de forma clara a sua filiação ao direito romano e canônico no que tange a essa figura, uma vez que normatizavam a lesão enorme e a enormíssima.

Diante da necessidade da criação de um direito verdadeiramente brasileiro, que não fosse a transposição das normas dos antigos colonizadores, surge, em relação ao direito civil, a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (art. 359) e posteriormente a Nova Consolidação das Leis Civis de Carlos Augusto (art. 1.071 a 1.077), as quais trataram da lesão de forma exatamente igual ao ordenamento anterior, sem, contudo mencionarem a enormíssima.

Enquanto isso vê-se que na França em 1804 com a promulgação de seu Código Civil a lesão sofre um grande cerceamento, visto que pelo fato de aquela sociedade estar altamente influenciada pelo pensamento individualista há o primado da liberdade contratual em detrimento da equidade¹⁶. Tal instituto é repellido pela legislação (art. 1.118) sendo somente

¹⁵ FILHO, Carlos Alberto Bittar. *Op. cit.*

¹⁶ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 171.

aplicado em casos excepcionais como em negócios firmados por menores não emancipados, em partilha, e em venda de imóveis e preço menor que 7/12 do do mercado. Em todos esses casos deve haver necessidade que acarrete uma espécie de violência à vontade do lesado. Tal figura foi considerada objetiva, pelo fato de que essa ameaça é presumida pela ocorrência de não equivalência.

Influenciado por esses ideais liberais, o legislador brasileiro aboliu a lesão dos contratos entre comerciantes com o Código Comercial de 1850, justamente por acreditar que se encontravam em mesmo patamar de igualdade e ser o lucro e o risco inerentes à essência de suas atividades, tornando inócua a aplicação daquela figura.

Nessa mesma linha de subordinação aos valores da Revolução Francesa, observa-se o Código Italiano de 1865, no qual o instituto da lesão foi configurado igualmente ao francês tendo como diferença apenas a taxa legal que era a metade do preço justo, o que demonstra uma maior condescendência em relação à lesão mesmo no imperativo da liberdade. Diferentemente do Código Português de 1867, o qual aboliu expressamente esse instituto, mas permitiu que as partes o convencionassem.

Indiferente, ou melhor, relutante aos valores individualistas, o Código Civil Alemão de 1896 não promoveu a submissão da equidade à autonomia da vontade, e previu a lesão em seus caracteres mais contemporâneos: exploração de necessidade; inexperiência ou leviandade, ligada à desproporção das prestações não tarifadas legalmente. Ela passa a ser vista subjetivamente, uma vez que há a necessidade da ocorrência do abuso de uma situação de inferioridade sem que sejam presumidos.

O Código Civil brasileiro de 1916, ao ser promulgado, demonstrou ainda a forte influência da doutrina francesa, pois nem mencionou a existência desse defeito do negócio no mundo jurídico, o que fez com que parte da doutrina apelasse para a jurisprudência aplicá-lo com base nas Ordenações Filipinas, por

não terem sido expressamente revogadas, mas tal movimento não logrou êxito¹⁷.

No entanto, seu ressurgimento se deu com o Decreto-Lei 869 de 18 de novembro de 1938 – que teve as disposições referentes à usura real reiteradas pela Lei nº 1.521/51 – cuja finalidade era a repressão dos crimes contra a economia popular. Em seu quarto artigo, alínea “b” estava previsto o crime de usura real, a qual previa sanção para aquele que obtivesse lucro patrimonial além de um quinto do valor corrente ou justo, mediante abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte.

Apesar de uma norma penal, é possível verificar sua flagrante correspondência com o tratamento dado à lesão pelo direito civil alemão, ou seja, a caracterização dessa como uma figura preponderantemente subjetiva dada a exigência de prova do dolo de aproveitamento de uma parte da inferior. A diferença está contida apenas no fato de ter o legislador brasileiro, por política legislativa, escolhido a tarifação legal para determinar a não equivalência, como assim leciona Caio Mário¹⁸.

Diz-se ainda que a própria lei previa conseqüências civis como permitir ao julgador “ordenar a restituição do excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento”. Doutrinaria e jurisprudencialmente conjugou-se a interpretação do tipo com o art. 145, II, CC/16 para demonstrar que se aquele negócio era um crime, então seu objeto seria ilícito, e se assim fosse, pelo ordenamento civil o ato jurídico deveria ser considerado nulo total ou parcialmente.

