

O INSTITUTO DA LESÃO NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Julio Alberto Díaz

Mestre em Direito Empresarial

Doutor em Direito Civil

Professor da UFOP

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Questão topográfica. 3. A eliminação do requisito do aproveitamento. 4. Os estados em que se deve encontrar a vítima. 5. Os motivos da desproporção. 6. O problema da sanção. 7. A questão do suplemento e das perdas e danos. 8. O prazo decadencial. 9. Conclusão.

“Art. 156. Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

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

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

1 INTRODUÇÃO

O Projeto de Código Civil (Parecer nº842 de 1997) incorpora expressamente o velho instituto da lesão à legislação civil brasileira.

Não se requerem maiores considerações para aprovar essa decisão, que coloca o sistema jurídico pátrio ao lado de todos os ordenamentos modernos que reconhecem no instituto o meio técnico mais adequado para sancionar os contratos notoriamente violatórios da justiça comutativa.

A opção legislativa consagra definitivamente o ocaso dos princípios do liberalismo individualista que consideravam as partes o melhor juiz de seus próprios interesses e que a reverência cega às cláusulas contratuais constituíam a norma suprema do progresso em uma sociedade livre.

Nesse sentido, não há reparos a fazer. Porém, o mérito de fundo de-sanda pelas graves deficiências técnicas que a concepção do instituto apresenta.

2 QUESTÃO TOPOGRÁFICA

Em primeiro lugar, a questão topográfica. Não há dúvidas que, desse ponto de vista, a figura está mal localizada. Com efeito, concebida como um defeito a mais dos negócios jurídicos em geral, aparece na seção V, depois do erro, o dolo, a coação e o estado de perigo, sem atentar para o fato que a lesão só pode ser aplicada aos contratos.

Poder-se-ia discutir a que tipo de contratos, se apenas aos comutativos ou também aos aleatórios, mas não cabe argüição válida a respeito da inclusão dos atos unilaterais. Este aspecto é tão pacífico que a própria norma faz referência à desproporção *das prestações*, em clara alusão à necessária pluralidade de partes.

O B.G.B., assim como o Projeto, tratou da lesão na Parte Geral, mas, para isso há uma justificativa: o §138, que é o que cuida do instituto no Código alemão, começa dizendo: “Todo ato contrário aos bons costumes é nulo...”, e só depois descreve os elementos que configuram a lesão. Ou seja, ao fazer da lesão apenas um dos casos particulares de atos contrários aos bons costumes sinalizava, obviamente, que era a regra geral a que devia prevalecer na hora de definir o aspecto topográfico.

Mas, no Projeto, optou-se por não vincular especificamente a lesão nem aos bons costumes, nem à boa-fé, como o que se eliminou qualquer tentativa de justificação para não localizar o instituto no seu âmbito próprio, ou seja, a Parte Geral dos Contratos.

Errou, sem dúvida, o legislador já que, tendo optado por seguir os exemplos do art.2º do Código suíço e do §242 do B.G.B., consagrando

uma norma expressa referida à boa-fé (art.421)¹, a lesão devia ter-se vinculado topograficamente a esta, para alcançar, desse modo, a sua concepção integral, e estruturar solidamente a justificativa da violação do princípio *pacta sunt servanda*.

3 A ELIMINAÇÃO DO REQUISITO DO APROVEITAMENTO

Em segundo lugar, o Código utiliza a forma de definição, o que constitui um primitivismo metodológico absolutamente inaceitável no umbral do século XXI. Com efeito, a expressão inicial do art.156 “Ocorre a lesão quando uma pessoa...” espanta pelo descuido e a preguiça intelectual na procura de outra fórmula qualquer que atendesse melhor aos rigores da ciência metodológica.

Porém, o mais grave defeito da fórmula adotada é a eliminação do requisito subjetivo do aproveitamento (*dolo de aproveitamento*), com a qual, indiretamente, elimina-se também o embasamento ético, o fundamento moral da rescisão por lesão.

A deturpação é total, absoluta, irreparável. No modelo do Projeto desvirtua-se completamente a razão de ser do instituto, que é a incorporação da regra moral nas obrigações da qual falava **Ripert**. Não é pecado se aproveitar de uma operação economicamente vantajosa. O ilícito consiste em se aproveitar da situação de inferioridade da outra parte.

O que torna um contrato lesivo em imoral não é a simples desproporção das prestações, senão a exploração de uma circunstância desfavorável da vítima. Nos alicerces do instituto não jaz um conflito econômico, mas ético.

