



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

CELITO DE BONA

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA LESÃO CONTRATUAL NA
PERSPECTIVA DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

Londrina
2009

CELITO DE BONA

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA LESÃO CONTRATUAL NA
PERSPECTIVA DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da UEL - Universidade Estadual de Londrina, Estado do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

Londrina
2009

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D278a De Bona, Celito.

Análise do instituto da lesão contratual na perspectiva do pós-positivismo
jurídico / Celito De Bona. – Londrina, 2009.
x, 166 f.

Orientador: Adauto de Almeida Tomaszewski.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em
Direito Negocial, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Contratos – Quebra – Teses. 2. Lesão (Direito) – Teses. 3. Positivismo
jurídico – Teses. I. Tomaszewski, Adauto de Almeida. II. Universidade Esta-
dual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Gra-
duação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.4

CELITO DE BONA

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA LESÃO CONTRATUAL NA
PERSPECTIVA DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da UEL - Universidade Estadual de Londrina, Estado do Paraná.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski
UEL -Londrina - PR

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
UEL -Londrina - PR

Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula
Universidade Paranaense – UNIPAR

Londrina, 17 de julho de 2009

A você, Marizete, esposa amada e querida, em homenagem à compreensão pela minha ausência.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Celestino e Ema Sueli, pela dedicação desmesurada, motivação e confiança, e por me ensinarem o significado do amor incondicional.

Ao professor e orientador, Aauto, pela oportunidade, pela paciência, pela amizade e por me ensinar a não dizer não.

Ao amigo Francisco Carlos Navarro por todo o incentivo e pela lição de vida em fazer o contrário do que o senso comum indica.

*Procuro despir-me do que aprendi,
Procuro esquecer-me do modo de lembrar que me ensinaram
E raspar a tinta com que me pintaram os sentidos,
Desencaixotar as minhas emoções verdadeiras,
Desembrulhar-me e ser eu ...
É preciso esquecer a fim de lembrar,
É preciso desaprender a fim de aprender de novo ...
Alberto Caieiro (Fernando Pessoa)*

DE BONA, Celito. **Análise do instituto da lesão contratual sob a perspectiva do pós-positivismo jurídico**. 2009. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2009.

RESUMO

O presente estudo apresenta o instituto da lesão contratual tendo como foco principal a análise do art. 157 do Código Civil e de sua indeterminação enquanto conceito. Apresenta também o panorama em que surge, desde a necessidade de superação do positivismo e com o advento do pós-positivismo, passando pelo movimento da Globalização, que se desenvolve de acordo com uma perspectiva mais humanizada e que, doravante, exige o desenvolvimento da dignidade humana em sua completude, com vistas à proteção do consumidor que é o cerne do sistema capitalista então formado. É isto o que dá fundamento à Constituição Federal, que tem como sustentáculos o princípio democrático e os direitos fundamentais. Disso surge a necessidade de uma eficácia horizontal de tais direitos, ou seja, que devem se aplicar às relações privadas. Decorre daí um ordenamento jurídico de inspiração constitucional que tem como princípios norteadores, no que se refere especialmente ao âmbito contratual, a função social dos contratos, a boa-fé, o equilíbrio contratual como corolário da justiça material e a proteção ao contraente que se encontra em estado de inferioridade. Ao se estudar preponderantemente o art. 157 não escapam do campo de delimitação algumas considerações sobre outros instrumentos de defesa do equilíbrio contratual, dispersos tanto no Código Civil como em outras leis. Também é essencial a abordagem sobre seus conceitos indeterminados, inseridos entre seus elementos objetivo e subjetivo. O primeiro trata da prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Já o segundo se refere acerca da premente necessidade e da inexperiência do lesado ao celebrar a avença. A indeterminação de tais conceitos é justificada pelos caracteres formadores do movimento pós-positivista que tende a dominar as legislações mais modernas, atribuindo ao juiz o poder de agir conforme sua prudência na identificação do ato e do negócio lesivo. Sua sanção de anulabilidade pode e deve ser evitada, não sendo o destino certo da pretensão, eis que muitas vezes pode não ser ele passível de retorno ao *status quo ante*, conformando-se com sua mera revisão. Busca-se antes o acerto entre as partes do que sua anulação. Não fica sem menção, finalmente, o equívoco do legislador de 2002 em atribuir à lesão, inserta como defeito dos negócios jurídicos, o prazo decadencial, vez que deveria se tratar de prescrição.

Palavras-chave: Direito civil. Lesão nos contratos. Pós-positivismo.

DE BONA, Celito. **Analisi dell'Ufficio dei Lesione contrattuali nella prospettiva del positivismo giuridico**. 2009. 180 p. Dissertazione (Maestrato in Diritto Negoziale) – Universidade Estadual de Londrina. 2009.

RIASSUNTO

Questo studio presenta il servizio della lesione contrattuali come analisi del art. 157 del Codice Civile e l'incertezza come un concetto. Ha anche il panorama deriva la necessità di un superamento del positivismo e con l'avvento del positivismo, passando per la circolazione di globalizzazione, che si sviluppa in conformità con una riflessione più e che in futuro, richiede lo sviluppo della dignità umana nella sua completezza, la tutela dei consumatori che è il cuore del sistema capitalista quindi costituito. È questo che dà motivi la Costituzione federale, che è il principio democratico pilastro e i diritti fondamentali. Questo deriva la necessità di un'efficacia orizzontale di tali diritti, cioè da applicare a relazioni private. Segue un supposing ispirazione costituzionale principi guida, in particolare ambito del contratto, la funzione sociale di contratti, buona fede, il contrattuali saldo come un corollario della giustizia e protezione materiale contraente che inferiorità di Stato. Lo studio principalmente del art. 157 sfuggire la distribuzione non alcune considerazioni di che altri strumenti di difesa equilibrio contrattuale, dispersi nel sia il codice civile come in altre leggi. È essenziale anche sui suoi concetti indeterminate, inserita tra suo obiettivo e gli elementi soggettivi. Il primo riguarda la fornitura chiaramente sproporzionato rispetto al valore della fornitura opposta. Già il secondo cui sulla necessità e inesperienza della parte lesa per celebrare il prezzo di sottoscrizione. L'incertezza di tali concetti è giustificato dal caratteri formatori del movimento post-positivista che tende a dominare le leggi più moderne, dando il giudice il potere di agire come vostra prudenza nell'individuazione della legge e negozi nocivi. La pena di nullità può e dovrebbe essere evitato, nessuna destinazione alcuni sostengono, così spesso non può essere suscettibili di ritornare il status quo ante, conformi alla sua revisione. Ricerca prima del acerto tra le parti più suo annullamento. È non senza menzionare, infine, l'equivoco del legislatore di 2002 in la concessione a la lesione, inserita come difetto del negozio giuridico, il periodo di decadencial, come dovrebbe il caso di prescrizione

Parole chiave: Diritto civile. Lesione nei contratti. Post-positivismo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGB Código Civil Alemão

CC Código Civil

CDC Código de Defesa do Consumidor

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CPC Código de Processo Civil

Des Desembargador

DJ Diário de Justiça

DOU Diário Oficial da União

Min. Ministro

p. página

RE Recurso Extrajudicial

Rel Relator

REsp Recurso Especial

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TJPR Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRS Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TRF4 Tribunal Regional Federal da Quarta Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1: PÓS-POSITIVISMO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA	16
1.1 PARA ONDE SE VAI? O QUE SE QUER?	17
1.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
1.3 A BUSCA PELA COMPLEMENTAÇÃO E SUPERAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO	23
1.4 PONTOS BÁSICOS E PRINCIPAIS DO PÓS-POSITIVISMO	32
1.5 APONTAMENTOS FINAIS DO CAPÍTULO	35
CAPÍTULO 2 - A GLOBALIZAÇÃO, A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A NOVA TEORIA CONTRATUAL	37
2.1 GLOBALIZAÇÃO E SUA DEFINIÇÃO	38
2.2 PRESENÇA DO ESTADO	40
2.3 A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO, A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL	433
2.4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO RESULTADO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	47
2.5 O QUE SE ESCONDE POR TRÁS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR?.....	499
2.6 AS RELAÇÕES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	50
2.7 UMA NOVA CONCEPÇÃO CONTRATUAL	51
2.7.1 Função Social dos Contratos	53
2.7.2 O Princípio da Boa-Fé	55
2.7.3 O Princípio do Equilíbrio Contratual	59
2.7.4 A proteção ao contraente mais fraco	63
2.8 AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS	65
2.9 APONTAMENTOS FINAIS DO CAPÍTULO	65
CAPÍTULO 3 - O INSTITUTO DA LESÃO NOS CONTRATOS	68
3.1 DA LESÃO DO DIREITO	68
3.1.1 Fórmula do Ato Injusto.....	70
3.1.2 Regras de Discernimento da Lesão Do Direito	71
3.1.3 O Injusto Como o Desigual	73

3.1.4 Requisitos do Ato Injusto	74
3.1.5 Reparação da Lesão do Direito.....	76
3.2 FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA LESÃO CONTRATUAL	78
3.2.1 A Lesão no Direito Romano	79
3.2.2 A Lesão no Direito da Idade Média e início da Idade Moderna.....	82
3.2.3 A Lesão na Legislação Estrangeira	84
3.2.3.1 França	84
3.2.3.2 Alemanha.....	87
3.2.3.3 Itália	88
3.2.3.4 Espanha.....	91
3.2.3.5 Portugal.....	93
3.2.3.6 Países Latino-Americanos	95
3.2.4 Da lesão nas Ordenações até o Código Civil de 1916.....	101
3.2.5 Evolução e Desenvolvimento da lesão Contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro até o Código Civil De 2002.	103
3.2.5.1 Lesão usurária.....	104
3.2.5.2 O código de defesa do consumidor.....	109
3.2.5.3 Código de processo civil	112
3.3 A LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	11114
3.3.1 Do Elemento Objetivo	117
3.3.1.1 O valor da prestação oposta.....	117
3.3.1.2 A manifesta desproporção das prestações	120
3.3.1.3 A ideia de lucro	126
3.3.1.4 <i>Do momento de apreciação da lesão</i>	<i>129</i>
3.3.1.4.1 <i>O desaparecimento posterior da desproporção entre as prestações ou do reequilíbrio automático da avença.....</i>	<i>129</i>
3.3.1.4.2 <i>Lesão Superveniente</i>	<i>131</i>
3.3.2 Do Elemento Subjetivo.....	132
3.3.2.1 Da premente necessidade	134
3.3.2.2 Da inexperiência contratual	137
3.3.2.3 Do dolo de aproveitamento	140
3.3.3 Natureza jurídica e tentativa de conceituação	141
3.3.4 Do âmbito de aplicação e formas especialíssimas de lesão.....	144
3.3.5 Da sanção da lesão: anulabilidade do negócio jurídico.....	11488

3.3.6 Decadência ou prescrição? 152

CAPÍTULO 4 - CONCLUSÕES 162

REFERÊNCIAS 175

INTRODUÇÃO

O objetivo inicial deste estudo foi o de discorrer sobre o instituto da lesão contratual disposto no art. 157 do Código Civil. A pretensão era elucidar a indeterminação de seus conceitos trazendo referências para uma possível consulta na aplicação do mesmo pelos operadores do Direito.

O tema foi escolhido depois da leitura de um instigante artigo do Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski, publicado na Revista Jurídica da Universidade Paranaense,¹ sobre alguns aspectos da lesão nos contratos. Neste artigo chamou-se a atenção para o fato do alto grau de subjetividade na interpretação das expressões contidas no mencionado dispositivo da Lei Civil. Ao se deparar com a ausência de doutrinadores e de pesquisas sobre o tema, já era tarde e a paixão acadêmica por ele se arrebatou de maneira avassaladora. Foi amor à primeira leitura crítica. Mas as limitações intelectuais deram o sinal de que algo faltava: era a necessidade de um curso de mestrado.

Grata foi a surpresa pela aprovação no programa promovido na Universidade Estadual de Londrina e honrosa foi a escolha do tema para orientação daquele que disseminou a curiosidade acadêmica neste eterno estudante.

Durante o trabalho de dissertação e pesquisa, deparou-se, é de confessar, com a vastidão deste instituto milenar, em que sua origem remonta ao Direito Romano e os ordenamentos posteriores o desenvolveram. Até mesmo no livro de Gênesis (capítulo 25, versículos 30-34), ao contar a história de Esaú e Jacó,² se encontram referências a uma das formas de lesão. Talvez aí um dos primeiros exemplos da lesão do direito sob a forma contratual. Esaú, com muita fome, vende seus direitos de primogenitura a seu irmão mais novo, Jacó, por um prato de comida. Tais direitos de primogenitura lhe garantiriam ser o principal da família, depois do pai, e também o principal herdeiro. Muito provavelmente Esaú não procederia desta maneira se não estivesse num real estado de necessidade. Como não pôde contar com o princípio de solidariedade na relação fraterna, teve de negociar um direito para sua própria subsistência.

Sua evolução e desaparecimento no ordenamento brasileiro serão

¹*Afinal de contas, quanto é lesão?* In: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/view/1338/1190>>. Último acesso em 26/03/2009.

² E disse Esaú a Jacó: Deixa-me, peço-te, comer desse guisado vermelho, porque estou cansado. Por isso, se chamou o seu nome Edom. Então, disse Jacó: Vende-me, hoje, a tua primogenitura. E disse Esaú: Eis que estou a ponto de morrer, e para que me servirá logo a primogenitura? Então, disse Jacó: Jura-me hoje. E jurou-lhe e vendeu a sua primogenitura a Jacó. E Jacó deu pão a Esaú e o guisado das lentilhas; e ele comeu, e bebeu, e levantou-se, e foi-se. Assim, desprezou Esaú a sua primogenitura.

encontrados de forma sucinta neste trabalho, assim como seu ressurgimento, com o Dec.-lei 22626/33, na forma da *lesão usurária*. Nas Constituições de 1934 até a de 1945 ela aparece, assim como também na de 1988.

Não há como compreender a lesão e a indeterminação do art. 157 do Código Civil sem que se apresente um panorama do declínio do positivismo e o surgimento de um movimento que tenta superá-lo, o pós-positivismo, denominação esta ainda controversa, mas a que se adotou por conveniência.

O princípio da dignidade humana como exigência de um sistema econômico globalizante de forma humanizada, que exige a intervenção do Estado na Economia, assim como nas relações privadas, também deve encontrar espaço neste estudo, eis que fundamental para a inspiração do texto constitucional de 1988.

Nesta Constituição Federal se fundamenta o Estado Democrático de Direito, que tem como sustentáculos o princípio democrático e os direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, está a Justiça material ou comutativa.

A partir da Constituição de 1988 o ordenamento jurídico recebe nova roupagem e nova interpretação, em que o texto constitucional lhe inspira e não tolera que dele destoe. Os princípios constitucionais ecoam no ordenamento. A codificação consumerista adota seus preceitos e lhes dá efetividade. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais começa a ter sentido e a prevalecer.

Surge o Código Civil em 2002 e abraça a justiça material em vários significados e ditames. Os princípios da eticidade, operacionalidade e socialidade se fazem presentes. A justiça material encontra amparo em seus braços, principalmente com as exigências principiológicas, especialmente no que tange à nova teoria obrigacional e contratual, da função social do contrato, da boa-fé, do equilíbrio das avenças e da proteção do contraente que se encontra em estado de inferioridade.

Esta proteção ao hipossuficiente é a tônica do ordenamento jurídico infraconstitucional com inspiração na Constituição, e que não encontrava supedâneo na ordem civil do início do século passado. Mencionando esta, o Código Civil de 1916 foi concebido pela influência das mais modernas teorias da época, e não contemplou a lesão contratual em seu bojo, preferindo excluí-la, assim como o fez o Código Civil Uruguaio. Arraigado por diretrizes que norteavam o pensamento liberal burguês da época, como o da autonomia da vontade e o da liberdade contratual, prevalecia mais uma justiça formal e a material, ou comutativa, era desmerecida. E assim se formou o pensamento dos jusprivatistas no século passado e que ainda muito influenciam o pensamento jurídico atual. A desconstrução deste

pensamento liberal-positivista se dá aos poucos e muitos vícios ainda persistem, em desconformidade à leitura civil-constitucional, tão propalada, mas tão pouco aproveitada.

É certo que pela ausência no Código Civil de 1916, a lesão nos contratos enquanto instituto deixou de ser razão de atenção e estudos por parte de quem aplica o Direito. O princípio do equilíbrio contratual não se concentra apenas no art. 157 do Código Civil de 2002. Ali ele toma apenas uma de suas formas.

A lesão, além de um vício de consentimento, é um instrumento demonstrativo do desequilíbrio entre as prestações dos contraentes no momento da formação do contrato, e está a serviço da justiça material neste sentido. É através dela que se percebe o quão destoante da relação equilibrada encontram-se as partes. Enquanto lesão de direito, pode assumir várias formas e exigir vários elementos como se percebe na análise comparativa que se faz com outros ordenamentos. Daí que dependendo da vontade do legislador, mais ou menos elementos ou condições serão exigidas, assim também como ela se deixa de reconhecer.

Em cada espécie de contrato pode tomar forma com características especiais, como aquela prevista no art. 458 do Código Civil, atinente aos contratos de doação, em que se denomina *lesão donatária*. Ou a *lesão usurária* disposta no Dec.-lei 22626/33 e Lei 1521/51, art. 4º, *b*. No art. 157 não se exige, mas no art. 156, o estado de perigo, outra forma de lesão, exige o dolo de aproveitamento, apenas para se dar alguns exemplos desta *ramificação* da lesão em todo o ordenamento jurídico.

Como se perceberá também neste estudo, sua sanção é a anulabilidade, sendo, entretanto, um vício de repugnância menor que os vícios do consentimento e sociais (pelo menos em relação à fraude contra credores), mas de igual punição daqueles, o que, infelizmente, considera-se um equívoco legislativo, ferindo a razoabilidade.

Também se demonstra um equívoco do legislador civil em atribuir à lesão disposta no art. 157 o prazo decadencial. O correto seria atribuir-lhe, destarte, o prazo prescricional.

Utilizando como metodologia a leitura de textos doutrinários reputados como relevantes e seguindo (ao menos tentando) as relevantes orientações nesta dissertação, tentou-se utilizar de pouca jurisprudência sobre o assunto, visto que as existentes quase não serviriam ao propósito aqui esboçado: a análise do instituto da lesão nos contratos sob uma perspectiva jurídica pós-positivista. De nada se aproveitaria decisões ainda sob a égide do frio e superado positivismo. Buscou-se, portanto, a comparação com os textos de códigos estrangeiros, principalmente da América Latina e de alguns países europeus que exercem

maior influência sobre a legislação brasileira.

É isto o que se constatará nas linhas seguintes, tentando servir o presente estudo de contribuição para a divulgação e compreensão do instituto da lesão nos contratos e, quiçá, como estímulo à continuidade deste no desenvolvimento do mesmo em linhas e perspectivas jurídicas pós-positivistas num Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1

PÓS-POSITIVISMO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

O PÓS-POSITIVISMO É A RESPOSTA QUE SE QUER?

Esta primeira parte do trabalho dissertativo tem a pretensão de apresentar a perspectiva em que se aborda o tema da lesão contratual disposta no Código Civil brasileiro de 2002. Com base numa perspectiva pós-positivista e a sua demonstração de que ela já se torna uma realidade no atual meio jurídico é que a lesão nos contratos, pela atual dicção do art. 157 do Código Civilista, poderá se tornar realmente efetiva. Crê-se que a atual redação do mencionado artigo torna-se “letra morta” na legislação sem uma interpretação conforme o movimento jus-filosófico que se depreenderá nesta abordagem inicial.

Desta forma, após a análise de algumas características básicas do Estado Democrático de Direito, como detentor dos requisitos essenciais da legalidade e da segurança jurídica, parte-se para o estudo do positivismo e suas principais nuances e desvantagens, apontadas por Rodolfo Luís Vigo, juntamente com algumas formas de suas superações, para enfim adentrar ao tema específico do pós-positivismo, com suas principais características apresentadas pela doutrina, apesar de seus limites ainda não estarem perfeitamente delineados, o que não lhe permite o rótulo de escola ou teoria, mas de mero movimento. Através do confronto de concepções tanto do Estado Democrático de Direito como do Pós-positivismo, se verificará que são incompatíveis entre si se não for sufragada ou mitigada a segurança jurídica e também a legalidade como limite do Direito.

No presente estudo fica demonstrada a necessidade de superação do positivismo jurídico como sistema de Direito. Entretanto, a grande dificuldade se situa em saber para onde se vai ou mesmo o que a construção humana busca em termos desta esperada superação.

Este trabalho tem como objetivo contribuir para o debate que se constrói em torno dos novos paradigmas do Direito. Muito se discute acerca do subjetivismo do Direito e sua insegurança daí provocada da construção e interpretação principiológica, com a concepção axiológica; da força normativa da Constituição, etc.

Delimitar-se-á o assunto inicialmente com a fixação de um direcionamento do Direito. É fácil se seguir um caminho quando se está perdido e não sabe para onde se vai, pois onde quer que se chegue já traz em si uma satisfação pelo simples fato de se ter chegado a

algum ponto. A partir da especificação dos problemas que precisam ser resolvidos, pode-se alcançar algumas possíveis ou razoáveis soluções.

Posteriormente, tecer-se-ão algumas considerações acerca do Estado Democrático de Direito e do movimento que se forma, intitulado por alguns como “pós-positivismo”, embora não seja pacífica a adoção desta nomenclatura. No meio disto, tentar-se-á conciliar os pensamentos de Recaséns Siches e Ronald Dworkin que entendemos não serem contraditórios.

1.1 PARA ONDE SE VAI? O QUE SE QUER?

O Direito é fruto do homem. Não o contrário. Assim como o seu criador, a criatura não está pronta; está em constante evolução; em constante mutação; sempre se aperfeiçoando ou tentando se aperfeiçoar. O ser humano não se satisfaz com o que *é*; sempre busca algo mais, o que ele *pode vir a ser*; ele é sempre desafiado a resistir à sedução do repouso, pois nasce para caminhar e nunca para se satisfazer com as coisas como estão.

A insatisfação é um elemento indispensável para quem, mais do que repetir, deseja criar, inovar, refazer, modificar, aperfeiçoar. Assumir este compromisso é aceitar o desafio de construir uma existência menos confortável, porém ilimitada e infinitamente mais significativa e gratificante.³

O Direito, como reflexo das angústias e aspirações humanas, também não nasceu pronto. Assim como o homem, vai se gastando e ao mesmo tempo vai se (re)fazendo. Torna-se assustador o fato de se acreditar que algo – como o Direito, por exemplo – esteja pronto, ou de satisfazer-se com ele. Isto pressupõe que nada mais se deseja; que o ponto atual é o limite e, portanto, suas possibilidades não possam ir além. Pressupõe que nada mais se pode esperar e que está bom do jeito que está. Esta ideia de que do jeito que está já basta torna-se apavorante. Agradável, na verdade, é a crítica, pois esta dá o exato conhecimento do que se pode ou permite mais, que faculta a evolução. A crítica denota a insatisfação com que está posto e que se exige mais, se anseia por continuidade do trabalho, em conhecer mais, outras coisas; retira a ideia de limitação.

Desta forma, não se pode contentar com o Direito da forma como ele é ou está. Sabe-se que a inteligência humana é capaz de mais, de expandir seus limites (afinal,

³ CORTELLA, Mário Sérgio. *Não nascemos prontos – provocações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 12.

quais são seus limites e termos de legislação? Em termos de *atividade criadora?*), de resolver os problemas advindos da dinamicidade de uma complexa sociedade de inúmeros contrastes, sentimentos, aspirações, sonhos, desejos, credos, ideologias.

Definir suas possibilidades e limites é algo importante, pois não se pode exigir do Direito o que ele não permite oferecer, como criação e condição humana existencial. A superação de modelos de pensamentos ou ideologias faz parte da História da humanidade. Assim ocorreu com o jusnaturalismo, que foi superado pelo positivismo e que agora, ante suas várias nuances implica também sua superação. O que vem depois ainda não existe por concreto. O que é certo, apenas, é que deve ser superado, em que pesem as opiniões em contrário, eis que muitos ainda são os defensores do positivismo jurídico. As razões da necessidade de superação do positivismo serão analisadas no decorrer deste capítulo.

Embora haja uma divergência de nomenclatura, enquanto uns adotam o termo “neo-positivismo”, outros “neo-constitucionalismo” (não se entrará no mérito desta questão), simplesmente adota-se, neste trabalho, o termo pós-positivismo, que se pode considerar inicialmente como um *movimento de reação ao modelo kelseniano de negação de valores*. Trata-se de um pensamento jus-filosófico que enfrenta mais de perto as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas.

Abre-se em duas vertentes, como salienta Margarida Maria Lacombe Camargo⁴: uma que busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo o seu potencial valorativo (Dworkin e Alexy) e outra que procura, nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais, sua força lógico-dominante (Perelman, Viehweg, Recaséns Siches e Castanheira Neves).

É importante destacar também que o pós-positivismo não pode ser designado como uma *escola*, pois daí adviria certamente um caráter estável, o que ainda não o possui; ainda está na fase dinâmica de sua contestação, crítica e questionamentos, que dão todo seu vigor.

Enfim, busca superar a bipolaridade do jusnaturalismo e do positivismo, sem se concentrar num confronto contra ambos, incorporando contribuições parciais de ambas as facções. Aproveita a efetividade dos direitos fundamentais aglutinando os valores jurídicos da pessoa humana dotada de dignidade.

Não nega, em hipótese alguma, os postulados tanto do jusnaturalismo como do positivismo. Apenas os consideram insuficientes na solução dos problemas sociais atuais.

⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

E a grande característica deste movimento *pós-positivista* é que o mesmo ainda se encontra em formação, não possuindo uma formação delimitada, já concebida. Muitos são os pensadores sobre o tema, como acima foi dito. Um dos pontos de consenso é de que a lei não é o limite do Direito, este considerado em sua interpretação/aplicação.

Como não existem verdades absolutas sobre o terreno em que se pisa, é forçoso lembrar o instigante Lewis Carroll, em sua imortal obra *Alice no país das maravilhas*, a ser lida e relida. Ali existem dois personagens bem expressivos, típicos dos tempos atuais: um coelho (como todo ser humano) sempre correndo, sempre olhando o relógio e sempre reclamando: “estou atrasado, estou atrasado”; e um insondável gato que, no alto de uma árvore, tem um corpo que aparece e desaparece, às vezes ficando só a cauda, às vezes só o sorriso. Há uma cena na qual Alice, desorientada, vê o gato na árvore e pergunta: “Para onde vai esta estrada?” O gato replica: “Para onde você quer ir?” Ela diz: “Não sei; estou perdida”. O gato então não titubeia e responde: “Para quem não sabe para onde vai, qualquer caminho serve”.

Nesta fantástica obra, Carroll faz um alerta para a reflexão sobre onde realmente se quer ir enquanto humanidade. O ser humano busca sua felicidade, é certo. E esta é incompatível com conflitos (ao menos não devem exercer tamanha influência). O instrumento humano pré-concebido e predestinado a eliminar estes é o Direito. Conforme surgem novas ambições, surgem também novos conflitos. O ser humano é cada vez mais impaciente. Sempre correndo como o gato de Lewis Carroll, nunca tem tempo para nada. Sempre há pressa para tudo. Nesta nova mudança de paradigma da contemporaneidade, dá-se a impressão de que a pressa não é mais inimiga da perfeição e de que devagar não se vai mais longe.

O ser humano não tem mais *tempo*. Cada dia levanta mais cedo e vai dormir mais tarde sempre com a sensação de que o dia deveria ser mais extenso. Busca-se cada vez mais organizar o tempo para se possibilitar o *ganho de tempo*. Mas o homem não sabe o que fazer com o *tempo ganho*.

Gilles Lipovetsky diz que:

Na nova religião da contínua melhoria das condições de vida, o bem-estar tornou-se uma paixão de massa, o objetivo supremo das sociedades democráticas. Entramos em uma fase do capitalismo, que deu origem à sociedade de hiperconsumismo. O turboconsumidor individualista, flexível, hedonista, liberto das antigas culturas de classe está muito mais em busca de satisfações emocionais imediatas que de demonstrações de condição social. O espírito de consumo infiltra-se nas relações do consumidor com a família, com o trabalho, com a religião, com a política, com o lazer. Vivemos numa

espécie de império do consumo em tempo integral, servido por um mercado diversificado que, a uma só vez, satisfaz e incentiva a limitada aspiração a novos prazeres. Mas a felicidade que daí resulta é uma felicidade ferida: jamais o indivíduo contemporâneo atingiu tal grau de desamparo, pois tornou-se o único responsável por seu êxito ou seu fracasso, estando assim constantemente sujeito a medos, ansiedades e frustrações.⁵

E entre este conflito existencial de alguns, são esquecidos milhões de pessoas que não possuem sequer água para beber, devendo buscar, aos baldes ou vasos sobre a cabeça, como no interior do Piauí, ou outro estado brasileiro, água enlameada para beber, que é a dividida com os animais, e que não possuem um mínimo de dignidade para sua *vivência*.

E o *passar-fome* de alguém já não espanta o seu semelhante, pois este, egoisticamente, se preocupa com aquilo que não tem, esquecendo-se do que tem (e também do que/quem é) ou só o valorizando quando o perde. Talvez seja por isto que ainda exista guerra no mundo: para que aqueles povos valorizarem a paz.

Desta forma, retorna-se à pergunta: para onde se quer ir e, especificamente, que se quer do Direito? Seja qual for a situação em que se encontre, as pessoas anseiam por adquirir dignidade, ou em mantê-la. E como efetivar este anseio (que muitas vezes se torna angústia ou então um sonho distante da realidade)? Para responder a esta indagação, deve-se inicialmente esclarecer alguns pontos. O pós-positivismo pode ser uma suposta solução aos (não delimitados) anseios humanos em termos de Justiça e Direito? Delimitando esta indagação: pode-se utilizar o pós-positivismo como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e do princípio democrático, considerados como sustentáculos do Estado Democrático de Direito?

1.2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não se pode confundir o pós-positivismo com o Estado Democrático de Direito. Como *Estado de Direito*, é possível se adotar, em tese, o *Sistema de Direito* que melhor aprover ao legislador/constituente.

Para um melhor esclarecimento, é conveniente diferenciar o Estado Democrático de Direito dos modelos que o antecederam – Estado Liberal e Estado Social, sem mencionar ainda o Estado Absolutista, anterior a estes – e que os superou política,

⁵ LIPOVETSKY, Giles. *A felicidade paradoxal: um ensaio sobre a sociedade hiperconsumista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Editorial.

econômica, social e ideologicamente, congregando dois princípios de longa trajetória histórica: o “princípio democrático” e o do “Estado de Direito”⁶. Todavia, Streck alega que a democracia e os direitos fundamentais “passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso”⁷.

Mister se faz mencionar também algumas características básicas e essenciais dos modelos liberal e social. O primeiro proclamava pela igualdade de todos perante a lei, a qual buscava proteger a esfera individual de qualquer interferência arbitrária do Estado, que se transformou em um *Estado mínimo*. Os direitos fundamentais reconhecidos eram os direitos individuais. Porém, o abuso da liberdade exercida sem limites gerou uma enorme disparidade econômica, com uma enorme massa de miseráveis, o que propiciou a ascensão do Estado Social, de caráter intervencionista, provedor do bem estar social. Tal modelo tendia ao socialismo, autoritarismo e/ou ao totalitarismo, eis que predominava, em regra, o interesse em atender os interesses grupais, da classe trabalhadora, fonte de toda a produção, mas não os interesses individuais, de cada pessoa humana. Os direitos fundamentais passaram a ser considerados somente os sociais.

O professor Guerra Filho, diferenciando o Estado Democrático de Direito do Liberal e do Social, lembra que:

A fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado. Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, e a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.⁸

Já Streck e Moraes apresentam um *papel transformador* do Estado Democrático de Direito, apontando os seus seguintes princípios:

⁶ GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica e constituição no estado de direito democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2001, p. 72.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 112-3.

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 24.

A. *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B. *Organização Democrática da Sociedade*; C. *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropologicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D. *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades; E. Igualdade não apenas como uma possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F. *Divisão de Poderes ou de Funções*; G. *Legalidade* que aparece como medida de direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H. *Seguranças e Certezas Jurídicas*.⁹

Como se verificará adiante, este entendimento é em si contraditório e não atende inteiramente aos anseios propostos pelo pós-positivismo.

Mas afinal, qual o papel dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito? O professor e jusfilósofo Sérgio Alves Gomes (2005, p. 87) ministra resumidamente que “os direitos fundamentais, em razão do conteúdo que os caracteriza como tais, tem por função e finalidade salvaguardar a existência e a dignidade da pessoa humana.”

Como dito anteriormente, os direitos fundamentais, juntamente com a democracia, são, nas palavras de Streck, o sustentáculo do Estado Democrático de Direito e que cabe a este promover a efetividade daqueles - dos direitos fundamentais - em todas as modalidades que se apresentam, sejam individuais, sociais ou difusos, eis que foi o reconhecimento do princípio da dignidade humana, em forma de princípio fundamental do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, de maneira a assentar-se sob as bases daquele princípio, juntamente com o princípio democrático.

Assim, a *aplicação* do Direito pressupõe, antes de tudo, interpretar (e aplicar) o ordenamento jurídico à luz dos ideais da Constituição (interpretação constitucional), o que se possibilita a efetividade da concretização dos direitos fundamentais e do princípio democrático, sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

⁹ apud GOMES, Sergio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 51, abr./jun. 2005, p. 62.

1.3 A BUSCA PELA COMPLEMENTAÇÃO E SUPERAÇÃO DO JUSPOSITIVISMO

Não se discorrerão neste trabalho as características do jusnaturalismo por entender desnecessário e fora de foco.¹⁰ Entretanto, em tal sistema de Direito cabe anotar apenas que pendia uma enorme insegurança jurídica, eis que aos jurisdicionados não havia permissões ou condições de conhecimento amplo de qual era o direito enquanto regra de conduta a ser seguida; não havia, portanto, certeza do que se deveria obedecer, abrindo, assim, caminho ao positivismo jurídico. Neste, cabe-nos apenas anotar que, dentre suas características básicas, haviam a não fundamentação axiológica da regra primária (Kelsen); a sua concepção de completude do ordenamento; sua interpretação se resumia à aplicação de um silogismo jurídico simples, dentre outros, como se verá *en passant*, mais adiante.

Não obstante os postulados juspositivistas, com o advento da Segunda Guerra Mundial e com as atrocidades cometidas pelo Estado Nazista e pelos demais Estados Totalitários, o positivismo teve de ser repensado, tanto que o julgamento de Nuremberg teve como fundamento a prática de crimes contra a Humanidade, crimes estes não positivados, mas sim previstos num direito superior ao ordenamento jurídico-positivo então vigente.

A partir de então inicia a busca pela volta ao jusnaturalismo por um lado e, por outro, a criação de um novo sistema ou modelo jurídico que superasse as lacunas deixadas pelo positivismo, então separado da moral. Sem dúvida alguma é a partir da formação da Comunidade Comum Européia, após referida Guerra Mundial, que se encadeia a formação de um novo pensamento jurídico. Nesta comunidade, é necessária uma nova ordem jurídica que estabeleça a conduta de seus participantes.

Então se tem de um lado, o sistema germano-romanista, de índole positivista, utilizado pelos países da Europa Continental, e, de outro, o sistema da *common law*, de índole consuetudinária, não positivada. O resultado desta fusão de ordenamentos é que cada vez mais, os países da *common law* adotam legislação escrita, enquanto os países com uma tradição germano-romanista adotam cada vez mais os princípios axiológicos em seus ordenamentos, com uma carga maior de subjetividade em seus julgamentos, inclusive inserindo em suas previsões normativas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

Um exemplo desta tendência, da qual o Brasil está inserido, é a adoção de

¹⁰ O jusnaturalismo, que compreende várias formas de fundamento do direito natural, desde sua concepção clássica até o período racionalista, pode ser melhor entendido com a leitura dos seguintes autores, dentre outros: Wilson Engelmann (*Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005), José Pedro Galvão de Souza (*Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977), e Edgar Bodenheimer (*Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1996).

cláusulas gerais tanto no Código de Processo Civil como no atual Código Civil. Termos e expressões como *boa-fé*, *função social* (do contrato, da família, da empresa, etc.), *lesão contratual*, *abuso do direito*, *equidade*, entre outros, apenas demonstram a extrema carga subjetiva disposta à livre apreciação do julgador em casos determinados e concretos.

Esta análise subjetiva pressupõe uma apreciação valorativa por parte do intérprete, que analisa não apenas a *lei*, mas a *norma*, ou seja, aplicação da regra positiva em consonância com os princípios que se buscam atingir, que se almejam. Tais princípios encontram-se na Constituição Federal e é com a leitura e aplicação desta, que o julgador deverá reler o ordenamento infra-constitucional.

Em parte este é o problema detectado pelo jurista argentino Rodolfo Luis Vigo, que detecta quais são os *problemas e teorias atuais da interpretação jurídica* apresentando inicialmente o modelo dogmático, próprio do positivismo jurídico e, a partir de então, sendo presumidos alguns de seus problemas. Para ele, os principais problemas são:¹¹

- a) *ontologia jurídica*: o direito era a norma, melhor ainda: simplesmente a lei, pois só o Poder Legislativo contava com capacidade jurígena para criar o direito;
- b) *univocidade cognocitiva*: o conhecimento em sentido estrito era o científico;
- c) *objeto da interpretação jurídica*: o direito se limitava a repetir a lei sem trazer nada de novo;
- d) *estrutura da interpretação jurídica*: mero silogismo jurídico;
- e) *a Constituição*: era um programa político dirigido ao legislador, que tinha a responsabilidade de traduzi-la juridicamente, segundo os critérios incontroláveis de oportunidade e conveniência;
- f) *o sistema jurídico*: dotado das propriedades formais próprias do positivismo – unidade, completude e coerência;
- g) *ontologismo verbal*: as leis deveriam ter um significado único, claro e preciso, preservada de imperfeição semântica, sintática e pragmática;
- h) *confiança nos métodos interpretativos*: na interpretação, o intérprete deverá recorrer apenas aos métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático.

Com esta análise inicial se percebe o quão o modelo dogmático, enquanto postulado positivista, se encontra afastado da realidade jurídica atual. Desta forma, são apresentados pelo mesmo jurista argentino novos problemas e novas propostas ante a

¹¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37-40.

insuficiência do modelo dogmático, nos seguintes tópicos (VIGO, 2005, p. 41-62):

i – matéria da interpretação jurídica: enquanto na dogmática se deveria reproduzir o pensamento do legislador, Vigo estima que é possível descobrir até 5 (cinco) dimensões na interpretação jurídica – propriamente jurídica ou reguladora, fática, axiológica, lingüística ou semiótica e lógica, que, por razões objetivas, não nos ateremos em sua aprofundada explicação;

ii – sujeitos interpretativos: na dogmática o intérprete se restringia à intenção do legislador. Com realismo se admite que o direito está em movimento desde a Constituição até ao escrito de um advogado em juízo, concretizando-se uma interpretação jurídica, cuja análise se dá no âmbito de uma teoria da interpretação. O direito é uma obra coletiva que começa no constituinte, mas culmina no juiz, quando com equidade estabelece a conduta justa;

iii – o saber jurídico como prático: o modelo dogmático estimulou um saber jurídico que se assemelhou as frios saberes matemáticos. Ao afirmar-se o saber jurídico como prático, tem-se como finalidade, mais próxima ou mais afastada, dirigir as condutas humanas, preferindo umas em detrimento de outras; a visão do jurista deixa de ser a de um mero espectador que se dirige para o passado ou para algo concluído, para converter-se numa visão de protagonista e orientada a introduzir na realidade uma conduta ou uma norma jurídica inédita.

iv - as fontes do direito: no modelo dogmático se operava reconhecendo a lei como única fonte do direito. Na nova perspectiva, cabe ao jurista extrair uma solução jurídica não somente de normas, mas também de princípios.

v – enfraquecimento da norma: na dogmática, ante um caso injusto, o juiz deveria aplicar friamente a lei, como mero instrumento, insensível à situação concreta. Propõe-se que o juiz se converta num ativo diretor do litígio e tenta solucioná-lo de forma justa, esforçando-se pela conciliação e pelo consenso.

vi – importância da argumentação justificativa: o mero argumento da autoridade já não satisfaz o âmbito de uma cultura que desconfia do poder e que se nutre do pluralismo. Essas razões de índole política e social fortaleceram a necessidade de motivação que pesa sobre os juízes.

vii – revalorização da filosofia jurídica: o direito em si deve ser repensado pelos juristas que encontrarão na filosofia jurídica os embasamentos necessários para esta tarefa, que se constitui no *nervo da reflexão sobre o direito*.

viii – variedade normativa: para o modelo dogmático, havia apenas um tipo

de norma, que imputava um ato coercitivo a certo ilícito; quer dizer, o direito não era mais que uma técnica social baseada no poder coercitivo do Estado. Pela teoria funcional de Bobbio, tem-se a necessidade de pensar o direito em termos preventivos, estimulando certas condutas mediante instrumentos persuasivos e especialmente mediante conseqüências favoráveis ou prêmios, nos casos em que levem a condutas desejadas.

ix – protagonismo social do juiz: pela dogmática, o juiz seria apenas um mero repetidor da lei, um ser autômato e inanimado no processo. Exige-se que o juiz efetivamente participe do processo, resolvendo os problemas políticos, econômicos, sociais ou culturais.

Assim, Vigo apregoa “a interpretação da lei como saber prudencial-retórico” partindo do pressuposto de que a finalidade do conhecimento jurídico é dirigir ou valorar, com maior ou menor precisão e retidão, a conduta humana naquilo em que está comprometida com a justiça, e que citado *saber* oferece diferentes graus, que se intercalam – o filosófico, o científico e o prudencial; e que a este compete determinar e/ou fazer existir a concreta, contingente e histórica conduta jurídica; Vigo entende que o momento determinante e criador do que é o “seu” dos indivíduos, dos grupos e da sociedade política passa pela prudência jurídica.

Mas esta autonomia própria da perspectiva prudencial não implica desvinculá-la dos outros planos do saber jurídico, pois este constitui uma unidade e, assim, a decisão prudencial encontrará auxílio imprescindível na ciência e na filosofia jurídicas para alcançar seu maior acerto (VIGO, 2005, p. 103).

A prudência jurídica possui, segundo Vigo, duas dimensões, sendo uma *cognitiva* (de deliberação e de juízo de eleição) e outra *preceptiva*, e tem como objeto deliberar sobre as condutas jurídicas possíveis e julgar qual é a preferida. Para ele,

[...] a interpretação da lei será um esforço metódico da razão prática em nível prudencial, tendo por finalidade determinar, em certas circunstâncias e a partir do seu texto e demais elementos do ordenamento jurídico, um ‘seu’ de alguém, dando as razões e argumentos que permitam respaldar e fundar a conclusão a que se chegou (VIGO, 2005, p. 109).

Finalmente,

Optar pela natureza prudencial do raciocínio jurídico interpretativo nos protege de certo relativismo em que incorrem aqueles que contemporaneamente recorrem exclusivamente à retórica. A prudência

implica a superação das explicações meramente racionais, ao modo de Savigny ou da “jurisprudência de conceitos”, ou das exclusivamente voluntaristas como as de Kelsen. Além disso, também previne contra o risco de incorrer num historicismo destruidor do permanente ou num imobilismo que nos faça esquecer o contingente e o mutável, como também destaca o individual ou o particular, mas sem marginalizar o geral ou o arquitetônico. Por fim, igualmente possibilita a autonomia do jurídico sem cair em juridicismos que desumanizam, confiando além disso na informação jurídica, sem deixar de destacar a importância fundamental da experiência. E o retórico implica a necessidade de mostrar a razoabilidade e justiça da determinação jurídica na conclusão do silogismo prudencial com a finalidade de persuadir seus destinatários. Ter presente dita arte da palavra e da controvérsia se vincula a uma certa humanização do direito, exigindo razões de quem exige, aconselha ou ensina, para assim conseguir que se respeite o outro no ‘seu’ (*suum*) por meio da persuasão e não somente da ameaça. Para que a deliberação desemboque fácil e corretamente no juízo de escolha, depois de valorar devidamente as diferentes alternativas e confrontar as diversas fundamentações, deve fincar o seu fundamento na arte da polêmica e da persuasão (VIGO, 2005, p. 122).

Já a propalada força normativo-axiológica aplicável ao direito (ordenamento jurídico) pelo intérprete-juiz, constitui-se de uma busca na recuperação dos princípios do direito aplicáveis ao que Dworkin denomina de *hard cases* ou aos “casos difíceis”.

Assim, quando se depara com um caso de difícil solução, o intérprete-juiz poderá utilizar critérios extra-jurídicos para resolvê-lo. Todavia, quando desta forma age, utilizando outros métodos que não os especificamente previstos pelo direito, não está aplicando este, mas está “inventando” o direito de certo modo. Noutras palavras, está *ultrapassando os limites do Direito* – a lei como sua fonte – dentro de uma concepção positivista de Hart, pois sua regra de reconhecimento se constrói precisamente para identificar o direito.

Esta função criativa/criadora no/do Direito é defendida por jusfilósofos do quilate de Luís Recaséns Siches que em sua teoria sobre lógica do razoável diz:

A lógica do humano ou do razoável é uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração, de pautas axiológicas, que ademais trazem consigo a organização dos ensinamentos recebidos da experiência própria ou da experiência do próximo através da história^{12 13}.

Assim, no que tange ao julgar, este é fruto de estimativa, pois para o juiz chegar à intuição sobre a justiça do caso concreto (ou, se preferir, à menor injustiça,

¹² *La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que además lleva a sus espaldas como allenamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia o de la experiencia del próximo através de la historia.*

¹³ RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1975, p. 642.

dependendo o caso) não separa sua opinião sobre os fatos das dimensões jurídicas desses mesmos fatos. Tomaszewski complementa que:

Isto faz com que a função do juiz, embora mantendo-se dentro da observância do Direito formalmente válido, seja sempre criadora, por alimentar-se de um *amplo complexo de valorações particulares sobre o caso concreto*. [...] Recaséns Siches explicava que *a estimativa jurídica informa ao intérprete sobre quais são os valores cujo cumprimento deve ou não ser perseguido pelo Direito, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, segurança, ordem, bem-estar geral e paz*. Entretanto existem outros que podem ser englobados no conceito do que tradicionalmente se denomina prudência, sensatez, equilíbrio, possibilidade de prever as conseqüências da aplicação da norma e sopesar entre vários interesses contrapostos, legitimidade dos meios empregados para atingir fins justos, etc.¹⁴. [...] Esta teoria, construída de forma compatível com todos os anseios de uma época, dá ao operador, principalmente ao julgador, uma atividade criadora, imbuindo-o do objetivo maior do Direito (TOMASZEWSKI, 2006, p. 29). [...] Desta forma, a interpretação deve operar-se dentro de critérios de razoabilidade, de sorte que o Direito seja entendido com vistas à realidade, para atingir seu objetivo: regular comportamentos sociais. O Direito não deve se ocupar dos homens, mas da sua conduta (TOMASZEWSKI, 2006, p. 30, grifo do autor).