2.2. Expressão no Brasil e Direito Moderno

Diante desse quadro de alteração ideológica, não somente no Brasil, como em todo o ocidente, devido até mesmo à rápida movimentação da informação proporcionada pelos meios de comunicação cada vez mais modernos, países que adotaram

¹⁷FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. *Op. cit.*, p. 92

¹⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 137.

a lesão com grandes limitações, ou expurgaram-na de seu ordenamento mudaram de entendimento ao longo do tempo, como por exemplo, Itália e Portugal.

O novo Código Civil italiano de 1941, apesar de ter mantido a taxa legal de a metade do valor, modificou drasticamente o instituto. Ao invés de apenas adstrito à compra e venda de imóveis foi alargado para toda convenção em que houvesse uma desproporção, e que essa deveria ser fruto do aproveitamento (requisito subjetivo) de uma parte da necessidade da outra, sem que devesse haver a vontade de causar prejuízo, sendo bastante o conhecimento daquela situação extraordinária.

Situação diferente não aconteceu com o direito português que após abolir a lesão veio a adotá-la no Código Civil de 1966 sob a designação de usura, a qual se configura quando alguém obtiver benefícios excessivos mediante exploração de situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem.

O autor José de Oliveira Ascensão¹⁹ aduz ser a usura descrita de forma objetiva no direito português, porém ao afirmar isso deve-se ter em conta que refere-se ao fato de ela estar positivada, sem ser uma construção moral. Além de poder ser claramente observado que requisitos como “fraqueza de caráter” de nada são objetivos. O próprio doutrinador defende ser necessário não apenas o conhecimento da situação de inferioridade de outrem, mas também a efetiva vontade de explorar o que insufla esse instituto lusitano de subjetivismo até maior de que a nova óptica italiana que exige só a cognição.

O direito brasileiro no caminho da esteira evolutiva demonstrou estar sensível às transformações sociais e jurídicas. Diante da já vigente Constituição de 1988, ratificou os valores de justiça social e repressão ao abuso do poder econômico (art. 170 e 173, parágrafo 3º, CRFB) ao promulgar o Código de Defesa do Consumidor em 1990.

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral*. vol II. Acções e Factos Jurídicos. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 337-338.

O diploma em seu artigo 6º, inciso V, estabelece que é um direito básico do consumidor a revisão de uma cláusula que estabeleça prestações desproporcionais, e ainda declara no artigo 51, inciso IV, que são nulas de pleno direito – causa de nulidade e não vício de consentimento – as obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada e assim incompatíveis com a boa-fé e equidade. Não se cogita qualquer elemento subjetivo, uma vez que o código não menciona necessidade do abuso e já presume a debilidade do consumidor, pois na sociedade de contratos em massa é possível separar esse grupo num grande bloco formado por indivíduos com características semelhantes. Assim há a configuração da lesão consumerista como claramente objetiva, sendo apenas valorada a desproporção pelo juiz, visto que não há a tarifação legal²⁰.

Por fim, em 1999 foi editada a Medida Provisória 1.914-6, a qual fulmina de nulidade as estipulações usurárias em negócios civis em geral que tenham sido feitas em situação de vulnerabilidade de umas das partes. Logo após, em 2002, foi seguida pela promulgação do Novo Código Civil, que prevê expressamente a ocorrência de lesão “quando uma pessoa sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”, suscitando interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da objetividade dos elementos tão variadas quanto os diversos tratamentos dados pelo direito comparado.

2.3. A incógnita subjetiva

Em um primeiro plano é mister que se demonstre aqueles conceitos a respeito dos elementos que não possuem divergência entre os autores, ou se essa existe, não se encontra deveres expressiva: desproporcionalidade, necessidade, inexperiência.

A doutrina como um todo nada critica o fato de a falta de equivalência atualmente prevista no Código Civil não se basear em uma tarifação legal fixa, e sim dependente de um juízo de

²⁰ FILHO, Carlos Alberto Bittar. *Op. cit.*, p 115.

valor feito pelo julgador no momento da apreciação do caso concreto. Esse posicionamento se dá porque a taxa é um mecanismo extremamente rígido e não seria capaz para atender as inúmeras situações diferentes que poderiam existir e assim causar injustiças, com o fato de uma quantidade não se moldar por uma diferença ínfima entre esta e o que determina a lei. Ressalta-se que a falta de equivalência não é aritmética, porém causal, o que possibilita a aplicação tanto aos contratos comutativos como aleatórios.