Sustentar que da *desproporção manifesta* das prestações surge evidente o aproveitamento, pressupõe a idéia que, do mesmo modo, da evidência da desproporção devia presumir-se a situação de inferioridade da vítima, como o que, automaticamente, estariam eliminados os dois elementos subjetivos que caracterizam a concepção moderna da lesão (situação de inferioridade da vítima e exploração da outra parte), retornando-se, com isso, à obsolescência da secular *laesio ultradimidium* de **Diocleciano**, apenas minimamente *aggiornada*.

¹ art.421: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A fórmula empregada desloca, inoportuna e inapropriadamente, o centro de atenção do pólo ativo ao pólo passivo da relação. Que alguém tenha que malvender parte de seu patrimônio por necessidade premente constitui um motivo íntimo que deveria permanecer, por razões de segurança jurídica, absolutamente alheio à preocupação do legislador. É o aproveitamento dessa circunstância que merece o repúdio social e legislativo por constituir grave violação da boa-fé contratual, agora elevada a hierarquia jurídica superior.

A expressão utilizada *se obriga a prestação desproporcional* desnatura completamente o fundamento do instituto. O problema não é *se obrigar*. A condenação moral deriva do outro extremo do vínculo; a censura ética reside em *se aproveitar*.

A fórmula é tão desastrada que não registra precedentes no direito comparado, com exceção da Compilação Foral de Navarra (lei 499), mas isso significa retroceder dezoito séculos na história, pois a estrutura desta é a da *laesio ultradimidium*.

A outra exceção é o art.33 do Código da Rússia, que sanciona com a nulidade os atos manifestamente prejudiciais realizados sob a influência de *extrema necessidade*.

Observa-se, nesse modelo, a preocupação do legislador em extremar o rigor dos requisitos do pólo passivo para compensar a ausência de referências ao pólo ativo. Só a necessidade *extrema* legitima a aplicabilidade do instituto.

Na fórmula do Projeto eliminou-se a alusão ao aproveitamento, sem um movimento paralelo de maior severidade na descrição da exigência da situação em que deverá encontrar-se a vítima, o que significa não apenas uma fresta aberta às portas da iniquidade, como também o aniquilamento absoluto dos traços essenciais do instituto da lesão subjetiva, transformando-o num esquema frio e matemático de equilíbrio prestacional. Não temos dúvida que um sistema positivo que admite o funcionamento puramente mecânico do instituto, não é menos injusto que aquele que nega amparo à exploração.

O adjetivo *premente*, que na opção legislativa brasileira acompanha a expressão *necessidade*, diversamente do que possa parecer, em modo algum pode ser considerado equivalente à *extrema necessidade* do código soviético. Neste, a locução utilizada transmite, com nitidez, a idéia da intensidade, importância ou gravidade que a penúria da vítima deve alcançar.

A expressão *premente*, do Projeto, limita-se a incorporar uma referência temporal plenamente dispensável, na medida em que a necessidade não deve apenas ser urgente, iminente, como o adjetivo empregado parece sugerir, senão bem mais do que isso, ela deve ser atual, ou seja, existente no momento da contratação.

A *premência* sinaliza a impossibilidade de dilação da satisfação da necessidade, mas não indica o grau de intensidade desta, ou seja, não exclui as necessidades triviais ou secundárias que poderiam, sem maiores consequências, ficarem insatisfeitas.

Por outro lado, na concepção adotada, ou seja, ao contemplar exclusivamente o estado da parte lesada, aproxima-se perigosamente a noção da lesão da idéia de um quarto vício do consentimento.

4 OS ESTADOS EM QUE SE DEVE ENCONTRAR A VÍTIMA

Em relação aos estados em que se deve encontrar a vítima, o Projeto enumera a *necessidade* e a *inexperiência*.

É importante destacar que a necessidade, na interpretação unânime da doutrina universal, compreende um estado carencial que pode ser material ou moral, segundo a natureza da urgência que impulsiona à contratação.

Nesse sentido, observa-se que houve uma duplicação inútil do *estado de perigo*, previsto pelo codificador em norma específica (art.155) e que já está compreendido na necessidade, como estado particular subjetivo na lesão.

A rigor, ambos perseguem objetivos teleologicamente diversos. No estado de perigo, protege-se a liberdade de consentimento. Mas, nesse caso, não é necessária a desproporção das prestações, basta a existência do ato não querido. Na lesão, pelo contrário, sanciona-se o aproveitamento, a violação da boa-fé; daí, a necessidade da desproporção nas prestações.