Todavia tal função criativa/criadora é também analisada por juristas como Ronald Dworkin. Este jusfilósofo americano equipara tal função a uma tarefa ou poder discricionário do juiz, aplicado *ex post facto*. Para ele, “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”.¹⁵

Ao se deparar com um *hard case*, a exemplo do caso de uma lei considerada justa, mas que aplicada a um determinado caso concreto venha a produzir efeitos considerados injustos pela maioria, deverá o intérprete-juiz ponderar axiologicamente sobre sua aplicabilidade ou não. Mas quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor?

A aplicação de uma decisão *criativa* poderia ser considerada atentatória à segurança jurídica, pois estar-se-ia criando uma solução não prevista no ordenamento jurídico e sua aplicação seria retroativa ao caso concreto, equiparável aos juízos de exceção e ferindo direitos fundamentais (princípios da legalidade e anterioridade) e, conseqüentemente, o

¹⁴ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). *Lições fundamentais de direito: negócios jurídicos*. Londrina, 2006, p. 13. v. 2

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 50.

Estado Democrático de Direito.

Para Dworkin, a permissão ao juiz para mudar uma regra de direito em vigor encontra resposta em duas maneiras distintas. “Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação” (DWORKIN, 2002, p. 59). Todavia, é necessário que haja *padrões* para graduar os próprios princípios, pois não é admissível que qualquer princípio possa ser invocado.

“Caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros” (DWORKIN, 2002, p. 60). Já na segunda maneira de considerar o problema:

[...] um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juizes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória (DWORKIN, 2002, p. 60).

Fazendo, entretanto, a *tradução* para um caso específico brasileiro, indaga-se como tem sido a ação dos *três poderes* em relação aos direitos fundamentais, considerados em si, a sua efetividade como verdadeiro *hard case*. E, especificamente, a do Poder Judiciário, na sua atribuição/função de julgar.

Em vista da flagrante e gritante omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em relação aos direitos fundamentais, ocorreu uma acentuada transferência do protagonismo daqueles ao Poder Judiciário, em direção à Justiça Constitucional, a ponto de autores como Alexy falarem de uma *omnipotência dos Tribunais*.

Tal deslocamento da esfera de tensão em direção ao Poder Judiciário (ou à Justiça Constitucional) tem sido considerado por muitos como uma *grave lesão ao princípio*

democrático, numa apregoada usurpação de função.¹⁶

Em face disto, reivindica-se a impossibilidade de juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito. Também se questiona se o princípio da maioria pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada *liberdade de conformação do legislador*.

A resposta a estas reivindicações e questionamentos se encontra justamente no paradigma do Estado Democrático de Direito, que se liga, inexoravelmente, à função transformadora que o Direito assume. Da ideia de Direito como ordenação e até mesmo de promoção, surge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal. Isto, a toda evidência, demandou um novo tipo de concepção acerca da jurisdição constitucional, representada pela instituição de tribunais constitucionais, também conhecidos como tribunais *ad hoc*, aptos a *instrumentalizar* e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais.

Ademais, importa mencionar que a soberania do parlamento e a separação dos poderes deixaram de ter, em grande medida, correspondência na realidade político-constitucional contemporâneas.

A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originária (STRECK, 2004, p. 104).

Desta forma, se impõe necessária a intervenção do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Acrescente-se que esta intervenção do Judiciário se dá tanto no Poder Legislativo como no Executivo (quando atua editando normas e regras – atos normativos, resoluções, decretos e até medidas provisórias – e também em seus atos inicialmente discricionários – vide o célebre julgamento do STF na ADPF n. 45,

¹⁶ Note-se aqui o problema da crise política e que não é o tema inicialmente proposto no presente trabalho. Contudo, sua menção se faz importante considerando o cenário estruturante e problemático em que a sociedade se vê refém. Muito menos se trata de entender como falido o modelo da tripartição de poderes proposto por Montesquieu, mas, sim, como reflete José Saramago, em seu *Ensaio Sobre a Lucidez*, repensar diuturna e incansavelmente os princípios e institutos democráticos.

onde se discutiu acerca do dilema direitos humanos fundamentais – de segunda dimensão – *versus* a cláusula da reserva do possível).¹⁷

Mas isto quer dizer, então, que se apresenta um confronto de pensamentos/direções propostos entre Recaséns Siches e Ronald Dworkin, enquanto um defende a *criação* de uma solução para um *hard case* apresentado, com a busca de uma solução *razoável*, e outro critica referida *criatividade* judicial, devendo o intérprete-juiz se amparar nos princípios dispostos no ordenamento e à sua disposição, escalonando-os axiologicamente?

Embora muitos pensem que sim, ousa-se aqui em defender o contrário. Quando Recaséns Siches recomendou ao intérprete uma antevisão das coisas para conduzi-lo a uma solução razoável para o caso concreto, deveria aquela ser sustentada por *princípios estimativos*, considerados estes como os valores cujo cumprimento deve ou não ser perseguido pelo Direito, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, segurança, ordem, bem-estar geral e paz, além de prudência, sensatez, equilíbrio, possibilidade de prever as conseqüências da aplicação da norma e sopesar entre vários interesses contrapostos, legitimidade dos meios empregados para atingir fins justos, etc.

A atividade criativa do julgador, para Siches, não é encontrar uma solução que ele inventa no momento ante, por exemplo, uma lacuna da legislação, desprovida de responsabilidade axiológica-interpretativa; deve estar atrelada a postulados maiores. A solução é encontrada em meio aos *princípios estimativos, extra-lei-positivada*, mas inserida na *força normativa do ordenamento* e, nas palavras de Vigo, em seu *saber prudencial*.

Quanto a esta *força normativa do ordenamento*, deve-se incluir desde as regras e princípios insertos na Constituição como também as regras e princípios inseridos no ordenamento infra-constitucional. Paulo Bonavides aduz que:

¹⁷ O Ministro CELSO DE MELLO, na ADPF 45, no fundamento de sua decisão asseverou que: “A cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. Este Ministro do STF sustenta então que a cláusula da “reserva do possível” está condicionada ao seguinte binômio: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos” (STF. Rel.: Min. Celso de Mello. DJ: 29.04.2004).

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.¹⁸

Segundo o mesmo autor constitucionalista, os princípios são normas e as normas compreendem (ou nelas estão compreendidas) as regras e os princípios.

Surgem esses princípios como máximas doutrinárias ou simplesmente meros guias do pensamento jurídico, podendo cedo adquirir o caráter de normas de Direito Positivo. O princípio normativo – observa, por sua vez, Grabitz – deixa de ser, assim, tão-somente *ratio legis* para se converter em *lex*; e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo (BONAVIDES, 2004, p. 272).

Assim, pode-se chegar à conclusão de que Recaséns Siches e Ronald Dworkin possuem não entendimentos controversos, mas sim, convergentes; ambos dividem o entendimento da necessidade de superação da lei,¹⁹ de modo que a tarefa criadora do intérprete-juiz está em dar uma solução razoável (Siches) ou possível (Dworkin), ponderando os argumentos axiológicos disponíveis em dado momento histórico e cultural.²⁰

1.4 PONTOS BÁSICOS E PRINCIPAIS DO PÓS-POSITIVISMO

Diante disso, pode-se sustentar que o pós-positivismo já permite a identificação de alguns de seus pontos básicos e principais:

1. Possui uma *força axiológica-normativa*, consistente na aplicação principiológica juntamente com as regras positivadas, ou seja, a interpretação das normas de conduta (infra-constitucionais) deve ser efetivada com vistas aos ditames principiológicos expostos e expressos na Constituição, com vistas à efetivação de seus postulados maiores.

Pode-se dizer, então, que existe uma *constitucionalização do Direito* (do ordenamento jurídico), resumida como sendo o processo e o resultado da transformação do

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257.

¹⁹ Busca-se uma conciliação com os princípios abraçados e compreendidos pela sociedade naquele momento.

²⁰ Advirta-se que esta posição não é admitida ou compreendida por grande parte dos estudiosos e que certamente será alvo de inúmeras críticas.

direito causado pela Constituição, que não se limita a transformar o ordenamento jurídico. Também transforma o estilo de pensamento do jurista e dos teóricos do Direito.

Dentre as características deste processo pode-se mencionar:

a) existência de uma Constituição rígida (escrita e resistente frente à legislação ordinária);

b) existência de uma força vinculante da Constituição, que é vista como uma norma a ser aplicada e não como mera declaração programática destinada ao legislador; ela é destinada a todos;

c) utilização da *sobreinterpretação* da Constituição, em que toda controvérsia pode encontrar resposta na Lei Fundamental, como no uso de seus princípios, analogia, etc.;

d) aplicação direta da Constituição para regular todas as relações sociais;

e) interpretação das leis conforme a Constituição, numa interpretação adequada e com harmonia aos seus ditames;

f) influência da Constituição nas relações políticas, impondo-se moral e politicamente uma intervenção na argumentação política, através de seus princípios fundamentais.

2. *Troca de enfoque do centro da análise do direito.* Os positivistas – e em certa medida também os jusnaturalistas – tinham o legislador como o centro básico de análise da ciência jurídica.²¹ O pós-positivismo desprezou o centro de atenção da legislação à interpretação. O intérprete do direito e o juiz ocupam o lugar que antes ocupava o legislador como objeto de análise. A única crítica reputável como coerente ao problema da interpretação é defender que quando os juízes inventam o direito²² (Recaséns Siches) cometem um erro. Mas defender este ponto de vista não é plausível porque *todas as mudanças jurisprudenciais deveriam qualificar-se de erros* e para a teoria da interpretação jurídica dever-se-ia usar o arsenal positivista mais os erros. E este é o papel da teoria jurídica moderna: ajudar a compreender o direito contemporâneo, o direito que usam os juristas e os participantes numa sociedade.

²¹ Esta ênfase no papel do Poder Legislativo é decorrente do espaço em que a sociedade burguesa se manifesta, corroborado pelo contexto marcado por um forte liberalismo, como se depreende no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, de John Locke, disponível em <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/tratado2.html> (página visitada em 20 de abril de 2009).

²² Porém a invenção do Direito deve ser entendida como a “solução mais razoável” dentre tantas possíveis, sopesado todo o arsenal social à disposição do intérprete-juiz, não sendo uma mera criação irresponsável de seu livre pensar, de sua livre imaginação, descomprometida com os postulados básicos e principiológicos do ordenamento jurídico como um todo.

3. *Conexão necessária entre direito e moral.*²³ Esta tese se pode entender de muitas maneiras. Uma das mais relevantes teses é a positivista em que o direito não perde sua juridicidade por ser injusto. Uma coisa é o direito que *é* e outra muito distinta é o que *deve ser*. Tais distinções, repita-se, são tipicamente positivistas.

Um primeiro deslocamento possível do problema seria considerar que a racionalidade moral tem um importante papel na racionalidade jurídica e que, portanto, há uma relação intrínseca entre o direito e a moral. Uma possível via de introdução do tema poderia ser a inclusão de princípios morais nos ordenamentos jurídicos. Em muitas constituições modernas se introduzem conceitos muito abstratos que requerem decisões para atribuir-lhes significado e o tipo de justificativa é uma justificativa moral^{24 25}.

Um exemplo disto é o caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, onde é expressa a previsão do princípio da moralidade administrativa, sem explicar seu conteúdo, ficando a critério do intérprete-juiz sua delimitação.

O pós-positivismo não admite esta separação e pugna necessariamente pela necessária conexão entre o direito e a moral para atribuir-lhe legitimação.

4. *Indeterminismo do Direito.* O Direito possui conceitos vagos, com ampla margem de interpretação pelo juiz. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados dão o tom do novo ordenamento jurídico. Cabe ao juiz interpretá-los de acordo com seu arcabouço histórico-cultural-valorativo. Com base nisto são tecidas críticas no sentido de gerar insegurança e incerteza jurídicas. João Batista Herkenhoff, citando Recaséns Siches, mostra como o expoente jurista centro-americano rebate tais considerações:

Uma das antinomias do Direito consiste precisamente em que deve servir, de um lado, aos propósitos de certeza e segurança, e, de outro, às necessidades suscitadas pela mudança social e pelos desejos de progresso. O Direito deveria ser sempre um ensaio de direito justo. Mais flexível, o Direito seria também mais compatível com a vida humana e seu ineditismo. Outrossim, também pondera Recaséns Siches que segurança absoluta não há na vida humana, pelo que não tem sentido pedir tal segurança ao Direito. [...] tudo

²³ Não se pode deixar de citar a obrigatória leitura sobre o tema, assim como acerca do indeterminismo do direito, da obra de Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Rio de Janeiro, Tempo Universitário, 1999.

²⁴ “Un primer desplazamiento posible del problema sería considerar que el razonamiento moral juega un papel importante en el razonamiento jurídico y que, por tanto, hay una relación intrínseca entre el derecho y la moral. Una posible vía de introducción de tema podría ser la inclusión de principios morales en los ordenamientos jurídicos. En muchas constituciones modernas se introducen conceptos muy abstractos que requieren decisiones para atribuirles significado y el tipo de justificación es una justificación moral.”

²⁵ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Revista Eletrônica Doxa, Alicante, n. 21. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2007.

que pertence à existência humana impõe a lógica do humano e do razoável, impregnada de critérios valorativos, apta a considerações circunstanciais. Toca finalmente no problema da segurança jurídica, trincheira dos que pugnam por um direito matemático, afirmando que não há segurança absoluta na vida humana, pelo que não tem procedência pedir tal segurança ao Direito.²⁶

5. *Inexistência de limites do Direito.* A lei não é mais o limite do Direito, como defendido pela concepção positivista; ela não é sua fonte social primária e principal. O interprete-juiz busca sua convicção e motivação decisória em elementos extra-jurídicos, como pareceres e laudos técnicos de outras ciências, numa legítima força tarefa instituída para lhe municiar de argumentos específicos. Princípios de graduação axiológica devem ser ponderados na análise em conjunto com a regra positivada.

1.5 APONTAMENTOS FINAIS DO CAPÍTULO

Para onde se vai é difícil dizer, pois não se tem a certeza de que o pós-positivismo é a resposta certa ao que se busca. No máximo, é uma resposta possível aos anseios atuais. A segurança e a certeza jurídicas, típicas do direito promulgado a partir das concepções modernistas de Kant e Hegel, não encontram mais amparo numa sociedade pós-moderna²⁷ – ou, como ainda querem alguns, *hipermoderna*²⁸ – pois, se não se pode garantir segurança aos cidadãos, como se garantirá segurança ao próprio Direito?

Ademais, o que a sociedade encontra é uma crise dos fundamentos da moral e da ética. A vontade divina, o direito natural ou mesmo a vontade livre e racional do indivíduo já são considerados defasados e uma nova resposta que fundamente a ética e a moral, ao menos os tempos atuais, é exigida, para o contentamento dos ânimos.

²⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 78-9.

²⁷ Os filósofos, em grande parte, são avessos à concepção pós-moderna, refutando tal entendimento com o argumento de que não houve, ainda, a superação da própria modernidade. É de se compreender tal raciocínio, porém existem alguns fatores que chamam a atenção para o fato da mudança comportamental da sociedade: a alteração dos modos de vida cotidiana, com o advento da informática, da internet e a criação de cyber espaços, a ampla disseminação de idéias e pensamentos, a contratação em massa e por adesão, o exagerado consumo, a ampla influência midiática, a diminuição das distâncias com o aprimoramento do transporte, a produção e oferta de produtos e serviços em larga escala, o problema da poluição em suas mais variadas formas, os ritos, signos e significados atuais são, de longe, sinais de, no mínimo, uma sociedade que não pode ser enquadrada numa concepção “moderna”.

²⁸ Giles Lipovetsky (op. cit., 2007), é quem apresenta este termo, justamente ponderando o fato da não se ter a modernidade plenamente exaurida. Em sua obra, apresenta três grandes fases do comportamento dos consumidores. Tais fases não se superam, mas se inter-relacionam, assim como se constata que em alguns países menos desenvolvidos sua população mantém hábitos eminentemente de subsistência. Daí o termo *hipermodernidade* ser considerado uma característica adquirida em tempos de modernidade.

Urge, assim, a necessidade de uma concepção pós-moderna do direito, que acompanhe a dinamicidade da sociedade e evolua no mesmo passo que as demais ciências, considerando que o Direito se encontra num estado atrasado em relação a estas. O que existe é um inchaço legislativo, mas quantidade não se quer dizer qualidade. Poucas são as leis vigentes que possuem a característica de se amoldar à dinamicidade da sociedade e das demais ciências.

Frise-se que o movimento pós-positivista não pode ser encarado como gerador de insegurança jurídica ou tão-pouco incompatível com o Estado Democrático de Direito. É justamente em prol deles que mencionado movimento existe. Os regramentos de interpretação aberta devem ser complementados pelo agir prudencial do magistrado e que seja coeso com os princípios advindos da ordem constitucional e de acordo com o Estado Democrático de Direito. Advogados, promotores e outros operadores do Direito também devem ter a exata noção dos objetivos deste agir prudencial e auxiliar os magistrados indicando possíveis soluções justas e também recorrendo das decisões tomadas sempre que outra apontada deixou de ser aplicada ou refutada imotivadamente.

A adoção de posturas judiciais e extrajudiciais de forma colaborativa pelos operadores do Direito deve ser considerada uma regra de comportamento e complementa a tão exigida conduta ética que se exige das partes nas relações jurídicas.

Não se pode olvidar ainda, que o movimento pós-positivista deve ser encarado como um movimento, ainda que em formação, mas com algumas características já delineadas, dentre elas o indeterminismo do Direito, como resposta ao que se quer ou ao que se busca, que é uma possibilidade de interpretação hermenêutica que garanta efetividade aos direitos fundamentais e ao princípio democrático. E esta garantia não pode ser considerada como insegurança jurídica.

CAPÍTULO 2

A GLOBALIZAÇÃO, A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A NOVA TEORIA CONTRATUAL

Foi, sem dúvida alguma, a globalização a responsável pela mudança da atual sociedade, seja pelas suas mazelas ou pelos seus avanços. No campo jurídico é mister ressaltar o importante avanço que a globalização fomentou. Os contornos do ordenamento jurídico dos povos foram delineados ante as exigências e modelos propostos por dito processo social.

A visão que o presente trabalho apresenta não é catastrófica e nem tenta refletir o grito dos excluídos ou à margem da sociedade. A ótica é a mais positiva e serena possível, apesar de não ecoar as palavras de célebres pensadores e intelectuais que fazem ferrenha crítica ao processo social denominado *globalização*. Partindo da perspectiva de uma globalização mais humana ou ascendente que exigiu a transformação dos Estados nacionais em Estados Democráticos de Direito, cujos sustentáculos são o princípio democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional teve de ser condizente àqueles.

O Direito foi e é o único setor que pode impor limitações ao capitalismo voraz supra-estatal estipulando institutos de contenção, como microssistemas jurídicos tais como a proteção ao consumidor e possibilidades legais de manutenção do equilíbrio contratual como a resolução do negócio por onerosidade excessiva e a vedação ao abuso de direito e à lesão contratual, facultando a intervenção judicial em tais casos.

Não se deve, entretanto, esquecer do que defende Luigi Ferrajoli, que faz a seguinte reflexão acerca da sucumbência do direito às regras impostas pelo mercado:

[...] tanto os Estados como seus cidadãos não são destinatários somente do seu direito interno, mas cada vez mais de um “retículo normativo planetário muito denso”, que se refere às matérias mais disparatadas – da produção de alimentos à sanidade, dos transportes às telecomunicações, da tutela da privacidade à tutela do ambiente – e que, em parte, tem caráter público, por ser constituído de tratados e convenções internacionais. Em grande parte, porém, tem origem privada, ao ser produto do mercado e, de fato, das empresas multinacionais. Diminuem conseqüentemente as possibilidades de controle dos Estados sobre a economia, sempre mais autônoma no mercado global. Sobretudo nos países mais pobres, a relação entre esfera pública e esfera privada, entre Estado e mercado, entre política e economia, se inverteu. A política já não controla a economia, mas ao contrário. Os Estados já não podem garantir a concorrência entre as empresas. Ao contrário, são as empresas multinacionais que colocam em concorrência os Estados,

almejando menos impostos, diminuição das garantias para os direitos dos trabalhadores, diminuição dos gastos sociais, redução dos limites e vínculos para seus interesses, como condições para suas inversões.²⁹

Este entendimento, em que pese o notável saber de seu autor e os inúmeros entendimentos neste sentido, corroborado, por exemplo, pelas inúmeras pressões para se mudar a Consolidação das Leis do Trabalho, não ecoa unanimemente no mundo acadêmico, ao menos segundo a visão partilhada neste estudo, como se constatará. É certo que as pressões que o mercado faz são fatores influenciadores em maior ou menor grau nas decisões dos governos, eis que o que se constata é a necessidade de conciliar interesses de todos os setores da sociedade. Nunca na história da civilização e da humanidade, quem deteve o poder pôde governar sozinho, sem o apoio externo. Sempre houve o apoio de algum setor, como exércitos, outras nações ou impérios, sacerdotes, igrejas e, nos dias atuais, empresas. Esta influência, portanto, deve ser encarada como natural. Contudo não se adentrará neste tema pormenorizadamente por fugir à intenção proposta. No entanto, fica apenas a menção ao tema.

Neste segundo capítulo se iniciará com uma abordagem ampla sobre o movimento da globalização em si, passando em seguida para a participação do Estado para delinear suas formas, inclusive mencionando como aquela influenciou este na elaboração da Constituição Federal do Brasil e, finalmente, a razão da inserção deste capítulo no trabalho sobre a lesão contratual na perspectiva do pós-positivismo jurídico, além de justificar a proteção do consumidor como resultado direto da globalização enquanto sistema econômico capitalista. Neste íterim, também se questionará o motivo pelo qual o Código Civil deixou de ser o centro das atenções do Direito Privado.

2.1 GLOBALIZAÇÃO E SUA DEFINIÇÃO

Há muita divergência terminológica entre os estudiosos do tema globalização, vez que cada um faz sua interpretação e apresenta uma terminologia própria.³⁰ A este trabalho não cabe adentrar neste mérito. Contudo, algumas considerações merecem destaque.

²⁹ ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 114-5.

³⁰ Alguns apresentam o termo “mundialização”, outros “universalização”, ou “eufemismos” como “glocalização”, na tentativa de unir os termos globalização e localização, como o faz Zigmunt Bauman. Outros pensadores, como Ulrich Beck estabelecem a distinção entre “globalismo”, “globalidade” e “globalização”.

Danilo Zolo a conceitua como “o processo social – fortemente influenciado pela inovação tecnológica e informática – que deu origem a uma rede mundial de conexões espaciais e de interdependência funcional”.³¹

Para Anthony Giddens a globalização corresponde à “intensificação das relações sociais mundiais que ligam lugares distantes, fazendo com que os acontecimentos locais venham a ser influenciados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa” (apud FEITOSA, 2004, p. 96).

Com uma visão de integração e articulação, desagregação e tensionamentos, com relações de movimentos de interdependência e integradores, fragmentação e antagonismo, Octávio Ianni entende que a globalização pode ser vista como:

[...] um processo histórico, simultaneamente social, econômico, político e cultural, no qual se movimentam indivíduos, povos e governos, sociedades e culturas, línguas e religiões, nações e continentes, formas de espaço e possibilidades dos tempos (apud FEITOSA, 2004, p. 102).

Já Roland Robertson enfatiza que:

A globalização consiste na “compreensão do mundo e na intensificação da consciência do mundo como um todo”, um processo forte o suficiente para submeter a seus efeitos as instituições sociais e os povos, independentemente da consciência que possam apresentar a esse respeito. Entretanto, uma vez cômicos de sua existência, não lhe respondem de modo uniforme, podendo aprová-lo ou rejeitá-lo (apud FEITOSA, 2004, p. 102).

E continua no seguinte sentido:

Com a globalização, o espaço foi fundamentalmente comprimido, ou seja, indivíduos, organizações sociais e comunidades se vêem forçados a estabelecer contatos mais próximos e a reconhecer suas dependências mútuas, emergindo daí mudanças e conflitos, novas formas sociais e culturais, uma profunda imbricação entre o universal e o particular, além do surgimento de movimentos tendentes à homogeneização e à diversidade, que oscilam pendularmente num sentido ou no outro, podendo ocorrer de o mesmo movimento apresentar ambas as características (apud FEITOSA, 2004, p. 102).

Joseph Stiglitz percebe a globalização como

³¹ apud FEITOSA, Maria Luíza P. de Alencar Mayer. *Globalização: alguns aspectos conceituais e analíticos*. Verba Juris, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 95.

A integração mais estreita dos países e dos povos, resultante da redução dos custos de transporte e de comunicação, e a destruição de barreiras artificiais à circulação transfronteiriça de mercadorias, serviços, capitais, conhecimentos e pessoas (apud FEITOSA, 2004, p. 111).

Ian Clark entende a globalização como um fenômeno em constante tensão com o fenômeno paralelo da *fragmentação* (ou localização) que pode ser diluído em todas as ciências e aqui chama especial atenção ao Direito no que tange à sua descodificação, como se verá mais adiante. Para ele, tanto a globalização quanto a fragmentação:

[...] qualificam mudanças relacionadas à intensidade ou ao alcance das relações internacionais, mas não atuam apenas em âmbito internacional, posto que operam em diversos níveis e exercem influência sobre a participação nas organizações internacionais, sobre os modelos de regionalismo e sobre a coesão dos Estados (apud FEITOSA, 2004, p. 100).

O interessante disto tudo é que “a globalização não diz respeito ao que desejamos ou esperamos fazer, mas ao que está acontecendo a todos, independentemente da vontade de cada um” (FEITOSA, 2004, p. 104).

Assim, se poderia mencionar como características gerais da globalização:

- interdependência funcional do agentes;
- inovação tecnológica e informática;
- rede mundial de conexões espaciais;
- interação de fatores (sociais, políticos, econômicos, culturais);
- repercussão em todas as ciências (sociais, humanas, biológicas e exatas);
- uniformização do pensamento;
- massificação dos padrões de produção e consumo;
- fragmentação dos contextos; entre outros.

2.2 PRESENÇA DO ESTADO

Para Ian Clark “seria equivocados, portanto, conceber a globalização como algo ditado apenas pelo desenvolvimento tecnológico e pelas forças do mercado, sem a presença do Estado”.³² Para ele, a globalização é um fenômeno que investe os Estados e produz efeitos no seu interior, cabendo a estes encorajá-la ou contestá-la.

Este encorajamento ao fenômeno da globalização pelos Estados se dá com a

³² apud FEITOSA, 2004, p. 100.

abertura dos países aos investimentos externos. É uma espécie de captação de recursos a curto prazo para o desenvolvimento dos projetos estatais, o que gera uma maior circulação de capital pelo país, enquanto que com a contestação da globalização pelos Estados, ocorre o inverso, isto é, um fechamento das fronteiras do país aos investimentos externos e a riqueza circulante, então, se torna proveniente apenas daquilo que se encontra em seu território.

Em fechando suas fronteiras, se diminui o comércio internacional gerando, na maioria das vezes, déficit na balança comercial. A solução para isso, ao manter a economia fechada ao capital estrangeiro, é a diminuição dos incentivos à importação. Assim, se o país não for auto-sustentável na produção de gêneros alimentícios básicos ou matéria-prima para a indústria, encontrará sérias dificuldades em termos de controle da manifestação e vontade popular. O que se denota, então, é a repressão da massa populacional pela força do Estado, que se torna arbitrário,³³ não respeitando a vontade da população, ou seja, um Estado nitidamente não-democrático.

Esta tese é contrária à de alguns pensadores que entendem ser a Nova Ordem Econômica a extintora ou revogadora do conceito de soberania, eis que a Globalização não extingue a concepção de autonomia política estatal. É certo que ela modifica, ainda que sensivelmente, sua concepção, ao influenciar tomadas de decisões políticas. Maria Luiza P. de Alencar Mayer Feitosa aduz que:

Os Estados e os Governos, especialmente os governos das grandes potências, não são testemunhas passivas da globalização; são, antes, os seus agentes promocionais, podendo recorrer, quando necessário, inclusive ao uso da força para garantir a efetivação das medidas globalizantes. [...] a globalização faz parte de um amplo processo de reestruturação do Estado e da sociedade civil (FEITOSA, 2004, p. 101).

Desta forma, se tem que o encorajamento da globalização se dá em estados democráticos de direito, já analisados. Mas importa em questionar qual a forma de atuação dos governos, mesmo num Estado Democrático de Direito. Ela tanto pode ser omissa ou passiva em relação às exigências do mercado financeiro internacional, dando azo à chamada globalização perversa,³⁴ ou pode ser atuante ou ativa, na construção de um projeto nacional, visando o bem estar comum e aproveitando as oportunidades geradas pela globalização. O saudoso geógrafo Milton Santos explica que:

³³ Veja-se o exemplo da Cuba de Fidel Castro e também a Coreia do Norte.

³⁴ Richard Falk adota o termo *globalização descendente*, visto que levada a efeito mediante a adoção incondicional aos princípios neoliberais situados em torno da abordagem ideológica que ficou conhecida como Consenso de Washington, com a diminuição drástica da intervenção do Estado na economia (FEITOSA, 2004, p. 114).

O Estado altera suas regras e feições num jogo combinado de influências externas e realidades internas. Mas não há apenas um caminho e este não é obrigatoriamente o da passividade. Por conseguinte, não é verdade que a globalização impeça a constituição de um projeto nacional. Sem isso, os governos ficam à mercê de exigências externas, por mais descabidas que sejam. Este parece ser o caso do Brasil atual. Cremos, todavia, que sempre é tempo de corrigir os rumos equivocados e, mesmo num mundo globalizado, fazer triunfar os interesses da nação.³⁵

Da mesma forma, Maria Luiza P. de Alencar Mayer Feitosa (2004, p. 269)

entende que:

O que se deve contestar não é a globalização em si (esta é irreversível), mas um conjunto de doutrinas, as políticas do chamado *Consenso de Washington*, imposto por essas instituições internacionais [FMI, BM, OMC]. [...] os erros da globalização ao fato de que essas instituições, ao definirem as regras do jogo, fizeram prevalecer os interesses comerciais e financeiros sobre os interesses econômicos, a partir de uma concepção equivocada do papel do Estado e dos mercados. Para muitos países em desenvolvimento, o FMI, ao impor as políticas de liberalização, funcionou como o *sismo*, a *tempestade*, a *peste*. [...] o Estado pode desempenhar um papel essencial no processo de desenvolvimento econômico, por uma *globalização mais humanizada*, ao procurar preservar valores superiores ao bem-estar econômico, tais como a liberdade democrática, a justiça social e a auto-estima dos cidadãos, além de atingir no sentido de mitigar os insucessos do mercado. Seja qual for o nível de desenvolvimento político e econômico de um país, o Estado é determinante porque o crescimento representa algo que exige a intervenção do Estado.

De outra perspectiva, também se poderia alegar que a globalização se daria não sob o enfoque capitalista, mas sob o tipo socialista, como ocorreu durante a Guerra Fria, com a padronização de comportamentos ou capitalista ou socialista, mas ditados por duas grandes nações.

Assim, o certo é que a globalização sempre será uma permissão política, em que o Estado oferecerá as condições de sua perversidade ou humanidade, de acordo com suas escolhas, com sua discricionariedade, com o seu maior ou menor comprometimento. Para isso, seus objetivos devem estar bem claros e delineados. É aí que entra a função do ordenamento jurídico, principalmente de seus contornos constitucionais e, conseqüentemente, de seus organismos próprios de atuação.

E o Direito é justamente o setor das ciências envolvidas com a globalização que possui a possibilidade e competência de impor limites à expansão voraz capitalista de

³⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 78.

ordem globalizada, servindo como instrumento à disposição de quem detém o poder³⁶. O Direito possui elementos capazes de impedir o absolutismo capitalista, o capitalismo desenfreado, utilizando-se do chamado dirigismo estatal, onde regula as relações jurídicas, tanto públicas quanto privadas. Institutos de direito privado como a resolução por onerosidade excessiva, tanto no Código Civil como Código de Defesa do Consumidor, além de previsões de vedação de determinadas condutas negociais como a assunção de obrigação e em estado de perigo (artigo 156 do Código Civil) como a lesão contratual (artigo 157 do Código Civil). São eles exemplos de instrumentos colocados a disposição dos cidadãos para limitar o ímpeto capitalista e impedir o abuso de direito visando o princípio da manutenção do equilíbrio contratual entre as partes. Isto apenas reforça a demonstração de um dirigismo contratual no sentido de construir uma sociedade voltada a uma globalização mais humana ou ascendente.

Ademais, com base em todo o exposto acerca do Estado Democrático de Direito, no início da primeira parte deste trabalho, a implantação de uma globalização ascendente, no termo utilizado por Richard Falk, pressupõe, em seu mais alto grau, a existência de um governo atuante nesse Estado de Direito.

2.3 A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO, A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL

A fragmentação que acompanhou a globalização, na seara jurídica é analisada das seguintes formas: cada vez mais o profissional jurídico deve se especializar em um dos ramos do direito para que sua atuação seja mais eficiente. Daí a criação de especializações e cursos de pós-graduações voltados para determinadas áreas jurídicas, além da criação de varas especializadas nos órgãos judiciários. A este tema não se aprofundará, sendo apenas sua menção considerada importante ao presente estudo. Mas o que realmente aqui importa é que tomará o restante de nossa abordagem, é a conseqüente descodificação do ordenamento.

Tanto no direito público como no privado, surgiram conforme a evolução da sociedade (pela globalização) exigiu microssistemas jurídicos, separados de um macrossistema, no caso, os Códigos Civil e Penal. Sem se adentrar na questão penal, abordar-se-á, a partir de agora, a descodificação do direito privado, que deixou de ter o Código Civil como seu principal ponto de referência, pois este foi alçado a co-adjuvante. O papel principal

³⁶ O fato de quem exerce o poder ser mais ou menos suscetível à corrupção com tendência a privilegiar certos grupos em detrimento de outros é um fator da personalidade humana, e é isto que se deve combater, e não o sistema de poder engendrado. Parte-se da idéia de que não há sistema de governo ou de Estado insuscetível aos defeitos humanos.

como se verá, coube à Constituição Federal.

O Código Civil de 1916 foi o fruto de doutrinas individualistas e voluntaristas, com enfoque patrimonialista, que inspiraram o legislador brasileiro da época, considerado o estágio da sociedade de então, nitidamente agrária. Era, de fato, a regra ideal para aqueles tempos ante as exigências sociais do início do século, e que dominou até pouco depois da Segunda Guerra Mundial. Após o advento deste fato histórico, as exigências sociais foram se modificando, com o aumento da população urbana e com o conseqüente convívio social mais próximo. As relações sociais se dinamizaram e aquela legislação civil (e por que não dizer privada?) exigiu nova regulamentação. A codificação sobre estes aspectos ainda era desaconselhada pois incertas e divergentes eram as soluções apresentadas.

Somente com a reflexão e ponderação sobre as soluções que surgiam aos conflitos existentes é que se chegou à possibilidade da descodificação do direito civil, “como o deslocamento do centro da gravidade do direito privado, o Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos”.³⁷ Disto se depreende que, por exemplo, vários foram os microssistemas autônomos (ou meras leis especiais), presenciando-se o nascimento de normas que disciplinam as relações jurídicas ou tutelam grupos minoritários ou com objeto de tutela específico e com exigências diversificadas, como os portadores de deficiências (Lei n. 7.853/89), as crianças e adolescentes (Lei n. 8.069/90), o consumidor (Lei n. 8.078/90), os pensionistas e aposentados (Lei n. 8.213/91), o inquilinato urbano (Lei n. 8.245/91), o trânsito de automóveis (Lei n.9.503/97), o meio ambiente (Lei n. 9.605/98), a propriedade intelectual (Lei n. 9.609/98), as pessoas jurídicas sem fins lucrativos (Lei n. 9.790/99).

E mesmo com o advento do Código Civil, através da Lei n. 10.406/02, outros microssistemas e normas regulamentadoras surgiram para disciplinar relações, como o Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671/03), Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03) e também a própria Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) que, apesar de enfoque penal, possui muitas questões sociais a serem observadas, dentre várias outras. E mesmo antes da Constituição Federal de 1988 se percebia esta tendência descodificadora em vários textos legislativos, como o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), do índio (Lei n. 6.001/73), do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), entre outros. E isto, porque, como dito, o Código Civil de 1916 conservou, aproximadamente no primeiro meio século de vigência, a função de estatuto orgânico da vida

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t.2, p. 26.

privada e da liberdade civil, mas deixava uma lacuna na preservação destes direitos coletivos e específicos.

Antônia Espíndola Longoni Klee defende que:

Atualmente, não se pode mais colocar no centro do ordenamento jurídico o Código Civil, pois se impõe assumir a importância dos diversos núcleos das leis especiais – policentrismo -, que respeitam a Constituição, ápice do ordenamento jurídico vigente. O intervencionismo estatal e o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil, podem, então, ser encarados como elemento interagente – em vez de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.³⁸

Ou seja, adentra-se, então, na tão propalada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, cuja terminologia ainda se torna dúbia e controversa, mas podendo ser entendida como tendo por objeto a análise da “problemática dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como a vinculatividade do sujeito privado, seja ele pessoa física ou jurídica, aos direitos fundamentais”.³⁹

Disto se depreende que o Código Civil de 1916 deixou de ser o centro das relações privadas, ante as grandes transformações da esfera jurídica pelas quais se passou o século XX, com o advento da globalização e suas conseqüências. A própria Constituição Federal passou a ser o centro do nosso sistema jurídico (tanto o público quanto o privado) possibilitando a aplicabilidade de valores maiores que a simples exigência legal, ou seja, reconheceu-se a força normativa de seus princípios e o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Os microssistemas, antes e pós Constituição de 1988 também evidenciam a descentralização do Código Civil como ponto principal e de atenção principal das relações privadas.

Como houveram grandes transformações na ordem jurídica durante o século XX, como a proliferação dos contratos de massa e de adesão, a mudança cultural e comportamental da sociedade e sua forma de se inter-relacionamento, e o Código Civil de

³⁸ Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, n. 366. Porto Alegre: Síntese, 2008, p. 52.

³⁹ KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, n. 366. Porto Alegre: Síntese, 2008, p. 84.

1916 não atendia a estas necessidades sociais nem se aprovava o então projeto atualizador de reforma que tramitou no Congresso Nacional por mais de 20 anos, coube à Constituição incorporar os princípios de direito privado para atender à demanda que a sociedade impunha.

O Texto Constitucional empreendeu radical transformação no direito privado, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, que funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais (TEPEDINO, 2006, t.2, p. 358). Resulta daí que o legislador da década de 90 estabeleceu um nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, considerada que aquela está situada no vértice do ordenamento jurídico exigindo o respeito destas, num movimento harmonizador, que espelha o fundamento de validade da legislação infraconstitucional.

A necessidade de uma tutela coletiva, onde as relações de massa explodiram, exigiu uma participação e intervenção maior do Estado, em todos os setores da sociedade, daí o crescente dirigismo contratual, na tentativa de se equilibrar tais relações jurídicas com vistas à manutenção da dignidade da pessoa humana,⁴⁰ princípio este alçado à categoria fundamental pela própria Constituição (art. 1º, III, CF), que se tornou a base única dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, que descrevem um projeto de sociedade a ser realizado através dos valores por ela mesma escolhidos como prevalentes. Assim, ela se tornou a consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, razão pela qual é ela, e não o Código Civil, o centro das relações de direito privado.

Além da questão hierárquico-normativa, o Código Civil também deixou de trazer em seu bojo uma unidade ideológica pelos vários anos de tramitação em sua criação, com várias emendas legislativas. Assim assevera Gustavo Tepedino:

Ao contrário do que de ordinário se verifica no processo de codificação, o Código Civil de 2002 não traduz uma uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração. Tal circunstância indica a complexidade axiológica da codificação brasileira, a exigir especial atenção da atividade do intérprete.⁴¹

Todavia, apesar desta ausência de uniformidade ideológica do Código de 2002, foi o mesmo influenciado axiologicamente (como não poderia deixar de ser) pelo

⁴⁰ Não se propõe neste trabalho tentar definir o que seja o princípio da dignidade humana, eis que motivo de calorosas divergências doutrinárias, e nem é o objetivo proposto.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XVIII.

espírito dos preceitos fundamentais expressos na Constituição. Segundo Miguel Reale, “os elaboradores da nova Lei Civil brasileira optaram pela compreensão do Direito em função de princípios jurídicos e metajurídicos, como os da eticidade e da socialidade”.⁴²

Desta forma, qualquer interpretação que se dê ao novo texto civilista tem de se coadunar com a vontade expressa constitucionalmente, dando harmonia ao sistema, pois “o novo Código Civil é o que a ordem pública constitucional permite que possa sê-lo. E a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional” (KLEE, 2008, p. 63). Noutras palavras, há de ser efetivada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tanto no seu aspecto material, como no processual.⁴³

2.4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO RESULTADO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O tom da ordem constitucional é privilegiar os valores não-patrimoniais, os direitos sociais, a justiça distributiva e a dignidade da pessoa humana. Esta se encontra, como já dito, eleita como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF), situada entre a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, II e IV, CF, respectivamente).

Ao Estado Democrático de Direito, contudo, para que tenha efetividade, é-lhe necessário que adote uma postura mais participativa, principalmente para garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, interferindo diretamente nestas, ou seja, através de autêntico dirigismo contratual, no seguinte sentido: criação, através da lei, de uma superioridade jurídica que compense a inferioridade econômico-social ou técnica da parte mais fraca, hipossuficiente ou vulnerável; o reconhecimento e incentivo à criação de órgãos de representação coletiva, como sindicatos e associações; e instrumentos processuais adequados para a garantia de sua efetividade.

Por força deste dirigismo contratual, o Código Civil de 2002 chega com uma nova roupagem contratual: a autonomia da vontade contratual ou privada (que antes exigia apenas objeto lícito) é ainda mais limitada pela lei, que elege formas e conceitos a

⁴² REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 263.

⁴³ Ao se tratar de efetividade do direito privado com base em preceitos fundamentais expressos na Constituição, não se deve olvidar da efetividade do processo, para que surta os efeitos desejados e de imediato. Dá a criação de mecanismos como as *astreintes* e instrumentos específicos para a tutela coletiva, como a Ação Civil Pública, Ação Popular, Termo de Ajustamento de Conduta, Mandado de Segurança Coletivo, e a criação de organismos representativos desta mesma coletividade (Ministério Público, associações, sindicatos e órgãos administrativos, como os PROCONs).

serem seguidos visando à manutenção do equilíbrio entre as partes contraentes (ou a sua não evolução). Para tanto, regula a liberdade contratual conforme a função social do contrato e apontando como princípios que o norteiam a probidade e a boa-fé. Desta forma, [...] “o novo Código Civil não cria, mas dá operacionalidade aos comandos constitucionais, razão pela qual se impõe uma compreensão dos princípios basilares do direito contratual iluminada pelos princípios constitucionais” (KLEE, 2008, p. 64).

O que prepara o caminho a este novo espírito privatista, após o advento da Constituição (e além desta própria), que tem a carga axiológica do princípio da dignidade humana (entendendo-se também o desenvolvimento de sua personalidade, que não possui um ponto de finitude, pois o indivíduo nunca está totalmente preparado, sempre necessitando de *algo mais*) e da igualdade em seu núcleo temático, é o Código de Defesa do Consumidor surgido em 1990, com o advento da Lei n. 8.078.

Sua criação era uma *exigência constitucional*, pois em seu art. 5º, XXXII, estabelecia que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Na mesma Carta Maior, o art. 170 incluiu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da atividade econômica. E finalmente, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que o Congresso Nacional, a partir de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborasse o propalado Código de Defesa do Consumidor.

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, ao enfatizar que os princípios deste código têm por objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, simplesmente reflete o desejo da ordem constitucional anteriormente estampada, em favor da *dignidade do consumidor*.

Desta forma, por qualquer leitura dos códigos civil e do consumidor exigirem simbiose constitucional impõe-se um domínio apurado sobre o que sejam Hermenêutica jurídica, Interpretação e aplicação de uma norma jurídica. A primeira é um “domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”.⁴⁴ A segunda, por sua vez, é a “atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto” (idem, *ibidem*) e, finalmente, a última é o “momento

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Temas de direito constitucional, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 41-3.

final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato” (idem, *ibidem*).

2.5 O QUE SE ESCONDE POR TRÁS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR?

Mas a proteção ao consumidor não é sem motivo. Não se trata apenas de bondade ou liberalidade do legislador constituinte, como mera opção ou discricionariedade. É de se entender (e que a isto fique bem claro) que o consumidor é a base da economia. É ele quem sustenta o Estado. Daí a importância de sua proteção. Sem ele há o perecimento do sistema econômico adotado pelo Estado. É ele o índice da inflação econômica, que se mede através do maior ou menor consumo de produtos.

E há de se mencionar também que o Estado regula e disciplina, inclusive, a disposição de certos produtos no mercado, visando a manutenção da ordem econômica e o equilíbrio na oferta e demanda, através do aumento ou diminuição das respectivas alíquotas tributárias. Com isso o Estado atinge suas metas e o fortalecimento das contas públicas. Sem consumo, não há necessidade de produção, logo, não se gera renda proveniente de tributos que arca os custos da manutenção estatal. Com um consumo exagerado, acima da oferta, há o aumento do preço do produto, o que gera inflação e o descontrole das contas públicas.

Eis a síntese do sistema econômico e a necessidade imperiosa de se proteger o consumidor (que, noutra perspectiva, sempre é o contribuinte, pois ao adquirir o produto, em seu preço está embutido o valor tributário). O consumo faz a economia movimentar; dá o tônus de sua dinamicidade; é ele a mola propulsora do sistema.⁴⁵ A proteção do consumidor é a proteção da base do Estado contemporâneo.

E a isto não se pode, eventualmente, alegar uma incongruência com o até aqui defendido, no sentido de mirar o ser humano e sua existência digna como o foco de atenção da Constituição. A isto se faz sentido considerado que o consumidor somente “se faz consumidor” de bens e serviços se garantida a sua dignidade e seu desenvolvimento cultural. Quanto maior é a sua instrução, maior é a potencialidade de experimentar novas sensações, de experimentar e querer ou desejar mais, ou seja, de consumir mais. Em assim sendo, é o

⁴⁵ Apenas a título de exemplo, merece destaque trazer a informação de que o atual presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, em pleno auge desta última crise econômica defendeu: "O que eu quero dizer é que ele [o trabalhador] corre o risco de perder o emprego se ele não comprar. Não comprando, o comércio não encomenda para a indústria, a indústria não produz, e não produzindo, não tem emprego" (*in* reportagem do jornal *O Estado de São Paulo*, de 25.11.2008, p. 5-A).

princípio da dignidade humana, junto com os valores existenciais do homem, parte integrante e essencial do sistema econômico vigente.

2.6 AS RELAÇÕES ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Uma vez analisadas as premissas axiológicas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, e suas respectivas subordinações à Carta Magna, convém enfatizar as relações entre ambas as codificações.

Assim como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 também é o resultado da codificação das relações civis decorrente das premissas e princípios estatuídos na Constituição Federal de 1988. Tais códigos não podem ser considerados diplomas contrastantes, mas, sim, complementares, pois visam à promoção do equilíbrio (ou sua manutenção) contratual pela função social do contrato⁴⁶, fundada na probidade e boa-fé das partes contraentes.

Não visam primeiramente a rescisão ou resolução do contrato. Miram antes o seu ajustamento, o seu reequilíbrio, aproveitando o que se puder do contrato. Assim é o que se depreende da resolução por onerosidade excessiva que, antes dela ocorrer, é facultada a possibilidade de modificação ou ajuste da cláusula que a origine (arts. 478 a 480 do Código Civil e art. 6º, V, e § 2º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor).