Ainda pode-se perceber que tal técnica não se mostra compatível com os valores de generalidade e operacionalização inerentes ao Novo Código, nem com a utilização de cláusulas gerais que passaram a possuir importância desde a Constituição²¹, e o legislador ordinário deu continuidade a esse processo vindo a inseri-las difundidamente no ordenamento jurídico.

Os requisitos de caracterização do lesado, por sua simplicidade e quase objetividade, não demonstraram dificuldade de concordância da doutrina a respeito de sua conceituação.

A necessidade exigida não se refere a um estado de pobreza do indivíduo, mas de “necessidade de contratar”. Essa parte está diante de uma situação em que em condições normais não contrataria, visto que há um perigo de dano a seu patrimônio caso não venha a realizar o negócio jurídico, capaz de gerar um prejuízo maior do que a forma iníqua em que realiza a avença²². Ressalta-se que ele pode tanto afetar uma pessoa de baixa condição econômica, como uma de alta, uma vez que diante da premente necessidade de conseguir um certo volume de dinheiro pode vir a vender um único bem de que dispõe naquele momento por um valor que realmente não corresponde à realidade.

Já a inexperiência nada mais é, em uma interpretação quase literal, a falta de aptidão, habilidade do indivíduo para a

²¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização de Direito Civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, nº 5, p. 37, jan. 1997.

²² JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão*. Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 178, nov./dez. 2002.

prática de uma convenção. No momento da avença ele julga ter entendido perfeitamente o que é dito pela outra parte, mas posteriormente verifica que não alcançou a total extensão do negócio. Ela não está ligada ao nível de escolaridade ou cultural, visto que a noção de como agir nessas situações somente é adquirido por aqueles que praticam o ato de contratar rotineiramente. Como exemplo pode-se afirmar que um médico, que estudou seis anos para graduar-se e, assim, possuir um vasto campo de conhecimento, de nada pode saber no que tange à prática dos negócios, na qual é inexperiente.

Diante desses elementos, vê-se que na lesão haveria a preponderância da objetividade, sendo abalada pela verificação das situações de estado do lesado no momento da contratação, o que até se faz jus, pois mostra-se compatível com a adoção do princípio da Boa-fé Objetiva pelo código, e somente imputa ao lesionado aquelas situações em que realmente a inferioridade da outra parte foi determinante para a sua ocorrência, e não uma mera subsunção formal entre uma desproporção prevista concretamente e a taxa legal, ou a simples apreciação do juiz.

Embora Moreira Alves tenha lutado no próprio projeto do diploma civil pela objetividade acima descrita da lesão, afirmando que não era preciso que a outra parte sequer soubesse da debilidade em contratar do lesado²³; a doutrina atual não se satisfaz com apenas esses requisitos e insere outros. Contudo há aplicação jurisprudencial daquele autor, como nas Apelações Cíveis nº 70009539339²⁴ e nº 70012506580²⁵, julgadas pela Oitava e Décima Sétima Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado

²³ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, nº 15, p. 144, *apud* JÚNIOR, Humberto Theodoro, comentários ao Novo Código Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p 231.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70009539339, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 21 set. 2004.

Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012506580, da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 28 set. 2005.

Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

do Rio Grande do Sul, cujos relatores foram os Desembargadores José S. Trindade e Ergio Roque Menine, respectivamente, em que apesar de não terem sido procedentes as impugnações fundamentadas na lesão por falta de prova da inexperiência, os julgadores não cogitaram a necessidade de existência de aproveitamento ou desse dolo.

Parte de doutrina, representada por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin²⁶, afirma ser exigível, além dos requisitos já mencionados, a ocorrência do aproveitamento, uma vez que não há necessidade de que o beneficiado induza o lesado ou tenha a intenção de abusar dele, ou ainda que venha a ter consciência desse estado de inferioridade; sendo bastante que aproveite-se da situação.

Esses autores justificam a posição de nem exigirem a cognição com a argumentação ensaiada por Ana Luiza Maia Nevares²⁷. Segundo ela, se não é admitido que um contratante de boa-fé exija prestações desproporcionais, caso o tenha feito, é porque se aproveitou da situação inferior em que se encontrava o lesado.

Tal teoria já é demonstrada pela jurisprudência como no Recurso Inominado nº 71000667063, apreciado pela Segunda Turma Recursal Cível do Juizado Especial Civil do Rio Grande do Sul, em que o relator foi o Desembargador Luiz Antônio Alves Capra²⁸, embora voto vencido, categoricamente afirma que “sequer se cogita quanto a verificação do dolo ou má-fé”²⁹, mas

²⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforma a Constituição da República*. v. I. Parte geral e obrigações (art. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 293-297.

²⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 280.

²⁸ BRASIL. Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71000667063, da 2ª Turma Recursal do JEC do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 22 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

²⁹ BRASIL. Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71000667063, da 2ª Turma Recursal do JEC do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 22 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

apenas o aproveitamento do momento, o que acarretou lucros desproporcionais.

Contudo, cumpre ressaltar que a própria Ana Luiza Maia Nevares ao utilizar-se dessa fundamentação não quis fazê-la em prol do que os autores acima defendem, mas do dolo de aproveitamento – aquele em que o agente visa tirar proveito sem contudo ter o elemento volitivo de causar prejuízo – que ocorreria com o conhecimento da premente necessidade ou inexperiência, mas, seria presumido, como demonstra em sua argumentação. Junto a isso entende que a prova do *animus* de explorar descaracterizaria completamente o instituto³⁰, sendo a presunção uma forma de inversão do ônus da prova, para que o beneficiário manifeste o seu desconhecimento e/ou não exploração.

Dessa forma, verifica-se o que é chamado de “a beleza do direito”, isto é, um mesmo ponto como embasamento de duas concepções, não contraditórias, porém diferentes. A Boa-fé objetiva, princípio contratual expresso no art. 422 CC/02, dada a amplitude de seu conteúdo foi utilizada tanto para legitimar a existência do dolo de aproveitamento, visto que os contratantes por força dela devem atuar com honestidade, solidariedade e cooperação, assim, diante do conhecimento daquela situação de inferioridade não caberia avençar. Como também o simples aproveitamento, uma vez que a parte que impõe pesadas prestações para outra sem ter a idéia de que é inexperiente ou está necessitada não age, da mesma forma, pautada pela probidade.

Assim, observa-se, que doloso o aproveitamento ou não, os autores buscaram por meio desse princípio/norma/valor, que atualmente permeia todo o campo contratual, tornar objetivo algo que seria necessariamente subjetivo, seja presumindo-o, seja entendendo como decorrente do binômio desproporção/inferioridade.

No mesmo raciocínio, Humberto Theodoro Júnior procura

³⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 279-280.

desenvolver seu pensamento de que não caberia a existência de uma lesão totalmente desprovida de subjetividade, uma vez que o diploma civil é construído com determinada valorização da sistemática da teoria da confiança em que, além da manifestação da vontade do indivíduo, é preciso verificar se as partes vincularam-se pautadas pela Boa-fé objetiva com confiança na segurança jurídica da relação. Diante disso, leciona que é visível a necessidade da presença do dolo de aproveitamento como o conhecimento da debilidade, porém é presumido para “simplificar a tarefa da vítima”³¹.

Contudo, ao tratar da realização de prova por parte do beneficiário, o autor afirma que ele deve demonstrar o desconhecimento do estado de necessidade ou inexperiência e ainda propor o suplemento de preço ou aceitar a redução, o que, *data venia*, parece ser contraditório. Se é preciso que o réu complemente a prestação para evitar a anulação do negócio mesmo tendo provado não ter consciência da situação de inferioridade da outra parte, deduz-se que o autor está a afirmar de forma indireta que o dolo de aproveitamento refere-se à efetiva vontade de explorar. Ele mesmo diz que a não complementação “é a comprovação *a posteriori*, da censurabilidade da conduta do contratante”. Tal disposição contraria toda a sua teoria em sua essência.

Apesar da exigência confusa feita pelo autor, há ratificação na jurisprudência de ser precisa a intenção de abusar do estado da outra parte para a configuração da lesão, como na Apelação Cível nº 70010009868 apreciada pela Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Desembargador Mário José Gomes Pereira³², em que a parte ré – agora autora da apelação -

³¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Comentários ao Novo Código Civil, Livro III – Dos fatos jurídicos: dos negócios jurídicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 232.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010009868, da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 04 out. 2005.

Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

aproveitou-se de sua enorme experiência em cotações de mercado frente a gritante inexperiência do autor para auferir lucros desproporcionais, ao oferecer um valor ínfimo por ações que naquele momento não possuíam cotação de mercado propriamente ditas, mas que, com certeza, pouco tempo depois seriam inseridas neste e sofreriam uma valorização dantesca. Tendo sido condenada ao pagamento de indenização por perdas e danos, repetindo-se a decisão de 1º Grau.