Mas, o Projeto, sem atentar para qualquer distinção ou precisão técnica, também exige a desproporção nas prestações no estado de perigo, com o que incorre em supérflua e dispensável particularização de um caso de necessidade, com o agravante metodológico de colocar o estado de perigo, ou seja, o caso particular, precedendo à fórmula geral da necessidade descrita no artigo subsequente.

A Comissão também optou por eliminar a *leviandade* ou *ligeireza*. A razão que motivou essa decisão foi, provavelmente, a circunstância de que

essas expressões não pareciam, na língua portuguesa, o suficientemente claras para denotar um estado que configurasse o aproveitamento. Mas, essa explicação que poderia ser válida para justificar a modificação do termo ou sua substituição por outro, não alcança para legitimar a sua supressão.

Conspirou para esse resultado um tradicional desvio interpretativo da doutrina pátria, com representantes dos mais ilustres como **Nélson Hungria** e **Caio Mário**, que definia a leviandade como “a incúria, a indiferença, o descaso pelas conseqüências que possam advir do ato”.

Não é necessário aprofundar em considerações para evidenciar o equívoco desta conceituação. A *leviandade* jamais poderia ser considerada como a atuação irreflexiva já que, desse modo, estar-se-ia premiando a falta de diligência, a torpeza, o obrar versátil ou volúvel, a conduta culposa ou imprudente da vítima.

A *leviandade* ou *ligeireza* já há muito tempo adquirira uma fisionomia própria na legislação e doutrina comparadas. Trata-se de um estado psíquico e patológico. O sujeito não mede o alcance das obrigações que contrai, mas não porque não quer vê-las, mas porque não pode, em razão de sua situação de inferioridade mental. Embora o ato que se dispõe a celebrar seja gravemente prejudicial, ele o acha vantajoso e quer realizá-lo.

Não se procede com *leviandade* voluntariamente, mas porque o indivíduo não consegue evitá-lo.

Importante setor da doutrina interpreta que, nos países em que a prodigalidade e os estados psíquicos fronteiriços têm tutela particular através da inabilitação, a inclusão da leviandade constituiria uma superposição das medidas de proteção. É fundamental, porém, destacar que, ainda nesses casos, a dupla proteção torna-se necessária: a inabilitação atuando para o futuro e a lesão como instrumento para atacar os atos anteriores à inabilitação (impossíveis de serem atingidos por esta).

A reforma também não contempla um outro estado que faz parte da enumeração do B.G.B.: a *erhebliche Willensschwache*, a debilidade de espírito ou da vontade que, na nossa opinião, viabilizaria a rescisão dos atos praticados por aqueles que em momento de profunda depressão, por desapego à vida, indiferença com a continuidade da própria existência, ou qualquer outro desânimo ou apatia existencial semelhante, contrataram em forma desvantajosa.

5 OS MOTIVOS DA DESPROPORÇÃO

Outro aspecto importante a ser analisado é a desconsideração da expressão *de acordo com as circunstâncias*, constante no B.G.B. Com efeito, no modelo alemão, cuidou-se de estabelecer que a desproporção deve ser tendo em conta as circunstâncias. Isso significa que uma aparente desproporção pode encontrar uma explicação racional e legítima se praticada uma investigação subjetiva dos motivos. O ânimo de liberalidade, por exemplo, constitui justificacão suficiente para descartar o vício da lesão.

No sistema germânico, abre-se à parte beneficiada pelo ato a possibilidade para provar que, apesar das aparências, a desproporção é o resultado de uma situação afetiva, pessoal, retributiva de relações patrimoniais anteriores, etc., que justifica a disparidade das prestações no negócio atacado.

A quase unanimidade dos códigos modernos (o grego de 1946, da Etiópia de 1960, da Hungria do mesmo ano, de Portugal de 1967, o da Argentina depois da reforma de 68, entre outros) consideram, em fórmulas mais ou menos semelhantes, a possibilidade de uma indagação subjetiva complementar que permita, à parte beneficiada, a acreditacão de prova justificatória do desequilíbrio das prestações.

A eliminacão desse requisito ratifica, mais uma vez, a deliberada intencão retrógrada do legislador da defesa da concepção medieval do instituto, manifestada através do receio, prevençao e inocultável prejuízo em relaçao aos elementos de base subjetiva.

A questao não é banal nem desprovida de interesse pois, na fórmula do Projeto, herdeiros do vendedor, que ciente e deliberadamente, com o intuito de favorecer o comprador, ou para se colocar em situacão de aproveitar outro negócio vantajoso, etc., vendeu a baixo preço uma propriedade, poderão atacar o ato do *de cujus*, frustrando, desse modo, sua intencão de liberalidade.