Os arts. 421 e 422 do Código Civil, ao se coadunarem com os arts. 4º e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, demonstram que os princípios básicos são quase os mesmos, e provêm de uma mesma fonte principiológica. Ademais, a opção de inserir as cláusulas gerais em ambas as leis, facilitou uma coordenação entre elas, dando-lhes maior efetividade e adequando os dois ordenamentos aos casos concretos.

As codificações em comento não podem ser consideradas contraditórias, pois afirmam a unidade do ordenamento constitucional e compatibilizam as normas relacionadas aos contratos de adesão, seguro, corretagem, transporte, etc. Gustavo Tepedino afirma que o “critério de vulnerabilidade [...] mais uma vez deverá servir para estabelecer os limites de incidência de ambos os diplomas” (apud KLEE, 2008, p. 71).

Foi inclusive sob este espírito que Miguel Reale, enquanto supervisor da comissão elaboradora e revisora do Código Civil, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do

⁴⁶ Especificamente neste ponto, apenas.

Código Civil, ao abordar a temática *Diretrizes Fundamentais* compreendeu o Código Civil como “lei básica, mas não global”, do Direito Privado.⁴⁷

2.7 UMA NOVA CONCEPÇÃO CONTRATUAL

Ante estas afirmações, tanto pelo advento do Código de Defesa do Consumidor como pelo novo Código Civil, pautado na nova ordem constitucional, fruto da globalização e com nuances pós-positivistas, uma nova concepção contratual é apresentada como contestação de mitos e dogmas sedimentados quando da formulação da teoria contratual clássica ou tradicional, a começar pela própria ideia de que o direito obrigacional e contratual não são afetos a mudanças, edificando-se, desta maneira, uma *teoria contratual crítica*.

O conceito de obrigação, repetido milenarmente pela doutrina e pela jurisprudência deve ser revisto. A ideia de “vínculo jurídico em que uma pessoa se obriga a outra a um prestar ou não prestar” já não atende aos anseios da comunidade jurídica crítica, pois equivalente à estrutura da relação jurídica. Esta noção de obrigação deve ser compreendida como o *resultado ou o efeito deste vínculo*.⁴⁸ O contrato, por sua vez, não é concebido despido da roupagem da sua função social, que deve atender aos *princípios* da probidade e boa-fé, equilíbrio entre as prestações, solidariedade, buscando uma justiça social e material e equidade na relação jurídica.

Mesmo antes do advento do Código Civil de 2002 tais pressupostos contratuais já eram concebidos pela doutrina e pela jurisprudência. É certo que atento ao projeto do novo estatuto civilista e aos contornos da legislação estrangeira, então mais adiantada, muitos autores do escol, a exemplo de Luiz Edson Fachin,⁴⁹ Paulo Nalin,⁵⁰ dentre tantos outros renomados doutrinadores nacionais que se deixa de mencionar. Em âmbito internacional não se pode deixar de mencionar a excepcional contribuição do italiano Pietro Perlingieri,⁵¹ cujas obras em muito influenciaram o atual código civilista.

⁴⁷ apud NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

⁴⁸ Tais contornos são apresentados de forma primorosa pelo prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski em suas aulas da disciplina de Análise Crítica da Teoria Geral das Obrigações, ministrada no Curso de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

⁴⁹ *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. E em obras que a antecederam.

⁵⁰ *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001.

⁵¹ *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O novo contrato deve ser visto e revisto constantemente, eis que o direito em si é eternamente reconstruído, nos trilhos calçados pela dinâmica social, e o papel dos intérpretes jurídicos se torna cada vez mais complexo. Dar sentido ao princípio da dignidade humana e aos demais princípios daí advindos, numa leitura constitucional-civil de toda a relação jurídica em si (não apenas do contrato) é a nova problemática imposta.

Não é suficiente apenas analisar o contrato jurídico em si, mas também o vínculo. Imagine-se um caso de novação objetiva (art. 361, I, do Código Civil). Na análise da questão literalmente, será apenas o novo contrato que merece a atenção do intérprete. A análise deverá ocorrer de toda a relação jurídica posta em discussão, tanto que assim enuncia a Súmula n. 286 do Superior Tribunal de Justiça: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Uma postura pós-positivista, como dito anteriormente, exige a análise também de elementos extra-jurídicos para a solução de cada caso quando se deparar especialmente com cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. A análise da relação jurídica em si merece, destarte, atenção especial por parte do intérprete, extrapolando os fundamentos do contrato.

Ao se deparar com os novos contratos de massa, os contratos eletronicamente celebrados, a minimalização do contato entre fornecedor e consumidor, pelo advento dos crescentes contratos de adesão, sem a possibilidade de discussão de suas cláusulas, fornecem ao intérprete a possibilidade de questionar a antiga concepção de autonomia da vontade e seus correlatos princípios da liberdade contratual, *pacta sunt servanda* e relatividade dos efeitos contratuais. A esta principiologia que se pode denominar de *individualista* se deve agregar princípios contratuais ditos *sociais*: a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico do contrato.⁵²

Imprescindível, pois, “conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, haja vista que o direito dos contratos não está à parte do projeto social traçado na Constituição”.⁵³ É preciso atribuir uma concepção mais solidária aos contratos, efetivando os princípios insertos no art. 3º da Constituição Federal, no sentido de “dar um sentido constitucional [...] à evolução histórica do conceito de contrato, que vai de encontro à

⁵² Estes três princípios sociais são assim denominados por Paulo Luiz Neto Lôbo, no artigo intitulado Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, abr./jun 2002, p. 190.

⁵³ CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 85.

concepção tradicional, indiferente ao direito público-constitucional”.⁵⁴ Isto se deve fazer sem negar por completo a principiologia individualista da autonomia da vontade, mas amalgamando aqueles princípios sociais de modo a formar uma nova teoria contratual, mais humana e com vistas à efetivação e eficácia da dignidade humana e dos demais direitos fundamentais.

Esta assertiva é válida tanto que o atual Código Civil traz algumas diretrizes neste sentido, como é a inovação da investigação da reserva mental do contratante, tal como disposto em seu art. 110, com a seguinte redação: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”

Correlato a isto, o art. 112 do Código Civil extrapola os limites do que seria o princípio do *pacta sunt servanda* quando dispõe que: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Também no art. 113 do mesmo diploma é disposto que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Com isto se quer demonstrar que ao lado da liberdade contratual de concepção burguesa, a nova ordem econômica, de cunho mais solidário e que implica numa livre iniciativa funcionalizada, ao lado da valorização do trabalho e na defesa do consumidor, como engrenagens principais de seu sistema econômico (globalizado), e embebida dos valores que presidem o Estado Democrático de Direito, relativamente intervencionista.

Ecoando os princípios constitucionais alinhavados, o legislador civilista teve de dar operacionalidade nas relações privadas e especialmente os fez nas relações civis, objeto deste trabalho, com a adoção de alguns princípios norteadores dos contratos, a seguir analisados:

2.7.1 Função Social dos Contratos

Assim também como outras faculdades jurídicas, os contratos, por fatos sociais que são, possuem uma função social a realizar. A Constituição de 1988 explicitou desta maneira a propriedade, mas não o contrato. Contudo, foi a partir dela que a função social se projetou para outros institutos.

⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 109.

No campo das obrigações, um exame das recentes modificações sofridas em virtude, especialmente do dirigismo contratual que modelou a liberdade de contratar, sujeitando a vontade dos contratantes ao interesse público, deixa fácil concluir que o contrato, a exemplo da propriedade, possui igualmente uma função social que lhe é inerente (CARDOSO, 2008, p. 87).

A função social do contrato é norma de ordem pública e de interesse social, tanto que assim dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil: “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”.

Desta maneira, o juiz deve aplicá-la *ex officio*, independentemente do pedido das partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Pelo art. 421 do Código Civil, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Salta aos olhos que a função social determina de maneira positiva o conteúdo da liberdade contratual, erigindo-se como seu limite fundamental.

Como cláusula geral que é, impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros,⁵⁵ reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.⁵⁶

Além disso, atenua ou reduz o alcance do princípio da autonomia contratual quando se fizerem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade humana ou a outro princípio fundamental.⁵⁷

Desta forma, a função social do contrato é um instrumento de realização das diretrizes constitucionais, colocando a contratação à mercê e a serviço dos nobres vetores da Carta Maior.

Nesta linha de raciocínio, Cláudia Lima Marques afirma que o contrato “hoje também é instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado”

⁵⁵ Enunciado 21 aprovado na I Jornada de Estudos do Novo Código Civil do Conselho da Justiça Federal: 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.

⁵⁶ Enunciado 22 aprovado na I Jornada de Estudos do Novo Código Civil do Conselho da Justiça Federal: 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.

⁵⁷ Enunciado 23 aprovado na I Jornada de Estudos do Novo Código Civil do Conselho da Justiça Federal: 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.

(MARQUES, 2003, p. 168)⁵⁸⁵⁹ A aplicação do art. 421 “tem função instrumentalizadora, propiciando ao juiz transformar a expressão abstrata e estática da lei em situação e normatização concreta: o juiz integra o (faz parte do) contrato” (NERY JÚNIOR; NERY, 2008, p. 500).

Atuando como limitador da liberdade de contratar, impossibilita aos particulares, nas suas relações privadas, atender contra interesses contratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionem com o contrato ou que são por ele atingidos, a exemplo daqueles referentes a questões ambientais, de consumidores, à saúde e segurança pública, à livre concorrência, etc. É por isso que se discute, inclusive, a responsabilidade civil subsidiária decorrente de financiamento de obras potencialmente danosas ao meio ambiente.

Ademais, acerca da relatividade dos efeitos contratuais Antônio Junqueira Azevedo defende que “a função social não promove os terceiros à condição de partes do contrato. Mas, se como fato, é, em regra, oponível a toda a coletividade, a que não é dado agir como se o desconhecesse” (apud CARDOSO, 2008, p. 92).

2.7.2 O Princípio da Boa-Fé

Embora adormecida por muito tempo, a boa-fé já era prevista no Código Comercial de 1850 como critério de interpretação dos contratos, nos seguintes termos:

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

O princípio da boa-fé, entretanto, pode ser dividido em objetiva ou ética e subjetiva ou psicológica. É essencial que se faça a distinção de ambas.

Em sua concepção psicológica, a boa-fé sempre se baseia numa crença ou numa ignorância. Assim, por exemplo, o CC 1242, do qual se extrai que a

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

⁵⁹ Enunciado 167 aprovado na III Jornada de Estudos do Novo Código Civil do Conselho da Justiça Federal: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

boa-fé *ad usucapionem* é a crença, sem dúvida alguma, de que o possuidor seja titular legítimo do direito de propriedade. A boa-fé subjetiva protege o contratante que age com base na confiança que tem na existência de um negócio aparente; que não pode advertir o co-contratante ou terceiro de um erro não reconhecível; que para a formação do contrato atende aos termos que decorre de sua declaração de vontade e não aos que permanecem retidos na consciência dos celebrantes (NERY JÚNIOR; NERY, 2008, p. 504).

Judith Martins-Costa também possui este entendimento alegando que o sujeito deve estar na ignorância ou crença errônea de que o ato constitua o caráter ou efeito legal, embora cause danos ou prejudique outrem. Não obstante a isso, sobre a boa-fé objetiva ela comenta que:

[...] qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um “princípio geral” ou como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico.⁶⁰

A boa-fé objetiva é uma cláusula geral e também uma fonte jurígena que exige determinado comportamento aos contratantes para agir de acordo com os bons costumes. Como disposta no art. 422 do Código Civil (“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”), é considerada uma regra de conduta.⁶¹

Uma crítica muito comum tecida ao art. 422 é que ele tende a aplicar literalmente o princípio da boa-fé apenas nos momentos que vão da conclusão até a execução do contrato, deixando de abranger as fases pré e pós-contratual. A interpretação literal neste sentido seria negar coerência e função de existir ao princípio na legislação de direito privado. Desta maneira, é certo que a aplicabilidade nestas fases de dito princípio é plenamente aceita, tanto que o enunciado n. 170, aprovado na III Jornada de Estudos do Novo Código Civil do Conselho da Justiça Federal, possui a seguinte redação: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

As cláusulas gerais refletem princípios fundamentais esculpidos explícita ou implicitamente na Constituição. Desta maneira, nas relações obrigacionais a boa-fé sobressai

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

⁶¹ Neste sentido, Nery Júnior e Nery, 2008, p. 505.

como princípio orientador, na condição de reflexo de princípios constitucionais, como a dignidade humana, o dever de solidariedade, justiça social e equidade.

Como corolário direto da ética nas relações jurídicas obrigacionais, a boa-fé objetiva apresenta quatro vertentes, quais sejam: a transparência, a boa-fé em si, a equidade e a proteção da confiança (MARQUES, 2002, p. 1064-1067). Diante de tantas vertentes constantes tanto no Código Civil como em outras diversas leis, como o Código de Defesa do Consumidor, ensina Judith Martins-Costa que a boa-fé objetiva possui três funções: de cânone hermenêutico-integrativo, de norma de criação de deveres jurídicos e de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (MARTINS-COSTA, 2000, p. 427-454).

Na primeira função, de cânone hermenêutico-integrativo, a boa-fé atua como elemento flexibilizador da vontade das partes e como critério de integração do regulamento contratual.⁶² Assim, ela impõe às partes que se comportem de modo a garantir a realização dos fins do negócio e a satisfação das expectativas legítimas dos participantes da relação. Além disso, permite um dirigismo estatal na relação contratual, ou seja, a intervenção pública na interpretação do contrato, quando a integração do programa traçado pelas partes se fizer necessária.

A segunda função – de norma de criação de deveres jurídicos – relembra a noção de obrigação como processo, bem exposta pelo professor Clóvis do Couto e Silva, em monografia deste tema. Tais deveres jurídicos são considerados secundários, anexos ou instrumentais, em que:

[...] comportam tratamento que abranja toda relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriores ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência.⁶³

Vladimir Mucury Cardoso sustenta ainda que os deveres acessórios fundados na boa-fé subdividem-se em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade (2008, p. 100). Entre os primeiros, incumbe às partes evitar danos mútuos, seja à pessoa, seja ao patrimônio dos envolvidos na relação obrigacional. É um dever de segurança, cuidado e previdência.

Os deveres de esclarecimento impõem aos contraentes informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de fatos que tenham relação com o

⁶² Vide, respectivamente, os arts. 112 e 113 do Código Civil.

⁶³ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 93.

objeto e de todos os efeitos que possam advir da execução do contrato. Por sua vez, os deveres de lealdade forçam as partes a uma série de condutas omissivas e comissivas, em especial a abstenção de atos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações. Paulo Nalin (2001, p. 195) acrescenta ainda o dever de colaborar para o adimplemento da obrigação e Judith Martins-Costa (2008, p. 439) para o dever de prestar contas.

A terceira função da boa-fé, que é a limitação do exercício de direitos subjetivos, impede a invocação *arbitrária* de uma posição jurídica favorável. Trata-se, em sua forma mais comum, do abuso de direito, que nada mais é do que sua vinculação à intenção de prejudicar, de causar dano a alguém, por intermédio de uma aparência de legalidade.

O abuso do direito tem lugar quando o titular de um direito o exerce de forma contrária ao fim econômico ou social, ou aos princípios da probidade e boa-fé que lhe é imanente. Josseland afirmou que:

Cada direito tem seu espírito, seu objeto, sua afinidade; quem quer que intente separá-lo de sua missão social, comete uma falta, delituosa ou quase delituosa, um abuso do direito suscetível de comprometer, dado o caso, sua responsabilidade (apud CARDOSO, 2008, p. 105).⁶⁴

Desta forma, há uma intrínseca relação entre o abuso de direito e a boa-fé, tal como a noite e o dia. Aquele surge quando há violação desta, na medida em que ela representa importante dado valorativo como sustentáculo da sociedade que se pretende construir, com base na dignidade humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, na justiça social, na igualdade material, na solidariedade, na cidadania, etc.

A utilização de um direito só será aceita dentro de certos limites, e atendendo uma função social disciplinada entre os vetores maiores da Constituição, sendo somente lícito se exercido com respeito ao seu fim econômico-social e aos bons costumes, observados os limites da boa-fé. É neste exato sentido o disposto no art. 187 do Código Civil: “Também comete ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes”.

Em assim sendo, a boa-fé se revela como uma regra de conduta orientada no sentido do dever de não defraudar a *confiança* da contraparte, evitando o *venire contra factum proprium*, que consiste no exercício de uma posição jurídica em contradição com o

⁶⁴ *Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad.*

comportamento assumido anteriormente.⁶⁵ “Todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios” (NEGREIROS, 2003, p. 265) ou da outra parte. E, segundo Jean-François Romain:

[...] paira sobre todos um dever de se abster de práticas que comprometam os direitos negociais de outros. Aos terceiros se impõem regras consistentes em respeitar um contrato em andamento e em não colaborar para empecer o cumprimento da obrigação que satisfaz o crédito de outrem, sob pena de poder ser identificado ato ilícito ou fraudatório de terceiro contra interesse de partes contratantes (apud NERY JÚNIOR; NERY, 2008, p. 510).

É aquela confiança, que na nova concepção do contrato, a partir da leitura civil-constitucional, se insere na condição de *valor do contrato*. Ela é pautada na ética jurídica e expressada na virtude de manutenção da intenção da partes em agir conforme a lealdade e honestidade, segundo uma razoável consciência, desde a etapa pré-contratual até o período posterior à execução contratual. A proteção da confiança, portanto, consiste numa das mais relevantes formas de atuação do princípio da boa-fé, em especial em virtude da sua enorme importância prática atual.

2.7.3 O Princípio do Equilíbrio Contratual

Um dos objetivos da rescindibilidade contratual pela lesão é precisamente preservar o equilíbrio entre as prestações contratuais, pois o que se almeja é a justiça contratual. Este princípio tem índole marcadamente social, perfeitamente compassado com a valorização e a proteção da pessoa humana.

Durante o ápice do Estado Liberal, a teoria predominante pregava uma ampla liberdade contratual e autonomia da vontade, preocupada mais com a formação do contrato, que não deveria conter vícios do consentimento para que o negócio tivesse plena validade, caracterizando uma aceção *formal de justiça*. Bastava que as partes fossem iguais perante a lei para que o contrato merecesse a tutela do Direito e realizasse a justiça concreta. Vigorava também o princípio da intangibilidade dos pactos, que significava a impossibilidade de revisão pelo juiz do conteúdo do contrato.

⁶⁵ “Aquele que praticou determinado ato ou permitiu à contraparte a prática de determinada conduta, não pode, posteriormente, alegar, alegar circunstância que se contraponha àquelas posturas iniciais a que ele mesmo dera causa. Impede-se, por outras palavras, o obrar incoerente que lesiona a confiança suscitada na outra parte da relação e impõe aos sujeitos um comportamento probó nas relações jurídicas” (NERY JÚNIOR; NERY, 2008, p. 507).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a positivação de princípios que já vinham sendo ansiados pela sociedade e uma nova concepção de justiça contratual se estabeleceu. Refutou-se a presunção de que o simples fato de uma obrigação se originar de um contrato importaria a sua adequação aos parâmetros do que fosse justo. A concepção de justiça se alterou com vistas a recair também na paridade e no equilíbrio econômico. Como ensina Tereza Negreiros, passou a exigir “um nível razoável de proporcionalidade” entre as prestações, tornando o princípio contratual uma “ponte entre o justo e o jurídico” (NEGREIROS, 2003, p. 166).

Encontra o princípio do equilíbrio contratual respaldo e guarida no art. 3º, inciso III da Constituição,⁶⁶ que preconiza a igualdade substancial, com a qual não se conformam o contrato cujo conteúdo revele desproporção entre as obrigações correspectivas. Assim, deve-se mirar a instrumentalização do contrato não de molde a alcançar a subjugação de uma parte pela outra, nem de convalidar as prestações em favor de um contratante que lhe acarretem lucro exagerado em detrimento do outro, em nome de um equilíbrio meramente formal. Deve-se buscar um contrato que garanta um razoável equilíbrio material entre as prestações opostas, com atenção ao princípio da equidade. O Código Civil também é coerente neste raciocínio e deixa clara sua intenção quando proíbe o enriquecimento sem causa (art. 884 e seguintes) e obriga a restituição daquilo que foi indevidamente pago (art. 876 e seguintes).

Buscou-se realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres do contrato e era preciso que os valores das obrigações recíprocas fossem efetivamente semelhantes. Para que se alcançasse este intento, instituiu-se, primeiro no Código de Defesa do Consumidor e depois no Código Civil, a possibilidade de resolução dos contratos por excessiva onerosidade e por lesão.

É claro que não se pode exigir uma equivalência perfeita, escopo utópico de inviável alcance, até mesmo pela dificuldade prática em se determinar o valor preciso das coisas. Mas há de haver uma certa proporcionalidade entre as prestações, dentro do razoável (CARDOSO, 2008, p. 119).

Sobre isso, Tereza Negreiros afirma que “justo é o contrato cujas prestações de um e de outro, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade” (2003, p. 166). Busca-se um *equilíbrio mínimo*, que não se resume ao aspecto econômico, devendo ser mais ampla, abrangendo toda a relação, e não apenas as

⁶⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

prestações principais. Daí a possibilidade de redução equitativa pelo juiz da cláusula penal, como previsto no art. 413 do Código Civil.⁶⁷

O simples pagamento da prestação principal não é sinônimo de adimplemento⁶⁸ e este também não é mais o objetivo único do contrato. Sequer é com o pagamento que a relação jurídica se extingue.⁶⁹ O que importa e o que se visa, não são as prestações principais da obrigação jurídica, mas também as instrumentais, realizando assim a justiça contratual, atingível através da equivalência das prestações.

Ainda acerca da impossibilidade de se atingir o utópico pleno equilíbrio contratual, eis que se trata de uma atividade não rara tormentosa, o ordenamento jurídico permite e considera necessário deixar às partes uma *esfera de autonomia* para que façam seus negócios e, eventualmente, maus negócios, exercendo uma atividade lucrativa ou mesmo tendo prejuízos, visto que toda a atividade empresarial (e também qualquer negócio civil) comporta certo grau de risco.

Pequenas diferenças de valor fazem parte do tráfego jurídico, não se importando com elas o interesse social, mas nada fora do que seja razoável. Aliás, faz parte da vida o ganhar e o perder, dentro de certos limites e patamares considerados razoáveis de acordo com o bom senso, observados os princípios insculpidos na Constituição. Vladimir Mucury Cardoso ainda considera que:

A exigência de equilíbrio, portanto, não é absoluta. Deverá ceder, em especial se, no caso concreto, opuser-se a outro valor, privilegiado na ordem constitucional. O fim almejado pelo princípio do equilíbrio do contrato é, como se viu, a justiça contratual, em regra atingível por meio do controle de conteúdo das avenças, no sentido de exigir proporcionalidade de direitos e deveres. Por isso mesmo, o princípio em foco poderá ser deixado de lado quando o exigir o imperativo de justiça material, a ser identificado pelo juiz em cada caso concreto segundo a tábua axiológica constitucional. Não fosse assim, estar-se-ia indo de encontro ao fundamento do próprio princípio invocado, numa inversão inadmissível (CARDOSO, 2008, p. 128).

⁶⁷ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

⁶⁸ Eis que o pagamento pode ser efetuado por terceiro, interessado ou não, que pode ou não se subrogar nos interesses e direitos creditícios.

⁶⁹ RECURSO ESPECIAL. ACORDO. OBRIGAÇÃO DE RECEBER PRESTAÇÕES. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO. INADIMPLÊNCIA DO CREDOR. CONSIGNATÓRIA AJUIZADA PELO DEVEDOR. -. A inadimplência do credor que se recusa a receber prestação nos termos de acordo firmado não cessa com a consignação em pagamento, pelo devedor, do valor recusado. - A consignação não purga a *mora accipiendi*. - A inércia do credor justifica a cobrança da multa por inadimplemento, prevista no contrato. - A cláusula penal, ainda que nominada multa diária por descumprimento do contrato, não pode exceder ao máximo da obrigação principal (Art. 920 do Código Civil/1916). (STJ-3ª T. REsp 796714/MG, Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14/05/2007 p. 286).

Neste sentido, embora o escopo seja o equilíbrio das prestações contratuais, ciente de que sua plenitude seja absolutamente inalcançável, são toleráveis pequenas diferenças de valor, desde que dentro do que seja considerado razoável. Quem tem o poder e a função disto responder é o magistrado com seu exercício prudencial, de acordo com os postulados que se constroem no pós-positivismo. Também se deve relativizar o princípio do equilíbrio contratual quando este se deparar com outros princípios considerados mais relevantes em cada caso.⁷⁰

Não obstante a isso, com base em Sílvio Luís Ferreira da Rocha,⁷¹ o equilíbrio da justiça contratual se manifesta:

- a) Pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação exigindo que ambas tenham valor sensivelmente correspondente [...];
- b) Justa distribuição de ônus e riscos do contrato (CC, art. 494 e 234);
- c) Na proibição da lesão [...];
- d) Na proibição de cláusulas abusivas (NANNI, 2008, p. 518).

⁷⁰ Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade. - O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º). - Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária. - A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos. - Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. - Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei n.º 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. - E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n.º 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei n.º 9.656/98). - Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. - A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser. - Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido. (STJ-3ª T. REsp 809.329/RJ. Rel. Min.: Nancy Andrighi, DJe 11/04/2008).

⁷¹ *Princípios Contratuais*. in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil*. Estudo em homenagem ao professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.

Atento a estas considerações, impõe-se a análise de outra característica da nova teoria contratual que sem a qual seria inócuo o princípio do equilíbrio contratual.

2.7.4 A Proteção ao Contraente mais Fraco

Não será difícil encontrar quem venha sustentar que a proteção ao contraente mais fraco, vulnerável ou hipossuficiente não seja um princípio contratual autônomo, mas corolário do princípio do equilíbrio do contrato. Contudo, ao menos em relação a este trabalho, deve-se alçá-lo à categoria de princípio contratual, pela especial relevância apontada ao instituto da lesão, que além de garantir a razoável equivalência das prestações, promove igualmente a tutela do contratante em estado de inferioridade. Para corroborar este raciocínio, a redação da cabeça do art. 157 do Código Civil contém a expressão “uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência”, colocando o avertado em perfeita consonância e coerência axiológica.

Há uma tendência das legislações de Estado Democrático de Direito protegerem os economicamente mais fracos contra os mais fortes. Isto se verifica desde o final do século XVIII com a proteção aos direitos dos trabalhadores por ocasião da Revolução Industrial. Principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, se verificou a necessidade de proteção de alguns setores da sociedade que se encontravam em posição mais vulnerável em determinados contratos. Foi o que ocorreu com o inquilinato, em que o dirigismo estatal se fez prevalecer na defesa dos interesses dos inquilinos, vez que se tratava de um problema social ante a questão da falta de moradia.

No Brasil, a Lei n. 8245/91 é um exemplo deste acentuado dirigismo contratual. No campo trabalhista, vários são os dispositivos protetivos dos trabalhadores, além da Consolidação das Leis Trabalhistas, sem necessidade de menção. Outros setores também apresentam a intervenção econômica e tutelar do Estado, como os usuários dos planos de saúde, que são protegidos pela Lei n. 9656/98; as crianças e adolescentes, pela Lei n. 8069/90; os consumidores, pela Lei 8078/90; os idosos, pela Lei n. 10741/03; e até mesmo os torcedores de times de futebol, pela Lei n. 10671/03. Estas leis de proteção são justamente o reconhecimento da inferioridade daqueles agentes frente a outras pessoas ou entes com quem se relacionam, buscando sempre a preservação de seus interesses e a sua dignidade.

O exemplo maior, sem dúvida é o da proteção ao consumidor, justificado pelas considerações anteriormente mencionadas acerca de sua posição de propulsor do sistema econômico capitalista. Sua proteção busca garantir uma autonomia real da vontade do

contratante débil, libertada das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, impulsionados pelos produtores, fabricantes e distribuidores, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, como já mencionado.

Esta proteção é compatível com os postulados principiológicos insertos na Constituição Federal, especialmente no art. 5º, XXXII,⁷² no art. 170, V,⁷³ e no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.⁷⁴ Além disso, consoante o disposto na cabeça do art. 5º,⁷⁵ em conjunto com o art. 1º, III,⁷⁶ e o art. 3º, III,⁷⁷ revela que o princípio da igualdade de que se trata não é aquele meramente formal, mas o material, exigindo o tratamento desigual para aquelas pessoas que se encontram em situações desiguais, inclusive incentivando a adoção de ações afirmativas para a sua diminuição, tal como assevera J. J. Gomes Canotilho:

A obrigação de diferenciação para se compensar a desigualdade de oportunidades significa que o princípio da igualdade tem uma *função social*, o que pressupõe o dever de eliminação ou atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar a igualdade jurídico-material. É nesse sentido que se devem interpretar algumas normas da Constituição que estabelecem “discriminações positivas” (apud FACHIN, 2008, p. 259).

Ainda acerca desta tendência de proteção aos mais vulneráveis, encontra-se guardada e supedâneo também na Codificação de 2002 em outras disposições além do seu art. 157. O princípio protetivo se localiza na previsão de anulabilidade do negócio jurídico quando motivado em estado de perigo (art. 156)⁷⁸ e na interpretação das cláusulas ambíguas ou contraditórias em benefício do seu aderente, conforme disposição do art. 423.⁷⁹

⁷² Art. 5º. [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁷³ Art. 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: V - defesa do consumidor.

⁷⁴ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

⁷⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

⁷⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel 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.

⁷⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁷⁸ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

⁷⁹ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

2.8 AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS

Como muito já foi esclarecido e justificado anteriormente, este tópico terá o condão de não ser extenuante, mas apenas uma síntese do que se apresenta na doutrina acerca dos modelos jurídicos abertos. Dentre eles se destacam as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. Sua serventia é justamente para dar maior mobilidade e flexibilização ao Código Civil, ante a dinamicidade dos fatos e atos sociais.

Com isso, se deixa o Código renovado com idéias, fundamentos e teorias que os magistrados podem aplicar ao que for exigido, sem a necessidade de alteração legislativa. Estes novos ares facilitam sua vivacidade e atualização, “prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica. Evita o engessamento da lei civil” (NERY JÚNIOR; NERY, 2008, p. 191).

Tanto as cláusulas gerais como os conceitos legais indeterminados são enunciações abstratas feitas pela lei que exigem uma apuração axiológica a ser feita pelos juízes, preenchendo as lacunas conceituais e dizer se a lei atua ou não no caso concreto, no momento de fazer a subsunção do fato à norma.

Conceitos legais indeterminados “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso” (NERY JÚNIOR; NERY, 2008, p. 190). A solução será preestabelecida na própria norma jurídica, cabendo ao juiz apenas aplicar a norma. Ao exercer uma atividade ou função criadora estará se deparando com as cláusulas gerais.

Este exercício criativo deve ser contemplado dentro de razoáveis patamares limitados pela ordem constitucional. A solução deve ser perquirida com o seu agir prudencial, buscando a melhor solução possível, afastando, assim, qualquer possibilidade de insegurança jurídica, eis que estará amparado em valores construídos e constitucionalmente tutelados e perseguidos.

2.9 APONTAMENTOS FINAIS DO CAPÍTULO

A globalização impôs mudanças de comportamentos e condutas a governantes e governados, trazendo vários avanços tecnológicos. Uma padronização de procedimentos foi sentida em todas as áreas de conhecimento, assim como sua fragmentação. Ao Direito não foi diferente, tanto que ditou novas formas legislativas e princípios a serem

observados, alterando paradigmas. Ditas padronização e fragmentação exigiram o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

Este movimento social e histórico impôs a implantação de um Estado Democrático de Direito contendo como sustentáculos o princípio democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, ditou as regras maiores, as regras constitucionais que, pela hierarquia normativa, deveriam ser obedecidas pelo restante do ordenamento jurídico.

O Código Civil deixou de ser o centro regulamentador do Direito Privado devido à sua não apresentação de respostas, pela codificação de 1916 de índole individualista, voluntarista, rurícola e patrimonialista, aos anseios e necessidades sociais decorrentes das transformações ocorridas no decorrer do século XX trazidas pela globalização. A demora – mais de 20 anos – na provação de seu projeto de lei atualizador, aliado à necessidade premente de um dirigismo estatal às relações jurídicas cada vez mais diversificadas e especificadas culminou na: a) descodificação das relações privadas, com a criação de microsistemas jurídicos em áreas delimitadas; b) pela questão hierárquico-normativa, a Constituição chamou a si a necessidade de regular as relações privadas, constituindo-se de princípios de direito privado a serem observados ante sua força normativa; c) toda interpretação do direito privado deve ser harmonizada com a Constituição Federal, com ênfase a uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, principalmente com vistas ao princípio da dignidade humana; d) alteração da atenção protetora do Estado: do aspecto patrimonial, para preceitos e valores extrapatrimoniais (mas com efeitos matrimoniais ou transformados em pecuniários).

Não se pode dizer que o Código de Defesa do Consumidor forneceu as bases do novo modelo de contrato dispostas no Código Civil, como sua função social derivada da probidade e da boa-fé. Quem as forneceu foi a Constituição Federal, ditadas pelo movimento globalizante no qual a nação quis fazer parte por uma via mais humana ou ascendente.

E por possuírem esta mesma fonte axiológica, os códigos analisados não podem ser considerados contraditórios ou contrastantes, mas complementares e adicionantes dos níveis de proteção da dignidade humana.

Ao se proteger o consumidor, o Estado protege a base da própria economia, pois é aquele quem, no final, sempre paga os tributos incidentes nos produtos e serviços, possibilitando, assim, a manutenção das contas públicas e tornando-o competitivo na Nova Ordem Econômica Mundial.

Criou-se, assim, a necessidade de uma nova teoria contratual que assegurasse tanto na formação e execução, como também nas negociações preliminares e também posteriormente ao cumprimento do contrato, garantias de igualdade material, com a intervenção do poder estatal nas relações privadas, visando a compensar um desequilíbrio fático entre os contraentes com vantagens jurídicas.

A função social do contrato, a boa-fé e o equilíbrio contratual são princípios que buscam minimizar a situação de vulnerabilidade encontrada por alguns contratantes em detrimento de outros que, se não são desiguais, podem assumir esta posição no decorrer do contrato. Garantir que não ocorra um empobrecimento desarrazoável por ocasião da celebração de um contrato é a função do Estado que coloca tal qual um pai que impede o atrito nas relações de seus filhos.

CAPÍTULO 3: O INSTITUTO DA LESÃO NOS CONTRATOS

3.1 DA LESÃO DO DIREITO

Antes mesmo de adentrar ao tema da lesão nos contratos, é mister enfrentar o problema da lesão do Direito, visto ser esta o gênero, do qual aquela é a espécie.

Como já analisado, uma das características do positivismo é o foco de atenção ou direção dado especificamente ao legislador e o pós-positivismo muda este vetor para o julgador. É por sua análise e agir *prudencial* dos elementos trazidos ao processo pelas partes e também por sua experiência de vida que se determinará *oficialmente*⁸⁰ quando há propriamente uma situação de injustiça e dele será exigido uma solução de acordo com a Justiça e com o Direito.⁸¹ Por conseguinte, é ele quem afirmará se houve ou não uma lesão do direito.

No entanto, há de se atentar ao termo *injustiça* para que o mesmo não caia numa banalização vulgarização ou no abuso de sua utilização. Não se pretende neste trabalho tratar acerca de teorias da justiça, pois não é este o intento. Mas se deve ter uma noção mínima do que se a considera: entende-se como sendo a injustiça aquilo que é *contrário* à Justiça, entendida como tudo aquilo que se faz de acordo e coerente com os princípios adotados por uma sociedade como sendo bom, correto, moral, ético e que deve ser seguido por todos os membros desta no trato das relações sociais. Esta pode ser considerada a fórmula para que aquilo seja justo, embora esta definição seja incompleta por confissão, visto que impossível de se definir o que seja a Justiça de modo absolutamente satisfatório.⁸²

A título de ilustração, Javier Hervada define a injustiça como “a tendência ou hábito da vontade que se orienta para a lesão do direito”.⁸³ Ele também apresenta alguns direcionamentos explicativos de sua definição: a) compete ao jurista em sua função discernir o justo do injusto quando se deparar com jogos intelectuais acerca do tema *justiça x direito*; b)

⁸⁰ Isto porque a sensação de injustiça está presente em cada indivíduo que se depara com ela diante de determinado ato e pode exigir uma reparação, inclusive mediante um processo judicial.

⁸¹ Em apertada síntese, José Roberto Goldim afirma que “a Justiça é um princípio moral enquanto que o Direito o realiza no convívio social”. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em 21 jan. 2009.

⁸² “Segundo o ensino clássico, a Justiça explicita-se de três maneiras fundamentais: como Justiça comutativa; como Justiça distributiva; como Justiça geral, social ou legal. A Justiça comutativa exige que cada pessoa dê a outra o que lhe é devido. A Justiça distributiva manda que a sociedade dê a cada particular o bem que lhe é devido. A Justiça geral, social ou legal determina que as partes da sociedade dêem à comunidade o bem que lhe é devido” Herkenhoff. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7893>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

⁸³ HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 175.

nem a justiça e nem a injustiça consistem em emoções; c) sem ação e sem vontade operativa não há ato injusto; d) a injustiça é uma tendência ou hábito de uma vontade operativa, contrária a um direito concreto e determinado; e) a injustiça é uma tendência, atual ou habitual, da vontade, que se direciona para a ação injusta ou lesão do direito.

Mas o que se compreende como *ato injusto* enquanto objeto do ofício do jurista?⁸⁴

Chamamos de ato injusto àquela conduta que se orienta para causar a lesão do direito. Ao classificá-lo de ato, estamos dizendo que se trata de uma ação ou conduta do homem como ser livre e responsável. De fato, a injustiça é um vício ou tendência atual da vontade, sujeito do livre-arbítrio, o que coloca a injustiça na ordem ética ou moral, isto é, na ordem das condutas voluntárias e livres. Daí que o ato injusto seja um ato voluntário e, enquanto tal, livre. A injustiça – assim como a justiça – não pertence ao campo dos fatos – ocorrências ou acontecimentos regidos por forças naturais não-livres –, mas ao âmbito dos atos humanos ou condutas regidas pela razão e desejadas pela vontade. Assim, por exemplo, o homicídio é um ato injusto; a morte por uma queda acidental não é uma injustiça, e sim uma desgraça, um lamentável acidente. A injustiça requer a voluntariedade; por conseguinte, o ato injusto é um ato voluntário (ou seja, livre) (HERVADA, 2008, p. 178).

Isso leva à distinção entre ato injusto e fato danoso ou acidente. Para que ocorra o primeiro é necessário uma conduta humana livre (ação ou omissão, consciente ou não)⁸⁵ e que viole o direito de outrem causando-lhe prejuízos de ordem material ou imaterial. Já o fato danoso ou acidente é aquela lesão de bens decorrente de uma causa não livre, como um fato da natureza imprevisível (terremoto, maremoto, meteoros, raios, dentre outros).

Deduz-se, então, que o ato injusto possui dois *elementos tipificadores*: um *material*, consistente numa lesão objetiva de um direito; e um *formal*, que é a intenção contrária ao direito por dolo ou imprudência. Na ausência de qualquer um destes elementos, não se teria o ato injusto. Ausente o elemento material, se estaria diante de um desejo, de uma intenção, mas sem a sua consumação. Já se ausente o elemento formal, se teria um ato lesivo do direito de outrem que comporta, no máximo, uma reparação pelo seu causador, porém não um injusto propriamente dito. Neste caso, imagine-se o exemplo de bombeiro que arromba a

⁸⁴ Adota-se ora o termo juiz ora o termo jurista eis que este é compreendido como gênero do qual aquele faz parte, pois jurista é considerado todo aquele que estuda o Direito e a Justiça de forma crítica, e apresenta possíveis soluções aos problemas identificados, e não meramente adota procedimentos sem questionar sua validade axiológica, que são designados de *operadores do Direito*.

⁸⁵ Não interessa por ora discorrer sobre a culpa, culpa consciente, dolo, ou dolo eventual e suas nuances, como a imperícia, negligência ou imprudência.

porta do apartamento vizinho para apagar incêndio. Tais danos devem ser indenizados (vide art. 188, II, e art. 929 do Código Civil),⁸⁶ porém sem a presença do ato injusto.

Não obstante a isso, também se faz necessário discernir o *ato injusto formal do material*. O primeiro se consagra como sendo a intenção dolosa ou imprudente de violar o direito alheio. Realiza a lesão da coisa, que constitui um direito com consciência e vontade anti-jurídica (contrária ao direito). Além de contrariar o direito agredido, implica uma conduta anti-social enquanto o agente procede atentando contra o sistema jurídico, substituindo-o pela força, pela violência ou pela prepotência. Também prejudica a sociedade e viola a justiça legal, gerando a *culpa*, que implica a *punibilidade*.

Já o ato injusto material é a causa objetiva de uma lesão do direito, mas *sem vontade contrária* ao direito, isto é, sem consciência de constranger um direito e, portanto, sem dolo ou imprudência. Embora exista o dever de reparar o dano causado, não é um ato punível e *nem realmente injusto*, apesar de lesivo ao direito. Veja-se o caso de motorista que, acreditando se tratar de seu veículo, o leva, mas pertence a outrem. Posteriormente descobre o equívoco, ou seja, que se trata de veículo com idênticas características e que cujas chaves possuem o mesmo segredo. Não há dúvida que nesta hipótese se trata de violência ao direito do proprietário do automóvel que deve ter de volta a posse do mesmo, porém inexistente uma vontade injusta ou contrária ao direito por parte de quem cometeu o equívoco.

Também importa discorrer sobre a *situação injusta*, que é compreendida como aquela em que há uma lesão contínua do direito, isto é, dotada de estabilidade. É o caso da ocupação injusta de uma propriedade rural em caráter permanente ou um contrato cativo de longa duração cujas parcelas são erroneamente calculadas, fazendo com que o aderente pague mais do que realmente deve.

3.1.1 Fórmula do Ato Injusto

Ao se defender que o ato injusto é a *lesão ao direito de uma pessoa*, há que se tecer algumas características acerca de seus elementos componentes.

a) *Lesar*: é a vontade operativa que, por meio de ação ou de omissão, infringe um direito, privando um titular do legítimo uso, gozo, fruição e posse de seus direitos

⁸⁶ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...] II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

ou contraria a exclusividade própria da titularidade. O ato injusto formal é a negação do justo e da justiça. Consiste em não dar a cada um o que é seu.⁸⁷

b) *O Direito*: para que haja injustiça é preciso que o direito seja pré-constituído, ainda que de forma ampla, como em princípios constitucionais, a exemplo da manutenção da dignidade da pessoa humana. A ação injusta é um ato secundário que requer o ato primário de constituição do direito. Este direito tem a marca da exterioridade. Deve ser ou positivado no ordenamento jurídico ou principiológico.

Pressupõe uma relação de, no mínimo, duas pessoas, pois não existem direitos contra o próprio ser e não cabe o ato injusto contra si mesmo. É preciso que o ofensor ofenda ou lese o direito de outros.

c) *De uma pessoa*: a injustiça só é feita quando todos e cada um dos seres humanos sintam que seus direitos foram cumpridos e respeitados. Existe a injustiça sobretudo onde uma pessoa singular vê algum direito dela infligido, mesmo que o ato praticado alcance também outras pessoas, tendo um alcance coletivo ou difuso. É principalmente (mas não só) uma ação individualizada voltada contra cada pessoa singular. No caso de uma agressão contra o ambiente, ou qualquer outra agressão difusa, cada pessoa se vê constrangida, mesmo que ainda sem a noção disso, no seu direito a um ambiente saudável.⁸⁸

3.1.2 Regras de Discernimento da Lesão do Direito

A lesão do direito consiste na desordem ou desarmonia, infiltradas na ordem social das coisas e devidas: é a desmedida ou desmesura que se insere na vida social entrelaçada de relações jurídicas. Ela produz uma desordem social, uma desarmonia, desmedida ou desmesura, contrárias à ordem social justa. É o produto da violência, da prepotência, da força, como substitutivos da razão nas relações humanas.

Esta interferência nesta ordem das coisas necessita, entretanto, de algumas regras para o discernimento da existência ou não da lesão do direito, sendo elas:

⁸⁷ Lesar inclui muitos significados: agredir, reprimir, prejudicar, ofender, difamar, entre outros.

⁸⁸ “Cada vez que uma pessoa é objeto de violação de um direito dela, tal violência é um ato injusto. Daí que o sistema jurídico de reparação de injustiças e estabelecimento da justiça – o sistema judiciário – baseie-se em processos voltados a dirimir casos particulares, caso a caso, pessoa por pessoa. Daí também que as ações globais para reparar injustiças estruturais não se livrem de injustiça, se forem feitas por meio da violação de direitos de outros ou, por sua vez, produzam marginalizações injustas” (HERVADA, 2008, p. 182). Espera-se, entretanto, que o projeto de Código de Processo Coletivo em tramitação no Congresso Nacional supere esta questão processual, mas o direito individual, mesmo que sob o manto da coletividade, continuará a existir.

Primeiro: *A lesão do direito é um resultado e não uma intenção*. Como se defendeu anteriormente é necessário que seja um fato efetivo, que haja uma ação externa. Não basta que se limite à intenção do agente. Exige-se, pois, uma conduta, omissiva ou comissiva.

Segundo: *Scienti et volenti no fit iniuria*. Este aforismo pode ser traduzido por: “Não se comete lesão injusta contra o direito de quem consente na ação lesiva”. Esse aforismo é válido se o consentimento do titular lesado contém em si uma renúncia do direito por parte de seu titular, tratando-se de um direito renunciável. Os requisitos necessários para a validade de um ato jurídico são: a plena advertência (*sciens*) e o *querer* da vontade (*volens*) – disto pode-se inferir na denominada *vontade consciente*. Se esses requisitos ocorrem, haverá uma *renúncia válida*, e então o direito não é lesionado.

Como se verá mais adiante, entretanto, a esta regra existem exceções e são estas exatamente grande parte do tema deste trabalho de dissertação: os elementos subjetivos que viciam a vontade do agente, como a sua premente necessidade ou sua inexperiência no trato negocial.

Um fator importante (e muito interessa ao tema desta dissertação) é que:

[...] suposta a lesão do direito, o consentimento enfraqueça a obrigação de reparar o dano produzido na coisa que constitui o direito; o consentimento, quando é verdadeiramente tal – quando possui os requisitos de um ato jurídico –, tem o efeito de uma renúncia à referida reparação – o que é possível mesmo em relação aos direitos irrenunciáveis, já que a reparação requer a aceitação do lesado -, pois isso está contido no ato de consentir na lesão (HERVADA, 2008, p. 184).⁸⁹

Terceiro: *Quando a culpa do ato lesivo do direito é do prejudicado, o dano é imputado a ele*. Neste caso o fato danoso é imputável ao prejudicado. O causador do dano em si não é sujeito de punibilidade, nem adquire a obrigação de reparar o dano, pois por sua parte não há ato injusto (nem material, nem formal). É o exemplo de suicida que se joga na linha de um trem. Não poderá o maquinista se responsabilizar pela morte daquele.