Nesse acórdão o desembargador procurou frisar a vontade de explorar, como em “resta evidente que sua intenção era a de tirar proveito dessas circunstâncias do momento”³³ e ainda na efetiva aplicação da lesão ao caso concreto não mencionou a possível característica de presunção relativa do dolo de aproveitamento, pelo contrário, expôs e fundamentou a sua ocorrência fática.

Por fim, faz-se mister apresentar a inovadora proposta de Teresa Negreiros³⁴ que por apresentar os entendimentos de autores como Caio Mário e Anelise Becker deduz-se que ela filia-se à corrente de necessidade da ocorrência apenas do aproveitamento, porém a própria doutrinadora é silente quanto a esse assunto ao desenvolver sua teoria e somente confirma que é preciso a expressão do estado de inferioridade.

Contudo, ela propõe que junto a esse requisito clássico haja um enfoque no bem contratado, para que sob a óptica da Dignidade da Pessoa Humana seja feito um juízo de importância e utilidade daquele bem, de modo a tratar diversamente situações substancialmente diferentes e ainda evitar uma visão da lesão como subjetiva. Assim, quanto maior a relevância do bem, maior também seria o grau de objetividade da lesão.

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010009868, da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 04 out. 2005.

Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2007.

³⁴ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 202-205.

3. Considerações finais

3.1. O paradigma e a evolução

Após esta explanação, é possível verificar que desde a sua origem a lesão sofreu alterações com o correr dos anos, circunscrevendo uma trajetória semelhante a de um pêndulo, ora pendendo para a objetividade, ora para a subjetividade. Em nenhum desses momentos as mudanças ocorreram de forma fácil, sempre houve grande resistência. Porém o direito, como expressão de um fenômeno social, ao fim nunca deixou de render-se aos novos anseios e aspirações que a sociedade proclamava.

O mesmo aconteceu com a positivação da Lesão no Código Civil de 2002, cujo legislador, sensível às transformações sociais, com o afloramento das relações negociais, normatizou um instituto objetivo em sua essência para atender a parte em estado de inferioridade. No entanto, a doutrina e jurisprudência, comuns vanguardistas, por não conseguirem libertar-se do paradigma da culpa ainda dificultam a sua aplicação, contrariando essa adjetivação tão corrente.

A doutrina por que tem trabalhado para inserir elementos como o dolo de aproveitamento presumido ou o aproveitamento, os quais são ditos como objetivos, mas que na verdade representam uma subjetividade camuflada, pois em juízo inevitavelmente eles serão discutidos, uma vez que ao o réu demonstrar a sua não ocorrência caberá o autor provar que ela é viciada de falsidade.

Também a jurisprudência, pois como se pode ver nos acórdãos expostos, apesar de se vislumbrar por alguns o entendimento literal do art. 157, CC/02, esse não veio a ser aplicado ao ser defrontado com um caso efetivamente concreto de lesão, em que se apegou ao dolo de aproveitamento sem presunção. O raciocínio objetivo apenas ocorreu quando foi voto vencido ou nem se configuraram os elementos básicos da lesão.

Com isso, diante de todos os argumentos e demonstrações, há o apelo para que novamente o paradigma

seja quebrado e esse instituto evolua ainda mais com sua trajetória pendular tendente à objetividade, sendo somente presente o subjetivismo essencial que é a avaliação do estado de inferioridade e da desproporção das prestações. Desse modo, fosse caracterizado como um defeito do negócio jurídico e não um vício de consentimento.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral*. vol II. Acções e Factos Jurídicos. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. *Da Lesão no Direito Brasileiro Atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. *Ensaio sobre a lesão contratual nas novas relações de consumo, segundo a nova ordem civil*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 100, vol. 371. p. 79-115, jan./fev. 2004.

JUNIOR, Pedro Lino de Carvalho. *A lesão consumerista no Direito brasileiro de acordo com o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro III – Dos fatos jurídicos: dos negócios jurídicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão*. Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 163-179, nov./dez. 2002.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato, Novos Paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-RJ, nº 1, 2ª ed., p. 59-73. jul./dez. 1991.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. v. I. Parte geral e obrigações (art. 1º a 420)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização de Direito Civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, nº 5, p. 23-40, jan. 1997.

_____. *Temas de Direito Civil. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira*. Tomo II. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Temas de Direito Civil. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. Tomo II. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http:// www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br)>. Acesso em: 19 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http:// www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)>. Acesso em: 10 mai. 2007.