Poderá alegar-se que os herdeiros deverão acreditar o estado de inferioridade, mas não duvidamos que a jurisprudência, instintivamente, passará a presumir a existência desse estado da simples desproporção das prestações, deslocando o *onus probandi* à outra parte, que acabará assumindo o risco de não encontrar meios suficientes para evidenciar o ânimo de liberalidade já que este, por sua própria natureza, apresenta-se com uma particular e extrema dificuldade probatória.

6 O PROBLEMA DA SANÇÃO

Um outro aspecto censurável é o fato de o projeto de lei ter qualificado como ação de anulação (art.177) o que, sabida e reconhecidamente, é uma ação rescisória. A distinção é fundamental, porque se fosse rescisão, as eventuais transferências realizadas a terceiros seriam válidas, na medida em que o ato originário é celebrado validamente. Como a declaração de sua ineficácia ocorre com posterioridade, e com efeitos *ex nunc*, os interesses ou direitos que nesse intervalo possam ter sido adquiridos por terceiras pessoas não podem resultar afetados.

A ação de nulidade, pelo contrário, concede-se contra atos cuja validade encontra-se afetada pela falta ou irregularidade de alguns dos elementos necessários para sua constituição, circunstância que justifica, do ponto de vista da aplicação dos princípios teóricos, a ineficácia das transmissões de domínio que tenham como origem o ato questionado.

Os atos rescindíveis não são susceptíveis de convalidação, como acontece com os anuláveis, sendo admissível apenas o reajuste suficiente para torná-los equitativos.

O Projeto abre a possibilidade de evitar a rescisão se a parte contra quem a ação é instaurada, ou seja, aquele que se beneficiou com o ato, oferecer um “*suplemento suficiente*”.

Em primeiro lugar cabe observar que a futura lei, se consagrada, haverá de deixar a opção do reajuste, seguindo o modelo italiano, exclusivamente ao beneficiado.

Temos a impressão que teria sido salutar que fosse a vítima quem pudesse escolher entre a rescisão ou o reajuste, como o prescrevem os Códigos português, argentino, boliviano, paraguaio, o polaco de 65, entre outros.

Baseamos nossa convicção em quatro circunstâncias: a) Parece preferível conceder àquele que sofreu o prejuízo o direito de opção de como reconstituir da melhor maneira possível o seu patrimônio.

Com efeito, se a única ação de que dispõe a vítima é a de anulação, qual será o interesse dela em exercê-la se, ao final de contas, o juiz o condenará a devolver aquilo que, precisamente, queria conservar? Se a sua situação de infortúnio desapareceu, pode até ser, mas, caso contrário, o melhor seria outorgar-lhe a possibilidade de conservar o bem e reclamar a diferença.

É fundamental a consideração de que na lesão, diversamente do que pode suceder nos vícios do consentimento, o sujeito é plenamente consciente da desproporção das prestações. Ele não ignora que a outra parte tem atribuído arbitrariamente a sua prestação um valor desmesurado, mas, ainda nessas circunstâncias, celebra o contrato porque a realização do ato é o meio que ele considera apto para escapar do estado de angústia que o domina. Sendo assim, dificilmente a vítima ingressará com uma ação destinada a recolocá-la na situação de penúria anterior ao contrato.

Por outro lado, o fato de o sujeito prejudicado não estar autorizado a pedir o aumento da prestação, nem a redução do proveito da outra parte, apresenta a paradoxal situação que aquele que praticou o ato ilícito, ou seja, aquele cuja conduta está sendo condenada pelo ordenamento, acaba convertendo-se em árbitro supremo da situação, podendo avaliar, sem contestações, qual será a escolha que melhor atenda seus interesses.

b) Tradicionalmente, a doutrina reconhece na rescisão um remédio subsidiário ao qual deve-se apelar na ausência de toda outra possibilidade de reparação, precisamente pela grave conseqüência de estar-se destruindo um negócio válido.

c) A opção do reajuste harmoniza melhor com o princípio de conservação dos contratos. Nesse sentido, se a idéia era a de tentar salvar o negócio, dando uma chance a quem contribui a viciá-lo, essa possibilidade iria ser enfatizada concedendo-se idêntico direito à própria vítima.

d) Do ponto de vista processual, a solução parece anômala, na medida em que a *litis* fica consolidada, não nos termos em que fora proposta pelo autor, mas nos determinados pelo réu.