Quarto: *Não há lesão quando o titular se opõe irracionalmente a uma ação contrária a seu interesse ou bem particular protegidos por um direito*. O direito existe dentro de e como um sistema racional de relações humanas exigindo certa conformidade com a moral, a ética, o bem comum, os princípios gerais do Direito e os costumes locais.⁹⁰ Agir

⁸⁹ Neste ponto entende-se que não se trata de renúncia a direitos irrenunciáveis, mas mero não exercício de seu direito subjetivo.

⁹⁰ É certo que existem situações conflitantes entre estas exigências. Tome-se como exemplo a prática denominada de *farra do boi*, uso local no Estado de Santa Catarina, que é um evento cultural contrário às noções de civildade apregoadas em normas de maior eficácia, como o ordenamento jurídico vigente.

neste sentido e observar tais regras é um dos fundamentos da coação institucional. Agir contrariamente a isto, numa oposição irracional do suposto titular do direito situa-o à margem do sistema racional das relações humanas e gera a legitimidade do uso da força contra ele.

Assim, a auto-tutela, é, em regra, combatida, ainda que possa o lesado estar com o Direito ao seu lado no caso específico. O locador, ao perceber o inadimplemento das obrigações do locatário de seu imóvel não pode simplesmente cancelar a energia elétrica e a água encanada do mesmo, forçando-o a deixar o imóvel ou pela sua própria força despejá-lo. Deverá procurar os meios legais para exercer seu direito, qual seja, a ação de cobrança de aluguéis cumulada com despejo.

3.1.3 O Injusto como o Desigual

A injustiça produz a mais básica e danosa desarmonia nas relações entre os homens: a prepotência e a desproporção entre as pessoas. O fato de o direito ser igual significa, sobretudo, que os homens são radicalmente iguais como sujeitos de direito. Mas não como iguais em tudo, visto que possuem diferenças e o princípio consagrado da igualdade material está em tratar os desiguais de forma desigual. O que se defende neste momento é que o sujeito de direito permite a materialização jurídica da dignidade da pessoa humana. A *igualdade do direito* supõe o reconhecimento de que *todos os homens têm igual dignidade*, por isso são iguais como sujeitos de direito. A harmonia e a proporção consistem, em último caso, no reconhecimento e no respeito desta igualdade em dignidade. A desproporção implica, portanto, a prepotência ou desmesura de quem não respeita essa igualdade entre os homens como sujeitos de direito, o que supõe um atentado à dignidade da pessoa humana.

A igualdade se desfaz de três maneiras: o dano aos bens imateriais ou materiais da pessoa, a desproporção na permuta ou distribuição de bens ou encargos e a conduta contrária ao bem comum. O injusto desfaz a igualdade fundamental e fundamentadora, por uma atitude de desmesura prepotente, introduzindo uma desproporção entre as pessoas, que lesa a dignidade humana. Essa é a origem da malícia da injustiça e do injusto, de acordo com Javier Hervada.

Acerca disto, surgem três tipos de injusto:

Injusto legal: o descumprimento ou infração das normas é injusto enquanto supõe uma conduta lesiva do bem comum. A desproporção do injusto legal está no fato de o membro da sociedade, ao desobedecer à norma, viola o direito da sociedade e com isso não se submete à sua contribuição devida ao bem comum e, por consequência, altera a ordem social,

introduzindo uma desordem. Com isso, o descumprimento da norma produz uma desarmonia social, uma desmesura ou desproporção na vida da sociedade que, ao contrariar o bem comum, contraria o direito. É uma desproporção que afeta a igualdade que, como sujeitos de direitos e deveres recíprocos, existe entre a sociedade e o membro.

Injusto distributivo: este tipo contém em si a prepotência de um ou alguns membros, que colocam desordenadamente os outros em uma situação de favor ou desfavor, lesando seu direito ou os direitos de outros. Trata-se de uma *desarmonia* na condição de sujeito de direito e a *desproporção* na condição de membro da sociedade. Na justiça distributiva, trata-se de não desequilibrar ou causar desproporção entre direitos iguais relacionados com a finalidade de uma distribuição.

Injusto Comutativo: é produzido quando há um dano ao bem alheio, ou quando se produz o enriquecimento desproporcional de um sujeito à custa de outro, ou, por outro viés, o empobrecimento desproporcional. Como já se percebe, é aqui que a lesão contratual encontra terreno. Duas considerações se fazem pertinentes ao injusto comutativo: a) é produzido pelo dano à coisa alheia que constitui direito do prejudicado a sua reparação. A desproporção ou desarmonia se situa na perda ou diminuição da coisa que lhe é de direito, cujo respeito é dever do causador do dano, pois aquele deve manter incólume sua dignidade enquanto sujeito de direitos; b) é gerado pela desigualdade em identidade, valor, quantidade, qualidade, além de outros, entre os bens ou serviços dados e/ou recebidos (devolução ou permuta).

A desigualdade das prestações implica um tratamento desigual na condição de sujeito de direito e, portanto, também compromete a dignidade humana. A desproporção entre as prestações implica na desproporção entre as pessoas, enquanto sujeitos de direitos e deveres, e aí reside, em último caso, a injustiça.⁹¹

3.1.4 Requisitos do ato Injusto

Embora já se delineou o que seja o ato injusto, é necessário abordar com mais ênfase e para que não paire dúvidas os seus requisitos, que são três:

Causar uma efetiva lesão do direito alheio. Exige-se que ocorra um prejuízo material ou imaterial do direito alheio. Do direito imaterial, a exemplo da honra, da dignidade, do estado de filiação ou paternidade e os demais direitos da personalidade, embora não se

⁹¹ De observar que não se sustenta aqui que a Justiça seja sinônima ou equivalente à Igualdade. A desigualdade aqui mencionada deve ser entendida como ausência de equilíbrio entre as prestações.

possa deles dispor, podem decorrer efeitos patrimoniais, como uma indenização pela sua lesão.

Não são, todavia, atos injustos os que lesam aspirações ou expectativas ou as atividades que causam danos econômicos, profissionais ou de outro tipo sem lesão do direito, como pode ser o caso da concorrência não desleal ou do advogado que, por ser mais competente, ganha uma causa com desprestígio do advogado que a perde, entre outras hipóteses.

Questão interessante que surge é se o ato injusto pode ser o uso e exercício do próprio direito. Sem grandes rodeios, é certo que o uso do direito deve ser *razoável*, ou seja, dentro dos limites da razão, e isto ocorre (ou deveria ocorrer) quando tal exercício se mantém dentro dos limites indicados pela lei, estiver de acordo com a moral, não atentar contra o bem comum e não lesar os direitos dos demais, quando adquiridos por outra fonte, como numa relação contratual. São exemplos típicos do uso não racional de um direito o abuso de direito processual e o descumprimento da função social da propriedade. O primeiro deve se pautar dentro de um mínimo considerado ético (vide arts. 14 a 18 do Código de Processo Civil). O segundo, por sua vez, delineia que a propriedade deve ter um destino apropriado para o desenvolvimento social e conforme os preceitos de solidariedade e diminuição das diferenças sociais, evitando-se o exercício meramente especulativo, eis que visa, indiretamente, prejudicar o outro, no caso, aquele que necessita de trabalho para a sua manutenção e de sua família.

Ser causa eficaz do dano. Deve existir um *nexo causal* entre o ato e a lesão do direito, de acordo com as leis da natureza (causalidade física) ou da atividade humana (causalidade moral). Precisamente por faltar um *nexo causal*, não realiza uma ação injusta quem age de modo que sua conduta venha a ser apenas uma ocasião não procurada de dano alheio. A ressalva neste caso pode ser observada pela possível resolução do negócio jurídico pela onerosidade excessiva (vide art. 478 do Código Civil),⁹² com vistas ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico entre as partes.

Ser um ato voluntário e livre. Além da conduta, omissiva ou comissiva, ser a exteriorização de uma intenção, de um querer, é um agir que segue as regras próprias da ação humana no que se refere ao grau de responsabilidade e culpabilidade. Tal grau está em relação direta com o grau de advertência (ter a consciência de que se deve fazer ou não o que

⁹² Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

se pretende) e voluntariedade (tomar a iniciativa de assumir os riscos propensos).

De observar também que a liberdade toma proporções ilimitadas em muitos casos, especialmente na seara contratual, com espreque num pensamento eminentemente liberal. Tal conduta é propulsada pelo poderio econômico (e por que não dizer intelectual ou mesmo jurídico?) de alguns em detrimento de outros. Um Estado Liberal aceita esta conduta, mas não um Estado Democrático de Direito como já foi analisado. A ocorrência da lesão contratual também é um exemplo do uso não-racional do direito, visto que está em conformidade com a readequação da ampla e irrestrita liberdade contratual e advento da função social do contrato e seus princípios contratuais sociais informadores.

3.1.5 Reparação da Lesão do Direito

Existem dois elementos que caracterizam a lesão do direito, como já se teve a oportunidade de mencionar. Um que se denomina ato injusto formal e outro material. Esta relação de injustiça cessará com o restabelecimento da ordem social justa. Este restabelecimento, por sua vez, é uma exigência, um dever de natureza jurídica. Isto se dá com a regeneração do agente injusto que, depondo sua vontade prepotente, reconhece a titularidade do sujeito passivo cujo direito foi lesado e com ela a plena condição de sujeito de direito.

O passo seguinte é o restabelecimento do sujeito passivo do ato injusto – o ofendido – na posse de seu patrimônio jurídico lesado, que recebe o nome de *reparação*. Daí que ela ocorre quando se torna possível o retorno ao *status quo ante* do ato injusto, como a devolução do objeto furtado.

Contudo, em grande parte das vezes é impossível sua reparação, seja por um suporte físico ou moral. Desta forma, ao estabelecer o dever de reparar é necessário acrescentar sempre a cláusula *na medida do possível*, ou seja, submetida às eventualidades e contingências da vida social. Diante disso, analisar-se-á doravante as três formas de reparação, sendo elas:

a) *Reparação da justiça legal*. A contravenção da justiça legal consiste no dano ao bem comum naquilo que está determinado pelas leis. Assim, a reparação própria deste tipo de injusto está no cumprimento da pena ou sanção, restabelecendo a ordem social justa no que se refere à justiça legal.

b) *Reparação da justiça comutativa*. O injusto comutativo caracteriza-se pelo dano ao bem alheio e pelo enriquecimento desproporcional à custa de outro. Nesse caso, o dever de reparação é satisfeito com a *restituição* ou, se essa não for possível, com a

compensação.

Por restituição se entende a devolução ou reintegração do bem prejudicado ou do ganho injusto em forma de perfeita igualdade. Em outros termos, consiste no restabelecimento do patrimônio jurídico do ofendido conforme seu estado e condição anteriores à lesão do direito.

A *compensação* ou *indenização* ocorre quando não for possível a restituição. É o restabelecimento do patrimônio jurídico do sujeito passivo mediante bens análogos ou semelhantes aos prejudicados. Ela ocorre sempre que a restituição é impossível. Ela também pode ser equitativa quando o bem prejudicado é impossível de ser restituído e não equiparável a outros bens, não cabendo uma relação de equivalência. Nesse caso, a compensação tende a amenizar, na medida do possível, o dano causado.

Além disso, a *restituição ao status quo ante* também não poderá ser desejada pelo ofendido e o que se almeja é a manutenção da relação jurídica existente, mas com alguns “ajustes”, como um reequilíbrio contratual que poderá ocorrer, e que abundantemente se verá neste estudo em relação à lesão nos contratos.

c) *Reparação da justiça distributiva.* A justiça distributiva ocorre quando há uma justa distribuição dos bens ou encargos comuns, segundo critérios de igualdade proporcional na passagem deles da esfera comum para a particular. Para isso existem duas hipóteses: 1ª) quando o critério de distribuição está determinado por lei, costume ou contrato; 2ª) quando o critério não está determinado por completo e dá margem para a discricionariedade. No primeiro caso, havendo o injusto distributivo, gera o dever de restituição ou de compensação. Já no segundo, só há direito estrito ao tratamento igual, pois o que se pode receber ainda não está configurado como direito ou dever em sentido estrito.

Na hipótese de indeterminação, a restituição é impossível por não haver determinação do lesado. Também não cabe a compensação em sentido estrito, pela mesma razão. Por conseguinte, a reparação da lesão do direito é realizada por meio de medidas que criem uma situação favorável aos que foram objeto da injustiça distributiva, de modo que se supere quanto antes a injusta situação desfavorável em que foram postos. Trata-se, então, de pôr em prática as medidas de favor que permitam compensar a situação desfavorável até obter a igualdade justa (HERVADA, 2008, p. 205).

Estas *medidas de favor* propostas por Javier Hervada devem ser compreendidas como *ações afirmativas*. E seria um erro pretender que elas constituam uma discriminação injusta, pois esta só o é se lesa a igualdade própria da justiça distributiva; é justa se, partindo de uma desigualdade injusta, tende a obter a igualdade justa, obviamente.

3.2 FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA LESÃO CONTRATUAL

No livro de Gênesis, capítulo 25:30-34, se encontram as seguintes palavras:

E disse Esaú a Jacó: Deixa-me, peço-te, comer desse guisado vermelho, porque estou cansado. Por isso, se chamou o seu nome Edom. Então, disse Jacó: Vende-me, hoje, a tua primogenitura. E disse Esaú: Eis que estou a ponto de morrer, e para que me servirá logo a primogenitura? Então, disse Jacó: Jura-me hoje. E jurou-lhe e vendeu a sua primogenitura a Jacó. E Jacó deu pão a Esaú e o guisado das lentilhas; e ele comeu, e bebeu, e levantou-se, e foi-se. Assim, desprezou Esaú a sua primogenitura.

Talvez aí um dos primeiros exemplos da lesão contratual, enquanto gênero.⁹³ Esaú, com muita fome, vende seus direitos de primogenitura a seu irmão mais novo Jacó por um prato de comida. Tais direitos de primogenitura lhe garantiriam ser o principal da família, depois do pai e também o principal herdeiro. Muito provavelmente Esaú não procederia desta maneira se não estivesse num real estado de necessidade. Como não pôde contar com o princípio de solidariedade, teve de negociar um direito para sua própria subsistência.

Desde o momento em que a humanidade iniciou as mais remotas formas de negociação de produtos ou serviços, o vendedor sempre procurou vender por mais o que vale menos, e o comprador sempre buscou adquirir por preço menor o bem de menor valor. Assim, o preço é fixado após discussão, rebaixando o alienante no que pedira e aumentando o adquirente na oferta, sendo o consentimento do valor a essência de qualquer compra e venda. Era dado como perfeito, portanto, o contrato firmado nestes termos, se inexistente o dolo ou a coação.

Não obstante a isso, também sempre houveram momentos de crise, seja por ocasião de guerras e eventos climáticos como chuvas, secas e outras interpéries da natureza, com afetação de maneira geral, ou eventos particulares, como o falecimento ou doença de membros familiares que também afetavam e refeletiam na seara contratual. Nestes casos, os contratos celebrados caracterizavam-se pela igualdade jurídica ceder lugar à desigualdade econômica, levando uma parte, mais fragilizada, a vender uma propriedade por preço vil ao comprador, que geralmente tinha um poder econômico maior.

⁹³ Conforme se verificará mais adiante, este exemplo está mais para o estado de perigo (art. 156 do Código Civil) do que para lesão contratual disposta no art. 157 do Código Civil.

O direito romano foi o primeiro que se insurgiu contra esta prática, em razão de pura equidade, amparando pequenos proprietários e defendendo suas terras contra a absorção dos latifundiários.

É certo que esta insurgência se deu por uma nítida influência do cristianismo, que adquiriu maior notoriedade e importância na sociedade imperial de Roma com simultaneidade à inserção do instituto da lesão nos contratos nas regras romanas.

3.2.1 A Lesão no Direito Romano

O direito romano trouxe a *laesio enormis* durante a sua fase imperial, decorrente de uma interpolação operada em duas *Constitutiones*, de Diocleciano e Maximiliano, no terceiro século da era cristã, e ingressando no *Corpus Iuris Civilis* figurando no Código Justiniano, Livro IV, Título XLIV, Lei Segunda⁹⁴ e Lei Oitava. Instituiu a rescisão do contrato quando o vendedor alienava a coisa recebendo como pagamento menos da metade daquilo que poderia valer.⁹⁵

Não se pode negar a influência do cristianismo na formação do instituto, que veio dar mais *humanidade* nas relações jurídicas romanas, com a exigência de um maior equilíbrio nas prestações. A isto se corrobora o período histórico da ascensão cristã, concomitante ao amadurecimento e aplicação da legislação daquela época.

Neste período interessava também outro instituto análogo à *laesio enormis*, que era a *in integrum restitutio*, e que possuía quatro requisitos essenciais para a sua concessão: a) ser suscetível de restituição o ato atacado; b) a existência de uma lesão sofrida por aquele que a pleiteasse, e conseqüente ao ato contra o qual fosse pedida; c) ser justa a causa da restituição; d) a inexistência de outro meio capaz de prevenir ou reparar o mal.

O ponto em comum de tais institutos se encontrava no ataque à validade de um ato perfeito *iure civili*, por amor à equidade e uma e outra decorriam de uma lesão sofrida por uma das partes

⁹⁴ “Se tu ou teu pai vendeu uma coisa que valia muito mais: é equitativo que, mediante a interferência do juiz, ou recebas de volta o fundo vendido devolvendo ao comprador o preço; ou, se o comprador preferir, recebas a diferença entre o que recebeste e o justo preço. O preço será menor se não atingiu nem a metade do valor da coisa” (RODRIGUES, 2002, p. 224).

⁹⁵ Há dúvidas na doutrina acerca da data correta do surgimento e idade áurea da *laesio enormis* na codificação romana. Não adentrando nesta discussão, remete-se ao estudo desta questão a Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

A diferença entre a rescisão por lesão enorme e a restituição integral seria inicialmente o fundamento, eis que a primeira era concedida pela própria lesão e a segunda por outras circunstâncias, além da *laesio*, que tinham de ser demonstradas ao magistrado.

Tais institutos não eram o único exemplo de limitação da liberdade contratual no direito romano. Em alguns contratos já se percebia este direcionamento, como no contrato de mútuo, que além de proibir o *anatocismus*, decretou uma tarifação das taxas permitidas.⁹⁶

Naquela época era a lesão era considerada configurada se ocorresse o *minus pretium*, o preço menor. A compreensão deste – *anatocismus* – era pela metade do valor. Esclareça-se que a intenção não era de defini-lo neste patamar, mas de assentar em que limite se dá a rescisão por lesão. O que fez a regra romana foi, portanto, tarifar a lesão estabelecendo que a norma se aplicava apenas ao caso de se ter realizado a venda por menos de metade do valor. Assim, alienando o vendedor a coisa por preço menor que a metade do valor, rescindia-se o contrato, sob fundamento da lesão.

Os romanistas, em geral, apresentam como fundamento a presunção de que tal venda teria sido realizada por necessidade: quem a fez, vendeu *para viver*, e é equitativo – *humanum est* – que obtenha a reposição ao *status quo ante*, porque o comprador estaria conseguindo um enriquecimento causado pela exploração daquela necessidade do co-contratante. Se alguém vende por menos de 10 o que sabe valer 20, só se explica esta disposição a tão vil preço no fato de estar precisando de dinheiro no momento da venda (PEREIRA, 1994, p. 24).

Observe-se que tal apuração deveria ser feita *no momento* do negócio, e não posteriormente. Se a majoração do preço se verificasse num momento posterior, não haveria lesão.

As ações conhecidas específicas para sua alegação eram duas: a mais usual era a *actio venditi*, que era a sanção das obrigações do comprador, e a outra era a *actio empti*, o meio de que o vendedor dispunha para perseguir a execução das obrigações do comprador.

Uma vez alegada a *laesio enormis* o adquirente teria a escolha de uma solução facultativa: ou ver decretado o desfazimento da venda com o conseqüente restabelecimento do estado anterior, ou oferecer o complemento do preço.

No desfazimento da venda, insurgiam as seguintes conseqüências:

⁹⁶ A *usura conventionalis* não podia ultrapassar cifras consideradas razoáveis: quatro por cento para as *personae illustres*, oito por cento para os negociantes e fabricantes, seis por cento para quaisquer outras pessoas.

- ao vendedor incumbia restituir o preço havido acrescido de juros desde o dia do recebimento e tinha o comprador o direito a ser indenizado das benfeitorias úteis e necessárias por ele feitas, na medida da valorização que tenham trazido à coisa;
- ao comprador caberia a devolução da coisa livre de todo encargo, tal qual a recebera, acompanhada de seus acessórios;
- na hipótese do perecimento da coisa vendida, mesmo que tivesse havido negligência do comprador, o direito do alienante se extinguia;
- como a *actio venditi* tinha caráter pessoal, os romanistas sustentam que nenhum direito assiste ao alienante se a coisa já tivesse sido alienada a terceiros, prevalecendo igualmente os ônus reais com que a tenha gravado.

No tocante à incidência da extensão do instituto, há divergência entre os pesquisadores sobre se havia ou não limitação ao contrato de compra e venda e se ocorria limitação aos bens imóveis ou se os móveis também seriam abrangidos. Caio Mário da Silva Pereira entende pela não restrição ao contrato de compra e venda como também não se limitava aos bens imóveis. Acrescenta-se a este entendimento a justificativa de que a *actio venditi* detinha natureza pessoal e não real.

Algumas hipóteses de exclusão de sua incidência também foram delineadas:

- sendo o *contrato aleatório*, pois uma vez que o adquirente correu o risco de perder, e o alienante preferiu um preço certo, ainda que baixo, a esperar o resultado incerto, que lhe podia ser favorável ou desfavorável;
- a *renúncia do vendedor*, desde que posterior ao contrato, eis que a validade da simultaneidade daria margem à simples inserção de cláusula neste sentido no seu bojo para beneficiar o adquirente;
- as *vendas graciosas*, em que o alienante o fez ciente de que era por preço vil, e não impelido pela necessidade, mas, ao contrário, movido pela intenção de beneficiar o comprador;
- as *vendas em leilão* sem vícios, porque a publicidade que as acompanhavam e a oportunidade de maior lance afastavam a ideia de enriquecimento do comprador em detrimento do vendedor.

O direito romano também não admitia que se conferisse ao comprador a faculdade de atacar o contrato alegando que havia comprado por mais, invés de vendido por menos, pois se afirmava que a ninguém se forçava a comprar, e por mais do valor, sendo antes, de sua conveniência pessoal o negócio.

Para concluir este tópico, para os romanos, na configuração da lesão não bastava que o vendedor conhecesse o valor da coisa nem tampouco que o conhecimento fosse livre do dolo ou da ameaça. A justiça imperial buscava um critério objetivo de apuração, que não se encontrava em vícios subjetivos, mas na desproporção entre o valor do objeto e o preço pago, alcançando assim um novo motivo de invalidade para o contrato. Desta forma, a lesão ocorria sempre que se configurava um desequilíbrio objetivo na própria formação do contrato: se o preço ficou abaixo da metade do valor, haveria a possível invalidade da compra e venda, se não fosse complementado o preço pelo adquirente.

3.2.2 A Lesão no Direito da Idade Média e início da Idade Moderna

O instituto da lesão nos contratos foi verificado na Idade Média, tanto no Direito Canônico como na *Common Law*, simultaneamente. É evidente que, justamente pelo cristianismo influenciar o direito romano em sua formação, os canonistas apresentariam alguns avanços neste período, tendo os textos romanos exercido enorme influência neste sentido, inclusive estendendo sua sombra sobre todo o direito obrigacional.

Importante mencionar que a Igreja exerceu importante papel na sociedade medieval, *imperando* muito mais do que desejaram os detentores do poder político de então, pois foi ela o centro da vida européia, que controlava a educação e a ciência.

Os glosadores medievais não concebiam a lesão desvinculada de um vício de consentimento ou como um instituto autônomo. Para eles, aquele que vendia a coisa por menos da metade do valor certamente foi enganado pelo comprador, numa hábil manobra para seu enriquecimento à custa daquele. Uma venda assim somente seria compreendida, então, pelo *dolo* do comprador, daí se criando a figura do *dolus re ipsa*, ou seja, do dolo presumido, em que não se faz necessário sua prova por parte de quem o alega.

Santo Tomás de Aquino contribui para o Direito Canônico – e especificamente para o instituto da lesão – quando apresenta a noção de justo preço, numa exaltação da justiça comutativa, que tomou de Aristóteles, assentando que é pecado vender por mais do preço justo, causando dano a outrem por fraude. A lei humana, principalmente onde a Igreja exercia influência legislativa, começou a compelir – onde já não compelia – à

restituição se alguém foi enganado além da metade do justo preço. Contudo, o justo preço não é fixo, pois consiste na estimação de cada um, segundo a utilidade que retira da coisa.⁹⁷

Ainda para aquele pensador medieval, todo contrato deveria ser considerado do ponto de vista de seu conteúdo e não de sua formação, e em todos eles é preciso que se observe aquela igualdade preconizada pela justiça comutativa.

Outra contribuição devida aos canonistas foi a criação e o desenvolvimento da chamada *laesio enormissima*, sem fundamento na lei romana. Consistia no engano do vendedor em além dos dois terços do valor da coisa. Os princípios da *laesio enormis* eram considerados insuficientes para o trato daquela e desenvolvidos novos: além de viciar o contrato e torná-lo rescindível, a lesão enormíssima importava na sua inexistência como ato ou negócio jurídico.⁹⁸

A usura teve atenção especial no direito canônico que a proibiu tanto na forma pecuniária como na real. Qualquer que fosse o lucro, ou rendimento do capital, era vedado por ser o interesse reputado *intrinsecamente ilícito*. Desde que o ganho de uma das partes excedia imoderadamente o justo preço, configurava-se a lesão, reprimida geralmente não só nas vendas imobiliárias, como na de móveis, não apenas neste contrato como em qualquer outro. Em sendo o negócio sujeito à justiça comutativa, de que é essencial a igualdade das prestações, é possível inquirir de seu caráter lesivo e restabelecer a equivalência, se eventualmente fosse rompida pela ganância ou astúcia de uma das partes.

Uma particularidade que o Direito Canônico apresentava é que o juramento invocando Deus, pelo vendedor, no ato negocial ilidia a lesão, convalidando os vícios contratuais, salvo se ocorrido dolo ou violência.

O direito costumeiro conheceu e aplicou a rescisão em decorrência da lesão, entretanto, ante sua grande variedade, é difícil extrair uma teoria amplamente aceita, visto que em muitos aspectos divergiam, na época medieval, do sistema aplicado.

No começo da Idade Moderna o jurista que mais se destacou no desenvolvimento do instituto lesivo foi Pothier. Romanista e sem abandonar as idéias canônicas sobre a lesão nos contratos foi o grande mestre francês que iluminou a comissão de elaboração do Código de seu país.

Em sua concepção, acusava de iníquo todo aquele contrato em que uma das partes, sem a intenção de fazer uma liberalidade, dá à outra mais do que dela venha a receber.

⁹⁷ A partir do século XVI a concepção do justo preço deforma-se numa tricotomia de máximo, médio e ínfimo, sendo que somente o último serve de base à rescisão.

⁹⁸ Ou, de acordo com a teoria dos planos da existência, validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos, o contrato era considerado inválido e ineficaz.

Para ele:

A equidade, em fato de comércio, consiste na igualdade, sendo vicioso o contrato se esta é ofendida. A rescisão do contrato de venda funda-se unicamente na iniquidade enorme que se encontra no contrato, ressaltando ao comprador purgar esta iniquidade, suprindo o que falta para o justo preço.⁹⁹

Observa-se uma constante, desta forma, em que o instituto da lesão sempre acompanhou o equilíbrio contratual, tendo este como sua bússola. Pothier também comentou que:

A equidade, desde o ponto de vista comercial, consiste na igualdade, e assim desde o momento em que esta igualdade se sente ferida e que um dos contratantes dá mais do que receber, o contrato é vicioso, portanto atenta contra a igualdade que no mesmo deve reinar.¹⁰⁰

Presume-se da leitura de Pothier que a lesão era um defeito objetivo do negócio, pois acontece mesmo que não tenha ocorrido artifício para enganar o lesado. Contudo, aproximou-a dos vícios do consentimento, sustentando não ser este perfeito, pois a intenção do lesado foi apenas concluir o negócio numa falsa suposição de que valia mais do que recebeu. Se conhecesse o real valor da coisa negociada, ou seja, que valia mais do que recebeu, sua vontade seria outra e o negócio não se realizaria.

A influência do Direito Canônico em seu pensamento se faz nítida quando defende que “não há lesão, nem por conseguinte iniquidade no contrato, senão quando o recebido é superior ao mais alto preço do que foi dado, ou inferior ao mais baixo preço dado”,¹⁰¹ numa admissão da classificação do preço justo – máximo, médio e ínfimo – formulada por aquele.

3.2.3 A Lesão na Legislação Estrangeira

3.2.3.1 França

Depois da Revolução Francesa (1789) instaurou-se uma liberdade contratual

⁹⁹ apud PEREIRA, 1994, p. 53.

¹⁰⁰ *La equidad, desde el punto de vista comercial, consiste en la igualdad, y así desde el momento que esta igualdad se siente herida y que uno de los contratantes da más que lo recibe, el contrato es vicioso, por cuanto peca contra la igualdad que en el mismo há de reinar.* (POTHIER, 1993, p. 29).

¹⁰¹ apud PEREIRA, 1994, p. 53.

decorrente do princípio maior da Liberdade apregoado naqueles tempos revolucionários. Fato interessante é que se abonou a usura nos contratos de empréstimo, fundamentado nas anteriores idéias de pensadores como Hugo Grotius,¹⁰² Turgot¹⁰³ e Jeremias Bentham.¹⁰⁴

Além disso, a crise econômica da revolução, em que a inflação atingiu proporções terríveis, trouxe incertezas em todos os negócios, eis que os preços variavam desmedidamente no intervalo de poucas horas, com o valor da moeda caindo vertiginosamente.

Somente a utilidade que se dava às mercadorias é que se poderia estimar seu preço em negócios de ocasião, mesmo assim com pouca segurança.

Em tal ambiente não se poderia sequer aventar a possibilidade de revisão contratual fundamentada na lesão. É por isso que a Lei de 14 Frutidor, de 31 de agosto de 1795, aboliu a ação de rescisão dos contratos lesivos e impôs a suspensão provisória dos processos pendentes.

Mas o instituto já estava arraigado nos costumes da época e na consciência nacional, razão pela qual dos anos depois, com a obtenção da estabilidade dos preços e controle da inflação, a edição da Lei de 3 Germinal revogou a suspensão provisória das ações de rescisão. Em 1798, a Lei de 19 Floreal, e em 1799, a Lei de 24 Prairial, determinaram os casos em que se podia pleitear e a forma de se caracterizar a lesão.

A Comissão de elaboração do Projeto de Código Civil Francês se dividiu quanto à manutenção ou não do instituto da lesão nos contratos. A palavra final foi do próprio Napoleão Bonaparte que decidiu por sua permanência, e também por outros dispositivos que levam a concluir que as noções canônicas do que era justo ainda exercia grande influência, apesar daqueles novos tempos.

No Código Civil Francês, também chamado de Napoleônico, a lesão aparece como vício de consentimento em seu art. 1118, que dispõe: “A lesão somente viciará os acordos em certos contratos ou em relação a certas pessoas, como se explicará na mesma seção”.¹⁰⁵ Entretanto, é certo que a lesão poderá ser reconhecida em qualquer contrato em que figure um menor como parte.

Mas o mesmo código apresenta uma seção especial que trata da rescisão da

¹⁰² Em seu *De Jure Pacis ac Belli*, escrito em 1625.

¹⁰³ Em sua *Memória sobre os empréstimos de dinheiro*, apresentada ao Conselho de Estado em 1679.

¹⁰⁴ Em sua *Défense de l'Usure*, de 1787.

¹⁰⁵ *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.*

venda por causa da lesão, que vai do art. 1674 ao 1685.¹⁰⁶ Neste primeiro artigo, o que denota grande importância é o quanto se caracteriza a lesão. Não mais como metade, mas 7/12 (sete doze avos) do valor do bem, sem possibilidade de renúncia expressa à rescisão no próprio contrato. A renúncia posterior, todavia, é válida. E, além disso, somente para bens imóveis, pois em se tratando de bens móveis, há mais facilidade de seu deslocamento e, assim, diminuem os riscos do vendedor ser lesado, podendo ir à procura de outras ofertas.

Para a caracterização da lesão em mais de 7/12 será necessário valorar o imóvel segundo seu estado e valor no momento do negócio. Para tanto, será apurado por três peritos que farão uma ata em comum, num único ditame e com a pluralidade de opiniões. A razão da fixação num patamar diferenciado do que se vinha praticando no Direito Romano e Canônico se encontra nas divergências existentes entre os defensores e os opositores da inserção do instituto neste Código. Através de concessões feitas como esta é que se aceitou o princípio da vedação dos contratos lesivos na ordem civil francesa.

Há o prazo preclusivo de dois anos para a demanda, que não será suspenso no caso da parte ser menor ou existir a cláusula de retrovenda.

A prova deve ser formulada em juízo e somente se admite sua presunção em

¹⁰⁶ Article 1674: *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.*

Article 1675: *Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente. En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation.*

Article 1676: *La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente. Ce délai court contre les femmes mariées et contre les absents, les majeurs en tutelle et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu. Ce délai court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte du rachat.*

Article 1677: *La preuve de la lésion ne pourra être admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seraient assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion.*

Article 1678: *Cette preuve ne pourra se faire que par un rapport de trois experts, qui seront tenus de dresser un seul procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix.*

Article 1679: *S'il y a des avis différents, le procès-verbal en contiendra les motifs, sans qu'il soit permis de faire connaître de quel avis chaque expert a été.*

Article 1680: *Les trois experts seront nommés d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous les trois conjointement.*

Article 1681: *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. Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur.*

Article 1682: *Si l'acquéreur préfère garder la chose en fournissant le supplément réglé par l'article précédent, il doit l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision. S'il préfère la rendre et recevoir le prix, il rend les fruits du jour de la demande. L'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la même demande, ou du jour du paiement, s'il n'a touché aucuns fruits.*

Article 1683: *La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur.*

Article 1684: *Elle n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice.*

Article 1685: *Les règles expliquées dans la section précédente pour les cas où plusieurs ont vendu conjointement ou séparément, et pour celui où le vendeur ou l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, sont pareillement observées pour l'exercice de l'action en rescision.*

casos muito graves ou flagrantes.

Sendo admitida a ação rescisória, poderá o credor optar em devolver a coisa e receber o que por ela pagou ou complementar o *justo preço* com a diminuição da décima parte do valor total. Igual direito cabe ao terceiro adquirente da coisa, sem prejuízo de sua garantia contra o vendedor. O fundamento para este décimo é o *lucro lícito* em que o comprador pode buscar na aquisição e do qual não deve ser privado, além de representar o benefício que uma parte pode honestamente retirar de um contrato oneroso. Contudo, critica-se este dispositivo no Código francês por conduzir a uma limitação do lucro, no sentido de que se poderia interpretar como todo lucro maior de dez por cento ser ilícito ou desonesto.

Não se admite que o comprador invoque a lesão, somente o vendedor. A justificativa para esta impossibilidade é a de que se aquele pagou caro foi porque quis fazê-lo, pois a seus olhos a coisa realmente o valia, além do que não era obrigado a comprar. Fundamenta-se esta rescisão na presunção de necessidade de dinheiro que não se pode encontrar da parte do comprador. Em relação ao vendedor, premido pela necessidade, lhe falta o livre consentimento, sendo vítima de uma espécie de *violência moral* que a lei presume. O vício não se encontra na desproporção dos valores do justo preço e do que foi pago, mas na ausência de liberdade.

As vendas judiciais também não são passíveis de impugnação porque contam com a publicidade e a concorrência, desde que não haja vícios no processo e este se dê com regularidade.

Ademais, não é cabível a rescisão por causa de lesão se o contrato for de permuta e nem é possível impugnar as transações judiciais pelo motivo lesivo (arts. 1706 e 2052, respectivamente, do Código Civil Francês).¹⁰⁷

Admite-se, contudo, a lesão em quaisquer contratos celebrados por menores, desde que estes sejam os prejudicados.

3.2.3.2 Alemanha

O Código Civil Alemão, de 1896, apresentou um único dispositivo que contém o princípio geral da rescisão dos contratos lesivos, que é o § 138, cujo texto traduzido é:

¹⁰⁷ Article 1706: *La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange.*

Article 2052: *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.*

Um negócio que atente contra os bons costumes é nulo. É em especial nulo um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando a necessidade, a afoiteza ou a inexperiencia de outro, prometa ou procure para si ou para um terceiro, em troca de uma prestação, vantagens patrimoniais que sobressaiam de tal forma o valor da prestação que, segundo as circunstancias, estejam em manifesta desproporção com dita prestação.¹⁰⁸

Desta forma, com vistas à proteção do contratante necessitado, imprudente ou inexperiente, a lei civil germânica declara nulo todo contrato em que a outra parte se aproveita desta situação ou circunstância de inferioridade, tirando para si ou para outrem uma vantagem pecuniária que exceda evidentemente da contraprestação recebida.

Como se denota, este artigo apresenta uma fórmula objetivo-subjetiva, que exige concomitantemente três elementos próprios, a saber: a desproporção, o aproveitamento e uma situação de inferioridade da vítima, prevendo três possíveis estados que lhe permitem intentar a ação: necessidade, astúcia ou inexperiência.

Este dispositivo proveio da generalização do preceito punitivo da usura subjetiva contido na Lei federal de 24 de maio de 1880 e 19 de junho de 1893. [...] A usura não resulta forçosamente da só elevação da taxa de juros, porém da prova de que essa elevação provém de uma exploração da miséria, da idade ou da fraqueza de quem a suportou. Pela Lei de 1893, este sistema foi estendido, não apenas aos contratos de crédito, porém mesmo aos à vista, “o que algumas vezes se chamou usura real, resultante da desproporção das prestações fornecidas.” Mas o caráter da iliceidade decorria da profissão ou habitualidade. O art. 138 instituiu o princípio, segundo o qual um só ato com estes característicos é reputado contrário aos bons costumes (PEREIRA, 1994, p. 71).

Assim como o alemão, os códigos suíço e polonês não tarifaram o valor limite, girando o vício em torno do elemento subjetivo do aproveitamento da situação de inferioridade em que se acha a parte lesada.

3.2.3.3 Itália

O Código Civil Italiano de 1865 teve muita influência do Código Napoleônico, porém com algumas diferenças teóricas acerca especificamente da rescisão contratual por lesão. O que distinguia a lesão da coação é que aquele vício do consentimento

¹⁰⁸ *Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo.*

Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación que, según las circunstancias, estén en manifiesta desproporción con dicha prestación (INFANTE, 1955, p. 27).

não partia do comprador, mas das necessidades do vendedor. A lei excluía o benefício ao comprador devido a uma comiserção pelo mais fraco que, vendendo sua propriedade, se empobrecia. O comprador não encontrava paralelo, pois aumentava seu patrimônio com a aquisição de bens. A renúncia não era admitida, ainda que posterior ao contrato.

Com o Código Civil de 1941, a lesão nos contratos ganha novos ares e se reformula em relação ao anterior, recebendo sua roupagem entre os arts. 1448 e 1452.

A disposição geral da ação de rescisão por lesão encontra morada no art. 1448, que traz a seguinte redação:

Art. 1448 Ação geral de rescisão por lesão.

Se há desproporção entre a prestação (art. 166) de uma parte e aquela da outra, e a desproporção é devida pelo estado de conhecimento de uma parte, do qual a outra se aproveitou por lhe ser vantajoso, a parte lesionada pode demandar a rescisão do contrato.

A ação não é admissível se a lesão não excede à metade do valor que prestação exigida ou promessa da parte lesionada havida ao tempo do contrato.

A lesão deve perdurar até o tempo em que a demanda é proposta.

Não podem ser rescindidos por causa de lesão os contratos aleatórios (1934, 1970).

São excetuadas as disposições acerca da rescisão da partilha (761 e seguintes).¹⁰⁹

De observar que a taxa de lesão é a metade do valor e abrange todos os contratos, salvo alguns que serão descritos no parágrafo seguinte. Para isso, tais contratos devem ter prestação em que uma das partes esteja em desproporção com a outra decorrente da vantagem de aproveitamento de seu *stato di bisogno*, ou seja, um dos seus requisitos é o aproveitar-se de uma situação em que se tem prévio conhecimento.

Este texto legal italiano apresenta, como se percebe, uma exceção à possibilidade de rescisão motivada na lesão contratual, ou seja, os contratos aleatórios. Demais disto, outras duas exceções também são previstas no Código Civil da Itália: as impugnações à transação e à venda forçada, neste sentido:

¹⁰⁹ Art. 1448 *Azione generale di rescissione per lesione*

Se vi è sproporzione tra la prestazione (art.166) 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.

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.

La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.

Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori (1934, 1970).

Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione (761 e seguenti).

Art. 1970 Lesão

A transação não pode ser impugnada por causa de lesão (1447 e seguintes).

Art. 2922 Vícios da coisa. Lesão

Na venda forçada não é cabível a alegação de garantia por vícios da coisa (1490).

Essa não pode ser impugnada por causa da lesão (1448).¹¹⁰

Ainda pelo art. 1448 do Código Civil Italiano, deve a parte lesada provar, na demanda, o conhecimento que a outra parte tinha de seu estado de necessidade no momento da celebração do negócio, mas não necessita provar o propósito de lhe prejudicar, ou seja, o dolo de aproveitamento. Adota, assim, o elemento subjetivo (conhecimento da necessidade do lesado) cumulado com o objetivo (desproporção dos valores).

Uma inovação trazida é a de que o lesado deve demonstrar também que a desproporção de valores se dá desde o momento do contrato e perdura até o da propositura da ação, pois se posteriormente haveria uma desvalorização do objeto, apenas ocorreria uma antecipação do mesmo e de nada adiantaria sua rescisão, tornando-a iníqua. Serviu, portanto, de inspiração à redação do § 1º do art. 157 do Código Civil Brasileiro de 2002.¹¹¹

Acerca da prescrição, o art. 1449 da *Lex Italiana* a reduz para um ano e não pode ser oposta por via de exceção quando já estiver prescrita, nos seguintes termos:

A ação de rescisão se prescreve em um ano da conclusão do contrato; mas se o fato constitui-se delito, se aplica a última parte do art. 2947. A rescindibilidade do contrato não pode ser oposta em via de exceção quando a ação estiver prescrita.¹¹²

O art. 1450 do Código Civil Italiano permite ao favorecido completar o justo preço, evitando a rescisão, oferecendo quantia suficiente para reconduzi-lo à equidade (Oferta de modificação do contrato: O contraente contra o qual é demandada a rescisão pode evitá-la oferecendo uma modificação do contrato suficiente para reconduzi-lo à equidade).¹¹³

¹¹⁰ Art. 1970 *Lesione*

La transazione non può essere impugnata per causa di lesione (1447 e seguenti).

Art. 2922 *Vizi della cosa. Lesione*

Nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per i vizi della cosa (1490).

Essa non può essere impugnata per causa di lesione (1448).

¹¹¹ Art. 157 (...) § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

¹¹² Art. 1449. *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. La rescindibilità del contratto non può essere opposta in via di eccezione quando l'azione è prescritta.*

¹¹³ Art. 1450 *Offerta di modificazione del contratto: Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità.*

Aqui se percebe, destarte, a inspiração do § 2º do art. 157 do Código Civil Brasileiro de 2002.¹¹⁴

Interessante modificação é trazida quanto à impossibilidade de renúncia, eis que o contrato rescindível não pode ser convalidado, tal como sustenta o art. 1451.¹¹⁵ Note-se que se o convalhecimento fosse admitido, o seria por parte do lesado e a modificação caberia à parte que levou a vantagem.

Ademais, terceiros adquirentes não serão prejudicados pela rescisão do contrato, salvo se houver a transcrição da mesma nos registros públicos pertinentes.¹¹⁶

3.2.3.4 Espanha

Entrando em vigor em 1889, o Código Civil Espanhol apresenta dez artigos que tratam da rescisão dos contratos.¹¹⁷ Seus doutrinadores saúdam o Código pela distinção

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Art. 1451 *Il contratto rescindibile non può essere convalidato.*

¹¹⁶ Art. 1452 *Effetti della rescissione rispetto ai terzi: La rescissione del contratto non pregiudica i diritti acquistati dai terzi (1757), salvi gli effetti della trascrizione della domanda di rescissione (2652).*

¹¹⁷ Art. 1.290. *Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley.*

Art. 1.291. *Son rescindibles:*

1º. *Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos.*

2º. *Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.*

3º. *Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.*

4º. *Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.*

5º. *Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley.*

Art. 1.292. *Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos.*

Art. 1.293. *Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1º y 2º del artículo 1.291.*

Art. 1.294. *La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.*

Art. 1.295. *La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.*

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

Art. 1.296. *La rescisión de que trata el número 2º del artículo 1.291, no tendrá lugar respecto de los contratos celebrados con autorización judicial.*

Art. 1.297. *Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.*

También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.

Art. 1.298. *El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá*

legal que faz entre a rescisão e a nulidade.¹¹⁸ Por mais formais que às vezes confundem seus efeitos, a nulidade se refere à falta de algum requisito necessário à sua formação e a rescindibilidade se sustenta em princípios universais de equidade.

O art. 1293 é claro ao dispor que “nenhum contrato se rescindiré por lesão, salvo os casos mencionados nos números 1º e 2º do artigo 1291”. E estes dispositivos possuem a seguinte redação:

Art. 1.291. São rescindíveis:

1º. Os contratos celebrados pelos tutores sem autorização judicial, sempre que as pessoas a quem representam sofram lesão em mais da quarta parte do valor das coisas que foram objeto daqueles.

2º. Os celebrados em representação dos ausentes, sempre que estes sofrerem a lesão a que se refere o número anterior.

Como é evidente, não se trata do instituto da lesão em si, mas se aproxima em muito do instituto romano já estudado da *restitutio in integrum*, com a peculiaridade de que se dá em favor dos incapazes e ausentes.

O que chama a atenção, entretanto, mesmo que não prevista a lesão nesta codificação, é o art. 1295, acerca da (im)possibilidade de devolução das coisas negociadas e do respeito à aquisição delas com boa-fé por parte de terceiros. Eis sua disposição:

Art. 1.295. A rescisão obriga à devolução das coisas que foram objeto do contrato com seus frutos, e do preço com seus interesses; em consequência, só poderá levar-se a efeito quando o que se pretendeu possa devolver aquilo a que por sua parte estivesse obrigado.

Tampouco terá lugar a rescisão quando as coisas, objeto do contrato, se encontrarem legalmente em poder de terceiras pessoas que não procederam de má-fé.

Neste caso poderá reclamar-se a indenização de prejuízos ao causador da lesão.

Por sua vez, o art. 1300 (cujo efeito tem a previsão de anulação e não de rescindibilidade) dispõe que “os contratos em que concorram os requisitos que expressa o artigo 1261 podem ser anulados, ainda que não haja lesão para os contratantes, sempre que

indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas.

Art. 1.299. *La acción para pedir la rescisión dura cuatro años.*

Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos.

¹¹⁸ Dentre eles, veja-se DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil - vol. I*. Madri: Tecnos, 1994, e PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil. Tomo I. Volúmen II.- Derecho General de las Obligaciones*. Barcelona-ES: Bosch, 1988.

adoçam de alguns dos vícios que os invalidam com ordem à lei”.¹¹⁹ Neste termo *lesão* o que se depreende também não é o instituto da lesão nos contratos, mas um sinônimo de prejuízo ao contratante.

O legislador espanhol optou, portanto, em fazer prevalecer mais a liberdade contratual do que a equidade no momento da formação dos contratos, mas não se quer com isso defender que o código hispânico não dá a devida importância a este princípio contratual. A deferência a este princípio em todo o ordenamento espanhol não pode ser compreendida apenas pelo fato de seu Código Civil possuir uma redação muito aquém de outras legislações em relação à técnica de redação legislativa.¹²⁰

3.2.3.5 Portugal

Dois artigos mencionam a lesão no Código Civil Português, sendo eles:

ARTIGO 340º (Consentimento do lesado)

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.
2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.
3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

ARTIGO 487º (Culpa)

1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.
2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

Como se percebe, a lesão aí esculpida é sinônima de prejuízo ou dano, não prevendo o instituto da lesão enorme nos contratos em seu Código Civil, aparentemente. Contudo, sobre a rubrica dos *negócios usurários*, no art. 282º, tem-se a seguinte disposição, com nítida influência do direito alemão:

¹¹⁹ Art. 1.261. *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

1º. Consentimiento de los contratantes.

2º. Objeto cierto que sea materia del contrato.

3º. Causa de la obligación que se establezca.

¹²⁰ Este estudo não teve como objetivo o aprofundamento da ocorrência do instituto lesivo em todo o ordenamento jurídico dos países ora analisados. Visou-se apenas uma pesquisa em seus Códigos Civis.

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.

Observa-se nesta disposição o acréscimo de três hipóteses subjetivas do estado do prejudicado: dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, além daquelas outras constantes no direito alemão. Outro aspecto inovador, é que o benefício não necessita ser para si, mas também ou tão somente para outrem.

O legislador português não traz aqui a expressão *prestação manifestamente desproporcional*, tão comum nos demais códigos, como o brasileiro, mas a expressão *benefícios excessivos ou injustificados*, o que merece aplausos, pois importa não apenas a desproporção da prestação principal, mas também das acessórias, como um excesso de prazo ou cláusulas penais elevadas, por exemplo.

Além disso, não é necessário que se mencione expressamente o termo lesão para se vislumbrar a sua configuração ante seus elementos que foram apresentados e difundidos pelo direito germânico. Esta tendência também é encontrada na codificação civil de vários países latinos, como se verá.

Acerca da usura, ainda determina seu art. 1146º que:

1. É havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real.
2. É havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição de empréstimo, relativamente ao tempo de mora, mais do que o correspondente a 7% ou a 9% acima dos juros legais, conforme exista ou não garantia real.
3. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes.
4. O respeito dos limites máximos referidos neste artigo não obsta à aplicabilidade dos artigos 282º a 284º.

Ainda sobre a lesão ocorrida pela usura, poderá o lesado requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade que deverão ser extensivamente abordados e comprovados na ação competente, com o complemento de uma atividade interpretativa particular do magistrado, caso a caso, utilizando de seu bom senso, prudência e experiência. Como se percebe, o art. 283º¹²¹ não apresenta novidade ao que até aqui foi

¹²¹ ARTIGO 283º (Modificação dos negócios usurários)

1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade.

abordado. Entretanto, o art. 284^{o122} trata de efeitos da responsabilidade civil decorrentes da configuração criminal da usura.

3.2.3.6 Países Latino-Americanos

Neste tópico se analisarão vários Códigos Civis de alguns países da América Latina. Não se analisarão todos por mera discricionariedade acadêmica. Assim, o Código Civil Chileno prevê a lesão e sua rescindibilidade expressamente entre os seus arts. 1888 e 1896,¹²³ quando trata da *rescisión da venda por lesão enorme*. Destaca-se o contido no art. 1889, com a seguinte redação:

Art. 1889. O vendedor sofre lesão enorme quando o preço que recebe é inferior à metade do justo preço da coisa que vende; e o comprador, por sua vez, sofre lesão enorme quando o justo preço da coisa que compra é inferior à metade do preço que paga por ela.
O justo preço se refere ao tempo do contrato.

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.

¹²² *ARTIGO 284º (Usura criminosa)*

Quando o negócio usurário constituir crime, o prazo para o exercício do direito de anulação ou modificação não termina enquanto o crime não prescrever; e, se a responsabilidade criminal se extinguir por causa diferente da prescrição ou no juízo penal for proferida sentença que transite em julgado, aquele prazo conta-se da data da extinção da responsabilidade criminal ou daquela em que a sentença transitar em julgado, salvo se houver de contar-se a partir de momento posterior, por força do disposto no n° 1 do artigo 287º.

¹²³ *Art. 1888. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme.*

Art. 1889. El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Art. 1890. El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

Art. 1891. No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia.

Art. 1892. Si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación; y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, se tendrá esta cláusula por no escrita.

Art. 1893. Perdida la cosa en poder del comprador no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato.

Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella; pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte.

Art. 1894. El vendedor no podrá pedir cosa alguna en razón de los deterioros que haya sufrido la cosa; excepto en cuanto el comprador se hubiere aprovechado de ellos.

Art. 1895. El comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella.

Art. 1896. La acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha del contrato.

Percebe-se claramente que se filia às características da lesão no direito canônico, com um limite de metade do valor real ou justo preço do objeto, mas com a novidade de estender o instituto ao comprador.

Assim o fazendo, consolida o princípio da equivalência relativa das prestações.

Pelo art. 1890 se evidencia também a influência do direito napoleônico no que tange à reserva da décima parte como uma espécie de *legítimo lucro* na atividade ou ato negocial. Como estendeu o benefício ao credor, sua redação também contemplou o lucro ao vendedor, neste sentido:

Art. 1890. O comprador contra quem se pronuncia a rescisão poderá, a seu arbítrio, consentir nela, ou completar o justo preço com dedução de uma décima parte; e o vendedor, no mesmo caso, poderá, a seu arbítrio, consentir na rescisão, ou restituir o excesso do preço recebido sobre o justo preço aumentado na décima parte. Não se deverão interesses ou frutos senão desde a data da demanda, nem poderá se pedir coisa alguma em razão das expensas ocasionadas pelo contrato.

O art. 1895 contempla a hipótese de se o comprador do bem tiver de restituí-lo o deverá fazê-lo desonerado de hipotecas ou outros direitos reais constituídos a partir do negócio. Ademais, este Código trata de várias questões analisadas e desenvolvidas no decorrer da evolução do instituto.

Contudo, limita-se a bens imóveis, vez que o art. 1891 é expresso neste sentido: “Não haverá ação rescisória por lesão enorme nas vendas de bens móveis, nem naquelas feitas pelo Ministério da Justiça”.

O instituto da lesão é disposto no Código Civil do Chile como vício objetivo. Como assinala Alessandrini, “por nossa parte, também acreditamos que a lesão constitui em nosso Direito um vício objetivo, já que para sancioná-lo basta demonstrar com a desproporção das prestações assinaladas na lei”.¹²⁴ Mas não é somente nos casos de compra e venda que a lesão ocorre no Código Civil Chileno.

As mesmas regras se aplicam nos casos de permuta,¹²⁵ aceitação de

¹²⁴ [...] Por nuestra parte, también creemos que la lesión constituye en nuestro Derecho un vicio objetivo, ya que para sancionarlo basta desmonstrar con la desproporción de las prestaciones señaladas en la ley (ALESSANDRINI et al, 2005, p. 245).

¹²⁵ Art. 1900. Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio.

herança,¹²⁶ partição de bens,¹²⁷ mútuo,¹²⁸ anticrese¹²⁹ e cláusula penal.¹³⁰

Com uma nítida influência do direito alemão, o Código Civil Argentino, tal como o código português, não menciona expressamente o termo *lesão*, mas se constata sua configuração no art. 954, com a seguinte redação:

Também poderá demandar-se a nulidade ou a modificação dos atos jurídicos quando uma das partes, explorando a necessidade, afoiteza ou inexperiência da outra, obtenha por meio deles uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcionada e sem justificação.

Presume-se, salvo prova em contrário, que existe exploração no caso de notável desproporção das prestações.

Os cálculos deverão ser feitos segundo valores ao tempo do ato e a desproporção deverá subsistir no momento da demanda. Somente o lesionado ou seus herdeiros poderão exercer a ação cuja prescrição se operará aos cinco anos de outorgado o ato.

O autor tem opção para demandar a nulidade ou um reajuste equitativo do convenio, mas a primeira destas ações se transformará em ação de reajuste se este for oferecido pelo demandado ao contestar a demanda.¹³¹

¹²⁶ Art. 1234. *La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla.*

Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes.

Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad.

¹²⁷ Art. 1348. *Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.*

La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota.

¹²⁸ Art. 2206. *El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente.*

¹²⁹ Art. 2443. *Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores.*

Los intereses que estipularen estarán sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso de mutuo.

¹³⁰ Art. 1544. *Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.*

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

¹³¹ Art. 895. *También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la 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.

Aqui existem dois elementos subjetivos: primeiro a situação de inferioridade da vítima; segundo, atitude ilícita do beneficiário do ato, que explora a situação de inferioridade da outra parte. Os critérios objetivos são cumulativos: uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcional e que não haja justificativa para tanto.

De observar que a inovação desta normativa é a previsão expressa de que não apenas o lesado, mas também seus herdeiros poderão exercer o direito propondo a ação, que tem um prazo prescricional de cinco anos.

O Código Civil Paraguuaio, por sua vez, embora mais novo que o argentino, não apresenta significativas mudanças, sendo basicamente uma compilação resumida do dispositivo, nestes termos:

Art. 671.- Se um dos contratantes obtém uma vantagem manifestamente injustificada, desproporcionada com a que recebe o outro, explorando a necessidade, a afoiteza ou a inexperiência deste, poderá o lesionado, dentro de dois anos, demandar a nulidade do contrato ou sua modificação equitativa. A notável desproporção entre as prestações faz presumir a exploração, salvo prova em contrário.

O demandado poderá evitar a nulidade oferecendo essa modificação, que será judicialmente estabelecida, tomando em conta as circunstâncias ao tempo do contrato e de sua modificação.¹³²

A Bolívia possui um Código Civil que dá à rescisão do contrato por lesão um capítulo especial (Capítulo IX, do Título I da Segunda Parte) junto com o estado de perigo, subdividindo-o em três seções: uma direcionada a este, outra à lesão em si, e outra seção com disposições comuns. O art. 561 traz disposição que lembra aquela que se encontra no art. 157 do Código Civil Brasileiro, apresentando o termo *premente necessidade*, neste sentido:

Art. 561. (RESCISÃO DO CONTRATO POR EFEITO DA LESÃO)

I. A demanda da parte prejudicada é rescindível pelo contrato no qual seja manifestamente desproporcional a diferença entre a prestação de referida parte e a contra-prestação da outra, sempre que a lesão resultar de saber-se explorado as necessidades apressadas, a afoiteza ou a ignorância da parte prejudicada.

¹³² Art.671.- Si uno de los contratantes obtiene un ventaja manifestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación.

II. A ação rescisória só será admissível se a lesão excede à metade do valor da prestação executada ou prometida. (Arts. 413, 563, 1277, 1278 do Código Civil).¹³³

O artigo boliviano subsequente apresenta um rol de contratos que não são abrangidos pela rescisão por lesão, a saber:

Art. 562.- (CONTRATOS EXCLUIDOS DO REGIME DA LESÃO).

Ficam excluídos do regime da lesão:

- 1) Os contratos a título gratuito.
- 2) Os contratos aleatórios.
- 3) A transação.
- 4) As vendas judiciais, tanto forçadas como voluntárias.
- 5) Os demais casos expressamente assinalados pela lei.¹³⁴

O prejuízo, que tem de exceder à metade do valor da prestação executada ou prometida, conforme preceituou o art. 561, I, deve ser configurado no momento da conclusão do contrato, salvo no caso de se tratar de contrato preliminar, que deverá se apreciar no dia que se celebre o contrato definitivo, tal como determina o art. 563:

Art. 563.- (PREJUÍZO RESULTANTE NO MOMENTO DA CONCLUSÃO DO CONTRATO; EXCEÇÃO).

I. Para apreciar a lesão se terá em conta o prejuízo resultante no momento da conclusão do contrato.

II. Se excetua o contrato preliminar no qual a lesão se apreciará no dia em que se celebre o contrato definitivo.¹³⁵

Acerca das disposições comuns com a rescisão do contrato decorrente da celebração em estado de perigo, a prescrição ocorre em dois anos contados da conclusão do

¹³³ Art. 561.- (RECISION DEL CONTRATO POR EFECTO DE LA LESION).

I. A demanda de la parte perjudicada es rescindible el contrato en el cual sea manifiestamente desproporcionada la diferencia entre la prestación de dicha parte y la contra-prestación de la otra, siempre que la lesión resultare de haberse explotado las necesidades apremiantes, la ligereza o la ignorancia de la parte perjudicada.

II. La acción rescisoria sólo será admisible si la lesión excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida. (Arts. 413, 563, 1277, 1278 del Código Civil).

¹³⁴ Art. 562.- (CONTRATOS EXCLUIDOS DEL REGIMEN DE LA LESION).

Quedan excluidos del régimen de la lesion:

- 1) Los contratos a título gratuito.
- 2) Los contratos aleatorios.
- 3) La transacción.
- 4) Las ventas judiciales, tanto forzosas como voluntarias.
- 5) Los demás casos expresamente señalados por la ley.

¹³⁵ Art. 563.- (PERJUICIO RESULTANTE EN EL MOMENTO DE LA CONCLUSION DEL CONTRATO; EXCEPCION).

I. Para apreciar la lesión se tendrá en cuenta el perjuicio resultante en el momento de la conclusión del contrato.

II. Se exceptúa el contrato preliminar en el cual la lesión se apreciará en el día en que se celebre el contrato definitivo.

contrato (art. 564), a renúncia antecipada e a doação do excesso são considerados inválidos (art. 566), assim como não tem valor a confirmação posterior do contrato rescindível (art. 567).¹³⁶

A opção do demandado em modificar o contrato, oferecendo condições equitativas a juízo do magistrado bem como a garantia de terceiros adquirentes do bem por boa-fé, salvo se existente o registro da demanda no cartório competente é encontrada no art. 565, nestes termos:

Art. 565.- (FACULDADE CONFERIDA AO DEMANDADO E AOS TERCEIROS).

I. O demandado na rescisão pode se oferecer a modificar o contrato, antes da sentença, em condições que ao juiz sejam equitativas.

II. Depois que a sentença rescisória transite julgado, o demandado tem a faculdade de devolver a coisa recuperando a prestação que fez mais os gastos de transferência, ou de conservá-la satisfazendo o resto do valor.

III. Excetua-se os direitos de terceiros de boa-fé, exceto a inscrição anterior da demanda rescisória no registro. (Arts. 454, 1552 do Código Civil).¹³⁷

Maior repugnância à lesão nos contratos é encontrada no Código Civil Mexicano, pois disponibiliza ao lesado o direito de escolha entre pedir a nulidade do contrato ou a redução equitativa de sua obrigação, mais o pagamento dos correspondentes danos e prejuízos. Eis sua determinação:

Art. 17. Quando alguém, explorando a suma ignorância, notória inexperiência ou extrema miséria de outrem, obtém um lucro excessivo que seja evidentemente desproporcionado ao que ele por sua parte se obriga, o prejudicado tem direito a escolher entre pedir a nulidade do contrato ou a redução equitativa de sua obrigação, mais o pagamento dos correspondentes danos e prejuízos.

¹³⁶ Art. 564.- (PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LA EXCEPCIÓN RESCISORIAS).

I. La acción rescisoria prescribe en el plazo de dos años contados desde el momento en que se concluyó el contrato. (Arts. 1277, 1492, 1507 del Código Civil)

II. La excepción rescisoria prescribe en el mismo plazo y al mismo tiempo que la acción rescisoria.

Art. 566.- (INVALIDEZ DE LA RENUNCIA ANTICIPADA DE LA ACCIÓN RESCISORIA).

No tiene ninguna validez la renuncia anticipada a la acción rescisoria. Tampoco tiene valor la declaración que haga en el contrato una de las partes expresando su voluntad de donar la diferencia en el valor de la prestación hecha por su parte, salva prueba contraria.

Art. 567.-. (INADMISIBILIDAD DE LA CONFIRMACIÓN). No puede ser confirmado el contrato rescindible.

¹³⁷ Art. 565.- (FACULTAD CONFERIDA AL DEMANDADO Y A LOS TERCEROS).

I. El demandado de rescisión puede determinar el juicio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que a juicio del juez sean equitativas.

II. Después que la sentencia rescisoria ha pasado en autoridad de cosa juzgada, el demandado tiene la elección de devolver la cosa recuperando la prestación que hizo más los gastos de transferencia. o de conservarla satisfaciendo el resto del valor.

III. Se salvan los derechos de terceros de buena fe, excepto la inscripción anterior de la demanda rescisoria en el registro. (Arts. 454, 1552 del Código Civil).

O direito concedido neste artigo dura um ano.¹³⁸

Como se percebe, ao mesmo tempo que suas conseqüências são maiores, se assim configurada a lesão, para que ela ocorra é mister o reconhecimento de elementos subjetivos mais flagrantes: suma ignorância, notória inexperiência ou extrema miséria do prejudicado.

Finalmente, o Código Civil do Uruguai é considerado o *patinho feio* sobre a previsão do instituto da lesão no seu Código Civil, pois expressamente afasta a lesão como causa de rescindibilidade ou anulabilidade dos negócios ou vício de consentimento, neste sentido: “Art. 1277. A lesão por si só não vicia os contratos. Não pode, pois, a lesão servir de fundamento a restituição *in integrum* alguma”.¹³⁹ Aqui também se constata um flagrante equívoco do legislador uruguaio em confundir o instituto da lesão com o da restituição *in integrum*, já analisados quando estudado o Direito Romano.

3.2.4 Da lesão nas Ordenações até o Código Civil de 1916

As Ordenações Filipinas¹⁴⁰ seguiram basicamente o mesmo texto das Manuelinas e das Alfonsinas, com pequenas alterações acerca do instituto lesivo. O Código Filipino trouxe, no Livro IV, Título 13, disposições acerca *do que quer desfazer a venda, por ser enganado em mais da metade do justo preço*. A lesão era apresentada como filha da equidade em que o legislador de então tinha em mente uma realização de justiça, com nítida influência romano-canônica. O fundamento da rescisão do ato não seria, então, o vício do consentimento, mas a equidade.

Como não poderia deixar de ser, possuía apenas elementos objetivos, eis que se levava em consideração apenas aquilo em que uma das partes não recebesse, num contrato comutativo, o equivalente daquilo que desse. Não se queria com isso, contudo, alegar que qualquer venda poderia ser rescindida pela lesão, pois o vendedor poderia ter sido enganado na compra que fez, por sua “simpleza”, ou o comprador poderia ter feito na coisa

¹³⁸ *Artículo 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que el por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reduccion equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes danos y perjuicios.*

El derecho concedido en este artículo dura un año.

¹³⁹ *Art. 1277. La lesión por sí sola no vicia los contratos.*

No puede, pues, la lesión servir de fundamento a restitución in integrum alguna; sin perjuicio de lo dispuesto sobre la nulidad en el Capítulo VII del Título III de este Libro.

¹⁴⁰ A importância de sua inserção neste trabalho se dá pelo fato das mesmas terem vigido neste país durante o período colonial e também permaneceu em vigor após a Independência do Brasil.

benfeitorias que a tivessem melhorado e conseqüentemente aumentado seu valor. Por causa da primeira hipótese, estas ordenações abrangiam tanto o alienante como o adquirente.

Naquele período, o benefício da rescisão dos contratos decorrente da lesão não alcançava aqueles acordos em que o objeto era duvidoso ou dependente de eventualidades, considerando-se que os bens e os direitos poderiam ser controvertidos ou litigiosos e se impossível de se encontrar precisamente o verdadeiro valor. Era assim nos contratos de empreitada ou naqueles em que o objeto era uma prestação de fazer.

As Ordenações Filipinas também repugnavam a usura, tanto que no Livro IV, Título 67, denominado de *contratos usurários*, a mesma era combatida com a pena de perda de todo o principal, além do degredo por dois anos para a África, dobrada na reincidência. Percebe-se aí mais uma influência canônica na legislação vigente à época. Esta proibição vigorou no Brasil até 1832, quando se proclamou a liberdade contratual numa lei de 24 de outubro daquele ano, em que “o juro ou prêmio, de qualquer espécie, será aquele que as partes convencionarem” (art. 1º).¹⁴¹

Na época imperial, a lesão nos contratos de compra e venda foi mantida na *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas, em seu art. 359, com a manutenção do entendimento exposto nas Ordenações.¹⁴² Repetindo tais princípios, Carlos Augusto de Carvalho, na *Nova Consolidação das Leis Civis*, desta vez na época republicana, em 1899, tratou do instituto nos art. 1071 a 1077.

Com o advento de um Estado Liberal de Direito, em que se dava primazia à liberdade contratual com o seu princípio máximo do *pacta sunt servanda*, a autonomia da vontade deteve uma maior atenção e prioridade legislativa, estando em voga naquele tempo. Assim, o instituto da lesão teve um início de declínio. Primeiro, com o Código Comercial, de 25 de junho de 1850, que no seu art. 220 dispunha: “A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”. Esta disposição vigorou até ser revogada pelo Código Civil de 2002.

¹⁴¹ Infelizmente, Caio Mário da Silva Pereira (1994, p. 89), que traz a lume esta informação, não apresenta o número da lei para sua constatação.

¹⁴² Segundo Ruy Rosado de Aguiar, “em 24 de dezembro de 1858, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Civis. Muito embora não tivesse sido submetido ao Parlamento, sendo discutível estivesse o Imperador autorizado a aprová-lo como texto legal, a verdade é que o diploma de Teixeira de Freitas passou a funcionar como tal, seja porque afinal fora aprovado pelo Governo Imperial, seja pela autoridade do seu organizador, seja pela facilidade que trouxe aos operadores do foro, agora dispensados de recorrer à legislação esparsa.” (*in* http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/PREF%C3%81CIO.%20CONSOLIDA%C3%87%C3%83O%20DAS%20LEIS%20CIVIS%20DE%20AUGUSTO%20TEIXEIRA%20DE%20FREITAS.%20HIST%C3%93RIA%20DO%20DIREITO%20BRASILEIRO.%20SUPERIOR%20TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C3%87A.%20SENADO%20FEDERAL%202003.doc. Acesso em 27.04.2009).

Para o pensamento da época, os comerciantes tinham uma malícia que era normal e que fazia parte dos negócios, pois a venda e a compra eram sua fonte de rendimentos. Daí esta atividade não se coadunar com o benefício da rescisão por lesão, eis que da essência da atividade comercial a especulação com o fim de lucro e a segurança da vida mercantil desapareceria em torno de qualquer venda reputada lucrativa, indagando-se a proporcionalidade das prestações.

Posteriormente, o próprio Teixeira de Freitas, em seu *Esboço*, publicado em 1860 repeliu o instituto, ao defender, no art. 1869, que “a lesão, por si só, não vicia os contratos”. Sem dúvida, esta foi uma das influências do Código Civil Uruguaio, de 1868.

Partilhando desta tendência oitocentista, a principiologia adotada na elaboração do Código Civil de 1916, enfatizando o exacerbado individualismo, primando pela autonomia da vontade em sua forma livre, e num ambiente eminentemente rural, se aboliu da codificação civil a rescisão contratual pautada na lesão.

Dominava a ideia de que a igualdade civil estaria assegurada definitivamente, e ponderando que a facilidade cada vez maior da comunicação e o desenvolvimento industrial colocaria o vendedor na posição de escolher o melhor momento da venda. Com isso se defendia a segurança e estabilidade das transações que deviam ser entregues à lei da oferta e da procura.

3.2.5 Evolução e Desenvolvimento da Lesão Contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro até o Código Civil de 2002.

Como analisado, o Código Civil de 1916 foi o resultado de um pensamento individualista na esteira da corrente do raciocínio apregoadado pelo Estado Liberal, dando importância mais à formação do contrato, com vistas à liberdade e autonomia contratual. Esta teoria impregnou o modo de pensar da doutrina e jurisprudência durante certo e muito tempo (quicá até hoje), fazendo com que a rescindibilidade contratual pela lesão perdesse espaço no meio legal.

Não demorou muito para que se percebesse que esta concepção não se preocupava com a Justiça Social e, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, começou o fenômeno da descodificação, como também já aventado anteriormente. Mas esta movimentação legislativa começou a tomar corpo com a edição de legislação especial que tinha por função atender determinadas situações não contempladas (ao menos integralmente) pelo Código Civil de Bevilaqua.

3.2.5.1 Lesão usurária

Em 1933 a lesão volta ao ordenamento jurídico pelo momento histórico em que o país vivenciava. Porém, ela retorna sob a figura da usura, pois aquela integra o conteúdo desta, que corresponderia, portanto à lesão acrescida de um elemento subjetivo: o abuso de uma situação de inferioridade, até então inédito neste país. Pedro Eiró sustenta que “a lesão, por si só, não teria sido admitida como defeito autônomo do negócio jurídico, mas tão-somente como integrante de um outro vício – a usura” (*apud* CARDOSO, 2008, p. 181).

A ideologia do Estado Novo tinha de dar respaldo mais ao trabalho e aos anseios sociais do que a qualquer forma de mera especulação financeira. O aspecto social começava a ter maior importância como resposta aos abusos que se cometiam em nome de um capitalismo exacerbado e sem limites. Naquele ano de 1933, editou-se o Decreto n. 22.626. Seu objetivo era justamente o de limitar (não proibir) a usura dentro dos patamares aceitos e previstos pela legislação vigente, considerada aceitável. Não se deve olvidar o contexto histórico vivido à época, pós-grande recessão econômica de 1929, com o *crash* da bolsa americana.

A cabeça de seu art. 1º determina: “É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1062).”¹⁴³

Seu § 3º, por sua vez, continha a seguinte disposição:

A taxa de juros deve ser estipulada em escritura publica 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.

Por este decreto também se limitou o valor das cláusulas penais, que não poderiam ser maiores do que 10% (dez por cento) do valor da dívida, conforme preceitua seu art. 9º.¹⁴⁴ Já o art. 11 determinou a nulidade de pleno direito de qualquer contrato celebrado com infração àquele decreto, nestes termos: “O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais.”

Além de tratar dos aspectos civis, também cuidou de aspectos penais, criminalizando a usura, com pena de prisão de seis meses a um ano.

¹⁴³ O art. 1062 do Código Civil de 1916 assim dispunha: “A taxa dos juros moratórios, quando não convencionalizada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano.”

¹⁴⁴ Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida.

Em compasso com este entendimento, a Constituição do ano seguinte, de 1934, também vedou expressamente qualquer forma de usura, como se verifica no parágrafo único do seu art. 117: “É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.”

O passo seguinte na legislação infraconstitucional foi dado em 1938, com a edição do Dec.-lei n. 869, que regulava os crimes contra a economia popular, diante de uma previsão da Constituição de 1937, que apenas determinava em seu curto texto do art.142: “A usura será punida”. O art. 4º deste Dec.-lei dispunha:

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

- a) Cobrar juros superiores à taxa permitida por lei, ou comissão ou desconto, fixo ou percentual, sobre a quantia mutuada, além daquela taxa;
- 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.

De observar que a alínea *b* inseriu a usura real como sinônimo de lesão, com os elementos subjetivos do lesado, introduzidos pelo direito alemão, em 1896. Contudo, o limite da lesão não seguiu aquele proposto desde o direito romano e também o canônico, influenciadores da maioria das legislações estrangeiras que o adotavam. O limite era tão-somente a quinta parte do valor da prestação feita ou prometida.

O Dec.-lei n. 869/38 foi revogado pela Lei n. 1521, em 1951, que estava sob a égide da Constituição de 1946, que dispunha em seu art. 154: “A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei”. Esta Lei praticamente reproduziu aquele texto normativo descrito no art. 4º do Dec.-lei de 1938, tanto que sua redação, ainda em vigor, determina:

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

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;
- 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.

Ainda decidindo com base neste artigo, o Superior Tribunal de Justiça possui o seguinte entendimento:

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 instância no sentido da desproporção entre o preço avençado e o verdadeiro valor do imóvel. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ-4ª T. REsp 434.687/RJ, Rel. Min.: Fernando Gonçalves, DJ 11/10/2004 p. 330).

Acerca da questão civil, o § 3º deste artigo 4º não dispunha sobre a nulidade do contrato, preservando-o. Apenas o que se considerava nulo era a estipulação de juros ou lucros usurários. Mesmo assim, o juiz deveria ajustá-los aos limites legais ou restituir a quantia em excesso, se já tivesse sido paga, nestes termos:

§ 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 para em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

De observar que pouca importância foi dada à questão da lesão no âmbito civil, tanto pela jurisprudência como pela doutrina, desde 1938. E isto não era sem razão. O raciocínio dominante de então era ainda o do período oitocentista, de ampla liberdade e autonomia contratual. A lesão passava despercebida pela comunidade jurídica, impregnada ainda pelo sistema positivista, que não dava margem a cláusulas e normas abertas, com textos vagos para o preenchimento axiológico-judicial.

As Constituições de 1967 e 1969 (embora seja controvertido a consideração desta última como verdadeiramente uma Constituição) ignoraram o problema da repressão à usura e à lesão, como vinha ocorrendo nas anteriores, rompendo com a tradição constitucionalista desde 1934 de sua vedação expressa.

Somente em 1988, com a edição da atual Constituição, a repressão à usura retornou ao texto constitucional. O § 3º do seu art. 192 possuía o seguinte texto:

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Contudo, novamente a jurisprudência entendeu não ser aplicável esta limitação, desta vez às instituições bancárias que detinham autorização do Banco Central do Brasil para atuarem no país. Este entendimento se consolidou através do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade n 4-7/DF, julgada em 1991. Em sua fundamentação, este tribunal alegou que a não aplicabilidade deste § 3º se dava em decorrência da exigência de regulação por Lei Complementar, contida no bojo do *caput* do art. 192: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar [...]”.

Com este entendimento de não aplicabilidade às instituições financeiras, o § 3º em comento vigorou até 2003, quando foi revogado pela Emenda Constitucional n. 40, dando a seguinte redação ao art. 192, atualmente em vigor:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Esta Emenda Constitucional n. 40/03 veio apenas dar continuidade à tendência que predominando (e ainda predomina) em permitir a usura em taxas módicas a todos aqueles contraentes que não sejam instituições financeiras e correlatas, eis que se forem, poderão praticar, com vistas ao seu fortalecimento.¹⁴⁵ Assim, o que era para se festejar, ou seja, o retorno ao texto constitucional da vedação da usura, terminou logo no primeiro ano de mandato do histórico candidato à presidência que sempre criticou o lucro abusivo dos bancos e os juros elevados praticados, inclusive pelo Banco Central.

Esta tendência, além do suporte jurisprudencial dominante no Supremo Tribunal Federal, encontrou guarida na edição da Medida Provisória n. 1820/99, que foi reeditada sucessivamente pelo n. 2172-32/01, a partir da Emenda Constitucional n. 32/01. A redação do art. 1º desta Medida Provisória estipula que:

¹⁴⁵ Curiosamente e contrariando as expectativas empresariais que sempre criticaram a política monetária vigente, sem dúvida alguma foi por causa (senão em grande parte) deste fortalecimento do sistema bancário nacional, com lucros estratosféricos das instituições financeiras e de crédito que este país não suportou efeitos devastadores da atual crise mundial iniciada pela falta de liquidez dos ativos financeiros das instituições norte-americanas, tal como outras nações. Enquanto os países mais desenvolvidos têm de nacionalizar algumas instituições ou mesmo emprestar vultosas somas de dinheiro para salvá-las, devido ao prejuízo que tiveram ou ainda têm, no Brasil as instituições bancárias não tiveram prejuízo. Quando muito apenas observaram diminuição da margem de seu lucro.

Art. 1º São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam:

I - nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido;

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.

Chama a atenção o inciso II que estabelece a lesão contratual em seu bojo, com as seguintes características:

- a) A situação fática do lesado deve ser de vulnerabilidade, seja ela técnica ou financeira;
- b) Não há limitação da lesão, ficando a cargo do juiz a decisão de seu limite. A configuração do lucro ou vantagem excessivos segue a disposição encontrada no parágrafo único daquele artigo;
- c) O juiz não poderá conhecer de ofício esta situação, apenas se requerido pela parte lesada;
- d) Os efeitos do reconhecimento da lesão não são sua rescindibilidade ou anulabilidade do negócio, mas apenas das disposições do contrato que infrinjam tais regras. A tendência é a manutenção do contrato com a modificação ou ajuste apenas das cláusulas pertinentes, assim como determinado pelo art. 2º: “São igualmente nulas de pleno direito as disposições contratuais que, com o pretexto de conferir ou transmitir direitos, são celebradas para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo com estipulações usurárias”.
- e) A inversão do ônus da prova, desde que demonstrado pelo lesado a verossimilhança da alegação, conforme dispõe o 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.

Como anteriormente alinhavado, ficaram imunes à aplicação desta Medida Provisória, segundo o seu art. 4º:

- I - as 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 - as sociedades de crédito que tenham por objeto social exclusivo a concessão de financiamentos ao microempreendedor;
- III - as 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.

Eis uma breve explanação sobre a usura, que continha em seu bojo a lesão. Nesta senda, se pode afirmar que a lesão se tornou uma figura geral, ao passo que a usura restringiu-se a um caso especial daquela, atinente aos contratos de mútuo.¹⁴⁶

3.2.5.2 O código de defesa do consumidor

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90) a lesão contratual deixa de se configurar apenas como elemento da usura no ordenamento jurídico pátrio. Compreendendo a lesão no Direito Privado, sua esfera de aplicação é específica às relações de consumo, o que por si só já aumenta em muito seu campo de abrangência.

A primeira aparição do instituto da lesão no Código Consumerista se dá no art. 6º, inciso V, nestes termos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

¹⁴⁶ No Código Civil de 2002, o art. 591 determina: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.”

Ali se percebem dois institutos distintos, mas intimamente relacionados. O primeiro é a lesão, quando adota a expressão “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”. Tem-se apenas o critério objetivo nesta passagem. O elemento subjetivo já está implícito na própria noção de consumidor, definido no art. 2º deste microsistema.¹⁴⁷

O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu com fundamento neste dispositivo:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. VARIAÇÃO CAMBIAL. DÓLAR NORTE-AMERICANO. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA NACIONAL. JANEIRO DE 1999. 1. Na linha da jurisprudência firmada na Segunda Seção do STJ, o art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor incide apenas para retirar a onerosidade decorrente de fato superveniente que afeta a capacidade do consumidor adimplir o contrato. Assim, no caso presente, a partir de janeiro de 1999, as prestações do contrato de leasing devem ser reajustadas pela metade da variação cambial verificada. 2. Agravo regimental improvido. (STJ-4ªT. AgRg nos EDcl no Ag 860.860/RJ, Rel. Min.: João Otávio De Noronha, DJ 11/02/2008 p. 1).

O segundo instituto, identificado na parte final daquele dispositivo é a onerosidade excessiva, em que se pode admitir sendo uma lesão superveniente, ou seja, configurada após a formação do contrato, inexistente, portanto, no momento de sua celebração e que ocasionada ante uma imprevisão não detectada pelas partes em sua negociação (ou, mais comum, silente no contrato de adesão). Caso não ocorra a modificação desta cláusula, é facultado ao consumidor pleitear a resolução do contrato, como dispõe o art. 51, § 1º, inciso III, e § 4º,¹⁴⁸ se da natureza do contrato não se puder modificar tal cláusula.

Necessário mencionar neste momento a teoria da imprevisão, que é uma evolução da cláusula *pacta sunt servanda*, ou seja, o princípio que ordena que os contratos devam ser cumpridos. Pode-se dizer que esta é a regra e a imprevisibilidade dá azo à possibilidade de sua correção pela via judicial sempre que por motivos imprevisíveis

¹⁴⁷ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁴⁸ Art. 51. [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: [...] III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

sobrevier manifesta desproporção entre o valor da prestação devida ao tempo da celebração do contrato e do momento de sua execução. O Código Civil de 2002 também adotou outro instituto que é considerado a evolução da teoria da imprevisão. Trata-se da *resolução por onerosidade excessiva* disposta nos arts. 478 a 480,¹⁴⁹ onde a parte pretensamente lesada em seu direito ao equilíbrio contratual pleiteia a resolução judicial do contrato pelo advento de extrema vantagem para a outra parte decorrente de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.¹⁵⁰ O que se busca é evitar a onerosidade excessiva na prestação ou nas consequências produzidas e não necessariamente sua resolução. A prestação pode ser reduzida ou ter alterado o seu modo de execução. Aceitando modificar as condições contratuais de modo equitativo poderá o réu evitar a resolução do contrato.¹⁵¹

Voltando ao Código de Defesa do Consumidor, a segunda aparição da lesão ocorre no art. 39, inciso V, quando determina a proibição ao fornecedor de exigência do consumidor de vantagem manifestamente excessiva, nos seguintes termos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:
V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Posteriormente, no art. 51, inciso IV, quando disciplina as cláusulas abusivas, também há lesão, neste sentido:

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

¹⁴⁹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹⁵⁰ Entretanto, o Projeto de Lei n. 3.619/2008, do Sr. Dep. Fed. Carlos Bezerra, apresenta a seguinte proposta de alteração da redação do art. 478 do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. Particularmente, acredita-se ser este projeto de lei merecedor de aplausos por tal iniciativa, vez que se adéqua à linha de entendimento do Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, V, e 51, IV e § 1º, III). Segundo a própria justificativa do projeto, “Desnecessário, pois, que o fator de desequilíbrio, ocorrente durante o cumprimento do contrato, seja previsível ou não. Tem-se pois, que ocorrido um evento extraordinário que torne insuportável a contraprestação, impõe-se a revisão contratual”.

¹⁵¹ O próprio Enunciado n. 176 da III Jornada de Estudos do Código Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal direciona: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.¹⁵²

Ao mencionar a *boa-fé* e a *equidade*, o dispositivo retorna ao seu fundamento original, de tradição romano-canônica, ao exigir a compatibilidade com tais substratos. Além disso, reitera a condição objetiva de *desvantagem exagerada*, com a desproporção das prestações.

O já mencionado § 1º, inciso III, do art. 51, é a quarta aparição da lesão neste Código.¹⁵³ O instituto lesivo na relação consumerista é que dá suporte à vedação das cláusulas abusivas. O escopo essencial da proteção ao consumidor é justamente garantir uma relação jurídica equilibrada, por isso que pune com a nulidade as cláusulas contratuais que impedem este intento, garantindo a existência e manutenção do contrato com as devidas modificações.

Desta forma, a lesão contratual já fora contemplada na legislação prévia ao Código Civil de 2002, deixando de ser contemplada apenas como elemento constitutivo da usura e por isso repelida.

3.2.5.3 Código de processo civil

O Código de Processo Civil, em seu art. 692,¹⁵⁴ justamente por tratar da matéria de direito formal, não poderia se referir à lesão. Ademais, como já foi verificado, embora os códigos estrangeiros e também o Direito que inspirou o desenvolvimento do instituto, como o romano e o canônico, previu-se a validade das vendas judiciais, embora se constatasse que se ultrapassou o valor atribuído para a ocorrência da lesão, se desta forma disciplinado. Assim, em tese, não comportar-se-ia a rescindibilidade das alienações de bens pelo Poder Judiciário.

¹⁵² ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS. a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. (STJ-2ª Seção. REsp 1061530/RS, Rel. Min.: Nancy Andrighi, DJe 10/03/2009).

¹⁵³ § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: [...] III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

¹⁵⁴ Art. 692. Não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.

Contudo, doutrina e jurisprudência pátrias são unânimes em defender a impugnação da alienação judicial efetuada por preço vil, a qual se pode compará-la à lesão contratual, guardadas as respectivas proporções e diferenças.

Entre as semelhanças, tem-se que tanto o preço vil quanto a lesão contratual possuem a característica de proteger o patrimônio daquele que lhe foi retirado o bem, ou pela constrição judicial ou pela forma negocial. Outra característica em comum é a proporção para sua configuração, em que a jurisprudência vem firmando no montante histórico da lesão e da maioria das demais legislações: em menos da metade de seu valor de mercado ou avaliado.

Eis alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – LEILÃO – AVALIAÇÃO DO BEM – IMPUGNAÇÃO – DECISÃO NÃO AGRAVADA - PRECLUSÃO – INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE E DE POSSÍVEIS CREDORES PRECEDENTES OU PREFERENCIAIS - DESNECESSIDADE - PREÇO VIL - ARREMATAÇÃO POR MAIS DA METADE DO VALOR DA AVALIAÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - SEMELHANÇA FÁTICA - INEXISTÊNCIA. 1. Não se conheceu da alegação de inobservância do procedimento de impugnação à avaliação do bem penhorado porque precluso o direito de atacar a decisão que a indeferiu liminarmente. Este fundamento restou inatacado no recurso especial. 2. Ausente qualquer prejuízo ao exequente ou aos demais possíveis credores da parte executada na inexistência de intimação prévia à arrematação, reputa-se válida a arrematação. 3. Arrematação de bem penhorado por mais da metade do valor da avaliação não é considerado preço vil para a jurisprudência desta Corte. 4. Inviável o conhecimento do recurso especial pelo dissídio jurisprudencial se o acórdão paradigma não possui semelhança fática com o acórdão recorrido. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido. (STJ - REsp 1052691/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/11/2008, DJe 26/11/2008).

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - ARREMATAÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA - VALOR INFERIOR AO DO EDITAL - AUSÊNCIA DE LICITANTES - IMPOSSIBILIDADE - ART. 24, II, DA LEF - DIVERGÊNCIA PREJUDICADA - SÚMULA 83/STJ. 1. Na execução fiscal, inexistindo licitantes no segundo leilão, a Fazenda Pública deve adjudicar o bem pelo valor do edital, não podendo arrematar o bem por valor inferior ao da avaliação. 2. Inteligência dos arts. 24, II, da LEF e do art. 714 do CPC na redação anterior à Lei 11.382, de 2006. 3. Esta Corte fixou o entendimento de que a arrematação por valor inferior à metade do valor da avaliação é considerado preço vil. Precedentes da 2ª, 3ª e 6ª Turmas do STJ. 4. Recurso pela divergência prejudicado. Súmula 83 do STJ. 5. Recurso especial provido. (STJ-2ªT. REsp 1044168/SP, Rel. Min.: Eliana Calmon, DJe 17/11/2008).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO. PREÇO VIL. NULIDADE. 1. Na ausência de critério legal sobre "preço vil", o STJ firmou o entendimento de que se caracteriza

vil o lance que não alcançar, ao menos, a metade do valor da avaliação. No caso, os bens foram arrematados por 33,33% do valor de avaliação. 2. Recurso especial provido. (STJ-2ª T. REsp 1057831/SP, Rel. Min.: Mauro Campbell Marques, DJe 14/10/2008).

A diferença entre a lesão contratual e o preço vil nas alienações judiciais está em que nestas se trata apenas da configuração, como se verá adiante, do elemento objetivo da lesão, não comportando o elemento subjetivo, necessário àquela.

Aqueles contrários à verificação da lesão no processo civil alegam que o instituto da lesão é atinente aos contratos e que a alienação judicial não se trata de contrato, daí que na constatação do preço vil não há anulabilidade, mas nulidade, que pode ser declarada de ofício. Não se pode concordar com esta afirmação considerando que a alienação judicial se dá em decorrência de um contrato ou de outra fonte obrigacional¹⁵⁵ a que o sujeito estava submetido e que deixou de cumprir com sua obrigação de adimplemento. Não há aí uma hipossuficiência absoluta em favor do devedor, mas se cogita a preservação da relação jurídica que deve ter um fim com a satisfação do crédito. Acredita-se, portanto, que há, sim, mais uma forma especialíssima de lesão, como adiante se constatará.

Superada esta fase histórica da lesão no ordenamento jurídico, passa-se ao seu estudo no atual Código Civil.

3.3 A LESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil (Lei n. 10.406/2002) restaurou o instituto da Lesão Contratual no seu art. 157 como um defeito do Negócio Jurídico, na Parte Geral, Livro II, Título I, e Capítulo IV, por influir na vontade do contraente em celebrar o contrato. Como atribuída pelo legislador como defeito negócio jurídico, a lesão está no mesmo capítulo dos vícios do consentimento (dolo, erro e coação) e de um vício social (a fraude contra credores, visto que a simulação, também considerada um vício social, apresenta uma sanção diferente). A redação do artigo com seus dois parágrafos foi assim determinada:

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.

¹⁵⁵ Ou fonte de relações jurídicas que implicam em obrigações, como entende o Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski, de acordo com os ensinamentos em aula deste curso de Mestrado, na disciplina de Análise Crítica à Teoria Geral das Obrigações.

§ 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.

De acordo com este artigo, lesão é o vício de consentimento do contraente na celebração de um negócio jurídico motivado por ocasião de uma premente necessidade ou inexperiência em que lhe obriga a uma prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, acarretando-lhe prejuízo, e que torna o contrato rescindível se não modificado a um razoável equilíbrio obrigacional entre as partes. Segundo Roberto Senise Lisboa, “lesão é a obtenção de vantagem indevida, em virtude da situação de inexperiência ou premência da vítima, acarretando-lhe prejuízo material” (LISBOA, 2009, p. 397).

A lesão configura, no direito atual, uma instituição destinada a salvaguardar a concorrência ao mercado e a mantê-la em condições de relativa e razoável paridade. Não se encontra neste estado quem está posicionado frente a outra parte de um negócio jurídico em estado de inferioridade, seja ela técnica ou financeira, ainda que momentaneamente.

Há que diferenciar a lesão dos demais institutos considerados defeitos dos negócios jurídicos. Não se confunde com o erro, que é devido à falsa percepção da realidade, pois na lesão por premência necessidade a vítima realiza o negócio jurídico ciente de que sofrerá prejuízo patrimonial por conta da prestação das prestações.

Difere do dolo, em que ocorre a intenção ou propósito de obter a vantagem indevida, mediante um artifício ou ardil que induz o lesado em contratar e que não contrataria se aquela conduta do beneficiário não ocorresse.

A lesão, ao contrário, prescinde do dolo de aproveitamento, como se verificará posteriormente. Não obstante a isso, sua situação advém de fatos que podem não ser necessariamente imputados ao beneficiário.

Esta explicativa também justifica a razão pela qual não se aparenta com a coação moral ou física, em que nesta existe um agir em desfavor da vítima provocado pelo coator.

A fraude contra credores é considerada um vício social, mas também apresentada pelo legislador civil como um defeito do negócio jurídico, e se diferencia da lesão por apresentar não uma intenção de contratar, mas de fraudar o ordenamento, frustrando

legítimas expectativas de terceiros.¹⁵⁶

Diante da disposição do art. 157 do Código Civil, se denota que sua cabeça é formada por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O primeiro se constitui pela *prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*. A problemática reside em quanto deve ser esta proporção, visto que o texto do Código não dispôs de um limite ou tarifação para a configuração da lesão. Ademais, a diferença entre a lesão e o lucro, que não é proibido, poderá depender, *a priori*, da ótica pela qual se analisa a questão.

O elemento subjetivo é constituído ou pela *premente necessidade* suportada pelo contraente ou por sua *inexperiência*. O que vem a ser tanto uma ou outra deve ser analisado pelo juiz pormenorizadamente em cada caso em concreto, considerados os fatores sociais locais e a espécie e natureza de contrato, tudo de acordo com o seu *agir prudencial*, como apregoa Rodolfo Luis Vigo, conforme já analisado no primeiro capítulo deste estudo.