7 A QUESTÃO DO SUPLEMENTO E DAS PERDAS E DANOS

O projeto não estabelece até quando pode ser oferecido o *suplemento suficiente*. Até o momento da demanda? Na contestação da ação? Até à sentença? Até à execução?

Existiam diversos modelos que poderiam ter subsidiado o preenchimento dessa lacuna. O Código Civil argentino, por exemplo, estabelece que a proposta de modificação deve ser feita na contestação da demanda (art.954), o Código boliviano antes da sentença (art.565), o Código peruano exige que, dentro do prazo para contestar a ação seja *consignada* a diferença (art.1450), etc.

O Projeto também não se pronuncia em relação a se subsiste a ação ordinária de perdas e danos, ou se a lesão exclui a possibilidade de peticionar os prejuízos não reparados pela anulação do ato.

8 O PRAZO DECADENCIAL

Finalmente, uma breve referência ao prazo decadencial de quatro anos estabelecido, incompreensivelmente, no art.177, dentro do Capítulo V (Da invalidade do negócio). Existindo um título especial para a prescrição e decadência, não se vislumbram as razões que aconselharam excluir essa norma desse seu *habitat* natural.

De qualquer maneira, o que nos interessa destacar é a magnitude desse prazo, que nos parece injustificadamente longo. Não tem sentido estender por quatro anos o prazo como se fosse um vício do consentimento. Nestes, a amplitude do termo justifica-se porque a vítima pode não advertir, no momento da celebração, o prejuízo que está sofrendo. Mas, na lesão o sujeito é plenamente consciente do detrimento patrimonial que experimenta, o que torna improcedente o estado de claudicação do negócio por quatro longos anos.

Trata-se do prazo mais longo do mundo que conhecemos, com exceção das Compilações Forais de Navarra e Catalunha e do Código Civil argentino (5 anos), unanimemente criticado pela doutrina desse país.

O prazo parece-nos absurdamente incompatível com um ordenamento jurídico que admite prescrições aquisitivas para imóveis em prazos tão breves como cinco anos.

Por outro lado, foram desconsiderados os ensinamentos da moderna doutrina comparada e legislações recentes, como o Código húngaro de 1960 (art.236), o peruano de 1984 (art.1454), ou o Projeto de Unificação da Legislação Civil e Comercial da Argentina (art.4030), que indicam que o momento inicial da contagem do prazo deve ser não o da celebração do ato, mas o da execução da prestação, que é quando efetivamente se produz o prejuízo. É nesse momento que a magnitude da exploração revela-se com maior intensidade, por quanto a miséria da vítima, em vez de se aliviar, agrava-se mais ainda.

Da maneira em que foi estabelecido, cai-se na contradição de que o prazo de caducidade pode, eventualmente, começar a correr, antes de que seja exigível a prestação que constitui a base da ação.

9 CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, consideramos que o grande mérito da incorporação expressa do instituto da lesão ao ordenamento jurídico pátrio aparece obscurecido pela enorme série de desacertos técnicos e menosprezo gritante dos ensinamentos da legislação e doutrina comparadas. Teríamos visto com maior agrado essa incorporação, que há muito tempo defendemos com veemência, se um maior cuidado tivesse sido evidenciado para, assim dar exemplo ao mundo de como o ordenamento jurídico brasileiro cuidará da justiça na comutatividade, na sociedade do próximo milênio.

Ana Maria D'Ávila Lopes

Mestre em Direito Constitucional pela UFPA

Doutoranda em Direito Constitucional pela UFPA

SUMÁRIO

Introdução; 1. Evolução histórica do conceito de ciência jurídica; 2. A teoria hermenêutica de Gadamer; 3. A hermenêutica jurídica de Gadamer; 4. O papel do juiz segundo a hermenêutica de Gadamer.

INTRODUÇÃO

Vivemos, na atualidade, uma crise profunda e crescente do Direito manifestada de diversas formas. Assim, temos por um lado uma crise de legalidade ou do valor vinculante entre as normas e os titulares dos poderes públicos, situação que se reflete em vários países, onde a ilegalidade pública tem se manifestado também como uma crise constitucional, ou seja, como uma progressiva degradação de valor dos regimes do jogo institucional, criando uma espécie de estado paralelo composto de setores extralegais e extrainstitucionais, gerenciadas pelas burocracias dos partidos e das lobbies.

Por outro lado, temos a inadequação estrutural das formas de atuação do direito aos atuais problemas sociais, os que demandam soluções políticas do estado, não sempre predeterminadas em forma geral e abstrata e,