Contudo, será que são necessários parâmetros para a utilização nesta atividade judicial, de modo a que haja uma uniformidade e coerência jurisprudencial,

¹⁵⁶ Da fraude à execução, fraude de execução e fraude contra credores. Embora os termos sejam parecidos, há muita diferença entre os institutos e o bom intérprete do direito deve dominar o conteúdo destes institutos. Enquanto as duas últimas tratam da questão no âmbito civil, a primeira se refere ao aspecto criminal, tanto que o art. 179 do Código Penal assim dispõe: “Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.” Por se tratar de matéria penal, esta não interessa neste momento, razão pela qual passar-se-á às seguintes para as considerações reputadas como pertinentes. A *fraude contra credores* é causa de anulabilidade do negócio jurídico. Trata-se de conduta praticada pelo devedor com o objetivo de lesar os direitos de seus credores, transmitindo gratuita ou onerosamente seus bens a terceiros e está prevista entre os art. 158 e 165 do Código Civil. É necessário que os credores lesados em suas pretensões à efetividade de seus direitos creditícios ajuízem *ação pauliana* com o intuito de *anular* o negócio jurídico celebrado entre o devedor e terceiro. Se procedente, o objeto do negócio retorna ao patrimônio do devedor e pode estar afeto à penhora, protegendo o interesse de todos os credores (e não apenas aquele credor que propôs a ação), ou seja, possui efeitos *erga omnes*. A fraude de execução consiste na alienação ou oneração de bem do devedor, *pendente ação judicial* contra ele, de conhecimento ou execução (basta apenas que seja citado ou intimado para tanto), e que seja capaz de levá-lo à insolvência e está mais afeto ao Processo Civil do que ao Direito Civil (tanto que o Código de Processo Civil dispõe: “Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III - nos demais casos expressos em lei”). Trata-se de ato atentatório à dignidade e à administração da justiça, e o prejudicado direto é o Estado-juiz, muito mais grave que a fraude contra credores, em que o prejudicado direto é o credor. É dispensável ação autônoma, como a pauliana, bastando um mero requerimento de providências ao magistrado para que decrete a ineficácia do ato fraudulento. Neste caso, poderá o juiz decretar que a penhora recaia sobre o bem de posse ou propriedade do terceiro, podendo mesmo ser reconhecida não apenas no processo de conhecimento ou execução em que o credor é autor, mas nos próprios embargos de terceiro. A diferença é que nesta figura os efeitos podem se dar apenas *inter partes*, ou seja, o terceiro continua como proprietário ou possuidor do bem, podendo alegar tal estado para toda a coletividade, exceto para o pretenso credor, cujos efeitos de propriedade não alcança. Desta forma, pode-se resumir que a fraude à execução se trata de ato ilícito e antijurídico previsto no art. 179 do Código Penal. A fraude contra credores e a fraude de execução diferenciam-se por uma se tratar de matéria eminentemente civil e outra estar mais afeta ao processo civil; uma exige ação autônoma e gera efeitos *erga omnes* e a outra prescinde de ação autônoma, bastando a mera comunicação ao magistrado da fraude e seus efeitos serão *inter partes*.

evitando-se uma possível insegurança ou incerteza jurídica?¹⁵⁷ E esta insegurança jurídica não é erroneamente tecida devida por ocasião do aparecimento das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados? Eis a problemática maior do presente estudo.

3.3.1 Do Elemento Objetivo

A prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, expressão utilizada pela cabeça do art. 157 do Código Civil, é uma afronta objetiva ao princípio da justiça contratual, em que se preza um equilíbrio entre as prestações cabíveis a cada contraente.

Na análise deste elemento objetivo, serão abordados os seguintes pontos: a) o valor da prestação oposta; b) a manifesta desproporção das prestações; c) a ideia de lucro.

3.3.1.1 O valor da prestação oposta

Na análise do elemento objetivo, o primeiro ponto a se abordar é a exata compreensão do que seja o *valor da prestação oposta*, eis que se trata do ponto referencial deste elemento. No direito canônico, Santo Tomás de Aquino trouxe a noção de *justo preço*. Não se pode apresentar esta alternativa como solução ao problema, visto a enorme dificuldade de se conciliar uma definição do que seja considerado justo, eis que implicará sempre numa análise subjetiva acerca de sua definição.

Alheio a esta distinção apresentada por Santo Tomás de Aquino, Roberto Senise Lisboa traz o preço justo (*pretium iustum*) como “aquele proporcional ao valor da coisa, conforme o tempo e o lugar da celebração do negócio jurídico. É também chamado preço comum, pois resulta do intercambio econômico. É, portanto, preço não lesivo, não inferior à metade do preço comum” (LISBOA, 2009, p. 400).¹⁵⁸

¹⁵⁷ Wilhelm Sauer afirma, em relação ao Direito, que a segurança jurídica é a finalidade próxima, enquanto a justiça é a finalidade distante (apud NADER, 1995, p. 139). Pra Elías Días, a segurança não é só um fato, é também, sobretudo, um valor (apud NADER, 1995, p. 140). “Os conceitos de segurança jurídica e de certeza jurídica não se confundem. Enquanto o primeiro é de caráter objetivo e se manifesta concretamente através de um Direito definido que reúne algumas qualidades, a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas. Pode-se dizer, de outro lado, que a segurança jurídica possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. O primeiro corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica” (NADER, 1995, p. 140).

¹⁵⁸ Este mesmo autor difere o preço justo do preço legal e do preço verdadeiro, nestes termos: “Preço legal é aquele fixado em lei. Preço judicial é aquele determinado por decisão do Poder Judiciário. Preço verdadeiro (*pretium verum*) é aquele que genuinamente decorre da vontade humana séria e livre, e não de uma simples comparação de valores, como sucede com o preço justo” (LISBOA, 2009, p. 400-401).

Melhor alternativa se dá com o acolhimento do critério *valor de mercado*. Isto porque é relativamente fácil determinar o preço corrente, mas não o justo preço (da concepção tomista). De conseqüência, poderia o aplicador do direito ficar sem referência para determinar a ocorrência da lesão, e jamais o adquirente de boa-fé teria a certeza de que pagara o valor adequado pela coisa e, assim, se resguardaria contra a possibilidade de anulação do ato. É bem possível do preço considerado justo não ser o de mercado, visto que a edificação de uma residência em determinado terreno pode gerar uma despesa muito maior do que o preço de mercado alcançado por ela considerando a conjuntura econômico-financeira da época. Assim, se a construção teve um custo total de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e outros imóveis equivalentes são vendidos, pelo preço de mercado, a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), o que seria considerado justo, ou seja, os gastos com a construção, se adotado este critério, dificilmente o valor de mercado corresponderia à Justiça.¹⁵⁹

Outro exemplo prático da não correspondência do justo preço com o preço de mercado, ocorrido recentemente nos Estados Unidos da América e que se toma emprestado, é o do mutuário norte-americano que adquiriu imóvel financiado no valor de US\$ 800,000.00 (oitocentos mil dólares) e paga o financiamento sobre este valor. Com a crise econômica ocorrida naquele país, os imóveis tiveram uma depreciação tamanha que o seu valor de mercado reduziu drasticamente que mesmo uma oferta de US\$ 200,000.00 (duzentos mil dólares) não encontrava compradores para aquele imóvel. A origem da crise se deu e se desenvolveu com a inadimplência daqueles mutuários, que deixaram de pagar suas dívidas e as instituições bancárias ficaram sem liquidez, aumentando a crise econômica que avançou por todo o mundo. Este é um típico exemplo de valor de mercado não condizente com o justo preço.

Para se obter o valor de mercado de certos bens, o magistrado encontra muita facilidade, por exemplo, ao se tratar de veículos automotores, com a utilização da tabela Fipe. No caso de imóveis, a consulta a imobiliárias sobre negócios equivalentes efetuados na mesma época e praça, de preferência, dá um bom indício do valor de mercado desses bens. No caso de negócios com cereais, a consulta a cerealistas e armazéns da região também são um bom indicador do preço alcançado pelo produto no mercado numa delimitação de espaço e tempo. Se forem bens com cotação em bolsa, a simples constatação do valor do título no tempo da celebração do contrato bastará. Se houverem controvérsias pelas partes sobre o valor de mercado, não resta alternativa ao magistrado senão a designação de perícia. E isto se

¹⁵⁹ Mais uma vez se afirma a enorme dificuldade em defini-la, ante aos vários sistemas de Justiça possíveis de serem adotados.

torna impossível com a adoção do critério do justo preço.

Além disso, o justo preço não é fixo, pois consiste na estimação de cada um, segundo a utilidade que retira da coisa. E isto porque a partir do século XVI a sua concepção se deformou numa tricotomia de máximo, médio e ínfimo, sendo que somente o último servia de base à rescisão.

É conveniente a passagem dos ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que aduzem:

Analisando ainda o art. 157, pode-se concluir ter havido uma verdadeira mudança axiológica no novo Código Civil, presente este vício de consentimento como verdadeira limitação à autonomia individual da vontade, não mais admitindo o “negócio da China”, uma vez que não se aceitará mais passivamente a ocorrência de negócios jurídicos com prestações manifestamente desproporcionais (GAGLIANO, 2003, p. 376).

Concordando com os doutrinadores baianos, Flávio Tartuce complementa:

Entendemos que a lesão está configurada na prática do *truck system*, hipótese em que o empregador coloca à disposição do empregado mercadorias, no próprio local de trabalho, com preços bem superiores aos praticados no mercado. Essa prática, aliás, é vedada expressamente pelo art. 462, §§ 2º a 4º, da CLT (TARTUCE, 2008, p. 366).

Não se deve olvidar ainda que o Estado nacional tem por base uma economia de mercado e com forte dirigismo estatal orientado à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF), dentre outros objetivos. Exigir o preço corrente e não o justo se mostra mais adequado à orientação do ordenamento jurídico, vez que se pode dar referência ao julgador e dar eficácia ao art. 157 do Código Civil.

Contudo, a adoção do critério do preço de mercado deve se ater a dentro de certos limites, pois o mercado pode (mas nem sempre) determinar o preço justo, do qual o valor corrente é apenas um indicativo. Assim, se pressupõe uma situação mercadológica convenientemente equilibrada. É possível que em razão de uma grande escassez de produtos, ou em virtude de monopólios ou oligopólios, ou mesmo de formação de cartéis, haja uma perturbação do equilíbrio econômico e o preço de mercado se encontre “maculado”. Neste caso, além da necessária intervenção estatal para a restauração do equilíbrio, a adoção do preço de mercado deve ser refutada em benefício do lesado e utilizando como critério o valor estimado no mercado se não fosse aquele desequilíbrio e na medida de sua possibilidade. Observe-se que se este desequilíbrio decorrer de causas naturais, ou mesmo de força maior ou caso fortuito, também deverá ser considerado na apreciação judicial.

Não obstante a isso, dependendo do bem e da situação de equilíbrio econômico que se encontra é absolutamente aceitável algumas flutuações razoáveis em relação ao valor de mercado, eis que não raras vezes não se pode chegar a um limite ou preço certo. Tolera-se, assim, razoável margem de erro na determinação do preço de mercado e isso já impõe, por si só, a aceitação de razoáveis diferenças, na medida do possível. Desta forma, nem toda desproporção interessa ao Direito e nem qualquer divergência de valor entre os bens de mesma natureza ou equivalentes acarreta a lesão. É o que se verificará no próximo tópico.

3.3.1.2 A manifesta desproporção das prestações

Não é sem razão que a cabeça do art. 157 do Código Civil traz o termo *manifestamente*. Segundo a versão eletrônica do Dicionário Aurélio, o adjetivo *manifesto* indica ser sinônimo de *patente, claro, evidente, notório, flagrante*. Isto porque a simples desproporção já é intrínseca a qualquer dinamicidade negocial, fazendo parte do sistema capitalista.

A problemática reside em quanto deve ser esta proporção, visto que o texto do Código Civil não dispôs de um limite para a configuração da lesão, isto é, não a tarifou. Aliás, como visto quando da análise da legislação estrangeira, os Códigos Civis contemporâneos, que instituíram a Lesão Contratual se dividem quanto à utilização de uma tarifação ou não.

Daqueles que utilizam a tarifação para a ocorrência da lesão se destacam a França, com 7/12 (sétima parte de doze ou sete doze avos), a Espanha, com a quarta parte (25%), e os demais, Itália, Chile e Bolívia, assim como as antigas Ordenações Portuguesas, todos com inspiração no direito romano e canônico, que adotaram o critério lesivo como sendo o excedente da metade (50%) do justo preço. No Brasil, a Lei de Economia Popular (Lei n. 1521/51), como já visto, adotou a tarifação de 20% (vinte por cento), quebrando a tradição histórica do instituto.

Como se verá mais adiante, o próprio Código Civil de 2002 apresenta um caso de instrumento de manutenção do equilíbrio econômico (embora não se trate de espécie de lesão), aplicada aos contratos de empreitada, cuja tarifação deva ocorrer acima de dez por cento para a garantia do equilíbrio entre as prestações. É o que dispõe o art. 620: “Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada.”

O Brasil, seguindo países como Alemanha, Áustria, Polônia, Argentina, Paraguai e México, não adotou a tarifação, optando em deixar a constatação para cada caso, de acordo com os critérios do juiz nos casos específicos.

Tanto a tarifação como a discricionariedade judicial possuem vantagens e desvantagens. Em relação à tarifação, seu ponto positivo é a facilidade em que o magistrado encontra para a constatação da lesão, num legítimo aspecto de segurança jurídica, não dando azo para a voluntariedade e arbítrio dos juízes, visto que nem todos possuem a sensatez e a prudência necessária em seu agir decisório devido ao desconhecimento do tema ou pela análise superficial do processo.¹⁶⁰ Também não gera interpretações divergentes ou conflitantes, criando incertezas jurisprudenciais. O jurista italiano Roberto de Ruggiero afirma que:

Árdua e delicada é a missão do legislador ao determinar até que ponto o livre arbítrio do indivíduo, ao medir a equivalência das prestações foi superado pela inexperiência, pelas necessidades urgentes ou por outras causas perturbadoras, de modo que, faltando qualquer correspondência, se imponha um remédio legal a favor do contraente lesado, visto que ou se adota um limite predeterminado e se corre o risco de deixar sem tutela uma série de convenções lesivas, ou não se adota um limite fixo e admite-se a impugnabilidade por lesão cada vez que há uma grave desproporção, e então corre-se o outro perigo de expor as convenções a impugnações caprichosas e arbitrárias (RUGGIERO, 1971, p. 276).

Entretanto, por se tratar de mero arbítrio do legislador, com base em concepções provavelmente conjunturais sócio-econômicas, engessa a prática dos tribunais. Fundamentado num critério rígido, não autoriza a reprovação de negócios que tenham alcançado muito próximo do limite legal fixado, sem configurar a lesão. É um facilitador da conduta de agentes inescrupulosos e de má-fé, que não terão a dificuldade de se proteger da intervenção judicial ao estipular avenças flagrantemente abusivas, mas dentro dos padrões mínimos estipulados legalmente. Caio Mário da Silva Pereira tece a seguinte crítica à tarifação: “É que qualquer tarifa seria arbitrária, com o inconveniente da inflexibilidade. Um contrato, cujo desequilíbrio de prestações seja evidente, deve suportar a impugnação por lesão” (PEREIRA, 1994, p. 188).

Uma regra rígida que o juiz deve aplicar sem comentários não é, por certo, o que exige uma sociedade dinâmica, em constante evolução cujo arcabouço jurídico deve se

¹⁶⁰ Considerando-se o fato de que tanto os juízes de primeiro grau como os tribunais estão com excessos de processos e uma análise minuciosa em cada caso exigiria uma atenção e dedicação sobre-humana, muito mais próxima e condizente do juiz-personagem Hércules, de Ronald Dworkin, em sua obra *Levando os direitos a sério* (ob. cit).

flexibilizar frente às novas circunstâncias não previstas pelo legislador. As cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados tornam-se as chaves de abertura do claustro em que se encontra o ordenamento jurídico. Ao utilizar a tarifação ou tabelamento o legislador retroagiria na escala evolutiva do Direito Civil e das técnicas legislativas, o que não se mostra mais adequado e eficaz, ao contrário, faz com que o juiz não puna o ardil utilizado pelo contraente de má-fé. Como defende Anelize Becker:

O emprego de conceitos indeterminados mostra-se, portanto, muito mais eficaz e adequado para uma valorização realista do caso concreto, na medida em que possibilita ao juiz verificar a gravidade da desproporção da forma mais consentânea possível com as circunstâncias concretas (BECKER, 2000, p. 113-114).

Pelo que se percebe, a sistemática da tarifação é mais adequada aos ordenamentos que possuem o requisito puramente objetivo. Tal rigidez parece ser válida quando há segurança nas transações que não são influenciadas pelos elementos subjetivos, como a premente necessidade ou a inexperiência do contraente que, se a tivesse, não contrairia o negócio. Neste sentido, Vladimir Mucury Cardoso defende:

A exigibilidade do segundo requisito [subjetivo], a nosso ver, afasta a insegurança que poderia advir da ausência de taxa preestabelecida, uma vez que não é mais a pura desproporção suficiente para invalidar o ato. Assim, passa a ser possível sopesar as circunstâncias concretas, de modo a apreciar se, em cada caso, o desequilíbrio porventura existente é ou não suficiente para configurar a lesão (CARDOSO, 2008, p. 208).

Mas então, se a conclusão é no sentido de que o melhor sistema é o da indeterminação do conceito, ou seja, sem a tarifação, o que se poderá entender como *prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*, elemento objetivo que constitui a lesão?

O ilustre professor Adauto de Almeida Tomaszewski defende a adoção de um patamar em torno de 50% a 60%, e explica com o seguinte exemplo:

[...] se nas mesmas condições, adquiriu um bem por preço que exceda, em 50% o seu valor, de igual maneira deveria incidir a norma do artigo 157 do Código Civil. Por intermédio deste raciocínio, se um indivíduo “A” aliena bem seu, sob os requisitos da aludida norma, por R\$50.000,00 mas o valor deste supera R\$100.000,00, ou, se adquire por valor superior a R\$75.000,00 um bem cujo valor somente alcança R\$50.000,00, então a lesão está de plano configurada e sob patamares razoáveis. *Aliás, por falar em razoabilidade, é este mesmo raciocínio que deve nortear o operador do Direito, se os valores*

*mencionados a título de exemplo oscilarem para um pouco a mais ou para um pouco a menos (grifo nosso).*¹⁶¹

Já Roberto Senise Lisboa afirma que:

A falta de parâmetro no novo Código Civil impede que se considere tal percentual como fórmula absoluta. Saliente-se ainda que a lei de crimes contra a economia popular considera desproporcional a prestação que excede em um quinto (20%) do valor do bem oferecido. O percentual estabelecido por essa lei pode ser adotado pelo juiz ao analisar o caso concreto, mediante a aplicação da analogia (LISBOA, 2009, p. 401).¹⁶²

Não obstante a estes entendimentos, aqui se defende que deverá ser considerado como elemento objetivo *todo aquele desequilíbrio indubitado e inquestionável, em que a disparidade entre as prestações é injustificável*, revelando-se inaceitável segundo os ditames da equidade, não se optando pela adoção de um patamar certo, pois que seria o mesmo que tarifar o elemento objetivo. Santos Cifuentes assevera que:

A vantagem obtida deve ser evidente, no sentido de demonstrativa de uma grande diferença que não deixe margem de dúvidas. Além disso, há que ser, também, injustificada, ou seja, desprovida de um motivo verdadeiro, como, por exemplo, um grande valor afetivo que tenha feito com que a suposta vítima admitisse pagar um preço desproporcionado (*apud* CARDOSO, 2008, p. 210).

Para Caio Mário da Silva Pereira será apurado objetivamente a lesão “na desproporção evidente e anormal das prestações, quando um dos contratantes auferir ou tem possibilidade de auferir do contrato um lucro desabusadamente maior do que a contraprestação que se obrigou” (PEREIRA, 1994, p. 187).

Defende-se a ideia de que o juiz, ao analisar o elemento objetivo no caso concreto, ante a ausência de tarifação, deve se colocar na posição do lesado ou colocar em seu lugar alguém muito próximo e efetuar o raciocínio se, naquela situação, ocorreria ou não uma manifestação lesiva, ou seja, se o prejuízo obtido lhe gerasse ou não aversão ou repulsa ao negócio. Por exemplo, deve imaginar no lugar do lesado seu pai e verificar racionalmente se o negócio celebrado possuiu ou não uma desproporção tamanha a ponto de lhe aconselhar, se pudesse, a não celebrá-lo. Ele poderia ainda dizer que houve apenas um mau negócio, pois

¹⁶¹ Afinal de contas, o quanto é lesão? Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/view/1338/1190>>. Acesso em : 26 mar. 2009. p. 15.

¹⁶² De observar que este autor acaba entrando em contradição com aquilo defendido anteriormente acerca do preço justo, quando diz: “É, portanto, preço não lesivo, não inferior à metade do preço comum” (LISBOA, 2009, p. 400).

que teve prejuízo. Neste caso não haveria lesão. Porém, se sua indignação for maior pela celebração em si, pelas condições apresentadas, certamente se depararia com a lesão.

A isto se depreende duas considerações a tecer sobre esta análise do elemento objetivo. A primeira é que não se pode haver um parâmetro rígido para a configuração da lesão, como a metade (50%), vinte por cento (20%) ou vinte e cinco por cento (25%), do valor a prestação oposta. Admite-se a extrema dificuldade de se apreender contornos para sua configuração. Dependerá sempre da natureza do negócio e do valor posto em questão. Imagine-se um veículo modelo fusca, marca Volkswagen, de ano de fabricação 1966, em péssimo estado de conservação. Se colecionadores pagarem por ele o preço de mercado no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e o proprietário o vender por R\$ 1.000,00 (mil reais) à única pessoa interessada dentro de um período considerável de oferta nos classificados de periódico local, por exemplo, não se poderá afirmar que houve lesão, ainda que existente um elemento subjetivo. No máximo se poderá alegar que houve um mau negócio. Mas não dá ensejo à rescindibilidade da venda pela lesão.

Outro exemplo em que não se configura a lesão é o sujeito que ao adquirir uma carta de crédito recém contemplada de consórcio de automóveis, paga, além das três parcelas que o alienante já havia pago, um ágio de mais de 100% (cem por cento) sobre elas para obter o benefício. Assim, se cada parcela corresponde a R\$ 400,00 (quatrocentos reais) e ele pagar R\$ 2.500,00, sabe que R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais) referem-se a pagamento de ágio. Em contrapartida, recebe a vantagem de não esperar qualquer sorteio para somente ser contemplado no futuro e poder faturar logo o veículo.

Porém, se uma viúva possuir um único imóvel, cujo valor de mercado é R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), conforme se verifica em negócios realizados no mesmo período e com imóvel equivalentes, ou seja, de mesma localidade e nível de acabamento, e vender o imóvel por R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), o elemento objetivo da lesão se configura, pois se trata de uma evidente desproporção.

Importa, pois, uma evidente disparidade entre as prestações e que dependerá da natureza contratual e também dos valores a que se discutem. O patamar poderá ser em torno de 50% (cinquenta por cento) ou mesmo 1/5 (um quinto), mas exige-se o agir prudencial do magistrado e que motive sua decisão com base nisto e de acordo com a natureza do negócio. Uma venda de imóvel com uma desproporção de 15% (quinze por cento) não pode ser considerada lesiva, mas a estipulação deste patamar em juros remuneratórios mensais num contrato de mútuo entre particulares (lesão usurária), sim.

Esta dificuldade no vislumbre dos contornos de sua configuração dependerá

realmente da apreciação judicial e não se deve fazer alarde em relação a isto, como sendo algo monstruoso ou fora de qualquer conexão com a realidade. Numa atenta análise do cotidiano judicial, esta mesma tarefa ocorre diariamente nas varas cíveis com a configuração do dano moral e sua liquidação, visto que inexistem patamares certos, devendo a sensatez e prudência do magistrado substituir a sua tarifação. Quando do início da aplicação do dano moral nos tribunais pátrios, o alvoroço em torno da possível insegurança jurídica também deu azo a inúmeros debates que atualmente se encontram superados devido à prática atual.

O instituto da lesão, revigorado com o Código Civil de 2002, acredita-se, seguirá o mesmo caminho traçado pelo dano moral, a partir de seu estudo sistemático pela doutrina e pela apreciação dos tribunais. Daí a importância de seu estudo e domínio sobre o tema.

Não se pode, ainda, deixar de lembrar que a ausência de tarifação ou parâmetros rígidos na configuração do elemento objetivo está de acordo com as diretrizes do movimento pós-positivista e também com os mais modernos Códigos Civis e legislações de outros países que recepcionam o instituto da lesão.

A segunda consideração é no sentido de que a manifesta desproporção na prestação, para que ocorra a lesão, não depende somente das principais prestações estipuladas no contrato, mas de todo o seu conjunto, inclusive das acessórias e também nos benefícios patrimoniais desmesurados, excessivos, ainda que as prestações em si possam parecer, em princípio, equilibradas. Assim, a lesão pode não estar localizada no preço propriamente dito, mas na concessão de um prazo exageradamente dilatado, na estipulação de penalidades demais rigorosas para uma das partes, etc. Daí o motivo do aplauso anterior à redação do art. 282 do Código Civil de Portugal, ao se referir a “benefícios excessivos ou injustificados e não à tradicional expressão manifestamente desproporcional ao valor da prestação”.

Destarte, observe-se o contido no art. 413 do Código Civil,¹⁶³ em que o magistrado poderá reduzir equitativamente a cláusula penal “se a obrigação tiver sido cumprida em parte, ou se o seu montante for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

Desta forma, no exemplo da viúva que vende seu móvel, se na análise das cláusulas contratuais houver alguma que justifique a diminuição do preço do imóvel, como um comodato ou usufruto vitalício em seu favor, para que habite o mesmo até sua morte,

¹⁶³ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

aliado a uma renda vitalícia significativa, ou a prestação de determinados serviços, o elemento objetivo da lesão deve ser afastado e, por conseguinte, sua própria configuração. Mas, ressalve-se, de acordo com a análise judicial das circunstâncias apresentadas.

Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 413) menciona que o requisito objetivo se configura pelo *lucro exagerado*. É merecedora, todavia, uma explicação acerca da íntima relação entre lesão e lucro, pois este, pelo sistema capitalista, é lícito e não apresenta, em regra, limites, diante das práticas empresariais atuais. É o que será tratado no tópico seguinte.

3.3.1.3 A ideia de lucro

É mister também abordar neste estudo a questão da diferença entre a lesão num contrato e a aquisição de lucro, considerando não se olvidar do sistema capitalista que se impõe atualmente na nova ordem econômica mundial. A diferença entre a lesão e o lucro, que não é proibido, poderá depender da ótica pela qual se analisa a questão. Enquanto o lesado sente-se ofendido pelo prejuízo que teve com a celebração do suposto viciado negócio, a outra parte encontra nele uma atividade lucrativa, ainda mais em se tratando de atividade empresarial.

O lucro nada mais é do que aquilo que excede o *valor de custo* da mercadoria quando negociada. Como valor de custo da mercadoria se compreende todo aquele despendido na formação da mercadoria, como matéria prima, meios de produção (energia e equipamentos usados), força de trabalho (salários dos empregados), tributos e logística. Infelizmente, atualmente a gestão empresarial deve incorporar neste valor outros fatores que encarecem a mercadoria, como uma margem de previsão de inadimplência, seguros diversos e, em alguns casos, *royalties* devido a direitos autorais e intelectuais.

Aquilo que exceder este preço de custo da mercadoria ou serviço atualmente é considerado como *lucro*. Ressalte-se que, devido a não mais ampla influência da Igreja Católica, como ocorria nos tempos medievos, atualmente o lucro é algo normal e corriqueiro, senão imprescindível para a manutenção do sistema capitalista e o objetivo de toda atividade empresarial ou negocial.

Possui o lucro uma margem variável de cada produto considerada sua utilidade e também a proporcionalidade entre maior ou menor procura e oferta no mercado, que o regulará com vistas também na concorrência empresarial apresentada, seja interna (nacional) ou externa (estrangeira).

De observar que os economistas são praticamente unânimes em afirmarem

que, em regra, *não existem limites ao lucro*, mas não devem ser considerados exagerados ou exorbitantes, devendo guardar uma mínima proporcionalidade com a realidade social. Daí a importância da concorrência no mercado para regular e frear eventuais abusos cometidos nos mais variados setores da economia.

Assim, é possível a existência de até mil por cento de lucro sobre o valor da mercadoria, sem que haja interferências governamentais, desde que inexista a formação de cartéis no setor ou alguma forma de desleal concorrência. Não é raro encontrar produtos de decoração em lojas de grifes vendidos por quase R\$ 1.000,00 (mil reais) enquanto os mesmos produtos podem ser encontrados em lojas de artesanato ou lojas ditas “populares” por nem a décima parte deste valor. Não haverá, então, neste caso, a ocorrência de lesão contratual, visto se tratar de oferta pública de mercado, em que o consumidor poderia e deveria saber pesquisar melhor a escala de preços dos pretendidos produtos. Além disso, é comum que produtos adquiridos em *shopping centers* tenham preços mais elevados em razão da comodidade encontrada e proporcionada: estacionamento facilitado, segurança privada, ar condicionado interno, ampla área de lazer, etc. Ademais, por se tratar de produtos de decoração, como se verá mais adiante, se trata de despesas não essenciais, supérfluas, pomposas ou de ostentação, não guardando proporção com a premente necessidade de aquisição.

É bem verdade que o lucro não encontra, em princípio, limite, tanto que assim decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná, em recente acórdão:

Diante da inexistência de limitação legal para o lucro da Instituição Financeira, a simples alegação de que o "Spread" foi superior a 20% não é capaz de ensejar a configuração do desequilíbrio contratual, eis que o referido "Spread" é comparado ao "lucro bruto", logo, para se verificar o abuso deve-se demonstrar cabalmente que retirando-se os custos da captação permaneça, ainda, um lucro exagerado, fato este não demonstrado nos autos. (TJPR - 15ª C.Cível - AC 0536013-0 - Paranaíba - Rel.: Des. Jucimar Novochadlo - Unanime - J. 26.11.2008).

Contudo, as práticas governamentais de intervenção na economia ocorrem sempre que se percebe um desequilíbrio nos setores essenciais ou mais importantes. Tais práticas, também chamadas de *dirigismo estatal*, interferem ou na área de tributação, aumentando ou diminuindo as alíquotas que incidem no setor, ou proibindo determinadas práticas empresariais, ou fomentando outras, com a concessão de créditos empresariais para a formação de concorrência no setor. Outras vezes consistem na concessão ou restrição de crédito ao consumo de determinados produtos ou serviços, sempre visando seu aperfeiçoamento ou diminuição de produção. Esta interferência funciona como uma orquestra,

cujo maestro, o Estado, deve estar atento para que os instrumentos estejam sempre afinados e sintonizados com a partitura que se executa.

O Brasil já teve experiências com um forte dirigismo estatal na economia, como ocorreu com o tabelamento de preços de produtos essenciais ao consumo, inclusive com a sua limitação de aquisição por consumidor. Infelizmente, como se vem percebendo, a tendência jurisprudencial é a liberação generalizada e ilimitada dos lucros bancários por alguns tribunais, com algumas exceções.¹⁶⁴ Neste caso, é de se questionar se o legislador não deveria impor limites razoáveis aos lucros das instituições financeiras e de crédito com maior comprometimento, apesar dos esforços praticados, como a delimitação do rol de tarifas possíveis de serem praticadas, dando maior transparência e clareza aos consumidores, tudo conforme as Resoluções do CMN n. 3.516, 3.517 e 3.518, e as Circulares do Banco Central n. 3.371 e 3.377. Não obstante a isso, percebe-se uma nítida tentativa do Governo Federal em

¹⁶⁴ EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade. (STF. Tribunal Pleno. ADI 2591, Rel.: Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão: Min. Eros Grau, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006).

não assumir uma disputa direta no sentido de limitar o lucro das instituições bancárias e de crédito, optando por adotar uma conduta de espera que a concorrência entre elas seja a melhor solução.

Então, como conciliar a ideia de lucro bancário com o instituto da lesão? Note-se que a espécie aí tratada é da lesão usurária. Mesmo que as práticas destas instituições de crédito são evidentemente desproporcionais, ou seja, presente o elemento objetivo da lesão, nem sempre se pode comprovar o elemento subjetivo para a configuração da lesão e o pleito da rescindibilidade contratual.

3.3.1.4 Do momento de apreciação da lesão

Dispõe o § 1º do art. 157 que a desproporção das prestações será apreciada segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado, seguindo uma tradição de vários outros códigos, como percebido em tópico anterior.

Uma indagação pertinente é no sentido de se a lesão poderá ser apreciável no momento da celebração da promessa contratual, isto é, no contrato preliminar. Entende-se que não, sendo apenas possível sua constatação na formação do contrato, eis que se constatada a existência dos elementos objetivo e subjetivo, suscitados pelo caput do art. 157, há justo motivo para a sua não celebração, não acarretando qualquer discussão acerca de eventual responsabilidade civil daí advinda.

De observar que este § 1º dispõe apenas do elemento objetivo, e não do elemento subjetivo. Assim, se a premente necessidade existir no momento da celebração do contrato preliminar, ou seja, da *transação econômica*, mas não no momento da celebração do contrato, isto é, da *operação econômica*.

Não haverá lesão, eis que seria possível seu desfazimento ou justa recusa de sua contratação. Haverá, portanto, a convalidação do ato.

3.3.1.4.1 *O desaparecimento posterior da desproporção entre as prestações ou do reequilíbrio automático da avença*

A desproporção entre as prestações pode desaparecer em momento posterior à celebração do contrato. A controvérsia reside em saber se ocorrendo isto a lesão desaparecerá, tornando o contrato inatacável ou ainda discutível. O que se busca compreender, destarte, é a possibilidade ou não de um reequilíbrio automático da avença.

O art. 1448, parte 3, do Código Civil da Itália determina que “a lesão deve perdurar até o tempo em que a ação é proposta”.¹⁶⁵ Também o art. 954, item 3, do Código Civil Argentino dispõe a este respeito: “Os cálculos deverão se fazer segundo valores ao tempo do ato e a desproporção deverá subsistir no momento da ação”.¹⁶⁶

Saliente-se que o desequilíbrio objetivo pode desaparecer em momento posterior pelos seguintes motivos, além da imposição judicial: a) pela vontade das partes; b) pela oscilação do valor das prestações. O primeiro motivo se dá de maneira óbvia, pela transação entre os contraentes com o fim ou de desfazimento do objeto ou com a sua manutenção, oferecendo suplemento suficiente ou com a redução do proveito. Ocorrendo esta hipótese, é possível que a lesão seja afastada desde que restabelecido o equilíbrio objetivo contratual.

Pelo segundo motivo, a oscilação do valor das prestações pode decorrer naturalmente tanto pela desvalorização da prestação considerada de maior valor como pela valorização daquela de menor valor, ou ambas. Caio Mário da Silva Pereira entende que havendo isto o lesado não pode alegar lesão, pois não mais existe a desvantagem, neste sentido:

Na verdade, desde sua origem o instituto se apresenta como filho da equidade, e seu objetivo tem sido a comutatividade. Ora, é desconforme à equitatividade e escapa à equivalência das prestações o poder uma das partes acionar a outra por lesão, se no momento em que ingressa em júízo as prestações já se equipararam, ainda que por motivo independente da vontade das partes. Obviamente será injustiça contratual, e, pois, infração da equidade, que o contratante possa alegar uma desvantagem quando, no momento em que a invoca, tal dano já é inexistente (PEREIRA, 1994, p. 176).

Discordando de tais alegações, há quem as fundamente no próprio direito obrigacional, visto ta hipótese seria equivalente à do art. 234 e 492, ambos do Código Civil¹⁶⁷ (CARDOSO, 2008, p. 254). Apenas para corrigir esta imprecisão, tratar-se-ia de prestação equivalente a deterioração ou perecimento não de bem em obrigação de dar coisa certa, mas

¹⁶⁵ *La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.*

¹⁶⁶ *Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda.*

¹⁶⁷ Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

em obrigação de restituir. A regra a ser aplicável, então, seria a contida nos arts. 239 e 240 do Código Civil:

Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239.

Acrescenta-se a este entendimento, a equiparação da lesão com o instituto correlato do enriquecimento sem causa. Não se pode deixar de comparar, então, com a hipótese prevista da ausência superveniente da causa do enriquecimento, contida na disposição do art. 885 do Código Civil, pois: “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

Como resolver, então, tal questão? Entende-se que o que se busca com a vedação da lesão é a justiça contratual, com o equilíbrio das prestações. Se a viúva que vendeu a casa alegar lesão e, posteriormente, este imóvel sofre desabamento por causas naturais, não há o que se pleitear, visto que mesmo que o contrato fosse rescindido e retornado ao *status quo ante*, o objeto mesmo assim pereceria. Seria até pior para o lesado, se aquele que se beneficiou com o contrato concordasse com a ação proposta e exigisse a devolução daquilo que pagou, se o bem percesse supervenientemente à propositura da ação de rescindibilidade. Haveria muito mais prejuízo ao lesado, outrossim, possibilitando o favorecimento do explorador.

Compreende-se que a solução mais justa ao caso seria, portanto, a impossibilidade de discussão da lesão se houvesse o restabelecimento superveniente do equilíbrio contratual por motivos ou acontecimentos alheios às partes, restaurando, desta forma, a equidade e eliminando o defeito.

3.3.1.4.2 Lesão Superveniente

Ante a grande similitude que a lesão contratual possui com a onerosidade excessiva, é imperioso algumas considerações sobre o assunto. É fácil a constatação de que ambos institutos guardam o ponto em comum de objetivar a manutenção do equilíbrio contratual. Contudo, além de seus elementos específicos, a primeira se concentra no momento

da formação do contrato, enquanto a segunda se forma a partir de um contrato avençado de maneira ainda equilibrada, e só depois é que se desconstrói tal equilíbrio.

A onerosidade superveniente encontra diferenças elementares entre a disposição do atual Código Civil e a do Código de Defesa do Consumidor. Nesta legislação consumerista, o art. 6º, inciso V e o art. 51, inciso IV e § 1º, inciso III, não exigem que os acontecimentos supervenientes modificadores da situação existente à época da celebração dos contratos sejam imprevistos e nem imprevisíveis. Basta que onerem excessivamente o consumidor para ensejar a revisão do contrato. Não se está, neste caso, diante da teoria da imprevisão, que exige, dentre outros elementos,¹⁶⁸ a imprevisibilidade dos acontecimentos e a extrema vantagem para o credor. Estes elementos encontram-se, todavia, no art. 478 do Código Civil, que faculta a resolução dos contratos por onerosidade excessiva, se não modificados a patamares equitativos (de acordo com o art. 479 do Código Civil), nos seguintes termos:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.¹⁶⁹

Observado, assim, uma relativa simetria entre os institutos, comprovando o espírito do Código Civil, em evitar o desequilíbrio contratual.

3.3.2 Do Elemento Subjetivo

Para a configuração da lesão, além do elemento objetivo, que é a manifesta desproporção ao valor da prestação oposta, requer-se ainda que o lesado celebre o contrato sob uma influência (senão como causa), de um elemento subjetivo que, segundo o art. 157 do

¹⁶⁸ Para um mais completo esclarecimento sobre a teoria da imprevisão, recomenda-se a obra de Nelson Borges, *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁶⁹ Entretanto o Projeto de Lei n. 3.619/2008, do Sr. Dep. Fed. Carlos Bezerra, apresenta a seguinte proposta de alteração da redação do art. 478 do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. De nossa parte acreditamos ser merecedor de aplausos tal iniciativa, vez que se adéqua à linha de entendimento do Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, V, e 51, IV e § 1º, III). Segundo a própria justificativa do projeto, “Desnecessário, pois, que o fator de desequilíbrio, ocorrente durante o cumprimento do contrato, seja previsível ou não. Tem-se pois, que ocorrido um evento extraordinário que torne insuportável a contraprestação, impõe-se a revisão contratual”.

Código Civil, se constitui ou de uma *premente necessidade* ou da *inexperiência* do sujeito lesado. Isto deve demonstrar, de acordo com as palavras de Caio Mário da Silva Pereira, uma *situação de inferioridade*. É necessário que a vítima encontre-se num estado de hipossuficiência, isto é, que seja a parte mais fraca da relação contratual, antes mesmo desta se concretizar.

Esta condição também deve ser cabalmente demonstrada. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo Desembargador Vicente Barroco de Vasconcellos, negou provimento à Apelação Cível n.º 70010953636 sob a alegação de que:

[...] No que se refere à alegada lesão enorme que teria sofrido a embargante, ora apelante/apelada, que ensejaria a total nulidade do contrato entabulado entre as partes, tenho que não merece prosperar o inconformismo, pois impossível tal entendimento, tendo em vista que a empresa embargante, ora apelante/apelada, inclusive corroborada pelas palavras da testemunha Carla Proença (fl. 253), arrolada pela embargante, ora apelante/apelada, teve tempo para convocar reunião entre os acionistas e deliberar sobre o contrato e os valores dos honorários que estavam sendo estabelecidos por seus procuradores, de modo que impossível a caracterização, na espécie, da figura da lesão, expressa pelo art. 157 do novo Código Civil, pois, embora se possa entender que o valor da prestação contratada seja manifestamente desproporcional ao valor da contraprestação, inviável se mostra o reconhecimento da premente necessidade no caso concreto, o que faz ruir o argumento de nulidade do contrato, em face da lesão experimentada. Portanto, não merece prosperar o apelo nesse aspecto.

Verifica-se com isso que o Tribunal gaúcho, embora reconhecendo a manifesta desproporção entre as prestações, afastou a configuração da lesão pela ausência de prova do elemento subjetivo, necessário para sua configuração, cumulativamente com o elemento objetivo.

Noutras palavras, o que se busca é que o prejudicado tenha sido levado a celebrar o negócio por circunstâncias tais que impliquem numa desigualdade de fato, em que um Direito preocupado com uma justiça material não deve tolerar.

Ademais, demonstra-se cabalmente a exigência, pelos tribunais, de prova da situação de inferioridade, não se presumindo seus elementos subjetivos. Para corroborar isto, a III Jornada de Estudos do Código Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovou o Enunciado n. 291, que indica a seguinte interpretação: “A lesão acarretará a anulação do negócio jurídico quando verificada, na formação deste, a

desproporção manifesta entre as prestações assumidas pelas partes, não se presumindo a premente necessidade ou a inexperiência do lesado”.

Como se verificará a seguir, entretanto, a comprovação dos elementos subjetivos se torna não raras vezes muito tormentosa, devido ao seu alto grau de subjetividade. Nem tanto em relação à premente necessidade, mas especialmente quando se tratar da inexperiência da vítima da lesão.

3.3.2.1 Da Premente Necessidade

A exigência do estado de premente necessidade requer que o negócio tenha sido celebrado em razão de um estado de precisão que exige solução urgente, imediata, que é justamente o contrato. A celebração contratual se torna a única alternativa para dar fim a uma determinada situação adversa e, para tanto, é levado a aceitar condições econômicas que lhe são desfavoráveis.

A necessidade, de que a lei fala, não é a miséria, a insuficiência habitual de meios para prover à subsistência própria ou dos seus. Não é a alternativa entre a fome e o negócio. Deve ser a necessidade *contratual*. Ainda que o lesado disponha de fortuna, a necessidade se configura na impossibilidade de evitar o contrato. Um indivíduo pode ser milionário. Mas, se num momento dado ele precisa de dinheiro de contato, urgente e insubstituível, e para isso dispõe de um imóvel a baixo preço, a necessidade que o leva a aliená-lo compõe a figura da lesão (PEREIRA, 1994, p. 165).

Mas também não deixa de ser o caso do sujeito desempregado ou sem recursos que, para garantir o sustento próprio e de sua família, aliena bens de seu patrimônio a preços reduzidos, ou do comerciante cujos negócios não vão bem que, para garantir sua permanência no mercado aceita operações desvantajosas no comércio.

A premente necessidade decorre da inexistência de alternativa a outra circunstância reputada como mais grave, que se procura evitar. Se o sujeito não celebrar o contrato nestas circunstâncias, o dano poderá ser ainda mais gravoso. A situação que se evita com o contrato é de extrema carência, compreendendo tanto uma ordem material como espiritual, mas que gere, pelo menos, efeitos patrimoniais. O que importa é que o lesado atue, segundo Santos Cifuentes, “pressionado por circunstâncias não previsíveis que lhe

representem dois males, o destas circunstâncias ou o menor, da realização do ato desvantajoso”.¹⁷⁰

A situação que se evita com o contrato deve ser uma afronta real à dignidade da pessoa humana, devendo ser algo que afete sua essência, não se traduzindo na tentativa de evitar, por exemplo, a falta de dinheiro para a aquisição de produtos supérfluos, pomposos ou de ostentação, como os de decoração, no exemplo dado anteriormente.

Há quem sustente que a necessidade não precisa ser econômica, podendo ser de ordem física ou moral, desde que mais gravosa, como Caio Mário da Silva Pereira e Vladimir Mucury Cardoso. Eles apresentam o mesmo exemplo de homem riquíssimo de cidade do interior que é obrigado a adquirir certo medicamento para seu filho doente, do qual depende a vida, e que só existe em uma farmácia cujo dono estabeleceu preço exageradamente elevado. Neste caso, é certo que o sujeito não se encontra em estado de inferioridade econômica, mas em inferioridade fática, eis que depende do medicamento para salvar a vida do filho. Também é certo que poderia buscar o remédio noutra localidade, mas necessitava dele naquele momento, e não poderia esperar tanto, daí a configuração da *premente* necessidade. Entretanto, não há como concordar com tal exposição, visto que se trata, de acordo com a disposição do Código Civil, de instituto correlato, isto é, do estado de perigo, disposto no art. 156, que tem a seguinte redação: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”

Não ocorre a lesão propriamente dita (do art. 157 do Código Civil), eis que a diferença entre esta e o estado de perigo é que na lesão, em termos de elemento objetivo, o que ocorre é uma prestação manifestamente desproporcional. Já no estado de perigo, a obrigação é *excessivamente* onerosa.¹⁷¹ Neste, não há uma desproporção entre as prestações, pois, supõe-se, um pai zeloso faria qualquer coisa para salvar a vida do filho, assim, a sua vida não tem preço. O que existe é realmente uma excessiva onerosidade para se atingir o objetivo do salvamento que, em outras circunstâncias, não haveria, como se existisse uma real concorrência no mercado ou o dolo de aproveitamento daquele comerciante em explorar uma situação de hipossuficiência fática.

Pode-se afirmar, pois, que a diferença entre na lesão contratual, estatuída no art. 157 do Código Civil, e o estado de perigo, disciplinado no art. 156 do Código Civil, é que

¹⁷⁰ *Presionado por circunstancias ilevantables que le representan dos males, el de esas circunstancias o el mal menor de la realización del acto desvantajoso* (CIFUENTES, 1995, p. 365).

¹⁷¹ Neste sentido, Flávio Tartuce, 2008, p. 367.

na primeira a prestação assumida tem o objetivo é salvaguardar a esfera patrimonial do indivíduo. Por sua vez, no segundo, o que se visa com a celebração contraída é evitar um perigo que acomete o próprio negociante ou alguém íntimo a ele, ou seja, a salvaguarda de bens jurídicos não patrimoniais, como a vida ou a saúde, embora evidente que com efeitos econômicos. Em ambos os casos, a causa para a contratação deve ser a falta de recursos em que se evita a situação mais gravosa.

Uma postura imperdoável do legislador de 2002 foi de exigir no estado de perigo o dolo de aproveitamento por parte do contratante beneficiário, enquanto é dispensável ao instituto da lesão.¹⁷² Isto porque se o estado de perigo salvaguarda bens jurídicos como a vida e a saúde, não poderia impor condições de configuração maiores do que para a salvaguarda patrimonial ocorrida na lesão. Poder-se-ia crer que se o contraente beneficiário não tivesse o conhecimento de tal situação, o negócio se convalidaria. O que de fato ocorreu foi uma falha de redação legislativa. Defende-se que o estado de perigo é compreendido como uma espécie de lesão, que é o gênero. Realmente não guarda sentido exigir o dolo de aproveitamento no estado de perigo, mas se este não for comprovado ou mesmo inexistir, o magistrado deve, com base no art. 113 e 422 do Código Civil, aplicar analogamente ou art. 157 ou o art. 884, ambos do mesmo Código, com vistas ao princípio do equilíbrio contratual e à vedação do enriquecimento sem causa, dependendo do caso, para o desfazimento do contrato ou a busca de seu reequilíbrio.

Voltando à premente necessidade do art. 157, um exemplo é o sujeito que, ao ter sua casa destelhada por forte chuva e granizo, encontra-se obrigado a pagar quantia exorbitante, bem acima do preço de mercado, para a aquisição de telhas no único estabelecimento comercial que as disponibilize na localidade, com vistas a cobrir sua residência e evitar que a chuva iminente danifique seus móveis e patrimônio. Outro caso é o do clube de futebol do interior que, contando com ônibus próprio, durante o trajeto para partida na capital do estado, quebra o veículo em determinada cidade e tem de contratar empresa local para o transporte dos jogadores e da respectiva bagagem. No caso desta empresa, única disponível naquele momento e localidade apta a servir o clube, exigir quantia abusiva, muito acima do praticado no mercado em situações normais para fretamento de ônibus, poderá se configurar a lesão, eis que a premente necessidade se constata com a odiosa

¹⁷² Neste sentido é o Enunciado n. 150 da III Jornada de Estudos do Código Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que estabelece: A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento.

hipótese de, não aceitando o contrato naqueles termos, se perder o horário da partida e os transtornos e prejuízos daí gerados serem incomensuráveis.

Na doutrina ainda se encontram exemplos de quem adquire algum bem para realizar, sem demora, algum empreendimento indispensável ou absolutamente necessário e da empresa que precisa, fundamentalmente, de certa matéria-prima e não tem meios de obtê-la senão pagando o preço extorquido.¹⁷³

Como visto, então, a premente necessidade contratual não decorre da capacidade econômica ou financeira do lesado, mas da circunstância dele não poder deixar de efetuar o negócio. Um dos problemas aventados e de grande oportunidade é acerca do Estado ser ou não vítima de lesão. Resta evidente que qualquer pessoa jurídica de natureza pública não pode alegar inexperiência ou leviandade, mas se torna perfeitamente possível sua sujeição a estado de necessidade, como numa hora de calamidade pública, de epidemia, em que o Estado pode ser forçado a adquirir, com a maior urgência, determinados produtos químicos ou medicamentos, por preço exagerado, se configurando, daí, a lesão. Quanto a isso, Caio Mário da Silva Pereira justifica:

Quando o Estado contrata com o particular, desce ao nível deste, e, agindo por intermédio de seus representantes, é passível de sofrer lesões capazes de afetar sua economia. Da mesma forma que as pessoas jurídicas de direito privado, pode tornar-se sujeito passivo de delitos contra a propriedade, e contra seus interesses morais (PEREIRA, 1994, p. 166).

Superada a análise da premente necessidade, parte-se ao estudo da outra espécie de elemento subjetivo, a inexperiência contratual.

3.3.2.2 Da Inexperiência Contratual

A falta de experiência deve se ater à ausência de familiaridade com o negócio celebrado. Ela não se confunde com a ausência de cultura ou erudição, nem é sinônimo de simplicidade ou rusticidade. Para Caio Mário da Silva Pereira, “um homem erudito, letrado, inteligente, muitas vezes se acha, em contraposição com o co-contratante arguto, na situação de não perceber bem o alcance do contrato que faz, por escapar aquilo à sua atividade comum” (PEREIRA, 1994, p. 167).

A inexperiência até pode ser geral, decorrente do grau modesto de desenvolvimento, porém ter-se-á de examinar a inexperiência contratual, que se aferirá tanto

¹⁷³ PEREIRA, 1994, p. 166.

em relação à natureza da transação quanto à pessoa da outra parte. Neste caso, ela deve ser compreendida de modo relativo. Segundo Santos Cifuentes:

É falta de conhecimento acabado do ato de que se trata, dos elementos que o correspondem e efeitos que podem se produzir. Há conhecimento geral, mas falha, para este negócio, por ausência de condições no sujeito, já que é analfabeto ou por completa incultura e ausência de pré-noções que permitam advertir y precaver os contratemos. Sem chegar a ser caso de ignorância ou erro, há uma fronteira muito tênue desse vício de vontade.¹⁷⁴

Como bem avivado por este doutrinador argentino, há uma linha muito tênue entre a inexperiência e o erro ou a ignorância, que são outro vício de consentimento. A primeira se refere a uma ausência de pré-noção das conseqüências contratuais, que permitem “advertir e precaver os contratemos” advindos do contrato. Já o erro e a ignorância são a ausência total desta noção, em que se pensa tratar de outro negócio jurídico.

A idade do indivíduo pode dar uma ideia de suas experiências, mas nem sempre. Imagine-se um sujeito, recentemente com 18 anos completados, que se vê no infortúnio da orfandade, cujos pais falecem em acidente automobilístico, e como filho único recebe uma herança de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) distribuídos em ações mobiliárias, investimentos, imóveis e empresas para administrar. Sua vida e experiência até então eram somente estudos preparatórios para o vestibular e a prática de esportes. Esta pouca idade, mesmo que superior ao limite da incapacidade e legitimado para os atos da vida civil, pode induzir inexperiência, de acordo com a natureza do negócio e a pessoa da contraparte, bem como circunstâncias diversas que se relacionem com o contrato. No entanto, se este jovem fora preparado pelos pais para assumir a administração da fortuna e demonstra familiaridade nos negócios da família, a inexperiência poderá ser afastada.

Já no exemplo anteriormente citado da venda do imóvel pela viúva, mesmo que de idade avançada, se sua vida fora de servidão doméstica ao falecido marido, que era quem tomava as decisões nos negócios, poderá ser considerada inexperiente pela ausência do trato negocial. Portanto, a inexperiência deverá ser comprovada em cada caso específico, dependendo das particularidades e circunstâncias específicas dos contratos discutidos.

Levanta-se a questão se estas duas condições, *premente necessidade* e *inexperiência contratual*, são os únicos elementos subjetivos ou se são apenas

¹⁷⁴ *Es falta de conocimiento acabado del acto de que se trata, de los elementos que le corresponden y efectos que pueden producirse. Hay conocimiento general, pero falla, para este negocio, por ausencia de condiciones en el sujeto, ya porque es analfabeto o por completa incultura y ausencia de prenociones que permiten advertir y precaver los contratiempos. Sin llegar a ser caso de ignorancia o error, hay una frontera muy cercana a esse vicio de la voluntad (CIFUENTES, 1995, p. 372).*

exemplificativos, isto é, podendo ser identificáveis outras possibilidades de hipossuficiência ou inferioridade contratual. Defende-se a posição afirmativa, com algumas ponderações, vez que o Código Civil de 2002 foi demasiado econômico na identificação destes aspectos. A Lei dos Crimes Contra a Economia Popular (Lei n. 1521/51), por exemplo, inclui ao lado destes aqui analisados, a leviandade, como o fez o Código Civil Alemão. Este termo equivale à afoiteza na relação do negócio, à ausência da necessária e indispensável reflexão em torno das conseqüências advindas do contrato. Observe-se que a leviandade e a afoiteza podem ser enquadrados como inexperiência negocial. Já a codificação lusitana faz alusão a outros aspectos, como “ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem” (art. 282 do Código Civil Português).

Desta forma, como o intento da norma contida no art. 157 é estabelecer um estado de inferioridade e conferir um amplo campo de incidência ao instituto da lesão, aquela não se esgota na premente necessidade e na inexperiência, mas contribuem para a sua configuração e complementação.

Emprestando as lições do Direito Argentino, esta questão foi discutida nas *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, congresso realizado em Santa Fé, entre os dias 23 e 25 de setembro de 1999. Ali, a *Comisión n. 1*, destinada ao estudo dos *perfiles actuales de la lesión* aprovou o seguinte enunciado:

O estado de inferioridade é aquele no qual a vítima não pôde adotar as medidas necessárias para salvaguardar seu interesse ante a outorga de um ato oneroso e comutativo e, como conseqüência disso, se produz ao menos uma evidente desproporção entre as prestações. De *lege ferenda*, tal estado de inferioridade, deve compreender todas as situações que, objetiva ou subjetivamente, geram uma desproporção notável nas prestações.¹⁷⁵

Assim sendo, em se tratando de norma formada por conceitos indeterminados, o magistrado pode dar maior amplitude aos termos inexperiência e premente necessidade para alcançar o objetivo específico da extirpação da lesão nos contratos, de acordo com o seu agir prudencial, compreendido pelo sistema pós-positivista.

¹⁷⁵ *El estado de inferioridad es aquel en el cual la víctima no ha podido adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su interés frente al otorgamiento de un acto oneroso y comutativo y como consecuencia de ello, se produce cuando menos una evidente desproporción en las prestaciones. De lege ferenda, dicho estado de inferioridad, debe ser comprensivo de todas las situaciones que objetiva o subjetivamente, generaran una desproporción notable en las prestaciones* (Disponível em <http://www.salvador.edu.ar/juri/lesion1.htm>. Acesso em 28/03/2009).

3.3.2.3 Do Dolo de Aproveitamento

O art. 157 do Código Civil não exige o dolo de aproveitamento¹⁷⁶ para a configuração da lesão contratual, mas, como visto, o exige para o estado de perigo, tal como disposto no art. 156 do mesmo Código. Além deste artigo, assim também o exige alguns dos ordenamentos estrangeiros e a própria Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei n. 1521/51), na forma do art. 4º, alínea *b*, consistente em “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” (grifo nosso). Diante disto, se entende necessário discorrer acerca da omissão ocorrida no atual Código Civil.

O dolo de aproveitamento é o agir com o fim de se beneficiar de uma situação conhecida de estado de inferioridade em que a outra pessoa se encontra. Não se exige a intenção malévola de lesar, mas é essencial a exploração da posição deficitária do outro contratante, isto é, o *aproveitamento* desta situação de forma abusiva desse estado, para si ou para outrem.

Não obstante o art. 157 não exigir esta espécie de dolo, eventual dúvida acerca de sua necessidade para a configuração da lesão, ao menos para este artigo, foi sanada pela edição do Enunciado n. 150, aprovado na III Jornada de Estudos do Código Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal ao estabelecer que “a lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”.

Vários são os motivos pelos quais se chega a este raciocínio. O primeiro deles encontra-se na dificuldade da prova do aproveitamento, eis que a parte hipossuficiente se sobrecarregaria de ônus.

Alguns ainda entendem que o dolo de aproveitamento seria presumido e não dispensado, pois que uma parte, para lucrar com exagero, se aproveitou dolosamente da inferioridade alheia (THEODORO JÚNIOR apud CARDOSO, 2008, p. 234). Como já citado anteriormente, para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho o ordenamento jurídico já não mais admite o “negócio da China”. Portanto, aquele que se deparar com tal situação deve supor que se trata de um negócio passível de anulação, considerando que a ninguém é dado um enriquecimento sem causa – salvo nas hipóteses legalmente permitidas, como os jogos e loterias autorizados pela legislação, e recebimento de heranças –, ou a celebrar um

¹⁷⁶ Pode-se afirmar que a premente necessidade e a inexperiência seriam elementos subjetivos do contraente lesado, enquanto o dolo de aproveitamento seria o elemento subjetivo da parte beneficiada.

contrato em flagrante desequilíbrio. Isto porque a Constituição apregoa os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho.

Acerca da exigência ou presunção do dolo de aproveitamento, entende-se que não seja o entendimento mais aceitável, o que fez bem o legislador de 2002 em não apresentá-lo como requisito. Isto devido a lesão se configurar a partir da manifesta desproporção das prestações e do estado de inferioridade (elementos objetivo e subjetivo), e até porque a outra poderia estar de boa-fé, na suposição de estar fazendo um ótimo negócio ou mesmo conseguindo lucrar com aquela atividade. Mas lucros desabusados e benefícios desproporcionais aos da contraparte não são expectativas legítimas. “Muito pelo contrário, são resultados inadmissíveis, antijurídicos, contrários ao princípio do equilíbrio contratual, que inspira o Direito contemporâneo dos contratos” (CARDOSO, 2008, p. 236).

Admitir o dolo de aproveitamento seria como punir a conduta do beneficiado explorador e o espírito do Código Civil não é esse. Ele busca antes de tudo uma equivalência de prestações nos contratos, ou seja, um equilíbrio contratual. E desde o direito romano, o objetivo da lesão é evitar a exploração dos mais fracos pelos mais fortes, o que não será obtido se a sanção do negócio depender do conhecimento da parte beneficiada. Assim, não se busca apenas punir a atitude exploradora, mas antes em proteger o lesado e, como se verá mais adiante, a manutenção do contrato.

Resta, pois, evidente que o Código Civil desenhou a lesão nos contratos apenas com dois elementos: a desproporção excessiva entre os benefícios auferidos e o estado de inferioridade do lesado, desdenhando do dolo de aproveitamento.

3.3.3 Natureza jurídica e tentativa de conceituação

Os ordenamentos jurídicos estrangeiros e a doutrina, tanto daqui como de fora, divergem sobre qual seja a natureza jurídica da lesão.

A lesão contratual nada mais é do que uma lesão do Direito aplicável na seara contratual, mais especificamente no momento de sua formação. Assim, a lesão deve ser combatida como qualquer ato injusto. O ordenamento cria regras para o seu combate e os insere como *medicamentos específicos* a cada contrato, deixando-os à disposição do aplicador do Direito para deles fazer uso, e aos seus destinatários para os seguir, sob pena da rescindibilidade de seus atos.

Sempre que houver a quebra do equilíbrio contratual, ali haverá uma lesão, devidamente caracterizada por seus elementos atinentes ao caso específico. Em cada

momento que aparece, poderá a lesão exigir determinados elementos especiais para a sua configuração, como o dolo de aproveitamento, uma tarifação diferente, um elemento subjetivo particular, entre outros.

Ela é um instrumento, pois, de análise da inexistência da justiça material contratual ou da percepção de desequilíbrio entre as partes no momento da formação do contrato.

O equilíbrio das partes nos contratos pode ser visto como um princípio a ser seguido nas relações jurídicas contratuais, tanto que várias vezes o Código Civil nitidamente o estabelece com as mais variadas peculiaridades, de acordo com o que se exige cada caso específico. No restante do ordenamento, esta tônica também se faz clara. Assim, dentre suas diversas aparições, destacam-se, dentre outras:

- a) a lesão comum nos contratos, caracterizada como defeito do negócio jurídico, de acordo com o estabelecido no art. 157 do Código Civil, e no momento da formação dos negócios;
- b) o estado de necessidade, em que o maior bem jurídico tutelado é a vida e a saúde, conforme preceitua o art. 156 do Código Civil;
- c) a lesão superveniente, que pode ter ou a forma descrita no Código de Defesa do Consumidor, sem os elementos da Teoria da Imprevisão, ou a forma do art. 478 do Código Civil;
- d) a lesão usurária, prevista na Lei n. 1521/51, art. 4º, *b*, e no Dec.-lei 22.626/33, que coíbe a usura nos contratos de mútuo;
- e) as cláusulas potestativas, previstas no art. 498 do Código Civil;
- f) a não correspondência de extensão de área na venda de imóveis, tal como disposto no art. 500 do Código Civil;
- g) a lesão donatária, prevista no art. 548 do Código Civil;
- h) o aluguel manifestamente abusivo nos contratos de locação, que poderá ser reduzido equitativamente pelo magistrado, disposto no art. 572 e parágrafo único do art. 575 do Código Civil e art. 4º da Lei n.8245/91;
- i) a redução equitativa das cláusulas penais, prevista no art. 413 do Código Civil;
- j) a revisão do contrato de empreitada, se ocorrendo diminuição no preço do material ou da mão de obra superior a 1/10 (um décimo) do preço global convencionado, a teor do art. 620 do Código Civil;

- k) a redução equitativa das cláusulas penais, prevista no art. 413 do Código Civil;
- l) a lesão nas partilhas, disciplinada no art. 2027 do Código Civil;
- m) o preço vil, inserto no processo civil acerca da proibição da alienação judicial de bens com preços módicos, dentre muitos outros que se poderiam mencionar e dispersos em todo o ordenamento.

Cada um destes instrumentos são formas de garantir o equilíbrio contratual e pode possuir características especiais, que o outro não necessariamente possui; cada um tem seus elementos particulares, mas possuem como elemento comum a inexistência da justiça material aplicada nos contratos. Elas também são aplicáveis em graus e em momentos diferentes, possuindo, assim, uma natureza particularizada, dependendo do contrato, e também uma previsão sancionadora diferente.

Como este estudo se voltou preponderantemente à análise do art. 157, a natureza jurídica ali presente demonstra-se deveras incontroversa, encontrando-se muitas posições a seu respeito. Há quem a defenda como vício do consentimento, defeito ou vício autônomo, ou ainda ato *quase* ilícito.

Defende-se neste estudo que a lesão possui a *natureza jurídica de vício de consentimento*, eis que não se distancia dos demais vícios do consentimento por estes terem seu fundamento de invalidade do negócio na desconformidade entre a *vontade real* e a *vontade declarada* (no caso de erro), em manobras ou maquinações de um dos contratantes para fazer o outro consentir o contrato (dolo), ou mesmo num processo de intimidação. Ela se distancia dos vícios sociais, como a fraude contra credores ou a simulação, por não existir um prévio ajuste entre os contraentes para fraudar legítimas expectativas de terceiros.

De observar que na lesão, o prejudicado *não quer* contratar, mas é levado a isto por uma premente necessidade (ele precisa contratar para evitar uma situação ainda mais grave que as conseqüências de sua celebração), ou se o quer, não o celebraria se tivesse o discernimento ou conhecimento necessário que lhe falta pela sua inexperiência. No primeiro caso é muito semelhante à coação, porém não praticada pelo outro contraente. No segundo, assemelha-se ao erro, porém devido não a um elemento objetivo, mas, sim subjetivo, isto é, de cognoscibilidade.

Desta forma, e com base nos argumentos anteriormente alinhavados, entende-se a lesão como sendo o *vício de consentimento em que uma pessoa, em notório*

estado de inferioridade, se sujeita a uma prestação manifestamente desproporcional com a prestação oposta.

3.3.4 Do Âmbito de Aplicação e Formas Especialíssimas de Lesão

Algumas codificações excluem a lesão expressamente de alguns contratos e também mesmo alguns contratantes. Como se teve a oportunidade de verificar, o Código Napoleônico restringe a aplicação da lesão apenas aos contratos imobiliários e à partilha, e também a legitimidade para seu requerimento apenas aos adquirentes nos contratos de venda.

Já o Código Civil da Bolívia expressamente exclui, em seu art. 562, os contratos a título gratuito, os aleatórios, a transação, as vendas judiciais e os demais casos assinalados pela lei.

Entende-se, entretanto, que o legislador brasileiro fez bem em não excluir expressamente o instituto da lesão em alguns ou determinados contratos ou mesmo situações. Isto porque o contrato se mostra como sendo o resultado muito mais de uma necessidade do que um puro querer ou mera voluntariedade, em que os contraentes dizem: *como hoje não tenho nada a fazer, farei um contrato com meu amigo*. Esta constatação contribuiu sobremaneira para a própria decadência e relativização do dogma da autonomia da vontade. Via de regra, o contrato não é um desejo do contratante, mas uma *exigência* do modo de vida capitalista em que os bens e serviços são colocados no mercado para serem transacionados. Esta dinamicidade das relações sociais, em que os bens materiais são repassados faz com que o contrato se torne essencial, necessário, mesmo quando seja a avença verdadeiramente querida.

Dentre todas as espécies e classificações de contratos, onerosos e gratuitos, comutativos e aleatórios, bilaterais e unilaterais, os doutrinadores afirmam que é cabível a lesão nos contratos em que for exigível certo equilíbrio relativo aos *efeitos*. Desta forma, é certo, desde que oneroso o contrato, não há porque afastar a possibilidade de lesão. Mas e nos contratos gratuitos e unilaterais? Autores que enfrentaram este tema, como Vladimir Mucury Cardoso entendem que “excluem-se [...] do seu âmbito de aplicação os negócios unilaterais e os contratos gratuitos, haja vista que nem uns nem outros são passíveis da desproporção que o ordenamento pátrio exige” (CARDOSO, 2008, p. 271).

É de se concordar em parte com esta premissa. Aceita-se que o art. 157 do Código Civil não tem aplicação sobre tais contratos, especialmente sobre a doação, mas acerca desta lhe é prevista uma forma especialíssima de lesão, que se denomina *lesão*

donatária, descrita no art. 548 do Código Civil, com uma sanção maior que a mera rescindibilidade: a plena nulidade. É assim determinado referido artigo: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”. De observar que nesta espécie, há apenas o elemento objetivo, sem necessidade de demonstração ou configuração do subjetivo. Crê-se aqui se tratar da aplicação máxima da desproporcionalidade das prestações opostas, eis que se atinge o todo, e não apenas uma proporção significativa do patrimônio do lesado.

Por outra senda, acerca da impossibilidade da lesão nos contratos aleatórios, o Código Civil Italiano, assim como o Boliviano a confirmam. Dá-se pela dificuldade de determinar o preço justo, pois não lhes é intrínseco o equilíbrio entre as prestações. É da sua própria natureza a incerteza – a *álea* – que implica a possibilidade de ganho ou de perda. A razão, entretanto, não reflete este raciocínio.

Não é no resultado final que se deve avaliar a existência da lesão neste tipo de contrato, mas no momento da sua celebração, anterior a qualquer resultado, de modo que não se possa, *a priori*, saber quem ganhará e quem perderá com o contrato. Se não houver uma equivalência entre as possibilidades de ganho e de perda, ou seja, se um dos contraentes tem muito mais possibilidades de ganhar do que perder, independentemente do resultado, poderá existir a lesão, ou pelo menos a configuração de seu elemento objetivo.

Tome-se como exemplo, o caso de idosa de 90 anos que transfere seu imóvel de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a outrem em troca apenas de uma renda vitalícia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem qualquer outro ônus, enquanto se poderia alcançar uma locação no valor equivalente. Se o contrato foi oneroso, e não gratuito, é plenamente possível se pleitear a rescisão do contrato com fundamento na lesão se existente um elemento subjetivo, inclusive por seus eventuais herdeiros. Plenamente possível, então, a configuração da lesão nos contratos aleatórios.

Outro caso de forma especialíssima de lesão é a ocorrida na *partilha* dos inventários e sucessões, tanto que assim dispõe o art. 2027 do Código Civil: “A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”. Compreende-se aí, logicamente, a lesão como defeito do negócio jurídico que é. A observação pertinente diz acerca da diminuição do prazo prescricional contida em seu parágrafo único: “Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha”.

Nos contratos de compra e venda, o art. 489 fornece a sanção da nulidade às cláusulas potestativas, neste sentido: “Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”. A proibição de tais cláusulas

encontra-se em perfeita sintonia com a vedação da lesão nos contratos e com os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé.

Em se tratando de vendas imobiliárias, o art. 500 fornece a solução do complemento ou mesmo da resolução do contrato ou ainda do abatimento proporcional ao preço em casos de falta de área do imóvel. O § 2º dá a solução para o caso em que se ignorou a real extensão e houve a transferência de mais do que se pretendia.¹⁷⁷

Por outro lado, sustenta-se a ideia de que se insere no contrato a cláusula de retrovenda, a lesão pode ser afastada, cabendo apenas ao lesado o dever de restituição do preço recebido, tal como disposto no art. 505 do Código Civil:

O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

Esta disposição faz lembrar as palavras de Roberto de Ruggiero, acerca da revogabilidade, eis que possível, então, o desfazimento e possibilidade de retomada da justiça material:

Não há aqui um vício ou uma imperfeição a abrir caminho à impugnação, mas trata-se de um caráter específico que apresenta o negócio jurídico e que consiste em que a vontade do indivíduo, posto que devidamente manifestada e capaz de produzir os seus efeitos próprios, continua ainda a pertencer ao sujeito, o qual pode assim retomá-la e impedir que produza o efeito a que se destinava: o declarante tem um *jus poenitendi*. Ora, há negócios jurídicos que, pela sua própria natureza, são essencialmente revogáveis, o que depende do fato da vontade; posto que manifestados por formas legítimas, não são capazes de criar um direito subjetivo mas, quando muito, uma simples expectativa, como o testamento e todas as disposições *mortis causa*; se a vontade se destina a operar no tempo depois da morte, a série dos fatos jurídicos necessários para produzirem o efeito não se esgotou ou extinguiu com a simples declaração de vontade, falta a morte e até que esta não venha a vontade é plenamente revogável (*ambulatoria voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*) (RUGGIERO, 1971, p. 277-278).

¹⁷⁷ Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

§ 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso.

Várias outras disposições no ordenamento jurídico apresentam uma similitude institucional com a lesão, muito se parecendo como formas especialíssimas de lesão, mas que, na verdade, se tratam da verificação do princípio do equilíbrio contratual e que apresentam soluções a situações de desequilíbrio ou no momento da formação do contrato ou ainda superveniente.

Assim, nos contratos de locação também não deve prevalecer um desequilíbrio entre as avenças. Neste caso específico, o Código Civil permite ao juiz também reduzir os aluguéis para bases razoáveis, de acordo com as regras de justiça material.¹⁷⁸ Idêntica solução é apresentada quando se depara com cláusula penal excessiva.¹⁷⁹

Além da lesão usurária descrita no Dec.-lei n. 22626/33 e na Lei n. 1521/51, o art. 591 do Código Civil também prevê a possibilidade do reequilíbrio do contrato, assim disposto: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.”

No contrato de empreitada, o art. 620 garante também o equilíbrio entre as prestações: “Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada”.

E se poderia tecer vários outros dispositivos que encontram correlação maior ou menor à lesão, formada no momento do contrato ou supervenientemente, tanto no Código Civil como em outras diretrizes legais e normativas.

Mas como não se poderia deixar de abordar neste item, ainda que de passagem, visto que já se discorreu anteriormente, e dada sua importância, o estado de perigo também tem uma aparente forma especial de lesão, exigindo a demonstração do dolo de aproveitamento e com o intuito de salvaguardar um mal maior cuja ofensa é a um bem jurídico não patrimonial, ou seja, a vida ou a saúde do contratante ou de pessoa íntima ou próxima a ele.

¹⁷⁸ Art. 572. Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis.

Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

¹⁷⁹ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Finalmente, fora do âmbito de aplicação do Código Civil, o preço vil nas alienações judiciais também pode ser considerado uma forma especialíssima de lesão, como se teve a oportunidade de verificar anteriormente, guardada as devidas proporções.

3.3.5 Da Sanção da Lesão: Anulabilidade do Negócio Jurídico

O § 2º do art. 157 do Código Civil traz a seguinte disposição: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, sou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. Além da desconstituição do negócio jurídico, este parágrafo não deixa dúvidas de que o lesado pode tanto ser o alienante como o adquirente, eis que a expressão *oferecido suplemento suficiente* determina que quem o fará é o adquirente de bem a preço menor e o lesado é o alienante. Busca-se um aumento no preço pago.

Já a expressão *concordar com a redução do proveito* se refere ao alienante que negociou o bem por preço maior do que o de mercado, e o lesado, obviamente, aquele que adquiriu o bem, pagando mais do que se deveria ou poderia.

Acerca da anulação do negócio jurídico, inicialmente, o que se visa com a alegação da lesão não é que ela [a anulação] ocorra, mas a conservação do contrato, tanto que assim é a redação do Enunciado n. 149, aprovado na III Jornada de Estudos do Código Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

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.

Desta forma, o magistrado deverá persistir para que os contraentes acordem sobre a questão, alcançando o tão almejado reequilíbrio na avença, eis que perseguir uma justiça material-contratual no processo é uma tarefa extremamente extenuante, em meio a tantos afazeres nos fóruns e tribunais, e sempre motivo de irresignação da parte perdedora. O meio mais eficiente de se encontrar este equilíbrio é, sem dúvida, o acordo entre as partes, que se dê de modo relativamente satisfatório.

O acordo processual pode também evitar o problema de se ter de anular o contrato e retroagir ao *status quo ante*, na medida do possível, o que fatalmente gerará

maiores problemas e discussões entre as partes, como o ressarcimento da quantia paga ou a indenização pelo aproveitamento da posse do bem.

Além disso, nem sempre a parte lesada aceitará e poderá promover a restituição do que recebeu, seja por uma questão física, ou financeira, sendo o único caminho possível a revisão contratual, a exemplo do que ocorre nos contratos de concessão de crédito. Este entendimento é corroborado pelo Enunciado n. 291, aprovado na III Jornada de Estudos do Código Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que disciplina:

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.

Desta forma, o melhor caminho ao magistrado é rever o contrato, modificando as cláusulas pertinentes, com vista ao reequilíbrio, se não conseguir apresentar uma solução justa na forma de acordo entre as partes e para evitar a anulação contratual e conseqüente retrocessão ao *status quo ante*.

Contudo, se não houver alternativa senão a decisão judicial, uma vez configurada a lesão, parte-se para a sua anulação. Entende-se desnecessário apresentar aqui a Teoria dos Atos Jurídicos, abrangendo seus planos da existência, validade e eficácia.¹⁸⁰ Reputar-se-á apenas o que se entende por mais importante na construção do raciocínio que se fará a partir de agora.

A invalidade comporta graus, segundo a natureza do preceito legal violado, ou seja, se é o interesse público ou privado que a lei infringida visa resguardar. Assim, a reação do ordenamento pode ser mais enérgica no caráter público e mais branda no privado. E é neste contexto que se insere a nulidade e a anulabilidade.

Ocorre a nulidade quando a infração se dirige a preceito de ordem pública ou norma imperativa. Neste caso, o negócio revela-se inquinado por algum vício essencial e a nulidade retira todo o valor do ato. O art. 166 do Código Civil traz um rol exemplificativo de negócios jurídicos considerados nulos, neste sentido:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

¹⁸⁰ Veja-se para tanto, as obras de Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, São Paulo: Saraiva, 2007; *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, São Paulo: Saraiva, 2007; *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2008.

- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

A nulidade possui uma graduação mais grave por sua forma e conteúdo, assim considerados pelo legislador. Também se apresenta com nulidade a sanção determinada à simulação (art. 167),¹⁸¹ que no código de 1916 era considerada um vício social, ao lado da fraude contra credores, e também como defeito dos negócios jurídicos. Mas dada a sua gravidade, sua sanção foi elevada à nulidade, o que parece que fez bem a nova codificação. Contudo, a fraude contra credores possui o mesmo grau de reprovação que a simulação e não mereceu a mesma punição, permanecendo com a pena de anulabilidade.

Esta, por sua vez, representa uma reação mais amena do ordenamento porque o vício poderá ser eliminado, restabelecendo a normalidade do ato. Para Roberto de Ruggiero:

A anulabilidade não é só uma imperfeição menos grave do negócio (no qual existem todos os elementos essenciais, posto que com algum vício), mas também uma condição jurídica substancialmente diversa da nulidade. (...) Na verdade, o negócio anulável não é já um negócio que o ordenamento considere inexistente; pelo contrário existe e tem eficácia plena como se não tivesse vícios, até que a pessoa interessada e autorizada por lei a fazer valer o vício o faça valer, mediante uma ação, uma exceção ou uma anulação. A eficácia do negócio é, pois, condicionada ao não exercício do direito a invocar a sua invalidade, não havendo assim, na prática, diferença alguma entre o ato anulável e o ato plenamente válido, quando suceda que o direito a impugná-lo não seja exercido por quem a ele esteja autorizado ou tenha passado o tempo para o exercer. Esse fenômeno, pelo qual o ato sujeito a impugnação se liberta do vício e se torna depois inatacável (revalidação), é precisamente o contrário daquele já observado da nulidade superveniente e segundo o qual um ato de início plenamente válido se torna depois nulo (invalidação). (RUGGIERO, 1971, p. 272-273).

O art. 171 do Código Civil traz os casos de anulabilidade do negócio jurídico, nestes termos:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

¹⁸¹ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

- I - por incapacidade relativa do agente;
- II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Assim, tem-se que a lesão é causa de anulabilidade e, dentre as suas principais características, sobressaem-se: a) a possibilidade de convalidação do ato ou negócio em momento subsequente, o que não ocorre com a nulidade absoluta; se ratificado o ato, possuirá efeitos *ex tunc*; b) a declaração de anulabilidade gera efeitos *ex nunc*, enquanto a nulidade, efeitos *ex tunc*; c) não pode ser declarada de ofício pelo juiz, ou seja, deve ser requerida pela parte interessada, enquanto a nulidade pode.

Finalmente, impõe observar que Roberto de Ruggiero defende a ideia de que os atos ou negócios lesivos, por serem menos graves que os vícios de consentimento, podem ser simplesmente rescindidos, não se pautando na anulabilidade, baseados na própria *lesão*, ou seja, cria a uma hipótese de rescisão do contrato baseado não na nulidade ou na anulabilidade, mas na lesão do negócio em si, eis que um instituto de natureza autônoma.

A rescindibilidade prescinde de qualquer vício do consentimento ou de incapacidade da pessoa, sendo o seu pressuposto uma *lesão*. E por lesão deve aqui entender-se não a violação comum e genérica da esfera jurídica alheia (ataque puro de um direito alheio, de conhecida proibição do *neminem laedere*), mas uma tão grave desproporção entre a prestação dada ou prometida e a contraprestação recebida ou prometida que origine um iníquo depauperamento de um e um injustificado e desproporcionado enriquecimento do outro. Lesão, em sentido técnico existe assim nos contratos comutativos quando à prestação de uma parte corresponde uma prestação da outra tão gravemente desproporcionada que exceda quaisquer limites toleráveis da livre avaliação dessas partes acerca da vantagem ou do ônus que cada uma promete ou espera do contrato. Árdua e delicada é a missão do legislador ao determinar até que ponto o livre arbítrio do indivíduo, ao medir a equivalência das prestações foi superado pela inexperiência, pelas necessidades urgentes ou por outras causas perturbadoras, de modo que, faltando qualquer correspondência, se imponha um remédio legal a favor do contraente lesado, visto que ou se adota um limite predeterminado e se corre o risco de deixar sem tutela uma série de convenções lesivas, ou não se adota um limite fixo e admite-se a impugnabilidade por lesão cada vez que há uma grave desproporção, e então corre-se o outro perigo de expor as convenções a impugnações caprichosas e arbitrárias (RUGGIERO, 1971, p. 276).

Contudo, em nosso ordenamento, tal como se depreende do Código Civil, a anulabilidade é a punição para os contratos lesivos de acordo com a lesão apreciada no art.

3.3.6 Decadência ou Prescrição?

Determina o art. 178, inciso II, do Código Civil, que a lesão não se submete à prescrição, como nos demais códigos, mas à decadência, neste sentido:

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...] II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

É necessário, então, tecer alguns comentários acerca da prescrição e da decadência. Com o advento do Código Civil de 2002, houve uma sensível diminuição temporal nos prazos prescricionais e decadenciais em relação ao seu antecessor. O motivo desta alteração se deve ao fato de que a realidade social de 1916 era diferente da dos dias atuais. Uma grande diferença (ou ausência) tecnológica se fazia sentir, como a dificuldade de comunicação (telefones, cartas, etc.) e transporte (tanto em relação aos meios como as vias), fazendo com que as distâncias hoje sejam bem menores do que no início do século passado e também facilitando a ciência da vontade das partes em menos tempo para a celebração dos negócios jurídicos. Daí a desnecessidade de prazos tão extensos para os titulares de direitos adotarem determinada postura em abandonarem seu inicial estado de inércia na defesa de seus direitos.

Desta forma, a dinamicidade das relações comerciais, civis e, principalmente, consumeristas, exige maior agilidade por parte dos interessados inclusive com vistas ao próprio fundamento da prescrição. Humberto Theodoro Júnior recorda que

Continua sempre atual o ensinamento de Savigny no sentido de que o fundamento principal da prescrição é a necessidade de serem fixadas as relações incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se, após determinado lapso de tempo, a incerteza acaso suscetível sobre a qual não se provocara até então o acerto judicial (ALVIM et al. p 322).¹⁸²

Os critérios utilizados para a diferenciação entre prescrição e decadência na vigência do Código Civil de 1916 “eram, em geral, alvo de críticas, por não terem base

¹⁸² E o mesmo autor continua: “Vários outros motivos são invocados entre os doutos para justificar a prescrição como: a) a renúncia ou o abandono presumido do direito pelo titular que não o exercita no prazo fixado por lei; ou a sanção à negligência dele em fazê-lo atuar no aludido prazo; b) a necessidade de proteger os obrigados, especialmente os devedores, contra as dificuldades de prova a que se exporiam caso o devedor pudesse exigir em data muito distante do negócio a prestação que, acaso já até tivesse recebido; com efeito, não é curial que as pessoas guardem indefinidamente comprovantes dos pagamentos feitos e, assim, até mesmo as obrigações adimplidas poderiam não ter como ser comprovadas, se o interessado não fosse protegido pela prescrição” (idem, *ibidem*).

científica ou por pretenderem fazer a distinção pelos efeitos ou conseqüências” (GONÇALVES, 2003, 468).

Caio Mário da Silva Pereira assim distinguia os institutos em análise:

[...] a decadência é a morte da relação jurídica pela falta de exercício em tempo prefixado, enquanto que a prescrição extingue um direito que não tinha prazo para ser exercido, mas que veio a encontrar mais tarde um obstáculo com a criação de uma situação contrária, oriunda da inatividade do sujeito. O fundamento da prescrição encontra-se, como vimos, num interesse de ordem pública em que se não perturbem *situações contrárias*, constituídas através do tempo. O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização (PEREIRA, 1995, p. 440).

O mesmo autor ainda expõe os distintos efeitos ou conseqüências neste sentido:

No modo peculiar de operar, ou pelas conseqüências práticas, diferencia-se ainda a decadência da prescrição. O prazo desta interrompe-se pela propositura da ação conferida ao sujeito, recomeçando a correr de novo; o de caducidade é um requisito de exercício do direito, e, assim, uma vez ajuizada a ação, o tempo deixará de atuar no perecimento dele. A prescrição se interrompe por qualquer das causas legais incompatíveis com a inércia do sujeito, a decadência opera de maneira fatal, atingindo irremediavelmente o direito, se não for oportunamente exercido. A prescrição, instituída com fundamento em um motivo de ordem pública, mas no interesse privado do favorecido, e, por esta razão, somente pode ser pronunciada a seu requerimento;¹⁸³ a decadência é criada não só por motivo, mas no interesse também da ordem pública, e pode ser decretada a requerimento do órgão do Ministério Público, e até *ex officio* (PEREIRA, 1995, p. 441).¹⁸⁴

Para Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 530), a diferença entre prescrição e decadência é encontrada em seus *efeitos*, sendo eles:

1. A decadência tem por efeito extinguir o direito, enquanto a prescrição extingue a ação.¹⁸⁵

¹⁸³ Apenas a título de atualização do texto, com a reforma processual advinda da Lei n. 11289/06, a prescrição pode e deve ser decretada de ofício.

¹⁸⁴ Ele ainda menciona que “é preciso reconhecer que, embora a prescrição se refira à ação, em regra a extinção da ação e do direito são contemporâneos, porque um direito que se não pode valer é ineficaz” (1995, p. 435).

¹⁸⁵ Pontes de Miranda distinguiu ambos os institutos desta maneira, com base na doutrina de Agnelo Amorim Filho: “A prescrição não atinge, de regra, somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta (...), ou outra manifestação pretensional” (2000, p. 137).

2. A decadência não é suspensa nem interrompida e só é impedida pelo exercício do direito a ela sujeito. A prescrição pode ser suspensa ou interrompida pelas causas expressamente colocadas na lei.¹⁸⁶
3. O prazo de decadência pode ser estabelecido pela lei ou pela vontade unilateral ou bilateral, uma vez que se tem em vista o exercício do direito pelo seu titular. O prazo de prescrição é fixado por lei para o exercício da ação que o protege.
4. A decadência pressupõe ação cuja origem é idêntica à do direito, sendo por isso simultâneo o nascimento de ambos. A prescrição pressupõe ação cuja origem é distinta da do direito, tendo, assim, nascimento posteriormente ao direito.
5. A decadência deve ser reconhecida de ofício pelo juiz e independe da arguição do interessado. A prescrição das ações patrimoniais não podia ser decretada *ex officio*, e dependia sempre da alegação do interessado. Afirmava o art. 194 do Código Civil de 2002 que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.” Tratava-se de norma eficaz erigida na proteção justa do absolutamente incapaz. No entanto, de forma surpreendente e quebrando a tradição de nosso Direito, a Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, de índole processual, em busca de maior celeridade, revogou este art. 194. A prescrição será sempre pronunciada de ofício, conforme, também, a nova redação do art. 219, § 5 do CPC dada por essa lei.
6. A prescrição admite renúncia (art. 161 do Código de 1916; atual, art. 191) por parte dos interessados, depois de consumada. A decadência, em qualquer hipótese, não pode ser renunciada.
7. A decadência opera contra todos, já a prescrição não opera para determinadas pessoas elencadas pela lei (art. 197; antigo, art. 168).

Infelizmente, critérios diferenciadores a partir dos efeitos não logram êxito pedagógico ao operador do Direito em diferenciar, na prática e por si só, um prazo prescricional ou decadencial. Eles alcançam algum sentido somente depois de identificados os prazos como de prescrição ou de decadência, não antes.

Outro critério diferenciador, além dos efeitos, é o apontado por Orlando Gomes (1995, p. 508) como sendo a *causa* e o *campo de aplicação*. A decadência seria legal, judicial ou negocial; a prescrição, por sua vez, abarcaria também os direitos potestativos.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Quanto a este critério, Carlos Roberto Gonçalves adverte que, “modernamente, já se vinha admitindo a suspensão dos prazos decadenciais (ou de caducidade) como ocorreu no Código de Defesa do Consumidor” (2003, p. 468). Também é de se advertir o conteúdo do artigo 208 do Código Civil, que prevê a não ocorrência de decadência contra os absolutamente incapazes do artigo 3º do Código Civil.

¹⁸⁷ Um esclarecimento importante e que também influenciou a doutrina brasileira foi a explicação do que sejam direitos potestativos, essenciais para a compreensão da lógica de Amorim Filho. Para o entendimento da Comissão Revisora do Projeto que se transformou no atual Código Civil, “[...] os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõem um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular um negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as conseqüências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)”. Os direitos potestativos podem ser exercíveis da seguinte maneira: a) exercíveis mediante a simples declaração de vontade, independentemente de apelo à via judicial, tais como o poder de revogar o mandato; o poder do herdeiro de aceitar ou renunciar à herança; o poder de escolha (concentração) nas obrigações alternativas. b) exercíveis de modo facultativo: ou pela declaração, ou por via judicial, tais como o direito do doador de revogar a doação. c) exercíveis somente por via judicial, tais como o direito de invalidação do casamento; o direito de contestar a legitimidade de filho; o reconhecimento de

Ainda, “são sempre curtos os *prazos extintivos*. A prescrição abarca os direitos providos de pretensão. Seus prazos, em regra, são mais dilatados” (GOMES, 1995, p. 508).¹⁸⁸

Denominado também de direito discricionário ou poder informativo, o direito potestativo:

[...] representa uma situação objetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma *interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder* (PERLINGIERI, 1999, p. 123, grifo nosso).

Não se deve confundir, destarte, o que se grifou na passagem acima com mero direito de ação.

Também boa parte da doutrina entende existir um critério afeito à *origem* do prazo, pois que o da prescrição tem início com a lesão do direito, ao contrário da decadência, que se inicia com o próprio direito. Desta forma, a pretensão (prazo prescricional) pela exigência do cumprimento do contrato se inicia a partir de seu descumprimento, em momento *a posteriori* de sua formação. Já o exercício do direito da retrovenda (artigo 505, Código Civil), por exemplo, tem prazo decadencial.

Outrossim, Josserrand (apud GOMES, 1995, p. 505-506) entende que a decadência é simples “medida de política jurídica”, enquanto a prescrição visa a proteger e consolidar os patrimônios, ferindo igual e indistintamente todos os direitos subjetivos. Todavia, como o próprio mestre Orlando Gomes (1995, p. 506) salienta, “é apenas uma explicação, mas não um critério distintivo.”

Já para Santoro Passarelli, também citado por Orlando Gomes (1995, p. 506):

[...] o fundamento e a razão da decadência diferem daqueles da prescrição porque a decadência não depende, como a prescrição, do fato subjetivo da inércia do titular durante um certo tempo, mas unicamente do fato objetivo da falta de exercício do direito no tempo estabelecido e é inspirada não na exigência de ajustar a situação de direito à situação de fato que durou tempo considerado suficiente; mas na de limitar no tempo o exercício de um direito quando a limitação seja conveniente a um interesse superior ou individual. Opera “em situações incertas que se querem definir de qualquer modo em prazo preempório.”

paternidade.

¹⁸⁸ Não é demais lembrar, todavia, que muitos prazos decadenciais são maiores do que alguns prescricionais, como aqueles de dois, três, quatro, cinco, dez (extinção da servidão pelo seu não uso – artigo. 1.389, III do Código Civil) e quinze anos (direito de retenção do credor anticrético, a contar da data da constituição – artigo 1.423 do Código Civil), não podendo, então se ter como regra absoluta referida disposição.

Outro critério adotado pela doutrina, e também citado por Orlando Gomes (1995, p. 508) é a *natureza do interesse das duas pessoas*; na decadência, seriam titulares de direito; na prescrição, só haveria um titular, pois a outra pessoa teria obrigação. Este critério é de difícil aplicação prática, para não dizer sem sentido na vigência do atual Código Civil.

A doutrina pátria ainda se torna imprecisa ao tratar da questão diferenciadora de mencionados institutos, embora historicamente muito tenha contribuído para a evolução do Direito. Um dos maiores ícones do Direito Civil Brasileiro, Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, retroage a período anterior ao de Agnelo Amorim Filho, olvidando-se da pretensão em sua advertência:

O critério clássico, no direito brasileiro, consiste em colocar o elemento diferenciador no campo de incidência de cada um dos institutos. Assim, a prescrição atinge diretamente a ação e, por via oblíqua, faz desaparecer o direito por ela tutelado (o que perece é a ação que protege o direito). A decadência, ao contrário, atinge diretamente o direito e, por via oblíqua, extingue a ação (é o próprio direito que perece) (AMORIM FILHO, 2003, p. 468).

Sobre a decadência, Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

O legislador estabelece que certo ato terá que ser exercido dentro de um determinado tempo, fora do qual ele não poderá mais efetivar-se porque decaiu o seu titular. A decadência se consubstancia, pois, no decurso infrutífero de um termo prefixado para o exercício do direito. O tempo age em relação à decadência como um requisito do ato, pelo que a própria decadência é a sanção conseqüente da inobservância de um termo (apud AMORIM FILHO, 2003, p. 468).

Um critério legal e o mais prático apontado pela doutrina em autores como Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho é o de que:

[...] prazos de prescrição são, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, nos arts. 205 (regra geral) e 206 (regras especiais), sendo de decadência todos os demais, estabelecidos como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial. Para evitar a discussão sobre se ação prescreve, ou não, adotou-se a tese da prescrição da *pretensão*, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo (GONÇALVES apud AMORIM FILHO, 2003, p. 464, 469, 482-483).

Até mesmo o saudoso e venerado professor Miguel Reale, idealizador maior do atual Código Civil, que teve como norte três princípios em sua elaboração, quais sejam, o

princípio da eticidade, o princípio da socialidade e o princípio da operabilidade confessa que tentou *facilitar* o trabalho do operador do Direito, não entrando no árduo trabalho de mencionar a adoção de critérios diferenciadores dos institutos ora analisados. E exemplo de concretização daquele último princípio certamente foi a sistematização da prescrição e decadência. Explica Miguel Reale (2002, p. 13):

Preferimos, por tais motivos, reunir as normas prescricionais, todas elas, enumerando-as na Parte Geral do Código. Não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege as prescrições, ou então se trata da decadência. Casos de decadência não figuram na Parte Geral, a não ser em cinco ou seis hipóteses em que cabia prevê-la, logo após, ou melhor, como complemento do artigo em que era, especificamente, aplicável. Qual é o tratamento dado à decadência? Há, por exemplo, o direito do doador de revogar a doação feita, por ingratidão. Aí, o prazo é tipicamente de decadência. E então a norma vem acoplada à outra: a norma de operabilidade está jungida ao direito material. Como se vê, cada norma de decadência está acoplada ao preceito cuja decadência deve ser decretada. De tal maneira que, com isso, não há mais possibilidade de alarmantes contradições jurisprudenciais

Mas infelizmente a questão não se faz assim tão singela. Nelson Nery Júnior traz à baila alguns prazos do Código Civil erroneamente apresentados como decadenciais e que na verdade, segundo ele, são prescricionais (2008, p. 381).¹⁸⁹ São eles:

- trinta dias: artigo 445, caput, observada a regra do artigo 446 (abatimento do preço de aquisição de coisa móvel);
- cento e vinte dias: artigo 745 (pretensão indenizatória do transportador por informação inexata ou falsa descrição no conhecimento do transporte);
- cento e oitenta dias: artigo 445, § 1º, observada a regra do artigo 446 (abatimento do preço; de aquisição de coisa móvel por vício oculto que, por sua natureza, só possa ser conhecido mais tarde, a contra do momento em que dele o adquirente tiver ciência); e artigo 618, parágrafo único (pretensão condenatória m face do empreiteiro, em virtude de vício ou defeito, dentro do prazo de garantia de cinco anos pela solides e segurança, contados a partir do aparecimento do vício);
- seis meses: artigo 445, caput, observada a regra do artigo 446 (abatimento do preço de coisa imóvel, que já estava na posse do adquirente, contados da alienação);

¹⁸⁹ Ainda que possa haver divergência em relação a este entendimento, não é demais lembrar a importância do presente tema, então, para se diferenciar o prazo prescricional do decadencial.

- um ano: artigo 445, caput e § 1º, observada a regra do artigo 446 (abatimento do preço de aquisição de coisa imóvel e por vício oculto que, por sua natureza, só possa ser conhecido mais tarde, a contar do momento em que dele tiver ciência o adquirente); artigos 500 e 501 (abatimento do preço da compra e venda *ad mensuram*, quando não for possível a complementação da área – ação *ex empto*).

Da mesma forma, outros prazos que a legislação ordinária e complementar trata de prescricionais são, na verdade, decadenciais, como no caso do artigo 173 do Código Tributário Nacional e o artigo 149 da Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁹⁰

Outrossim, com lucidez Humberto Theodoro Júnior afirma que:

A falta de critério legal e a controvérsia doutrinária acerca da conceituação da prescrição tornavam tormentosa a diferenciação entre esta e a decadência. Para os que viam na prescrição a extinção apenas da ação, era mais fácil distingui-la da decadência porque esta, ao contrário daquela, funcionava como causa de extinção do direito, que por sua própria natureza deveria ser exercido em certo prazo, sob pena de caducidade. Se, todavia, tanto a prescrição como a decadência se apresentam como causa de extinção do direito subjetivo, *torna-se penosa e quase impossível uma distinção precisa entre as duas figuras extintivas* (ALVIM et al, 2003, p. 316, grifo nosso).

Não obstante, o saudoso magistrado Agnelo Amorim Filho, em sua clássica obra *Critério científico pra distinguir a prescrição da decadência* (RT 300/8 e 711/725), muito propalada pela doutrina nacional, sustenta, em síntese, que estão sujeitas à prescrição todas as ações condenatórias e somente elas; e estão sujeitas à decadência as ações constitutivas com prazo fixado na lei. Por sua vez, restam imprescritíveis as ações constitutivas que não têm prazo especial fixado em lei, assim como as ações declaratórias.

No Código Civil de 1916 havia a disposição do artigo 75 que dizia que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Talvez venha daí o equivocado pensamento doutrinário de que a prescrição extinguiu a ação. Já o Código Civil de 2002 não reproduziu este artigo, preferindo seguir a orientação e advertência de Agnelo Amorim Filho,¹⁹¹ baseada no Direito alemão, fazendo com que o artigo 189 possuísse em sua redação o adequado termo *pretensão*, correta tradução de *Anspruch*, entendida esta como “o poder de exigir ou a exigência do cumprimento da prestação dependente da vontade do obrigado”.

¹⁹⁰ apud SOUSA, Carlos Fernando Mathias de. Tempo e direito, in ALVIM, Arruda, et al, 2003, p. 110.

¹⁹¹ Também adotada no Código de Defesa do Consumidor.

Muitos são os defensores de seus critérios, tanto que Nelson Nery Jr. (2008, p. 374) aduz:

O melhor critério para conceituar-se e distinguir-se prescrição de decadência é o de Agnelo Amorim Filho, que foi o adotado pelo CDC e pelo CC. [...] Esse critério não é exclusivamente processual nem parte de premissa processual, como à primeira vista pode parecer; trata-se de critério fundado na pretensão de direito material e de seu exercício e que, por isso, culmina por informar os critérios para as classificações das ações.

Importa esclarecer ainda o que se entende por *pretensão*. Ovídio Baptista da Silva (1998, p. 78) assim elucida:

A pretensão é meio para fim, mas este fim, na medida em que apenas exijo o cumprimento do dever jurídico, é obtido mediante conduta voluntária do obrigado. O exercício da pretensão, pois, ainda não realiza meu direito subjetivo, uma vez que sua satisfação ficará na dependência da ação do obrigado, prestando, cumprindo, satisfazendo a obrigação. O exigir, que é conteúdo da pretensão, não pode prescindir do agir *voluntário do obrigado*, ao passo que a *ação de direito material* [...] é um agir do titular do direito *para a sua realização, independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado*;

Uma interessante crítica à concepção de Agnelo Amorim Filho (porém desprovida da força argumentativa necessária) foi elaborada pelo jurista gaúcho Charles Andrade Froehlich (ob. cit.), que ressalta o fato de que Amorim Filho utilizava a classificação ternária das ações na adoção de seu critério. Porém o Código Civil de 2002 adota a classificação quártupla ou quinária.

Basicamente ele indaga como ficariam as ações executivas ou executórias e mandamentais inseridas nesta concepção de Agnelo Amorim Filho. Suas conclusões são:

a) Conforme a análise sistemática do CC/02, pode-se deduzir que o "critério científico" foi amplamente utilizado: (I) os prazos prescricionais (art. 206) atingem as pretensões, as quais são veiculadas, em sua grande maioria, mediante ação predominantemente condenatória. A título de exemplo, deve-se examinar o art. 206, §§ 1º, 2º, 3º e respectivos incisos e art. 206, § 5º; (II) os prazos decadenciais (agora dispersos pelo Código em cada situação específica) referem-se/atingem direitos formativos, direitos potestativos ou de sujeição, os quais são veiculados, na sua grande maioria, mediante ação predominantemente constitutiva (positiva ou negativa). A título de exemplo, deve-se examinar os art. 119 e parágrafo único, art. 178 e incisos I, II e III, art. 445 e §1º, 1555 e §1º, 1560, I; 1560 §2º.

b) O critério científico evidentemente não utiliza a classificação quinária das ações, optando pela clássica classificação ternária, deixando vislumbrar uma lacuna quanto às ações mandamentais e executivas.

Mas Nelson Nery Júnior defende que as ações executórias possuem prazo prescricional. E complementa que:

Seguindo-se nova classificação das tutelas jurisdicionais proposta pela doutrina mais moderna [...], podemos dizer que as ações e as sentenças condenatórias são ponto de partida para outras classificações das tutelas jurisdicionais, pois delas decorrem as tutelas *inibitórias* (comando prevenindo a prática de um ilícito – “condenação” a um *non facere*), *ressarcitórias* (“condenação” em obrigação de fazer, em forma específica) e *reintegratórias* (“condenação” ao adimplemento da obrigação – obrigação de fazer). Para efeitos de caracterização do prazo para o exercício das pretensões em juízo, todas as três são ensejadoras de potencial violação do dever de prestar, razão pela qual se sujeitam a prazos de prescrição. Subsumem-se, portanto, ao critério de Agnelo Amorim Filho e, conseqüentemente, ao sistema do CC (2008, p. 374).

Já as ações mandamentais, se equiparadas a mais notória delas, estão sujeitas à decadência, conforme preceitua o artigo 18 da Lei n. 1.533/51: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.¹⁹²

Alheio a todas estas explicações, vislumbra-se uma nítida confusão em torno da celebração de critérios diferenciadores entre a prescrição e decadência, sendo que vários e renomados doutrinadores não alcançam êxito quando tentam fazê-lo. Com o surgimento da ação monitória muito mais confusão se deu em relação ao critério direito/ação. Desta forma, a solução apresentada e defendida pelo Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski, durante suas aulas no Curso de Mestrado em Direito Negocial, pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, é no sentido de que não deve haver diferenciação entre uma e outra e o que se deve ter é a extinção da exigibilidade ou do exercício do direito pelo decurso de tempo.

Não obstante esta lúcida posição, de profundo efeito prático, ao se impor a apresentação de uma diferenciação entre a prescrição e a decadência, e para não alongar muito este tópico, pode-se concluir que a prescrição é a consolidação de uma lesão a um direito subjetivo, em virtude do decurso do tempo, enquanto a decadência configura a extinção de um direito potestativo. A primeira é aplicada quando o exercício do direito depende da conduta do sujeito passivo, consubstanciada no cumprimento do dever, ao passo que a segunda tem lugar quando o direito é exercido através de uma conduta do próprio titular, sem que haja a

¹⁹² Corroborado pela edição da súmula do Supremo Tribunal Federal de n. 632: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.”

interferência do outro sujeito. É de se ressaltar que esta diferenciação se apresenta como a menos controversa, mas não alheia de críticas.

Resulta, então, deste raciocínio que, ao invocar o instituto da lesão contratual, atinente ao art. 157, que pode se dar tanto na petição inicial como em matéria de defesa, o lesado depende da constatação pelo magistrado e o beneficiado pode apresentar qualquer matéria de defesa para a sua não configuração, ou seja, poderá resistir à pretensão. Isto quer dizer que o beneficiado, enquanto sujeito passivo, deve cumprir um dever, qual seja, o da restituição do bem ou da modificação da avença, o que resulta que se está diante de uma pretensão, ou seja, a lesão não se sujeita à decadência como previsto no art. 178, inciso II, do Código Civil, mas à prescrição, equivocando-se, pois, o legislador de 2002. Assiste razão, então, a todos os ordenamentos que defendem a sua prescritibilidade.

CAPÍTULO 4 CONCLUSÕES

Diante de todas as premissas apresentadas, neste trabalho, é possível se chegar à conclusão de que o instituto da lesão nos contratos, enquanto vício de consentimento, somente poderá ser aplicado efetivamente de acordo com uma perspectiva do movimento já consagrado do pós-positivismo jurídico. Ademais, conclui-se que:

1. Não se pode confundir o pós-positivismo com o Estado Democrático de Direito. Como *Estado de Direito*, é possível se adotar, em tese, o *Sistema de Direito* que melhor aprover ao legislador/constituente.

2. O Estado Democrático de Direito apresenta os seguintes princípios: a) *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; b) *Organização Democrática da Sociedade*; c). *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropologicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; d) *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades; e) Igualdade não apenas como uma possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; f) *Divisão de Poderes ou de Funções*; g) *Legalidade* que aparece como medida de direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; h) *Seguranças e Certezas Jurídicas*.

3. Os direitos fundamentais, juntamente com a democracia, são o sustentáculo do Estado Democrático de Direito e que cabe a este promover a efetividade daqueles - dos direitos fundamentais - em todas as modalidades que se apresentam, sejam individuais, sociais ou difusos, eis que foi o reconhecimento do princípio da dignidade humana, em forma de princípio fundamental do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, de maneira a assentar-se sob as bases daquele princípio, juntamente com o princípio democrático.

4. A *aplicação* do Direito pressupõe, antes de tudo, interpretar (e aplicar) o ordenamento jurídico à luz dos ideais da Constituição (interpretação constitucional), o que se possibilita a efetividade da concretização dos direitos fundamentais e do princípio democrático, sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

5. Os problemas e teorias atuais da interpretação jurídica do modelo dogmático, próprio do positivismo jurídico são: a) *ontologia jurídica*: o direito era a norma, melhor ainda: simplesmente a lei, pois só o Poder Legislativo contava com capacidade jurídica para criar o direito; b) *univocidade cognoscitiva*: o conhecimento em sentido estrito era o científico; c) *objeto da interpretação jurídica*: o direito se limitava a repetir a lei sem trazer nada de novo; d) *estrutura da interpretação jurídica*: mero silogismo jurídico; e) *a Constituição*: era um programa político dirigido ao legislador, que tinha a responsabilidade de traduzi-la juridicamente, segundo os critérios incontroláveis de oportunidade e conveniência; f) *o sistema jurídico*: dotado das propriedades formais próprias do positivismo – unidade, completude e coerência; g) *ontologismo verbal*: as leis deveriam ter um significado único, claro e preciso, preservada de imperfeição semântica, sintática e pragmática; h) *confiança nos métodos interpretativos*: na interpretação, o intérprete deverá recorrer apenas aos métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático.

6. Este modelo dogmático, enquanto postulado positivista, se encontra afastado da realidade jurídica atual. Desta forma, são apresentados novos problemas e novas propostas ante a insuficiência de tal modelo, assim sintetizado: a) *matéria da interpretação jurídica*: enquanto na dogmática se deveria reproduzir o pensamento do legislador, é possível descobrir até 5 (*cinco*) *dimensões na interpretação jurídica* – propriamente jurídica ou reguladora, fática, axiológica, lingüística ou semiótica e lógica; b) *sujeitos interpretativos*: na dogmática o intérprete se restringia à intenção do legislador. Com realismo se admite que o Direito está em movimento desde a Constituição até ao escrito de um advogado em juízo, concretizando-se uma interpretação jurídica, cuja análise se dá no âmbito de uma teoria da interpretação. O direito é uma obra coletiva que começa no constituinte, mas culmina no juiz, quando com equidade estabelece a conduta justa; c) *o saber jurídico como prático*: o modelo dogmático estimulou um saber jurídico que se assemelhou as frios saberes matemáticos. Ao afirmar-se o saber jurídico como prático, tem-se como finalidade, mais próxima ou mais afastada, dirigir as condutas humanas, preferindo umas em detrimento de outras; a visão do jurista deixa de ser a de um mero espectador que se dirige para o passado ou para algo concluído, para converter-se numa visão de protagonista e orientada a introduzir na realidade uma conduta ou uma norma jurídica inédita; d) *as fontes do Direito*: no modelo dogmático se operava reconhecendo a lei como única fonte do direito. Na nova perspectiva, cabe ao jurista extrair uma solução jurídica não somente de normas, mas também de princípios; e) *enfraquecimento da norma*: na dogmática, ante um caso injusto, o juiz deveria aplicar friamente a lei, como mero instrumento, insensível à situação concreta. Propõe-se que o juiz

se converta num ativo diretor do litígio e tenta solucioná-lo de forma justa, esforçando-se pela conciliação e pelo consenso; f) *importância da argumentação justificativa*: o mero argumento da autoridade já não satisfaz o âmbito de uma cultura que desconfia do poder e que se nutre do pluralismo. Essas razões de índole política e social fortaleceram a necessidade de motivação que pesa sobre os juízes; g) *revalorização da filosofia jurídica*: o direito em si deve ser repensado pelos juristas que encontrarão na filosofia jurídica os embasamentos necessários para esta tarefa, que se constitui no *nervo da reflexão sobre o Direito*; h) *variedade normativa*: para o modelo dogmático, havia apenas um tipo de norma, que imputava um ato coercitivo a certo ilícito; quer dizer, o direito não era mais que uma técnica social baseada no poder coercitivo do Estado. Pela teoria funcional de Bobbio, tem-se a necessidade de pensar o direito em termos preventivos, estimulando certas condutas mediante instrumentos persuasivos e especialmente mediante conseqüências favoráveis ou prêmios, nos casos em que levem a condutas desejadas; i) *protagonismo social do juiz*: pela dogmática, o juiz seria apenas um mero repetidor da lei, um ser autômato e inanimado no processo. Exige-se que o juiz efetivamente participe do processo, resolvendo os problemas políticos, econômicos, sociais ou culturais.

7. Defende-se a *interpretação da lei como saber prudencial-retórico* partindo do pressuposto de que a finalidade do conhecimento jurídico é dirigir ou valorar, com maior ou menor precisão e retidão, a conduta humana naquilo em que está comprometida com a justiça, e que citado *saber* oferece diferentes graus, que se intercalam – o filosófico, o científico e o prudencial; e que a este compete determinar e/ou fazer existir a concreta, contingente e histórica conduta jurídica; entende-se que o momento determinante e criador do que é o “seu” dos indivíduos, dos grupos e da sociedade política passa pela prudência jurídica.

8. A força normativo-axiológica aplicável ao direito (ordenamento jurídico) pelo intérprete-juiz, constitui-se de uma busca na recuperação dos princípios do direito aplicáveis ao que Dworkin denomina de *hard cases* ou aos “casos difíceis”.

9. Ao se deparar com um caso de difícil solução, o intérprete-juiz poderá utilizar critérios extra-jurídicos para resolvê-lo. Todavia, quando desta forma age, utilizando outros métodos que não os especificamente previstos pelo direito, não está aplicando este, mas está “inventando” o direito de certo modo. Noutras palavras, está *ultrapassando os limites do Direito* – a lei como sua fonte – dentro de uma concepção positivista de Hart, pois sua regra de reconhecimento se constrói precisamente para identificar o direito.

10. O pós-positivismo já permite a identificação de alguns de seus pontos básicos e principais: a) possui uma *força axiológica-normativa*, consistente na aplicação

principiológica juntamente com as regras positivadas, ou seja, a interpretação das normas de conduta (infra-constitucionais) deve ser efetivada com vistas aos ditames principiológicos expostos e expressos na Constituição, com vistas à efetivação de seus postulados maiores. Pode-se dizer, então, que existe uma *constitucionalização do Direito*; b) *Troca de enfoque do centro da análise do direito*: o pós-positivismo desprezou o centro de atenção da legislação à interpretação. O intérprete do direito e o juiz ocupam o lugar que antes ocupava o legislador como objeto de análise; c) *Conexão necessária entre direito e moral*. Esta tese se pode entender de muitas maneiras. Uma das mais relevantes teses é a positivista em que o direito não perde sua juridicidade por ser injusto. Uma coisa é o direito que *é* e outra muito distinta é o que *deve ser*; d) *Indeterminismo do Direito*. O Direito possui conceitos vagos, com ampla margem de interpretação pelo juiz. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados dão o tom do novo ordenamento jurídico. Cabe ao juiz interpretá-los de acordo com seu arcabouço histórico-cultural-valorativo. Com base nisto são tecidas críticas no sentido de gerar insegurança e incerteza jurídicas; e) *Inexistência de limites do Direito*. A lei não é mais o limite do Direito, como defendido pela concepção positivista; ela não é sua fonte social primária e principal. O interprete-juiz busca sua convicção e motivação decisória em elementos extra-jurídicos, como pareceres e laudos técnicos de outras ciências, numa legítima força tarefa instituída para lhe municiar de argumentos específicos. Princípios de graduação axiológica devem ser ponderados na análise em conjunto com a regra positivada.

11. A Globalização foi a grande responsável pela propagação do movimento jurídico do pós-positivismo e pelos atuais contornos e características do Direito atual.

12. A visão que o presente trabalho apresenta não é catastrófica e nem tenta refletir o grito dos excluídos ou à margem da sociedade. A ótica é a mais positiva e serena possível, apesar de não ecoar as palavras de célebres pensadores e intelectuais que fazem ferrenha crítica à *globalização* enquanto processo social.

13. Partindo da perspectiva de uma globalização mais humana ou ascendente que exigiu a transformação dos Estados nacionais em Estados Democráticos de Direito, cujos sustentáculos são o princípio democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional teve de ser condizente àqueles.

14. O Direito foi e é o único setor que pode impor limitações ao capitalismo voraz supra-estatal estipulando institutos de contenção, como microssistemas jurídicos tais como a proteção ao consumidor e possibilidades legais de manutenção do equilíbrio

contratual como a resolução do negócio por onerosidade excessiva e a vedação ao abuso de direito e à lesão contratual, facultando a intervenção judicial em tais casos.

15. Pode-se mencionar como características gerais da globalização: interdependência funcional do agentes; inovação tecnológica e informática; rede mundial de conexões espaciais; interação de fatores (sociais, políticos, econômicos, culturais); repercussão em todas as ciências (sociais, humanas, biológicas e exatas); uniformização do pensamento; massificação dos padrões de produção e consumo; fragmentação dos contextos; entre outros.

16. A Globalização exigiu a construção de Estados Democráticos que tivessem a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e ideológico e que fomentasse o consumo de produtos e serviços e que isto se tornasse a mola propulsora e motor central do próprio sistema capitalista, que mantém aqueles.

17. A fragmentação que acompanhou a globalização, na seara jurídica é analisada das seguintes formas: cada vez mais o profissional jurídico deve se especializar em um dos ramos do direito para que sua atuação seja mais eficiente.

18. Os elaboradores da nova Lei Civil brasileira optaram pela compreensão do Direito em função de princípios jurídicos e metajurídicos, como os da eticidade e da socialidade.

19. O tom da ordem constitucional é privilegiar os valores não-patrimoniais, os direitos sociais, a justiça distributiva e a dignidade da pessoa humana.

20. Ao Estado Democrático de Direito, contudo, para que tenha efetividade, é-lhe necessário que adote uma postura mais participativa, principalmente para garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, interferindo diretamente nestas, ou seja, através de autêntico dirigismo contratual, no seguinte sentido: criação, através da lei, de uma superioridade jurídica que compense a inferioridade econômico-social ou técnica da parte mais fraca, hipossuficiente ou vulnerável; o reconhecimento e incentivo à criação de órgãos de representação coletiva, como sindicatos e associações; e instrumentos processuais adequados para a garantia de sua efetividade.

21. Por força deste dirigismo contratual, o Código Civil de 2002 chega com uma nova roupagem contratual: a autonomia da vontade contratual ou privada (que antes exigia apenas objeto lícito) é ainda mais limitada pela lei, que elege formas e conceitos a serem seguidos visando à manutenção do equilíbrio entre as partes contraentes (ou a sua não evolução). Para tanto, regula a liberdade contratual conforme a função social do contrato e apontando como princípios que o norteiam a probidade e a boa-fé.

22. O Código Civil deixa de ser a principal regra de Direito Privado, eis que cede lugar à Constituição e, pela fragmentação do ordenamento, divide com outras leis especiais os regramentos de relações sociais cada vez mais específicas.

23. Pautado na nova ordem constitucional, fruto da globalização e com nuances pós-positivistas, uma nova concepção contratual é apresentada como contestação de mitos e dogmas sedimentados quando da formulação da teoria contratual clássica ou tradicional, a começar pela própria ideia (agora equivocada) de que o direito obrigacional e contratual não são afetos a mudanças, edificando-se, desta maneira, uma *teoria contratual crítica*.

24. O novo contrato deve ser visto e revisto constantemente, eis que o direito em si é eternamente reconstruído, nos trilhos calçados pela dinâmica social, e o papel dos intérpretes jurídicos se torna cada vez mais complexo. Dar sentido ao princípio da dignidade humana e aos demais princípios daí advindos, numa leitura constitucional-civil de toda a relação jurídica em si (não apenas do contrato) é a nova problemática imposta.

25. Os contratos não podem ser analisados dissociados de princípios como o de sua função social, da boa-fé (subjéitiva e objetiva), do equilíbrio contratual, da proteção ao contraente mais fraco.

26. Cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados dão o tom do alto grau de subjéitividade exigido na interpretação da legislação pátria. Vários são os dispositivos legais que contêm tal indeterminismo. Estão aí incorporados para dar maior flexibilidade e menor rigidez às normas para que não necessitem de constante atualização legislativa e ao magistrado lhe seja permitido adequar os ditames normativos às exigências sociais.

27. O ato injusto é a *lesão ao direito de uma pessoa*.

28. O ato injusto possui dois *elementos tipificadores*: um *material*, consistente numa lesão objetiva de um direito; e um *formal*, que é a intenção contrária ao direito por dolo ou imprudência.

29. A lesão do direito consiste na desordem ou desarmonia, infiltradas na ordem social das coisas e devidas: é a desmedida ou desmesura que se insere na vida social entrelaçada de relações jurídicas. Ela produz uma desordem social, uma desarmonia, desmedida ou desmesura, contrárias à ordem social justa. É o produto da violência, da prepotência, da força, como substitutivos da razão nas relações humanas. Para tanto, deve ser evitada.

30. As regras de discernimento da lesão podem ser assim dispostas: a) A lesão do direito é um resultado e não uma intenção; b) Não se comete lesão injusta contra o

direito de quem livre e conscientemente consente na ação lesiva; c) Quando a culpa do ato lesivo do direito é do prejudicado, o dano é imputado a ele; d) Não há lesão quando o titular se opõe irracionalmente a uma ação contrária a seu interesse ou bem particular protegidos por um direito.

31. São requisitos do ato injusto ou da lesão do direito: a) causar uma efetiva lesão do direito alheio; b) ser causa física ou moral eficaz do dano; c) ser um ato voluntário e livre.

32. Quando ela ocorrer, deverá ser ressarcida, reparada, compensada, indenizada ou mesmo punida, conforme a natureza do caso, e *na medida do possível*.

33. O consentimento da lesão do direito, quando é verdadeiramente tal – quando possui os requisitos de um ato jurídico –, tem o efeito de uma renúncia à referida reparação – o que é possível mesmo em relação aos direitos irrenunciáveis, já que a reparação requer a aceitação do lesado –, pois isso está contido no ato de consentir na lesão.

34. A lesão nos contratos surgiu no Código Justiniano, Livro IV, Título XLIV, Lei Segunda e Lei Oitava devido à influência do cristianismo, que revitalizou o direito romano com ares mais humanitários, visando a necessidade de relações jurídicas mais justas, com maior equilíbrio entre as prestações. Para sua ocorrência era apenas necessária a existência de um requisito objetivo, qual seja, a desproporção entre o valor do objeto e o preço pago.

35. Naquele período havia um instituto análogo à *laesio enormis*, que era a *in integrum restitutio*, e que possuía quatro requisitos essenciais para a sua concessão: a) ser suscetível de restituição o ato atacado; b) a existência de uma lesão sofrida por aquele que a pleiteasse, e consequente ao ato contra o qual fosse pedida; c) ser justa a causa da restituição; d) a inexistência de outro meio capaz de prevenir ou reparar o mal. A diferença entre a rescisão por lesão enorme e a restituição integral seria inicialmente o fundamento, eis que a primeira era concedida pela própria lesão e a segunda por outras circunstâncias, além da *laesio*, que tinham de ser demonstradas ao magistrado.

36. A *laesio* era considerada existente se o preço do bem fosse menos da metade do seu valor, no momento da celebração do negócio.

37. As ações romanas conhecidas específicas para sua alegação eram duas: a mais usual era a *actio venditi*, que era a sanção das obrigações do comprador, e a outra era a *actio empti*, o meio de que o vendedor dispunha para perseguir a execução das obrigações do comprador.

38. Uma vez alegada a *laesio enormis* o adquirente teria a escolha de uma solução facultativa: ou ver decretado o desfazimento da venda com o conseqüente restabelecimento do estado anterior, ou oferecer o complemento do preço.

39. Alguns contratos e situações na sociedade romana eram excluídos da possibilidade de incidência do instituto da *laesio*: o *contrato aleatório*, a *renúncia do vendedor*, as *vendas graciosas*, as *vendas em leilão* sem vícios e quando *suscitado pelo adquirente* do bem.

40. Para o Direito Canônico da Idade Média, o instituto da lesão não tinha como natureza jurídica o vício de consentimento, mas um dolo *in re ipsa*, ou seja, presumido, por parte do comprador que se beneficiava do estado de necessidade do vendedor.

41. Os canonistas também criaram e desenvolveram a figura do instituto da *laesio enormissima*, consistente no engano do vendedor em além de dois terços do preço do bem, e que importava na inexistência do contrato enquanto negócio jurídico.

42. O Direito Canônico também proibiu qualquer forma de usura, eis que qualquer que fosse o lucro, ou rendimento do capital, seria vedado por ser o interesse reputado *intrinsecamente ilícito*.

43. O que poderia convalidar o contrato, pelo Direito Canônico, em que se presenciava a lesão contratual, era o juramento do vendedor invocando Deus, salvo no caso de violência ou dolo.

44. O Código Napoleônico vedava os contratos lesivos, que eram tarifados num prejuízo superior a 7/12 do valor do bem, só sendo admitida se alegado pelo vendedor. Para a configuração da lesão era necessário apenas o preenchimento de requisitos objetivos, qual seja, a desproporção do valor do bem em relação à prestação oposta. Admite-se, contudo, a lesão em quaisquer contratos celebrados por menores, desde que estes sejam os prejudicados.

45. Já o Código Civil Alemão, além do requisito objetivo da manifesta desproporção, que não era tarifada, ou seja, deixando ao puro arbítrio do julgador a apreciação em cada caso específico, também apresentou requisitos subjetivos para sua caracterização: a exploração da necessidade, a afoiteza ou a inexperiência de outro.

46. O Código Civil Italiano também exige um requisito subjetivo, que é o aproveitamento pelo beneficiado do estado de necessidade do prejudicado, previamente conhecido, e que este conhecimento seja evidentemente provado. É necessário ainda a existência do requisito objetivo, ou seja, a desproporção de valores entre os negócios. Além disso, exige que a desproporção ocorra desde o momento da formação do contrato até o da

propositura da ação, pois se posteriormente haveria uma desvalorização do objeto, apenas ocorreria uma antecipação do mesmo e de nada adiantaria sua rescisão, tornando-a inútil.

47. O art. 1450 do Código Civil Italiano permite ao favorecido completar o justo preço, evitando a rescisão, oferecendo quantia suficiente para reconduzi-lo à equidade e serviu como inspiração do legislador brasileiro para a redação do § 2º do art. 157 do Código Civil de 2002.

48. O Código Civil Espanhol ao tratar da lesão nos contratos, adota uma figura muito mais próxima da *restitutio in integrum* do que a lesão enorme em si, e com a peculiaridade de limitar sua aplicação em favor dos incapazes e ausentes.

49. O Código Civil Português apenas coíbe a lesão na sua modalidade usurária, não proibindo a prática da lesão enorme nos demais contratos. Contudo, aproximando-se do Direito Alemão, prevê a exigência de requisitos subjetivos do estado do prejudicado (dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem); não precisa a vantagem ser exclusivamente para o beneficiário, mas também ou tão-somente para terceiros; além disso, também se prevê uma ausência de tarifação ou patamares para a ocorrência da lesão, apenas se mencionando promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados, pois importa não apenas a desproporção da prestação principal, mas também das acessórias, como um excesso de prazo ou cláusulas penais elevadas, por exemplo.

50. No Código Civil Chileno a lesão enorme tem apenas o requisito objetivo, em cuja desproporção entre as prestações deve ser superior à metade do valor do bem. Expressamente inova ao mencionar que qualquer das partes contratantes poderá invocar o vício, considerado objetivo. Quando se tratar de contratos de compra e venda, somente é aplicável em se tratando de bens imóveis, tal como o Código Napoleônico.

51. Já no Código Civil Argentino existem dois elementos subjetivos: primeiro a situação de inferioridade da vítima; segundo, atitude ilícita do beneficiário do ato, que explora a situação de inferioridade da outra parte. Os critérios objetivos são cumulativos: uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcional e que não haja justificativa para tanto. O Código Civil Paraguaio só não exige a ausência de justificativa para o ato lesivo se configurar. De resto, é uma cópia resumida do argentino.

52. O Código Civil Boliviano faz expressa proibição da aplicação da lesão enorme nos seguintes contratos: os contratos a título gratuito; os contratos aleatórios; os contratos preliminares; a transação; as vendas judiciais, tanto forçadas como voluntárias; os demais casos expressamente assinalados pela lei. A lesão não gera efeitos a terceiros de boa-fé, desde que a demanda não fora devidamente registrada no órgão competente.

53. Percebe-se, no Código Civil Mexicano, ao mesmo tempo que suas conseqüências previstas são maiores, se assim configurada a lesão, para que esta ocorra é mister o reconhecimento de elementos subjetivos mais flagrantes: suma ignorância, notória inexperiência ou extrema miséria do prejudicado.

54. O Código Civil Uruguaio expressamente afasta a lesão como causa de rescindibilidade ou anulabilidade dos negócios ou vício de consentimento.

55. As Ordenações Filipinas abrangiam tanto o alienante como o adquirente e contemplava apenas o requisitos objetivo da desproporção entre as prestações acima da metade do seu valor.

56. O Código Civil de 1916 não contemplou o instituto da lesão enorme.

57. Entretanto, a figura da lesão ressurgiu no ordenamento pátrio depois do período da Grande Recessão Americana de 1929, com o Dec. n. 22626/33, que proibiu a lesão em uma de suas modalidades, a lesão usurária, aplicável nos contratos de mútuo.

58. O Dec.-lei n. 869/38, substituído posteriormente pela Lei n. 1521/51 (Lei da Economia Popular), também vedou a lesão, fixando seu limite mínimo em 20% (vinte por cento).

59. A Medida Provisória n. 1820/99, que foi reeditada sucessivamente pelo n. 2172-32/01, a partir da Emenda Constitucional n. 32/01, também coibiu a lesão usurária, sem fixar limites para sua configuração, entretanto não se tornou aplicável às instituições financeiras e demais instituições concedentes de crédito a elas equiparadas.

60. O Código de Defesa do Consumidor também contemplou a proibição da lesão em seus arts. 6º, V; 39, V; 51, IV e § 1º, III.

61. O preço vil em lance, arrematação ou adjudicação, no procedimento executório, é uma forma especialíssima de lesão prevista e combatida no Código de Processo Civil, de acordo com o seu art. 692. O Superior Tribunal de Justiça já compreende a ocorrência de preço vil quando o lance, arrematação ou adjudicação for inferior à metade da avaliação do bem.

62. O Código Civil de 2002 contempla o instituto da lesão contratual em seu art. 157 e possui dois elementos essenciais para a sua configuração: um objetivo, que é uma prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, e outro subjetivo, que é ou a premente necessidade ou a inexperiência de quem contrata.

63. O valor da prestação oposta deve ser não o seu *preço justo*, mas o seu valor de mercado, desde que as condições do mercado estejam em situação equilibrada, na medida do possível. Tolera-se, assim, razoável margem de erro na determinação do preço de

mercado e isso já impõe, por si só, a aceitação de razoáveis diferenças. Desta forma, nem toda desproporção interessa ao Direito e nem qualquer divergência de valor entre os bens de mesma natureza ou equivalentes acarreta a lesão.

64. De acordo com as diretrizes pós-positivistas e com a tendência dos códigos mais modernos que recepcionam o instituto da lesão, não se pode haver um parâmetro rígido para a configuração da desproporção entre as prestações.

65. A manifesta desproporção na prestação, para que ocorra a lesão, não depende somente das principais prestações estipuladas no contrato, mas de todo o seu conjunto, inclusive das acessórias e também nos benefícios patrimoniais desmesurados, excessivos, ainda que as prestações em si possam parecer, em princípio, equilibradas.

66. O lucro da atividade comercial não deve ser considerado como uma manifesta desproporção das prestações opostas, vez que aquele não comporta limites, segundo o sistema capitalista. Contudo, deve-se evitar situações anormais no mercado (monopólios, oligopólios e formação de cartéis) com a ausência de dirigismo estatal nos mais diversos setores da economia e situações de evidente exploração nas relações jurídicas.

67. Dispõe o § 1º do art. 157 que a desproporção das prestações será apreciada segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado, seguindo uma tradição de vários outros códigos.

68. A lesão não poderá ser apreciável no momento da celebração da promessa contratual, isto é, no contrato preliminar, porque é apenas possível a sua constatação na formação do contrato, eis que se constatada a existência dos elementos objetivo e subjetivo, suscitados pelo caput do art. 157, há justo motivo para a sua não celebração, não acarretando qualquer discussão acerca de eventual responsabilidade civil daí advinda.

69. O desequilíbrio objetivo pode desaparecer em momento posterior pelos seguintes motivos, além da imposição judicial: a) pela vontade das partes; b) pela oscilação do valor das prestações.

70. Compreende-se que a solução mais justa em caso de desaparecimento posterior da desproporção entre as prestações ou do reequilíbrio automático da avença seria a impossibilidade de discussão da lesão se houvessem motivos ou acontecimentos alheios à vontade das partes, restaurando, desta forma, a equidade e eliminando o defeito.

71. A grande similitude que a lesão contratual guarda com a onerosidade excessiva é de que ambos institutos têm como ponto em comum objetivar a manutenção do equilíbrio contratual. Contudo, além de seus elementos específicos, a primeira se concentra no

momento da formação do contrato, enquanto a segunda se forma a partir de um contrato avençado de maneira ainda equilibrada, e só depois é que se desconstrói tal equilíbrio.

72. A exigência do estado de premente necessidade requer que o negócio tenha sido celebrado em razão de um estado de precisão que exige solução urgente, imediata, que é justamente o contrato. A celebração contratual se torna a única alternativa para dar fim a uma determinada situação adversa e, para tanto, é levado a aceitar condições econômicas que lhe são desfavoráveis. Decorre da inexistência de alternativa a outra circunstância reputada como mais grave, que se procura evitar. Se o sujeito não celebrar o contrato nestas circunstâncias, o dano poderá ser ainda mais gravoso. A situação que se evita com o contrato deve ser uma afronta real à dignidade da pessoa humana, devendo ser algo que afete sua essência, não se traduzindo na tentativa de evitar, por exemplo, a falta de dinheiro para a aquisição de produtos supérfluos, pomposos ou de ostentação, como os de decoração, no exemplo dado anteriormente.

73. Pode-se afirmar, pois, que a diferença entre na lesão contratual, estatuída no art. 157 do Código Civil, e o estado de perigo, disciplinado no art. 156 do Código Civil, é que na primeira a prestação assumida tem o objetivo de salvaguardar a esfera patrimonial do indivíduo. Por sua vez, no segundo, o que se visa com a celebração contraída é evitar um perigo que acomete o próprio negociante ou alguém íntimo a ele, ou seja, a salvaguarda de bens jurídicos não patrimoniais, como a vida ou a saúde, embora evidente que com efeitos econômicos. Em ambos os casos, a causa para a contratação deve ser a falta de recursos em que se evita a situação mais gravosa.

74. Defende-se que o estado de perigo é compreendido como uma espécie de lesão, que é o gênero.

75. Uma postura imperdoável do legislador de 2002 foi de exigir no estado de perigo o dolo de aproveitamento por parte do contratante beneficiário, enquanto é dispensável ao instituto da lesão. Justifica-se: se o estado de perigo salvaguarda bens jurídicos como a vida e a saúde, não poderia impor condições de configuração maiores do que para a salvaguarda patrimonial ocorrida na lesão. Poder-se-ia crer que se o contraente beneficiário não tivesse o conhecimento de tal situação, o negócio se convalidaria. O que de fato ocorreu foi uma falha de redação legislativa.

76. As pessoas jurídicas públicas também podem ser vítimas da lesão quando contratam com particulares.

77. A inexperiência não se confunde com a ausência de cultura ou erudição, nem é sinônimo de simplicidade ou rusticidade. Refere-se a uma ausência de pré-noção das

consequências contratuais, que permitem “advertir e precaver os contratemplos” advindos do contrato.

78. Em se tratando de norma formada por conceitos indeterminados, como é o art. 157 do Código Civil, o magistrado pode dar maior amplitude aos termos inexperiência e premente necessidade para alcançar o objetivo específico da extirpação da lesão nos contratos, de acordo com o seu agir prudencial, compreendido pelo sistema pós-positivista.

79. A lesão do art. 157 do Código Civil não exige o dolo de aproveitamento, que é o agir com o fim de se beneficiar de uma situação conhecida de estado de inferioridade em que o outro contratante se encontra.

80. Aquele que se deparar com o chamado “Negócio da China” deve supor que se trata de um negócio passível de anulação, considerando que a ninguém é dado um enriquecimento sem causa – salvo nas hipóteses legalmente permitidas, como os jogos e loterias autorizados pela legislação, e recebimento de heranças –, ou a celebrar um contrato em flagrante desequilíbrio. Isto porque a Constituição apregoa os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho.

81. Admitir o dolo de aproveitamento seria como punir a conduta do beneficiado explorador e o espírito do Código Civil não é esse. Ele busca antes de tudo uma equivalência de prestações nos contratos, ou seja, um equilíbrio contratual. E desde o direito romano, o objetivo da lesão é evitar a exploração dos mais fracos pelos mais fortes, o que não será obtido se a sanção do negócio depender do conhecimento da parte beneficiada. Assim, não se busca apenas punir a atitude exploradora, mas antes em proteger o lesado e a manutenção do contrato.

82. Agiu bem o legislador brasileiro em não excluir expressamente alguns contratos do âmbito de incidência da lesão, pois é possível que ela ocorra nos contratos gratuitos e aleatórios, por exemplo, e que são excluídos em legislações estrangeiras.

83. Pela disposição do § 2º do art. 157 do Código Civil, tanto o adquirente quanto o alienante podem ser vítimas no contrato lesivo, e a sanção deste vício de consentimento é a sua anulabilidade.

84. Não obstante o art. 178, II, do Código Civil, estabelecer o prazo decadencial da lesão, o mesmo deveria ser prescricional, pois não se trata de um direito potestativo, como é exigido para a ocorrência da decadência.

85. Para que a lesão contratual tenha plena eficácia e validade em sua aplicação, deverá ser considerado numa perspectiva e interpretação de acordo com os preceitos defendidos pelo movimento do pós-positivismo jurídico.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ruy Rosado de. *Prefácio*. Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas. História. Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/PREF%C3%81CIO.%20CONSOLIDA%C3%87%C3%83O%20DAS%20LEIS%20CIVIS%20DE%20AUGUSTO%20TEIXEIRA%20DE%20FREITAS.%20HIST%C3%93RIA%20DO%20DIREITO%20BRASILEIRO.%20SUPERIOR%20TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C3%87A.%20SENADO%20FEDERAL%202003..doc>. Acesso em: 27 abr. 2009.
- ALESSANDRINI, R. A.; SOMARRIVA, U. M.; VODANOVIC, H., A. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar e general*. Tomo II. Santiago-Chile: Juridica de Chile, 2005.
- ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico pra distinguir a prescrição da decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Temas de direito constitucional, t. II.
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOAVENTURA, Edivaldo. *Como ordenar as idéias*. São Paulo: Ática, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Revista Eletrônica Doxa, Alicante, n. 21. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2007.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CIFUENTES, Santos. *Elementos de derecho civil*. Parte general, Buenos Aires: Astrea, 1995.

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Disponível em:

<<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>>.

Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO. Disponível em:

<<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/bolivia/ley11.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL CHILENO. Disponível em:

<http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm>.

Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL ESPANHOL. Disponível em:

<<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL ITALIANO. Disponível em

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL MEXICANO. Disponível em:

<<http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL NAPOLEÔNICO. Disponível em

<<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL PARAGUAIO. Disponível em: <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Civil-Paraguay-reformaparcial.html>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Disponível em:

<<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CÓDIGO CIVIL URUGUAIO. Disponível em:

<http://sip.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod_civil-indice.htm>. Acesso em: 20 jan. 2009.

CORTELLA, Mário Sérgio. *Não nascemos prontos: provocações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2006.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madri: Tecnos, 1994. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

FEITOSA, Maria Luíza P. de Alencar Mayer. Globalização: alguns aspectos conceituais e analíticos. *Verba Juris*, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico aurélio* - versão 5.0.

FROEHLICH, Charles Andrade. *Prescrição e decadência no novo Código Civil (2002): um novo olhar sobre o critério científico de distinção a partir da classificação quinária das ações*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4895>>. Acesso em: 8 jan. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

GOLDIM, José Roberto. *Princípio da justiça*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/justica.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica e constituição no estado de direito democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2001.

_____. O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 51, abr./jun. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, parte geral.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1999. v. I e II.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O que é justiça?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7893>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

INFANTE, Carlos Melon. *Código Civil Alemán (BGB)*. Barcelona-ES: Bosch, 1955.

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do código de defesa do consumidor. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 366, 2008.

KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

LIPOVETSKY, Giles. *A felicidade paradoxal*. Um ensaio sobre a sociedade hiperconsumista. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor: Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 42, abr./jun 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. v. IV

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo VI.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. Londrina: Eduel, 2007.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil: estudo em homenagem ao professor renan lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Instituições de direito civil* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.

POTHIER, J. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliastra, 1993.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil. Derecho General de las Obligaciones*. Barcelona-ES: Bosch, 1988. Tomo I. Volúmen II.-

REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. REALE, Miguel. *As diretrizes fundamentais do Projeto de código civil*. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Comentários sobre o projeto de código civil brasileiro* –. Brasília, 2002. Série Cadernos do CEJ, v. 20

RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofia del derecho*. México: Porrúa, 1975.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Parte geral atualizada de acordo com o novo Código Civil.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I: Introdução e Parte Geral: Direito das Pessoas. São Paulo: Saraiva, 1971.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a lucidez*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. I.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, I: lei de introdução e parte geral*. São Paulo: Método: 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Normas constitucionais e relação de direito civil na experiência brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.2.

_____. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t.2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 2.

THOMSON, Oliver. *A assustadora história da maldade*. São Paulo: Ediouro, 2002.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). *Lições fundamentais de direito: negócios jurídicos*. Londrina, 2006. v. 2.

_____. *Afinal de contas, quanto é lesão?* Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/view/1338/1190>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2007.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.